

SÄCHSISCHES STAATSMINISTERIUM FÜR ENERGIE, KLIMASCHUTZ, UMWELT UND LANDWIRTSCHAFT  
Postfach 10 05 10 | 01075 Dresden

Landesdirektion Sachsen  
Abteilung 4

nachrichtlich: LTV und LfULG

Im Postaustausch

### **Zulassung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien im Wasserrecht unter Berücksichtigung des neuen § 2 EEG**

Anlage: Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien (ABl. L 335 vom 29.12.2022, S. 36)

Sehr geehrter Herr Svarovsky,

mit E-Mail vom 24. August 2022 haben wir erstmalig über den neuen § 2 des Gesetzes für den Ausbau erneuerbarer Energien (EEG 2023) im Zusammenhang mit der Thematik Wasserkraft informiert und Ihnen eine erste Einschätzung des BMUV übermittelt.

Mit nachfolgenden Ausführungen möchten wir ergänzend und konkretisierend auf die Bedeutung des § 2 EEG 2023 sowie der Verordnung (EU) 2022/2577 des Rates vom 22. Dezember 2022 zur Festlegung eines Rahmens für einen beschleunigten Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energien (ABl. L 335 vom 29.12.2022, S. 36) – nachfolgend EU-Dringlichkeitsverordnung – im Rahmen von Verfahren zur Genehmigungserteilung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien im Wasserrecht hinweisen und die LDS bitten, auch die unteren Wasserbehörden entsprechend zu informieren.

#### **I. Welche Bedeutung hat § 2 EEG für den wasserrechtlichen Vollzug bei der Zulassung von Anlagen zur Erzeugung von erneuerbarer Energie bzw. der Gewährung von Ausnahmen von Verboten in wasserwirtschaftlich sensiblen Gebieten?**

Der neue § 2 EEG 2023 (seit 29. Juli 2022 in Kraft, BGBl. I S. 1237) stellt fest, dass die nachhaltige Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien im überragenden öffentlichen Interesse liegt und der öffentlichen Sicherheit dient. Aus dem überragenden öffentlichen Interesse und dem Umstand, dass die Anlagen der erneuerbaren Energien auch der öffentlichen Sicherheit dienen, werden sodann rechtliche Implikationen abgeleitet.

Staatliche Behörden – hier die Wasserbehörden – haben dieses überragende öffentliche Interesse zu berücksichtigen. So wird in der Begründung zum Gesetzentwurf (BT-Drs. 20/1630, S. 159 f.) ausgeführt, dass „*dies jede*

Dresden,  
13. März 2023

 Energieversorgung,  
Sachsen.de  
Plattform. Ansprechpartner. Information.

**Hausanschrift:**  
Sächsisches Staatsministerium  
für Energie, Klimaschutz,  
Umwelt und Landwirtschaft  
Wilhelm-Buck-Straße 4  
01097 Dresden

[www.smekul.sachsen.de](http://www.smekul.sachsen.de)

**Verkehrsverbindung:**  
Zu erreichen mit den Straßen-  
bahnlinien 3, 6, 7, 8, 13

**Besucheradresse:**  
Sächsisches Staatsministerium  
für Energie, Klimaschutz,  
Umwelt und Landwirtschaft  
Wilhelm-Buck-Straße 2  
01097 Dresden

Bitte beachten Sie die allgemeinen Hinweise zur Verarbeitung personenbezogener Daten durch das Sächsische Staatsministerium für Energie, Klimaschutz, Umwelt und Landwirtschaft zur Erfüllung der Informationspflichten nach der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung auf [www.smekul.sachsen.de](http://www.smekul.sachsen.de)



2022/68917

*einzelne Anlage einschließlich dazugehöriger Nebenanlagen betrifft, insbesondere bei Windenergieanlagen an Land, weil hier die Ausbauziele derzeit wegen knapper Flächen nicht erreicht werden.“ und auch „in Fällen der Eigenversorgung gilt“. Weiter ist in der Gesetzesbegründung (a. a. O.) zu lesen:*

*„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 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-, Immissionsschutz-, 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 den Schutzgüterabwägungen Rechnung getragen werden. Öffentliche Interessen können in diesem Fall den erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des Klimaschutzgebotes nur dann entgegenstehen, wenn sie mit einem dem Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang gesetzlich verankert bzw. gesetzlich geschützt sind oder einen gleichwertigen Rang besitzen.“*

Der Gesetzgeber will mit § 2 EEG 2023 die Wertentscheidung der Vollzugsbehörden im Rahmen von behördlichen Zulassungsentscheidungen vorprägen.

Zur Entfaltung der Wirkung der Norm ist es jedoch stets nötig, dass das Wasserrecht ein entsprechendes „Einfallstor“ hat. So kann § 2 EEG 2023 nur über Ermessens- oder Abwägungsentscheidungen oder bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe (z. B. Wohl der Allgemeinheit) und Beurteilungsspielräumen Einzug in das Wasserrecht finden. Wenngleich die Aufwertung der erneuerbaren Energien keine automatische Abwertung anderer Belange bedeutet, so ist der Vorrang der erneuerbaren Energien nunmehr als „Abwägungs-Soll“ verbrieft.

Im Wasserrecht kommt dem § 2 EEG 2023 insbesondere bei der Zulassung von Wasserkraftanlagen, Geothermieanlagen, Hydrothermieanlagen oder Floating-PV-Anlagen, aber ebenso bei der Gewährung von Ausnahmen von Verboten in wasserwirtschaftlich sensiblen Gebieten für Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien Bedeutung zu.

**Dies bedeutet jedoch im Umkehrschluss auch, dass der mit § 2 EEG 2023 statuierte Vorrang der erneuerbaren Energien nicht zur Anwendung kommt, sofern bereits auf der Tatbestandsebene (ohne die Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe) die Zulassung der Anlage zur Erzeugung erneuerbarer Energien bzw. die Ausnahme vom Verbot in einem wasserwirtschaftlich sensiblen Gebiet mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen ausscheidet.**

Dies vorangestellt hat nach gegenwärtiger Einschätzung der § 2 EEG 2023 **insbesondere** im Rahmen folgender Regelungen seinen Anwendungsbereich:

- Ausübung des Bewirtschaftungsermessens gemäß § 12 Absatz 2 WHG.
- Ausnahme von Verboten in wasserwirtschaftlich sensiblen Gebieten wie zum Beispiel in Wasser- oder Heilquellenschutzgebieten bzw. im Gewässerrandstreifen
- Ausnahmen von den Bewirtschaftungszielen des § 27 WHG gemäß § 31 Absatz 2 Nummer 2 WHG.

Exkurs zu § 31 Absatz 2 WHG i. V. m. § 2 EEG 2023:

Führt ein Vorhaben zur Erzeugung erneuerbarer Energie i. S. d. § 2 EEG 2023 zu einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften gemäß § 31 Absatz 2 Nummer 1 WHG, so wird dies gemäß § 2 EEG 2023 in der Regel im übergeordneten öffentlichen Interesse gemäß § 31 Absatz 2 Nummer 2 WHG liegen. Dieser gesetzliche Regelvorrang führt dazu, dass die Annahme einer Ausnahme vom Regelvorrang erneuerbarer Energien zu einem stark erhöhten Begründungsaufwand zum Einzelfall führt, d.h. nur in Ausnahmefällen, bei Vorliegen von besonderen, atypischen Umständen kann dieser Vorrang überwunden werden. Dabei kann der geringe Energieoutput bzw. der geringe positive Beitrag zum Klima als einseitiger Aspekt einer einzelnen Anlage erneuerbarer Energien nicht zur Annahme einer Ausnahme vom Regelvorrang erneuerbarer Energien führen (vgl. bereits BVerfG, Beschluss vom 23.03.2022, 1 BvR 1187/17, Rn. 143).

Bereits EuGH, Urteil vom 04.05.2016, C 346/14 Rn. 82 „Schwarze Sulm“, sowie BVerfG a.a.O. Rn. 145 hielten es grundsätzlich für möglich, eine Anlage erneuerbarer Energien mit der Begründung abzulehnen, dass der Energieoutput in keinem vernünftigen Verhältnis zu einem nicht vollständig ausgleichbaren Eingriff in Umweltbelange stünde. Bei einem Antragsvorhaben der kleinen Wasserkraft verlangte bereits das zitierte EuGH-Urteil a.a.O. jedoch einen stark erhöhten Begründungsaufwand am Einzelfall. An der Geltung des verfassungsrechtlich garantierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann der zwischenzeitliche nur einfachgesetzliche Regelvorrang des § 2 EEG 2023 zugunsten der erneuerbaren Energien inhaltlich nichts ändern.

Zusätzlich müssen gemäß Nummer 3 des § 31 Absatz 2 WHG die Ziele, die der Vorhabenträger mit seinem Vorhaben verfolgt, 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. Bei Anwendung der von der ständigen Rechtsprechung des BVerfG zu § 34 Absatz 3 Nummer 2 BNatSchG bzw. Artikel 6 Absatz 4 FFH-Richtlinie entwickelten Grundsätze auf § 31 Absatz 2 Nummer 3 WHG kann ein Vorhaben nicht unter Verweis auf eine Alternative mit wesentlich geringeren nachteiligen Auswirkungen auf die Umwelt abgelehnt werden, wenn der Vorhabenträger die Ziele seines Antragsvorhabens mit der Alternative bei realistischer Einschätzung nicht auch bloß annähernd erreichen könnte, so dass die Alternative auf ein vollkommen anderes Projekt hinausliefere (vgl. OVG BB, Urteil vom 20.12.2018, 6 B 1.17, „Welzow-Süd“, Rn. 58, 61 i. V. m. BVerfG, Urteil vom 09.07.2009, 4 C 12.07, Rn. 33 m. w. N.).

Schließlich ist zusätzlich immer auch Nummer 4 des § 31 Absatz 2 WHG zu prüfen.

## **II. Gilt der Anwendungsvorrang der erneuerbaren Energien uneingeschränkt?**

Ein absoluter Vorrang der erneuerbaren Energien wird nicht begründet. Es handelt sich vielmehr bei dem § 2 Satz 2 EEG 2023 um eine Soll-Vorschrift, die ein Regel-Ausnahmeverhältnis postuliert oder mit anderen Worten: Es handelt sich um einen Gewichtungsvorrang, der behördlicherseits widerlegt werden muss. Es muss immer auch eine Interessenabwägung im Einzelfall stattfinden. Unter welchen Voraussetzungen die Regel überwunden wird, lässt die Gesetzesbegründung grundsätzlich offen. Es muss sich jedoch nach diesseitiger Auffassung um besondere Umstände handeln, die eine vom Regelfall abweichende Einschätzung zulassen. Nur für den planungsrechtlichen Außenbereich, wenn keine Ausschlussplanung erfolgt ist, enthält die Gesetzesbegründung entsprechende Aussagen. Öffentliche Interessen können in diesem Fall den erneuerbaren Energien als wesentlicher Teil des Klimaschutzgebotes nur dann entgegenstehen, wenn sie mit einem dem Artikel 20a GG vergleichbaren verfassungsrechtlichen Rang gesetzlich verankert bzw. gesetzlich geschützt sind oder einen gleichwertigen Rang besitzen.

Der Schutz der Ressource Wasser zum Beispiel, insbesondere um eine öffentliche Wasserversorgung zu gewährleisten, ist damit grundsätzlich geeignet, dem Vorrang entgegen zu stehen. Das Vorhandensein von Trinkwasser in ausreichender Quantität und Qualität ist für die nach Artikel 2 Absatz 2 GG grundrechtlich geschützten Güter des menschlichen Lebens und der menschlichen Gesundheit (körperliche Unversehrtheit) von maßgeblicher Bedeutung. Das Grundrecht wirkt hierbei nicht allein als konstitutionelles Abwehrrecht gegenüber staatlichen Eingriffen, sondern verpflichtet den Staat zugleich, sich aktiv schützend und fördernd vor das Rechtsgut zu stellen, um es vor Beeinträchtigungen durch Dritte zu bewahren. Ist daher die Trinkwasserversorgung durch Errichtung oder Betrieb einer Anlage zur Erzeugung erneuerbarer Energien gefährdet, kann eine solche Anlage in Folge der Interessenabwägung oder bei Ausübung des Bewirtschaftungsermessens zugunsten der öffentlichen Wasserversorgung abgelehnt werden.

Die Neuregelung des § 2 EEG 2023 kommt damit einer widerlegbaren Regelvermutung gleich. Die Regelvermutung ist insoweit widerlegbar, als die erneuerbaren Energien grundsätzlich in der Abwägung oder bei der Ausübung des Ermessens überwiegen sollen, hiergegen aber auch Gründe angeführt werden können und im Einzelfall auch müssen, die im Ergebnis der Abwägung zur Ablehnung der Zulassung einer Anlage zur Erzeugung von erneuerbaren Energien führen können. Nur für den planungsrechtlichen Außenbereich bedarf es entgegenstehender öffentlicher Interessen mit verfassungsrechtlichem Rang. Nach wie vor ist jedoch eine umfassende Abwägungsentscheidung im Einzelfall erforderlich, denn das überragende Interesse an der Errichtung und dem Betrieb von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien kann auch auf gleichrangige Interessen stoßen.

Allerdings besteht ein erhöhtes Begründungserfordernis, wenn anderen Schutzgütern gegenüber den Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien der Vorrang eingeräumt werden soll. Bei der Prüfung von Gründen für eine Ausnahme bzw. des Vorliegens entgegenstehender öffentlicher Interessen mit verfassungsrechtlichem Rang kann nicht

jede abstrakt denkbare Gefährdung des betreffenden (öffentlichen) Belanges den Vorrang der erneuerbaren Energien überwinden, sondern es muss zumindest für die Ausnahme oder die Möglichkeit der Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses eine begründete Annahme vorliegen und auf den Einzelfall abgestellt werden. Je stärker das öffentliche Interesse durch einen Schadenseintritt beeinträchtigt werden kann, desto geringer kann der Grad an Wahrscheinlichkeit sein und desto geringere Anforderungen sind an den Nachweis der Wahrscheinlichkeit zu stellen. Allerdings darf die Eintrittswahrscheinlichkeit auch in diesen Fällen nicht an die Unmöglichkeit grenzen. Zum Beispiel sind bei der Errichtung von Windenergieanlagen in Wasserschutzgebieten in das Worst-Case-Szenario nur Unfälle oder Störungen einzubeziehen, die nicht nur theoretisch, sondern auch real möglich sind (vgl. VG Wiesbaden, Urteil vom 24. Juli 2020 – 4 K 2962/16.WI, Rn. 54ff., 70ff.). Der Vermeidung von abstrakten Gefahren ist mittels geeigneter Nebenbestimmungen zur Zulassung oder Befreiung von Verboten zu begegnen, d.h. zuzulassende Anlagen sollen möglichst gewässerschonend errichtet und betrieben werden.

Die Regelung ist im Übrigen zeitlich begrenzt. Sie räumt dem Ausbau der erneuerbaren Energien einen Vorrang in behördlichen Schutzgüterabwägungen ein, bis die Stromerzeugung nahezu treibhausgasneutral gelingt. Nach der gesetzlichen Konzeption in § 1a EEG 2023 ist dies bis zur Vollendung des Kohleausstiegs anzustreben.

### **III. Auswirkungen der EU-Dringlichkeitsverordnung auf die nationale Rechtslage?**

Am 30. Dezember 2022 ist die EU-Dringlichkeitsverordnung in Kraft getreten und gilt für 18 Monate. Nachfolgend wird auf die wesentlichen Regelungen hingewiesen:

#### **1. Im Hinblick auf § 2 EEG 2023**

Artikel 3 Absatz 1 der EU-Dringlichkeitsverordnung ist für die Zwecke der EU-Richtlinien FFH, SPA und WRRL im Wesentlichen deckungsgleich mit § 2 Satz 1 EEG 2023. Es wird bei der Abwägung rechtlicher Interessen angenommen, dass Planung, Bau und Betrieb von EE-Anlagen und EE-Einrichtungen sowie ihr Netzanschluss, das betreffende Netz und Speicheranlagen im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen. Diese Vermutung ist gemäß Erwägungsgrund 8 zur EU-Dringlichkeitsverordnung wie auch bei § 2 EEG 2023 widerlegbar.

Artikel 3 Absatz 2 EU-Dringlichkeitsverordnung ist im Wesentlichen deckungsgleich mit § 2 Satz 2 EEG, d. h. (nur) im Rahmen der konkreten Abwägungsentscheidung wird den EE-Anlagen ein Vorrang eingeräumt, es sei denn, erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen können nicht abgemildert oder nicht ausgeglichen werden.

Die EU-Dringlichkeitsverordnung unterstreicht die nationale Regelung des § 2 EEG 2023 für die Zwecke der EU-Richtlinien FFH, SPA und WRRL. Damit ergeben sich aus dieser zu den obigen Ausführungen keine abweichenden Schlüsse. Vielmehr kann insbesondere bei der Prüfung nach § 31 Absatz 2 WHG und der Frage, ob von der Regelvermutung eine Ausnahme zu machen ist, auf Artikel 3 Absatz 2 der EU-Dringlichkeitsverordnung und den dort verankerten Gründen für eine Ausnahme zurückgegriffen werden, wenn erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen nicht abgemildert oder ausgeglichen werden können.

## **2. Fristen, Veröffentlichung, UVP und § 16b Absatz 1 BImSchG**

### **a) Fristen**

Mit der EU-Dringlichkeitsverordnung werden die nationalen Genehmigungsfristen verkürzt. So gilt seit dem 30. Dezember 2022 für ggf. erforderliche wasserrechtliche Erlaubnisse für Geothermieranlagen (Erdwärmesonden, Erdwärmekollektoren und Grundwasserwärmepumpen sowie Hydrothermieranlagen) eine Frist von 3 Monaten (siehe Artikel 7 Absatz 1 der EU-Dringlichkeitsverordnung) und für entsprechende Verfahren zum Repowering von Wasserkraftanlagen eine Frist von 6 Monaten (siehe Artikel 5 der EU-Dringlichkeitsverordnung). Die Sechsmonatsfrist gilt auch für das Repowering „nicht wasserwirtschaftlicher“ EE-Vorhaben (zum Beispiel Repowering von Windenergieanlagen oder Freiflächensolaranlagen), wenn für diese eine Befreiung/Ausnahme von Verboten in wasserwirtschaftlich sensiblen Gebieten erteilt werden soll.

Die Frist beginnt mit der Bestätigung des Eingangs des vollständigen Antrags durch die zuständige Behörde (Artikel 2 Absatz 2b EU-Dringlichkeitsverordnung).

### **b) Veröffentlichung**

Die Entscheidungen gemäß Artikel 5 Absatz 1 und 2 sowie Artikel 7 Absatz 1 der EU-Dringlichkeitsverordnung sind gemäß Artikel 5 Absatz 5 und Artikel 7 Absatz 4 der EU-Dringlichkeitsverordnung zu veröffentlichen. Bis zu einer Freischaltung des elektronischen Wasserbuches wird empfohlen, die Veröffentlichung auf entsprechenden Internetseiten der zuständigen Wasserbehörde vorzunehmen.

### **c) UVP und § 16b Absatz 1 BImSchG**

Im Übrigen bestimmt Artikel 5 Absatz 3 der EU-Dringlichkeitsverordnung: Wenn es für das Repowering einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen oder den Ausbau einer damit verbundenen Netzinfrastruktur, die für die Integration erneuerbarer Energien in das Stromnetz gebraucht wird, erforderlich ist zu bestimmen, ob für das Projekt ein Verfahren zur Umweltverträglichkeitsprüfung oder eine Umweltverträglichkeitsprüfung gemäß Artikel 4 der Richtlinie 2011/92/EU notwendig ist, dann ist diese Ermittlung und/oder Umweltverträglichkeitsprüfung auf die potenziellen erheblichen Auswirkungen der Änderung oder Erweiterung im Vergleich zum ursprünglichen Projekt zu beschränken. Eine ähnliche Regelung trifft § 16b Absatz 1 BImSchG für das immissionschutzrechtliche Genehmigungsverfahren, auch wenn keine UVP durchgeführt wird.

Die Abteilung 6 (Energie und Klimaschutz) des SMEKUL war in die Erarbeitung dieses Schreibens eingebunden.

Mit freundlichen Grüßen