

B. Chancen der Kleinwasserkraft

(Ferdinand Kerschner)¹

1. Prolog: Zur Dringlichkeit des Wesentlichen

Umweltrechtswissenschaftler kommen oft in eine unangenehme Breddouille, sie sind meist – freilich nicht immer – **gegen** etwas: Gegen Umweltverschmutzungen, gegen Klimawandel, gegen fossile Energien. Der Verfasser ist im Folgenden hier in der glücklichen Lage, **für** etwas zu sein. Es soll eine Lanze für Kleinwasserkraftwerke (im Folgenden KWK) gebrochen werden, das soll dem Klimaschutz dienen. Die KWK haben heute – wie sich im Rahmen dieser Tagung mehrfach gezeigt hat – keinen besonders guten Ruf, gerade auch unter Naturschutz-NGOs. Dieser eher negative Ruf soll hier zumindest modifiziert werden. Das wird in fünfzehn anschließenden Thesen versucht, quasi – mit allem Vorbehalt – nach dem Motto „Back to the mills“. Ein Ausblick wird schließen.

Wie der Verfasser schon lange und oftmals hervorgehoben hat: Der noch ständig zunehmende Klimawandel ist – offensichtlich aber noch immer von vielen bestritten – die größte Herausforderung unseres Jahrhunderts. Es geht um Generationenverantwortung bzw Generationengerechtigkeit: „*Es bleibt die Aufgabe, die Welt humaner und gerechter zu machen und Natur und Umwelt für künftige Generationen zu bewahren*“, so treffend Heinrich Honsell.² Und wer stets das Dringliche dem Wesentlichen vorzieht, der vergisst die Dringlichkeit des Wesentlichen.³ Und wie es auch die Klimakonferenz COP 28 in Dubai wieder deutlich hat werden lassen: Klimaschutz ist für die kommenden Generationen höchst existentiell, damit wesentlich und besonders dringlich gerade auch für die Biodiversität, denn ohne ausreichenden Klimaschutz wird es auch keinen Schutz der Biodiversität geben: Ein ungebremster Klimawandel wird nach allen Prognosen auch Tier- und Pflanzenarten weitgehend zerstören. **Daraus ist mE ein gewisser momentaner Vorrang, eine gewisse Priorität des Klimaschutzes abzuleiten!**

Dem häufigen Einwand – auch tendenziell noch in der Judikatur⁴ – gegen KWK, diese würden „zu wenig bringen“, also quantitativ nicht wesentlich sein, ist entgegenzuhalten: Es gibt auch das „Kollektiv des Kleinen“⁵ und etwas salopp: „Kleinvieh macht auch Mist“; siehe auch gleich These I. Gerade auch KWK, errichtet und/oder betrieben von Einzelnen („Hauskraftwerke“)

¹ Das Manuskript wurde grundsätzlich im Mai 2023 abgeschlossen.

² In seinem Werk „Was ist Gerechtigkeit“² (2023) 254.

³ So sinngemäß nach dem französischen Philosophen Edgar Morin.

⁴ Dazu etwas näher These VIII.

⁵ So treffend idZ Martin Weiss, Kleinwasserkraftanlagen und verwaltungsrechtliche Interessenabwägungen, RFG 2022, 190 ff (192).

bzw von Bürgerbeteiligungen, sind normativ erwünscht.⁶ Neue Ideen bringen auch neue Verwendungsfelder für KWK, so etwa für Ladestationen der E-Mobilität oder als schwimmende KWK. Neuere Studien sollen belegen, dass die nachteiligen Auswirkungen von KWK auf die Wasserqualität, allgemein auf die Ökologie eher gering sind.⁷

Die folgenden fünfzehn Thesen werden bewusst knapp und überschaubar gehalten und sollen vornehmlich der einschlägigen Diskussion dienen.

These I: Enormes Potential

KWK wohnt noch ein enormes Ausbaupotential inne. Schon jetzt finden sich in Österreich zwischen vier- und fünfhundert Anlagen, die viele Haushalte mit Strom versorgen.⁸

These II: Zeitliche Priorität

Wie bereits oben kurz im Prolog vorangestellt, ist der für die Einhaltung des Pariser Klimaschutzabkommens erforderliche Klimaschutz **gerade auch für Artenschutz, öffentliche Sicherheit und Gesundheit dringlich geboten**. Diese sachlichen untrennbaren Zusammenhänge erscheinen vielen nicht so evident, aber ohne Klimaschutz würde es nicht nur zu verstärkten Flüchtlingsströmen, sondern auch zu immer heftigeren Kämpfen um Ressourcen, va um Wasser und „aushaltbare“ Räume kommen. Auch der negative Einfluss auf die menschliche Gesundheit ist nachgewiesen.⁹ Weiters würden auch Pflanzen- und Tierarten zunehmend bedroht.¹⁰ Die genannten Bereiche sind nicht nur am Rande tangiert, sondern in ihrem wesentlichen Kern betroffen, was sich auch deutlich in den einschlägigen EU-Normen manifestiert.¹¹ Aus diesem dringenden Gebot zu raschem Handeln, zu dringend gebotenen Klimaschutzmaßnahmen ist mE eine **gewisse zeitliche und sachliche, freilich keine absolute Priorität** abzuleiten. Stets ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren.

These III: Günstige juristische EU-Parameter

ME sind aufgrund neuerer juristischer EU-Vorgaben, Rahmenbedingungen die Chancen für den Bau, Betrieb, aber auch Revitalisierung von KWK noch nie so gut wie jetzt gewesen. Va ist dazu auf die bis zum 30.6.2024 unmittelbar anzuordnende Dinglichkeits-VO (EU) 2022/2577 des Rats vom 22.12.2022 zu

⁶ Siehe RED II, RL (EU) 2018/2001 und zuletzt ebenso RED III (EU) 2923/2413, dazu näher These III, aber auch § 79 EAG mit Bezugnahmen auf KWK.

⁷ Vgl nur die Beiträge in Kleinwasserkraft Österreich, Nr 64 Juni 2019, 12 ff und Nr 65 September 2019, 10 ff.

⁸ Siehe näher etwa Kleinwasserkraft Österreich (2019) 10 ff.

⁹ Vgl insb Hans-Peter Hutter, Klimawandel und Gesundheit (2017).

¹⁰ Vgl näher etwa Essl/Rabitsch, Biodiversität und Klimawandel (2017).

¹¹ Siehe näher die Beschleunigungs-VO, aber auch RED II und nunmehr gleichsinnig RED III.

verweisen,¹² aber auch auf RED („Renewable Energy Directive“) II und die nunmehr im Oktober 2023 im Amtsblatt der EU veröffentlichte und am 20.11. 2023 in Kraft getretene RED III zu verweisen,¹³ dabei auch auf REPowerEU und go-to-Areas wie schließlich auf die letzte UVP-Nov.¹⁴

Die MS haben bis längstens 21.2.2024 (!) sicherzustellen, dass EE-Projekte – bis zum Erreichen der Klimaneutralität (!) – in Genehmigungsverfahren bei der Planung, im Bau und im Betrieb im „**überragenden**“ öffentlichen Interesse liegen und der **öffentlichen Gesundheit und Sicherheit** dienen, wenn Interessen nach der FFH-RL, WRRL und VSch-RL abzuwägen sind (Art 16 f). KWK folgen damit jedenfalls auch dem **Gebot der zügigsten Verwaltungs- bzw Gerichtsverfahren**, die auf der jeweiligen nationalen, regionalen und lokalen Ebene zur Verfügung stehen (Art 16 Abs 6). Die Dauer der Genehmigungsverfahren soll nicht länger als 12 Monate betragen, für Repower-Verfahren ua gar nur 6 Monate!

These IV: Großwasserkraftwerke passé

Ohne das hier näher ausführen zu können, wird es mE in Hinkunft aus faktischen, aber va auch aus politischen Gründen nicht bzw kaum mehr möglich bzw durchsetzbar sein, Großwasserkraftwerke zu bauen.

Dabei ist aber Energiegewinnung aus Wasserkraft wichtig, ja notwendig, um bei wenig/keiner Sonne bzw wenig/keinem Wind auszugleichen.

These V: Repowering/Effizienzsteigerung

Wie schon oben kurz angeführt müssen rechtlich sogar vorrangig bestehende Anlagen und damit auch KWK repariert bzw erneuert werden und dadurch eine maßgebliche Effizienzsteigerung erreicht werden.¹⁵ Durch diese Priorität des Repowering werden Investitionen derart gelenkt, dass keine oder kaum zusätzliche Natureingriffe erfolgen.

These VI: Nur „rücksichtsvolle Fahrt“ für KWK

Zur Klarstellung und Beruhigung von Vertretern des Naturschutzrechts: Die neuen EU-Normen (einschließlich nun RED III) erlauben keineswegs eine völlig freie Fahrt für EE-Anlagen und damit auch nicht für KWK. Es wird nur eine rücksichtsvolle Fahrt möglich sein, da ein **wesentlicher Vorbehalt zugunsten Artenschutz/Biodiversität** angeordnet wird: Die Priorität für EE-

¹² Dazu siehe mehrfach in diesem Band und zum überragenden öffentlichen Interesse an Erneuerbaren-Energieanlagen auch nach dem WRRL näher unten.

¹³ Vgl dazu näher Gesetzgebung & Verwaltung – Europarecht, RdU 2024/12, 24.

¹⁴ Zu dieser etwa Baumgartner, UVP-G-Novelle (2023), RdU 2023/58, 92 ff (Teil 1) und RdU 2023/84, 141 ff (Teil 2); weiters Katalan/Jantscher, Verschlechtsverbot und Verbesserungsgebot im Licht der EU-Notfallverordnung und der RED III, RdU 2024/7, 8.

¹⁵ Vgl Zur „Not-VO“ bzw RED II und RED III E. Wagner, diesem Band. So sieht etwa nun auch Art 16c RED III spezielle Erleichterungen für Repowering-Projekte vor.

Anlagen setzt das **Ergreifen geeigneter Schutzmaßnahmen und Bereitstellung ausreichender Finanzmittel und Flächen voraus.**¹⁶ **Der Vorrang von KWK ist somit keinesfalls ein absoluter!**

These VII:

Eine absolute Schutzschranke für die Biodiversität bilden nämlich die **erheblichen nachhaltigen nachteiligen Wirkungen** auf die Vielfalt von Pflanzen- und Tierarten. Diese Eingriffsschranke der „Erheblichkeit“ ist natürlich stark auslegungsbedürftig und bedarf wohl stets einer Konkretisierung jeweils im Einzelfall. Je gefährdeter bzw. geschützter eine Art ist, umso niedriger wird die Erheblichkeitsgrenze anzusetzen sein.

These VIII: Überholte Judikatur

Die Judikatur des VwGH gibt bei der Genehmigung von Wasserkraftwerken wohl noch immer großen bzw. größeren Anlagen gegenüber KWK den Vorrang.¹⁷ Zwar wird für diese kein konkreter lokaler Bedarf mehr vorausgesetzt, doch werden diese nur „nicht ausgeschlossen“. Dieser Nachrang von KWK entspricht mE nicht mehr der aktuellen Rechtslage.¹⁸ Die EU-Vorgaben decken diesen Nachrang nicht mehr! Das gilt auch für den Kriterienkatalog des BMK zu § 104a WRG: Nicht wie in diesem ist Klimaschutz der Energiewirtschaft, sondern der Ökologie zuzuordnen.¹⁹ Dieser Zuordnung kommt doch erhebliche Bedeutung bei der Interessenabwägung zu.

These IX: „Überragendes öffentliches Interesse“

Zweifellos derzeitiges **Kernthema** für das Verhältnis zwischen Erneuerbaren-Energie-Projekten und Biodiversität oder – etwas anders formuliert – zwischen Klimaschutz und Naturschutz ist, dass in allen aktuellen EU-Vorgaben von einem „überwiegenden“ bzw. „überragenden öffentlichen Interesse“ für EE-Projekte auszugehen ist.²⁰ Das somit grundsätzlich angeordnete Vorrangverhältnis wirft Auslegungsprobleme auf.

Dazu einige Gedanken: Das „überwiegende öffentliche Interesse“ soll nun in RED III ein „überragendes“ sein. Ob damit der EE noch mehr Gewicht zukommen soll, ist mE fraglich.²¹ Es ist aber jedenfalls nicht nur ein – wie auch sonst bisweilen formuliert – besonderes oder hohes Interesse und es diffe-

¹⁶ Dazu etwas näher unten These XIV.

¹⁷ Vgl etwa dazu *Bergthaler in Kerschner* (Hrsg), Kurzkomentar zum WRG (2022) § 104a Rz 26 ff.

¹⁸ So auch *M. Weiss*, Wasserkraft Nr 74/Dezember 2021, 31 ff; *derselbe*, Die wasserrechtliche Genehmigung von Kleinwasserkraftanlagen 146 ff.

¹⁹ Zutreffend *Bergthaler in Kerschner*, WRG § 104a Rz 26 ff.

²⁰ So die in diesem Band mehrfach diskutierte EU-Not- bzw Beschleunigungs-VO, aber auch RED II und nunmehr auch RED III (Art 16 f).

²¹ Wohl zu Recht von gleicher Bedeutung gehen *Katalan/Jantscher*, RdU 2024/7, 8 aus.

renziert nicht zwischen einzelnen widersprechenden anderen öffentlichen Interessen. Diesen allen gegenüber wird aber ein **pauschaler Vorrang** nur bei allen „normalen“ gegenläufigen Interessen bestehen, wenn also keine besonderen Interessen gegen KWK stehen. Das ist alles mE keine bloße Wortklaubelei! „Überwiegen“, aber auch „Überragen“ bedeutet natürlich klar eine grundsätzliche **Mehrgewichtung gegenüber anderen öffentlichen Interessen**. Normale Naturschutzinteressen nach der FFH-RL bzw Habitat-RL gehen den EE-Interessen nach.

These X: Formel

Wer gerne bei einer Interessenabwägung mit Formeln arbeitet, sei auf eine – freilich nicht unkomplexe – Formel von *Martin Weiss* verwiesen:²²

Formel von *Martin Weiss*:

$$y = \frac{a * b * e}{c * d}$$

Erklärung:

y = Ergebnis der Interessenabwägung

a = erhobenes öffentliches Interesse

b = gesetzliche Gewichtung

c = erhobenes öffentliches Interesse

d = Gewichtung

e = Faktor für besondere („überwiegende“) Gewichtigkeit erneuerbarer Energien

These XI: Bewegliches System

Wie auch in anderen Beiträgen dieses Bandes vertreten mag im Rahmen eines normativ angeordneten Systems beweglicher Elemente beim Abwägungsvorgang Folgendes helfen:²³

Verbalisiert von *Martin Weiss*:²⁴

„Stehen bei verwaltungsrechtlichen Interessenabwägungen
besonders gewichtigen öffentlichen Interessen
„normale“ öffentliche Interessen gegenüber,

so müssen diese „normalen“ öffentlichen Interessen eine höhere Intensitätsschwelle erreichen, als sie erforderlich wäre, wenn sich „normale“ öffentliche Interessen und „andere normale“ öffentliche Interessen gegenüberstehen würden.“

Oder mE kürzer und etwas einfacher: **Je gewichtiger Interessen an Erneuerbarer Energie und je geringer die damit verbundenen Natureingriffe, umso eher sind EE-Projekte vorzuziehen.**

²² Die wasserrechtliche Genehmigung von Kleinwasserkraftanlagen (2021) 172 ff; vgl aber auch 165 f.

²³ Zu diesem insb von *Walter Wilburg* vertretenen System vgl *Kerschner*, Juristische Methodenlehre (2022) 50 ff, wo diesem System jedenfalls bei Generalklauseln und „offenen Tatbeständen“ Bedeutung zuerkannt wird.

²⁴ Die wasserrechtliche Genehmigung 173.

Ein Abwägen setzt konkrete Gewichte voraus. Hier finden wir zumindest mit dem überragenden bzw. überwiegenden Interesse eine vorgegebene Relation, die eher das Abwägen ermöglicht.

These XII: Normatives Dringlichkeitsprinzip

Ohne das hier näher ausführen zu können, ergibt sich mE aus einer Vielzahl von Normen²⁵ aller Ebenen quasi im Wege einer Art **Rechtsanalogie** sogar ein „*Normatives Dringlichkeitsprinzip des überwiegenden öffentlichen Interesses an Erneuerbaren Energieanlagen*“. Ein solches Prinzip muss bei der Klärung konkreter Auslegungsfragen mitberücksichtigt werden.

These XIII: Beschleunigter Ausbau von KWK

Als Succus aller obigen Ausführungen kann kurz und bündig zusammengefasst werden:

Die EU-Dringlichkeits-VO und RED II bzw. RED III müssen bei konsequenter Umsetzung (!) maßgeblich auch zum beschleunigten Ausbau von KWK beitragen.

These XIV: Widerlegliche Vermutung für „überwiegendes/überragendes öffentliches Interesse“

Die **maßgeblichen Inhalte** der EU-„Not-VO“ und weitgehend gleich der RED II bzw. RED III sind:

- Planung, Bau und Betrieb von EE-Anlagen (einschließlich Netzanschluss, Netzen) und Speichereinrichtungen sind grundsätzlich im „**überwiegenden**“ (so die Not-VO) bzw. „**überragenden**“ (so RED II) **öffentlichen Interesse** und (!) dienen der öffentlichen Gesundheit und der Sicherheit.
- Wie aus den Erwägungsgründen deutlich zu entnehmen, soll dies eine **widerlegliche Vermutung**, also eine **Beweislastregel**²⁶ sein: Gerade auch in Genehmigungsverfahren treten ebenso non-liquet-Situationen auf, in denen die Beh nicht weiß bzw. nicht wissen kann, ob ein bestimmtes Faktum gegeben ist oder nicht.
- Obige Vermutung kann nur durch den eindeutigen (!) Beweis widerlegt werden, dass das EE-Projekt erhebliche nachteilige Umwelteinwirkungen haben würde.

²⁵ So auf EU-Ebene durch das Nachhaltigkeits-, Vorsorge- und Verursacherprinzip des AEUV, aber weitgehend parallel – etwa auch durch die verfassungsrechtlich gebotenen Klimaschutzziele.

²⁶ Auch im Öffentlichen Recht spielt die Beweislast eine Rolle; siehe dazu Kerschner, Vorsorgeprinzip und Beweislast insbesondere bei Genehmigung von Betriebsanlagen, in Liber Amicorum Wilhelm Berghaler (2023) 261 ff; zurückhaltend eher Bußjäger in diesem Band S 15.

Zur gewissen Beruhigung aller, die eher einen Vorrang der Biodiversität gegenüber Klimaschutz vertreten, ist abschließend auf einen ausdrücklichen **Vorbehalt zugunsten des Artenschutzes** hinzuweisen:

Die Klimaschutzpriorität besteht gegenüber Artenschutz nur, soweit geeignete Maßnahmen zur Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands ergriffen und (!) ausreichende Finanzmittel und Flächen dafür bereitgestellt werden.

Dieser Vorbehalt ist freilich **auslegungsbedürftig**. Die Interpretation darf mE nicht den beabsichtigten Beschleunigungseffekt konterkarieren, daher müssen bei normzweckgebundener Auslegung die **Maßnahmen nicht schon vor der Genehmigung** tatsächlich bereits umgesetzt sein. Ein solches Erwarten verträgt der gebotene Klimaschutz nicht mehr! Es wird ein **konkretes Konzept** reichen iVm der behördlichen Handlungspflicht. Bei deren Verletzung muss eine strenge Haftung eingreifen.²⁷

These XV: Geplante österreichische Ausnahme?

Jedenfalls bis zum Abschluss des Manuskripts (Oktober 2023) schwebte im juristischen Raum, dass in Österreich gerade für KWK (bis 10 bzw 15 MW) eine gänzliche Ausnahme von der EU-Not-VO beschlossen werden soll.²⁸ Ob solches nun wirklich in der österr Umsetzung in einem EABG (Erneuerbaren-Ausbau-Beschleunigungsgesetz) oder für KWK direkt im WRG kommen wird, scheint im Dezember 2023 noch offen. Da es um den Ausbau der Nutzung erneuerbarer Energiequellen geht, sind davon mE eindeutig auch KWK erfasst!²⁹ Die Ausnahme wäre daher eindeutig europarechtswidrig.³⁰

2. Ausblick

Österreich darf und wird der EU-Beschleunigungs-VO bzw der RED III nicht entkommen. Alle diese Regeln sind nach dem Beschleunigungszweck (darunter auch die Artenschutzregelung) auszulegen.

Meine Prognose lautet daher: In Zukunft werden bzw müssen die Wasserrechts-Behörden KWK rascher, einfacher, leichter und öfter genehmigen!!! Die Biodiversität darf dabei aber nicht auf der Strecke bleiben!

²⁷ Zur Amtshaftung bei Verletzung behördlicher Umweltpflichten vgl zuletzt *E. Wagner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³, AHG und Staatshaftung § 1 Rz 319 ff.

²⁸ Dazu schon *Weiss/Kerschner*, Beschleunigter Ausbau von Erneuerbaren Energien, RdU 2023/60, 104 f.

²⁹ Die MS können nur bestimmte Flächen oder bestimmte Technologien beschränken.

³⁰ So schon *Weiss/Kerschner*, RdU 2023/60, 104 f.