

# Aufwertung der Wasserkraft bei wasserrechtlichen Abwägungsentscheidungen

Die Entwicklung des wissenschaftlichen Kenntnisstands wie auch der gesellschaftlichen und politischen Aufmerksamkeit ist in Deutschland in das Klimaschutzgesetz mit verbindlichen Klimazielen gemündet. Die Wasserkraft stellt einen wichtigen Baustein der notwendigen und dringlichen Energiewende dar. Soweit Konflikte mit der Gewässerökologie sich als Hemmnis darstellen, sind diese über das wasserrechtliche Ausnahmeregime einzelfallbezogen lösbar. Die Rechtsprechung erkennt dies zunehmend an. Die zuständigen Behörden sind verpflichtet, im Rahmen der Verhältnismäßigkeit den Belangen der Wasserkraft angemessen Rechnung zu tragen.

Thorsten Attendorrn

## 1 Verbindliche Klimaschutzziele und behördliche Verpflichtung zur Aufwertung der Wasserkraft

### 1.1 Klimaschutzziele

Der Klimawandel ist eine der größten Besorgnisse weltweit (S. 15 ff. in [1]). Ausweislich des IPCC-Sonderberichts „1,5 °C globale Erwärmung“ ist nach dem Stand der Wissenschaft eine Beschränkung der Erderwärmung auf deutlich unter 2 %, besser noch auf 1,5 % gegenüber dem vorindustriellen Niveau anzustreben, um unumkehrbare Klimafolgen zu vermeiden [2]. Das Protokoll von Paris sowie die EU-Zielsetzungsprozesse haben sich dem angeschlossen. Diese internationalen Vorgaben sind nunmehr verbindlicher operationalisiert und mit prozeduralen Absicherungen versehen. Die Klimaziele sind in Deutschland in entsprechende gesetzliche Regelungen und staatliche Planungsakte umgesetzt worden. Sie gehen in der EU - und gerade hierzulande angesichts von Atom- und Kohleausstieg - einher mit Zielen für die Steigerung des Anteils der erneuerbaren Energieerzeugung am Stromverbrauch: Diese sind aktuell definiert auf 38 % bis 2020 und sodann 40-45 % in 2025.

#### Kompakt

- Behörden sind verpflichtet, neben den ökologischen Interessen auch die privaten und öffentlichen Belange der Wasserkraft - etwa ihren Beitrag zum Klimaschutz - gleichrangig zu berücksichtigen.
- Die europäische und nationale Rechtsprechung würdigt zunehmend die Bedeutung der Wasserkraft für den Klimaschutz.
- Behördliche Maßnahmen zur Durchsetzung von Maßnahmenprogrammen müssen verhältnismäßig sein, insb. dem Bestandsinteresse des Betreibers angemessen Rechnung tragen.

### 1.2 Zielverfehlung

Allerdings ist nach jetzigem Stand davon auszugehen, dass die Klimaschutzziele für 2020 verfehlt werden: Eine Reduktion um insg. 40 % gegenüber dem Stand von 1990 erscheint nicht erreichbar. Auch die Erreichung der Ziele für 2030 (-55 % gegenüber 1990) wirkt gegenwärtig fragwürdig (S. 17 ff. in [1]). Schon wurden „Klimaklagen“ von privater Seite erhoben, blieben in Deutschland allerdings bislang aus prozessrechtsstrukturellen Gründen erfolglos (S. 21 in [1]).

Zwar wird das auf die erneuerbaren Energien bezogene Ziel für 2020 wohl erreicht; der Anteil von Wind- und Wasserkraft an der Stromversorgung stagnierte jedoch zuletzt (bestenfalls). Der Wasserkraft kommt dabei - nicht zuletzt aufgrund ihrer Grundlastfähigkeit - eine tragende Funktion zur Umsetzung der Klimaschutzziele und der entsprechenden Klimaschutzplanungen zu. Unter den Gründen für den mangelnden Zuwachs werden auch prekäre Genehmigungslagen genannt (S. 17 ff. und 26 ff. in [1]).

### 1.3 Neuer Anlauf: Das Bundes-Klimaschutzgesetz

Im jüngst verabschiedeten Bundes-Klimaschutzgesetz [3] wurden - über die bisherigen energierechtlichen Ausbauziele hinaus - erstmals verbindliche Zielvorgaben für die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen niedergelegt. Diese werden mit CO<sub>2</sub>-Sparzielen für die verschiedenen Sektoren flankiert, die auch mit einem Erfolgskontroll- und Nachsteuerungsmechanismus ausgestattet sind. Trotz mancher „Weichmacher“ und Kompromisse ist dies tatsächlich als klimaschutzrechtlicher Meilenstein anzusehen (S. 26 ff. in [1]).

### 1.4 Behördliche Handlungsmöglichkeiten und -pflichten

Neben den quantitativen Zielvorgaben sind Klimaschutz und regenerative Energieversorgung auch hochrangig im materiellen EU-Recht verankert (s. zum Folgenden S. 32 ff. in [1]). Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Klimaschutz eine der wesentlichen Aufgaben der Union, und die Förderung erneuerbarer Energiequellen ist für die EU von hoher Priorität, da die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen

Entwicklung beiträgt, zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung beitragen und die Erreichung der Zielvorgaben des Kyoto-Protokolls beschleunigen kann [4].

Auch im nationalen Recht hat der Klimaschutz den Rang eines Verfassungsbelangs. Art. 20a GG enthält ein auch an die Exekutive gerichtetes Gebot, Aktivitäten zu entfalten, um das Staatsziel Umweltschutz (hier: in Gestalt des Klimaschutzes) zu verwirklichen. Es besteht eine Bindung der Behörden an diese verfassungsrechtlichen Vorgaben. Zur Gewährleistung der Verfassungskonformität ihrer Entscheidungen müssen sie bei der Gesetzesauslegung und -anwendung, insb. bei Abwägungs- und Ermessensentscheidungen (s. Abschnitt 3), die Erfordernisse des Klimaschutzes beachten [5].

Hier tut sich ein ökologischer Binnenkonflikt auf [6]: Die Erhaltungs- und Optimierungsziele der (insb. Gewässer-) Ökologie, die durch Wasserkraftanlagen beeinträchtigt werden, streiten gegen die fundamental-ökologischen Belange des Klimaschutzes, die durch diese Form regenerativer Energieerzeugung gefördert werden [7].

Dabei wäre es ein Fehlschluss, der auch durch die EU-rechtlichen Vorgaben nicht gedeckt wäre, würde man die eine Seite gegenüber der anderen überbewerten. Auf diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund hängt also für die zuständigen Behörden alles davon ab, dass sie die Belange auch der Wasserkraft richtig erkennen und gewichten. Dabei ist in den letzten Jahren aufgrund geänderter tatsächlicher und rechtlicher Rahmenbedingungen die Bedeutung des Belangs der Energieerzeugung aus erneuerbaren Energien gestiegen. Dem Klimaschutz und damit einhergehend der Förderung der regenerativen Energieerzeugung wurde kontinuierlich durch die umwelt- und energierechtliche Gesetzgebung sowie nach und nach auch der Rechtsprechung der ihnen zukommende Platz eingeräumt. Dem haben die Behörden Rechnung zu tragen, indem sie diese Belange in den entsprechenden Ermessens- und Abwägungsentscheidungen aufwerten sowie in ein angemessenes Verhältnis zu den ökologischen Erhaltungs- und Verbesserungsbelangen überführen [8].

Deutlich ist nach alledem, dass nicht nur die absolute, sondern in immer drängenderem Maße auch die zügige Steigerung des Anteils erneuerbarer Energien an der Energieerzeugung notwendig ist - dies zumindest so lange, wie die Dringlichkeit und Notwendigkeit des Technologiewechsels sowie des Ausbaus der regenerativen Energieerzeugung gegeben sind. Dies ist letztlich nur die Ausprägung des Wesens von Verwaltung: das Recht in seiner Zeitbedingtheit zu konkretisieren [5], [6], [8].

Im Folgenden werden systematische Argumentationswege aufgezeigt, dem behördlichen Auftrag zur Förderung des Klimaschutzes und der erneuerbaren Energieerzeugung zu folgen und dazu die vorgenannten Konflikte über das wasserrechtliche Ausnahmeergime einzelfallbezogen in rechtlich vertretbarer Weise zu lösen.

## 2 Das Regelungskonzept des WHG für Wasserkraftanlagen

Wer Wasserkraftprojekte durchführt, unterliegt dem allgemeinen Zulassungs- und Ermächtigungsregime sowie speziellen

Regelungen des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) [9]. Rechtliche Vorgaben außerhalb des Wasserrechts bleiben in diesem Aufsatz außen vor.

### 2.1 Die allgemeinen Ermächtigungsnormen für behördliche Entscheidungen gegenüber Wasserkraftbetreibern

Was das behördliche Ermächtigungsprogramm anbelangt, ist zu unterscheiden zwischen bereits bestehenden und neuen Projekten.

Neue Gewässerbenutzungen und -ausbaumaßnahmen unterliegen der behördlichen Eröffnungskontrolle, die gestuft ausgestaltet ist:

- Soweit es sich um eine Gewässerausbaumaßnahme im Sinne des § 67 Abs. 2 WHG handelt, ist eine Planfeststellung bzw. Plangenehmigung nach § 68 Abs. 1 bzw. 2 WHG erforderlich. Die Zulassungsentscheidung liegt - wenn keine Versagungsgründe entgegenstehen - im weitgehenden (Planungs-) Ermessen der Behörde.
- Bei einer neuen Maßnahme der Wasserkraftnutzung, die keinen Gewässerausbau darstellt, aber mit einer Gewässerbenutzung i. S. d. § 9 Abs. 1 WHG verbunden ist, ist nach § 8 WHG eine wasserrechtliche Erlaubnis (oder Bewilligung) erforderlich. Die Erteilung der Erlaubnis/Bewilligung steht - wenn keine Versagungsgründe vorliegen - im pflichtgemäßen Bewirtschaftungsermessen der Behörde; ein Zulassungsanspruch besteht nicht.

Bei bestehenden Wasserkraftanlagen ermächtigen § 20 Abs. 2 Satz 3 und § 13 Abs. 2 WHG zu nachträglichen Auflagen, u. a. um auf verhältnismäßige Weise ein Maßnahmenprogramm durchzusetzen. Auch die Absätze 2 der §§ 34 und 35 WHG (s. Abschnitt 2.2) gelten für Bestandsanlagen. Über nachträgliche Auflagen sind Ermessensentscheidungen zu treffen.

Bei Bestandsanlagen ist dem Grundrechtsschutz der Betreiber hinsichtlich der eigentumskräftigen Altrechte Rechnung zu tragen, so dass ein nachträglicher Eingriff in Altrechte wirtschaftlich gerechtfertigt und mit der Benutzung vereinbar sein muss. Ein berechtigtes Interesse an der Gewinnerzielung - wie jüngst gerichtlich entschieden wurde: nach dem Maßstab der tatsächlichen Rentabilität der konkret betroffenen Anlage [10] - ist in die Abwägung einzustellen [11].

### 2.2 Spezielle gesetzliche Vorgaben mit Bedeutung für Wasserkraftanlagen

Sowohl im Bundes- als auch im Landesrecht liegen zudem spezielle Regelungen mit Bedeutung für Wasserkraftanlagen vor. Anhand der anerkannten Kommentarliteratur kurz skizziert (S. 96 ff. in [1] sowie [8]), regeln die §§ 33-35 WHG Folgendes:

Die Mindestwasserführung (§ 33 WHG) ist keine feststehende Größe, sondern ist im Einzelfall im Blick auf die Bewirtschaftungsgrundsätze der §§ 27-31 WHG und die Ermessensziele des § 6 WHG zu bestimmen. Zur Anwendung dieses Merkmals liegen i. d. R. behördliche Leitfäden vor, die sich indes oftmals auf die ökologische Dimension beschränken, jedenfalls aber keine abschließende Einzelfallabwägung vorwegnehmen. Jedoch ergibt sich aus der gesetzlichen Verweisungstechnik, dass auch im Rahmen des § 33 WHG die Belange der Wasserkraft

sowie des damit verfolgten Klimaschutzes zu berücksichtigen sind und das Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt.

Auch die Durchgängigkeit nach § 34 WHG ist ein auslegungsbedürftiger unbestimmter Rechtsbegriff. Auch hier gilt der Maßstab der Bewirtschaftungsziele im Sinne einer Erforderlichkeit, was wiederum auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip verweist.

Geeignete Maßnahmen zum Schutz der Fischpopulation im Sinne des § 35 WHG bestimmen sich wiederum nach im Einzelfall anzuwendenden fachlichen Kriterien.

Gerade bei Anwendung der materiellen Spezialvorschriften der §§ 33-35 WHG auf Bestandsnutzungen ist die Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit in besonderem Maße geboten (vgl. [12], [13], [14]).

### 3 Vorgaben des WHG für Ermessens- und Abwägungsentscheidungsentscheidungen

Wie gezeigt wurde, sind in allen Szenarien die jeweiligen behördlichen Ermächtigungen (mit Unterschieden im Detail) als Ermessens- bzw. Abwägungsnormen ausgestaltet. Der Gesetzgeber hat bzgl. der jeweils zu berücksichtigenden Belange in §§ 1 und 6 WHG dezidierte Vorgaben gemacht. Daraus ergibt sich, dass - neben den ökologischen Interessen etwa in § 6 Abs. 1 Nr. 1+2 WHG - auch die Belange der Wasserkraft und des Klimaschutzes angemessen berücksichtigt werden müssen.

§ 6 Abs. 1 WHG, der das Bewirtschaftungsermessen regelt, weist eine multifinale Normprogrammierung auf. Den namentlich in Nr. 1 und 2 gelisteten gewässerökologischen Belangen stehen etliche Abwägungsgesichtspunkte - private und öffentliche Belange - zugunsten der Wasserkraft gegenüber. Diese müssen zueinander in Beziehung gesetzt werden. Keine Kategorie von Belangen ist rechtlich präponderant. Um ermessens- bzw. abwägungsfehlerfrei zu agieren, muss die Behörde sämtliche Belange erheben, für sich gewichten und angemessen zueinander in Beziehung setzen (90 ff. in [1]).

In einer Wasserkraftanlage sind im Wesentlichen die folgenden öffentlichen und privaten Interessen verkörpert und von Gesetzes wegen in der Abwägung zu berücksichtigen.

#### 3.1 Öffentliche Interessen

Zu den Belangen des Wohls der Allgemeinheit (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 WHG) zählt auch die Energieerzeugung, hier die öffentliche Energieversorgung durch Nutzung der Wasserkraft. Explizit verpflichten § 6 Abs. 1 Nr. 5 WHG wie auch Abs. 1 Satz 2 zur Förderung des Klimaschutzes. Dieser Belang hat ein schon seit langem anerkanntes verfassungsrechtliches Gewicht (s. Abschnitt 1.4 sowie S. 32 ff. in [1]). Wie in Abschnitt 1.4 dargestellt wurde, ist dieser aktuellen Rechtslage in Ermessens- und Abwägungsentscheidungen angemessen Rechnung zu tragen (S. 32 ff. in [1]).

#### 3.2 Private Interessen

Daneben ist gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 3 WHG auch auf die Interessen Einzelner Rücksicht zu nehmen. Der in § 1 WHG voran-

gestellte Gesetzeszweck nennt auch den Schutz der Inanspruchnahme der Gewässer als nutzbares Gut. Davon profitiert seit jeher auch die zivilisatorische Inanspruchnahme etwa zur Energieerzeugung [15].

Legitime Erwerbsinteressen der durch Art. 12 GG geschützten Unternehmer schmälern nicht die Gemeinnützigkeit eines Wasserkraftprojekts. Auch der Begriff der Nachhaltigkeit verlangt eine mehrdimensionale Abwägung zwischen den jeweils berührten ökologischen, sozialen und ökonomischen Interessen, so dass bei Abwägungsentscheidungen neben den ökologischen Erhaltungs-/Optimierungsinteressen auch das private Interesse des Anlagenbetreibers sowie der Klimaschutz und die regenerative Energieerzeugung einzelfallbezogen in den Blick zu nehmen sind [16]. Bestehende Wasserrechte genießen nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung weitergehend den grundrechtlichen Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 GG (s. Abschnitt 2.1 sowie [17], [18]). Diese stehen zwar nicht absolut unter Bestandsschutz, jedoch sind nach dem Bewirtschaftungsziel der Nr. 4 bestehende Nutzungen und Nutzungspotenziale ein gleichrangiger abwägungsrelevanter Belang [19].

### 4 Bewirtschaftungsgrundsätze und Ausnahmen

Im Mittelpunkt der Konflikte zwischen Wasserkraft und Gewässerökologie steht regelmäßig das qualitätsbezogene Bewirtschaftungsregime.

#### 4.1 Gewässerqualitätsziele und Bewirtschaftungsgrundsätze

In §§ 27 ff. WHG werden in Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL) [20] Gewässerqualitätsziele formuliert und die Grundsätze des Verschlechterungsverbots und - für die Wasserkraft meist relevanter - des Verbesserungsgebots aufgestellt [29]. Diese Grundsätze bilden eine Grenze des Bewirtschaftungsermessens, verdrängen dieses indes nicht; auch das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip gilt.

Zu dem guten ökologischen Zustand i. S. v. Art. 2 Nr. 21 WRRL zählen bspw. auch hydromorphologische Gegebenheiten, wie die Durchgängigkeit der Oberflächengewässer [21], [22]. Einzelheiten ergeben sich je Gewässer und Gewässerabschnitt aus dem Bewirtschaftungsplan und dem Maßnahmenprogramm [23], [24]. Diese Vorgaben sind zunächst einmal für alle behördlichen Entscheidungen verbindlich.

#### 4.2 Ausnahmen und Verhältnismäßigkeit

Indes steht die Erreichung der Bewirtschaftungsziele unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit, der in §§ 29-31 WHG (nicht abschließend) geregelt ist. Insbesondere sind gem. § 31 Abs. 2 WHG unter Umständen Ausnahmen von den Bewirtschaftungsgebots anzuerkennen [25], [26], [27]. Diese Ausnahmen gelten (sofern die Voraussetzungen erfüllt sind) von Gesetzes wegen; sie bedürfen keiner separaten behördlichen Zulassung, sondern sind in diesem Fall von der jeweils für die Erlaubnis/Planfeststellung zuständigen Zulassungsbehörde bei dieser Genehmigungsentscheidung zu beachten [8], [28].

Es handelt sich hier nicht um eng auszulegende Ausnahmegründe, sondern um einen gesamthaften Verhältnismäßigkeitsmechanismus [29], [30]. Nach dem EuGH-Urteil im Fall „Schwarze Sulm“ [31] avancierte, wie Reinhardt zutreffend formulierte, die Norm von einer vermeintlich strikt zu handhabenden Ausnahme- zu einer allgemeinen Abwägungsklausel [32].

Für eine Ausnahme sind vier kumulative Voraussetzungen zu erfüllen.

### Neue Veränderung der physischen Eigenschaften (Nr. 1)

Zu den neuen Veränderungen der physischen Eigenschaften (Nr. 1) zählen insbesondere solche Veränderungen, die mit einer Nutzung der Wasserkraft verbunden sind. Neue Veränderungen sind solche, die nach dem Inkrafttreten des 7. WHG-Änderungsgesetzes (25.06.2002) erfolgt sind. Wie der EuGH entschieden hat, sind die Kriterien und Bedingungen des Art. 4 Abs. 7 WRRL für Altanlagen im Wesentlichen entsprechend und gegebenenfalls sinngemäß als Maximalbeschränkungen anwendbar [33].

### Gründe von übergeordnetem öffentlichem Interesse bzw. Nutzenabwägung (Nr. 2)

Die Schlüsselrolle im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsabwägung kommt der Nr. 2 zu. Von deren zwei Alternativen ist regelmäßig die erste virulent, nämlich dass „Gründe von übergeordnetem öffentlichem Interesse“ für die Nutzung sprechen (die 2. Alternative sieht eine Nutzenabwägung vor).

Die Energieerzeugung stellt ein öffentliches Interesse i. S. d. 1. Alternative dar. Dies gilt umso mehr für die dem Klimaschutz dienende Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien. Beispielsweise das OVG Koblenz und der VGH München haben die energiepolitische Bedeutung der erneuerbaren Energien und ihre Rolle für den Klimaschutz ausführlich dargelegt. Der VGH München führt aus, dass durch den Einsatz regenerativer Energien dazu beigetragen werden könne, den Schadstoffausstoß durch Energiegewinnung aus sich verbrauchenden Rohstoffen zu reduzieren und qualifiziert dies als einen gewichtigen öffentlichen Belang gerade in einem Umfeld, in dem das einschlägige Energiekonzept den Umbau der Energieversorgung hin zu einem weitgehend auf erneuerbare Energien gestützten Versorgungssystem ohne Kernenergie vorsehe [34]. Das OVG Koblenz würdigt die Rolle erneuerbarer Energie als Ersatz für Strom aus Kohle- oder Atomkraftwerken, auf den die Bundesrepublik nach dem Atomausstieg angewiesen sei. Die notwendige Versorgung der Bevölkerung mit Strom geschehe auch durch Gewinnung von Energie aus der Wind- und Wasserkraft. Auch die Energiepolitik der EU verfolge als Ziel, das Funktionieren des Energiemarktes sicherzustellen, die Energieversorgungssicherheit zu gewährleisten sowie die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen zu fördern, da die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung beiträgt. An der Nutzung erneuerbarer Energien wie der Wasserkraft bestehe mithin ganz allgemein ein gewichtiges öffentliches Interesse, und zwar nicht nur wegen der weitgehend klimaneutralen Erzeugung, sondern wegen der Grundlastfähigkeit, die zur Ablösung namentlich fossiler Energieträger sowie der Atomkraft dringend erforderlich sei [35]. Gleichlaufende Wertungen findet man in zahlrei-

chen jüngeren Gerichtsentscheidungen, etwa wenn es um Abwägungsentscheidungen bzgl. Windkraftanlagen im Naturschutzrecht oder im Planungsrecht geht.

Ob diesen Belangen ein die Belange des Naturhaushalts und des Wasserhaushalts überwiegendes Gewicht zukommt, ist einzelfallabhängig zu beurteilen. Der EuGH lässt hier ein bloßes, „einfaches“, also nicht weiter qualifiziertes Überwiegen ausreichen [31], [33]. Dem Klimaschutz kommt ein hohes, wenn auch nicht automatisch überwiegendes Gewicht zu [34], [35]; in konkret entschiedenen Fällen war er aber in der Lage, Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen zu rechtfertigen [36], [37], oder die vorhandene Wasserkraftnutzung stand als überwiegender Grund des Wohls der Allgemeinheit einer nachträglichen Anordnung eines Umgehungsgerinnes entgegen [38].

Erst unlängst hat der EuGH im Fall „Schwarze Sulm“ (Österreich) auch der Neuerrichtung einer kleinen Wasserkraftanlage ein öffentliches Interesse beigemessen, das eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen rechtfertigen kann [31]. Der EuGH berücksichtigte in seiner Abwägung etwa die Energiebilanz des Projekts, die ökonomischen Aspekte für die lokale Wirtschaft, den Beitrag zum Klimaschutz etc. Auch bei einer kleinen Wasserkraftanlage kann, wie dieser Fall zeigt, eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen gerechtfertigt sein.

### Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit (Nr. 3)

Des Weiteren ist eine Subsidiaritätsprüfung vorzunehmen, ob nicht andere geeignete Maßnahmen mit wesentlich geringeren nachteiligen Umweltauswirkungen vertretbar wären (Nr. 3). In die Prüfung einzubeziehen sind lediglich alternative Gewässerbenutzungen, die einen direkten Sachzusammenhang mit dem beantragten Vorhaben aufweisen, ökologisch deutlich vorteilhaft sind und für den Vorhabenträger keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern.

### Minimierungsgebot (Nr. 4)

Schließlich gilt ein Minimierungsgebot, d. h. Ausnahmen können nur dann akzeptiert werden, wenn alle praktisch geeigneten Maßnahmen ergriffen werden, um die nachteiligen Auswirkungen auf den Gewässerzustand zu verringern (Nr. 4). Dies erfordert eine Beurteilung der Umstände des Einzelfalls.

## 5 Zusammenfassung

Bei wasserrechtlichen Zulassungsentscheidungen wie auch bei nachträglichen Anordnungen unterliegen die zuständigen Behörden zunächst einmal strikten Vorgaben zur Durchsetzung der Bewirtschaftungspläne und Maßnahmenprogramme nach §§ 27 ff. WHG.

Allerdings kommt, wie die Rechtsprechung zunehmend anerkennt, zugunsten von Wasserkraftanlagen grundsätzlich - bei entsprechender Einzelfallabwägung - eine Ausnahme von den Bewirtschaftungszielen in Betracht (§ 31 Abs. 2 WHG). Dabei sind die Belange von Klimaschutz und regenerativer Energieerzeugung (wie auch die privaten Interessen der Betreiber, und zwar sowohl die Erwerbs- als auch besonders die Bestandsinteressen) angemessen zu berücksichtigen, d. h. ord-

nungsgemäß zu ermitteln, zu bewerten und in angemessenen Ausgleich zu bringen. Dies folgt nicht nur aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern ermöglicht auch die zunehmend und immer dringlicher gebotene Förderung von Klimaschutz und erneuerbarer Energieerzeugung.

#### Hinweis

Dieser Beitrag basiert auf dem unter [1] aufgeführten Gutachten für die Bezirksregierung Arnsberg des Autoren.

#### Autor

##### Prof. Dr. Thorsten Attendorn

Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung NRW  
Hauert 9  
44227 Dortmund  
thorsten.attendorn@hspv.nrw.de

#### Literatur

- [1] Attendorn, T.: Klimaschutz erfolgreich gestalten - Was Behörden tun können. Gutachten für die Bezirksregierung Arnsberg, 2020 ([www.bezreg-arnsberg.nrw.de/presse/2020/06/124\\_20\\_06\\_24/Klimaschutz-erfolgreich-gestalten---Was-Behoerden-tun-koennen.pdf](http://www.bezreg-arnsberg.nrw.de/presse/2020/06/124_20_06_24/Klimaschutz-erfolgreich-gestalten---Was-Behoerden-tun-koennen.pdf), Aufruf 01.09.2020).
- [2] IPCC (Hrsg.): 1,5 °C globale Erwärmung. IPCC-Sonderbericht über die Folgen einer globalen Erwärmung um 1,5 °C gegenüber vorindustriellem Niveau und die damit verbundenen globalen Treibhausgasemissionspfade im Zusammenhang mit einer Stärkung der weltweiten Reaktion auf die Bedrohung durch den Klimawandel, nachhaltiger Entwicklung und Anstrengungen zur Beseitigung von Armut ([www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/03/SR1.5-SPM\\_de\\_barrierefrei-2.pdf#](http://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2019/03/SR1.5-SPM_de_barrierefrei-2.pdf#), Abruf 01.09.2020).
- [3] Bundes-Klimaschutzgesetz v. 12.12.2019. In: BGBl. I, S. 2 513.
- [4] EuGH, Ur. v. 26.9.2013 - Rs. C-195/12, Rn. 56.
- [5] Attendorn, T.: Die Belange des Klimaschutzes nach Fukushima und der Energiewende. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2012), S. 1 569.
- [6] Gärditz, K. F.: Ökologische Binnenkonflikte im Klimaschutzrecht. In: Deutsche Verwaltungsblätter (2010), S. 214.
- [7] Reinhardt, M.: Die gesetzliche Förderung kleiner Wasserkraftanlagen und der Gewässerschutz - Zum Schutz der Umwelt vor dem Umweltschutz. In: Natur und Recht (2006), S. 205.
- [8] Attendorn, T.: Berücksichtigung der Belange der Energiewende bei der Anwendung des Wasserrechts. In: Umwelt- und Planungsrecht (2013), S. 47.
- [9] Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz - WHG) v. 31.07.2009. In: BGBl. I, S. 2585 (Nr. 51); zul. geä. durch G. v. 19.6.2020, BGBl. I, 1408.
- [10] VG Meiningen, Ur. v. 24.4.2018 - 2 K 407/13. In: Zeitschrift für Wasserrecht (2019), S. 187.
- [11] Reinhardt, M.: Vertrauensschutz und Gewässerschutz bei der Wasserkraftnutzung auf der Grundlage alter Rechte und alter Befugnisse. In: Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (2015), S. 408.
- [12] Reinhardt, M.: Neue wasserrechtliche Anforderungen an die Modernisierung von Wasserkraftanlagen. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2011), S. 1 089.
- [13] Reinhardt, M.: Gewässerdurchgängigkeit und Schutz der Fischpopulation an Bundeswasserstraßen. In: UBA-Texte (2012), Nr. 12.
- [14] Durner, W.: Rechtsfragen der Wasserkraftnutzung an Bundeswasserstraßen. In: Durner (Hrsg.), Wasserrechtsfragen der Energiewende (2013), S. 115.
- [15] BVerfGE 58, S. 300.
- [16] Spieth, W. F.; Ipsen, N. C.: Das Ausnahmeregime der Wasserrahmenrichtlinie. In: Köck/Faßbender (Hrsg.), Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland - Erfahrungen und Perspektiven (2011), S. 115.
- [17] Breuer, R.: Rechtsfragen des Konflikts zwischen Wasserkraftnutzung und Fischfauna. Berlin: Erich Schmidt Verlag, 2006.
- [18] Fröhlich, K.-D.: Rechtsfragen des Konflikts zwischen Wasserkraftnutzung und Fischfauna. In: Zeitschrift für Wasserrecht (2005), S. 134.
- [19] Schendel, A.: Wasserwirtschaftlicher Reformbedarf im Zeichen der Energiewende. In: Durner (Hrsg.), Wasserrechtsfragen der Energiewende, 2013, S. 3.
- [20] Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik. In: ABl. EG L 327, 22.12.2000, S. 1.
- [21] Laskowski, S. R.: Wasserkraft im Energiekonzept der Bundesregierung nach dem Atomausstieg - zwischen Klima- und Gewässerschutz. In: ZNER 2011, S. 396.
- [22] Knobelspies; Kaufmann: Wasserkraft - die erneuerbare Energie der Zukunft? In: Zeitschrift für Neues Energierecht (2013), S. 250.
- [23] Gawel, E.: Die Wasserkraft zwischen Gewässerschutz und Energiewende. In: Energiewirtschaftliche Tagesfragen (2011), Heft 8,, S. 57.
- [24] Faßbender, K.: Maßnahmenprogramme: Bindungswirkung und Rechtsschutz. In: Faßbender, K., Köck, W. (Hrsg.): Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland - Erfahrungen und Perspektiven (2011), S. 129.
- [25] Ginzky, H.: Ausnahmen zu den Bewirtschaftungszielen im Wasserrecht. In: Zeitschrift für Umweltrecht (2005), S. 515.
- [26] Reese, M.: Voraussetzungen für verminderte Gewässerschutzziele nach Art. 4 Abs. 5 WRRL. In: Zeitschrift für Umweltrecht (2016), S. 203.
- [27] Schütte, P.; Warnke, M.; Wittrock, E.: Die Ausnahme vom Verschlechterungsverbot: rechtliche und praktische Lösungsvorschläge. In: Zeitschrift für Umweltrecht (2016), S. 215.
- [28] Knopp: Ausnahmen von den Umweltzielen des Art. 4 WRRL und ihre Bedeutung beim wasserrechtlichen Vollzug in Deutschland. In: Wasser und Abfall (2005), Heft 3, S. 27.
- [29] Durner, W.: Das „Verschlechterungsverbot“ und das „Verbesserungsverbot“ im Wasserwirtschaftsrecht. In: Natur und Recht (2019), S. 1.
- [30] Reinhardt, M.: Reform der Wasserrahmenrichtlinie. In: Natur und Recht (2018), S. 289.
- [31] EuGH, Ur. v. 4.5.2016 - Rs. C-346/14, Rn. 74 ff.
- [32] Reinhardt, M.: Urteilsanmerkung. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (2016), S. 1167.
- [33] EuGH, Ur. v. 11.9.2012 - Rs. C-43/10, Rn. 64 f.
- [34] Zuletzt VGH München, Beschl. v. 5.8.2019 - 8 ZB 18.60, Rn. 24; s. im Einzelnen auch VGH München, Beschl. v. 23.2.2016 - 8 CS 15.1096, Rn. 18.
- [35] OVG Koblenz, Beschl. v. 8.11.2017 - 1 A 11653, Rn. 128 ff.
- [36] VGH München, Beschl. v. 5.8.2019 - 8 ZB 18.60, Rn. 24.
- [37] OVG Bremen, Ur. v. 4.6.2009 - 1 A 9/09, Rn. 100; OVG Bremen, Beschl. v. 9.8.2011 - 1 B 113/11, Rn. 37.
- [38] VGH München, Ur. v. 5.7.2005 - 8 B 04.356, Rn. 65.

Thorsten Attendorn

#### Assessing hydropower in discretionary exceptions under the EU WFD

In the quest for avoiding the climate change, the German parliament has issued the first climate protection act establishing binding objectives regarding the reduction of carbon emissions which accompany existing goals regarding the expansion of renewable energy. In accordance with European and national constitutional law, climate protection and renewable energy both are of eminence. Not only in terms of base load, hydropower offers a notable contribution to the energy transition urgently needed to avoid climate change. Even under the EU Water Framework Directive, that function of hydropower is to be taken into account by the public authorities, and they are to balance it with the ecological objectives of the WFD. European and national case law shows that, under Art. 4 para. 7, the public interest in a given hydropower project may eventually override the environmental objectives of the WFD.