

## **Stellungnahme**

**zur**

### **Benachteiligung der Wasserkraft im „Osterpaket“ der Bundesregierung**

**(Artikel 2 Nr. 57 und Artikel 12 Nr. 1 des Regierungsentwurfs eines  
Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau  
der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen**

**im Stromsektor**

**BR-Drs. 162/22 vom 08.04.2022)**

Im Entwurf der Bundesregierung eines „Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der erneuerbaren Energien und weiteren Maßnahmen im Stromsektor“ („Osterpaket“ - BR-Drs. 162/22 vom 08.04.2022 – im Folgenden: Gesetzentwurf) werden die Wasserkraftwerke unter 500 kW und die Wasserkraft insgesamt ohne hinreichende Gründe benachteiligt.

Die von der Bundesregierung geplanten Änderungen des § 40 EEG in Artikel 2 Nr. 57 lit. a) aa), lit. b) und lit. c) des Gesetzentwurfs sollen die EEG-Förderung für Wasserkraftwerke bis 500 kW beenden. Diese Änderungen bedeuten eine existenzgefährdende Diskriminierung von Wasserkraftwerken unter 500 kW. Sie verstoßen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und sind zu streichen.

Art. 12 Nr. 1 des Gesetzentwurfs will der Wasserkraft durch eine Ergänzung des § 31 Abs. 2 Satz 1 Nummer 2 WHG insgesamt absprechen, im überragenden öffentlichen Interesse zu liegen und der öffentlichen Sicherheit zu dienen, wenn es um Ausnahmen von den wasserrechtlichen Bewirtschaftungszielen geht. Art. 12 Nr. 1 des Gesetzentwurfs ist zu streichen. Er ist nach EU-Recht nicht geboten und er diskriminiert die Wasserkraft im Widerspruch zu Art. 3 Abs. 1 GG ohne sachlichen Grund.

Diese Feststellungen beruhen im Wesentlichen auf den folgenden Erwägungen:

## **I. Geplantes Ende der EEG-Förderung für Wasserkraftanlagen bis 500 kW**

1. Nach Art. 2 Nr. 57 lit. a) aa), lit. b) und lit. c) des Gesetzentwurfs soll § 40 EEG so geändert werden, dass Wasserkraftanlagen bis 500 kW künftig nicht mehr gefördert werden. Werden die im „Osterpaket“ geplanten Änderungen des § 40 EEG Gesetz, werden die bestehenden Wasserkraftanlagen bis 500 kW kaum mehr ertüchtigt und in ihrer Existenz bedroht (vgl. *Heinz Wraneschitz*, VDI Nachrichten Nr. 8 vom 22.04.2022, als **Anlage** beigefügt). Neue Wasserkraftanlagen mit Leistungen bis 500 kW würden nur noch selten errichtet werden.

Ziel und Wirkung der von der Bundesregierung geplanten Änderung des § 40 EEG ist der Rückbau bereits errichteter, regenerativer Stromerzeugung aus Wasserkraft bis 500 kW und ein Ende der technologischen und praktischen Entwicklung von Wasserkraftanlagen in dieser Leistungsklasse in der Bundesrepublik Deutschland.

Obwohl die im „Osterpaket“ von der Bundesregierung geplante Diskriminierung der Wasserkraftanlagen bis 500 kW einen Großteil dieser Wasserkraftanlagen mittelfristig vernichten wird, erschöpft sich die amtliche Begründung des Gesetzentwurfs in der pauschalen Behauptung, die Wasserkraftanlagen bis 500 kW hätten „besondere gewässerökologische Auswirkungen“ (BR-Drs. 162/22, Seite 152, 218).

Diese Begründung ist nicht tragfähig. Das von der Bundesregierung im „Osterpaket“ geplante Ende der EEG-Förderung für Wasserkraftanlagen bis 500 kW verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

2. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verbietet dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Der Gesetzgeber verletzt aber das Grundrecht, wenn er eine Gruppe von Normadressaten anders als eine andere behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche

Behandlung rechtfertigen könnten. Bei der Ordnung von Massenerscheinungen ist der Gesetzgeber berechtigt, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen zu verwenden, ohne allein wegen der damit verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen. Allerdings setzt eine zulässige Typisierung voraus, dass diese Härten nur unter Schwierigkeiten vermeidbar wären, lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist (BVerfG, Beschluss vom 06.07.2010, 1 BvL 9/06, 1 BvL 2/08, juris, Rn 80 m. w. N.; *Jarass*, in: ders./Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn 37 m. w. N.).

Die mit dem „Osterpaket“ geplante Änderung des § 40 GG erfüllt die Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 GG nicht.

- a) Die geplante Änderung des § 40 EEG will Wasserkraftwerke unter 500 kW grundlegend anders behandeln als Wasserkraftwerke mit installierten Leistungen ab 500 kW.

Der Gesetzentwurf begründet diese Ungleichbehandlung ausschließlich mit der Behauptung, die Wasserkraftwerke bis 500 kW hätten „besondere gewässerökologische Auswirkungen“ (BR-Drs. 162/22, Seite 152, 218).

Diese Behauptung trifft nicht zu. Die wesentlichen, ökologiewirksamen Auswirkungen eines Wasserkraftwerks folgen aus dem notwendigen Aufstau und aus dem Turbinenbetrieb. Alle Wasserkraftwerke in Fließgewässern teilen diese Komponenten. Anhaltspunkte dafür, dass Wasserkraftwerke bis 500 kW hinsichtlich der Ökologie schädlicher sind als Wasserkraftwerke mit höherer Leistung, sind nicht ersichtlich.

Es verwundert daher nicht, dass der Gesetzentwurf jegliche Erläuterung, worin die behaupteten besonderen gewässerökologischen Auswirkungen der Wasserkraftwerke bis 500 kW bestehen, schuldig bleibt.

- b) Wasserkraftwerke unter 500 kW sind ungleich zahlreicher als Wasserkraftwerke mit höheren Leistungen. Als Beispiel sollen die Wasserkraftwerke im Freistaat Bayern, der unter den Bundesländern über die meisten Wasserkraftwerke verfügt, dienen. Nach den aktuellen Angaben des Bayerischen Landesamtes für Umwelt (<https://www.lfu.bayern.de/wasser/wasserkraft/ueberblick/index.htm>, zuletzt abgerufen am 02.05.2022) gibt es in Bayern derzeit 4.248 Wasserkraftwerke. 3.906 (91,95%) der bayerischen Wasserkraftwerke haben danach Leistungen bis 499 kW.

Doch auch aus der schieren Zahl der Wasserkraftwerke mit Leistungen unter 500 kW lässt sich die Behauptung, diese Wasserkraftwerke hätten besondere gewässerökologische Auswirkungen, nicht ableiten.

Hingewiesen sei zunächst auf die Tatsache, dass es in Bayern im Jahr 1926 nach Angaben des Bayerischen Landesamtes für Umwelt (<https://www.lfu.bayern.de/wasser/wasserkraft/index.htm>, zuletzt abgerufen am 02.05.2022) 11.900 Wasserkraftanlagen mit einer durchschnittlichen Ausbauleistung je Anlage von 52 kW gegeben hat. Nach allgemeiner und zutreffender Auffassung war die Gewässerökologie in den bayerischen Flüssen vor etwa 100 Jahren intakt. Die Behauptung, die heute existierenden rund 3.900 Wasserkraftanlagen in Bayerns Flüssen mit installierten Leistungen von unter 500 kW seien in besonderem Maße schädlich für die Gewässerökologie, ist nicht schlüssig. Sie hat keine Basis in der Realität.

Es kommt hinzu, dass die Betrachtung der Zahl der von der benachteiligenden Diskriminierung betroffenen Wasserkraftwerke deshalb keinen Aufschluss über die relative Ökologieschädlichkeit dieser Anlagen gibt, weil die Wasserkraftwerke mit höheren Leistungen auch wesentlich größere Gewässer stauen und weit mehr Wasser, gemessen in m<sup>3</sup>/s, durch ihre Turbinen leiten, als sämtliche Wasserkraftwerke 500 kW zusammen. Die Behauptung, die Wasserkraftwerke mit Leistungen unter 500 kW seien in Summe ökologieschädlicher als die größeren Kraftwerke, ebenfalls in Summe gesehen, ist als unplausible Spekulation einzustufen.

- c) Die im „Osterpaket“ geplante, existenzgefährdende Benachteiligung der Wasserkraftwerke unter 500 kW verstößt auch deshalb gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil die damit bewirkte und beabsichtigte drastische Reduzierung der Wasserkraftwerke dieser Leistungsklasse keinen relevanten Beitrag zur Besserung der morphologischen oder der ökologischen Fließgewässerqualität leisten wird.
- aa) Ca. 92,5 % der Querbauwerke in Bayerns Bächen und Flüssen existieren ohne Wasserkraftwerke und dienen allein anderen Zwecken. Nur an 7,5 % der Querbauwerke in Bayerns Bächen und Flüssen sind Wasserkraftwerke. Ein Teil dieser mit Wasserkraftwerken versehenen Querbauwerke dient zugleich anderen Zwecken und könnte auch dann nicht rückgebaut werden, wenn die Wasserkraftnutzung eingestellt würde. Die Längsverbauung der Bäche und Flüsse kann wegen angrenzender Bauflächen und Infrastruktur (querende Brücken und Düker, nahe parallel verlaufende Straßen, Schienen, Leitungen) über weite Strecken ebenfalls nicht rückgebaut werden.

Die Flüsse und Bäche in Deutschlands Süden, wo die Wasserkraft ihren Schwerpunkt hat, wurden seit dem 12. und 13. Jahrhundert in mehreren Etappen und aus unterschiedlichen Gründen massiv umgestaltet. Ziel der Eingriffe war zunächst die Verbesserung von Bächen und Flüssen als Verkehrs- und Transportwege (Flößerei). Lange Zeit stand, getrieben vom Wachstum der Bevölkerung, der Gewässerumbau zum Zweck der Landgewinnung (Siedlungsflächen, Infrastruktur, Acker- und Weideland) im Vordergrund. Dafür wurden zahllose Fließgewässer begradigt, eingedeicht oder verlegt. Dadurch verkürzten sich die Laufstrecken und die Fließgeschwindigkeiten nahmen zu. Als Folge davon verstärkte sich die Tiefenerosion und der Grundwasserspiegel sank ab. Querbauwerke mussten errichtet werden, um Fließgeschwindigkeiten zu reduzieren. Querbauwerke wurden auch errichtet, um die Wasserkraft nutzbar zu machen (vgl. *Eberle* u. a., *Deutschlands Süden - vom Erdmittelalter zur Gegenwart*, 3. Auflage 2017, S. 161 ff.).

So kommt es, dass in Bayern ca. 57.000 Querbauwerke existieren. Nur an 4.248 (rund 7,5 %) dieser Querbauwerke sind Wasserkraftwerke. Viele der Querbauwerke, an denen Wasserkraftwerke betrieben werden, dienen zugleich anderen wasserwirtschaftlichen Zwecken (z. B. Haltung des Grundwasserspiegels, Hochwasserschutz), so dass sie auch dann weiter existieren werden, wenn das Wasserkraftwerk vernichtet ist.

Unrichtig ist daher die Auffassung, die Wasserkraftnutzung bis 500 kW sei der zentrale Faktor für die Veränderung der Fließgewässermorphologie und für ihre Aufrechterhaltung.

- bb) Die morphologischen Veränderungen der Fließgewässer sind der Wasserkraft nur zu einem kleinen Teil zuzurechnen (vgl. soeben). Die aquatische Ökologie der Fließgewässer einschließlich der Fische leidet in erster Linie unter anderen Schadfaktoren.

Flüsse und Bäche erreichen in Bayern eine Gesamtlänge von rund 100.000 km. Ihre Längs- und Querverbauung dient weit überwiegend nicht der Wasserkraftnutzung. Der Fischzustandsbericht 2018 der Bayerischen Landesanstalt für Landwirtschaft (LfL) listet in Kapitel 4 (S. 21 ff.) neben der Wasserkraftnutzung 13 weitere Gefährdungsursachen für Fischbestände in Fließgewässern auf, darunter stoffliche Belastungen, Gewässerausbauten, Fehlen funktionsfähiger Kieslaichplätze, nicht-heimische Fischarten, Fressfeinde, Fischotter und Biber. Zu den Schadfaktoren gehört auch der Klimawandel, der u. a. die Temperatur in den Fließgewässern erhöht, so dass kälteliebende Arten verschwinden.

Die Individuenverluste durch die Turbinen der Wasserkraftwerke – der für die Wasserkraftwerke spezifische Schadfaktor – spielen für die Fischpopulationen eine untergeordnete Rolle, da bei der Zulassung von Wasserkraftwerken und auch bei Bestandsanlagen nach § 35 WHG der Schutz der Fischpopulationen zu gewährleisten ist. Diese Vorschrift wird von den Behörden

streng vollzogen. Die Wasserkraft steht hinsichtlich ihrer nachteiligen Wirkungen auf die Fischfauna gem. § 35 WHG unter strenger und wirksamer Kontrolle, während andere Schadfaktoren sich der Kontrolle entziehen (z. B. Temperaturerhöhung durch Klimawandel) oder nicht wirksam unter Kontrolle gehalten werden (z. B. Fressfeinde, nicht-heimische Fischarten).

Unrichtig ist daher die Auffassung, dass die Reduzierung ausgerechnet der streng kontrollierten Wasserkraftwerke bis 500 kW einen relevanten Beitrag zur Verbesserung der ökologischen Fließgewässerqualität leisten wird.

Auch in diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die 11.900 Wasserkraftanlagen mit einer Durchschnittsleistung von 52 kW, die im Jahr 1926 in Bayern existierten und die in wesentlich geringerem Maß auf Verträglichkeit mit der Gewässerökologie verpflichtet waren als die heute bestehenden Wasserkraftwerke, den ökologischen Zustand der Gewässer kaum beeinträchtigt haben.

Es ist evident, dass die Wasserkraftwerke unter 500 kW keine relevanten Störer der Fließgewässerökologie sind.

- d) Die im „Osterpaket“ geplante Benachteiligung der Wasserkraftwerke unter 500 kW verstößt auch deshalb gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, weil ihr eine unzulässige Typisierung zugrunde liegt.

Eine typisierende Schlechterstellung einer Gruppe von Bürgern oder Unternehmen ist dem Staat nur dann gestattet, wenn es sich um Massenerscheinungen handelt, die der Gesetzgeber auf andere Weise nur schwer bewältigen kann (BVerfG, Beschluss vom 06.07.2010, 1 BvL 9/06, 1 BvL 2/08, Juris, Rn 80).

Diese Voraussetzung ist gerade bei Wasserkraftwerken mitnichten gegeben. So gibt es in Bayern lediglich 4.248 Wasserkraftwerke (vgl. oben). Auch die kleinsten Wasserkraftwerke stehen unter außerordentlich enger, detaillierter Überwachung.

Bei den Behörden der technischen Gewässeraufsicht und den zuständigen Wasserrechtsbehörden gibt es Akten über praktisch jedes einzelne Wasserkraftwerk, die seit langer Zeit im Schwerpunkt der Beurteilung dienen, ob das Wasserkraftwerk hinsichtlich seiner ökologischen Auswirkungen den rechtlichen Anforderungen entspricht.

Wasserkraftwerke sind daher keine Massenerscheinungen. Eine Typisierung der Wasserkraftwerke bis 500 kW, die mehr als 90 % der bestehenden Wasserkraftwerke in ihrer Existenz bedroht, ist daher nicht zulässig.

## **II. Kein überragendes öffentliches Interesse an der Wasserkraft, wenn es um eine Ausnahme nach § 31 WHG geht**

### **1. Art. 1 Nr. 2 und Art. 12 Nr. 1 des Gesetzentwurfs**

Der Gesetzentwurf umfasst 20 Artikel. Art. 1 und 2 enthalten Änderungen des EEG. Nach Art. 1 Nr. 2 soll § 2 EEG wie folgt gefasst werden:

„§ 2

#### *Besondere Bedeutung der erneuerbaren Energien*

*Errichtung und 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 gilt nicht gegenüber Belangen der Landes- und Bündnisverteidigung.“*

Artikel 12 des Gesetzentwurfs gilt der Änderung des WHG. Nach Art. 12 Nr. 1 des Gesetzentwurfs soll in § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG der Satz „§ 2 des Erneuerbaren-Energien-Gesetzes ist nicht anzuwenden.“ angefügt werden.

## 2. Der geplante § 2 EEG ist dogmatisch eine auf starke Gründe gestützte Gewichtungsvorgabe für Abwägungsentscheidungen

In der Begründung des geplanten neuen § 2 EEG erklärt der Gesetzentwurf (BR-Drs. 162/22, S. 176, 177), staatliche Behörden müssten das in der Vorschrift angeordnete überragende öffentliche Interesse bei der Abwägung mit anderen Rechtsgütern berücksichtigen. Die Definition der Erneuerbaren Energien als im überragenden öffentlichen Interesse liegend und der öffentlichen Sicherheit dienend müsse im Falle einer Abwägung dazu führen, dass das besonders hohe Gewicht der erneuerbaren Energien berücksichtigt werden müsse. Die Erneuerbaren Energien müssten daher bis zum Erreichen der Treibhausgasneutralität als vorrangiger Belang in die Schutzgüterabwägung eingebracht werden. Ausdrücklich erklärt die Begründung (BR-Drs. 162/22, S.177):

*„Konkret sollen die erneuerbaren Energien damit im Rahmen von Abwägungsentscheidungen u. a. gegenüber seismologischen Stationen, Radaranlagen, Wasserschutzgebieten, dem Landschaftsbild, Denkmalschutz oder im Forst-, Immissionsschutz-, Naturschutz-, Bau- oder Straßenrecht nur in Ausnahmefällen überwunden werden.“*

Der geplante § 2 EEG ist damit als Gewichtungsvorgabe einzustufen, die dem Belang der erneuerbaren Energien bei Abwägungen ein besonders hohes Gewicht verleiht (zur Gewichtungsvorgabe in der Abwägung vgl. z.B. BVerwG, Urteil vom 04.04.2012, 4 C 8/09 u. a., NVwZ 2012, Seiten 1314/1327, Rn 285 zu § 29b Abs. 1 S. 2 LuftVG; Urteil vom 11.08.2016, 7 A 1/15, Beck-RS 2016, 52472, Rn 121 zu Maßnahmen des transeuropäischen Verkehrsnetzes; Urteil vom 09.02.2017, 7 A 2/15, NVwZ-Beilage 2017, Seiten 101/152 Rn 396 zu Maßnahmen des vordringlichen Bedarfs nach Anlage 2 des Bundeswasserstraßenbaugesetzes).

Die mit dem entworfenen § 2 EEG geplante Gewichtungsvorgabe für die Erneuerbaren Energien begründet der Gesetzentwurf (BR-Drs. 162/22, S. 176) mit starken Worten. Danach hat die Stromversorgung außerordentliche Bedeutung in der modernen Wirtschaft. Sie ist wesentlich für die Existenz eines Staates, da nicht nur das Funktionieren der Wirtschaft, sondern vor allem auch das Funktionieren seiner Einrichtungen und seiner

wichtigen öffentlichen Dienste und selbst das Überleben seiner Bevölkerung von ihr abhängen. Eine Versorgungsunterbrechung und die sich daraus für die Existenz eines Staates ergebenden Gefahren können somit seine öffentliche Sicherheit schwer beeinträchtigen.

**3. Die Gewichtungsvorgabe des geplanten § 2 EEG soll fast überall zur Geltung kommen, auch bei Ausnahmen und Befreiungen von Pflichten des BNatSchG. Davon profitiert v. a. die Windkraft.**

Entsprechend der existenziellen Bedeutung, die der Gesetzentwurf der Errichtung und dem Betrieb von Anlagen der erneuerbaren Stromerzeugung zumisst, soll die Gewichtungsvorgabe des geplanten § 2 EEG z. B. im Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) ohne Einschränkung zur Anwendung kommen. Das von dem geplanten § 2 EEG statuierte besonders hohe Gewicht der erneuerbaren Energien wird also bei der Prüfung der Zulässigkeit eines Vorhabens, das erhebliche Beeinträchtigungen eines FFH-Gebietes mit sich bringt, nach § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG zu berücksichtigen sein. Gleiches gilt, wenn ein Vorhaben eine Befreiung von Verboten etwa eines Naturschutzgebietes (§ 23 BNatSchG) oder eines Landschaftsschutzgebietes (§ 26 BNatSchG) nach § 67 Abs. 1 S. 1 BNatSchG braucht. Bei der Anwendung des § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG wird die Gewichtungsvorgabe des geplanten § 2 EEG zu Buche schlagen. Nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG können die für Naturschutz und Landschaftspflege zuständigen Behörden von den Verboten des besonderen Artenschutzes in § 44 BNatSchG im Einzelfall Ausnahmen zulassen, wenn – unter anderem – zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses vorliegen. Auch bei der Gewährung von Ausnahmen vom besonderen Artenschutz kann der geplante § 2 EEG ohne Einschränkung eingreifen.

Unter den Anlagen der erneuerbaren Energien profitieren davon insbesondere die Windkraftanlagen, die sich im Kampf um Ausnahmen und Befreiungen vom Gebiets- und Artenschutz (§ 34 Abs. 3 Nr. 1, § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 45 Abs. 7 Satz 1 Nr. 4, 5 BNatSchG) auf den geplanten § 2 EEG sollen berufen können.

- 4. Nur bei der Entscheidung über Ausnahmen nach § 31 Abs. 2 WHG zugunsten von Wasserkraftwerken soll die Gewichtungsvorgabe des geplanten § 2 EEG nicht anwendbar sein.**

Soweit ersichtlich, soll die Anwendung der Gewichtungsvorgabe des geplanten § 2 EEG nach dem Gesetzentwurf nur bei Wasserkraftanlagen bei der Entscheidung über die Gewährung einer Ausnahme vom wasserwirtschaftlichen Verbesserungsgebot und dem wasserwirtschaftlichen Verschlechterungsverbot nach § 31 Abs. 2 WHG ausgeschlossen werden.

- 5. Für diese geplante Diskriminierung der Wasserkraft gibt es weder rechtliche noch sachliche Gründe. Die Begründung des Gesetzentwurfs für die Ergänzung des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG ist nicht tragfähig.**

Nach § 31 Abs. 2 S. 1 WHG verstößt ein Vorhaben nicht gegen das wasserwirtschaftliche Verbesserungsgebot und das wasserwirtschaftliche Verschlechterungsverbot, wenn dies auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften oder des Grundwasserstandes beruht (§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WHG), 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 (§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG), 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 (§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 WHG) und alle praktisch geeigneten Maßnahmen ergriffen werden, um die nachteiligen Auswirkungen auf den Gewässerzustand zu verringern (§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 WHG).

Für § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG will Artikel 12 Nr. 1 des Gesetzentwurfs die Anwendung des geplanten § 2 EEG ausschließen.

Zur Begründung des Artikels 12 Nr. 1 erklärt der Gesetzentwurf (BR-Drs. 162/22, S. 290):

*„Mit der Ergänzung des § 31 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 WHG wird klargestellt, dass die Neuregelung des § 2 EEG 2023 hier nicht zum Tragen kommt. Maßgeblich hierfür ist, dass mit Blick auf die komplexen gewässerökologischen Auswirkungen von Veränderungen physischer Gewässereigenschaften bei der Errichtung von Wasserkraftanlagen in Übereinstimmung mit den Vorgaben der Wasserrahmenrichtlinie (Richtlinie 2000/60/EG) das übergeordnete öffentliche Interesse unter maßgeblicher Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls zu bewerten ist.“*

Diese Begründung ist verfehlt.

- a) An erster Stelle ist zu bemerken, dass es sich bei der geplanten Ergänzung von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG keineswegs um eine Klarstellung, sondern um eine überraschende und zweckwidrige Einschränkung handelt.

Während nach dem Gesetzentwurf den tageszeit- und witterungsabhängigen Windkraft- und Fotovoltaikanlagen bei der Gewährung von Ausnahmen und Befreiungen das überragende öffentliche Interesse des geplanten § 2 EEG zugute kommen soll (vgl. dazu näher unten), will der Gesetzgeber überraschenderweise den grundlastfähigen, stabilen und in der allgemeinen Öffentlichkeit weithin akzeptierten Wasserkraftanlagen das überragende öffentliche Interesse versagen, wenn für die Zulassung eine Ausnahme nach § 31 Abs. 2 WHG von den wasserwirtschaftlichen Bewirtschaftungszielen notwendig ist.

Die geplante Ergänzung von § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG steht zudem im Widerspruch zu einem Zweck des „Osterpakets“, dem es u.a. um die sichere Stromversorgung als Teil der öffentlichen Sicherheit geht. Dazu passt es nicht, ausgerechnet die stabilen, dezentralen Wasserkraftwerke unter 500 kW, die die Basis einer flächendeckenden Notstromversorgung sein können, zu dezimieren.

- b) Richtig ist, dass über die Gewährung einer Ausnahme von dem wasserwirtschaftlichen Verbesserungsgebot und dem wasserwirtschaftlichen Verschlechterungsverbot nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu entscheiden ist.

Falsch ist jedoch die Behauptung in der zitierten Begründung, die Anwendung der Gewichtungsvorgabe des geplanten § 2 EEG bei der Anwendung der Ausnahmebedingung des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG würde die Einzelfallbezogenheit der Prüfung beseitigen. Die Begründung verkennt an dieser Stelle Wesen und Funktion von Gewichtungsvorgaben im Abwägungsvorgang. Gesetzliche Gewichtungsvorgaben befreien die entscheidende Behörde unter keinen Umständen davon, sämtliche Belange, die mehr als nur geringfügig betroffen sind, zu ermitteln, zu gewichten und zueinander ins Verhältnis zu setzen. Gesetzliche Gewichtungsvorgaben – wie etwa die besondere Rücksicht auf die Nachruhe der Bevölkerung (§ 29b Abs. 1 S. 2 LuftVG) oder zu Gunsten von Maßnahmen des vordringlichen Bedarfs in der Verkehrsplanung - führen lediglich dazu, dass in der Abwägung das besondere Gewicht des jeweiligen, privilegierten Belangs zu berücksichtigen ist.

Dies ist bei der Abwägung, die bei Anwendung der Ausnahmebedingung des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG vorzunehmen ist, nicht anders. Die Übergeordnetheit des öffentlichen Interesses i. S. v. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG lässt sich auch dann, wenn die Gewichtungsvorgabe des geplanten § 2 EEG zur Anwendung kommt, nur feststellen, wenn alle anderen, mehr als geringfügig betroffenen Belange, die dem Vorhaben entgegenstehen, ermittelt und bewertet sind. Zu Recht spricht *Durner* (in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, Stand September 2021, § 31 WHG Rn 33) von einer „innertatbestandlichen Abwägung“. *Reinhardt* (in: Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Auflage 2019, § 31 Rn 15) bezeichnet die Vorschrift des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG schlicht und zutreffend als „Abwägungsklausel“.

- c) Die zitierte Begründung, die der Gesetzentwurf (BR-Drs. 162/22, S. 290) für die Ergänzung des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG gibt, insinuiert, dass die Anwendung der Gewichtungsvorgabe des geplanten § 2 EEG bei der Anwendung der Ausnahmenvorschrift des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG gegen die Wasserrahmenrichtlinie (Richtlinie 2000/60/EG) verstößt.

Diese Erwägung trifft nicht zu.

Verwiesen sei auf das Urteil vom 04.05.2016 (C-346/14, juris), in dem der EuGH die Rechtmäßigkeit der Bewilligung eines Wasserkraftwerks an der Schwarzen Sulm in Österreich bestätigte. Das Gericht nahm u.a. zur Ausnahme vom Verschlechterungsverbot gemäß Art. 4 Abs. 7 der Richtlinie 2000/60 Stellung (a. a. O., Rn 64-82). Der EuGH (a. a. O., Rn 70) stellte in verallgemeinerungsfähiger Form fest, dass den Mitgliedstaaten bei der Prüfung der Frage, ob Vorhaben in einem übergeordneten öffentlichen Interesse liegen, ein Ermessen einzuräumen ist. Die Richtlinie 2000/60 lege, so der EuGH, allgemeine Grundsätze und einen Handlungsrahmen für den Gewässerschutz fest und solle die grundlegenden Prinzipien und Strukturen für den Schutz und den nachhaltigen Gebrauch von Wasser in der Union koordinieren, integrieren und langfristig weiterentwickeln. Diese Grundsätze und dieser Rahmen seien später von den Mitgliedstaaten durch den Erlass konkreter Maßnahmen weiterzuentwickeln. Die Richtlinie 2000/60 ziele daher nicht auf eine vollständige Harmonisierung der wasserrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten. Im Rahmen dieses Ermessens habe die Republik Österreich zu Recht annehmen können, dass der Bau des streitigen Wasserkraftwerks an der Schwarzen Sulm, das auf die Förderung erneuerbarer Energien durch Wasserkraft abziele, im übergeordneten öffentlichen Interesse liege (EuGH, a. a. O., Rn 71).

Es ist kein Gesichtspunkt erkennbar, der dafür spräche, dass die Bundesrepublik Deutschland durch die Anwendung der Gewichtungsvorgabe des geplanten § 2 EEG im Rahmen der Ausnahmeerteilung nach § 31 Abs. 2 WHG das Ermessen überschreitet, das die Wasserrahmenrichtlinie 2000/60 den Mitgliedstaaten

einräumt. Auch die Begründung des Gesetzentwurfs (BR-Drs. 162/22, S. 290) verliert dazu kein Wort.

- d) In dem zitierten, grundlegenden Urteil vom 04.05.2016 (C-346/14, juris) stellte der EuGH fest, dass die von der Republik Österreich für die Errichtung eines Wasserkraftwerks an der Schwarzen Sulm erteilte Ausnahme mit der Wasserrahmenrichtlinie 2000/60 vereinbar ist. In den Rn 72 und 73 nennt der EuGH (a. a. O.) sodann unionsrechtliche Gründe, die für, nicht gegen das übergeordnete öffentliche Interesse an Wasserkraftwerken sprechen. Wörtlich führt der EuGH in diesen Randnummern aus:

*„Art. 194 Abs. 1 AEUV sieht nämlich vor, dass die Energiepolitik der Union im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts und unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Erhaltung und Verbesserung der Umwelt folgende Ziele verfolgt: Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarkts, Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union, Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen sowie Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen und Förderung der Interkonnektion der Energienetze (Urteil vom 6. September 2012, Parlamente/Rat, C-490/10, EU:C:2012:525, Rn. 65).*

*Darüber hinaus ist die Förderung erneuerbarer Energiequellen, die für die Union von hoher Priorität ist, unter anderem im Hinblick darauf gerechtfertigt, 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 (Urteil vom 26. September 2013, IBV & Cie, C-195/12, EU:C:2013:598, Rn. 56).“*

In dem zitierten Urteil des EuGH vom 04.05.2016 zum Wasserkraftwerk an der Schwarzen Sulm, das gerade zur Anwendung der WRRL 2000/60 ergangen ist, erläutert der EuGH unionsrechtliche Gründe für das hohe öffentliche Interesse von

Wasserkraftwerken. Es bleibt das Geheimnis der Autoren der Begründung des Artikel 12 des Gesetzentwurfs, warum eine Gewichtungsvorgabe, die dieses hohe öffentliche Interesse an Wasserkraftwerken in Gesetzesform gießt, gegen die WRRL verstoßen soll.

Lediglich am Rande sei die Ironie bemerkt, die darin steckt, dass die Begründung des Gesetzentwurfs (BR-Drs. 162/22, S. 176) zur Begründung der Gewichtungsvorgabe in dem geplanten § 2 EEG gerade das zur WRRL 2000/60 ergangene Urteil des EuGH vom 04.05.2016 (Rn 73) zitiert, um sodann auf Seite 290 in der Begründung zu Artikel 12 zu behaupten, die Anwendung der geplanten Gewichtungsvorgabe des § 2 EEG sei mit der WRRL 2000/60 nicht vereinbar.

- e) In der Begründung zu Artikel 12 (BR-Drs. 162/22, S. 290) will der Gesetzentwurf die geplante Ergänzung des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG auch damit rechtfertigen, dass die gewässerökologischen Auswirkungen von Veränderungen physischer Gewässereigenschaften bei der Errichtung von Wasserkraftanlagen komplex seien.

Auch dieser Gedanke ist verfehlt. Denn bei der Entscheidung über die Erteilung einer Ausnahme nach § 31 Abs. 2 WHG ist auch dann eine Einzelfallprüfung sämtlicher relevanter Umstände geboten, wenn die Gewichtungsvorgabe des geplanten § 2 EEG zur Anwendung kommt (vgl. oben). Damit ist in jedem Fall gewährleistet, dass die behördliche Ausnahmeprüfung nach § 31 Abs. 2 WHG die sachliche Komplexität der Gewässerökologie abbildet.

Fachlich unbegründet dürfte zudem die implizite Behauptung der Begründung des Gesetzentwurfs sein, dass die gewässerökologischen Auswirkungen bei der Errichtung von Wasserkraftwerken komplexer seien als etwa die Errichtung von Windparks in oder in der Nähe von FFH-, Naturschutz- und Landschaftsschutzgebieten.

Wie oben dargelegt, will der Gesetzentwurf aber bei den entsprechenden Ausnahme- und Befreiungsvorschriften des BNatSchG die geplante Gewichtungsvorgabe des § 2 EEG ohne weiteres zur Anwendung bringen. Die ebenfalls komplexen

Auswirkungen der Errichtung von Windkraftanlagen, auch von Windparks auf die Ökologie scheint der Gesetzentwurf außer Acht lassen zu wollen.

Landshut, den 02.05.2022

Dr. Martin Schröder  
Rechtsanwalt