

Prof. Dr. Martin Wickel, LL.M.

Rechtsgutachten zur planungs- und umweltrechtlichen Umsetzbarkeit ausgewählter Maßnahmen im Rahmen des Forum Tideelbe

Endfassung

Stand: September 2020

im Auftrag der
Behörde für Umwelt und Energie
Amt W – Wasser, Abwasser und Geologie
Geschäftsstelle Forum Tideelbe

Inhaltsverzeichnis

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	2
<i>Vorbemerkung</i>	6
<i>Einleitung</i>	7
<i>Zusammenfassung.....</i>	11
I. Planfeststellungsbedürftigkeit nach § 68 Abs. 1 WHG	11
II. Materiell-rechtliche Anforderungen an die Planfeststellung	11
1. Planrechtfertigung	12
2. Zwingende rechtliche Vorgaben	12
a. Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit/Erhöhung des Hochwasserrisikos..	12
b. Weitere zwingende Vorgaben.....	12
Verschlechterungsverbot (§ 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG)	13
Natura 2000-Schutzregime	13
Artenschutz.....	13
Naturschutzgebiete/Landschaftsschutzgebiete	14
3. Abwägungsgebot	14
III. Enteignungsgrundlage	15
IV. Weitere Fragen	16
1. Klagebefugnisse	16
2. Verschlechterungsverbot für Grundwasser.....	17
3. Werften, Häfen, Schifffahrtslinien.....	17
4. Entscheidung des OVG Schleswig zur Haseldorfer Marsch	17
5. Inanspruchnahme landwirtschaftlicher Pachtflächen	17
6. Binnenhochwasserschutz	17
A. Allgemeine Anforderungen.....	19
I. Planfeststellungsbedürftigkeit nach § 68 WHG	19
1. Anwendbarkeit des WaStrG?.....	19
2. Gewässerausbau im Sinne des § 68 Abs. 1 WHG.....	21
a. Begriff des Gewässerausbaus.....	21
b. Abgrenzung zur Gewässerunterhaltung.....	23
c. Abgrenzung zur Gewässerbenutzung.....	23
3. Kein Absehen von der Planfeststellung gemäß § 68 Abs. 2 WHG	24
a. Kein Plangenehmigungsverfahren nach § 68 Abs. 2 S. 1 WHG	24
b. Öffnung zugunsten landesrechtlicher Regelung (§ 68 Abs. 2 S. 2 WHG)	25
II. Materiell-rechtliche Anforderungen an die Planfeststellung.....	26
1. Planrechtfertigung	26
a. Einordnung der Planrechtfertigung als Anforderung der Planfeststellung	26
b. Zielkonformität.....	28
c. Bedarf.....	31
d. Planrechtfertigung für Vorhaben mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung	32

e.	Zusammenfassung.....	33
2.	Bindungen an Vorentscheidungen	33
3.	Zwingende rechtliche Vorgaben.....	33
a.	§ 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG	34
aa.	Begriff des Wohls der Allgemeinheit	34
bb.	Keine Erhöhung der Hochwasserrisiken gemäß § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG	35
(1.)	Erhöhung der Hochwasserrisiken als Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit	35
(2.)	Bestimmung der relevanten Erhöhungen von Hochwasserrisiken	37
(3.)	Zusammenfassung.....	39
b.	§ 68 Abs. 3 Nr. 2 WHG.....	40
aa.	Verschlechterungsverbot gemäß §§ 27 ff. WHG	40
(1.)	Künstlich oder erheblich veränderte Gewässer	40
(2.)	Definition des Verschlechterungsverbots	41
(3.)	Verschlechterung während der Bauzeit.....	41
(4.)	Ausnahmen gemäß § 31 Abs. 2 WHG.....	44
(a.)	§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WHG	44
(b.)	§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG	45
(aa.)	Übergeordnetes öffentliches Interesse.....	45
(bb.)	Nutzen für Gesundheit oder Sicherheit des Menschen.....	47
(cc.)	Nutzen für nachhaltige Entwicklung.....	47
(c.)	§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 WHG.....	48
(d.)	§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 WHG	49
(e.)	Zusammenfassende Betrachtung § 31 Abs. 2 WHG.....	49
bb.	Natura 2000-Gebiete	49
(1.)	Abweichungsprüfung nach § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG	50
(a.)	Das Vorliegen zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses (§ 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG)	51
(aa.)	Abwägung	51
(bb.)	Berücksichtigungsfähige Abweichungsgründe	51
(cc.)	Gewichtung der Abweichungsgründe	52
(dd.)	Gewichtung des Integritätsinteresses.....	52
(ee.)	Prioritäre Lebensraumtypen und Arten	52
(ff.)	Maßstab für das Vorliegen zwingender Gründe	53
(gg.)	Anwendung auf die zu beurteilenden Vorhaben.....	55
(b.)	Zumutbare Alternativen (§ 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG)	56
(c.)	Befreiungen	57
(d.)	Kohärenzmaßnahmen gemäß § 34 Abs. 5 BNatSchG.....	58
(2.)	Zusammenfassung.....	58
cc.	Artenschutz.....	58
(1.)	Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG	58
(2.)	Ausnahmen gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG	59
(a.)	§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG.....	59
(b.)	§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG.....	59
(c.)	Keine zumutbaren Alternativen gemäß § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG.....	60
(d.)	Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population einer Art gemäß § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG	60

(e.)	Weitergehende Anforderungen nach Art. 16 Abs. 3 RL 92/43/EWG (FFH-Richtlinie)	61
(3.)	Befreiungen.....	61
dd.	Naturschutzrechtlicher Gebiets- und Objektschutz	61
(1.)	Naturschutzgebiete	62
(a.)	Verbote und Ausnahmen	62
(b.)	Befreiung gemäß § 67 BNatSchG	64
(c.)	Änderung oder Aufhebung der Schutzgebietsverordnung.....	65
(d.)	Zusammenfassung.....	66
(2.)	Landschaftsschutzgebiete	66
ee.	Weitere naturschutzrechtliche Anforderungen	67
4.	Abwägungsgebot	67
a.	Allgemeine Anforderungen des Abwägungsgebots	67
b.	Gegen die Vorhaben sprechenden Belange	69
aa.	Allgemein: Gewerbliche Interessen	70
bb.	Inanspruchnahme Flächen Dritter	71
cc.	Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände	72
(1.)	Einordnung als Abwägungsbefund	72
(2.)	Ausgleichsmaßnahmen	72
dd.	Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen.....	74
ee.	Freizeitaktivitäten.....	77
ff.	Ästhetische Belange und „gefühlte“ Auswirkungen	80
c.	Abwägungsgefüge	81
d.	Alternativenprüfung.....	86
III.	Gibt es eine Enteignungsgrundlage?	87
1.	Enteignungsrechtliche Vorwirkung.....	87
2.	Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 71 Abs. 1 WHG	88
3.	Schlussfolgerung für die zu betrachtenden Vorhaben	93
4.	Weitere Voraussetzungen der enteignungsrechtlichen Vorwirkung.....	93
a.	Geeignetheit.....	94
b.	Erforderlichkeit.....	94
c.	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	95
d.	Gewichtungen innerhalb der Abwägung.....	96
B.	Besondere Anforderungen der zu betrachtenden Maßnahmen	100
I.	Alte Süderelbe.....	100
1.	Bedarfsbegründung	100
2.	Hochwasserschutz	100
3.	Auswirkungen auf vorhandene oder geplante Infrastrukturen und sich daraus ergebende Klagebefugnisse	100
a.	Senkrechter Hochwasserschutz	100
b.	Eigentumsübertragung des Verbindungsgewässers auf den Be- und Entwässerungsverband	101
c.	Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände?	105
d.	Klagebefugnisse.....	105
4.	Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen.....	106

5.	Sicherstellung der Flächenverfügbarkeit	106
6.	Verschlechterungsverbot.....	107
7.	Naturschutz.....	108
II.	Dove-Elbe	109
1.	Bedarfsbegründung	109
2.	Hochwasserschutz	109
3.	Auswirkungen auf vorhandene oder geplante Infrastrukturen und sich daraus ergebende Klagebefugnisse	110
a.	Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände?	110
b.	Werften und Häfen.....	110
c.	Werften/Schifffahrt.....	110
d.	Leistungssport, Freizeit- und Erholungsnutzungen	112
e.	Nutzungen wie Angeln, Freizeitnutzung, Pferde tränken	112
f.	Klagebefugnisse.....	112
4.	Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen.....	112
5.	Sicherstellung der Flächenverfügbarkeit	112
6.	Verschlechterungsverbot.....	112
7.	Naturschutz.....	113
III.	Haseldorfer Marsch	113
1.	Bedarfsbegründung	113
2.	Entscheidung des OVG Schleswig – 4 LB 15/06 –	113
3.	Inanspruchnahme landwirtschaftlicher Pachtflächen	117
4.	Hochwasserschutz	118
5.	Auswirkungen auf vorhandene oder geplante Infrastrukturen und sich daraus ergebende Klagebefugnisse	119
6.	Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen.....	119
7.	Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände.....	119
8.	Sicherstellung der Flächenverfügbarkeit	120
9.	Verschlechterungsverbot.....	120
10.	Naturschutz	120
<i>Literaturverzeichnis</i>		121

Vorbemerkung

Die nachfolgende Untersuchung hat das Ziel, rechtliche Vorgaben für die genannten Vorhaben zu identifizieren, die sich im Zulassungsverfahren als absolute, also nicht zu überwindende, Zulassungshindernisse erweisen könnten. Betrachtet werden verschiedene rechtliche Fragestellungen, die besonders relevant sein könnten. Die zu behandelnden Fragen haben die Auftraggeberin und der Unterzeichner gemeinsam festgelegt. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass diese Stellungnahme noch keine abschließende Untersuchung der planungs- und umweltrechtlichen Zulässigkeit der genannten Vorhaben darstellt. Da die Vorhaben noch nicht konkretisiert sind, sind viele Fragestellungen noch nicht erkennbar und oder nicht abschließend zu beurteilen. Zum Teil wird auf die abschließende Klärung rechtlicher Fragen noch verzichtet, da die Relevanz dieser Fragen noch fraglich ist. Es erfolgt also eine Betrachtung ausgewählter Fragestellung, die auch noch nicht abschließend sein kann. Eine umfassende und detaillierte Betrachtung muss einer Untersuchung in einem weiter fortgeschrittenen Planungsstadium vorbehalten bleiben. Soweit nachfolgend rechtliche Fragen nicht behandelt werden, kann zu ihnen auch keine Aussage aus der vorliegenden Stellungnahme abgeleitet werden.

Vorliegend werden Vorhaben in den Bundesländern Hamburg und Schleswig-Holstein betrachtet. Die Darstellung erfolgt vornehmlich auf der Grundlage des Bundesrechts. Auf landesrechtliche Besonderheiten wird partiell eingegangen. Eine umfassende Betrachtung aller landesrechtlichen Besonderheiten ist jedoch noch nicht erfolgt. Eine detaillierte Prüfung des Landesrecht müsste mit Blick auf die konkreten Vorhaben im weiteren Planungsprozess erfolgen.

Die nachfolgenden Ausführungen spiegeln die wissenschaftliche Meinung des Verfassers wider. Sie sind mit wissenschaftlichen Methoden gewonnen worden. Es kann keine Gewähr dafür übernommen werden, dass die Praxis, insbesondere die Rechtsprechung, den hier vertretenen Ansichten folgt.

Im Folgenden erfolgt eine umfangreiche Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und Schrifttum zu den Fragestellungen des Gutachtens. Die Auswahl der benutzten und zitierten Quellen erfolgte nach wissenschaftlichen Gesichtspunkten, muss aber notwendigerweise unvollständig bleiben. Es besteht keine Gewähr, dass die Praxis, insbesondere die Rechtsprechung, den in der Literatur vertretenen Positionen oder den Ergebnissen und Begründungen der Rechtsprechung folgt.

Einleitung

Die Auftraggeberin hat den Unterzeichner im April 2020 beauftragt, ein Rechtsgutachten zur planungs- und umweltrechtlichen Umsetzbarkeit ausgewählter Gewässerbaumaßnahmen zu erstellen. Im Einzelnen handelt es sich um Maßnahmen im Bereich der

- Alten Süderelbe
- Dove-Elbe
- Haseldorf Marsch.

Die gutachterliche Stellungnahme steht im Kontext des Dialogprozesses des Forum Tideelbe.

Primäres Ziel der Stellungnahme ist, unter planungs- und umweltrechtlichen Gesichtspunkten zu untersuchen, ob sich bereits im derzeitigen Stadium der Planung absolute, also nicht überwindbare rechtliche Hindernisse identifizieren lassen, die die Realisierung einer oder mehrerer Maßnahmen rechtlich ausschließen. Zugleich wird eine allgemeine Einordnung der Vorhaben in das System der wasserrechtlichen Fachplanung vorgenommen. Ebenso wird eine Reihe von rechtlichen Fragestellungen, die mit den Vorhaben verbunden sein können, beleuchtet.

Die Stellungnahme stellt noch keine umfassende rechtliche Betrachtung der Vorhaben dar. Zum einen beschränkt sie sich auf einzelne als besonders relevant angesehene Fragestellungen. Zum anderen sind im derzeitigen frühen Planungsstadium noch keine abschließenden Aussagen möglich.

Zur Einführung in die Vorhaben erfolgte ein Briefing des Unterzeichnenden durch die Geschäftsstelle des Forum Tideelbe sowie weitere Besprechungen. Das Briefing, das dokumentiert ist, wird dieser Stellungnahme zugrunde gelegt. Vereinzelt wurden weitere Unterlagen zu den Vorhaben, die öffentlich verfügbar sind, herangezogen. Die juristische Untersuchung erfolgte im Wesentlichen durch eine Auswertung von Rechtsprechung, Literatur, Gesetzesmaterialien sowie weiterer Dokumente.

Der Aufbau der Untersuchung folgt im Wesentlichen der Leistungsbeschreibung. Die dort formulierten Fragestellungen werden jedoch teilweise in eine Gliederung integriert, die sich an der rechtlichen Systematik der Anforderungen an Planfeststellungen ausrichtet.

Die Untersuchung wurde im Juli 2020 abgeschlossen.

Der Stellungnahme liegt die folgende Leistungsbeschreibung zugrunde:

Die gutachterliche Stellungnahme enthält eine gemäß dem Verfahrensstand vorläufige und auf bestimmte Aspekte beschränkte Einschätzung der Realisierbarkeit der Maßnahmen

- Dove-Elbe
- Alte Süderelbe
- Haseldorf Marsch

unter planungs- und umweltrechtlichen Gesichtspunkten. Ziel ist vor allem zu untersuchen, ob sich bereits in diesem frühen Stadium absolute, also nicht überwindbare rechtliche Hindernisse identifizieren lassen, die die Realisierung einer oder mehrerer Maßnahmen rechtlich ausschließen.

Die gutachterliche Stellungnahme bezieht sich auf den durch den Auftraggeber mitgeteilten Sachverhalt, insbesondere die bereits im jetzigen Stadium erkennbaren Auswirkungen der behandelten Maßnahmen und die ausgelösten Betroffenheiten. Die Festlegung des Untersuchungsrahmens erfolgt in Abstimmung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer.

Die Untersuchung soll die folgenden Schritte umfassen:

A: Allgemeiner Teil:

- Erfassung des Sachverhalts
- Allgemeine Einordnung der Maßnahmen in das System des Planungs- und Umweltrechts, insbesondere hinsichtlich des Zulassungsverfahrens
- Beschreibung der allgemeinen Anforderungen (voraussichtlich) der Planfeststellung
- Besondere Anforderungen an die genannten Vorhaben. Zu denken ist an Anforderungen aus den Bereichen:
 - Hochwasserschutz
 - wie wäre eine vorhabensbedingte Schwächung rechtlich zu bewerten?
 - Naturschutz
 - Wasserwirtschaft (Be- und Entwässerung)
 - Anforderungen der Wasser-Rahmenrichtlinie
 - greift Verschlechterungsverbot (generell und insbesondere während der Bauzeit)?
 - Eigentumsbetroffenheiten und Nutzungen (Freizeit- und gewerbliche Nutzungen)
 - gibt es eine Enteignungsgrundlage?
 - Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände
 - Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen
 - Nutzungen wie Angeln, Freizeitnutzung, Pferde tränken, etc.?
 - u. a. generelle Relevanz ästhetischer oder „gefühlter“ Auswirkungen,
 - ggf. weitere

B: Maßnahmenbezogene Kapitel (für jede der drei o.g. Maßnahmen):

Im Rahmen der Bearbeitung sind insbesondere folgende Fragen zu behandeln:

B1 Alte Süderelbe:

- Ist die Bedarfsbegründung für die betrachteten Maßnahmen ausreichend? Sind die prognostizierten Änderungen des Tideregimes oder die ökologische Zielsetzung hinreichend, um die vorhabenbedingten Auswirkungen im Zweifelsfalle wegzuvägen?
- Im Rahmen des Hochwasserschutzes: Wie wäre eine vorhabenbedingte Schwächung durch Sperrwerk und Deiche/Verwallungen rechtlich zu bewerten?
- Berücksichtigung der Auswirkungen auf vorhandene und geplante Infrastrukturen und Nutzungen und sich gegebenenfalls ergebender Klagebefugnisse
 - Müssen Anlieger senkrechten HWS an der Grundstücksgrenze dulden?
 - Ist Eigentumsübergang des Verbindungsgewässers auf den Be- und Entwässerungsverband ein Killerkriterium?
 - Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände ?
- Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen
 - Beeinträchtigung der Obstbaunutzung durch wechselnde Grundwasserstände
- Sicherstellung der Flächenverfügbarkeit. Ergeben sich Grundlagen für Enteignungen?
- Im Rahmen der Wasser-Rahmenrichtlinie: Greift das Verschlechterungsverbot (generell und insbesondere während der Bauzeit)?
 - Grundwassergefährdung durch Bodenaushub ?
 - Grundwassergefährdung durch aushubbedingt verringerte Deckschichten
- Naturschutz (FFH-RL und NSG-VOen)
 - Naturschutzfachliche Abwägung hochwertiges Stillgewässer vs. Tidebiotop

B2 Dove-Elbe:

- Ist die Bedarfsbegründung für die betrachteten Maßnahmen ausreichend? Sind die prognostizierten Änderungen des Tideregimes oder die ökologische Zielsetzung hinreichend, um die vorhabenbedingten Auswirkungen im Zweifelsfalle wegzuvägen?
- Im Rahmen des Hochwasserschutzes: Wie wäre eine vorhabenbedingte Schwächung rechtlich zu bewerten?
- Berücksichtigung der Auswirkungen auf vorhandene und geplante Infrastrukturen und Nutzungen und sich gegebenenfalls ergebender Klagebefugnisse
 - Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände
 - Müssen Werften und Häfen den Umbau ihrer Anlagen mit senkrechten Uferabschlüssen und Schwimmstegen dulden?
 - Wie sind Beeinträchtigungen der Betriebe (Schifffahrtslinie, Werften) zu bewerten?
 - Können Leistungssport, Freizeit und - und Erholungsnutzung rechtliche Argumente vorbringen?
 - Welches Gewicht haben Nutzungen wie Angeln, Freizeitnutzung, Pferde tränken, etc.?
- Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen
 - Wie sind Beeinträchtigung der Obstbaunutzung durch wechselnde Grundwasserstände rechtlich zu bewerten?
- Sicherstellung der Flächenverfügbarkeit. Ergeben sich Grundlagen für Enteignungen?

- Im Rahmen der Wasser-Rahmenrichtlinie: Greift das Verschlechterungsverbot während der Bauzeit?
 - Greift das Verschlechterungsverbot (generell und insbesondere während der Bauzeit)?
- Naturschutz (FFH-RL und NSG-VOen)
 - Naturschutzfachliche Abwägung hochwertiges Stillgewässer vs. Tidebiotop

B3 Haseldorfer Marsch:

- Ist die Bedarfsbegründung für die betrachteten Maßnahmen ausreichend? Sind die prognostizierten Änderungen des Tideregimes oder die ökologische Zielsetzung hinreichend, um die vorhabenbedingten Auswirkungen im Zweifelsfalle wegzuwägen?
 - Steht die Entscheidung des OVG Schleswig der Machbarkeit grundsätzlich entgegen?
 - Inanspruchnahme landw. Pachtflächen (gibt es hierfür eine Enteignungsgrundlage?)
- Im Rahmen des Hochwasserschutzes: Wie wäre eine vorhabenbedingte Schwächung rechtlich zu bewerten?
 - Einbau eines Sperrwerks in den vorhandenen Deich
- Berücksichtigung der Auswirkungen auf vorhandene und geplante Infrastrukturen und Nutzungen und sich gegebenenfalls ergebender Klagebefugnisse
- Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen
 - Haben Eigentümer Rechtsanspruch auf einen bestimmten Binnen-HWS (Entwässerung)?
- Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände
- Sicherstellung der Flächenverfügbarkeit. Ergeben sich Grundlagen für Enteignungen?
- Im Rahmen der Wasser-Rahmenrichtlinie: Greift das Verschlechterungsverbot während der Bauzeit?
 - Greift das Verschlechterungsverbot (generell und insbesondere während der Bauzeit)?
- Naturschutz (FFH-RL und NSG-VOen)
 - Naturschutzfachliche Abwägung hochwertiges Stillgewässer vs. Tidebiotop

Zusammenfassung¹

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass nach dem derzeitigen Stand der Planung und auf der Grundlage der hier vorgenommen noch nicht abschließenden rechtlichen Betrachtungen keine rechtlichen Gesichtspunkte erkennbar sind, die der Umsetzung eines der hier betrachteten Vorhaben als absolutes Hindernis entgegenstehen würden. Vor allem sind keine zwingenden rechtlichen Vorgaben an die Planfeststellung (Planrechtfertigung, Erhöhung des Hochwasserrisikos, Verschlechterungsverbot, Naturschutzrecht) ersichtlich, die eine Zulassung, gegebenenfalls unter Inanspruchnahme von Ausnahmen oder Befreiungen oder der Änderung rechtlicher Vorgaben wie Schutzgebietsverordnungen, verhindern würden. Dies setzt allerdings voraus, dass die rechtlichen Vorgaben durch die jeweiligen Planungen erfüllbar sind. Sollten Enteignungen erforderlich sein, müsste gemäß der hier vertretenen Auffassung jedoch zunächst eine tragfähige gesetzliche Grundlage geschaffen werden. Das Abwägungsgefüge kann im jetzigen Zeitpunkt der Planung noch nicht abschließend beurteilt werden. Derzeit sind aber noch keine Gründe erkennbar, die eine Abwägung zugunsten der Realisierung der Vorhaben unter Zurückstellung entgegenstehender Belange ausgeschlossen erscheinen lassen. Hier kommt es jedoch abschließend auch auf die Gewichtung der Belange durch die planende Stelle an.

I. Planfeststellungsbedürftigkeit nach § 68 Abs. 1 WHG

Die rechtliche Einordnung der vorgesehenen Maßnahmen erfordert zunächst die Bestimmung des einschlägigen Zulassungsregimes. Obwohl die vorgesehenen Maßnahmen auch einen schifffahrtsfunktionalen Zusammenhang aufweisen – ein Ziel ist die Verringerung der Baggermengen –, liegt der Schwerpunkt auf wasserwirtschaftlichen, nicht wasserstraßenrechtlichen Gesichtspunkten. Dementsprechend kommt nicht das wasserstraßenrechtliche Zulassungsregime des WaStrG, sondern das allgemeine wasserrechtliche Zulassungsregime des WHG zum Tragen.

Die in Aussicht genommenen Maßnahmen wären jeweils als Gewässerausbau im Sinne § 67 Abs. 2 WHG zu qualifizieren. Das zieht die Planfeststellungsbedürftigkeit nach § 68 Abs. 1 WHG nach sich. Das Absehen von einem Planfeststellungsverfahren zugunsten einer Plangenehmigung oder eines anderen Verfahrens nach § 68 Abs. 2 WHG kommt vorliegend nicht in Betracht.

II. Materiell-rechtliche Anforderungen an die Planfeststellung

Damit unterliegen die Vorhaben den allgemeinen materiell-rechtlichen Bindungen der Planfeststellung

¹ Die Gliederung der Zusammenfassung folgt nicht der Gliederung des Gutachtens. Die Zusammenfassung gibt die Ergebnisse des Gutachtens nur unvollständig und gegebenenfalls verkürzt wieder. Es gelten die Ausführungen des Gutachtens selbst.

- Planrechtfertigung
- Bindungen an Vorentscheidungen (werden in dieser Stellungnahme nicht untersucht)
- zwingende Normen des materiellen Rechts
- Abwägungsgebot

1. Planrechtfertigung

Die Planrechtfertigung erfordert, dass ein Vorhaben von einem im jeweiligen Fachplanungsgesetz festgelegten Ziel getragen wird. Das Vorhaben muss nicht unausweichlich, sondern lediglich vernünftigerweise geboten sein. Die vorliegenden Maßnahmen zielen auf die Reduktion der Tideasymmetrie. Dies soll eine Stärkung einerseits des geschützten Naturraums mit Artenvielfalt und andererseits des sicheren Zufahrtswegs für die Häfen der Region bedingen. Diese Ziele lassen sich einerseits bereits allgemein auf das Ziel einer nachhaltigen Gewässerbewirtschaftung in § 6 Abs. 1 WHG zurückführen. Vorliegend kann weiterhin auf die Konkretisierungen des § 6 Abs. 1 Nr. 1 WHG (Erhaltung und Verbesserung der Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts und als Lebensraum für Tiere und Pflanzen) und des § 6 Abs. 1 Nr. 3 WHG (Nutzung der Gewässer zum Wohl der Allgemeinheit und im Interesse Einzelner) verwiesen werden. Im weiteren Verfahren wäre dann zu zeigen, dass die Vorhaben zur Erreichung dieser Ziele insofern vernünftigerweise geboten sind, als sie einen spürbaren Effekt erzielen können.

2. Zwingende rechtliche Vorgaben

Zu den zwingenden Normen des materiellen Rechts, an die die Planfeststellung strikt gebunden ist, gehört die Einhaltung des § 68 Abs. 3 WHG.

a. Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit/Erhöhung des Hochwasserrisikos

Gemäß § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG darf der Plan nur festgestellt werden, wenn eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit nicht zu erwarten ist. Im Rahmen dieser Stellungnahme war auftragsgemäß das Regelbeispiel für eine solche Beeinträchtigung, eine erhebliche und dauerhafte, nicht ausgleichbare Erhöhung der Hochwasserrisiken zu beleuchten. Gemäß § 73 Abs. 1 S. 2 WHG stellt sich das Hochwasserrisiko als Kombination der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Hochwasserereignisses mit den möglichen nachteiligen Hochwasserfolgen dar. Eine erhebliche und dauerhafte, nicht ausgleichbare Erhöhung des so verstandenen Hochwasserrisikos stellt jedenfalls im Regelfall eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit dar, was zur Unzulässigkeit der Vorhaben führt.

b. Weitere zwingende Vorgaben

§ 68 Abs. 3 Nr. 2 WHG stellt klar, dass andere Anforderungen nach dem WHG oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfüllt werden müssen. Soweit diesen anderen

Anforderungen strikte Bindungswirkung zukommt, muss ihre Verletzung zur Versagung der Planfeststellung führen.

Verschlechterungsverbot (§ 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG)

Eine dieser Anforderungen stellen die Bewirtschaftungsziele für oberirdische Gewässer des § 27 WHG, unter anderem das Verschlechterungsverbot dar. Soweit vorliegend nur als künstlich oder erheblich verändert eingestufte oberirdische Gewässer betroffen sind, kommt das Verschlechterungsverbot in der Ausformung des § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG zur Anwendung.

Kurzfristige, nur während der Bauzeit auftretende Verschlechterungen sind nach hier vertretener Position, die der Stellungnahme der LAWA folgt, nicht als Verschlechterungen im Sinne des Verschlechterungsverbots zu betrachten.

Auch das Auftreten dauerhafter Verschlechterungen im Sinne des Verschlechterungsverbots führt nicht in jedem Fall zur Unzulässigkeit des Vorhabens. In diesem Fall ist an die Zulassung auf der Grundlage des § 31 Abs. 2 WHG zu denken. Das Erfüllbarkeit der erforderlichen Voraussetzungen scheint aus der derzeitigen Sicht nicht ausgeschlossen.

Natura 2000-Schutzregime

Eine weitere zwingende Anforderung an die Planfeststellung ist die Einhaltung der Vorgaben der Richtlinie 92/43/EWG (FFH-Richtlinie) und des in dieser Richtlinie angelegten Natura 2000-Schutzregimes. Zum jetzigen Zeitpunkt ist noch nicht absehbar, ob und wie intensiv Natura 2000-Gebiete (FFH-Gebiete und Europäische Vogelschutzgebiete) beeinträchtigt würden. Die Prüfung zeigt jedoch, dass auch eine Beeinträchtigung eines Natura 2000-Gebiets nicht gleichsam automatisch zur Unzulässigkeit des Vorhabens führen muss. Insbesondere ist an eine Zulassung gemäß der Mechanismen des § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG zu denken. Das setzt zum einen voraus, dass sich in einer Abwägung zwingende Gründe des öffentlichen Interesses gegen das Integritätsinteresse des Natura 2000-Gebiets durchsetzen. Hierbei sind die Vorgaben des § 34 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 BNatSchG zu beachten. Zum anderen muss ein Vorhaben den Anforderungen der Alternativenprüfung des § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG genügen. Dieser Prüfungspunkt wird besonders relevant, wenn verschiedene Vorhabenalternativen das Integritätsinteresse des Natura 2000-Schutzregimes in unterschiedlicher Intensität betreffen.

Artenschutz

Zu den strikten Vorgaben gehören auch die Anforderungen des besonderen Artenschutzrechts der §§ 44 – 47 BNatSchG. Soweit mit den Vorhaben Verletzungen der Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG einhergehen, würde dies nicht unbedingt zur Unzulässigkeit der Vorhaben führen. Zu denken ist auch hier an das Vorliegen einer Ausnahme. Die Ausnahmetatbestände der § 45 Abs. 7 Nr. 4 und 5 BNatSchG ähneln den Anforderungen an die Abwägung nach § 34 Abs. 3 Nr. 1 und Abs. 4 BNatSchG im Rahmen der Natura 2000-Abweichungsprüfung. Das gleiche gilt für die Prüfung des Vorliegens zumutbarer Alternativen nach § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG, in der die gleichen Kriterien

zum Tragen kommen wie bei § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG. Zu beachten wären gegebenenfalls auch die weiteren Voraussetzungen des § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG.

Naturschutzgebiete/Landschaftsschutzgebiete

Die hier zu beurteilenden Vorhaben können teilweise auch bestehende Naturschutzgebiete beeinträchtigen. Ein Verstoß gegen Verbote des § 23 Abs. 2 BNatSchG ist nicht ausgeschlossen. Dabei sind allerdings die konkreten Ausgestaltungen der Naturschutzgebiete zu beachten. So zeigen beispielsweise die Landesverordnung über das Naturschutzgebiet Haseldorf Binnenelbe mit Elbvorland und die Verordnung über das Naturschutzgebiet Finkenwerder Süderelbe, dass ein Anschluss an das Tidegeschehen mit den entsprechenden Schutzzwecken und Verbotsregelungen konform gehen kann. Dies ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Zu denken ist auch an die Erteilung von Befreiungen, wobei das Kriterium der Atypik hier wohl Grenzen setzt. Um die Vorhaben zu ermöglichen, wäre erforderlichenfalls auch an die Änderung der Schutzgebietsverordnungen zu denken.

Ebenso wie Naturschutzgebiete können auch Landschaftsschutzgebiete betroffen sein. Die in § 26 Abs. 2 BNatSchG geregelte Schutzwirkung bleibt jedoch hinter der der Naturschutzgebiete zurück. Im Übrigen gelten die Ausführungen zu den Naturschutzgebieten entsprechend.

3. Abwägungsgebot

Die Einhaltung des Abwägungsgebots ist eine allgemeine Anforderung an die Planfeststellung. Das Abwägungsgebot wird aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet und kommt auch ohne gesetzliche Anordnung im WHG zum Tragen. Es erfordert, dass (1.) eine Abwägung überhaupt durchgeführt wird, (2.) alle relevanten Belange ermittelt und in die Abwägung eingestellt werden, (3.) die Bedeutung der betroffenen Belange zutreffend erkannt wird und (4.) ein Ausgleich zwischen den betroffenen Belangen hergestellt wird, der nicht außer Verhältnis zu ihrer objektiven Gewichtung steht. Innerhalb dieses Rahmens genießt die planende Stelle planerische Gestaltungsfreiheit.

Die vorliegende Stellungnahme beurteilt die Frage, ob bereits zum jetzigen Zeitpunkt erkennbar ist, dass eines oder mehrere der betrachteten Vorhaben nicht zulässig, also nicht planfeststellungsfähig wäre. Ein zwingender Verstoß gegen das Abwägungsgebot wäre zum jetzigen Zeitpunkt nur dann erkennbar, wenn bereits feststünde, dass Belange beeinträchtigt werden, die in einer Abwägung nicht überwunden („weggewogen“) werden könnten, deren Zurückstellung in jedem Fall außer Verhältnis zu ihrem objektiven Gewicht stünde. Abschließende Feststellungen zur Abwägung sind zum jetzigen Zeitpunkt beim derzeitigen Stand der Planungen noch nicht möglich.

Die Leistungsbeschreibung für diese Aufgabenstellung zählt eine Reihe möglicher Betroffenheiten auf, die einzuordnen sind. Diese stellen sich durchgängig als Belange dar, die in einer Abwägung gegen die Vorhaben sprechen könnten. Das gilt konkret für die Inan-

spruchnahme der Flächen Dritter, die Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände, Fragen der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen, die Betroffenheit von Freizeitaktivitäten sowie ästhetische Belange und „gefühlte“ Auswirkungen. Inwieweit sich diese Belange in einer Abwägung durchsetzen können, hängt von ihrem Gewicht im konkreten Einzelfall und dem Gewicht der für die Vorhaben sprechenden Belange, also von dem Abwägungsgefüge insgesamt ab. Keinem dieser Belange kommt aber per se so großes Gewicht zu, dass er in einer Abwägung grundsätzlich nicht überwindbar wäre. Das gilt bei gewerblichen Belangen unter Umständen sogar im Falle einer Existenzgefährdung. Andererseits könnten Belange wegen Geringfügigkeit auch unbeachtlich sein. Das wäre vor allem in den Fällen der ästhetischen und „gefühlten“ Auswirkungen zu prüfen.

Bei bestimmten Betroffenheiten können die Ausgleichsregelungen des § 14 Abs. 3 und 4 WHG zum Tragen kommen, auf die § 70 Abs. 1 WHG verweist. Danach sind nachteilige Wirkungen auf Rechte Dritter (Abs. 3) oder sonstige nachteilige Wirkungen (Abs. 4) unter bestimmten Voraussetzungen durch Nebenbestimmungen zu vermeiden oder auszugleichen. Auch wenn dies nicht möglich ist, kann die Planfeststellung unter bestimmten Voraussetzungen erteilt werden (§ 14 Abs. 3 S. 2 WHG). Im Falle der Beeinträchtigung eines Rechts ist der Betroffene in letzterem Fall zu entschädigen (§ 14 Abs. 3 S. 3 WHG).

Für die Vorhaben streiten verschiedene Belange, die überwiegend – wenn nicht vollständig – als öffentliche Belange einzuordnen sind, namentlich die Stärkung der Tideelbe als geschützter Naturraum mit Artenvielfalt und als sicherer Zufahrtsweg zu den Häfen der Region. Weitere Belange sind denkbar. Hierzu ist festzustellen, dass zwischen öffentlichen und privaten Belangen keine Hierarchie im Sinne eines abstrakten Vorrangs öffentlicher Belange besteht. Offensichtlich streiten auch ökologische Belange für die Vorhaben. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass private Belange auch durch ökologische Belange überwunden werden können.

Bestandteil der Abwägung ist auch eine Alternativenprüfung, der hier insofern besonderes Gewicht zukommt, als drei mögliche Vorhaben betrachtet werden, die die gleiche Zielsetzung verfolgen. Weiterhin sind die betrachteten Vorhaben wiederum das Ergebnis eines Auswahlprozesses aus einer größeren Zahl von Maßnahmen.

III. Enteignungsgrundlage

Gemäß § 71 Abs. 1 WHG kann bei der Planfeststellung bestimmt werden, dass für den Gewässerausbau die Enteignung zulässig ist. Insofern kann dem Planfeststellungsbeschluss enteignungsrechtliche Vorwirkung zukommen. § 71 Abs. 1 WHG verknüpft dies mit der Voraussetzung, dass der Gewässerausbau dem Wohl der Allgemeinheit dient. Gemäß § 85 Abs. 1 S. 1 LWG SH ist die Enteignung auch ohne weitere Bestimmung in der Planfeststellung zulässig.

Fraglich ist allerdings, ob § 71 Abs. 1 WHG den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG entspricht. Diese Anforderungen wurden vom Bundesverfassungsgericht in seiner Garzweiler-Entscheidung konkretisiert. Danach ist erforderlich, dass der Gesetzgeber die Gemeinwohlzwecke, die mit der Enteignung verfolgt werden können, konkretisiert. In der Literatur wird der Standpunkt vertreten, dass § 71 Abs. 1 WHG dieser Anforderung nicht genügt. Dieser Position folgt der Unterzeichnende. Ob dies auch für die Regelung des § 85 Abs. 1 LWG SH gilt, ist nicht abschließend untersucht worden.

Die Durchführung der Vorhaben erscheint jedoch auch ohne Enteignung nicht in jedem Fall ausgeschlossen. Weiterhin ist es unsicher, ob die hier vertretene Position sich in der Rechtsanwendung letztlich durchsetzt. Da die Planungsverfahren in der Zukunft liegen, ist weiterhin auch nicht ausgeschlossen, dass die zuständigen Gesetzgeber die erforderlichen Enteignungsgrundlagen noch schaffen.

Dementsprechend werden auch die weiteren Voraussetzungen einer Enteignung geprüft. Diese muss insbesondere den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügen. Das heißt die Enteignung muss zur Erreichung des Gemeinwohlzwecks geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein.

Abschließende Überlegungen lassen sich zu dieser Prüfung ebenso wenig anstellen, wie hinsichtlich des Abwägungsgebots. Es ist beim derzeitigen Stand der Planung jedoch nicht erkennbar, dass eine Enteignung gemessen an den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen wäre. Dies steht unter dem Vorbehalt der Klärung der Problematik des § 71 Abs. 1 WHG.

IV. Weitere Fragen

In der Stellungnahme wird eine Reihe weiterer Fragen, insbesondere in Bezug auf die konkreten Maßnahmen, beantwortet. Einige dieser Fragen sollen in dieser Zusammenfassung herausgehoben werden. Für einen vollständigen Überblick wird auf den Haupttext verwiesen.

1. Klagebefugnisse

Klagebefugnisse ergeben sich in den vorliegenden Fällen auf verschiedenen Wegen. Enteignungsbetroffene können aufgrund der Gemeinwohlbindung durch Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG einen Planfeststellungsbeschluss auf seine objektive Rechtmäßigkeit überprüfen lassen. Ausgeschlossen sind nur solche Fehler, die für die Eigentumsbetroffenheit aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht erheblich sind.

Im Übrigen können Kläger geltend machen, in einem eigenen Recht verletzt zu sein. Hier ist zu beachten, dass auch das Abwägungsgebot als drittschützend anerkannt wird, so dass auch eine Verletzung des Abwägungsgebots geltend gemacht werden kann, auch wenn diese auf der fehlerhaften Abwägung einfacher Interessen beruht.

2. Verschlechterungsverbot für Grundwasser

Im Zusammenhang mit einem etwaigen Vorhaben im Bereich der Alten Süderelbe stellt sich die Frage nach dem Verschlechterungsverbot im Hinblick auf eine Beeinträchtigung des Grundwassers. Das Verschlechterungsverbot ergibt sich in diesem Fall aus § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG. Bezuglich möglicher Ausnahmen verweist § 47 Abs. 3 S. 1 WHG auf § 31 Abs. 2 WHG, so dass hier im Wesentlichen das gleiche gelten dürfte wie bei oberirdischen Gewässern. Ergänzend ist auf den Besorgnisgrundsatz des § 48 WHG hinzuweisen.

3. Werften, Häfen, Schifffahrtslinien

Ein etwaiges Vorhaben im Bereich der Dove-Elbe könnte Auswirkungen auf Werften, Häfen und Schifffahrtslinien haben. Auch diese Auswirkungen wären als Belange in der Abwägung zu berücksichtigen. Der Umbau von Anlagen mit senkrechten Uferabschlüssen und Schwimmstegen bei Werften und Häfen könnte sich als Maßnahmen der Vermeidung oder des Ausgleichs nachteiliger Auswirkungen gemäß § 14 Abs. 3 und 4 WHG darstellen, die gemäß § 70 Abs. 1 WHG in der Planfeststellung zum Tragen kommen. Die Interessen von Werften, Häfen und Schifffahrtslinien wären als Anliegerinteressen in die Abwägung einzustellen.

4. Entscheidung des OVG Schleswig zur Haseldorfer Marsch

Das Urteil des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 – steht einem etwaigen Vorhaben im Bereich der Haseldorfer Marsch nicht entgegen. Das Oberverwaltungsgericht hat in dieser Entscheidung über einen Planfeststellungsbeschluss entschieden, der eine ähnliche Maßnahme vorsah. Der Planfeststellungsbeschluss war eine naturfachliche Ersatzmaßnahme für die Verfüllung des Mühlenberger Lochs im Rahmen der Erweiterung des Werksgeländes der EADS-Airbus-GmbH in Hamburg Finkenwerder. Soweit die Gründe für die Entscheidung aus diesem Zusammenhang resultierten, kämen sie nicht erneut zum Tragen, da dieser Zusammenhang bei einer Neuplanung nicht mehr bestünde. Auch die weiteren geltend gemachten Fehler des Planfeststellungsbeschlusses könnten in einem neuen Planfeststellungsbeschluss vermieden werden.

5. Inanspruchnahme landwirtschaftlicher Pachtflächen

Im Bereich der Haseldorfer Marsch käme es auch zur Inanspruchnahme landwirtschaftlicher Pachtflächen. Das Pachtrecht wird in das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG einbezogen. Es gehört zu den enteignungsfähigen Rechtspositionen. Damit gelten die gleichen Anforderungen wie bei der Enteignung allgemein.

6. Binnenhochwasserschutz

Im Rahmen eines Vorhabens in der Haseldorfer Marsch stellt sich die Frage nach Maßnahmen des Binnenhochwasserschutzes. Diese könnten im Rahmen von Inhalts- und Ne-

benbestimmungen nach § 14 Abs. 3 WHG in Verbindung mit § 70 Abs. 1 WHG zur Vermeidung oder zum Ausgleich von nachteiligen Wirkungen auf Rechte Dritter angeordnet werden.

A. Allgemeine Anforderungen

I. Planfeststellungsbedürftigkeit nach § 68 WHG

Die rechtlichen Anforderungen an die hier in Aussicht genommenen Maßnahmen hängen auch davon ab, welcher Zulassungs- oder Genehmigungstatbestand zugrunde zu legen ist. Es stellt sich also die Frage nach dem jeweils einschlägigen Zulassungsverfahren für die in Aussicht genommenen Maßnahmen. In Betracht kommt insbesondere die Planfeststellungsbedürftigkeit nach § 68 WHG.

1. Anwendbarkeit des WaStrG?

Zunächst ist allerdings zu klären, ob überhaupt das Zulassungsregime des WHG zum Tragen kommt. Abzugrenzen ist dies im vorliegenden Fall von den Vorschriften des WaStrG. Gemäß § 14 Abs. 1 WaStrG ist auch der Ausbau einer Bundeswasserstraße – um eine solche handelt es sich gemäß Nr. 9 Anlage 1 WaStrG bei der Elbe – planfeststellungsbedürftig. Im Anwendungsbereich des WaStrG geht die wasserstraßenrechtliche Planfeststellung der allgemeinen wasserrechtlichen Planfeststellung als spezialgesetzliche Regelung vor.² Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung für die Abgrenzung darauf abgestellt, ob die Bauarbeiten an einer Bundeswasserstraße einen schifffahrtsfunktionalen Zusammenhang aufwiesen. Werde die Wasserstraße nicht als Verkehrsweg betroffen, seien nicht die Regelungen des WaStrG, sondern die des allgemeinen Wasserrechts einschlägig.³ Daran ändert sich nichts, wenn in der Abwägung im Rahmen der wasserrechtlichen Planfeststellung auch Rückwirkungen auf Anlagen berücksichtigt werden müssen, die ihre Grundlage in einer wasserstraßenrechtlichen Planfeststellung hatten.⁴ Das Hamburgische Oberverwaltungsgericht hat festgestellt, ein wasserstraßenrechtlicher Ausbau liege nur vor, wenn die Änderung der Verkehrsfunktion bezweckt werde.⁵ Das Verwaltungsgericht Bremen hat darauf abgestellt, ob die Veränderungen der Strömungsverhältnisse den planungsrechtlichen Bestand der vorhandenen Wasserstraße wesentlich veränderten und ob sie darauf abzielten, die Verkehrsfunktion der Bundeswasserstraße zu verändern.⁶

In der Literatur wird entsprechend darauf abgestellt, ob eine Bundeswasserstraße ausschließlich oder überwiegend im Verkehrsinteresse ausgebaut werde. In diesem Fall

² Breuer/Gärditz, Rn. 1189.

³ BVerwG, Urteil vom 05. Dezember 2001 – 9 A 13/01 –, juris Rn. 28; BVerwG, Beschluss vom 09. März 2010 – 7 B 3/10 –, juris Rn. 10.

⁴ BVerwG, Beschluss vom 09. März 2010 – 7 B 3/10 –, juris Rn. 11.

⁵ Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 21. September 2000 – 5 E 24/00.P –, juris Rn. 20.

⁶ VG Bremen, Urteil vom 29. November 2007 – 5 K 565/07 –, juris Rn. 16.

seien die §§ 12 – 21 WaStrG anwendbar.⁷ Breuer führt aus, nicht die wasserstraßenrechtliche, sondern die wasserwirtschaftsrechtliche Planfeststellung sei geboten, falls eine Bundeswasserstraße wesentlich umgestaltet werde, damit ein wasserwirtschaftlicher Missstand wie die Erosion des Gewässerbettes oder der Ufer oder übermäßige Schlammablagerungen unterbunden oder ein naturnaher Gewässerzustand wiederhergestellt werde.⁸

Gegenstand der hier zu betrachtenden Vorhaben ist die Schaffung zusätzlicher Fluträume durch den Anschluss der jeweiligen Gewässer an das Tidegeschehen. Mit den Vorhaben soll die Tidedynamik der Elbe gedämpft und die Tideasymmetrie reduziert werden. Die Zunahme der Tideströmungen in der Vergangenheit hat zu einer Zunahme der Erosion und des Transports von Sedimenten geführt. Die Tideasymmetrie verstärkt den stromaufwärts gerichteten Sedimenttransport.⁹ Die Dämpfung der Tidedynamik und die Reduzierung der Tideasymmetrie sollen den Lebens- und Wirtschaftsraum Tideelbe stärken, als geschützter Naturraum mit Artenvielfalt und als sicherer Zufahrtsweg für die Häfen der Region.¹⁰ Der zweite Aspekt weist darauf hin, dass ein Zusammenhang mit der Verkehrsfunktion der Elbe besteht. Der Anstieg des Tidehubs und der damit verbundene Sedimenttransport sind – wahrscheinlich – auch eine Folge des Ausbaus der Elbe als Wasserstraße.¹¹ Die Sedimentbaggerungen, die durch die Vorhaben verringert werden könnten, stellen sich als Unterhaltungsmaßnahmen der Wasserstraße, die der Erhaltung der Verkehrsfunktion dienen, dar.¹² Damit weisen die hier diskutierten Vorhaben auch einen schifffahrtsfunktionalen Zusammenhang auf.

Andererseits wird die Verkehrsfunktion der Elbe als Wasserstraße durch die Vorhaben nicht verbessert. Das Ziel der Maßnahmen ist die Herstellung eines Strömungsgleichgewichts. Es besteht zwar die Erwartung, dass in der Folge auch die Baggerungen reduziert werden können. Die Schifffahrtsfunktion wird jedoch nicht verändert, weil diese auch durch die Baggerungen aufrechterhalten werden kann. Daneben verfolgen die Vorhaben weitere Zwecke. Der Anschluss der hier betrachteten Gewässer an das Tidegeschehen ist ein eigenständiges Planungsziel, das insbesondere zu einer Stärkung der Elbe als geschützter Naturraum führen soll.

Der Schwerpunkt der Vorhaben dürfte damit jenseits des schifffahrtsfunktionalen Zusammenhangs liegen. Dies insbesondere, wenn die Vorhaben nicht aus der Perspektive

⁷ Breuer/Gärditz, Rn. 1189; Hoppe/Schlarmann/Buchner/Deutsch, Rn. 160.

⁸ Breuer, in: Festschrift für Hoppe, S. 673.

⁹ Briefing Wickel, 14.01.2020.

¹⁰ Briefing Wickel, 14.01.2020.

¹¹ Hamburg Port Authority/Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes, Strombau- und Sedimentmanagementkonzept für die Tideelbe, S. 7 ff. (<https://www.forum-tideelbe.de/files/thema/file/susmanagementktideelbe.pdf>, zuletzt aufgerufen 9.8.2020)

¹² Vgl. BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 220.

der Wasserstraße Elbe betrachtet werden, sondern aus dem Blickwinkel der Gewässer- teile und der Gebiete, die an das Tidegeschehen angeschlossen werden. Im unmittelbaren Bereich der jeweiligen Vorhaben erzielen die Maßnahmen wohl keine schifffahrts- funktionalen Effekte oder jedenfalls nicht solche, die aus Sicht der Funktion der Elbe als Bundeswasserstraße relevant wären.

Vor diesem Hintergrund sprechen aus Sicht des Unterzeichnenden die besseren Gründe für die Anwendung des wasserhaushaltrechtlichen Zulassungsregimes. Der Schwerpunkt liegt in einer wasserwirtschaftlichen Gestaltung der Gewässer. Ein Effekt für die Wasserstraße ist auch intendiert. Insofern lässt sich ein schifffahrtsfunktionaler Zusammenhang nicht völlig verneinen. Der Schwerpunkt der Maßnahmen liegt jedoch außerhalb des Wirkungsbereichs des Wasserstraßenrechts.

Ergänzend kann hier darauf hingewiesen werden, dass auch bei einer anderen Betrachtungsweise und bei der daraus folgenden Zugrundelegung des wasserstraßenrechtlichen Zulassungsregimes sich viele der im Folgenden behandelten Fragen in ähnlicher oder gleicher Weise stellen würden.

2. Gewässerausbau im Sinne des § 68 Abs. 1 WHG

Planfeststellungsbedürftig ist gemäß § 68 Abs. 1 WHG der Gewässerausbau. Der Begriff des Gewässerausbaus ist in § 67 Abs. 2 S. 1 WHG definiert. Es handelt sich um die Herstellung, die Beseitigung und die wesentliche Umgestaltung eines Gewässers oder seiner Ufer. § 67 Abs. 2 S. 3 WHG stellt Deich- und Dammbauten, die den Hochwasserabfluss beeinflussen, sowie Bauten des Küstenschutzes dem Gewässerausbau gleich.

a. Begriff des Gewässerausbaus

Vorliegend stellt sich somit zunächst die Frage, ob es sich bei den zu betrachtenden Maßnahmen um einen Gewässerausbau, also die Herstellung, die Beseitigung oder die wesentliche Umgestaltung eines Gewässers handelt. Die zu betrachtenden Vorhaben stellen komplexe Maßnahmen dar, deren einzelne Teile verschiedenen der genannten Formen des Gewässerausbaus unterliegen können.

Im Mittelpunkt aller Vorhaben steht der Anschluss eines derzeit nicht unter Tideeinfluss stehenden Gewässers oder Gebiets an das Tidegeschehen. Hierin dürfte eine Umgestaltung zu sehen sein. Eine Umgestaltung liegt vor, wenn die Gestalt des Gewässers einschließlich seiner Ufer verändert wird.¹³ Das Oberverwaltungsgericht Hamburg spricht als Beispiel von einer Veränderung des Gesamtprofils des Gewässers. Im konkreten Fall – wasserwirtschaftliche Neuordnung der Alten Süderelbe – ging es um den Anstieg der

¹³ Schenk, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 67 Rn. 21.

Wasserfläche von 71,4 ha auf ca. 92,8 ha.¹⁴ Als Beispiele werden auch die Renaturierung oder die naturnähere Gestaltung eines Gewässers genannt.¹⁵

Wesentlich soll die Umgestaltung sein, wenn sie für den Wasserhaushalt oder in sonstiger Hinsicht – genannt werden beispielsweise Wasserstand, Wasserabfluss, Fließgeschwindigkeit, Selbstreinigungsvermögen, Auswirkungen auf die Schifffahrt, die Fischerei oder für den Naturhaushalt oder das äußere Bild der Landschaft¹⁶ – bedeutsam ist.¹⁷ Die Bedeutsamkeit soll sich wiederum danach richten, ob ein Planfeststellungsverfahren nach den Umständen des Einzelfalls objektiv angebracht ist. Wesentlich ist danach eine Umgestaltung, die Auswirkungen von einem Gewicht verursacht, die Anlass zu einer behördlichen Vorabkontrolle in Form der Planfeststellung geben.¹⁸ Hier liegt es nahe, auf den Charakter Planfeststellung als Planungentscheidung, die mit einer planerischen Abwägung einhergeht, abzustellen. Die planerische Abwägung erlaubt es, bei Vorhaben, die mit einer Vielzahl von Auswirkungen einhergehen, einen Ausgleich zwischen den beeinträchtigten Belangen zu schaffen. Vorliegend zeigt sich, dass alle in Frage stehenden Maßnahmen mit erheblichen Auswirkungen auf private und öffentliche Belange einhergehen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Rechtsfolge der Planfeststellungsbedürftigkeit sinnvoll.

Jenseits der Einordnung als wesentliche Umgestaltung soll hier nicht ausgeschlossen werden, dass Teile der Maßnahme auch als Herstellung eines Gewässers betrachtet werden könnten. Außerdem können Deich- und Dammbauten, die den Hochwasserabfluss beeinflussen, sowie Bauten des Küstenschutzes Teil der Vorhaben sein. Die genauen Abgrenzungen sind hier nicht erforderlich, da die Rechtsfolge, die grundsätzliche Planfeststellungspflichtigkeit der Vorhaben, bei allen in § 67 Abs. 2 S. 1 und 3 WHG genannten Typen von Gewässerausbau und gleichgestellten Vorhaben die gleiche ist.¹⁹

¹⁴ Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 162.

¹⁵ Riese, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 67 Rn. 69.

¹⁶ OVG SH, Urteil vom 01. Juli 1997 – 2 L 101/94 –, Rn. 35, juris; Schenk, in: Sieder/Zeitzer/Dahme/Knopp, WHG, § 67 Rn. 22.

¹⁷ OVG NRW, Beschluss vom 17. August 2015 – 20 A 975/14 –, Rn. 15, juris; OVG SH, Urteil vom 01. Juli 1997 – 2 L 101/94 –, Rn. 35, juris.

¹⁸ OVG NRW, Beschluss vom 17. August 2015 – 20 A 975/14 –, Rn. 21, juris. Siehe auch Czychowski/Reinhardt, 12. Aufl. 2019, WHG § 67 Rn. 30.

¹⁹ Maus in: Berendes/Frenz/Müggelborg, WHG, § 67 Rn. 51. Ein Beispiel für ein aus verschiedenen Elementen bestehendes Vorhaben, das einheitlich planfestgestellt wurde bietet Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 133: Wasserwirtschaftliche Neuordnung der Alten Süderelbe.

b. *Abgrenzung zur Gewässerunterhaltung*

Allgemein ist der Gewässerausbau auch von der Unterhaltung eines Gewässers abzgrenzen. Während die Unterhaltung das Gewässer hauptsächlich in seinem ordnungsgemäßen Zustand erhält, führt der Ausbau zu einem neuen Zustand im Gewässersystem.²⁰ Das sächsische Oberverwaltungsgericht stellt fest, es werde ein neuer Bestand oder ein neues Gesamtprofil geschaffen.²¹ Maus bemerkt, ein Gewässerausbau sei im Gegensatz zur Gewässerunterhaltung regelmäßig dann anzunehmen, wenn nicht nur der ökologische Zustand des Gewässers verbessert, sondern jedenfalls die äußere Gestalt des Gewässers wesentlich geändert werden solle.²²

Für die vorliegend zu betrachtenden Vorhaben soll an dieser Stelle davon ausgegangen werden, dass der Anschluss an das Tidegeschehen und die damit einhergehenden Veränderungen die Grenze der Gewässerunterhaltung überschreiten.

c. *Abgrenzung zur Gewässerbenutzung*

Auch zwischen dem Gewässerausbau und der Gewässerbenutzung ist eine Abgrenzung vorzunehmen. § 9 Abs. 3 S. 1 WHG stellt fest, dass Maßnahmen, die dem Ausbau eines Gewässers nach § 67 Abs. 2 WHG dienen, keine Benutzung sind. Das schließt jedoch nicht aus, dass Benutzung und Ausbau sich äußerlich durchaus ähneln können. Vorliegend könnte sich die Frage insofern stellen, als das Aufstauen und Absenken von oberirdischen Gewässern gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 WHG Benutzungen darstellen.

Das Aufstauen bezieht sich auf die Hemmung des Wasserabflusses durch künstlich errichtete Vorrichtungen. Das Absenken ist die Verminderung des Wasserstandes durch künstliche Beeinflussung.²³ Es ließe sich bereits darüber nachdenken, ob das Auf- und Ablaufen des Wassers im Rahmen der Tide diese Definitionen erfüllen, da es sich um ein natürliches Phänomen handelt. Allerdings wäre das Tidegeschehen in den wieder anschließenden Gewässern wohl stark reguliert, so dass auch von einem künstlichen Einfluss ausgegangen werden könnte.

Zur Abgrenzung des Gewässerausbaus von der Gewässerbenutzung wird darauf abgestellt, dass ein Gewässerausbau auf die Schaffung eines Dauerzustands gerichtet sei, während die Gewässerbenutzung nur Tätigkeiten betreffe, die den Dauerzustand nicht änderten.²⁴ Das Ausbauverfahren komme zum Zuge, „wenn es nicht um die Regelung ei-

²⁰ Guckelberger, in: Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, § 17 Rn. 60.

²¹ OVG SN, Beschluss vom 05. Dezember 2005 – 4 BS 289/05 –, Rn. 7, juris.

²² Maus in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 67 Grundsatz, Begriffsbestimmung, Rn. 54.

²³ Kotulla, WHG, § 9 Rn. 8 f.

²⁴ Maus in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 67 Rn. 55

ner (zumeist vorübergehenden) Tätigkeit auf Grund der vorgegebenen Gewässerbeschaffenheit, sondern um die Schaffung eines neuen wasserwirtschaftlichen Zustandes“ auf Dauer gehe.²⁵

Nach dieser Betrachtungsweise handelt es sich bei den vorliegenden Maßnahmen um Ausbaumaßnahmen. Der mit dem Anschluss an das Tidegeschehen geschaffene neue wasserwirtschaftliche Zustand – gegebenenfalls einhergehend mit weiteren Veränderungen – ist auf Dauer angelegt. Das mit dem Tideeinfluss einhergehende Anheben und Absenken des Wasserspiegels, wäre bei den vorliegend zu betrachtenden Vorhaben Folge einer dauerhaften Veränderung des wasserwirtschaftlichen Zustands der Gewässer.

In der Literatur wird die Möglichkeit vertreten, dass es im Zusammenhang mit einem Gewässerausbau auch noch zu Maßnahmen kommen könne, die dem Ausbau nicht im Sinne des § 9 Abs. 3 S. 1 WHG dienten, und demgemäß als Benutzungen zu qualifizieren wären.²⁶ Inwieweit dieser Position zu folgen ist, soll an dieser Stelle dahinstehen. Die hier zu betrachtenden Vorhaben sind noch nicht so weit konkretisiert, dass es auf die Beantwortung dieser Frage ankäme.

3. Kein Absehen von der Planfeststellung gemäß § 68 Abs. 2 WHG

a. Kein Plangenehmigungsverfahren nach § 68 Abs. 2 S. 1 WHG

§ 68 Abs. 2 S. 1 WHG eröffnet die Möglichkeit, von einem Planfeststellungsverfahren abzusehen und an dessen Stelle ein Plangenehmigungsverfahren durchzuführen, wenn das Vorhaben nicht UVP-pflichtig ist.

Die UVP-Pflichtigkeit eines Vorhabens ergibt sich aus §§ 6 ff. UVPG in Verbindung mit Anlage 1 des UVPG. Vorhaben des Gewässerausbaus sind von Nr. 13 Anlage 1 UVPG umfasst. Die genaue Zuordnung der hier zu betrachtenden Vorhaben zu einem der Vorhabentypen unter Nr. 13 Anlage 1 UVPG ist vorliegend noch nicht möglich, aber auch nicht erforderlich. Aus Nr. 13.18 Anlage 1 UVPG folgt, dass kein Gewässerausbau grundsätzlich von der Pflicht zur Durchführung einer UVP freigestellt ist. In jedem Fall ist zumindest eine allgemeine (§ 7 Abs. 1 UVPG) oder standortbezogene (§ 7 Abs. 2 UVPG) Vorprüfung des Einzelfalls vorzunehmen. Das ergibt sich aus Nr. 13.18.1, die alle Ausbaumaßnahmen, die nicht von anderen Nummern umfasst sind, einer allgemeinen Vorprüfung unterwirft, außer sie fallen unter Nr. 13.18.2. Letztere wiederum unterwirft sie einer standortbezogenen Vorprüfung. Damit erübrigts sich die genaue Zuordnung in den hier zu betrachtenden Fällen.

Die Details einer etwaigen Vorprüfung sollen hier nicht näher betrachtet werden, weil im jetzigen Stadium der Konkretisierung der zu betrachtenden Vorhaben noch keine abschließenden Aussagen über ihre UVP-Pflichtigkeit getroffen werden können. Jedenfalls

²⁵ Czuchowski/Reinhardt, WHG § 9 Rn. 97.

²⁶ Siehe dazu Czuchowski/Reinhardt, 12. Aufl. 2019, WHG § 9 Rn. 94 ff.

kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben könnten (§ 7 Abs. 1 und 2 UVPG), die bei der Zulassungsentcheidung zu berücksichtigen wären. Demgemäß kann hier eine UVP-Pflichtigkeit nicht ausgeschlossen werden. Bei der weiteren Konkretisierung der Vorhaben wäre dies zu überprüfen.

b. *Öffnung zugunsten landesrechtlicher Regelung (§ 68 Abs. 2 S. 2 WHG)*

Weiterhin soll hier auch davon ausgegangen werden, dass die Öffnung für landesrechtliche Regelungen in § 68 Abs. 2 S. 2 WHG vorliegend nicht zum Tragen kommt. Die Regelung sieht vor, dass die Länder bestimmen können, „dass Bauten des Küstenschutzes, für die nach dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung keine Verpflichtung zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung besteht, anstelle einer Zulassung nach Satz 1 einer anderen oder keiner Zulassung oder einer Anzeige bedürfen.“

Zwar umfassen die hier zu betrachtenden Maßnahmen gegebenenfalls auch Bauten des Küstenschutzes. Und für diese sieht § 63 Abs. 2 LWG SH unter bestimmten Voraussetzungen – von der Prüfung des Vorliegens wird hier abgesehen –, ein Absehen sowohl von einem Planfeststellungs- wie eines Plangenehmigungsverfahrens vor. Auch § 55 Abs. 8 WG HH sieht für bestimmte Vorhaben nur ein Anzeigeverfahren vor. Da aber schon die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Regelung nicht vorliegen dürften, kann auch auf die Klärung der grundsätzlichen Anwendbarkeit verzichtet werden.²⁷

Zum einen setzt aber auch die Öffnungsklausel des § 68 Abs. 2 S. 2 WHG voraus, dass es sich um Bauten des Küstenschutzes handelt, für die keine Pflicht zur Durchführung einer UVP besteht. Dies wäre zu prüfen. Eine UVP-Pflichtigkeit, etwa gemäß Nr. 13.16 Anlage 1 UVPG, soll hier zunächst nicht ausgeschlossen werden werden.

Wichtiger dürfte hingegen sein, dass einiges dafür spricht, dass die Bauten des Küstenschutzes nur Teile einer Gesamtmaßnahme wären und damit der Planfeststellungsbedürftigkeit dieser Gesamtmaßnahme unterliegen. Zwar führt das Oberverwaltungsgericht des Landes Nordrhein-Westfalen an, der Gewässerausbau werde räumlich auf die Flächen begrenzt, die das Gewässer in seinem äußeren Zustand ergeben.²⁸ Nicht zum Gewässer gehörten die an die Uferlinie anschließenden landseitigen Flächen.²⁹ Im konkreten Fall ging es allerdings um die landseitige Bebauung von Hafenflächen. Vorliegend würde es jedoch um Bauten des Küstenschutzes gehen, die – anders als Hafenanlagen – von § 67 Abs. 2 S. 3 WHG dem Gewässerausbau gleichgestellt werden. Das wasserhaushaltliche Planungsregime besteht somit dem Grunde nach auch für Bauten des

²⁷ Vgl. dazu Riese, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 68 Rn. 118.

²⁸ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 15. März 2011 – 20 A 2148/09 –, juris Rn. 102.

²⁹ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 15. März 2011 – 20 A 2148/09 –, juris Rn. 99.

Küstenschutzes. Auch mag § 67 Abs. 2 S. 3 WHG als Hinweis auf den potentiell bestehenden funktionalen Zusammenhang zwischen Bauten des Küstenschutzes und dem Gewässerausbau verstanden werden. Maßgeblich dürfte letztlich der Aspekt sein, dass die hier betrachteten Maßnahmen ohne entsprechende Schutzbauwerke nicht realisierbar und demgemäß auch nicht vollständig abzuwagen wären. Gemäß dem Grundsatz der Problembewältigung sind in die Planung alle Gesichtspunkte einzubeziehen, die erforderlich sind, die von dem Vorhaben aufgeworfenen Probleme umfassend zu lösen.³⁰ Betrachtet man die erforderlichen Bauten des Küstenschutzes nicht schon als Bestandteil des eigentlichen Vorhabens, handelte es wohl um notwendige Folgemaßnahmen im Sinne des § 75 Abs. 1 S. 1 VwVfG.

Dementsprechend kommt der Unterzeichner zu dem Schluss, dass erforderliche Bauten des Küstenschutzes von der Planfeststellungspflicht der Gesamtmaßnahme mitumfasst wären. Die Frage nach einem eigenständigen Zulassungsverfahren stellt sich hier demgemäß nicht.

II. Materiell-rechtliche Anforderungen an die Planfeststellung

Vorliegend ist also davon auszugehen, dass für die zu betrachtenden Maßnahmen die Planfeststellung nach § 68 Abs. 1 WHG als Zulassungstatbestand einschlägig ist. Damit kommt die in Rechtsprechung und Literatur entwickelte Systematik materiell-rechtlicher Bindungen planfeststellungsbedürftiger Vorhaben zum Tragen.

Im Einzelnen werden die folgenden Kategorien von materiell-rechtlichen, also inhaltlichen, Bindungen der Planfeststellung unterschieden:

- das Erfordernis der Planrechtfertigung
- Bindungen an Vorentscheidungen
- zwingende Normen des materiellen Rechts und Planungsleitsätze
- Abwägungsgebot

1. Planrechtfertigung

a. Einordnung der Planrechtfertigung als Anforderung der Planfeststellung

Die Planrechtfertigung ist eine ungeschriebene Anforderung an die Rechtmäßigkeit einer Planfeststellung. Zwar wurde diese Anforderung in der Vergangenheit in Frage gestellt. Vor allem wurde – unter anderem vom Unterzeichner – das Argument vorgebracht, die

³⁰ Czuchowski/Reinhardt, WHG, § 68 Rn. 17; Dirnberger et al., in: Beck-Kommunalpraxis Schleswig-Holstein, LWG, vor §§ 83, 84.

Aspekte der Planrechtfertigung würden letztlich in vollem Umfang auch in der Abwägung geprüft.³¹ Die ganz überwiegende Ansicht hält jedoch nach wie vor an dem Kriterium der Planrechtfertigung fest. Dementsprechend soll es auch hier zugrunde gelegt werden.

Jedenfalls in der Vergangenheit wurde im Wasserrecht zwischen gemeinnütziger und privatnütziger Planfeststellung³² unterschieden. Daran knüpfte die Frage an, ob es für privatnützige Planfeststellungen der Prüfungsstufe der Planrechtfertigung bedarf, weil privatnützige Vorhaben Eingriffe in Rechte Dritter nicht rechtfertigen können.³³ Hierauf kommt es vorliegend nicht an, da vom Vorliegen gemeinnütziger Zielsetzungen ausgegangen werden kann. Insofern kann dahinstehen, ob die geschilderte Betrachtungsweise überhaupt noch eine Berechtigung hat.³⁴

Bei der Planrechtfertigung handelt es sich um eine zwingende Anforderung. Ihr Fehlen führt zur Rechtswidrigkeit der Planfeststellung. Ein planerisches Ermessen kommt der Planfeststellungsbehörde insoweit nicht zu.³⁵ Andererseits hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass die Planrechtfertigung die planerische Gestaltungsfreiheit nicht sehr weit einschränkt. An einer Planrechtfertigung fehle es „nur bei groben und einigermaßen offensichtlichen Missgriffen“.³⁶

Das Erfordernis der Planrechtfertigung ergibt sich aus dem Umstand, dass planfeststellungsbedürftige Vorhaben ihre Rechtfertigung nicht schon in sich selbst tragen.³⁷ Sie müssen von Zwecken getragen sein, die die mit der Planfeststellung verbundenen Eingriffe rechtfertigen.³⁸ Dies gilt auch für die wasserrechtliche Planfeststellung.³⁹ Die Ein-

³¹ Siehe dazu Steinberg/Wickel/Müller, § 3 Rn. 99. In Bezug auf die wasserrechtliche Planfeststellung ausdrücklich Fröhlich, ZfW 2014, 198.

³² BVerwG, Urteil vom 10. Februar 1978 – IV C 25.75 –, BVerwGE 55, 220, juris Rn. 22.

³³ Guckelberger, NuR 2003, 471; Schenk, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG § 71 Rn. 5.

³⁴ Vgl. dazu Maus, in: Berendes/Frenz/Müggemborg, WHG, § 68 Rn. 51; Breuer, in: Festschrift für Hoppe, S. 677 ff.

³⁵ Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 148.

³⁶ BVerwG, Urteil vom 11. Juli 2001 – 11 C 14/00 –, BVerwGE 114, 364, 372; Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 05. August 2004 – 1 A 11787/03 –, juris Rn. 35.

³⁷ BVerwG, Urteil vom 14. Februar 1975 – IV C 21.74 –, BVerwGE 48, 56, 60; BVerwG, Urteil vom 07. Juli 1978 – IV C 79.76 –, BVerwGE 56, 110, 118.

³⁸ Steinberg/Wickel/Müller, Fachplanung, § 3 Rn. 97.

³⁹ Speziell zur wasserrechtlichen Planfeststellung OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 05. August 2004 – 1 A 11787/03 –, Rn. 35, juris; Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 149.

wirkung auf Rechte Dritter ist offensichtlich, wenn dem Planfeststellungsbeschluss enteignungsrechtliche Vorwirkung zukommt (s.u. III.1.). Aber auch andere Beeinträchtigungen erfordern eine Planrechtfertigung.⁴⁰

Die mögliche Erforderlichkeit von Enteignungen wird gesondert behandelt (siehe dazu unten III.).

Die Planrechtfertigung setzt voraus, dass „für das beabsichtigte Vorhaben nach Maßgabe der [vom jeweiligen Fachplanungsgesetz] verfolgten Ziele einschließlich sonstiger gesetzlicher Entscheidungen ein Bedürfnis besteht, die Maßnahme unter diesem Blickwinkel also objektiv erforderlich ist“.⁴¹ Um die mit dem Vorhaben verbundenen Eingriffe in Rechte Dritter zu rechtfertigen, genügt es dementsprechend nicht, dass irgendwelche öffentlichen Interessen für seine Realisierung sprechen. Entscheidend sind die gesetzlich festgelegten fachplanerischen Ziele.⁴² Als Maßstab wird nicht verlangt, dass das Vorhaben unausweichlich ist. Es reicht aus, wenn es vernünftigerweise geboten ist.⁴³

Die Prüfung der Planrechtfertigung lässt sich in zwei Schritte gliedern. Zum einen muss das Vorhaben mit den Zielen des jeweiligen Fachplanungsgesetzes, hier also des WHG und des jeweiligen Landes-Wassergesetzes, übereinstimmen. Hier geht es um die fachplanerische Zielkonformität. Zum anderen erfordert die Planrechtfertigung, dass „das Vorhaben für sich in Anspruch nehmen kann, in der konkreten Situation erforderlich zu sein“.⁴⁴ Es muss also ein konkreter Bedarf für das Vorhaben bestehen.⁴⁵

b. Zielkonformität

Zunächst ist also zu bestimmen, welche Ziele die hier zu betrachtenden Vorhaben verfolgen und ob sich diese mit den Zielen des WHG und des jeweiligen Landeswassergesetzes rechtfertigen lassen. Dabei ist zu beachten, dass zumindest das WHG keine konkreten

⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 26. April 2007 – 4 C 12/05 –, BVerwGE 128, 358 Rn. 48; BVerwG, Urteil vom 09. November 2006 – 4 A 2001/06 –, BVerwGE 127, 95 Rn. 33.

⁴¹ BVerwG, Urteil vom 09. November 2006 – 4 A 2001/06 –, juris Rn. 34, zum Luftverkehrsgesetz; BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 208, zum Bundeswasserstraßengesetz; ein Beispiel im Kontext einer wasserhaushaltrechtlichen Planfeststellung bietet Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 05. August 2004 – 1 A 11787/03 –, juris Rn. 35.

⁴² BVerwG, Urteil vom 26. April 2007 – 4 C 12/05 –, BVerwGE 128, 358 Rn. 52.

⁴³ BVerwG, Urteil vom 09. November 2006 – 4 A 2001/06 –, Rn. 34, juris; BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1-142, Rn. 208; Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 149. Spieth, in: BeckOK Umweltrecht, Giesberts/Reinhardt, WHG, § 68 Rn. 4. Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 149; OVG HH, Beschluss vom 08. März 1996 – Bs V 8/96 –, Rn. 14, juris.

⁴⁴ BVerwG, Urteil vom 09. November 2006 – 4 A 2001/06 –, Rn. 34, juris.

⁴⁵ Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG § 74 Rn. 36.

Ausbauziele vorgibt.⁴⁶ Rechtsprechung und Literatur greifen diesbezüglich auf die allgemeinen Zielsetzungen des Wasserhaushaltsrechts zurück, die aus verschiedenen Vorschriften des WHG abzuleiten sind.⁴⁷

Als Anknüpfungspunkte für die Planrechtfertigung werden unter anderem der in § 1 WHG beschriebene Zweck des Gesetzes und die Grundsätze der Gewässerbewirtschaftung in § 6 WHG herangezogen.⁴⁸ Gemäß § 1 WHG ist der Zweck des Gesetzes, „durch eine nachhaltige Gewässerbewirtschaftung die Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts, als Lebensgrundlage des Menschen, als Lebensraum für Tiere und Pflanzen sowie als nutzbares Gut zu schützen.“ Gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 WHG sind die Gewässer nachhaltig zu bewirtschaften. Dabei werden verschiedene Ziele genannt. Ziel der nachhaltigen Gewässerbewirtschaftung soll es unter anderem sein, die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Gewässer als Bestandteil des Naturhaushalts und als Lebensraum für Tiere und Pflanzen zu erhalten und zu verbessern (§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG) sowie die Gewässer zum Wohl der Allgemeinheit und im Einklang mit ihm zu nutzen (§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WHG).⁴⁹

Im Mittelpunkt der hier zu betrachtenden Vorhaben steht die Intention, mit der Schaffung zusätzlicher Fluträume, die am täglichen Tidegeschehen teilnehmen, das Tidegeschehen dämpfen und die Tideasymmetrie reduzieren zu können. Ein Gleichgewicht soll hergestellt werden. Die Zunahme der Tideströmungen in der Vergangenheit hat zu mehr Erosion und Transport von Sedimenten geführt. Die entstandene Tideasymmetrie verstärkt den stromaufwärts gerichteten Sedimenttransport.⁵⁰ Das Forum Tideelbe stellt dazu fest, eine „Reduktion der Tideasymmetrie würde den Lebens- und Wirtschaftsraum Tideelbe stärken – als geschützter Naturraum mit Artenvielfalt und als sicherer Zufahrtsweg für die Häfen in der Region“.⁵¹

⁴⁶ VG Hamburg, Urteil vom 05. Juni 2019 – 7 K 7639/16 –, juris Rn. 139: kein „Kanon legitimer Vorhabenzwecke“.

⁴⁷ Vgl. z.B. Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 22. Februar 2019 – 8 AS 19.40002 –, Rn. 20, juris, der auf die „von den wasserrechtlichen Bestimmungen verfolgten Ziele einschließlich sonstiger gesetzlicher Entscheidungen“ abstellt. Im konkreten Fall ging es um Hochwasserschutz. Diesbezüglich verwies das Gericht darauf, dass dieser in verschiedenen Vorschriften explizit angesprochen oder als übergeordnete Zielsetzung vorausgesetzt werde. Genannt wurden beispielhaft § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, §§ 67 ff. WHG, Art. 43 ff. BayWG. Auch im europäischen Recht sei die wirksame Hochwasservorsorge und Begrenzung von Hochwasserschäden von überragender Bedeutung.

⁴⁸ Czychowski/Reinhardt, WHG, § 70 Rn. 35.

⁴⁹ Zu diesen beiden Zielen im Kontext der Planrechtfertigung Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 150 (zu § 1a Abs. 1 S. 1 und 2 WHG 2002).

⁵⁰ Briefing Prof. Dr. Martin Wickel am 14.01.2020, S. 6.

⁵¹ Briefing Prof. Dr. Martin Wickel am 14.01.2020, S. 9.

Vorliegend liegt es nahe, bereits allgemein den Gedanken der Nachhaltigkeit für die zu betrachtenden Vorhaben anzuführen. Das Strombau- und Sedimentmanagementkonzept für die Tideelbe führt aus, in einem Strombaukonzept für die Tideelbe gehe es darum, „einen dynamischen Gleichgewichtszustand zu erreichen, der mit minimalem Aufwand und geringst möglichen ökologischen Beeinträchtigungen unterhalten werden kann“.⁵² Die Auftraggeberin stellt fest, es bedürfe intensiver Anstrengungen, den Fluss auch in Zukunft in seiner Vielfalt zu erhalten. Die Tideelbe sei in der Vergangenheit stark verändert worden. Eine Übersicht der Maßnahmen, die zu einem Mengenanstieg des Baggerguts geführt haben, bietet das Strombau- und Sedimentmanagementkonzept für die Tideelbe.⁵³ Laut der Auftraggeberin seien spürbare Maßnahmen erforderlich, um wieder ein Gleichgewicht herzustellen. Ein deutlicher Ausdruck dieses fehlenden Gleichgewichts ist der seit den 1950er Jahren stark angestiegene Tidehub. Die Schaffung zusätzlicher, am täglichen Tidegeschehen teilnehmender Fluträume könne das Tidegeschehen dämpfen.⁵⁴ Hierauf zielen die Vorhaben ab.

Auch die beiden zitierten Bewirtschaftungsziele des § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 WHG werden in der Aufgabenstellung des Forums Tideelbe adressiert. Dieses „hat die Aufgabe, Maßnahmen zu identifizieren und zu priorisieren, die das Kräfteverhältnis von Flut- und Ebbstrom besser austarieren.“ Hierzu heißt es, eine „Reduktion der Tideasymmetrie würde den Lebens- und Wirtschaftsraum Tideelbe stärken – als geschützter Naturraum mit Artenvielfalt und als sicherer Zufahrtsweg für die Häfen in der Region“. Dementsprechend erscheint es naheliegend, die Planrechtfertigung der Maßnahmen darin zu sehen, dass sie eine Dämpfung des Tidegeschehens und eine Reduktion der Tideasymmetrie bewirken und damit einerseits die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Elbe als Bestandteil des Naturhaushalts und als Lebensraum für Tiere und Pflanzen verbessern (§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG)⁵⁵ und gleichzeitig die Nutzung zum Wohl der Allgemeinheit und im Einklang mit dem Wohl der Allgemeinheit auch im Interesse Einzelner (§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 WHG) gewährleisten. Die Planrechtfertigung lässt sich dementsprechend aus den Zügen des WHG ableiten.

⁵² Hamburg Port Authority/Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes, Strombau- und Sedimentmanagementkonzept für die Tideelbe, S. 12 (<https://www.forum-tideelbe.de/files/thema/file/susmanagementktideelbe.pdf>, zuletzt aufgerufen 9.8.2020).

⁵³ Siehe dazu Hamburg Port Authority/Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes, Strombau- und Sedimentmanagementkonzept für die Tideelbe, S. 6 ff. (<https://www.forum-tideelbe.de/files/thema/file/susmanagementktideelbe.pdf>, zuletzt aufgerufen 9.8.2020).

⁵⁴ Briefing Wickel, S. 9.

⁵⁵ Zu einer Planfeststellung die – auch – mit naturschutzfachlichen Vorteilen gerechtfertigt wurde, unter ausdrücklicher Bezugnahme das in § 1a WHG 2002 genannte Ziel, Biotope oder Lebensgemeinschaften wild lebender Tier- und Pflanzenarten zu erhalten und zu entwickeln, Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 151.

Für die Tragfähigkeit der Kombination dieser beiden Aspekte im Rahmen der Prüfung der Planrechtfertigung lässt sich eine Entscheidung des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts zur Planfeststellung für die wasserwirtschaftliche Neuordnung der Alten Süderelbe aus dem Jahr 2016 als Beispiel anführen. In dieser Entscheidung wurde im Rahmen der Planrechtfertigung einerseits auf das Ziel der Planfeststellung abgestellt, eine ausreichende Wassermenge für die Frostschutzberegnung der Obstbaumkulturen sicherzustellen.⁵⁶ Zum anderen wurden naturschutzfachliche Gründe genannt.⁵⁷

Interessant sind in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts in einer Entscheidung zu dem Planfeststellungsbeschluss vom 22. Mai 2000 für die Schaffung eines tidebeeinflussten Gebietes im Bereich der Haseldorf Marsch und für die Verstärkung des Tideeinflusses im Gebiet des Twielener Sandes. Das Vorhaben stand im Zusammenhang mit der Erweiterung des Airbus-Werkes in Finkenwerder. Das Verwaltungsgericht hatte erwogen, das Vorhaben könnte sich, gemessen allein an den allgemeinen naturschutzrechtlichen Vorgaben des Fachplanungsrechts, als gerechtfertigt im Sinne eines vernünftigerweise Gebotenseins erweisen.⁵⁸ Die Planrechtfertigung wurde dann aus anderen Gründen verworfen. Die Entscheidung wurde später vom Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgericht korrigiert (s.u. B.III.2.).

c. *Bedarf*

Die Planrechtfertigung setzt weiter voraus, dass auch ein konkreter Bedarf für die Maßnahme besteht. Sie muss nicht unabweisbar sein. Erforderlich ist, dass das geplante Vorhaben vernünftigerweise geboten erscheint.⁵⁹ Für die hier zu betrachtenden Vorhaben wäre somit aufzuzeigen, dass sie die anvisierte Dämpfung des Tidegeschehens, die sich wohl in der Senkung des Tidehubs ausdrückt, auch erreichen.

Allerdings ist die Absenkung des Tidehubs an sich kein Selbstzweck. Die Auftraggeberin sieht hierin vielmehr ein Mittel zur Stärkung des Lebens- und Wirtschaftsraums Tideelbe, als geschützter Naturraum mit Artenvielfalt und als sicherer Zufahrtsweg für die Häfen in der Region. Die Erreichbarkeit dieser beiden Ziele „geschützter Naturraum mit Artenvielfalt“ und „sicherer Zufahrtsweg für Häfen“ müsste belegt werden. Dabei soll an dieser Stelle die Frage dahinstehen, wie tief die Überprüfung der gesetzten Ziele

⁵⁶ Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 150.

⁵⁷ Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 151. Zur Tragfähigkeit von Gründen des Naturschutzes in der wasserrechtlichen Planfeststellung bereits Bauer, NuR 1991, 56 ff.

⁵⁸ Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 21. September 2006 – 12 A 162/00 –, juris Rn. 120.

⁵⁹ BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 – 4 A 1075/04 –, BVerwGE 125, 116 Rn. 182.

in der Prüfungsstufe der Planrechtfertigung tatsächlich reicht. Der VGH Baden-Württemberg führt hierzu im Rahmen einer wasserrechtlichen Planfeststellung aus:

„Die Eignung eines Vorhabens zur Förderung des Planungsziels wird im Rahmen der Planrechtfertigung nicht hinsichtlich der Einzelheiten der konkreten Lösung geprüft. Verfolgt der Vorhabenträger ein legitimes Planungsziel, fehlt es an der Planrechtfertigung nur, wenn dieses Ziel vorgeschoben ist, die Realisierbarkeit des Vorhabens ausgeschlossen ist oder es offensichtlich keinen Beitrag zur Erreichung des fachplanerischen Ziels erbringen kann.“⁶⁰

Dass die Planrechtfertigung einer wasserrechtlichen Planfeststellung fehlen kann, zeigt eine Entscheidung des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1996.⁶¹ Dort ging es um die Rückverlegung eines bestehenden Deiches, durch die ein Vorlandgewinn erzielt werden sollte. Das Gericht fragte, ob die Schaffung der Vorlandfläche sich im konkreten Fall „spürbar“ auf den Wasserstand auswirken könne. Das Gericht kam dabei zu dem Schluss, dass der Vorlandgewinn „relativ gering“ sei und es dementsprechend zweifelhaft sei, ob der geringe erzielbare Vorlandgewinn vernünftigerweise geboten war.⁶²

Jenseits der Einzelheiten dieses Falles⁶³ zeigt die Entscheidung, dass die hier zu betrachtenden Maßnahmen ebenfalls einen spürbaren Effekt erzielen müssten. Zugleich kann man aus der Entscheidung schließen, dass nicht jeder noch so geringe Vorteil, die Planfeststellung zu rechtfertigen vermag.

d. *Planrechtfertigung für Vorhaben mit enteignungsrechtlicher Vorwirkung*

Gemäß § 71 Abs. 1 WHG kann bei der Feststellung des Plans bestimmt werden, dass für seine Durchführung die Enteignung zulässig ist. Unter den Voraussetzungen des § 71 Abs. 2 WHG ist die Enteignung auch ohne besondere Bestimmung zulässig.

§ 85 Abs. 1 LWG SH sieht in Abweichung von § 71 Abs. 1 WHG ebenfalls vor, dass unter den dort genannten Voraussetzungen die Enteignung ohne weitere Bestimmung zulässig ist.

⁶⁰ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 3 S 619/12 –, Rn. 52, juris (die im Zitat enthaltenen Verweise wurden weggelassen).

⁶¹ Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 08. März 1996 – Bs V 8/96 –, juris Rn. 13.

⁶² Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 08. März 1996 – Bs V 8/96 –, juris Rn. 21.

⁶³ Zur Kritik hieran Laskowski, NordÖR 1998, 36 ff.

Ist die Enteignung aufgrund des Planfeststellungsbeschlusses zulässig, kommt diesem die sogenannte enteignungsrechtliche Vorwirkung zu. In diesen Fällen sind an die Planrechtfertigung aufgrund der Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG an Enteignungen besondere Anforderungen zu stellen. Diese werden unten gesondert behandelt (s.u. III.).

e. *Zusammenfassung*

Zusammenfassend zeigt sich, dass die Anforderung der Planrechtfertigung aus der derzeitigen Perspektive erfüllbar erscheinen und demgemäß kein absolutes Planungshindernis darstellen. In erster Linie dürfte sich die Planrechtfertigung auf die in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 WHG zum Ausdruck kommenden Bewirtschaftungsgrundsätze stützen lassen. Das entspricht der derzeitigen Intention der Auftraggeberin. Es wäre zu belegen, dass eine Dämpfung des Tidegeschehens und die Reduktion der Tideasymmetrie erreicht werden können und dass diese wiederum den Lebens- und Wirtschaftsraums Tideelbe stärken. Da hier Bezug genommen wird auf die Stärkung des Naturraums mit Artenvielfalt, wären entsprechende Effekte zu belegen. Ebenso verhält es sich mit der Sicherung als Zufahrtsweg für die Häfen der Region. Hier erscheint es naheliegend, die prognostizierte Reduktion des Tidehubs in zu erwartende Reduktion der Sedimentmenge zu übersetzen.

Besondere Anforderungen an die Planrechtfertigung gelten, wenn dem Planfeststellungsbeschluss enteignungsrechtliche Vorwirkung zukommen soll (s.u. III.).

2. Bindungen an Vorentscheidungen

Eine materiell-rechtliche Anforderung ist die Bindung an planerische Vorentscheidungen, die ein Vorhaben zu beachten hat. Solche können sich beispielsweise aus den Raumordnungsplänen ergeben.⁶⁴ Zu denken ist weiterhin an Bewirtschaftungspläne nach § 83 WHG und Maßnahmenprogramme nach § 82 WHG.

Planerische Vorgaben wurden im Rahmen dieser Stellungnahme nicht untersucht.

3. Zwingende rechtliche Vorgaben

Eine Planfeststellung kommt nur in Betracht, wenn die rechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Dazu gehört auch zwingendes Recht, das strikt bindend und damit in der Abwägung nicht überwindbar ist.⁶⁵ Zwingendes Recht kann sich einerseits aus dem jeweiligen Fachplanungsgesetz selbst ergeben. Darüber hinaus ist aber auch das gesamte

⁶⁴ Ein Beispiel für die Unzulässigkeit einer wasserrechtlichen Planfeststellung wegen Verstoßes gegen ein Ziel der Raumordnung bietet OVG Lüneburg, Urteil vom 22. April 2016 – 7 KS 35/12 –, juris Rn. 373.

⁶⁵ Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 74 Rn. 63.

materielle Recht, das auf den Gegenstand der Planfeststellung Anwendung findet, zu beachten.⁶⁶

a. § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG

Zwingende *Vorgaben*, im Sinne von äußersten Grenzen der planerischen Abwägung,⁶⁷ ergeben sich für die wasserrechtliche Planfeststellung aus § 68 Abs. 3 WHG. Hiernach darf der Plan nur festgestellt werden, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Das schließt ein Ermessen der Behörde, trotz Nichtvorliegens einer Voraussetzung den Plan festzustellen, aus.⁶⁸

aa. *Begriff des Wohls der Allgemeinheit*

§ 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG verlangt, dass eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit nicht zu erwarten ist.

Ergänzend sieht § 83 Abs. 2 LWG SH vor, dass der Plan auch festgestellt oder genehmigt werden darf, „wenn eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit zu erwarten ist, diese aber durch Bedingungen und Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann“. Den gleichen Regelungsgehalt dürfte § 48 Abs. 3 WG HH haben. Allerdings ist bei dieser Vorschrift zumindest unsicher, ob sie noch anwendbar ist. In einer Antwort auf eine Kleine Schriftliche Anfrage stellte der Senat 2010 fest, dass nach damaligem Kenntnisstand § 48 WG HH keine Anwendung mehr finde.⁶⁹ Sollte es auf § 48 Abs. 3 WG HH im Rahmen des Planungsprozesses ankommen, wäre die Anwendbarkeit der Vorschrift noch zu überprüfen.

Allerdings erscheint fraglich, ob es auf die landesrechtlichen Regelungen überhaupt ankommt, denn auch für § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG wird vertreten, dass die Versagung der Planfeststellung nicht in Betracht kommt, wenn sich die Beeinträchtigungen durch Nebenbestimmungen vermeiden oder ausgleichen lassen.⁷⁰

Wie der Begriff des Wohls der Allgemeinheit auszulegen ist, ist unklar. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob der Begriff des Wohls der Allgemeinheit auch nicht wasserwirtschaftliche Belange umfasst. In der Literatur werden hierzu verschiedene Ansätze vertreten. Schon unter der Geltung des § 31 Abs. 5 S. 3 WHG a.F. war die Auslegung umstritten. Durch die Einführung des § 68 Abs. 3 Nr. 2 WHG ist jetzt jedoch klargestellt, dass auch Anforderungen nach anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfüllt sein müssen.

⁶⁶ Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 74 Rn. 60.

⁶⁷ Spieth, in: BeckOK Umweltrecht, Giesberts/Reinhardt, WHG, § 68 Rn. 21.

⁶⁸ Czychowski/Reinhardt, WHG, § 68 Rn. 22.

⁶⁹ Bürgerschaftsdrucksache 19/5790, S. 2.

⁷⁰ Maus, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 68 Rn. 57; Guckelberger, in: Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, § 17 Rn. 75.

Hieraus schließt *Schenk*, die erweiternde Auslegung des Begriffs des Wohls der Allgemeinheit in § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG sei aufgrund der Regelungstechnik wohl nicht mehr nötig. Es könnte sein, dass das Wohl der Allgemeinheit vor allem durch die im Gesetz genannten Regelbeispiel zu bestimmen sei.⁷¹ Auch *Maus* kommt zu dem Ergebnis, dass Belege, die an anderer Stelle des WHG oder in sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften als zwingende Versagungsgründe geregelt sind, nicht mehr dem Allgemeinwohl des § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG zuzuordnen seien.⁷² Es finden sich jedoch auch andere Stimmen.⁷³

Diese Auslegungsfrage, soll hier nicht entschieden werden, auch wenn der Unterzeichnende den Positionen von *Schenk* und *Maus* folgen würde. Letztlich dürfte es praktisch nicht relevant sein, ob außerhalb des WHG begründete Beeinträchtigungen des Wohl der Allgemeinheit im Rahmen des § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG oder im Rahmen des § 68 Abs. 3 Nr. 2 WHG geprüft werden.

bb. Keine Erhöhung der Hochwasserrisiken gemäß § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG

(1.) Erhöhung der Hochwasserrisiken als Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit

Im Rahmen dieser Stellungnahme sollen vor allem die Gesichtspunkte des Gemeinwohls behandelt werden, deren mögliche Beeinträchtigung durch die Fragestellung bereits aufgeworfen wird. Eine konkrete Frage der Auftraggeberin zielt auf eine mögliche vorhabenbedingte Schwächung des Hochwasserschutzes. Aspekte des Hochwasserschutzes sind im Rahmen des § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG relevant.

Ausgangspunkt ist zunächst, dass der Gesetzgeber den Begriff der Beeinträchtigung des Gemeinwohls mit Bezug auf Hochwassergefahren selbst konkretisiert und zwei Beispiele einer Beeinträchtigung benennt, „eine erhebliche und dauerhafte, nicht ausgleichbare Erhöhung der Hochwasserrisiken“ und „eine Zerstörung natürlicher Rückhalteflächen, vor allem in Auwäldern“.⁷⁴ Vorliegend soll davon ausgegangen werden, dass es durch die geplanten Vorhaben nicht zu einer Zerstörung natürlicher Rückhalteflächen, vor allem Auwäldern, kommt, was im konkreten Planungsprozess der Vorhaben noch zu bestätigen wäre. Dies angenommen, ist hier nur das Beispiel „Erhöhung der Hochwasserrisiken“ relevant.

Allgemein stellt sich die Frage, wie eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit zu bestimmen ist. Hier wird in Rechtsprechung und Literatur eine Abwägung verlangt,

⁷¹ Schenk, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 68 Rn. 21.

⁷² Maus, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 68 Rn. 59. Mit etwas anderer Argumentation in die gleiche Richtung Guckelberger, in: Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, § 17 Rn. 73.

⁷³ So z.B. Kotulla, WHG, § 68 Rn. 20; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 68 Rn. 24.

⁷⁴ BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 7 C 15/13 –, juris, Rn. 41; Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18. Mai 2015 – 2 M 33/15 –, juris, Rn. 30.

und zwar für den Fall, dass einerseits Gemeinwohlgründe für, andererseits andere Gemeinwohlgründe gegen das Vorhaben sprechen.⁷⁵

Folgt man diesem Bild einer Abwägung stellt sich weiterhin die Frage, ob die Abwägung auch zum Tragen kommen kann, wenn eines der zwei ausdrücklich benannten Regelbeispiele des § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG erfüllt ist. Der Wortlaut der Regelung würde nach dem Verständnis des Unterzeichnenden die Deutung nahelegen, dass im Fall des Vorliegens eines Regelbeispiels in jedem Fall die Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit anzunehmen ist. In diesem Sinne mögen auch die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zu § 12 Abs. 7 S. 4 WaStrG im Rahmen einer Entscheidung zur Fahrrinnenanpassung an Unter- und Außenelbe verstanden werden. Das Bundesverwaltungsgericht vergleicht die genannte Vorschrift des WaStrG mit § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG. Zunächst zitiert das Bundesverwaltungsgericht einen Teil des Wortlauts des § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG unter Weglassung der Gemeinwohlklausel als strikten Versagungsgrund.

Der „Plan für einen Gewässerausbau [darf] nur dann festgestellt werden [...], wenn eine erhebliche und dauerhafte, nicht ausgleichbare Erhöhung der Hochwasserrisiken nicht zu erwarten ist“.

In Bezug auf § 12 Abs. 7 S. 4 WaStrG verneint das Gericht dann das Erfordernis einer Abwägung.⁷⁶ Das Gericht nimmt für beide Regelungen die gleiche Regelungsintention an, die darin bestehe, „einem Vorhaben mit relevanten Auswirkungen auf den Hochwasserschutz die Zulassung zu versagen“. Das Regelungsanliegen kommt demnach in § 68 Abs. 2 Nr. 1 WHG sogar deutlicher zum Ausdruck als in § 13 Abs. 7 S. 4 WaStrG.⁷⁷ Diese Aussagen ließen sich so deuten, dass eine erhebliche und dauerhafte, nicht ausgleichbare Erhöhung der Hochwasserrisiken in jedem Fall, auch ohne weitere Abwägung mit gegebenenfalls für das Vorhaben sprechenden Gemeinwohlbelangen, zur Unzulässigkeit des Vorhabens führt.

Demgegenüber nimmt das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt auch beim Vorliegen eines Regelbeispiels – im konkreten Fall die Zerstörung von natürlichen Rückhalteflächen – eine Abwägung vor:

⁷⁵ Zum Teil zur Vorgängerregelung des § 31 Abs. 5 S. 3 WHG a.F.: Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 3 S 619/12 –, juris Rn. 58; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 23. September 2013 – 3 S 284/11 –, juris, Rn. 125; Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18. Mai 2015 – 2 M 33/15 –, juris Rn. 30; Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 20. Februar 2014 – 2 B 277/14 –, juris Rn. 33. So auch Guckelberger, in: Ziekow, § 17 Rn. 75; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 68 Rn. 24; Schenk, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, § 68 Rn. 24.

⁷⁶ BVerwG, Urteil vom 28.11.2017 – 7 A 17/12 –, BVerwGE 161, 17 Rn. 52.

⁷⁷ BVerwG, Urteil vom 28.11.2017 – 7 A 17/12 –, BVerwGE 161, 17 Rn. 52; des Weiteren BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2017 – 7 A 6/17 –, juris Rn. 39.

„Natürliche Rückhalteflächen, vor allem in Auwäldern, sind also nach § 68 Abs. 3 Nr. 1 Alt. 2 WHG, jedenfalls im Grundsatz, unbedingt zu erhalten (...). In Ausnahmefällen kann jedoch auch ein Gewässerausbau, der mit einer Zerstörung natürlicher Rückhalteflächen verbunden ist, gemäß § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG zulassungsfähig sein. Ob ein Gewässerausbau eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit erwarten lässt, bedarf einer umfassenden Abwägung aller im Wasserhaushaltsgesetz aufgeführten wasserwirtschaftlichen Belange. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Gewässerausbau – wie hier – zum Zwecke der Herstellung bzw. der Verbesserung des Hochwasserschutzes erfolgt. In diesem Fall sind die von dem Gewässerausbau nachteilig betroffenen Belange mit den für das Vorhaben sprechenden Belangen im Rahmen einer Gesamtwürdigung gegeneinander abzuwägen“.⁷⁸

Ob eine etwaige Erhöhung des Hochwasserrisikos einer Abwägung mit anderen Belangen des Gemeinwohls zugänglich und auf diese Weise zu rechtfertigen wäre, lässt sich aufgrund eines nicht eindeutigen Bilds in der Rechtsprechung und Literatur, in Abwesenheit einer deutlichen Stellungnahme des Bundesverwaltungsgerichts an dieser Stelle nicht abschließend klären. Aber selbst wenn man auch beim Vorliegen eines Regelbeispiels noch Raum für eine Abwägung sähe, müsste das Vorhaben dann von einem Gemeinwohlbelang getragen werden, dem das Gewicht zukommt, eine Erhöhung des Hochwasserrisikos zu rechtfertigen. So ist zu beachten, dass in der zitierten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalts die Zerstörung natürlicher Rückhalteflächen einen Vorhaben diente, das zur Verbesserung des Hochwasserschutzes erfolgte.

Andererseits erlaubt die Regelung des § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG nicht erhebliche, nicht dauerhafte oder auszugleichende Erhöhungen des Hochwasserrisikos, was einen, wenn auch sehr kleinen, Spielraum eröffnet.⁷⁹

(2.) Bestimmung der relevanten Erhöhungen von Hochwasserrisiken

Konkret wird für die jeweiligen Vorhaben die Frage zu beantworten sein, ob eine nicht ausgleichbare Erhöhung des Hochwasserrisikos, die sich als erheblich und dauerhaft darstellt, zu erwarten ist. Der Begriff des Hochwasserrisikos ist in § 73 Abs. 1 S. 2 WHG definiert als die „Kombination der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Hochwasserereignisses mit den möglichen nachteiligen Hochwasserfolgen für die menschliche Gesundheit, die Umwelt, das Kulturerbe, wirtschaftliche Tätigkeiten und erhebliche Sachwerte“.

⁷⁸ Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18. Mai 2015 – 2 M 33/15 –, juris Rn. 30. In diese Richtung wohl auch VG Hamburg, Urteil vom 12. Juli 2010 – 15 K 3396/08 –, juris Rn. 112.

⁷⁹ Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. November 2017 – 7 A 17/12 –, BVerwGE 161, 17 Rn. 54, zu § 12 Abs. 7 S. 4 WaStrG: „kein absolutes Beeinträchtigungsverbot“.

Dementsprechend ist das Hochwasserrisiko nach Eintrittswahrscheinlichkeit und Ausmaß eines möglichen Schadens zu bestimmen.⁸⁰ In der Literatur wird hier häufig auf das Produkt von Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadensausmaß abgestellt.⁸¹ So verstanden könnte das Produkt, also das Hochwasserrisiko, unverändert bleiben, wenn einerseits zwar die Eintrittswahrscheinlichkeit steigt, andererseits das Schadensausmaß jedoch im entsprechenden Verhältnis sinkt, oder umgekehrt.⁸² Legt man diese Betrachtungsweise zugrunde, kann eine Erhöhung der Eintrittswahrscheinlichkeit eines Hochwasserereignisses kompensiert werden, wenn es gelingt, zugleich die zu erwartenden Schäden an den Schutzgütern im entsprechenden Verhältnis zu reduzieren. Inwieweit hier eine streng mathematische Betrachtungsweise zugrunde gelegt werden kann, soll hier dahingestellt bleiben. Insgesamt dürfte der Begriff des Hochwasserrisikos aber dazu führen, dass jede mehr als geringfügige Erhöhung der Wahrscheinlichkeit eines Schadenereignisses⁸³ oder des Ausmaßes eines möglichen Schadens eine erhebliche Erhöhung des Hochwasserrisikos im Sinne des § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG bedeutet, wenn nicht gleichzeitig der andere Faktor im gleichen Verhältnis reduziert werden kann.

Wie gesehen stellt der Gesetzeswortlaut auf eine erhebliche und dauerhafte, nicht ausgleichbare Erhöhung eines Hochwasserrisikos ab. Das Erfordernis der Erheblichkeit dürfte zunächst zum Ausdruck bringen, dass kein absolutes Beeinträchtigungsverbot besteht.⁸⁴ Unterhalb der Erheblichkeitsschwelle sind Erhöhungen des Hochwasserrisikos somit möglich. *Maus* stellt fest, die Erhöhung sei erheblich, wenn das Risiko von Hochwasser nicht nur geringfügig erhöht wird.⁸⁵

An der Dauerhaftigkeit soll es fehlen, wenn sich die Erhöhung des Hochwasserrisikos auf die Bauzeit oder bestimmte Phasen der Realisierung des Vorhabens beschränkt.⁸⁶

⁸⁰ BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2017 – 7 A 6/17 –, juris Rn. 45; Kotulla, WHG, § 73 Rn. 5.

⁸¹ Hünnekens, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 73 Rn. 6; des Weiteren Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 73 Rn. 12; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 73 Rn. 5; Schmitt, in: BeckOK, UmweltR, WHG, § 73 Rn. 5; Dammert in: Berendes/Frenz/Müggelborg, WHG, § 73 Rn. 9; Guckelberger, UPR 2012, 361, 363.

⁸² Vgl. Czychowski/Reinhardt, WHG, § 73 Rn. 6; Dammert in: Berendes/Frenz/Müggelborg, WHG, § 73 Rn. 9.

⁸³ Ein Beispiel für eine nicht mehr als geringfügige Erhöhung des Hochwasserrisikos bietet BVerwG, Urteil vom 19. Dezember 2017 – 7 A 6/17 –, juris Rn. 46 ff.

⁸⁴ Vgl. BVerwG, Urteil vom 28. November 2017 – 7 A 17/12 –, BVerwGE 161, 17 Rn. 54 zu § 12 Abs. 7 S. 4 WaStrG.

⁸⁵ *Maus* in: Berendes/Frenz/Müggelborg, WHG, § 68 Rn. 61. Ähnlich Kotulla, WHG, § 68 Rn. 21: „nicht nur unwesentlich“.

⁸⁶ Riese, in: Landmann/Rohmer, WHG, § 68 Rn. 90; Schenk, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 68 Rn. 22; *Maus*, in: Berendes/Frenz/Müggelborg, WHG, § 68 Rn. 61; Guckelberger, in: Ziekow, § 17 Rn. 72; Kotulla, WHG, § 68 Rn. 21.

Weiterhin weist das Merkmal der nicht ausgleichbaren Erhöhung auf die Möglichkeit der Kompensation hin. Nach *Riese* könne ein sachlich gerechtfertigter und technisch machbarer Ausgleich den Ausbau legitimieren.⁸⁷

Insgesamt spricht das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt von der Hochwasserneutralität des Vorhabens.⁸⁸

Zu beachten ist auch der Betrachtungsraum. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2015 auf eine Gesamtbetrachtung des räumlichen Einwirkungsbereichs des Vorhabens abgestellt. Führe ein dem Hochwasserschutz dienender Gewässerausbau insgesamt zu einer Verringerung der Hochwassergefahr, stelle eine mit dem Ausbau verbundene lokale Erhöhung der Stau-, Grund- und Druckwassergefahren keine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit im hier relevanten Sinne dar.⁸⁹ Die lokale Erhöhung der Hochwassergefahr sei als Folgeproblem durch die Anordnung von Schutzmaßnahmen zu bewältigen.⁹⁰ Etwas anderes gelte hingegen für die Zerstörung von Rückhalteflächen. Hier könnten auch kleinräumige Zerstörungen das Wohl der Allgemeinheit beeinträchtigen.⁹¹ Im konkreten Fall stellte das Bundesverwaltungsgericht auf eine Reduzierung der Hochwassergefahr in den Siedlungsgebieten des Rheins ab.⁹² Dabei ging es um ein Vorhaben, das in seiner Zielsetzung gerade auf den Hochwasserschutz gerichtet war. Auf einer Fläche von 327 ha sollten ein Rückhalteraum mit einem Rückhaltevolumen von 1,2 Mio m³ ungesteuert und 7,8 Mio m³ gesteuert geschaffen werden.

(3.) Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich die gestellte Frage dahingehend beantworten, dass eine Schwächung des Hochwasserschutzes, die die beschriebenen Grenzen überschreitet, zumindest im Regelfall eine Beeinträchtigung des Allgemeinwohls im Sinne des § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG darstellen dürfte. Das würde zur Unzulässigkeit des Vorhabens führen. Hält man eine Erhöhung des Hochwasserrisikos noch einer Abwägung mit anderen Gemeinwohlbelangen für zugänglich, wäre noch die Frage zu stellen, welche Gemeinwohlbelange eine relevante Erhöhung des Hochwasserrisikos zu rechtfertigen in der Lage wären.

⁸⁷ Riese, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG § 68 Rn. 87.

⁸⁸ Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18. Mai 2015 – 2 M 33/15 –, juris Rn. 30.

⁸⁹ BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 7 C 15/13 –, juris Rn. 41.

⁹⁰ BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 7 C 15/13 –, juris Rn. 41.

⁹¹ BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 7 C 15/13 –, juris Rn. 41.

⁹² BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 7 C 15/13 –, juris Rn. 42.

b. § 68 Abs. 3 Nr. 2 WHG

§ 68 Abs. 3 Nr. 2 WHG verlangt, dass „andere Anforderungen nach diesem Gesetz oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften erfüllt werden“. Der Regelung kommt lediglich klarstellender Charakter zu, da eine Bindung an gesetzliche Vorschriften auch ohne diese Anordnung besteht.⁹³ Ob andere gesetzlichen Anforderungen zwingende Wirkung entfalten, ist wiederum durch Auslegung dieser Rechtssätze zu ermitteln.⁹⁴

aa. *Verschlechterungsverbot gemäß §§ 27 ff. WHG*

Eine Frage der Auftraggeberin betrifft das Eingreifen des Verschlechterungsverbots, allgemein und während der Bauzeit. Das Verschlechterungsverbot ist in § 27 WHG geregelt. Dieser wiederum setzt die Anforderungen der Richtlinie 2000/60/EG (Wasserrahmen-Richtlinie) um.⁹⁵ Die Regelung stellt eine zwingende Anforderung für die Planfeststellung dar.⁹⁶ Das gilt im Übrigen auch für das – in dieser Stellungnahme nicht weiter beleuchtete – Verbesserungsgebot.⁹⁷

(1.) *Künstlich oder erheblich veränderte Gewässer*

§ 27 WHG formuliert Bewirtschaftungsziele für oberirdische Gewässer, einerseits Verschlechterungsverbote (§ 27 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 WHG) und andererseits Verbesserungsgebote (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 2 WHG). Die Regelung des § 27 WHG differenziert nach oberirdischen Gewässern, die „nach § 28 als künstlich oder erheblich verändert eingestuft werden“ (Abs. 2) und solchen die nicht entsprechend eingestuft werden (Abs. 1). Die Einstufung ist gemäß § 83 Abs. 2 Nr. 1 WHG in den Bewirtschaftungsplan aufzunehmen. Die konkreten Anforderungen an ein Gewässer hängen somit von der Einstufung nach § 28 WHG ab.⁹⁸

Beim derzeitigen Planungsstand ist noch nicht in allen Details erkennbar, welche Gewässer betroffen wären. Eine Betrachtung der Aktualisierung des Bewirtschaftungsplans für den Zeitraum von 2016 bis 2021⁹⁹ legt jedoch nahe, dass vorliegend ausschließlich künstliche oder erheblich veränderte Oberflächenwasserkörper betroffen wären. Dies

⁹³ Spieth, in: BeckOK Umweltrecht, Giesberts/Reinhardt, WHG, § 68 Rn. 21.

⁹⁴ Guckelberger, in: Ziekow, § 17 Rn. 76; Maus, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 68 Rn. 63.

⁹⁵ Czychowski/Reinhard, WHG, § 27 Rn. 1.

⁹⁶ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 478; Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 27 Rn. 1

⁹⁷ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 478.

⁹⁸ Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 27 Rn. 33.

⁹⁹ Flussgebietsgemeinschaft Elbe (Hrsg.), Aktualisierung des Bewirtschaftungsplans nach § 83 WHG bzw. Artikel 13 der Richtlinie 2000/60/EG für den deutschen Teil der Flussgebietseinheit Elbe für den Zeitraum von 2016 bis 2021, Nr. 5.2.1 (<https://publikationen.fgg-elbe.de/bewirtschaftungsplan.html>, zuletzt aufgerufen 8.6.2020).

wäre im weiteren Planungsprozess noch zu bestätigen. Trifft dies zu, kommen die Maßstäbe des § 27 Abs. 2 WHG zum Tragen, der gegenüber § 27 Abs. 1 WHG „qualitativ abgesenkte Bewirtschaftungsziele“ enthält.¹⁰⁰ Gemäß § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG sind die als künstlich oder erheblich verändert eingestuften oberirdischen Gewässer so zu bewirtschaften, dass „eine Verschlechterung ihres ökologischen Potenzials und ihres chemischen Zustands vermieden wird“.

(2.) *Definition des Verschlechterungsverbots*

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Elbvertiefung das Verschlechterungsverbot unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wie folgt definiert:

„Oberirdische Gewässer, die nach § 28 WHG als künstlich oder erheblich verändert eingestuft werden, sind nach § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG so zu bewirtschaften, dass eine Verschlechterung ihres ökologischen Potenzials und ihres chemischen Zustands vermieden wird. Die Vorschrift dient zur Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Ziffer i WRRL. Eine Verschlechterung im Sinne dieser Bestimmung liegt nach der Rechtsprechung des EuGH vor, sobald sich der Zustand mindestens einer Qualitätskomponente (QK) des Anhangs V der Wasserrahmenrichtlinie um eine Klasse verschlechtert, auch wenn diese Verschlechterung nicht zu einer Verschlechterung der Einstufung des Oberflächenwasserkörpers (OWK) insgesamt führt. Ist die betreffende QK bereits in der niedrigsten Klasse eingeordnet, stellt jede Verschlechterung dieser Komponente eine Verschlechterung des Zustands eines OWK im Sinne von Art. 4 Abs. 1 Buchst. a Ziffer i WRRL dar (EuGH, Urteil vom 1. Juli 2015 - C-461/13 - LS 2, Rn. 70).“¹⁰¹

Ob eine Verschlechterung in diesem Sinne vorliegt, wäre jeweils konkret zu prüfen.

(3.) *Verschlechterung während der Bauzeit*

Die Auftraggeberin stellt insbesondere die Frage, wie eine zeitlich begrenzte Verschlechterung während der Bauarbeiten zu beurteilen wäre, ob diese somit bereits gegen das Verschlechterungsverbot verstößen könne.

Für die Annahme eines Verstoßes gegen das Verschlechterungsverbots selbst bei einer in der beschriebenen Weise zeitlich begrenzten Verschlechterung scheint zunächst der Ausnahmetatbestand des § 31 Abs. 1 WHG zu sprechen. Diese Regelung enthält eine Ausnahme für vorübergehende Verschlechterungen des Zustands oberirdischer Gewässer, die unter bestimmten Voraussetzungen nicht gegen die Bewirtschaftungsziele des §

¹⁰⁰ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 485; Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 27 Rn. 32

¹⁰¹ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 479

27 WHG und damit auch gegen das Verschlechterungsverbot des § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG verstößen. Die Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 WHG dürften aber vorliegend nicht erfüllt sein, da dieser nur Verschlechterungen betrifft, die auf Umständen beruhen, die entweder „in natürlichen Ursachen begründet oder durch höhere Gewalt bedingt sind und die außergewöhnlich sind und nicht vorhersehbar waren“ (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 lit. a WHG) oder „durch Unfälle entstanden sind“ (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 lit. b WHG).

Das Bestehen einer Ausnahmeregelung für vorübergehende Verschlechterungen spricht im Umkehrschluss dafür, dass andere vorübergehenden Verschlechterungen, die die Voraussetzungen des § 31 Abs. 1 WHG nicht erfüllen, unzulässig sein sollen.

Dieses Argument würde allerdings nicht verfangen, wenn eine temporäre Verschlechterung im Rahmen der Bauarbeiten noch nicht als Verschlechterung im Sinne des § 27 WHG anzusehen wäre. Die Bund-/Länderarbeitsgemeinschaft Wasser (LAWA) weist in ihrer Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot von 2017¹⁰² darauf hin, dass jede Baumaßnahme, etwa auch solche zugunsten morphologischer Verbesserungsmaßnahmen zur Umsetzung der Wasser-Rahmenrichtlinie, vorübergehend zu einer Beeinträchtigung des Gewässers führt. Für kurzzeitige Verschlechterungen sieht die Handlungsempfehlung die Anwendung des § 31 Abs. 1 WHG und der darin formulierten Voraussetzungen als unverhältnismäßig an. Diese könnten außer Betracht bleiben, „wenn mit Sicherheit davon auszugehen ist, dass sich der bisherige Zustand kurzfristig wiedereinstellt“.¹⁰³ Bei der Beurteilung, ob eine kurzzeitige nachteilige Veränderung, beispielsweise während der Bauphase, eine Verschlechterung darstelle, sei das gesamte Vorhaben und seine Auswirkung nach der Vollendung zu betrachten. Nachteilige Veränderungen, die nach der Fertigstellung wieder beseitigt sind, sollen danach keine Verschlechterung darstellen.¹⁰⁴ Eine Verschlechterung könne hingegen eintreten, wenn die Errichtungsphase über einen langen Zeitraum gehe oder gravierende Auswirkungen auf das Gewässer haben könne.¹⁰⁵ Die Handlungsempfehlung der LAWA ist nicht bindend, ihr wird in der Praxis jedoch Bedeutung zugemessen.¹⁰⁶

In die gleiche Richtung geht die Common Implementation Strategy (CIS). Hier heißt es

„Temporary effects: Fluctuations in the condition of water bodies can sometimes occur as a result of short-duration human activities, such

¹⁰² LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot (<https://docplayer.org/64610892-Handlungsempfehlung-verschlechterungsverbot.html>, zuletzt aufgerufen 13.6.2020).

¹⁰³ LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot, (Fn. 102), 2.1.5, S. 11. Siehe auch Asemissen, I+E 2018, 18.

¹⁰⁴ LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot, (Fn. 102), 2.1.5, S. 11.

¹⁰⁵ LAWA, Handlungsempfehlung Verschlechterungsverbot, (Fn. 102), 2.1.5, S. 11 f.

¹⁰⁶ Czuchowski/Reinhardt, WHG, § 27 Rn. 14f.

as construction or maintenance works. If the condition of each affected water body is adversely affected for only a short period of time and recovers within a short period of time without the need for any restoration measures, such fluctuations will not constitute deterioration of status. The application of Article 4.7 will not be required.”¹⁰⁷

Der Begriff “short period of time” wird nicht definiert. In einer Fußnote gibt die CIS jedoch einen Hinweis:

“[T]he frequencies mentioned for the monitoring programmes (Annex V 1.3.4 and 2.2.3) can serve as an indication.”¹⁰⁸

Auch den CIS kommt wohl keine rechtliche Bindungswirkung zu.¹⁰⁹

In der Literatur finden sich soweit ersichtlich keine Äußerungen zu dieser Frage. Allerdings wird die Ansicht vertreten, im Hinblick auf Einleitung oder Indirekteinleitung sei eine kompensatorische Verbesserung, die im unmittelbaren zeitlichen und genehmigungstechnischen Zusammenhang mit einer Erlaubnis oder Genehmigung festgesetzt und umgesetzt werde, in der Lage, eine nur vorübergehende Verschlechterung des maßgeblichen Gewässerkörpers effektiv zu verhindern.¹¹⁰ Überträgt man diese Betrachtungsweise auf eine Planfeststellung wäre eine Verschlechterung kompensierbar, wenn die Verschlechterung im Rahmen des Projekts ausgeglichen und dies durch entsprechende Bestimmungen des Planfeststellungsbeschlusses abgesichert würde. Dabei käme es zusätzlich auf den unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang an. Bei dieser Betrachtungsweise, erschiene es konsequent, auch eine lediglich in der Bauphase auftretende Verschlechterung, die sich gleichsam mit Abschluss der Bauarbeiten wieder aufhebt, tatbeständlich aus dem Begriff der Verschlechterung herauszulösen. Ein Rückgriff auf die Ausnahmetatbestände wäre nicht erforderlich.

Ob sich geschilderten Positionen, insbesondere der Standpunkt der LAWA, auch in der Rechtsprechung durchsetzen, kann nicht sicher vorhergesagt werden. Tatsächlich erscheint es wenig sinnvoll, das Verschlechterungsverbot auch bei Vorhaben geltend zu machen, die trotz einer kurzfristigen Verschlechterung sogar auf eine Verbesserung der Gewässerqualität zielen. Andererseits wird die Argumentation der LAWA ersichtlich von Überlegungen zur Verhältnismäßigkeit getragen. Der Verhältnismäßigkeit lässt sich jedoch nicht nur durch die tatbestandliche Beschränkung des Verschlechterungsverbots –

¹⁰⁷ European Commission, Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive, Guidance Document No. 20 on Exemptions to the Environmental Objectives, S. 25 (https://circabc.europa.eu/sd/a/2a3ec00a-d0e6-405f-bf66-60e212555db1/Guidance_documentN%C2%BC020_Mars09.pdf, zuletzt abgerufen 24.7.2020).

¹⁰⁸ European Commission, Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive, Guidance Document No. 20 on Exemptions to the Environmental Objectives (Fn. 107), S. 25

¹⁰⁹ Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, vor §§ 27 – 31 Rn. 9 f.

¹¹⁰ Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 27 Rn. 29

also der Einschränkung des Begriffs der Verschlechterung –, sondern auch durch Ausnahmetatbestände Genüge tun.

Im Ergebnis lässt sich die Frage nach der Einordnung einer Verschlechterung während der Bauzeit nicht abschließend beantworten. Aus der Sicht des Unterzeichners sprechen jedoch gute Gründe für die Annahme, dass gemäß der Position der LAWA bei einer kurzfristigen Verschlechterung während der Bauzeit bereits nicht von einer Verschlechterung im Sinne des Verschlechterungsverbots auszugehen ist.

(4.) *Ausnahmen gemäß § 31 Abs. 2 WHG*

Auch wenn kurzzeitige, vorübergehende Verschlechterungen während der Bauphase von vornherein keine Verschlechterungen im Sinne des § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG darstellen sollten, so zielt die Fragestellung der Auftraggeberin auch auf dauerhafte Verschlechterungen. Es stellt sich demgemäß die Frage, ob eine Verschlechterung im Sinne des § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG in jedem Fall zur Unzulässigkeit der Vorhaben führen würde.

Gemäß § 31 Abs. 2 WHG besteht die Möglichkeit, dass sich aus der Verschlechterung des Zustands eines oberirdischen Gewässers kein Verstoß gegen die Bewirtschaftungsziele der §§ 27 und 30 WHG und damit auch gegen das hier einschlägige Verschlechterungsverbot des § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG ergibt. Dafür bedarf es des kumulativen Vorliegens der Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 S. 1 WHG. Die Regelung ist vorliegend von besonderer Bedeutung, weil sie neue menschliche Eingriffe und damit unter anderem eine Umgestaltung von Wasserkörpern ermöglicht.¹¹¹

(a.) *§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WHG*

§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WHG setzt zunächst voraus, dass die Verschlechterung „auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften oder des Grundwasserstands beruht“. Die Gewässereigenschaften werden in § 3 Nr. 7 WHG als „die auf die Wasserbeschaffenheit, die Wassermenge, die Gewässerökologie und die Hydromorphologie bezogenen Eigenschaften von Gewässern und Gewässerteilen“ definiert. In der Literatur ist umstritten, ob die sich die „Veränderung der physischen Gewässereigenschaften“ nur auf das äußere Erscheinungsbild des Gewässers bezieht. In diesem Sinne wird man die CIS verstehen können. Hier heißt es:

„Modifications to the physical characteristics of water bodies mean modifications to their hydro-morphological characteristics.“¹¹²

¹¹¹ Durner, in: Landmann/Rohmer UmweltR, WHG, § 31 Rn. 28.

¹¹² European Commission, Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive, Guidance Document No. 20 on Exemptions to the Environmental Objectives (Fn. 107), S. 24.

Auch in der Literatur findet sich demgemäß die Auslegung, Schadstoffeinträge aus Punktquellen oder diffusen Quellen sollten nicht umfasst sein.¹¹³

Nach den CIS können die Änderungen im zitierten Sinne aber durchaus zu einer Veränderung der Wasserqualität führen:

„The impacts may result directly from the modification or alteration or may result from changes in the quality of water brought about by the modification or alteration.“¹¹⁴

In diesem Sinne kann auch das Bundesverwaltungsgericht verstanden werden. Auch dieses bezieht eine Veränderung des mengenmäßigen oder chemischen Zustandes mit als Folge ein, wenn dies auf einer Veränderung der physischen Gewässereigenschaften oder des Grundwasserstands beruht.¹¹⁵ Allerdings konkretisiert das Gericht in dieser Entscheidung nicht, was eine Veränderung der physischen Gewässereigenschaft konstituiert.

Demgegenüber vertritt eine andere Ansicht in der Literatur einen weiteren Begriff der Veränderung der physischen Gewässereigenschaft, der auch stoffliche Einträge mitumfasst.¹¹⁶

Letztlich soll dieser Streit hier dahinstehen, da die Veränderungen bei den in Aussicht genommenen Maßnahmen vor allem das äußere Erscheinungsbild betreffen dürften. Wenn es jedoch auch zu Schadstoffeinträgen käme, müsste entschieden werden, ob es sich hierbei im Sinne der zweiten zitierten Ansicht ebenfalls um eine physische Gewässereigenschaft handelte.

(b.) § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG

§ 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG verlangt weiter, dass „die Gründe für die Veränderung von übergeordnetem öffentlichen Interesse sind oder [...] 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“.

(aa.) Übergeordnetes öffentliches Interesse

Hier kommt zum einen das Vorliegen eines übergeordneten öffentlichen Interesses in Betracht. Hierzu wird vertreten, dass es sich nicht um ein beliebiges öffentliches Inter-

¹¹³ Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 31 Rn. 25; Ginzky, in: BeckOK, WHG, § 31 Rn. 9, 9b.

¹¹⁴ European Commission, Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive, Guidance Document No. 20 on Exemptions to the Environmental Objectives (Fn. 107), S. 24.

¹¹⁵ BVerwG, Beschluss vom 20. Dezember 2019 – 7 B 5/19 –, juris Rn. 8.

¹¹⁶ Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 31 Rn. 30 mit weiteren Nachweisen.

resse handeln dürfe, wofür insbesondere die Wahl des Begriffs „übergeordnet“ im Gegensatz zu „überwiegend“ spreche.¹¹⁷ Als Beispiele werden die Trinkwasserversorgung, der Hochwasserschutz, Unterhaltungs- und Ausbaumaßnahmen an Bundeswasserstraßen oder die regenerative Energieversorgung durch Wasserkraft genannt.¹¹⁸ Allerdings finden sich auch in der Tendenz weitergehende Stellungnahmen, die den Begriff des öffentlichen Interesses mit dem Allgemeinwohl gleichsetzen.¹¹⁹ Demgemäß werden auch noch weitere mögliche öffentliche Interessen genannt, etwa wasserwirtschaftliche Belange wie Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, Daseinsvorsorge in Form von Energieversorgung und Rohstoffgewinnung, Schifffahrt oder gewerbliche Interessen von erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung sowie Belange des Klimaschutzes.¹²⁰

Die CIS nehmen Bezug auf die methodischen Hinweise der Europäischen Kommission zu Art. 6 Abs. 3 und 4 Richtlinie 92/43/EG (FFH-Richtlinie). In den CIS heißt es:

“It is reasonable to consider that the reasons of overriding public interest refer to situations where plans or projects envisaged prove to be indispensable within the framework of:

- Actions or policies aiming to protect fundamental value for citizen's lives (health, safety, environment);
- Fundamental policies for the state and the society;
- Carrying out activities of an economic or social nature, fulfilling specific obligations of public services.”¹²¹

Mit Blick auf die hier zu betrachtenden Maßnahmen erscheint es nicht ausgeschlossen, entsprechende öffentliche Interessen, denen diese dienen, zu identifizieren. Die Vorhaben adressieren die Stärkung der Tideelbe einerseits als Naturraum mit Artenvielfalt und andererseits als sicherer Zufahrtsweg für die Häfen der Region.

Dass es sich um ein *übergeordnetes* öffentliches Interesse handeln muss, erfordert, das Interesse in Relation zu setzen zu der Bedeutung des Verschlechterungsverbots. Hier ist

¹¹⁷ Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 31 Rn. 42.

¹¹⁸ Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 31 Rn. 43 f.

¹¹⁹ Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 31 Rn. 33; Ginzky, in: BeckOK UmweltR, WHG, § 31 Rn. 10; Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20. Dezember 2018 – OVG 6 B 1.17 –, juris Rn. 53.

¹²⁰ Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 31 Rn. 33.

¹²¹ European Commission, Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive, Guidance Document No. 20 on Exemptions to the Environmental Objectives (Fn. 107), S. 27.

in der Literatur umstritten, ob es sich allein um eine tatbestandliche Abwägung handelt,¹²² oder ob der Behörde auch eine Form von Ermessen eingeräumt ist.¹²³ Der Unterschied liegt dabei im Umfang der gerichtlichen Überprüfbarkeit.¹²⁴ Auch umstritten ist, inwieweit an das Übergeordnetsein gehobene Anforderungen zu stellen sind.¹²⁵

Mit Blick auf die hier zu betrachtenden Vorhaben wäre das öffentliche Interesse zu benennen und in Relation zu setzen zur Bedeutung des Verschlechterungsverbots.

(bb.) *Nutzen für Gesundheit oder Sicherheit des Menschen*

Als weitere Möglichkeit sieht § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG die Zulassung einer Ausnahme vor, „wenn der Nutzen der neuen Veränderung für die Gesundheit oder Sicherheit des Menschen [...] größer ist als der Nutzen, den die Erreichung der Bewirtschaftungsziele für die Umwelt und die Allgemeinheit hat“. Es kommt hier also zunächst auf den Nutzen für die Gesundheit oder Sicherheit des Menschen an. Hierunter werden regelmäßig Maßnahmen zur Bekämpfung von Hochwasser verstanden.¹²⁶ Genannt werden aber auch Aspekte der Wasserversorgung und Bewässerung.¹²⁷ Hier wäre in Bezug auf die zu betrachtenden Vorhaben einzuschätzen, inwieweit diese dem Hochwasserschutz oder anderen in Betracht zu ziehenden Belangen dienen und ob dieser Nutzen größer ist als die Einhaltung des Verschlechterungsverbots. Vor dem Hintergrund, dass die zu betrachtenden Maßnahmen derzeit nicht durch den Hochwasserschutz gerechtfertigt werden, dürfte diese Begründung wohl ausscheiden.

(cc.) *Nutzen für nachhaltige Entwicklung*

Und schließlich lässt sich eine Ausnahme auch mit dem Nutzen „für die nachhaltige Entwicklung“ statt dem Nutzen „für die Gesundheit und Sicherheit des Menschen“ rechtfertigen. Hierbei handelt es sich um einen Auffangtatbestand. Durner stellt fest, dieser umfasste nahezu sämtliche sinnvolle Tätigkeiten.¹²⁸ Dabei soll nach Schmid Nachhaltigkeit, wie ein Vergleich mit der Verwendung des Begriffs in § 28 Abs. 1 Nr. 1 WHG zeige, nicht mit ökologischen Nutzungszwecken gleichzusetzen sein. Das Kriterium stelle „einen nach Art und Intensität unbenannten Relevanzvorbehalt“ dar.¹²⁹ Als Beispiel für nachhaltige Entwicklungstätigkeiten nennt er dementsprechend die in § 28 Abs. 1 Nr. 1 lit. a-f WHG

¹²² So wohl Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 31 Rn. 33.

¹²³ Dafür Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 31 Rn. 45 f.

¹²⁴ Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 31 Rn. 46.

¹²⁵ Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 31 Rn. 33. Relativierend Czuchowski/Reinhardt, WHG, § 31 Rn. 15a.

¹²⁶ Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 31 Rn. 34.

¹²⁷ Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 31 Rn. 48.

¹²⁸ Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 31 Rn. 34.

¹²⁹ Schmidt, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 31 Rn. 50.

genannten und solche, die ähnlichen Zwecken dienten.¹³⁰ Nimmt man dies als Maßstab, könnten die hier zu betrachtenden Maßnahmen als eine nachhaltige Entwicklung betrachtet werden, die der Wasserregulierung (§ 28 Nr. 1 lit. f WHG), der Schifffahrt, einschließlich Hafenanlagen (§ 28 Nr. 1 lit. b WHG) oder der Umwelt insgesamt (§ 28 Nr. 1 lit. a WHG) dienen.

Voraussetzung ist des Weiteren, dass der Nutzen für die nachhaltige Entwicklung größer ist als der Nutzen der Nichtverschlechterung des Gewässers. In der Literatur wird eine Abwägung zwischen dem Nutzen für die Gesundheit und Sicherheit des Menschen oder die nachhaltige Entwicklung einerseits mit den Bewirtschaftungszielen, hier dem Verschlechterungsverbot, andererseits verlangt.¹³¹ Ob das dem Wortlaut des § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WHG vollständig gerecht wird, kann hinterfragt werden. Dieser verlangt einen größeren Nutzen. Dies scheint einen Vergleich von „Kosten und Nutzen“ eines Vorhabens näher zu legen als eine kompensierende Abwägung. Auch die CIS legen einen solchen Vergleich nahe:

„The "water costs" (negative benefits) have to be put in balance with the potential benefits and other costs (increased use of other natural resource, including global impacts) of the new modifications and alterations to human health, to the maintenance of human safety or to sustainable development.“¹³²

Die praktische Relevanz dieses dogmatischen Details dürfte jedoch gering sein, weswegen diese Frage hier nicht abschließend beantwortet werden muss.

Konkret wäre es erforderlich aufzuzeigen, dass der Nutzen der hier zu betrachtenden Maßnahmen als nachhaltige Entwicklungen größer ist als die Nachteile der Verschlechterung. Auch dies erscheint nach Ansicht des Unterzeichners im derzeitigen Planungsstadium nicht als ausgeschlossen.

(c.) § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 WHG

Weiter müssen gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 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“. Dies betrifft die Erforderlichkeit der Maßnahmen.¹³³ Hier geht es um die

¹³⁰ Schmidt, in: Berendes/Frenz/Müggengborg, WHG, § 31 Rn. 54.

¹³¹ Schmidt, in: Berendes/Frenz/Müggengborg, WHG, § 31 Rn. 54.

¹³² European Commission, Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive, Guidance Document No. 20 on Exemptions to the Environmental Objectives (Fn. 107), S. 28.

¹³³ Durner, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG, § 31 Rn. 36.

Frage, ob zur Erreichung des Zwecks des Vorhabens eine technisch durchführbare Alternative, die mit geringeren Umweltauswirkungen einhergeht und mit verhältnismäßigem Aufwand umgesetzt werden kann, zur Verfügung steht.¹³⁴

(d.) § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 WHG

Und schließlich müssen gemäß § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 WHG „alle praktisch geeigneten Maßnahmen ergriffen werden, um die nachteiligen Auswirkungen auf den Gewässerzustand zu verringern“. Dies wird in der Literatur als Minimierungsgebot verstanden, das unter dem Vorbehalt vorhandener oder unschwer zu bewerkstelligender Maßnahmen steht.¹³⁵

(e.) Zusammenfassende Betrachtung § 31 Abs. 2 WHG

Gemäß der Fragestellung der Auftraggeberin wurde hier das Eintreten von Verschlechterung im Sinne des § 27 WHG unterstellt. Damit stellt sich die Frage nach der Zulassung von Ausnahmen von dem Verschlechterungsverbot des § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG. Im Mittelpunkt steht hier § 31 Abs. 2 WHG. Misst man die hier im Fokus stehenden Maßnahmen an diesen Voraussetzungen, so zeigen sich aus der Sicht des Unterzeichners auf der Grundlage des jetzigen Planungsstandes keine Gründe, die es als ausgeschlossen erscheinen lassen, die hier zu betrachtenden Maßnahmen, sollten sie zu einer Verschlechterung im Sinne des § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG führen, im Rahmen einer Ausnahme nach § 31 Abs. 2 WHG zuzulassen. Die Details wären im weiteren Planungsprozess noch zu prüfen.

bb. Natura 2000-Gebiete

Zu den sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne des § 68 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG gehören auch die Anforderungen des Habitatschutzes im Rahmen des FFH-Schutzregimes. Diese stellen ebenfalls zwingende rechtliche Anforderungen für die hier zu betrachtenden Maßnahmen dar.

Die hier zu betrachtenden Vorhaben liegen zum Teil in oder in der unmittelbaren Nähe von Natura 2000-Gebieten. Diese umfassen gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 8 BNatSchG Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung (FFH-Gebiete) (§ 7 Abs. 1 Nr. 6 BNatSchG) und Europäische Vogelschutzgebiete (§ 7 Abs. 1 Nr. 7 BNatSchG).

Für die FFH-Gebiete gilt das Schutzregime des Art. 6 Richtlinie 92/43/EWG (FFH-Richtlinie). Gemäß Art. 7 RL 92/43/EWG gilt Art. 6 Abs. 2 – 4 RL 92/43/EWG auch für die Europäischen Vogelschutzgebiete, sobald diese innerstaatlich wirksam unter Schutz gestellt sind.¹³⁶ Mit Blick auf die hier zu betrachtenden Maßnahmen sind die Regelungen des Art. 6 Abs. 3 und 4 RL 92/43/EWG von besonderer Bedeutung, die in den §§ 34 – 36

¹³⁴ Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 31 Rn. 55.

¹³⁵ Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 31 Rn. 56; Ginzky, in: BeckOK, Umweltrecht, WHG, § 31 Rn. 14.

¹³⁶ Lau, in: Rehbinder/Schink, Kap. 11 Naturschutzrecht, Rn. 69.

BNatSchG in nationales Recht umgesetzt sind, wobei hier § 34 BNatSchG, der die Zulässigkeit von Projekten in Bezug auf Natura 2000-Gebiete regelt, im Mittelpunkt steht.

Vorliegend wird davon ausgegangen, dass keine so genannten faktischen FFH- und Vogelschutzgebiete berührt werden. Sollte sich in der Projektplanung herausstellen, dass solche Gebiete vorliegen, wären die entsprechenden Anforderungen zu berücksichtigen.

Gemäß Art. 6 Abs. 3 RL 92/43/EWG und § 34 BNatSchG sind Projekte vor ihrer Zulassung darauf zu überprüfen, ob sie eine erhebliche Beeinträchtigung der Erhaltungsziele der maßgeblichen Bestandteile des Natura 2000-Gebiets darstellen. Der Begriff des Projektes wird weder im BNatSchG noch in den einschlägigen europäischen Richtlinien definiert. Der Europäische Gerichtshof zieht den Vorhabenbegriff des UVP-Rechts heran.¹³⁷ Vorliegend soll davon ausgegangen werden, dass die hier zu betrachtenden Vorhaben Projekte in diesem Sinne darstellen. Die Prüfung ist nicht auf Vorhaben beschränkt, die innerhalb eines Natura 2000-Gebiets verwirklicht werden sollen. Erfasst werden auch Beeinträchtigungen durch Vorhaben, die, obwohl sie außerhalb eines Schutzgebiets liegen, zu einer Beeinträchtigung desselben führen können.¹³⁸ Da die Verträglichkeitsprüfung von der Eignung eines Vorhabens, das Schutzgebiet zu beeinträchtigen, abhängt, bedarf es davor noch einer Vorprüfung, bei der festzustellen ist, ob eine Gefährdung der Erhaltungsziele objektiv möglich ist.¹³⁹

Ob die hier zu betrachtenden Maßnahmen die Schutzgebiete beeinträchtigen können, ist ein naturschutzfachliche Frage, die im Rahmen dieser Stellungnahme nicht beantwortet werden kann. Für die Zwecke dieser Stellungnahme soll eine entsprechende Beeinträchtigung unterstellt werden. Für diesen Fall ist zu untersuchen, ob eine solche Beeinträchtigung ein absolutes Hindernis für die Verwirklichung eines Vorhabens darstellen würde. Das wäre der Fall, wenn die Vorhaben nicht Gegenstand einer Ausnahme sein könnten. Dies ist im Folgenden zu betrachten.

(1.) Abweichungsprüfung nach § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG

Wird im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung festgestellt, dass das Vorhaben zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen führen kann, sieht § 34 Abs. 2 BNatSchG als Rechtsfolge die Unzulässigkeit des Vorhabens vor. Dieses wäre demgemäß nicht planfeststellungsfähig. Allerdings ermöglicht § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von diesem Verbot.

Gemäß § 34 Abs. 3 BNatSchG darf das Projekt abweichend von § 34 Abs. 2 BNatSchG zugelassen werden, soweit es erstens „aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig

¹³⁷ EuGH, Urteil vom 07. September 2004 – C-127/02 –, juris Rn. 24 ff.; EuGH, Urteil vom 14. Januar 2010 – C-226/08 –, juris Rn. 38 ff.

¹³⁸ Möckel, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 34 Rn. 15.

¹³⁹ BVerwG, Urteil vom 29. September 2011 – 7 C 21/09 –, juris Rn. 40.

ist“ und zweitens „zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind“. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen.

- (a.) *Das Vorliegen zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses (§ 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG)*

(aa.) Abwägung

Es bedarf also der Feststellung, ob die hier zu betrachtenden Vorhaben von zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses getragen sind. Dies erfordert eine Abwägung, in der die „für das Vorhaben streitenden Gemeinwohlbelange auf der Grundlage der Gegebenheiten des Einzelfalls nachvollziehbar bewertet und mit den gegenläufigen Belangen des Habitatschutzes abgewogen“ werden.¹⁴⁰ Es handelt sich, anders als bei der allgemeinen fachplanerischen Gesamtabwägung, die alle von der Planung berührten Aspekte und Interessen einbezieht, um eine „bipolare Abwägung“. Den für das Vorhaben streitenden öffentlichen Interessen sind die entgegenstehenden naturschutzfachlichen Belange gegenüberzustellen. Nur diese beiden Abwägungsgegenstände werden bewertet und gewichtet.¹⁴¹

(bb.) Berücksichtigungsfähige Abweichungsgründe

Eine Ausnahme setzt zunächst das Vorliegen berücksichtigungsfähiger Abweichungsgründe im Sinne § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG voraus.¹⁴² Nach dem Gesetzeswortlaut können dies öffentliche Interessen, „einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“ sein. Der Begriff des öffentlichen Interesses umfasst beispielsweise auch den Umweltschutz, was aus § 34 Abs. 4 BNatSchG abgeleitet wird.¹⁴³ Die öffentlichen Interessen, die die Planrechtfertigung tragen, können auch im Rahmen des § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG geltend gemacht werden. In seiner Entscheidung zur Elbvertiefung stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, bei einem Vorhaben, das den Vorgaben der fachplanerischen Planrechtfertigung entspräche, lägen berücksichtigungsfähige Abweichungsgründe vor.¹⁴⁴ Bei den öffentlichen Interessen muss es sich um wesentliche Zwecke des Vorhabens handeln. Lediglich begleitende Nebenzwecke reichen nicht aus.¹⁴⁵

¹⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 390.

¹⁴¹ BVerwG, Urteil vom 12. Juni 2019 – 9 A 2/18 –, juris Rn. 127.

¹⁴² BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 391.

¹⁴³ Gellermann, in: Landmann/Rohmer UmweltR, BNatSchG, § 34 Rn. 39.

¹⁴⁴ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 391.

¹⁴⁵ Möckel, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 34 Rn. 142; BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2000 – 4 C 2/99 –, juris Rn. 39.

(cc.) Gewichtung der Abweichungsgründe

Im nächsten Schritt verlangt das Bundesverwaltungsgericht eine Gewichtung der für die Abweichung sprechenden Gründe. Dabei macht das Gericht deutlich, dass die Anforderungen an die öffentlichen Interessen im Rahmen des § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG über die Anforderungen bei der Prüfung der Planrechtfertigung oder des fachplanerischen Abwägungsgebots hinausgehen. Die Mitgliedstaaten dürften

„ihre öffentlichen Interessen nicht in einer Weise definieren und bewerten, die praktisch jedem Vorhaben, das das Erfordernis der Planrechtfertigung erfüllt und nach dem Muster der Abwägungsregeln des deutschen Planungsrechts vertretbar ist, von vornherein ein hohes Gewicht beimisst mit der Folge, dass es allenfalls bei schweren Beeinträchtigungen der Schutzziele hinter dem Interesse an der Integrität des FFH-Gebiets zurücktreten müsste. Die Gewichtung des öffentlichen Interesses muss vielmehr den Ausnahmecharakter einer Abweichungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL berücksichtigen.“¹⁴⁶

Deshalb müsse im Einzelnen begründet werden, woraus sich ein erhebliches Gewicht der mit dem Vorhaben verfolgten Ziele ergebe.¹⁴⁷

(dd.) Gewichtung des Integritätsinteresses

Den für die Abweichung sprechenden Interessen ist in der Abwägung das Integritätsinteresse gegenüber zu stellen. Dessen Gewicht hängt vom Ausmaß der Beeinträchtigungen ab.¹⁴⁸ In seiner Entscheidung zur Elbvertiefung verlangt das Bundesverwaltungsgericht eine Beurteilung der Beeinträchtigungen in qualitativer und quantitativer Hinsicht. Entscheidend seien neben dem Ausmaß der Beeinträchtigung, unter anderem die Bedeutung des betroffenen Vorkommens und sein Erhaltungszustand, der Grad der Gefährdung des betroffenen Lebensraumtyps oder der Art und ihre Entwicklungsdynamik.

Grundlage der Bewertung sei die FFH-Verträglichkeitsuntersuchung.¹⁴⁹

(ee.) Prioritäre Lebensraumtypen und Arten

Soweit von einem der Vorhaben prioritäre natürliche Lebensraumtypen oder prioritäre Arten betroffen werden, können gemäß § 34 Abs. 4 S. 1 BNatSchG als zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses dem Grunde nach „nur solche im Zusammenhang mit der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder den maßgeblich günstigen

¹⁴⁶ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 391.

¹⁴⁷ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 391.

¹⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 393.

¹⁴⁹ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 393; noch detaillierter BVerwG, Urteil vom 09. Juli 2009 – 4 C 12/07 –, BVerwGE 134, 166 Rn. 26.

Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt geltend gemacht werden“. Sonstige Gründe können gemäß § 34 Abs. 4 S. 2 BNatSchG geltend gemacht werden, „wenn die zuständige Behörde zuvor über das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit eine Stellungnahme der Kommission eingeholt hat“.

Der Wortlaut scheint zunächst darauf hinzudeuten, dass hier letztlich die gleiche Abwägung zum Tragen kommt wie im Rahmen des § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG lediglich ergänzt durch die Pflicht zur Einholung der Stellungnahme der Kommission. In der Literatur wird aber vertreten, dass hier gleichwohl höhere Anforderungen an das öffentliche Interesse zu stellen sind als im Rahmen des § 34 Abs. 3 BNatSchG.¹⁵⁰ Auch das Bundesverwaltungsgericht hat höhere Anforderungen gestellt. Das FFH-Schutzregime stufe „seine prioritären Elemente als schutzbedürftiger ein als nicht prioritäre“. Daraus folge, „dass „nur eine begrenzte Zahl solcher zwingender Gründe“ unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit geeignet“ erschienen, „eine Beeinträchtigung der prioritären Lebensraumtypen oder Arten zu rechtfertigen“. Gemeinwohlbelange minderen Gewichts schieden von vornherein aus.¹⁵¹ Dementsprechend scheint sich im Rahmen des § 34 Abs. 4 BNatSchG ein höheres Schutzniveau zu ergeben.

(ff.) Maßstab für das Vorliegen zwingender Gründe

Als Maßstab für das Vorliegen zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses allgemein nimmt das Bundesverwaltungsgericht auf die Anforderungen an die Gründe, die eine Enteignung rechtfertigen können, Bezug:

„Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses müssen generell zumindest das strenge Gemeinwohlerfordernis des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG erfüllen“.¹⁵²

Dieser Maßstab scheint damit auch für die Abwägung im Rahmen des § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG zu gelten.¹⁵³ Zum Anforderungsniveau beim Vorliegen prioritärer Arten oder prioritärer Lebensraumtypen führt es dann weiter aus:

„Um das von Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-RL geforderte Niveau zu erreichen“, müssten mit dem Vorhaben darüber hinaus ähnlich gewichtige Gemeinwohlbelange verfolgt werden, wie sie der Richtliniengeber in Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 FFH-RL als Anwendungsbeispiele ausdrücklich benannt hat“.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Frenz in: Frenz/Müggendorf, BNatSchG, § 34 Rn. 145; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 34 Rn. 47 f.; Möckel, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 34 Rn. 158.

¹⁵¹ BVerwG, Urteil vom 23. April 2014 – 9 A 25/12 –, BVerwGE 149, 289 Rn. 73.

¹⁵² BVerwG, Urteil vom 23. April 2014 – 9 A 25/12 –, BVerwGE 149, 289 Rn. 73.

¹⁵³ So auch Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 34 Rn. 41.

¹⁵⁴ BVerwG, Urteil vom 23. April 2014 – 9 A 25/12 –, BVerwGE 149, 289 Rn. 73. Ebenso in BVerwG, Urteil vom 17. Januar 2007 – 9 A 20/05 –, BVerwGE 128, 1 Rn. 129.

Auf den Gewichtungsmaßstab des Gemeinwohlzwecks, der eine Enteignung rechtfertigen kann, nimmt das Bundesverwaltungsgericht nicht durchgängig Bezug, wie die Entscheidung zur Elbvertiefung wiederum zeigt. Ob sich hier ein „Schwanken“ in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zeigt, soll hier dahingestellt bleiben. Wie geschen hat das Bundesverwaltungsgericht auch in der Entscheidung zur Elbvertiefung jedenfalls nicht ausreichen lassen, dass Belange das Vorhaben im Rahmen der Planrechtfertigung oder der fachplanerischen Abwägung tragen können. Das Gewicht des öffentlichen Interesses müsse vielmehr den Ausnahmeharakter einer Abweichungsentscheidung nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL berücksichtigen.¹⁵⁵ In jedem Fall ist also ein gegenüber den „normalen“, die Planfeststellung rechtfertigenden öffentlichen Interessen ein höheres Niveau erforderlich, das noch einmal ansteigt, wenn der Anwendungsbereich des § 34 Abs. 4 BNatSchG beziehungsweise Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2 RL 92/42/EWG (FFH-Richtlinie) betroffen ist.

Im Übrigen dürfte die Bezugnahme auf das Gemeinwohlerfordernis des Art. 14 Abs. 3 GG als Maßstab für die Gewichtung der öffentlichen Interessen im Rahmen der Abwägung der Abweichungsprüfung nicht so zu verstehen sein, dass im konkreten Fall nur solche Interessen die habitatrechtliche Ausnahme rechtfertigen können, die ihrerseits Grundlage für eine Enteignung nach § 71 WHG sein können. Wie noch zu zeigen sein wird (s.u. III.), hängt Letzteres auch von der Frage ab, ob der Gesetzgeber den Gemeinwohlzweck, der die Enteignung rechtfertigt, ausdrücklich benannt hat. Dies ist ein formales Erfordernis, das aus Art. 14 Abs. 3 GG abgeleitet wird. Dahingegen dürfte das Bundesverwaltungsgericht, wenn es auf das Gemeinwohlerfordernis des Art. 14 Abs. 3 GG im Kontext der habitatrechtlichen Abweichungsprüfung Bezug nimmt, eher auf das Gewicht des Belangs Bezug nehmen. Ansonsten ergäbe sich auch die Situation, dass in unterschiedlichen fachlichen Kontexten (z.B. Ausbau von Gewässern, Wasserstraßenbau, Fernstraßenbau etc.) unterschiedliche Interessen eine Abweichung nach § 34 Abs. 3 BNatSchG rechtfertigen könnten.

§ 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG verlangt „zwingende“ Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses. In der Literatur wird bemerkt, ein leichtes Überwiegen reiche nicht aus. Es müsse sich um ein deutliches Überwiegen handeln.¹⁵⁶ Nicht erforderlich sind jedoch „Sachzwänge [...], denen niemand ausweichen kann; § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG und Art. 6 Abs. 4 FFH-RL setzen lediglich ein durch Vernunft und Verantwortungsbewusstsein geleitetes staatliches Handeln voraus“.¹⁵⁷

¹⁵⁵ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 391.

¹⁵⁶ Frenz, in: Frenz/Müggengborg, BNatSchG, 2. Aufl. 2016, § 34 Rn. 134.

¹⁵⁷ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 389; BVerwG, Urteil vom 12. Juni 2019 – 9 A 2/18 –, juris Rn. 124.

(gg.) Anwendung auf die zu beurteilenden Vorhaben

Für die Planfeststellung der hier in Frage stehenden Vorhaben bedeutet dies, dass einerseits die zwingenden öffentlichen Interessen, die mit den Vorhaben verfolgt werden und ihr Gewicht zu ermitteln wären. Selbst wenn prioritäre natürliche Lebensraumtypen oder prioritäre Arten betroffen wären, könnten öffentliche Interessen über die in § 34 Abs. 4 S. 1 BNatSchG genannten – Gesundheit des Menschen, öffentliche Sicherheit, maßgeblich günstige Auswirkungen des Projekts auf die Umwelt – hinaus zum Tragen kommen.

Allerdings erscheint es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die qualifizierten Gründe des § 34 Abs. 4 S. 1 BNatSchG vorliegen. So sollen Maßnahmen des Küstenschutzes oder der Abwehr von Überschwemmungsgefahren der Gesundheit des Menschen dienen.¹⁵⁸ Zum Teil wird auch angenommen, es handele sich hier um den Aspekt der öffentlichen Sicherheit.¹⁵⁹ Soweit die hier zu betrachtenden Vorhaben auch dieses Ziel verfolgen würden, könnte dieser Grund herangezogen werden.

Noch näherliegend ist hier gegebenenfalls die Annahme von maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt. Hier wird zwar eine restriktive Auslegung vertreten. Es sollen nur solche Auswirkungen des Vorhabens einbezogen werden, die sich unmittelbar aus dem Vorhaben ergeben und gerade den von dem Vorhaben betroffenen Lebensraumtypen oder Tier- und Pflanzenarten zugutekommen.¹⁶⁰ Hier wäre gegebenenfalls zu prüfen, welche positiven Effekte für die Umwelt der Anschluss des jeweiligen Gewässers an das Tidegeschehen hätte, einerseits in dem Gebiet selbst, soweit dort positive Effekte auftreten, und andererseits durch die Dämpfung des Tidegeschehens und die Reduktion der Tideasymmetrie.

Auf der anderen Seite muss das Gewicht des Integritätsinteresses der Natura 2000-Gebiete, soweit diese beeinträchtigt werden, bestimmt werden. Besonders wichtig ist auch die Frage, ob prioritäre natürliche Lebensraumtypen oder prioritäre Arten betroffen werden. Hiervon hängt einerseits die Anwendbarkeit der Anforderungen des § 34 Abs. 4 BNatSchG ab. Und auch wenn die Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 S. 2 BNatSchG erfüllt sind, was die Abwägung auch für andere öffentliche Interessen als die in § 34 Abs. 4 S. 1 BNatSchG genannten öffnet, bestehen hier wohl besondere Anforderungen an das Gewicht dieser öffentlichen Interessen.

¹⁵⁸ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 34 Rn. 46; Möckel, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 34 Rn. 156. In der Rechtsprechung erwähnt dies BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2000 – 4 C 2/99 – juris Rn. 37.

¹⁵⁹ Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 30.

¹⁶⁰ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 34 Rn. 46.

(b.) *Zumutbare Alternativen (§ 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG)*

Die Abweichungsprüfung erfordert gemäß § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG weiterhin, dass „zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind“. Hierbei handelt es um ein strikt zu beachtendes Vermeidungsgebot.¹⁶¹ Ein Gestaltungsspielraum kommt der planenden Behörde also nicht zu.¹⁶²

Voraussetzung für das Eingreifen dieses Vermeidungsgebots ist das Vorliegen einer Alternative, mit der sich das Planungsziel an einem, gemessen am Schutzkonzept der FFH-Richtlinie, günstigeren Standort oder mit geringerer Eingriffsintensität erreichen lässt.¹⁶³

Einerseits stellt sich also die Frage der Eingriffsintensität. Der Vorhabenträger muss sich nicht auf eine Alternative verweisen lassen, „bei der sich die naturschutzrechtlichen Schutzvorschriften als ebenso wirksame Zulassungssperre erweisen wie an dem von ihm gewählten Standort“.¹⁶⁴ Die Alternative muss also hinsichtlich der naturschutzrechtlichen Schutzvorschriften einen Vorteil mit sich bringen. Hier ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten, wie feingliedrig die Abstufungen hinsichtlich des Vorteils für das Natura 2000-Schutzkonzept beurteilt werden müssen. Auf eine detaillierte Auseinandersetzung mit diesen Kriterien soll an dieser Stelle noch verzichtet werden. Sollten sich die verschiedenen Varianten im Hinblick auf ihre Eingriffsintensität jedoch unterscheiden, müsste dieser Aspekt überprüft werden.¹⁶⁵

Weitere Voraussetzung des Eingreifens des Vermeidungsgebots ist jedoch, dass es sich bei der Alternative nicht um ein anderes Projekt handelt. Die Planungsziele müssen dementsprechend im Wesentlichen erreicht werden.

„Der Vorhabenträger braucht sich nicht auf eine Alternativlösung verweisen zu lassen, wenn diese auf ein anderes Projekt hinausläuft, weil die vom Vorhabenträger in zulässiger Weise verfolgten Ziele nicht mehr verwirklicht werden könnten (...).“¹⁶⁶

¹⁶¹ BVerwG, Urteil vom 06. November 2013 – 9 A 14/12 –, BVerwGE 148, 373 Rn. 74; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 34 Rn. 36.

¹⁶² BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 410.

¹⁶³ BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 410.

¹⁶⁴ BVerwG, Urteil vom 06. November 2013 – 9 A 14/12 –, BVerwGE 148, 373 Rn. 74.

¹⁶⁵ Vgl. hierzu die „Grobanalyse“ des Bundesverwaltungsgerichts in BVerwG, Urteil vom 06. November 2013 – 9 A 14/12 –, BVerwGE 148, 373 Rn. 75. In diese Richtung auch Ewer, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 34 Rn. 59. Mit Zweifeln an der Richtlinienkonformität dieses Ansatzes Möckel, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 34 Rn. 181; ebenfalls für eine weitergehende Differenzierung Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 34 Rn. 37.

¹⁶⁶ BVerwG, Urteil vom 06. November 2013 – 9 A 14/12 –, BVerwGE 148, 373 Rn. 74.

Dabei ist es nicht ausgeschlossen, dass der Vorhabenträger Abstriche von seinen Planungszielen hinnehmen muss.

„Inwieweit Abstriche von einem Planungsziel hinzunehmen sind, hängt maßgebend von seinem Gewicht und dem Grad seiner Erreichbarkeit im jeweiligen Einzelfall ab (...). Nur gewichtige naturschutzexterne Gründe können es danach rechtfertigen, zulasten des Integrationsinteresses des durch Art. 4 FFH-RL festgelegten kohärenten Systems eine Alternativlösung auszuschließen. Der Vorhabenträger darf von einer ihm technisch an sich möglichen Alternative erst Abstand nehmen, wenn diese ihm unverhältnismäßige Opfer abverlangt oder andere Gemeinwohlbelange erheblich beeinträchtigt; hierzu zählen auch Kostengründe“.¹⁶⁷

Das Maß der Zielabweichung, das der Vorhabenträger unterhalb der Schwelle des Umweltenschlags in ein anderes Projekt, hinzunehmen hat, steht damit in einer Wechselwirkung zu den Belangen, die für die Verwirklichung des bevorzugten eingriffsintensiveren Vorhabens und gegen die Verwirklichung der weniger eingriffsintensiven Alternative sprechen. Die zitierte Entscheidung nennt „unverhältnismäßige Opfer“ des Vorhabenträgers oder die erhebliche Beeinträchtigung anderer Gemeinwohlbelange.¹⁶⁸ Auch die Interessen planbetroffener Dritter kommen in Betracht.¹⁶⁹

Die Voraussetzung des Nichtvorhandenseins einer zumutbaren Alternative ist vorliegend insofern von Bedeutung, als hier drei Vorhaben betrachtet werden, die alle das gleiche primäre Ziel, die Verringerung des Tidenhubs, verfolgen. Zudem beruht die Auswahl dieser drei Vorhaben bereits auf einem Prozess der Ausfilterung weiterer möglicher Vorhaben, die ebenfalls dem hier angestrebten Ziel gedient hätten.

Sollte sich bei der Prüfung der verschiedenen Vorhaben zeigen, dass hier Unterschiede hinsichtlich der Eingriffsintensität bestehen, müsste überlegt werden, ob auch die Varianten, die zu stärkeren Eingriffen führen, anhand der beschriebenen Kriterien zulassungsfähig wären.

(c.) *Befreiungen*

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass Befreiungen nach § 67 Abs. 2 S. 1 BNatSchG aufgrund der Voraussetzungen wohl nicht in Betracht kommen dürften. Damit kann die Frage, ob § 67 Abs. 2 S. 1 BNatSchG im Anwendungsbereich des § 34 BNatSchG überhaupt zum Tragen kommen kann,¹⁷⁰ dahinstehen.

¹⁶⁷ BVerwG, Urteil vom 06. November 2013 – 9 A 14/12 –, BVerwGE 148, 373 Rn. 74.

¹⁶⁸ BVerwG, Urteil vom 06. November 2013 – 9 A 14/12 –, BVerwGE 148, 373 Rn. 74.

¹⁶⁹ BVerwG, Urteil vom 14. Juni 2017 – 4 A 11/16 u.a. –, BVerwGE 159, 121 Rn. 47.

¹⁷⁰ Dazu Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 67 Rn. 20.

(d.) *Kohärenzmaßnahmen gemäß § 34 Abs. 5 BNatSchG*

Schließlich wären bei einer Zulassung eines der Vorhaben nach § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG gemäß § 34 Abs. 5 BNatSchG „die zur Sicherung des Zusammenhangs des Netz „Natura 2000“ notwendigen Maßnahmen vorzusehen“ und nach Maßgabe der Regelung die Kommission zu unterrichten.

(2.) *Zusammenfassung*

Zum jetzigen Zeitpunkt ist die Frage, ob und wie intensiv Natura 2000-Gebiete beeinträchtigt würden, noch nicht absehbar. Das müsste Gegenstand entsprechender Prüfungen in den jeweiligen Verfahren sein. Allerdings zeigt sich, dass auch eine Beeinträchtigung eines Natura 2000-Gebiets nicht gleichsam automatisch zur Unzulässigkeit des Vorhabens führen muss. Insbesondere ist an eine Zulassung gemäß der Mechanismen des § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG denkbar

cc. *Artenschutz*

Bei der Zulassung der hier zu betrachtenden Vorhaben können auch artenschutzrechtliche Bestimmungen eine Rolle spielen. Die Bedeutung des allgemeinen Artenschutzrechts (§§ 39 – 43 BNatSchG) für die Fachplanung wird als eher gering eingeschätzt.¹⁷¹ Auch hier sollen Fragestellungen aus diesem Bereich nicht vertieft werden. Besondere Bedeutung kommt hingegen dem besonderen Artenschutzrecht (§§ 44 – 47 BNatSchG) zu, das sich auf den Schutz der besonders und der streng geschützten Arten bezieht.¹⁷² Betrachtet werden nur die nationalen Regelungen des BNatSchG, die auch der Umsetzung der Vorgaben insbesondere der Vogelschutz- und FFH-Richtlinie dienen. Gegebenenfalls weitergehende europäische oder internationale Anforderungen bleiben an dieser Stelle außer Betracht.

(1.) *Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG*

Ausgangspunkt ist die Prüfung der Zugriffsverbote des § 44 Abs. 1 BNatSchG, namentlich das Tötungsverbot (Nr. 1), das Störungsverbot (Nr. 2), das Beschädigungs- und Zerstörungsverbot (Nr. 3) und das Verbot, bestimmte Pflanzen zu entnehmen oder sie oder ihre Standorte zu zerstören (Nr. 4). Diese Verbote werden durch die Regelung des § 44 Abs. 5 BNatSchG modifiziert, soweit man hier davon ausgeht, dass es sich um „nach § 15 Absatz 1 unvermeidbare Beeinträchtigungen durch Eingriffe in Natur und Landschaft“ handelt. Damit werden Vorhaben privilegiert, die einen zulässigen Eingriff in Natur und Landschaft im Sinne der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung darstellen.

Die Voraussetzungen dieser Zugriffsverbote sollen hier nicht im Einzelnen vertieft werden. Es erscheint jedoch nicht ausgeschlossen, dass die hier zu betrachtenden Vorhaben zumindest einzelne dieser Verbote verletzen könnten. Dies ist im Rahmen des jeweiligen Zulassungsverfahrens zu ermitteln. Vorliegend stellt sich hingegen die Frage, ob eine

¹⁷¹ Siehe Durner, in: Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, § 7 Rn. 69.

¹⁷² Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, vor §§ 37 – 55 Rn. 21.

mögliche Verletzung auch ein absolutes Hindernis für die Verwirklichung der Vorhaben darstellen würde.

(2.) *Ausnahmen gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG*

Allein aus dem Vorliegen eines Zugriffsverbots im Sinne des § 44 Abs. 1 BNatSchG in Verbindung mit § 44 Abs. 5 BNatSchG folgt noch nicht die Unzulässigkeit des Vorhabens. Die Zugriffsverbote stellen keine absoluten Zulassungshindernisse dar. Gemäß § 45 Abs. 7 BNatSchG ist im Einzelfall die Zulassung von Ausnahmen möglich, eine Option, die vorliegend zum Tragen kommen könnte.

(a.) *§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG*

§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG erlaubt eine Ausnahme „im Interesse der Gesundheit des Menschen, der öffentlichen Sicherheit, einschließlich der Verteidigung und des Schutzes der Zivilbevölkerung, oder der maßgeblich günstigen Auswirkungen auf die Umwelt“. Diese Merkmale entsprechen inhaltlich dem § 34 Abs. 4 BNatSchG.¹⁷³ Dementsprechend kann auf die Ausführungen hierzu verwiesen werden (s.o. bb.(1.)(a.)(ee.)).

Im Übrigen folgern Schütte/Gerbig, dass auch die Gründe des § 47 Abs. 7 S. Nr. 4 BNatSchG „zwingend“ sein müssen. Dementsprechend verlangen sie eine „gewisse greifbare Gefährdung für die genannten Schutzgüter“.¹⁷⁴

(b.) *§ 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG*

Besondere Bedeutung dürfte dem Ausnahmegrund des § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 5 BNatSchG zukommen. Hiernach können Ausnahmen aus „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“ zugelassen werden. Der Wortlaut entspricht im Wesentlichen § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG.¹⁷⁵ Hier bedarf es wie bei § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG einer Abwägung zwischen den Zielen des Vorhabens, das die artenschutzrechtliche Ausnahme erfordert, mit den Einbußen, die das Vorhaben für den Artenschutz mit sich bringt.¹⁷⁶

Im Übrigen bestehen Zweifel, ob der Ausnahmetatbestand der „anderen zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“ gemessen an der Vogelschutz-

¹⁷³ Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 29.

¹⁷⁴ Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 31.

¹⁷⁵ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 05. Dezember 2008 – 9 B 28/08 –, juris Rn. 41. Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 45 Rn. 24; Lütkes, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 45 Rn. 45.

¹⁷⁶ Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 34 f.

Richtlinie europarechtskonform ist, was seine Anwendbarkeit im Geltungsbereich der Vogelschutzrichtlinie in Frage stellt.¹⁷⁷

(c.) *Keine zumutbaren Alternativen gemäß § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG*

§ 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG verlangt neben dem Vorliegen eines Ausnahmegrundes, dass keine zumutbaren Alternativen gegeben sind. Auch hier kommen die gleichen Kriterien zum Tragen, die gemäß § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG für Natura 2000-Gebiete gelten.

Ebenso wie bei der Alternativenprüfung des § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG kommt der Zulassungsbehörde hier kein planerisches Ermessen zu.¹⁷⁸ Auch hier handelt es sich also um ein strikt einzuhaltendes Vermeidungsgebot.¹⁷⁹

Bei der Frage, ob sich die Alternative unter naturschutzfachlichen Gesichtspunkten als günstiger darstellt, kommt als Kriterium beispielsweise in Betracht, ob an einem anderen Standort keine besonders oder streng geschützten Arten betroffen sind oder ob eine alternative Ausführung weniger beeinträchtigend ist.¹⁸⁰ Im Übrigen scheint es zwar noch nicht abschließend geklärt, ob die gebietsschutzrechtlichen Anforderungen an die Alternativenprüfung unverändert auch auf die artenschutzrechtlichen Anforderungen übertragbar sind. Schütte/Gerbig, die diese Frage aufwerfen, gehen aber davon aus, dass jedenfalls keine strengeren Anforderungen zu stellen seien.¹⁸¹

(d.) *Keine Verschlechterung des Erhaltungszustands der Population einer Art gemäß § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG*

Als weitere Voraussetzung verlangt § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG schließlich, dass „sich der Erhaltungszustand der Population einer Art nicht“ verschlechtern darf. Dabei ist nicht auf den Erhaltungszustand des unmittelbar betroffenen lokalen Vorkommens abzustellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt es auf eine gebietsbezogene Gesamtbetrachtung an. Dabei seien auch die anderen (Teil-) Populationen der Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet in den Blick zu nehmen. Entscheidend sei, ob die Gesamtheit der Populationen in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet, das über das Plangebiet hinausreicht, als lebensfähiges Element erhalten blieben.¹⁸²

¹⁷⁷ In diese Richtung Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 36; zweifelnd auch BVerwG, Urteil vom 12. März 2008 – 9 A 3/06 –, BVerwGE 130, 299 Rn. 262. Für die Europarechtskonformität der Regelung hingegen Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 45 Rn. 24.

¹⁷⁸ BVerwG, Beschluss vom 13. März 2008 – 9 VR 9/07 –, Rn. 40, juris; Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 38.

¹⁷⁹ Lütkes, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 45 Rn. 48.

¹⁸⁰ Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 40.

¹⁸¹ Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 41.

¹⁸² BVerwG, Urteil vom 06. November 2013 – 9 A 14/12 –, BVerwGE 148, 373 Rn. 130.

(e.) *Weitergehende Anforderungen nach Art. 16 Abs. 3 RL 92/43/EWG (FFH-Richtlinie)*

Schließlich stehen die Anforderungen des § 45 Abs. 7 S. 2 BNatSchG unter dem Vorbehalt weitergehender Anforderungen in Art. 16 Abs. 3 der RL 92/43/EWG. Die Bedeutung dieses Vorbehalts ist nicht vollständig geklärt. Der Wortlaut des Art. 16 Abs. 1 der RL 92/43/EWG stellt die Ausnahme unter die Voraussetzung, „dass die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen“. Damit scheint der günstige Erhaltungszustand eine Grundvoraussetzung für die Erteilung einer Ausnahme zu sein.¹⁸³ Die Regelung ist jedoch wohl durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs einschränkend ausgelegt worden. Das Bundesverwaltungsgericht kommt wiederum in Auslegung der Entscheidung des EuGH – konkret ging es um einen Übersetzungsfehler – zu folgender Aussage:

„(...) Ausnahmen dürfen "ausnahmsweise" (...) dann gewährt werden, wenn sachgemäß nachgewiesen ist, dass sie weder den ungünstigen Erhaltungszustand dieser Populationen weiter verschlechtern noch die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands dieser Populationen behindern“.¹⁸⁴

Inwieweit diese Voraussetzung in einem der hier zu betrachtenden Vorhaben eine Rolle spielt, ist zu klären, wenn die Vorhaben konkret geplant werden und eine artenschutzrechtliche Ausnahme erforderlich sein sollte. Der Untersuchungstiefe dieser Stellungnahme entsprechend sollen die konkreten Anforderungen dieser Regelung hier nicht abschließend betrachtet werden.

(3.) *Befreiungen*

§ 45 Abs. 7 S. 1 BNatSchG wird so verstanden, dass er alle Ausnahmen im öffentlichen Interesse umfasst. Befreiungen von den Verboten des § 44 BNatSchG kommen nach § 67 Abs. 2 S. 1 BNatSchG nur in Betracht, wenn die Durchführung der Vorschriften zu einer unzumutbaren Belastung führen würde.¹⁸⁵ Dies dürfte vorliegend nicht einschlägig sein.

dd. *Naturschutzrechtlicher Gebiets- und Objektschutz*

Durch die hier zu betrachtenden Maßnahmen können auch Gebiete, die auf der Grundlage des Naturschutzrechts geschützt werden, beeinträchtigt werden. Dementsprechend stellt sich auch hier die Frage, wie mit solchen Beeinträchtigungen umzugehen wäre. Das BNatSchG enthält in § 20 Abs. 2 eine Aufzählung von möglichen Schutzgebieten und

¹⁸³ Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 49.

¹⁸⁴ BVerwG, Beschluss vom 17. April 2010 – 9 B 5/10 –, juris Rn. 8; BVerwG, Urteil vom 14. April 2010 – 9 A 5/08 –, BVerwGE 136, 291 Rn. 141. Vgl. dazu ausführlich Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 44 ff.; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 45 Rn. 27 f.; Lau, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 45 Rn. 26.

¹⁸⁵ Schütte/Gerbig, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 45 Rn. 20.

Schutzobjekten. Vorliegend soll – ohne vertiefte Betrachtung – davon ausgegangen werden, dass jedenfalls Naturschutz- und Landschaftsschutzgebiete durch die Vorhaben betroffen sein könnten. Ob weitere Schutzgebiete oder -objekte betroffen sein könnten, wurde nicht geprüft. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die bundesrechtlichen Vorgaben des BNatSchG. Landesrechtliche Ergänzungen wären gegebenenfalls noch zu prüfen.

(1.) *Naturschutzgebiete*

(a.) *Verbote und Ausnahmen*

Von den hier zu betrachtenden Vorhaben können auch Naturschutzgebiete im Sinne des §§ 20 Abs. 2 Nr. 1, 23 BNatSchG betroffen werden. Bei Naturschutzgebieten handelt es sich um die strengste Form des Gebietsschutzes nach dem BNatSchG.¹⁸⁶ Der Schutzcharakter ergibt sich aus § 23 Abs. 2 BNatSchG. Danach sind alle „Handlungen, die zu einer Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung des Naturschutzgebiets oder seiner Bestandteile oder zu einer nachhaltigen Störung führen können, [...] nach Maßgabe näherer Bestimmungen verboten“. Hier wird von einem „absoluten Veränderungsverbot“ gesprochen.¹⁸⁷ In der Literatur wird der Verweis auf die näheren Bestimmung jedoch so verstanden, dass es noch einer Konkretisierung der Verbote in der Schutzgebietserklärung bedarf.¹⁸⁸ Ein „Totalreservat“ komme nur im Ausnahmefall in Betracht.¹⁸⁹

Neben den Verboten kann die Schutzgebietserklärung auch Ausnahmen vorsehen.¹⁹⁰

Eine Zerstörung geht mit der vollständigen oder teilweisen Vernichtung der Gebietssubstanz einher.¹⁹¹ Die Beschädigung bezeichnet Fälle einer demgegenüber weniger schwerwiegenden Substanzbeeinträchtigung oder Qualitätsminderung.¹⁹²

Vorliegend liegt es nahe, dass der Wiederanschluss an das Tidegeschehen die Substanz des jeweiligen Gebiets wenigstens beeinträchtigt. Soweit die hier zu betrachtenden Vorhaben nicht zu einer Zerstörung oder Beeinträchtigung des jeweiligen Naturschutzgebiets führen, sind sie gegebenenfalls als Veränderungen im Sinne des § 23 Abs. 2 S. 1

¹⁸⁶ Hendrischke, in: Schlacke, BNatSchG, § 23 Rn. 1; Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG § 23 Rn. 2.

¹⁸⁷ Hendrischke, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 23 Rn. 27; Appel, in: Frenz/Müggengborg, BNatSchG, § 23 Rn. 1.

¹⁸⁸ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 23 Rn. 20.

¹⁸⁹ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 23 Rn. 21.

¹⁹⁰ Appel, in: Frenz/Müggengborg, BNatSchG, § 23 Rn. 44; Mühlbauer, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, BNatSchG § 23 Rn. 10.

¹⁹¹ OVG Lüneburg, Beschluss vom 15. Dezember 2008 – 4 ME 315/08 –, juris Rn. 10; Albrecht, in: BeckOK, UmweltR, BNatSchG, § 23 Rn. 26.

¹⁹² Albrecht, in: BeckOK, UmweltR, BNatSchG, § 23 Rn. 27; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 23 Rn. 17; Appel, in: Frenz/Müggengborg, BNatSchG, § 23 Rn. 39; OVG Lüneburg, Beschluss vom 15. Dezember 2008 – 4 ME 315/08 –, juris Rn. 10.

BNatSchG zu qualifizieren. Die Veränderung gilt als Auffangtatbestand.¹⁹³ Diese umfassen unter anderem Handlungen, die das Gebiet nach seinem äußereren Erscheinungsbild in einen anderen Zustand überführen.¹⁹⁴ Dabei wird in der Literatur, wenn auch nicht einhellig, vertreten, den Begriff auf Veränderungen zu beschränken, die geeignet sind, Natur und Landschaft zu beeinträchtigen. Insbesondere vom Schutzzweck des Gebiets gedeckte Entwicklungs-, Wiederherstellungs- oder Verbesserungsmaßnahmen sollen demnach keine Veränderung darstellen.¹⁹⁵

Inwieweit die hier zur Diskussion stehenden Maßnahmen den Tatbestand eines Verbots im Sinne des § 23 Abs. 2 BNatSchG erfüllen, kann in dieser Stellungnahme nicht beurteilt werden. Es lässt sich jedoch nicht ausschließen.

Allerdings gilt § 23 Abs. 2 S. 1 BNatSchG nur nach Maßgabe näherer Bestimmungen. Diese können sich einerseits aus den Landes-Naturschutzgesetzen ergeben. Sie können aber auch in Schutzerklärung des Naturschutzgesetzes enthalten sein. So sieht beispielsweise § 3 Abs. 2 Nr. 9 der Landesverordnung über das Naturschutzgebiet „Haseldorfer Binnenelbe mit Elbvorland“ (NSGVO Haseldorfer Binnenelbe) als Schutzzweck vor, dass die „eingedeichten Flächen als Feuchtgebiet, insbesondere auch durch Wiederherstellung des Tideeinflusses, zu entwickeln und zu erhalten“ sind. Zwar nennt § 4 Abs. 1 Nr. 6 der NSGVO Haseldorfer Binnenelbe den Gewässerausbau nach § 31 WHG a.F. als ausdrückliches Beispiel für eine verbotene Handlung. Allerdings sieht § 5 Abs. 1 Nr. 20 NSGVO Haseldorfer Binnenelbe wiederum vor, dass Maßnahmen zur Wiederherstellung des Tideeinflusses von den Verboten des § 4 unberührt bleiben. Somit wäre daran zu denken, dass die in Aussicht genommene Maßnahme in der Haseldorfer Marsch bereits nicht gegen ein Verbot verstößt und insofern nicht mit dem Naturschutzgebiet kollidiert.

Gleiches gilt beispielsweise auch im Bereich der Alten Süderelbe in Bezug auf das Naturschutzgebiet Finkenwerder Süderelbe.¹⁹⁶ § 2 Abs. 1 der Verordnung über das Naturschutzgebiet Finkenwerder Süderelbe (VO NSG Finkenwerder Süderelbe) sieht als Schutzzweck vor, „den alten Teilarm der Elbe als Teil des Ästuars und im Zusammenhang mit den angrenzenden Westerweiden [...] zu erhalten und unter dem Einfluss der Tide und ihrer natürlichen Dynamik zu entwickeln“. § 2 Abs. 2 Nr. 2 VO NSG Finkenwerder Süderelbe nennt als Schutzzweck insbesondere „die Vielgestaltigkeit der Gewässer- und

¹⁹³ OVG Lüneburg, Beschluss vom 15. Dezember 2008 – 4 ME 315/08 –, juris Rn. 10; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 23 Rn. 17; Appel, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 23 Rn. 40.

¹⁹⁴ Hendrischke, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 23 Rn. 33.

¹⁹⁵ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 23 Rn. 17; Albrecht, in: BeckOK UmweltR, BNatSchG, § 23 Rn. 28; Hendrischke, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 23 Rn. 33; Appel, in: Frenz/Müggenborg, BNatSchG, § 23 Rn. 35, 40; anders Mühlbauer, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, BNatSchG § 23 Rn. 11.

¹⁹⁶ Vgl. hierzu und zum Folgenden auch Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 156 ff.

Ufermorphologie mit wechselnden Wassertiefen zu erhalten und zu entwickeln“ und „tidebeeinflusste Süßwasserbiotope [...] zu entwickeln“. Hier ist der Anschluss an das Tidegeschehen somit als ein Schutzzweck des Naturschutzgebiets festgeschrieben. Von den Verboten des § 5 Abs. 1 VO NSG Finkenwerder Süderelbe werden gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 VO NSG Finkenwerder Süderelbe „Maßnahmen des Naturschutzes und der Landschaftspflege, insbesondere solche im Zusammenhang mit der Öffnung der Alten Süderelbe im Einvernehmen mit der für Naturschutz zuständigen Behörde“ soweit ersichtlich für alle relevanten Tatbestände ausgenommen. Auch hier spricht demgemäß einiges dafür, dass die hier zu betrachtende Maßnahme bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen nicht mit dem Schutzzweck des Naturschutzgebiets kollidiert.

(b.) *Befreiung gemäß § 67 BNatSchG*

Soweit ein Vorhaben die Schutzgebietserklärung verletzt, weil gegen ein Verbot verstößen wird und keine entsprechende Ausnahme vorgesehen ist, bleibt nur die Erteilung einer Befreiung nach § 67 BNatSchG. Die Regelung kennt alternativ zwei Voraussetzungen. § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNatSchG verlangt, dass „die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würde und die Abweichung mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege vereinbar ist“. Diese Alternative dürfte für die vorliegend zu betrachtenden Maßnahmen nicht in Betracht kommen.

Gemäß § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG kann eine Befreiung auch erteilt werden, wenn „dies aus Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art, notwendig ist“. Hier bedarf es also zunächst eines öffentlichen Interesses. Das Spektrum der in Betracht kommenden Belange soll hier „recht weit“ sein.¹⁹⁷ Hier dürften, wie bereits im Kontext des § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG, die mit den Vorhaben angestrebten wasserwirtschaftlichen Belange grundsätzlich tragfähig sein.

§ 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG verlangt ebenso wie § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG das Vorliegen von „Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses“, es muss sich jedoch anders als dort nicht um „zwingende“ Gründe handeln. Für die Feststellung des Überwiegens der Gründe bedarf es einer „bipolaren“¹⁹⁸, „gewichtsvergleichenden“¹⁹⁹ Abwägung der geschützten Naturschutzbelange auf der einen und der öffentlichen Interessen auf der anderen Seite.²⁰⁰ Für die hier in Frage stehenden Schutzgebietsverordnungen ist

¹⁹⁷ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 67 Rn. 11; Sauthoff, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 67 Rn. 17.

¹⁹⁸ Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 27. April 2017 – 8 B 10738/17 –, juris Rn. 8.

¹⁹⁹ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 67 Rn. 12.

²⁰⁰ Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 27. April 2017 – 8 B 10738/17 –, juris Rn. 8; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 67 Rn. 12; Lau, in: Frenz/Müggendorf, BNatSchG, § 67, Rn. 5.

dementsprechend erforderlich, dass sich die öffentlichen Interessen gegen die mit den Schutzgebietsverordnungen verfolgten Belangen durchsetzen.²⁰¹

Weiter verlangt § 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BNatSchG, dass die Befreiung zur Erreichung des öffentlichen Interesses „notwendig“ ist. Hierfür soll es wiederum ausreichen, dass die Befreiung „vernünftigerweise geboten ist“. Die Befreiung muss also nicht der einzige Weg zur Erreichung des öffentlichen Interesses sein.²⁰² Es soll darauf ankommen, ob eine Alternativlösung besteht, die keinen unzumutbaren Aufwand erfordert.²⁰³

Die Erfüllung dieser Voraussetzungen, das Vorliegen von Gründen überwiegender öffentlicher Interessen und die Abwesenheit einer Alternativlösung, erscheint wiederum zum jetzigen Zeitpunkt nicht ausgeschlossen.

Zu beachten ist jedoch, dass die Erteilung einer Befreiung begrenzt ist. In der Literatur wird als weitere Voraussetzung für die Erteilung einer Befreiung das Vorliegen einer atypischen Situation im Einzelfall verlangt. Die Atypik ergibt sich daraus, dass der betroffene Fall bei Erlass der Schutzgebietsverordnung nicht vorhergesehen wurde.²⁰⁴ Heugele stellt fest, eine Befreiung komme für Vorhaben in Betracht, die ein Schutzgebiet nur punktuell oder linear berührten.²⁰⁵ Sauthoff bemerkt, die Erteilung einer Befreiung von Veränderungsverboten sei ausgeschlossen, wenn das Vorhaben den Schutzzweck der Gebiete insgesamt in Frage stelle, was eine Teilaufhebung der Schutzgebietsverordnung erfordere.²⁰⁶ Dies sei wiederum nicht der Fall, wenn die Veränderung einen zwar nicht unerheblichen, bezogen auf die gesamte Schutzgebietsfläche jedoch eng begrenzten überschaubaren Bereich betreffe.²⁰⁷ Hier wird im Einzelfall zu überprüfen sein, in welchem Umfang der Anschluss an das Tidegeschehen, die Schutzgebiete und die Schutzzwecke berührt.

(c.) Änderung oder Aufhebung der Schutzgebietsverordnung

Ist nach den hier beschriebenen Kriterien eine Befreiung nicht möglich, besteht schließlich noch die Möglichkeit der Änderung oder Aufhebung der Schutzgebietsverordnung. In der Literatur wird festgestellt, es sei „in erster Linie eine Frage der Abwägung, ob der

²⁰¹ Sauthoff, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 67 Rn. 19.

²⁰² Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 67 Rn. 13; Sauthoff, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 67 Rn. 16, 18; Heugele, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 67 Rn. 10.

²⁰³ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 67 Rn. 13; Heugele, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 67 Rn. 8, 10; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 29. Juli 1999 – 5 S 1603/97 –, juris Rn. 32.

²⁰⁴ BVerwG, Urteil vom 26. März 1998 – 4 A 7/97 –, juris Rn. 26.

²⁰⁵ Heugele, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 67 Rn. 11.

²⁰⁶ Sauthoff, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 67 Rn. 19.

²⁰⁷ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 29. Juli 1999 – 5 S 1603/97 –, juris Rn. 31; Sauthoff, in: Schlacke, GK-BNatSchG, § 67 Rn. 19.

ursprünglich angeordnete Schutz anderen Interessen weichen“ solle.²⁰⁸ Das Bundesverwaltungsgericht führt im Hinblick auf die Aufhebung einer Landschaftsschutzverordnung aus Anlass anderweitiger Nutzungsanforderungen an das Gebiet aus, die Behörde habe „abwägend zu prüfen, ob eine – teilweise – Preisgabe der gesetzlichen Schutzgüter mit den Zielen des BNatSchG und der entsprechenden landesrechtlichen Regelung vereinbar und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sei“.²⁰⁹ Der Bayerische Verfassungsgerichtshof nimmt auf diese Entscheidung Bezug und stellt ebenfalls im Kontext eines Landschaftsschutzgebietes fest, der Verordnungsgeber sei „nicht grundsätzlich daran gehindert, die Grenzen eines Landschaftsschutzgebiets selbst dann enger zu ziehen, wenn die Voraussetzungen für die Unterschutzstellung noch fortbestehen“.²¹⁰ Den Anforderungen an die Aufhebung oder Änderung von Naturschutzgebietsverordnungen soll hier nicht im Detail nachgegangen werden.

(d.) *Zusammenfassung*

Im hier relevanten Zusammenhang lässt sich feststellen, dass die in Frage stehenden Vorhaben nach dem jetzigen Stand der Konkretisierung nicht an Vorgaben scheitern müssen, die sich aus der etwaigen Betroffenheit von Naturschutzgebieten ergeben. So weit die Vorhaben mit den Schutzzwecken nicht vereinbar sind und gegen Verbote verstößen, ist an die Realisierung der Vorhaben auf der Grundlage der Erteilung einer Befreiung oder in Folge einer Änderung oder Aufhebung der Schutzgebietsverordnung zu denken.

(2.) *Landschaftsschutzgebiete*

Im Einflussbereich der hier zu betrachtenden Vorhaben liegen auch mehrere Landschaftsschutzgebiete. Landschaftsschutzgebiete nach §§ 20 Abs. 2 Nr. 4, 26 BNatSchG stellen ebenso wie die Naturschutzgebiete eine Form des Gebietsschutzes dar. Die in § 26 Abs. 2 BNatSchG geregelte Schutzwirkung ist gegenüber den Naturschutzgebieten jedoch insofern abgeschwächt, als gemäß § 26 Abs. 2 BNatSchG „Handlungen verboten [sind], die den Charakter des Gebiets verändern oder dem besonderen Schutzzweck zuwiderlaufen“. Es handelt sich nicht wie beim Naturschutzgebiet um ein absolutes Veränderungsverbot, sondern um ein relatives, das heißt auf den jeweiligen Schutzzweck bezogenes, Verbot.²¹¹ Auch dieses Verbot gilt gemäß § 26 Abs. 2 BNatSchG nach Maßgabe

²⁰⁸ Fischer-Hüftle/Schumacher, BNatSchG, § 22 Rn. 14.

²⁰⁹ BVerwG, Beschluss vom 18.12.1987 – 4 NB 1/87 –, NVwZ 1988, 728, 730.

²¹⁰ Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 13. September 2012 – Vf. 16-VII-11 –, juris Rn. 93.

²¹¹ Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 26 Rn. 15; Hendrischke, in: Schlaake, GK-BNatSchG, § 26 Rn. 21.

näherer Bestimmungen. Die konkreten Schutzanforderungen ergeben sich somit ebenso wie bei den Naturschutzgebieten aus der jeweiligen Schutzerklärung.²¹²

Auch hier wäre im Verfahren zur Zulassung der hier zu betrachtenden Vorhaben zu prüfen, inwieweit diese mit den Schutzanforderungen der jeweiligen Landschaftsschutzgebiete übereinstimmen. Gegebenenfalls ist hier auch an die Erteilung einer Befreiung nach § 67 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu denken. Sollten diese Voraussetzungen nicht vorliegen, besteht als Option zur Realisierung der Maßnahmen auch noch die Möglichkeit der Änderung oder Aufhebung der jeweiligen Landschaftsschutzverordnung.

ee. Weitere naturschutzrechtliche Anforderungen

Weitere naturschutzrechtliche Anforderungen, wie etwa der Schutz gesetzlich geschützter Biotope nach § 30 BNatSchG oder die Eingriffsregelung nach §§ 13 ff. BNatSchG, sind nicht Gegenstand dieser Stellungnahme, wären jedoch im Falle der Verwirklichung der Vorhaben ebenso wie gegebenenfalls andere Anforderungen zu beachten.

4. Abwägungsgebot

a. Allgemeine Anforderungen des Abwägungsgebots

Das Abwägungsgebot stellt eine rechtliche Schranke der Planfeststellung dar. Es wird aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet und gilt dementsprechend auch ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung.²¹³ Dementsprechend findet das Abwägungsgebot auch ohne Regelung im WHG auf die hier zu betrachtende wasserrechtliche Planfeststellung Anwendung.²¹⁴ Die Anforderungen des Abwägungsgebots sind von der Rechtsprechung entwickelt worden. Das Bundesverwaltungsgericht beschreibt die Anforderungen des Abwägungsgebots wie folgt:

„Das Abwägungsgebot verlangt, dass - erstens - eine Abwägung überhaupt stattfindet, dass - zweitens - in die Abwägung an Belangen eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss, und dass - drittens - weder die Bedeutung der öffentlichen und privaten Belange verkannt noch der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen wird, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht.“²¹⁵

²¹² Heugel, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 26 Rn. 11: die Schutzerklärung konstituiert und konkretisiert das Verbot; Appel, in: Frenz/Müggendorf, BNatSchG, § 26 Rn. 22; Gellermann, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, BNatSchG, § 26 Rn. 15.

²¹³ Steinberg/Wickel/Müller, § 3 Rn. 107 mit Nachweisen.

²¹⁴ BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 7 C 15/13 –, juris Rn. 44; BVerwG, Urteil vom 10. Februar 1978 – IV C 25/75 –, BVerwGE 55, 220, juris Rn. 24; Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 27. Oktober 2004 – 12 A 193/01 –, juris Rn. 108; Maus, in: Berendes/Frenz/Müggendorf, WHG, § 68 Rn. 54.

²¹⁵ BVerwG, Urteil vom 14. März 2018 – 4 A 5/17 –, BVerwGE 161, 263-297, Rn. 73.

Gemeinhin wird hier von einer sich in vier Schritten vollziehenden Abwägung ausgegangen werden.

1. die Planfeststellungsbehörde muss eine sachgerechte Abwägung überhaupt durchführen und darf sich nicht irrtümlich für gebunden erachten;
2. alle nach Lage des Falls relevanten Gesichtspunkte sind zu ermitteln und in die Abwägung mit einzubeziehen;
3. die Bedeutung und Gewichtung der betroffenen Belange müssen zutreffend erkannt werden und
4. der Ausgleich zwischen den betroffenen Belangen muss so vorgenommen werden, dass er nicht außer Verhältnis zu ihrer objektiven Gewichtung steht.²¹⁶

Weiter führt das Bundesverwaltungsgericht aus:

„Innerhalb des so gezogenen Rahmens wird das Abwägungsgebot nicht verletzt, wenn sich die zur Planung ermächtigte Stelle in der Kollision zwischen verschiedenen Belangen für die Bevorzugung des einen und damit notwendig für die Zurückstellung eines anderen entscheidet“.²¹⁷

Hieraus folgt, dass die planende Stelle im Rahmen der beschriebenen Grenzen, also insbesondere der Bindung an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, frei ist zu entscheiden, welchen der kollidierenden Belange sie den Vorzug einräumt. Diese Gewichtung der Belange ist ein wesentliches Element der planerischen Gestaltungsfreiheit.²¹⁸ Eine Entscheidung leidet nicht schon deshalb an einem Abwägungsfehler, weil die Gewichtung der Belange auch anders erfolgen können.²¹⁹

In die Abwägung sind die Belange einzustellen, die nach Lage der Dinge von der Planung berührt werden.²²⁰ Die Belange lassen sich also nicht abstrakt bestimmen, sondern sind mit Blick auf den konkreten Einzelfall zu ermitteln.²²¹ Ebenso ist das Gewicht der Belange im konkreten Einzelfall festzustellen. *Wysk* spricht in diesem Zusammenhang von der „prägenden Situationsgebundenheit“, an der sich die Gewichtung des Belangs zu orientieren habe. Hier sollen Faktoren einfließen wie die tatsächliche und rechtliche Situation des Gebiets. Dazu gehören nach *Wysk* einerseits Vorbelastungen, andererseits auch die besondere Qualität eines Gebiets. Eine Rolle kann auch die Frage spielen, ob der Be-

²¹⁶ Steinberg/Wickel/Müller, § 3 Rn. 111 mit weiteren Nachweisen.

²¹⁷ BVerwG, Urteil vom 14. März 2018 – 4 A 5/17 –, BVerwGE 161, 263-297, Rn. 73.

²¹⁸ *Wysk*, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 74 Rn. 114.

²¹⁹ Ziekow, in: Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, § 6 Rn. 24.

²²⁰ *Wysk*, in: Ramsauer/Kopp, VwVfG, § 74 Rn. 104.

²²¹ Steinberg/Wickel/Müller, Fachplanung, § 3 Rn. 139.

troffene von dem Fortbestand der Situation ausgehen durfte oder mit Änderungen rechnen musste.²²² Bei der Gewichtung der Belange können auch verfassungsrechtliche oder gesetzliche Wertungen eine Rolle spielen.

In diesem Zusammenhang ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass als Abwägungsbelange nicht nur Rechtspositionen in Betracht kommen. Auch Belange und Interessen, die nicht den Charakter subjektiver Rechte haben, sind in die Abwägung einzubeziehen.²²³

Im Rahmen der vorliegend vorzunehmenden Überlegungen können noch keine konkreten Aussagen zu einer etwaigen Abwägung getroffen werden. Da der Abwägungsprozess in wesentlichen Teilen noch bevorsteht und noch zu keinem Ergebnis geführt hat, stellt sich vor allem die Frage, ob bereits zum jetzigen Zeitpunkt erkennbar ist, dass die Abwägung nicht zum Ergebnis der Zulässigkeit der zu betrachtenden Vorhaben führen kann.

Im Rahmen der noch ausstehenden Abwägung können die relevanten Belange ermittelt und ihre Bedeutung und Gewicht zutreffend bestimmt werden. Den Anforderungen der beschriebenen zweiten und dritten Stufe des Abwägungsgebots kann also Genüge getan werden.

Die hier vorzunehmende Prüfung konzentriert sich somit auf die vierte Stufe. Ein Verstoß gegen das Abwägungsgebot wäre zum jetzigen Zeitpunkt nur dann erkennbar, wenn absehbar wäre, dass durch die Vorhaben Belange beeinträchtigt werden, deren Zurückstellung in jedem Fall bedeuten würde, dass der geschaffene Ausgleich außer Verhältnis zur objektiven Gewichtung der Belange steht. Hierfür ist das Abwägungsgefüge, soweit es sich zum jetzigen Zeitpunkt bereits abzeichnet, zu betrachten.

b. Gegen die Vorhaben sprechenden Belange

Auch wenn sich die hier zu betrachtenden Vorhaben noch in einer frühen Planungsphase befinden, ist bereits absehbar, dass von den Maßnahmen vielfältige Wirkungen auf öffentliche und private Belange, die durch die Vorhaben nachteilig betroffen sind, ausgehen werden. Diese gegen die Vorhaben sprechenden Belange sind in die Abwägung einzustellen. Es liegt im Wesen der Abwägung begründet, dass die für die Vorhaben sprechenden Belange die gegen das Vorhaben sprechenden Belange überwiegen müssen.

Im Folgenden und in den Abschnitten zu den konkreten Gebieten sollen einige Belange betrachtet und eingeordnet werden, die die Auftraggeberin ausdrücklich angesprochen hat.

²²² Wysk, in: Ramsauer/Kopp, VwVfG, § 74 Rn. 112a.

²²³ Steinberg/Wickel/Müller, Fachplanung, § 3 Rn. 139.

aa. Allgemein: Gewerbliche Interessen

Die gegen die Vorhaben sprechenden Belange stellen sich in vielen Fällen als gewerblich Interessen dar. Auch die Aufgabenstellung dieser Stellungnahme beschreibt verschiedene Betroffenheiten, bei denen die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten behindert oder eingeschränkt wird. Das gilt für die Frage nach der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen (s.u. dd. und B.) und die Betroffenheit von Werften, Häfen und Schifffahrt (s.u. B.).

Dies soll zum Anlass genommen werden, gewerblich Belange in der Abwägung vorab einzuordnen. Das Bundesverwaltungsgericht formuliert zu diesen Belangen im Kontext der planerischen Abwägung:

„Es ist grundsätzlich Aufgabe der Planfeststellungsbehörde, sich in Ausübung der ihr übertragenen planerischen Gestaltungsfreiheit darüber schlüssig zu werden, ob und in welchem Umfang sie zur Verwirklichung eines von ihr für erforderlich gehaltenen planfeststellungsbedürftigen Vorhabens außer in öffentliche Belange auch in Rechte Dritter eingreifen will, und das Gewicht der mit diesen Eingriffen verbundenen Nachteile den mit dem Vorhaben verbundenen Vorteilen selbstständig abwägend gegenüberzustellen. Hierbei muss sie bei Flächeninanspruchnahmen auch die Möglichkeit einer Existenzvernichtung oder -gefährdung vorhandener landwirtschaftlicher oder gewerblicher Betriebe und Unternehmungen in ihre Betrachtung und Abwägung einbeziehen (...). Auch ohne direkte Inanspruchnahme muss sie das Interesse des Gewerbetreibenden an der Erhaltung der unter Umständen mit erheblichen Investitionen ausgenutzten Erwerbsquelle bei der hoheitlichen Planung berücksichtigen.“²²⁴

Dieses Zitat zeigt zunächst deutlich auf, dass solche Belange in die Abwägung einzustellen sind. Das heißt auch, dass sie nicht grundsätzlich ein in der Abwägung nicht zu überwindendes Hindernis darstellen. Das Bundesverwaltungsgericht führt weiter aus:

„Allerdings schützt auch Art. 14 Abs. 1 GG nicht gegen eine Minderung der Wirtschaftlichkeit. Eine Minderung der Rentabilität ist hin zunehmen. Dies gilt selbst dann, wenn die Ursächlichkeit der geminderten Wirtschaftlichkeit durch einen staatlichen Eingriff unzweifelhaft gegeben ist“.²²⁵

²²⁴ BVerwG, Urteil vom 09. Juni 2010 – 9 A 20/08 –, juris Rn. 148.

²²⁵ BVerwG, Urteil vom 09. Juni 2010 – 9 A 20/08 –, juris Rn. 148. Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 23. September 2013 – 3 S 284/11 –, juris Rn. 450, juris, enthält ein Beispiel für eine Anwendung dieser Grundsätze im Rahmen einer wasserrechtlichen Planfeststellung.

Dieses Zitat zeigt, dass gewerbliche Interessen in einer Abwägung nicht unantastbar sind.

bb. Inanspruchnahme Flächen Dritter

Eine der konkreten Fragen der Auftraggeberin betrifft das Vorhandensein einer Enteignungsgrundlage. Zur Beantwortung dieser Frage wird später noch die Problematik der gesetzlichen Grundlage der Bestimmung der enteignungsrechtlichen Vorwirkung in § 71 Abs. 1 WHG diskutiert. Losgelöst von dieser – allerdings zunächst zu lösenden – Problematik (s.u. III.), stellt sich die Frage, ob die Inanspruchnahme von Flächen Dritter durch die Vorhaben gerechtfertigt werden kann.

Als ein Beispiel aus der Rechtsprechung für den Umgang mit dieser Frage kann auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg aus dem Jahr 2013 zum Bau des Rückhalteraums Elzmündung verwiesen werden. Das Gericht hat die Inanspruchnahme von Grundstücksflächen Dritter als Belang in die Abwägung eingestellt.²²⁶ Das liegt auf einer Linie mit der noch zu erörternden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Enteignung (s.u. III.). Auch dort wurde als ein Element der Rechtmäßigkeitssprüfung einer Enteignung eine Abwägung herausgearbeitet. Die Notwendigkeit, für ein Vorhaben Grundstücksflächen Dritter in Anspruch nehmen zu müssen, ist also als ein Belang in die fachplanerische Abwägung einzustellen.

Soweit zur Verwirklichung der Vorhaben auch Grundstücksflächen Dritter in Anspruch genommen werden müssen, ist dieser Umstand somit als Belang in die Abwägung einzustellen. Dabei ist vor allem auch der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums durch Art. 14 GG in der Abwägung zu berücksichtigen. Trotz des grundrechtlichen Schutzes des Eigentums ist dieser Belang aber kein in jedem Fall unüberwindbares Hindernis einer Planfeststellung. So hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in dem zitierten Urteil die planerische Abwägungsentscheidung, Belange des Hochwasserschutzes und des Natur- und Landschaftsschutzes höher zu bewerten als private Interessen „an einer möglichst ungeschmälerten Erhaltung des Besitzstandes bzw. der uneingeschränkten landwirtschaftlichen Nutzung der Grundstücke“, unbeanstandet gelassen.²²⁷

Auch wenn die Einzelheiten dieser Entscheidung nicht auf die hier zu betrachtenden Vorhaben übertragbar sind, zeigt die Entscheidung trotzdem, dass beim Vorliegen eines entsprechenden Abwägungsgefüges auch die Inanspruchnahme Flächen Dritter abwägungsfehlerfrei sein kann. Dementsprechend stellt dieser Belang kein absolutes Hindernis der wasserrechtlichen Planfeststellung dar.

²²⁶ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 23. September 2013 – 3 S 284/11 –, juris Rn. 458 f.

²²⁷ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 23. September 2013 – 3 S 284/11 –, juris Rn. 459.

cc. Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände

Die Auftraggeberin fragt weiterhin nach möglichen Auswirkungen wechselnder Grundwasserstände auf vorhandene Bebauung.

(1.) Einordnung als Abwägungsbelang

Ein Beispiel für den Umgang mit dieser Problematik zeigt die bereits zitierte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg zum Rückhalteraum Elzmündung. In diesem Fall ging es auch um vorhabenbedingt ansteigendes Grundwasser. Hierfür wurden großflächig wirkende Schutzmaßnahmen (grundwasserstandsabhängig gesteuerte Brunnengalerien zur Grundwasserhaltung) sowie objektbezogene Schutzmaßnahmen (lokale Grundwasserhaltungen und der Einbau von „Weißen Wannen“) vorgesehen. Für die vorliegend zu beurteilenden Vorhaben ist vor allem von Bedeutung, dass der Verwaltungsgerichtshof die Frage aufsteigenden Grundwassers und dessen Auswirkungen auf Gebäude im Rahmen der Abwägung behandelt und sich dabei auch mit etwaigen Schutzmaßnahmen auseinandersetzt (s.u. (2.)).²²⁸

Das OVG Lüneburg hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2002 ebenfalls die Frage von Setzungsschäden in Folge einer Grundwasserabsenkung als eine Frage der Abwägung betrachtet.²²⁹ Dieses Urteil bezieht sich zwar auf einen Bebauungsplan. Eine Übertragung des zugrundeliegenden Rechtsgedankens erscheint jedoch möglich.

Die Einstufung als Abwägungsbelang bedeutet einerseits, dass die Auswirkungen wechselnder Grundwasserstände in der Planung im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sind. Das bedeutet zugleich, dass sie in der Abwägung auch hinter andere kollidierende Belange zurückgestellt werden können. Das erfordert die zutreffende Gewichtung der Belange und die Herstellung eines den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügenden Ausgleichs zwischen diesen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Eigentum an Grundstücken und Gebäuden verfassungsrechtlichen Schutz durch das Grundrecht des Art. 14 Abs. 1 GG genießt.

Die Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände stellt somit nach Ansicht des Unterzeichnenden kein absolutes Planungshindernis dar. Wie sie im konkreten Fall zum Tragen kommt und ob sie als Belang in der Abwägung überwindbar ist, hängt von der konkreten Abwägung im Einzelfall ab.

(2.) Ausgleichsmaßnahmen

Allerdings zeigt die Erwähnung von Schutzmaßnahmen, dass die Betroffenen die Einschränkungen nicht in jedem Fall uneingeschränkt hinnehmen müssen. Hierzu enthält

²²⁸ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 23. September 2013 – 3 S 284/11 –, juris Rn. 407 ff.

²²⁹ OVG Lüneburg, Urteil vom 13. November 2002 – 1 K 2883/99 –, juris Rn. 77.

das WHG in § 14 Abs. 3 und 4 Regelungen, auf die in § 70 Abs. 1 WHG auch für die Planfeststellung verwiesen wird. Diese Vorschriften verdrängen in ihrem Anwendungsbereich die allgemeinen Regelungen des § 74 Abs. 2 S. 2 und 3 VwVfG beziehungsweise – soweit anwendbar – entsprechende landesrechtliche Vorschriften.²³⁰ Die Regelungen über nachträgliche Schutzaufgaben (§ 14 Abs. 6 WHG) sollen hier, da die Planung noch bevorsteht, außer Betracht bleiben.

§ 14 Abs. 3 S. 1 WHG setzt zunächst voraus, dass zu erwarten ist, dass eine Gewässerbenutzung – hier entsprechend der Gewässerausbau – auf das Recht eines Dritten nachteilig einwirkt und dieser Einwendungen erhebt. In der Rechtsprechung findet sich eine Entscheidung des Oberlandesgericht Sachsen-Anhalt, das bei einer Grundwasserabsenkung mit der Gefahr eines Schadens am Haus eines Dritten von einer nachteiligen Einwirkung auf das Eigentum des Dritten ausgeht.²³¹ Wird die vorhandene Bebauung von wechselnden Grundwasserständen betroffen, ist das Recht, auf das eingewirkt wird, regelmäßig das Eigentum an Grundstück und Gebäude.

Als Rechtsfolge sieht § 14 Abs. 3 S. 1 WHG vor, dass die Bewilligung – hier entsprechend der Planfeststellungsbeschluss – nur erteilt werden darf, „wenn die nachteiligen Wirkungen durch Inhalts- oder Nebenbestimmungen vermieden oder ausgeglichen werden“. Als Beispiel nennen Czochowski/Reinhardt die Anordnung von Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen bei einer Veränderung des Grundwasserstands durch den Ausbau.²³² Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat auch Bezug genommen auf objektbezogene Maßnahmen.²³³

Sind solche Maßnahmen nicht möglich, ist die Planfeststellung des Gewässerausbaus nicht ausgeschlossen. Für diesen Fall sieht § 14 Abs. 3 S. 2 WHG vor, dass die Bewilligung – hier entsprechend der Planfeststellungsbeschluss – erteilt werden darf, wenn Gründe des Wohls der Allgemeinheit dies erfordern. Gemäß § 14 Abs. 3 S. 3 WHG ist der Betroffene dann zu entschädigen. Bezuglich der Gemeinwohlbindung werden Parallelen zur Regelung der Enteignung in Art. 14 Abs. 3 GG gezogen, was auf das Gewicht des erforderlichen Gemeinwohlbelangs hinweisen könnte.²³⁴

²³⁰ Riese, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, WHG § 70 Rn. 14. So ausdrücklich im Übrigen § 84 Abs. 2 WG SH.

²³¹ Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 18. April 2002 – 4 U 12/02 –, juris Rn. 46. Guckelberger, in: Giesberts/Reinhardt, BeckOK, Umweltrecht, WHG § 14 Rn. 14.1.

²³² Czochowski/Reinhardt, WHG, § 70 Rn. 23.

²³³ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 23. September 2013 – 3 S 284/11 –, juris Rn. 407 ff.

²³⁴ Schmid in: Berendes/Frenz/Müggendorf, WHG, § 14 Rn. 53.

§ 84 Abs. 2 S. 2 WG SH erweitert die Regelung des § 14 Abs. 3 S. 2 WHG dahingehend, dass sie nicht nur eingreift, wenn es nicht möglich ist, nachteilige Wirkungen durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen zu vermeiden oder auszugleichen, sondern auch dann, wenn Ausgleichsmaßnahmen wirtschaftlich nicht vertretbar sind.²³⁵

Eine weitergehende Regelung enthält § 48 Abs. 4 WG HH. Danach darf der Plan neben der Erforderlichkeit aus Gründen des Allgemeinwohls auch dann festgestellt werden, „wenn der von dem Ausbau zu erwartende Nutzen den für den Betroffenen zu erwartenden Nachteil erheblich übersteigt“. Auf diese Regelung soll hier jedoch nicht weiter eingegangen werden, da in Folge der Föderalismusreform zumindest unsicher ist, ob sie noch anwendbar ist. In einer Antwort auf eine Kleine Schriftliche Anfrage stellte der Senat 2010 fest, dass nach damaligem Kenntnisstand § 48 WG HH keine Anwendung mehr finde.²³⁶ Hiervon soll im Folgenden ausgegangen werden. Ob diese Aussage noch gültig ist, wäre gegebenenfalls näher zu prüfen.

Ergänzend kann darauf hingewiesen werden, dass gemäß § 14 Abs. 5 WHG, auf den der § 70 Abs. 1 WHG ebenfalls verweist, die Entscheidung über festzusetzende Inhalts- oder Nebenbestimmungen und Entschädigungen einem späteren Verfahren vorzubehalten ist, wenn sich zur Zeit der Entscheidung nicht feststellen lässt, ob und in welchem Maße nachteilige Wirkungen eintreten werden. Voraussetzung sind auch hier Einwendungen des Betroffenen.

dd. Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen

Eine der konkreten Fragen der Auftraggeberin zielt auf die Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen. Ein Beispiel ist die Frostschutzberegnung der Obstbäume im räumlichen Einzugsbereich des Vorhabens der Alten Süderelbe. Die Bedeutung dieser landwirtschaftlichen Nutzung wird vom Hamburgischen Oberverwaltungsgericht in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2016 zum Planfeststellungbeschluss für die wasserwirtschaftliche Neuordnung der Alten Süderelbe vom 28. Oktober 2004 beschrieben. In dieser Entscheidung diente die Absicht, eine ausreichende Wassermenge für die Frostschutzberegnung der Obstbaumkulturen sicherzustellen, neben naturschutzfachlichen Vorteilen, als Planrechtfertigung.²³⁷

Ein Beispiel für die Auseinandersetzung mit Belangen der Landwirtschaft in der Planfeststellung bietet eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2010. Dort ging es um die enteignungsrechtliche Vorwirkung eines straßenrechtlichen Planfeststellungsbeschlusses. Da die Enteignung ein starker Eingriff ist, dürften die Ausführungen auch auf sonstige Eingriffe in landwirtschaftliche Betriebe übertragbar sein.

²³⁵ Dirnberger et. al, in: Beck-Kommunalpraxis Schleswig-Holstein, LWG, § 84

²³⁶ Bürgerschaftsdrucksache 19/5790, S. 2.

²³⁷ Vgl. hierzu Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 150 f.

Zunächst ist im hier vorliegenden Zusammenhang wieder von Bedeutung, dass das Bundesverwaltungsgericht die Existenzgefährdung oder Vernichtung des landwirtschaftlichen Betriebs in der Abwägung prüft:

„Macht ein von der enteignungsrechtlichen Vorwirkung eines straßenrechtlichen Planfeststellungsbeschlusses (§ 19 Abs. 1 und 2 FStrG) Betroffener geltend, durch das Vorhaben werde sein landwirtschaftlicher Betrieb in seiner Existenz gefährdet oder gar vernichtet, gehört dieser Einwand zu den Belangen, mit denen sich die Planfeststellungsbehörde im Rahmen der Abwägung der von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange (§ 17 Satz 2 FStrG) grundsätzlich auseinander setzen muss.“²³⁸

Sogar die Möglichkeit der Existenzgefährdung oder Vernichtung eines landwirtschaftlichen Betriebs wird in dem Abwägungsgefüge zu anderen Belangen ins Verhältnis gesetzt und bildet nicht ein per se unüberwindbares Planungshindernis. Dabei räumt das Bundesverwaltungsgericht aber durchaus ein, dass die Existenzgefährdung oder -vernichtung in dem Abwägungsgefüge so großes Gewicht entfalten können, dass sie das Abwägungsergebnis bestimmen. Für diesen Fall erwägt das Bundesverwaltungsgericht die Bereitstellung von Ersatzland als Ausgleichsmaßnahme.

„Ist die Frage der Existenzgefährdung oder -vernichtung für das Abwägungsergebnis der konkreten Planung ausschlaggebend, muss sich die Planfeststellungsbehörde Klarheit darüber verschaffen, ob geeignetes Ersatzland zur Verfügung steht, um die Gefährdung oder Vernichtung des Betriebs zu vermeiden.“²³⁹

Allerdings sieht das Gericht auch die Möglichkeit, die für das Vorhaben streitenden Belange könnten so gewichtig sein, dass das Vorhaben „auch um den Preis einer Existenzgefährdung oder Existenzvernichtung des betroffenen landwirtschaftlichen Betriebs verwirklicht werden“ solle.²⁴⁰

Ein Beispiel im Zusammenhang mit einer wasserrechtlichen Planfeststellung bietet die bereits zitierte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg zum Rückhalteraum Elzmündung. Auch dort hat der Verwaltungsgerichtshof die Belange der Landwirtschaft im Rahmen der Abwägung geprüft und kam zu dem Ergebnis, dass eine Zurückstellung des Belangs „landwirtschaftliche Nutzung“ mit Blick auf den Hochwasserschutz abwägungsfehlerfrei sei.²⁴¹ Hierbei wurde auch berücksichtigt, dass der Vorha-

²³⁸ BVerwG, Urteil vom 14. April 2010 – 9 A 13/08 –, juris Rn. 26.

²³⁹ BVerwG, Urteil vom 14. April 2010 – 9 A 13/08 –, juris Rn. 26.

²⁴⁰ BVerwG, Urteil vom 14. April 2010 – 9 A 13/08 –, juris Rn. 26.

²⁴¹ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 23. September 2013 – 3 S 284/11 –, juris Rn. 444 ff.

benträger sich zum Ersatz von Ertragseinbußen oder zur Übernahme nicht mehr wirtschaftlich nutzbarer Grundstücke verpflichtet hatte. Bestimmte Beeinträchtigungen waren gemäß der gesetzlichen Regelungen zu entschädigen. Die Ausführungen des Gerichts machen das Abwägungsgefüge anschaulich:

„Die Planfeststellungsbehörde verschließt sich nicht der Erkenntnis, dass sich bei der Umsetzung des planfestgestellten Vorhabens gewisse Beeinträchtigungen der Landwirtschaft zurückbleiben und sich ohne Schaffung neuer Probleme und unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht vermeiden lassen. Sie geht jedoch davon aus, dass die Inanspruchnahme landwirtschaftlicher Flächen durch das Vorhaben keine Auswirkungen auf die Agrarstruktur im betroffenen Gebiet habe. In Anbetracht des Umfangs der flächenmäßigen Betroffenheit landwirtschaftlicher Flächen und des vom Vorhabenträger vorgesehenen umfangreichen Beweissicherungsreglements sowie der von ihm zugesicherten Entschädigung für durch das Vorhaben hervorgerufene landwirtschaftliche Schadenssituationen ist diese Annahme nicht zu beanstanden. (...) Soweit allgemein die landwirtschaftliche Nutzung im planfestgestellten Rückhalteraum Elzmündung und in Auswirkung dessen Einschränkungen erfährt, ist eine Zurückstellung dieses Belangs mit Blick auf den Hochwasserschutz als ein Gemeinwohlbelang von überragender Bedeutung abwägungsfehlerfrei.“²⁴²

Anzumerken ist zu der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg noch, dass die Planfeststellungsbehörde im konkreten Fall den Belang der Landwirtschaft nicht nur mit Blick auf die Betroffenheit konkreter Betriebe geprüft hat. Vielmehr wurde angenommen, dass die Aufrechterhaltung einer nachhaltigen Landwirtschaft auch allgemein ein wichtiges Ziel sein.²⁴³ Damit werden Interessen der Landwirtschaft auch zu öffentlichen Belangen.²⁴⁴ Hieraus lässt sich ableiten, dass auch die Sicherung der Agrarstruktur in einem Gebiet ein abwägungserheblicher Belang ist.

Insgesamt zeigt sich auch hier, wie schon bei dem oben behandelten Belang der Gefährdung von Gebäuden durch wechselnde Grundwasserstände, dass die Landwirtschaft allgemein und die hier im Vordergrund stehenden Aspekte der Be- und Entwässerung im Besonderen im Rahmen der fachplanerischen Abwägung zu berücksichtigen sind. Dabei stellen sie, selbst bei einer Existenzgefährdung oder -vernichtung keinen in jedem Fall unüberwindbaren Belang dar. Der Umfang der hinzunehmenden Beeinträchtigungen

²⁴² Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 23. September 2013 – 3 S 284/11 –, juris Rn. 448.

²⁴³ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 23. September 2013 – 3 S 284/11 –, juris Rn. 445.

²⁴⁴ So auch OVG Lüneburg, Urteil vom 22. April 2016 – 7 KS 35/12 –, juris Rn. 373.

hängt einerseits vom konkreten Gewicht der landwirtschaftlichen Nutzungen und andererseits vom Gewicht der für die Vorhaben streitenden Belange ab.

In jedem Fall kommt auch hier über die Verweisung des § 70 Abs. 1 WHG wieder § 14 Abs. 3 WHG zum Tragen. Bei den möglicherweise betroffenen Rechtspositionen könnte unter bestimmten Voraussetzungen, die im Einzelnen zu überprüfen wären, neben dem Eigentum an den Flächen nach Auffassung in der Literatur auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb in Betracht kommen.²⁴⁵ Im Übrigen kann auf die bereits gemachten Ausführungen verwiesen werden (s.o. cc.(2.)). Im Ergebnis bedeutet dies, dass gemäß der Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 S. 1 WHG Vermeidungs- oder Ausgleichsmaßnahmen vorzusehen wären. Unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 S. 2 WHG kommen überdies Entschädigungsansprüche nach § 14 Abs. 3 S. 3 WHG in Betracht. Auf die hierzu gemachten Ausführungen wird wiederum verwiesen (s.o. cc. (2.)).

ee. Freizeitaktivitäten

Die Auftraggeberin fragt weiter nach der Berücksichtigung von Aktivitäten wie Angeln, Freizeitnutzungen, Pferde tränken etc. Diese Aktivitäten sollen hier unter dem Stichwort Freizeitaktivitäten zusammengefasst werden. Zu diesem Bereich gehören auch noch weitere Aktivitäten, die durch die Vorhaben beeinträchtigt werden können. Zu denken ist beispielsweise an Wassersport.

Auch für diese Belange liegt eine Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung nahe. In diesem Zusammenhang kann vergleichend auf § 1 Abs. 6 Nr. 3 BauGB verwiesen werden, der die Belange von Sport, Freizeit und Erholung ausdrücklich als bei der Aufstellung von Bauleitplänen zu berücksichtigende Belange benennt.²⁴⁶ Es sind keine Gründe ersichtlich, diesen Belangen im Rahmen der Planfeststellung die Berücksichtigungsfähigkeit abzusprechen. Dabei handelt es sich bei diesen Belangen um öffentliche Belange.²⁴⁷

Sie können sich aber auch als private Interessen darstellen, wenn beispielsweise die Belange des Sports auch zum Zweck eines Vereins gehören.²⁴⁸ Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof stellt in einer Entscheidung auf die Bedeutung des Freizeitsports für die Volksgesundheit und der Anerkennung des Ehrenamtes ab. Im konkreten Fall wurde der Fußballplatz eines Sportvereins durch die planfestgestellte Straße durchschnitten. Der Gerichtshof stellte fest, im Hinblick auf die Bedeutung des verkehrlichen Bedarfs stehe

²⁴⁵ Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG § 14 Rn. 37 ff.

²⁴⁶ Söfker/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 136. EL Oktober 2019, § 1 Rn. 127.

²⁴⁷ Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 02. Februar 2016 – 2 K 7/14 –, Rn. 117, juris:

²⁴⁸ Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Urteil vom 02. Februar 2016 – 2 K 7/14 –, Rn. 117 f.

die Bevorzugung der Verkehrsbelange gegenüber den Interessen des Sportvereins an seinem weiteren Bestand nicht objektiv außer Verhältnis.²⁴⁹

Diese Entscheidung zeigt, dass die Belange des Sports – und nichts anderes dürfte nach Einschätzung des Unterzeichnenden für die Belange von Freizeit und Erholung gelten – in der Abwägung kein so großes Gewicht ausüben, dass sie durch andere Belange grundsätzlich nicht überwindbar wären.

Weiter kann darauf hingewiesen werden, dass viele dieser Freizeitnutzungen zum Gemeingebräuch im Sinne des § 25 WHG in Verbindung mit den jeweiligen Landeswassergesetzen gehören. So wird in der Literatur etwa Viehtränken als Beispiel des Gemeingebräuchs benannt.²⁵⁰ Das gleiche dürfte für Pferdetränken gelten. Eine typische Freizeitaktivität wären Baden und Schwimmen, die ebenfalls als Beispiele des Gemeingebräuchs genannt werden.²⁵¹ Gleiches gilt für das Befahren mit kleinen Fahrzeugen ohne eigene Antriebskraft.²⁵² Wie das Bundesverwaltungsgericht in der Entscheidung zu der Gemeindeklage gegen die Fahrrinnenanpassung in der Unter- und Außenelbe ausgeführt hat, kann der

„wasserrechtliche Gemeingebräuch (...) nur entsprechend des natürlichen Zustands oder innerhalb des jeweiligen Ausbauzustands des Gewässers ausgeübt werden (...); der Benutzungsumfang folgt regelmäßig den Änderungen des Gewässers und nicht umgekehrt. Der Gemeingebräuch vermittelt deshalb auch keinen Anspruch darauf, den natürlichen Zustand oder Ausbauzustand eines Gewässers unverändert beizubehalten“.²⁵³

Im Ergebnis stellen nach Einschätzung des Unterzeichnenden auch diese Belange für die hier zu betrachtenden Vorhaben keine absoluten Hindernisse dar.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang § 14 Abs. 4 WHG der gemäß § 70 Abs. 1 WHG Anwendung findet. Dieser weitet die Geltung des § 14 Abs. 3 S. 1 und 2 WHG auf solche Fälle aus, in denen ein Dritter ohne Beeinträchtigung eines Rechts nachteilige Wirkungen zu erwarten hat. Das heißt, auch hier dürfte die Planfeststellung, die Einwendung eines Dritten vorausgesetzt, nur erteilt werden, wenn die nachteilige Wirkung durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen vermieden oder ausgeglichen wird (§ 14 Abs. 3 S. 1 WHG). Soweit dies nicht möglich ist, dürfte die Planfeststellung nur erteilt werden, wenn Gründe des Gemeinwohls dies erfordern (§ 14 Abs. 3 S. 2 WHG) (s.o. cc.(2.)). Von dem

²⁴⁹ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 24. Juli 2014 – 8 A 13.40002 –, Rn. 38, juris.

²⁵⁰ Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG § 25 Rn. 28.

²⁵¹ BVerwG, Urteil vom 28. November 2017 – 7 A 17/12 –, BVerwGE 161, 17 Rn. 79; Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG § 25 Rn. 32.

²⁵² Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG § 25 Rn. 36.

²⁵³ BVerwG, Urteil vom 28. November 2017 – 7 A 17/12 –, BVerwGE 161, 17 Rn. 79.

Verweis nicht umfasst ist hingegen die Entschädigungsklausel des § 14 Abs. 3 S. 3 WHG.²⁵⁴

§ 84 Abs. 2 S. 2 LWG SH erweitert den § 14 Abs. 3 S. 2 WHG auf Fälle, in denen Ausgleichsmaßnahmen wirtschaftlich nicht vertretbar sind (s.o. cc.(2.)).

Der Kreis der Begünstigten der Vorschrift ist nicht ganz klar. *Schmid* spricht von faktisch Betroffenen, die nicht auf ein Recht verweisen könnten, und zählt dazu auch die den Gemein- oder Anliegergebrauch wahrnehmenden Gewässerbenutzer.²⁵⁵ *Kotulla* spricht von Belangen, die lediglich auf einer tatsächlichen Beziehung zum Gewässer oder einer Rechtsposition, die kein Recht im Sinne des § 14 Abs. 3 S. 1 WHG vermittelt, beruhen.²⁵⁶ *Guckelberger* nimmt demgegenüber – im Vergleich scheinbar enger – auf ein subjektiv öffentliches Recht aus dem wasserrechtlichen Gebot der Rücksichtnahme Bezug. Das bestehe wenn, ein Dritter individualisiert und qualifiziert betroffen sei. Dies sei der Fall, „wenn der Dritte zu einem von der Allgemeinheit abgrenzbaren Personenkreis zählt und seine Belange durch die Gewässerbenutzung, für die die Gestattung begehrt wird, in gravierender Weise betroffen werden“.²⁵⁷ Inwieweit hier ein Widerspruch besteht, soll an dieser Stelle offen bleiben.

§ 14 Abs. 4 WHG setzt voraus, dass eine der vier in § 14 Abs. 1 S. 1 WHG aufgezählten Beeinträchtigungen erfüllt ist. In Betracht kommen vorliegend wohl die Veränderung des Wasserabflusses, des Wasserstands oder der Wasserbeschaffenheit (§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WHG) oder die Beeinträchtigung der bisherigen Nutzung des Grundstücks des Dritten (§ 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WHG).

Gemäß § 14 Abs. 4 S. 2 WHG bleiben jedoch geringfügige und solche nachteilige Wirkungen, die vermieden worden wären, wenn der Betroffene die ihm obliegende Gewässerunterhaltung ordnungsgemäß durchgeführt hätte, außer Betracht. Bei den hier diskutierten Fallgruppen wäre insbesondere zu erwägen, ob die Beeinträchtigung nicht als geringfügig zu betrachten ist.

Von besonderer Bedeutung dürfte § 14 Abs. 4 S. 3 WHG sein. Danach darf der Planfeststellungsbeschluss auch dann erlassen werden, wenn der aus der beabsichtigten Gewässerbenutzung – hier entsprechend: Gewässerausbau – zu erwartende Nutzen den für den Betroffenen zu erwartenden Nachteil erheblich übersteigt. Die Vorschrift ist wohl als Erweiterung des § 14 Abs. 3 S. 2 WHG zu verstehen.²⁵⁸ Der Planfeststellungsbeschluss kann also bei Unmöglichkeit einer Vermeidungs- oder Ausgleichsmaßnahme nicht nur

²⁵⁴ So die Gesetzesbegründung Bundestags-Drucksache 16/12275, S. 56.

²⁵⁵ Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 14 Rn. 58.

²⁵⁶ Kotulla, WHG, § 14 Rn. 26.

²⁵⁷ Guckelberger, in: BeckOK UmweltR, WHG, § 14 Rn. 19.

²⁵⁸ Kotulla, WHG, § 14 Rn. 34; Guckelberger, in: BeckOK UmweltR, WHG, § 14 Rn. 26.

erlassen werden, wenn Gründe des Gemeinwohls dies erfordern, sondern auch wenn die beschriebene Abwägung zugunsten des Ausbauvorhabens ausgeht.

ff. Ästhetische Belange und „gefühlte“ Auswirkungen

Die Auftraggeberin fragt nach der generellen Relevanz ästhetischer oder „gefühlter“ Auswirkungen. Zunächst soll davon ausgegangen werden, dass auch solche Interessen grundsätzlich als Belange in der Abwägung berücksichtigungsfähig sind. Allerdings gilt allgemein, dass Belange nur dann zu berücksichtigen sind, wenn sie schutzwürdig sind. Die Schutzwürdigkeit wird unter anderem verneint, wenn ein privater Belang völlig geringfügig ist.²⁵⁹ Dementsprechend wird auch bei ästhetischen oder „gefühlten“ Beeinträchtigungen die Frage zu stellen sein, ob ihr Gewicht über die Geringfügigkeit hinaus geht.

In der Rechtsprechung findet sich zum dem Schutz einer freien Aussicht in der Planung folgende Stellungnahme des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2018:

„Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der sich der Normenkontrollsenat anschließt, ist grundsätzlich weder das Interesse eines Grundstückseigentümers an der Erhaltung einer von seinem Grundstück aus gegebenen freien Aussicht abwägungsrelevant noch sein Interesse daran, eine Ortsrandlage zu bewahren. Der Umstand allein, dass ein bisher unbebautes Grundstück künftig bebaut werden darf, macht das Interesse des Nachbarn an der Erhaltung des bisherigen Zustandes noch nicht zu einem abwägungserheblichen Belang. Wann die Schwelle zur Abwägungserheblichkeit überschritten wird und wann deshalb auch eine Verletzung des Abwägungsgebots zu Lasten des Nachbarn möglich ist, ist eine Frage des jeweiligen Einzelfalls. Wann demnach ein privater Belang der Erhaltung einer besonderen Aussichts- und Ortsrandlage so stark betroffen ist, dass er im Rahmen der Abwägung von der Gemeinde besonders beachtet werden muss, lässt sich nicht allgemeinverbindlich festlegen“.²⁶⁰

Aus dieser Entscheidung lässt sich der Schluss ziehen, dass Belange wie eine unverbaute Aussicht nicht in jedem Fall für die Abwägung unbeachtlich sein müssen. Es stellt sich vielmehr im konkreten Fall jeweils die Frage, welches Gewicht dem Belang zukommt.

Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 1995, der Unterbrechung einer Aussicht auf eine unbebaute Landschaft durch Gewerbegebäuden in

²⁵⁹ Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG § 74 Rn. 61.

²⁶⁰ Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 15. Mai 2018 – 1 C 13/17 –, juris Rn. 34; siehe auch BVerwG, Beschluss vom 22. August 2000 – 4 BN 38/00 –, juris Rn. 10.

300 m Entfernung, das Gewicht abgesprochen, um in der Abwägung berücksichtigt zu werden.²⁶¹ Aber auch an dieser Entscheidung zeigt sich, dass letztlich das Gewicht des Interesses darüber entscheidet, ob der Belang in die Abwägung eingestellt werden muss.

Damit scheint auch die Einordnung der Relevanz ästhetischer oder „gefühlter“ Auswirkungen vorgezeichnet. In vielen Fällen werden diese unterhalb der Schwelle der Abwägungsbedeutlichkeit bleiben. Es kann aber auch Konstellationen geben, in denen diese Schwelle überschritten wird. Abhängig von der Erscheinungsform mag dies auch bei einem senkrechten Hochwasserschutzbauwerk der Fall sein.

Inwiefern sie einen Ausgleichsanspruch auslösen können, entscheidet sich wiederum nach § 14 Abs. 3 und 4 WHG.

c. *Abwägungsgefüge*

An dieser Stelle kann noch kein abschließendes Bild des Abwägungsgefüges und aller von den jeweiligen Vorhaben betroffenen, für und gegen die Maßnahmen sprechenden Belange gezeichnet werden. Hierfür bedarf es einer konkreten Planung der Vorhaben. Auch lassen sich aus juristischer Sicht kaum abschließende Aussagen über das Ergebnis einer Abwägung treffen. Hier greift der planerische Gestaltungsspielraum der planenden Stelle ein. Der Ausgleich zwischen den verschiedenen Belangen ist in der Regel nicht auf eine mögliche Lösung reduziert.

Unabhängig davon sollen an dieser Stelle bereits Überlegungen angestellt werden, ob die jeweils für die Vorhaben streitenden Belange in der Lage sind, die mit den Vorhaben einhergehenden Nachteile, das heißt die negativ betroffenen Belange, aufzuwiegen. Im Rahmen dieser Stellungnahme soll es dabei zunächst nur um die äußersten Grenzen der Abwägung gehen, die Frage also, ob zum jetzigen Zeitpunkt bereits absehbar ist, dass die für das Vorhaben streitenden Belange, die gegen das Vorhaben sprechenden Belange nicht überwiegen können. Das wäre dann der Fall, wenn bereits zum jetzigen Zeitpunkt erkennbar wäre, dass das Gewicht der für das Vorhaben sprechenden Belange so gering ist, dass sie entgegenstehende Belange nicht überwinden können. Umgekehrt wäre das Ergebnis der Abwägung auch dann determiniert, wenn sich gegen die Vorhaben sprechende Belange zeigen würden, die schlechterdings nicht überwindbar sind.

Für beides bestehen zum jetzigen Zeitpunkt keine Anhaltspunkte. Die Vorhaben werden zunächst von zwei Kernüberlegungen getragen, die auch bereits die Planrechtfertigung begründen (s.o. 1.). Der Anschluss der hier betrachteten Gewässer und Gebiete an das Tidegeschehen bewirkt zweierlei. Erstens soll dadurch die Tidedynamik gedämpft und damit der stromaufwärts gerichtete Sedimenttransport verringert werden. Dies sichert die Zufahrtswege zu den an der Elbe gelegenen Häfen. Die Dimension dieses Aspekts ist noch genau zu bestimmen. Hier sind die Zusammenhänge zwischen der Dämpfung der

²⁶¹ BVerwG, Beschluss vom 09. Februar 1995 – 4 NB 17/94 –, juris Rn. 14.

Tidedynamik und dem verringerten Sedimenttransport zu belegen. Auch die Einbeziehung der Null-Variante erscheint geboten (s.u. d.), also die Erörterung der Folgen für den Fall, dass keine der Maßnahmen ergriffen würden. Die Erhaltung der Schiffbarkeit der Elbe wiegt als Belang aber schwer.²⁶² Auch die Reduzierung der Sedimentablagerungen und die damit einhergehende Vermeidung oder Verminderung der Baggerungen und der damit verbundenen negativen Effekte dürften als Belange erhebliches Gewicht entfallen.

Zum zweiten zielen die Vorhaben auf die Stärkung der Tideelbe als geschützter Naturraum mit Artenvielfalt. Durch die Maßnahmen würden Tidegewässer geschaffen, die eine hohen naturschutzfachlichen Wert besitzen. Dieser ist ebenfalls noch genau zu benennen. Nicht zu erkennen ist natürlich, dass die Gewässer auch jetzt schon hochwertige Stillgewässer darstellen, die Aufwertung bei einer bilanzierenden Betrachtung dadurch also begrenzt wird. Ein Beispiel für die Berücksichtigung naturschutzfachlicher Gesichtspunkte im Rahmen einer wasserrechtlichen Planfeststellung bietet die Entscheidung des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts aus dem Jahr 2016 zur wasserwirtschaftlichen Neuordnung der Alten Süderelbe.²⁶³

Diese beiden für die Vorhaben streitenden positiven Effekte wurden bereits im Rahmen der Ausführungen zur Planrechtfertigung im System der Zielsetzungen des WHG verortet. Die Zielsetzungen der Vorhaben lassen sich danach vor allem auf § 6 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 WHG stützen (s.o. 1.).

Die bisherigen Ausführungen beziehen sich vor allem auf die in den Unterlagen der Auftraggeberin zum Ausdruck kommenden Zwecksetzungen der zu betrachtenden Vorhaben. Ergänzend soll an dieser Stelle auf weitere Aspekte hingewiesen werden, die aus Sicht des Unterzeichnenden darauf zu überprüfen wären, ob sie das Vorhaben ebenfalls stützen können.

In diesem Sinne wäre zu überlegen, ob weitere Grundsätze der Wasserbewirtschaftung im Sinne des § 6 WHG wirksam gemacht werden können. Gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 WHG sind „an oberirdischen Gewässern so weit wie möglich natürliche und schadlose Abflussverhältnisse zu gewährleisten und [ist] insbesondere durch Rückhaltung des Wassers in der Fläche der Entstehung von nachteiligen Hochwasserfolgen vorzubeugen“. Hier wäre bei der Begründung der jeweiligen Maßnahmen zu überlegen, ob der Schaffung von Fluträumen eine derartige Funktion in der Vorbeugung vor Hochwasserfolgen zukommen kann. Wäre dies der Fall, könnte dies ein für die Vorhaben sprechender Beleg sein.

²⁶² Vgl. im Kontext der Elbvertiefung BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, BVerwGE 158, 1 Rn. 208.

²⁶³ Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Urteil vom 16. Juni 2016 – 1 Bf 258/12 –, juris Rn. 270 ff.

Weiter wäre zu bestimmen, ob die Vorhaben auch im Kontext der Vorbeugung gegen Folgen des Klimawandels betrachtet werden können, ein Ziel, das in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 WHG ausdrücklich genannt wird. Ein Zusammenhang ist insofern denkbar, als beispielsweise ein mit dem Klimawandel verbundener Meeresspiegelanstieg auch Auswirkungen auf das Tidegeschehen der Elbe haben könnte.

Ein weiterer Belang könnte aus § 6 Abs. 2 WHG abgeleitet werden.²⁶⁴ Hiernach sollen „nicht naturnah ausgebaute natürliche Gewässer [...] so weit wie möglich wieder in einen naturnahen Zustand zurückgeführt werden, wenn überwiegende Gründe des Wohls der Allgemeinheit dem nicht entgegenstehen“. Diese Regelung stand in ihrer ursprünglichen Fassung § 31 Abs. 1 WHG a.F. im Kontext des Gewässerausbaus. Die Intention des Gesetzgebers zielte bei der Einführung der Regelung primär auf die Hochwasservorsorge.²⁶⁵ Die Regelung ist ihrem Wortlaut nach jedoch allgemein gefasst und nicht auf dieses Ziel beschränkt.

Als Beispiel für nicht naturnah ausgebaute natürliche Gewässer werden in der Literatur solche genannt, die „begradigt, befestigt, aufgestaut worden sind oder intensiv genutzt werden“.²⁶⁶ § 6 Abs. 2 WHG bezieht auch solche Gewässer mit ein, die physikalisch erheblich verändert wurden.²⁶⁷ Das dürfte auf die hier betrachteten Gewässer zutreffen. Nicht naturnah ausgebaute natürliche Gewässer sollen in einen naturnahen, nicht in einen natürlichen Zustand zurückgeführt werden.²⁶⁸ Letzteres wäre vorliegend wohl auch kein realistisches Ziel. Auch ein naturnaher Zustand muss nicht erreicht werden. Das Gesetz sieht mit der Formulierung „soweit wie möglich“ eine Annäherung vor. *Kotulla* formuliert, es gehe „nicht darum, Gewässer in kaum mehr bekannte naturhistorische Zustände zurückzuversetzen, sondern ihnen lediglich ein an den aktuellen ökologischen Gegebenheiten und Erfordernissen (...) ausgerichtetes natürliches Gepräge zu geben“.²⁶⁹

Alle drei der betrachteten Maßnahmen erscheinen zumindest auch als die Teilrückgängigmachung von Maßnahmen der Vergangenheit. Jedenfalls standen alle hier betrachteten Gewässer früher zumindest zum Teil unter dem Einfluss des Tidegeschehens. Der Wiederanschluss an das Tidegeschehen wäre damit eine Annäherung an den früher bestehenden Zustand, der zwar aufgrund der langen Geschichte der Eingriffe in die Tideelbe wahrscheinlich auch nicht der natürliche Zustand des Gewässers wäre, aber vielleicht naturnäher. Diese wäre im Einzelnen noch zu überprüfen. Vor allem sollte bei

²⁶⁴ Ein Beispiel für ein Vorhaben, das auf das Renaturierungsgebot der Vorgängerregelung § 31 Abs. 1 S. 1 WHG a.F. gestützt war, bietet Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 3 S 619/12 –, Rn. 48 ff., juris.

²⁶⁵ Bundestags-Drucksache 13/4788, S. 21.

²⁶⁶ Berendes in: Berendes/Frenz/Müggelborg, WHG, 2. Aufl. 2017, Rn. 35.

²⁶⁷ Czychowski/Reinhardt, 12. Aufl. 2019, WHG § 6 Rn. 61.

²⁶⁸ Berendes in: Berendes/Frenz/Müggelborg, WHG, 2. Aufl. 2017, Rn. 35.

²⁶⁹ Kotulla, WHG, § 6 Rn. 30.

der konkreten Begründung der Projekte die Erfüllung des Merkmals „naturnah“ noch belegt werden. Es erscheint auch nicht ausgeschlossen, dass hier lediglich ein nicht naturnaher Zustand durch einen anderen nicht weniger naturfernen Zustand ersetzt wird.

Vor allem ist auch zu beachten, dass das Renaturierungsgebot unter dem Vorbehalt überwiegender Gründe des Wohls der Allgemeinheit steht. Um dies festzustellen, bedarf es einer Abwägung der Renaturierung mit den gegenläufigen Interessen des Allgemeinwohls.²⁷⁰

Käme eine detailliertere Prüfung jedoch zu dem Ergebnis, dass § 6 Abs. 2 WHG für die Vorhaben wirksam gemacht werden kann, wäre dies in einer Abwägung ein für die Vorhaben streitender Belang. Dabei kommt bereits in der Formulierung zum Ausdruck („soll“), dass der Belang besonderes Gewicht genießt.²⁷¹

§ 6 Abs. 2 WHG steht im systematischen Zusammenhang mit § 67 Abs. 1 WHG.²⁷² Die Vorschrift sieht vor, dass Gewässer so auszubauen sind, „dass natürliche Rückhalteflächen erhalten bleiben, das natürliche Abflussverhalten nicht wesentlich verändert wird, naturraumtypische Lebensgemeinschaften bewahrt und sonstige nachteilige Veränderungen des Zustands des Gewässers vermieden oder, soweit dies nicht möglich ist, ausgeglichen werden“. Sie stellt gemäß der Gesetzesmaterialien und der wohl überwiegend vertretenen Ansicht in der Literatur eine Planungsleitlinie dar, die die Abwägung steuern soll.²⁷³ In der Literatur findet sich aber auch eine Stellungnahme, es handele sich um eine zwingende Vorgabe.²⁷⁴ Die Aufzählung der dort genannten Fallgruppen sehen Czychowski/Reinhardt als nicht erschöpfend an.²⁷⁵ Ihrem Wortlaut nach richtet sich die Vorschrift an denjenigen, der ein Gewässer ausbaut und an das konkrete Ausbauvorhaben.²⁷⁶ Dies verleiht ökologischen Belangen in der Planung zusätzliches Gewicht.

Es zeigt sich, dass für die Vorhaben einerseits Aspekte der Erhaltung der Nutzung der Elbe als Wasserstraße sprechen würden. Zum anderen kämen ökologische Zielsetzungen

²⁷⁰ Kotulla, WHG, § 6 Rn. 31; Guckelberger, in: Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, § 17 Rn. 90.

²⁷¹ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 3 S 619/12 –, juris Rn. 174, spricht von einem „Optimierungsgebot“; Kotulla, WHG, § 6 Rn. 32; Guckelberger, in: Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, § 17 Rn. 88.

²⁷² Kotulla, WHG, § 67 Rn. 13; Guckelberger, NuR 2003, 475.

²⁷³ Gesetzesbegründung, Bundestags-Drucksache 16/12275, S. 73; Spieth, in: BeckOK, UmweltR, Giesberts/Reinhardt, WHG § 67 Rn. 1; Czychowski/Reinhardt, WHG, § 67 Rn. 8; Maus, in: Berendes/Frenz/Müggengborg, WHG, § 67 Rn. 16.

²⁷⁴ Sparwasser/Engel/Voßkuhle, § 8 Rn. 268.

²⁷⁵ Czychowski/Reinhardt, WHG, § 67 Rn. 9.

²⁷⁶ Czychowski/Reinhardt, WHG, § 67 Rn. 11; Schenk, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 67 Rn. 47.

zum Tragen. In diesem Zusammenhang lässt sich feststellen, dass keine allgemeine Abwägungsregel besteht, nach der ökologische Belange nicht in der Lage wären, entgegenstehende private Belange zu überwinden. So hat beispielsweise das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung zum Ausbau des Mittellandkanals festgestellt:

„Das Abwägungsgebot verbietet es nicht, eine private Rechtsposition, wie sie hier vom Kläger der Planung entgegengehalten wird, gegenüber Belangen des Natur- und Landschaftsschutzes zurückzustellen. Es liegt vielmehr der typische Konflikt zwischen einem Interesse der Allgemeinheit und einem privaten Interesse vor, der planerisch bewältigt werden muß, indem einem Interesse zugunsten des anderen Vorrang eingeräumt wird.“²⁷⁷

Als Beispiel kann auch eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg aus dem Jahr 2013 dienen, in der Interessen von Enteignungsbetroffenen zugunsten des Renaturierungsgebots des § 31 Abs. 1 S. 1 WHG 2002 (jetzt § 6 Abs. 2 WHG) zurückgestellt wurden (dazu ausführlich unter III.4.d.).²⁷⁸

Bei den für das Vorhaben streitenden Belangen dürfte es sich vorliegend vor allem um öffentliche Belange handeln. Das gilt einerseits für ökologische Aspekte, die für das Vorhaben streiten. Das kommt in der Zielsetzung der Erhaltung der Tideelbe als Naturraum mit Artenvielfalt zum Ausdruck. Zu den öffentlichen Belangen gehört auch das Interesse an der Erhaltung der Infrastruktur, das wiederum in der Zielsetzung der Sicherung der Tideelbe als sicherer Zufahrtsweg für die Häfen der Region zum Ausdruck kommt.²⁷⁹ In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass zwischen öffentlichen und privaten Belangen keine Hierarchie im Sinne eines abstrakten Vorrangs öffentlicher Belange vor privaten Belangen besteht.²⁸⁰

Oben wurde bereits eine Reihe vor allem privater, aber auch öffentlicher Belange betrachtet, die den Vorhaben entgegenstehen. Im Rahmen der Ausführungen zu den konkreten Vorhaben wird diese Liste noch ergänzt. Dabei zeigt sich vor allem, dass die in der Fragestellung angesprochenen Interessen sich durchgängig als Belange darstellen, die in der Abwägung berücksichtigt werden müssen, die demgemäß aber auch einer Abwägung mit anderen Belangen zugänglich sind. Sie können somit auch überwunden werden.

Wie eingangs festgestellt, verbietet sich eine abschließende Aussage zum Abwägungsgefüge zum jetzigen Zeitpunkt. Es kann aber auch festgestellt werden, dass sich bislang das

²⁷⁷ BVerwG, Urteil vom 27. November 1996 – 11 A 27/96 –, juris Rn. 27.

²⁷⁸ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 3 S 619/12 –, juris.

²⁷⁹ Briefing Prof. Dr. Martin Wickel am 14.01.2020, S. 9.

²⁸⁰ Steinberg/Wickel/Müller, Fachplanung, § 3 Rn. 150, mit Verweisen auf die Rechtsprechung; Wysk, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 74 Rn. 116.

Gefüge der Abwägungsbelange nicht so darstellt, dass eine Realisierung der Vorhaben ausgeschlossen erschiene.

d. *Alternativenprüfung*

Ergänzend soll hier darauf hingewiesen werden, dass zu den Anforderungen des Abwägungsgebots auch die Ermittlung und Prüfung von Alternativlösungen gehört.²⁸¹ Alternativen können sich – soweit hier relevant – auf den Standort eines Vorhabens, aber auch auf seine konkrete Ausführung beziehen.²⁸²

„Die Planfeststellungsbehörde ist (...) auch bei der Wahl zwischen Varianten zu einer optimierenden, konkurrierende Belange möglichst schonenden Verwirklichung des Planungsziels verpflichtet. Sie muss alle ernsthaft in Betracht kommenden Alternativen berücksichtigen und mit der ihnen zukommenden Bedeutung in die vergleichende Prüfung der von den möglichen Alternativen berührten öffentlichen und privaten Belange einstellen.“²⁸³

Zu prüfen ist auch die sogenannte „Null-Variante“, also der Verzicht auf das Vorhaben.²⁸⁴ Hier geht es um die Frage, ob das Gewicht der Belange, die dem Vorhaben entgegenstehen, einen Verzicht auf das Vorhaben gebieten.²⁸⁵

Auch bei diesem Prozess der Alternativenprüfung steht der Planfeststellungsbehörde ein planerischer Gestaltungsspielraum zu. Dessen Grenzen sind

„dann überschritten, wenn der Behörde bei der Auswahl infolge einer fehlerhaften Ermittlung, Bewertung oder Gewichtung einzelner Belange ein rechtserheblicher Fehler unterlaufen ist oder wenn sich unter Berücksichtigung aller abwägungserheblichen Belange eine andere als die gewählte Trassenführung eindeutig als die bessere, weil öffentliche und private Belange insgesamt schonendere hätte aufdrängen müssen“.²⁸⁶

Dieses Zitat aus einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts illustriert exemplarisch die Anforderung an die Alternativenprüfung, die im Rahmen der Abwägung vorzu-

²⁸¹ BVerwG, Urteil vom 09. November 2017 – 3 A 4/15 –, BVerwGE 160, 263 Rn. 98.

²⁸² Wickel, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, VwVfG, § 74 Rn. 142; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG § 74 Rn. 125.

²⁸³ BVerwG, Urteil vom 09. November 2017 – 3 A 4/15 –, BVerwGE 160, 263 Rn. 98.

²⁸⁴ Dazu VG Hannover, Urteil vom 22. Oktober 2019 – 4 A 4950/18 –, juris Rn. 27, im Kontext einer wasserrechtlichen Planfeststellung.

²⁸⁵ Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG § 74 Rn. 128; Masing/Schiller, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, § 74 Rn. 45.

²⁸⁶ BVerwG, Urteil vom 09. November 2017 – 3 A 4/15 –, BVerwGE 160, 263 Rn. 98.

nehmen ist. Diese Anforderungen spielen auch vorliegend eine Rolle, da drei unterschiedliche Vorhaben betrachtet werden, zwischen denen eine Auswahl vorzunehmen ist, wenn nicht alle Projekte verfolgt werden sollten. Auch in diesem Fall stellt bereits die Auswahl der drei hier zu betrachtenden Vorhaben das Ergebnis eines Auswahlprozesses aus einer Vielzahl anderer Projekte dar.

III. Gibt es eine Enteignungsgrundlage?

1. Enteignungsrechtliche Vorwirkung

Die Frage zielt auf die so genannte enteignungsrechtliche Vorwirkung der Planfeststellung. Diese gehört zu den Rechtswirkungen, die mit der Planfeststellung einher gehen können. Sie wird jedoch nicht, wie die meisten anderen Rechtswirkungen der Planfeststellung, durch die Regelung des Instruments im VwVfG des Bundes oder den entsprechenden Gesetzen der Länder bestimmt. Die enteignungsrechtliche Vorwirkung besteht nur, wenn sie durch das jeweilige Fachgesetz angeordnet wird. Für das Wasserrecht finden sich entsprechende Regelungen in § 71 WHG sowie in § 85 LWG SH. § 48 Abs. 5 WG HH, der ebenfalls eine enteignungsrechtliche Vorwirkung anordnet, dürfte nicht mehr anwendbar sein.²⁸⁷

Das Wesen der enteignungsrechtlichen Vorwirkung besteht darin, dass mit der Planfeststellung auch über die Zulässigkeit der Enteignung entschieden wird. Damit steht, wie in § 71 Abs. 3 WHG zum Ausdruck kommt, mit Bindungswirkung für die Enteignungsbehörde fest, dass auf der Grundlage des festgestellten Plans enteignet werden kann.²⁸⁸ Die eigentliche Enteignung wird also noch nicht bewirkt. Die Planfeststellung selbst überträgt das Eigentum an den für das Vorhaben benötigten Grundstücken noch nicht.²⁸⁹ Hierfür bedarf es vielmehr noch eines nachfolgenden Enteignungsverfahrens.

Die wasserrechtliche Planfeststellung geht nicht in jedem Fall mit der enteignungsrechtlichen Vorwirkung einher. Gemäß § 71 Abs. 1 S. 1 WHG kann vielmehr bei der Planfeststellung bestimmt werden, dass für den Gewässerausbau die Enteignung zulässig ist. Diese Bestimmung ist damit optional.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist Voraussetzung für Bestimmung der Zulässigkeit der Enteignung, dass der Gewässerausbau dem Wohl der Allgemeinheit dient. Die Tragfähigkeit dieser Regelung wird vorliegend jedoch in Frage gestellt und ist nach der Auffassung des Unterzeichners zu verneinen (siehe dazu sogleich 2.).

Eine weitergehende Regelung enthält § 71 Abs. 2 WHG. Soweit die Enteignung zur Durchführung eines festgestellten, dem Küsten- oder Hochwasserschutz dienenden

²⁸⁷ Siehe die Antwort des Senats auf eine Kleine Schriftliche Anfrage, Bürgerschaftsdrucksache 19/5790, S. 2.

²⁸⁸ Kümper, NuR 2019, 731.

²⁸⁹ Fröhlich, ZfW 2014, 183, 185.

Plans notwendig ist, ergibt sich die Zulässigkeit der Enteignung auch ohne weitere Bestimmung aus der Planfeststellung. Auch hier ist die Voraussetzung, dass die Enteignung dem Wohl der Allgemeinheit dient.

Gemäß § 71 Abs. 2 S. 3 WHG bleiben weitergehende landesrechtliche Regelungen unberührt. § 85 Abs. 1 S. 1 SH WG weicht dementsprechend von § 71 Abs. 1 S. 1 WHG ab. Hiernach ist „für ein Unternehmen der öffentlichen Wasserversorgung, der öffentlichen Abwasserbeseitigung, des Küsten- und Hochwasserschutzes oder des Ausbaus von Gewässern im öffentlichen Interesse, das der Planfeststellung bedarf“ die Enteignung auch ohne weitere Bestimmung zulässig.

Damit zeigt sich im Ergebnis, dass der Gesetzgeber die wasserrechtliche Planfeststellung mit der Möglichkeit der Enteignung verknüpfen will. Die Zulässigkeit von Enteignungen hängt jedoch auch von den im folgenden darzulegenden Voraussetzungen ab.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 71 Abs. 1 WHG

Bevor jedoch mögliche Enteignungen für die hier zugrundeliegenden Vorhaben betrachtet werden sollen, stellt sich die Frage, ob die Regelung des § 71 Abs. 1 WHG als Grundlage für eine Enteignung den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG genügt. Diese Anforderungen hat das Bundesverfassungsgericht zuletzt insbesondere in seiner Entscheidung zum Braunkohletagebau Garzweiler vom 17.12.2013 konkretisiert.

Gemäß Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG ist eine Enteignung – ungeachtet anderer Anforderungen – nur dann verfassungsgemäß, wenn sie dem Wohl der Allgemeinheit dient. Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet diese Anforderung als „zentrale materielle Rechtmäßigkeit voraussetzung einer jeden Enteignung“.²⁹⁰ Dem scheint § 71 Abs. 1 S. 1 WHG insoweit zu genügen, als bei der Planfeststellung die Zulässigkeit der Enteignung nur bestimmt werden kann, wenn der Gewässerausbau dem Wohl der Allgemeinheit dient.

Allerdings fällt auf, dass der Gesetzeswortlaut die Anforderung des Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG nur wiederholt, ohne die Gemeinwohlgründe, die eine Enteignung im Wasserrecht tragen könnten, näher zu konkretisieren. Dies ist kritisch, denn das Bundesverfassungsgericht stellt fest, dass es die Aufgabe des Gesetzgebers sei, die Ziele des Gemeinwohls festzulegen, die auch mittels Enteignung durchgesetzt werden sollen.²⁹¹ Deswegen verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass das zur Enteignung ermächtigende Gesetz hinreichend bestimmt regeln muss, „zu welchem Zweck, unter welchen Voraussetzungen und für welche Vorhaben enteignet werden darf“.²⁹² Dabei kommt es zu einem Zusam-

²⁹⁰ BVerfGE 134, 242 Rn. 170.

²⁹¹ BVerfGE 134, 242 Rn. 171.

²⁹² BVerfGE 134, 242 Rn. 174.

menspiel zwischen der Konkretisierung der Gemeinwohlzwecks einerseits und der Benennung der Vorhaben.²⁹³ Das Gericht zeichnet hier ein Bild, wonach sich die Bestimmtheit des Gemeinwohlzwecks sowohl aus seiner ausdrücklichen Benennung als auch aus der Regelung des Vorhabens, das den Gemeinwohlzweck fördert, ergeben kann. Beide Elemente scheinen Defizite des jeweils anderen Elements kompensieren zu können.²⁹⁴

Wie bereits festgestellt, wird das Gemeinwohlerfordernis des Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG durch § 71 Abs. 1 WHG lediglich wiederholt, nicht jedoch weiter konkretisiert. Dies allein würde den vom Bundesverfassungsgericht formulierten Anforderungen nicht genügen. Allerdings zeigt das Bundesverfassungsgericht auch die Möglichkeit auf, dass sich aus der Bestimmung des Vorhabens zugleich eindeutig der vom Gesetzgeber angestrebte Gemeinwohlzweck ergibt. In diesem Fall sei die ausdrückliche Benennung des Gemeinwohls im Gesetz entbehrlich.²⁹⁵

§ 71 Abs. 1 WHG bezieht sich auf den Gewässerausbau. Weiter werden die Vorhaben nicht präzisiert. § 71 Abs. 1 WHG verlangt weiter lediglich, dass der Gewässerausbau dem Wohl der Allgemeinheit dient. Damit stellt sich die Frage, ob sich aus der Bestimmung der Vorhaben als dem Wohl der Allgemeinheit dienender Gewässerausbau der Gemeinwohlzweck bereits mit hinreichender Deutlichkeit ergibt.

Diese Frage ist in der Literatur umstritten. *Fröhlich* sieht in der Durchführung eines Gewässerausbaus im Gemeinwohlinteresse eine ausreichend präzise Beschreibung des Zwecks der Enteignung. Anlass und Motivation für einen solchen Gewässerausbau seien so vielfältig, dass der Gesetzgeber diese Motive im Gesetz nicht normieren könne. Als einschränkendes Korrektiv sieht er die Bindung an den Zweck des Gesetzes in § 1 WHG, die Bewirtschaftungsziele in § 27 WHG und die Bewirtschaftungsgrundsätze in § 6 WHG. Gründe, die außerhalb der Zwecksetzung des § 1 WHG liegen, schieden damit als Grundlage für eine Enteignung aus.²⁹⁶ In eine ähnliche Richtung scheint die Argumentation von *Papier/Shirvani* zu gehen, die jedenfalls in gewissem Umfang eine Konkretisierung des Gemeinwohlziels durch die Ziele eines Planungsgesetzes für möglich zu halten scheinen. Auf den dem Enteignungseingriff vorgelagerten Planungsstufen ergingen „unter notwendiger Beachtung gesetzlicher Planungsziele und des Abwägungsgebots planerisch-politische Entscheidungen“. Soweit sich die Planungsakte im Rahmen des geltenden Rechts

²⁹³ BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 2016 – 1 BvL 10/14 –, Rn. 21, juris.

²⁹⁴ BVerfG – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 176 f. Dazu *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, 89. EL Oktober 2019, GG Art. 14 Rn. 678.

²⁹⁵ BVerfG – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 176.

²⁹⁶ Fröhlich, ZfW 2014, 192 f. Dem folgend Schenk, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Kopp, 53. EL August 2019, WHG § 71 Rn. 2.

bewegten, erfahre das Gemeinwohlerfordernis „in gewissem Grade verbindliche Konkretisierungen“.²⁹⁷

Ob dieser Ansatz der Konkretisierung der Gemeinwohlzwecke durch systematische Auslegung im Rahmen des WHG den Anforderungen an die Bestimmtheit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts genügt, erscheint zweifelhaft. So hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner Boxberg-Entscheidung im Hinblick auf die Bauleitplanung die gesetzliche Vorprägung nicht für ausreichend erachtet.²⁹⁸

In der Literatur tritt *Kümper* der oben zitierten Auffassung von *Fröhlich* entgegen. *Kümper* kommt zu dem Schluss, dass § 71 Abs. 1 WHG den Anforderungen an die Bestimmtheit nicht genügt. Zwar beschränkt nach seiner Ansicht die Bezugnahme des § 71 Abs. 1 WHG auf den Gewässerausbau den Kreis der Vorhaben. Aber dies lasse noch nicht auf den mit diesen Vorhaben verfolgten Gemeinwohlzweck schließen. Er zeigt auf, dass neben Vorhaben, die sich als gemeinnützig qualifizieren lassen, auch rein privatnützige Vorhaben vom Begriff des Gewässerausbaus umfasst sind.²⁹⁹ *Kümper* stellt weiter dar, dass sich auch aus dem Zweck des Gesetzes in § 1 WHG oder den Bewirtschaftungszielen des § 27 WHG keine Begrenzung des Begriffs des Gewässerausbaus ergebe. Vielmehr setzen diese dem rein privatnützigen Planfeststellungen Grenzen.³⁰⁰ Das zeigt sich auch an § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG, wonach eine Planfeststellung voraussetzt, dass eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit nicht zu erwarten ist.³⁰¹

Zu dem Schluss, dass die Formulierung des § 71 Abs. 1 WHG den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG nicht genügt, kommen auch *de Witt/Krause*.³⁰²

Nach dem vorstehenden sprechen aus Sicht des Unterzeichnenden erhebliche Gründe dafür anzunehmen, dass die Enteignungsgrundlage des § 71 Abs. 1 WHG den Anforderungen an die Bestimmtheit des Gemeinwohlzwecks, der mit dem Vorhaben, dessen Verwirklichung die Enteignung dient, verfolgt werden soll, nicht genügt. Jedenfalls können an dieser Stelle verfassungsrechtliche Zweifel nicht ausgeräumt werden. An dieser Stelle ist jedoch darauf hinzuweisen, dass selbst *Kümper* einräumt, dass die verfassungs-

²⁹⁷ Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 681.

²⁹⁸ BVerfG, Urteil vom 24. März 1987 – 1 BvR 1046/85 –, BVerfGE 74, 264, 288 ff.

²⁹⁹ Kümper, NuR 2019, 670.

³⁰⁰ Vgl. auch VG Hamburg, Urteil vom 05. Juni 2019 – 7 K 7639/16 –, juris Rn. 139 f.

³⁰¹ Kümper, NuR 2019, 670 f.

³⁰² de Witt/Krause, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Vereinfachung von Verfahren des Hochwasserschutzes (Hochwasserschutzgesetz II) für den Ausschuss für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit und das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit, S. 4 (https://dewitt-berlin.de/wp-content/blogs.dir/15/files/2017/02/Stellungnahme_zum_Hochwasserschutzgesetz.pdf, letzter Aufruf 23.7.2020).

rechtlichen Bedenken, die er äußert und denen hier gefolgt wird, überwiegend nicht geteilt werden.³⁰³ Dies bestätigt eine eigene Literaturrecherche. Allerdings ist hier zu konstatieren, dass diese Problematik überwiegend nicht behandelt wird.

Die Gesetzesbegründung selbst spricht verfassungsrechtliche Zweifel an. Im Kontext der Einführung des § 71 Abs. 2 WHG stellt sie fest, bisher sei es umstritten gewesen, ob die alte Regelung des § 71 WHG für Enteignungen ausreiche. § 71 WHG a.F. entspricht im Wesentlichen der derzeitigen Regelung des § 71 Abs. 1 WHG. Die neue Regelung des § 71 Abs. 2 WHG stelle klar, dass die Enteignung zum Wohl der Allgemeinheit zulässig sei, sofern sie dem Küsten- oder Hochwasserschutz diene.³⁰⁴ Hier wird ein Gemeinwohlzweck ausdrücklich benannt. Ob sich der Gesetzgeber damit auf die hier geschilderte Problematik der Konkretisierung der Gemeinwohlzwecke beziehen wollte, ist unklar.³⁰⁵

Zugleich merkt die Gesetzesbegründung an, mit der bundeseinheitlichen Regelung werde verhindert, dass in den Landesgesetzen eine Klarstellung erforderlich ist. Solche Regelungen blieben unberührt.³⁰⁶ So findet sich beispielsweise in § 101 Abs. 1 WG Sachsen eine detaillierte Auflistung möglicher Gemeinwohlzwecke:

„Im Interesse einer geordneten Wasserwirtschaft, der Unterhaltung und des Ausbaus der Gewässer, der Schifffahrt, zur Förderung der Fischerei, zur Ermöglichung und Erleichterung der Gewässerbenutzung, der Aussiedlung aus Überschwemmungs- und Wasserschutzgebieten, zur Errichtung, zum Betrieb und zur Unterhaltung von Anlagen für Häfen, für die Gewässerbenutzung, die Wasserversorgung, die Abwasserbeseitigung, den Hochwasserschutz, die Wasserspeicherung und die Be- und Entwässerung und zur Mitbenutzung solcher Anlagen durch Dritte können Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte enteignet werden.“

Auf diese Regelung nimmt die Gesetzesbegründung ausdrücklich Bezug.³⁰⁷

Auch § 85 Abs. 1 LWG SH nennt spezielle Gemeinwohlzwecke, auch wenn die Aufzählung nicht so detailliert ist wie die sächsische Regelung:

„Abweichend von § 71 Absatz 1 Satz 1 WHG ist für ein Unternehmen der öffentlichen Wasserversorgung, der öffentlichen Abwasserbeseitigung, des Küsten- und Hochwasserschutzes oder des Ausbaus von Gewässern im öffentlichen Interesse, das der Planfeststellung bedarf, die Enteignung zulässig.“

³⁰³ Kümper, NuR 2019, 734.

³⁰⁴ Bundestagsdrucksache 18/10879, S. 26.

³⁰⁵ Vgl. Kümper, NuR 2019, 734 (Fn. 78). In diese Richtung aber wohl Schenk, in: Sieder/Zeitzer/Dahme/Knopp, WHG, 71 Rn. 17.

³⁰⁶ Bundestagsdrucksache 18/10879, S. 26.

³⁰⁷ Bundestagsdrucksache 18/10879, S. 26.

Damit soll an dieser Stelle nicht gesagt sein, dass alle die genannten Zwecke ihrerseits detailliert genug sind, um die Anforderungen an die Bestimmtheit des Gemeinwohlzwecks zu genügen.³⁰⁸ § 85 Abs. 1 LWG SH spricht von dem Ausbau der Gewässer im öffentlichen Interesse, § 101 Abs. 1 WG Sachsen allein von einem Ausbau der Gewässer. Küpper etwa weist darauf hin, dass sich das Erfordernis eines Gemeinwohlzwecks im Sinne des Art. 14 Abs. 3 GG nicht im Vorliegen eines öffentlichen Interesses erschöpfe. Es bedürfe vielmehr eines qualifizierten, die Enteignung rechtfertigenden öffentlichen Interesses.³⁰⁹ Aber jedenfalls zeigen diese Regelungen, dass eine genauere Bestimmung der Gemeinwohlzwecke wohl möglich wäre.

Auf § 71 Abs. 2 WHG und den dort ausdrücklich benannten Gemeinwohlzweck des Küsten- und Hochwasserschutzes sind die beschriebenen verfassungsrechtlichen Bedenken hingegen wohl nicht übertragbar. § 71 Abs. 2 S. 1 WHG stellt fest: „Die Enteignung ist zum Wohl der Allgemeinheit zulässig, soweit sie zur Durchführung eines festgestellten oder genehmigten Plans notwendig ist, der dem Küsten- oder Hochwasserschutz dient.“ Damit wird das Wohl der Allgemeinheit konkretisiert. Diese Konkretisierung dürfte auch den Anforderungen der Garzweiler-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts genügen.³¹⁰ Soweit die zu betrachtenden Vorhaben als solche des Küsten- und Hochwasserschutzes zu verstehen sind, dürfte der Gemeinwohlzweck hinreichend konkretisiert sein.

Gleiches würde für das Vorhaben Haseldorfer Marsch gelten, soweit sich das Vorhaben auf die konkretisierten Gemeinwohlzwecke des § 85 Abs. 1 LWG SH stützen könnte. Dieser nennt wie gesehen die öffentliche Wasserversorgung, die öffentliche Abwasserbeseitigung, den Küsten- und Hochwasserschutz und den Ausbau von Gewässern im öffentlichen Interesse als Gemeinwohlzwecke. Allerdings erscheint es fraglich, ob das gegenüber § 71 Abs. 1 und 2 WHG eine hier relevante weitere Konkretisierung der Gemeinwohlzwecke bedeutet. Das Vorhaben Haseldorfer Marsch dient weder der öffentlichen Wasserversorgung noch der öffentlichen Abwasserbeseitigung. Der Gemeinwohlzweck Küsten- und Hochwasserschutz entspricht dem des § 71 Abs. 2 WHG. Damit bliebe als weiterer Gemeinwohlzweck der Ausbau von Gewässern im öffentlichen Interesse. Allerdings stellt sich hier die gleiche Frage, wie bei § 71 Abs. 1 WHG. Auch hier wäre zweifelhaft, inwieweit es sich hier um eine Konkretisierung eines Gemeinwohlzwecks handelt. Allerdings soll an dieser Stelle auch nicht ausgeschlossen werden, dass der Begriff des Gewässerausbaus im öffentlichen Interesse durch Auslegung soweit konkretisiert werden kann, dass er den geschilderten Anforderungen genügt. Die Beantwortung dieser Frage würde eine vertiefte Prüfung erfordern, die an dieser Stelle nicht vorgenommen werden soll.

³⁰⁸ Für die hinreichende Bestimmtheit der Zwecke „Wasserversorgung“ oder „Abwasserbeseitigung“ Küpper, NuR 2019, 739.

³⁰⁹ Küpper, NuR 2019, 671.

³¹⁰ Küpper, NuR 2019, 737.

Ob für die Vorhaben auf Hamburger Gebiet unter Umständen die Enteignungsregelung des § 19 HmbBNatSchGAG nutzbar gemacht werden könnte, wird hier nicht betrachtet.

3. Schlussfolgerung für die zu betrachtenden Vorhaben

Die Frage nach dem Bestehen einer gesetzlichen Grundlage für die Enteignung soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft oder abschließend betrachtet werden. Zum einen erscheint die Durchführung der Vorhaben auch ohne Enteignung nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Soweit Flächen in Anspruch genommen werden müssen, die im Eigentum Dritter stehen, wäre an einen freihändigen Erwerb zu denken.

Aufgrund der Unsicherheit der Rechtslage erscheint es auch denkbar, dass sich die hier vertretene Position schließlich nicht durchsetzt. Bei der Anwendung durch die Planfeststellungsbehörde stellt sich auch die Frage, ob der Verwaltung ein Nichtanwendungsrecht bezüglich einer gesetzlichen Regelung, die sie für verfassungswidrig hält, überhaupt zusteht.³¹¹

Zu überlegen wäre gegebenenfalls auch, ob für Teilespekte der Vorhaben die Regelung des § 71 Abs. 2 WHG wirksam gemacht werden könnte, die die enteignungsrechtliche Vorwirkung anordnet, soweit die Enteignung zur Durchführung eines festgestellten oder genehmigten Plans notwendig ist, der dem Küsten- oder Hochwasserschutz dient. Diese Frage wurde vorliegend nicht untersucht.

Des Weiteren handelt es sich bei dem vorliegend dargestellten Problem der Eignung der gesetzlichen Regelungen als Enteignungsgrundlage scheinbar nicht um die bewusste gesetzgeberische Entscheidung, die Enteignung für den Gewässerausbau einzuschränken. Den entsprechenden gesetzgeberischen Willen vorausgesetzt, könnten die entsprechenden Gemeinwohlzwecke durchaus in den jeweiligen Gesetzen noch konkretisiert werden. Dies insbesondere, da die Planung und Realisierung der hier zu betrachtenden Vorhaben in der Zukunft liegt. Es erscheint somit möglich, die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen, die auch den in der Garzweiler-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts konkretisierten Anforderungen genügen, noch zu herzustellen.

4. Weitere Voraussetzungen der enteignungsrechtlichen Vorwirkung

Deshalb sollen im Folgenden die weiteren Voraussetzungen der Enteignung untersucht werden. Diese würden relevant, wenn der Gemeinwohlzweck, zu dessen Verwirklichung enteignet werden soll, gesetzlich hinreichend bestimmt geregelt wäre. Das wäre der Fall, wenn die Vorhaben dem Küsten- und Hochwasserschutz dienten (§ 71 Abs. 2 WHG), oder wenn die Regelung des § 71 Abs. 1 WHG entgegen der hier vertretenen Ansicht doch den Anforderungen an die Bestimmtheit des Enteignungszwecks genügte, oder wenn eine entsprechende gesetzliche Regelung, die einschlägige Gemeinwohlzwecke ausreichend bestimmt benennt, noch erlassen würde.

³¹¹ Vgl. hierzu Kümper, NuR 2019, 734.

Auch zu den weiteren Voraussetzungen hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Garzweiler-Entscheidung Leitlinien vorgegeben. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob die Enteignung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Das setzt voraus, dass die Enteignung zur Erreichung des Gemeinwohlziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne (angemessen) ist.³¹² Dabei prüft das Bundesverfassungsgericht in seiner Garzweiler-Entscheidung die Erforderlichkeit und die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne jeweils hinsichtlich der einzelnen Enteignungsmaßnahme und dem konkreten Vorhaben, für das enteignet wird. Es ergeben sich somit zwei Prüfungsgegenstände. Dies folgt aus der Überlegung, dass die konkrete Enteignung in der Regel noch nicht unmittelbar der Erreichung des Gemeinwohlziels dient. Vielmehr dient die Enteignung der Verwirklichung eines Vorhabens, das dann seinerseits das Gemeinwohlziel erreichen oder fördern soll.³¹³ Für die hier zu betrachtenden Vorhaben hieße das, nicht die Enteignung eines Grundstücks verwirklicht den mit dem Gewässerausbau verfolgten Zweck, sondern erst das Gesamtvorhaben (Anschluss eines Gewässers an die Tideelbe).

a. *Geeignetheit*

Die Garzweiler-Entscheidung selbst gab keinen Anlass, die Geeignetheit zu überprüfen,³¹⁴ es soll hier aber davon ausgegangen werden, dass auch hier die Überprüfung anhand zweier Gegenstände (Enteignungsmaßnahme und Vorhaben) Anwendung findet. Die Geeignetheit setzt zunächst voraus, dass die Enteignung die Erreichung des angestrebten Zwecks auch tatsächlich fördert.³¹⁵ Dies erfordert im Sinne des beschriebenen doppelten Prüfungsgegenstands zum einen, dass die Enteignung zur Erreichung des Ziels des Vorhabens beiträgt. Zum anderen ist erforderlich, dass das Vorhaben den mit ihm angestrebten Zweck fördert.

b. *Erforderlichkeit*

Des Weiteren muss die Enteignung zur Erreichung des Gemeinwohlziels erforderlich sein. Gemäß der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestimmt sich die Erforderlichkeit der Enteignungsmaßnahme in Bezug auf das Vorhaben. Sie liegt vor, wenn und soweit die Enteignung „für die Verwirklichung des jeweiligen Vorhabens unverzichtbar ist, es hierfür also kein mildereres Mittel gibt, das gleich geeignet wäre“. Die Enteignung sei dementsprechend nicht erforderlich, wenn das Vorhaben beispielsweise auch durch die Inanspruchnahme öffentlichen oder von privater Seite freiwillig zur Verfügung gestellten Grund und Bodens verwirklicht werden könnte.³¹⁶

³¹² BVerfG – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 182, 186.

³¹³ BVerfG – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 183.

³¹⁴ BVerfG – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 182.

³¹⁵ Papier/Shirvani, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 694.

³¹⁶ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242-357, Rn. 183.

Weiterhin muss das Vorhaben zur Erreichung des Gemeinwohlziels erforderlich sein. Dabei gilt jedoch ein weniger strikter Maßstab als bei der Erforderlichkeit der Enteignung zur Verwirklichung des Vorhabens. Das Bundesverfassungsgericht lässt es hier ausreichen, wenn das Vorhaben „zum Wohl der Allgemeinheit vernünftiger Weise geboten ist“. Das sei der Fall, wenn das Vorhaben in der Lage sei, einen substanziellen Beitrag zur Erreichung des Gemeinwohlziels zu leisten.³¹⁷ Das Bundesverfassungsgericht erläutert, die Unabweisbarkeit des Vorhabens sei nicht nötig. Es kommt also nicht darauf an, dass das Gemeinwohlziel nur durch das in Frage stehende Vorhaben verwirklicht werden kann. Eine solche Reduzierung eines Gemeinwohlziels auf nur ein mögliches Vorhaben ist nicht geboten.³¹⁸ Diese Anforderung deckt sich insoweit mit den Anforderungen der Planrechtfertigung (s.o. II.1.).³¹⁹

Bei den Ausführungen zur Planrechtfertigung (s.o. II.1.) wurde die Frage nach der Enteignung noch offengelassen. Hier zeigt sich nunmehr, dass sich die Anforderungen der Planrechtfertigung erhöhen, wenn das Vorhaben auch die Grundlage einer Enteignung sein soll. Es reicht nicht mehr aus, dass der Zweck des Vorhabens lediglich den Zielen des Fachplanungsgesetzes entspricht. Vielmehr muss es sich bei dem Zweck des Vorhabens um einen Gemeinwohlbelang handeln, der nach den dargelegten Anforderungen auch in der Lage ist, eine Enteignung zu rechtfertigen.

c. *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*

Schließlich muss sich die Enteignung als verhältnismäßig im engeren Sinne darstellen. Andernfalls ist sie mit Art. 14 Abs. 3 GG nicht vereinbar.³²⁰ Auch für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ergeben sich zwei Prüfungsgegenstände. Zunächst muss die einzelne Enteignungsmaßnahme verhältnismäßig sein. Dabei kommt es einerseits auf den Beitrag des entzogenen Eigentumsrechts zur Verwirklichung des Vorhabens, andererseits auf das Gewicht des konkreten Eigentumsentzugs für den betroffenen Rechtsinhaber an. Der Beitrag des entzogenen Eigentumsrechts darf nicht außer Verhältnis stehen zur Bedeutung des Eigentumsentzugs für den Eigentümer.³²¹

Weiterhin muss die Bedeutung des Vorhabens, in dessen Rahmen die Enteignung erfolgt, für das konkret verfolgte Gemeinwohlziel in einem angemessenen Verhältnis zu den Belangen stehen, die durch das Vorhaben beeinträchtigt werden. Hierfür bedarf es einer Gesamtabwägung. Auf der einen Seite stehen dabei die für das Vorhaben sprechenden Gemeinwohlbelange. Hier fließt auch ein, ob und inwieweit das Vorhaben – jenseits der durch den Gesetzgeber grundsätzlich vorgegebenen Enteignungswürdigkeit

³¹⁷ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 184.

³¹⁸ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 184.

³¹⁹ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 185.

³²⁰ BVerfG – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 186.

³²¹ BVerfG – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 187.

– das Gemeinwohlziel fördern kann. Auf der anderen Seite stehen die beeinträchtigten öffentlichen und privaten Belange.³²² Das Bundesverwaltungsgericht erläutert, dass eine Gewichtung der in der Summe betroffenen privaten Belange erforderlich sei.

„Dies bedeutet, dass insbesondere die Zahl und das Ausmaß der mit den beiden Varianten verbundenen Gebäudeabrisse bzw. Existenzgefährdungen hätte ermittelt und mit den übrigen Belangen (etwa städtebauliche Argumente, Schutz des Landschaftsbildes, Kosten für Lärmschutz, naturschutzfachliche Gründe) abgewogen werden müssen.“³²³

Schließlich führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Gemeinwohldienlich ist ein Vorhaben aber nur, wenn neben seiner Eignung, das gesetzlich vorgegebene Gemeinwohlziel substantiell zu fördern, eine Gesamtabwägung der für das Vorhaben sprechenden Gemeinwohlgründe mit den durch seine Verwirklichung beeinträchtigten öffentlichen und privaten Belangen zugunsten des Vorhabens ausfällt. Das ist dann nicht der Fall, wenn die durch das Vorhaben beeinträchtigten öffentlichen und privaten Belange überwiegen“.³²⁴

Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich schließen, dass diese Abwägung strukturell der planfeststellungsrechtlichen Abwägung entspricht.³²⁵

d. *Gewichtungen innerhalb der Abwägung*

Das Bundesverfassungsgericht bezeichnet das Eigentum als elementares Grundrecht und seinen Schutz als von besonderer Bedeutung für den sozialen Rechtsstaat. Der Eigentumsgarantie komme „im Gefüge der Grundrechte insbesondere die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern und ihm dadurch eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens zu ermöglichen“. Die Enteignung sei regelmäßig ein schwerer Eingriff in das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Eigentum. Dies gelte besonders bei Grundstücksenteignungen, da Grund und Boden ein begrenztes Vermögensgut darstellt. Auch die Art der Nutzung kann eine Rolle spielen. So hat das Bundesverfassungsgericht in der Garzweiler-Entscheidung Wohnnutzungen ein besonderes Gewicht zugemessen.³²⁶ Allerdings zeigt das Bundesverfassungsgericht auch auf, dass das Gewicht des Enteignungseingriffs variiert. Es hängt

³²² BVerfG – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 188 f.

³²³ BVerwG, Beschluss vom 25. April 2018 – 9 A 16/16 –, juris Rn. 59.

³²⁴ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242-357, Rn. 211.

³²⁵ BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 2016 – 1 BvL 10/14 –, Rn. 33, juris.

³²⁶ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 167 f.

zum Beispiel von der Bedeutung der konkret betroffenen Eigentumsposition für die Lebens- und Freiheitsgestaltung des Betroffenen ab. Auch spielt eine Rolle, ob die Eigentumsposition ganz oder nur teilweise entzogen wird.³²⁷ Allerdings ändert dies nichts an der typischerweise hohen Intensität des Eingriffs. Dies verlange „eine der Schwere des Eigentumseingriffs entsprechende strenge Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Enteignung“.³²⁸

Dies zeigt, dass die Notwendigkeit einer Enteignung als solche als Belang in die Abwägung einfließen muss³²⁹ und dass auch das konkrete Gewicht dieses Belangs im Einzelfall zu bestimmen ist. Dies erfolgt im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die in der Planfeststellung ihren Ort in der fachplanerischen Abwägung hat.

Angesichts der Bedeutung des Eigentums kann die Enteignung nur von einem Gemeinwohlziel von besonderer Bedeutung getragen werden. Die Bestimmung obliegt dem Gesetzgeber.³³⁰ Das Bundesverfassungsgericht gesteht dem Gesetzgeber bei der Auswahl der Gemeinwohlziele einen weiten Spielraum zu. Dem Grundgesetz lasse sich keine umfassende, allgemeine Bestimmung der Gemeinwohlziele entnehmen, die eine Enteignung zu tragen vermögen.³³¹ Bezuglich des Gewichts des Gemeinwohlziels führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Das vom Gesetzgeber bestimmte Gemeinwohlziel muss grundsätzlich geeignet sein, die für die Erreichung dieses Ziels typischerweise in Betracht kommenden Enteignungen zu rechtfertigen. Je nach geregeltem Lebenssachverhalt können infolgedessen die Anforderungen an seine Bedeutung variieren. Weder wiegt jede Enteignung gleich schwer, noch vermag jedes legitime Gemeinwohlziel Enteignungen jeglicher Schwere zu rechtfertigen. (...) Angesichts der Schwere des Eigentumseingriffs, die grundsätzlich jeder Enteignung inne wohnt, muss das nach dem Willen des Gesetzgebers mit Enteignungsmöglichkeit durchsetzbare Gemeinwohlziel allerdings von besonderem Gewicht sein. Nicht jedes beliebige öffentliche Interesse reicht hierfür aus“.³³²

Nimmt man – entgegen der oben vertretenen Ansicht – an, dass der Gemeinwohlzweck durch § 71 Abs. 1 WHG hinreichend deutlich bestimmt wird, geht es hier also konkret

³²⁷ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 168.

³²⁸ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 168.

³²⁹ Ein Beispiel für eine unterlassene Berücksichtigung dieses Belangs bietet Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 12. August 2009 – 3 S 1679/08 –, juris Rn. 49.

³³⁰ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 169.

³³¹ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 172.

³³² BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 173.

darum, die verfolgten Gemeinwohlziele den betroffenen Eigentumspositionen gegenüber zu stellen.³³³ Zwar muss es sich wie oben gesehen um eine umfassende Abwägung „der für das Vorhaben sprechenden Gemeinwohlgründe mit den durch seine Verwirklichung beeinträchtigten öffentlichen und privaten Belangen“³³⁴ handeln. Aber ein Ausschnitt dieser Abwägungsfrage ist, ob die Gemeinwohlziele die Enteignung aufwiegen können.

Diese Frage kann für die vorliegend zu beurteilenden Maßnahmen – wie schon die Frage nach dem Abwägungsgefüge – noch nicht abschließend beurteilt werden. Zum einen fehlt es bislang, soweit recherchiert, noch an einer intensiven Diskussion und entsprechenden einschlägigen Beispielen in der Rechtsprechung, die hier eine klare Leitlinie erkennen lassen würden. Auch müssen die Vorhaben weiter konkretisiert und die verschiedenen Betroffenheiten entsprechend noch ermittelt und gewichtet werden. Allerdings ist auch hier festzustellen, dass aus der Sicht des Unterzeichnenden derzeit nicht erkennbar wäre, dass die Vorhaben – jenseits der Problematik des § 71 Abs. 1 WHG – gar keine Enteignung rechtfertigen könnten. Insbesondere dürfte eine Enteignung nicht grundsätzlich daran scheitern, dass mit den hier betrachteten Vorhaben auch ökologische Belange verfolgt werden. So gehen beispielsweise *Fröhlich*³³⁵ und *Reese*³³⁶ offenbar davon aus, dass Enteignungen auch zur Erreichung der ökologischen Zwecke des WHG nicht ausgeschlossen sind. In der Rechtsprechung findet sich eine bereits zitierte Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg aus dem Jahr 2013. In dieser Entscheidung ging es um einen Planfeststellungsbeschluss zum Gewässerausbau, dem enteignungsrechtliche Vorwirkung zukam. Die Grundstücke der Kläger sollten unmittelbar in Anspruch genommen werden.³³⁷ Die Planrechtfertigung leitete der Verwaltungsgerichtshof aus dem Renaturierungsgrundsatz des § 31 Abs. 1 S. 1 WHG 2002 (jetzt § 6 Abs. 2 WHG) ab.³³⁸ Im Rahmen der Abwägung führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dem Renaturierungsgebot komme besonderes Gewicht zu. Es handele sich um ein Optimierungsgebot. Die Eigentümerinteressen erreichten nicht ein derartiges Gewicht, dass der Belang der Renaturierung zurückstehen müsse.³³⁹ Die Details der Eigentumsbetroffenheit sind aus der Entscheidung nicht vollständig zu ersehen. Die stärkste Betroffenheit stellte der Verwaltungsgerichtshof bei Klägern fest, auf deren Grundstücken

³³³ Vgl. VG Frankfurt (Oder), Urteil vom 16. August 2012 – 5 K 833/10 –, juris Rn. 90.

³³⁴ BVerfG, Urteil vom 17. Dezember 2013 – 1 BvR 3139/08 –, BVerfGE 134, 242 Rn. 211.

³³⁵ Fröhlich, ZfW 2014, 183, 206.

³³⁶ Reese, NVwZ 2018, 1592, 1594 und 1597.

³³⁷ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 3 S 619/12 –, juris Rn. 23.

³³⁸ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 3 S 619/12 –, juris Rn. 50 ff.

³³⁹ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 3 S 619/12 –, juris Rn. 174 f.

Uferverbauungen abgebrochen werden sollten. Im Übrigen bezieht sich der Verwaltungsgerichtshof auf die Ausgangsentscheidung des Verwaltungsgerichts, die dem Unterzeichnenden nicht vorliegt.³⁴⁰ Die Details dieses Vorhabens sind demgemäß nicht bekannt, zum Beispiel ob die Eigentümer ihre Grundstücke nur für private oder auch für gewerbliche Zwecke nutzten und wie weitgehend die Beeinträchtigungen letztlich waren. Auch ist die Entscheidung nicht unbedingt verallgemeinerungsfähig. Sie liefert aber jedenfalls ein Beispiel einer wasserrechtlichen Planfeststellung, in der Eigentumsbelange hinter ökologische Belange zurückgetreten sind.

³⁴⁰ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 10. Dezember 2013 – 3 S 619/12 –, juris Rn. 175.

B. Besondere Anforderungen der zu betrachtenden Maßnahmen

I. Alte Süderelbe

1. Bedarfsbegründung

Die Auftraggeberin stellt die Frage, ob die Bedarfsbegründung für die betrachteten Maßnahmen ausreichend ist. Insbesondere soll beurteilt werden, ob die prognostizierten Änderungen des Tideregimes oder die ökologische Zielsetzung hinreichend sind, um die vorhabenbedingten Auswirkungen im Zweifelsfalle wegzuwägen.

Dies betrifft die konkrete Abwägung zu dem Vorhaben. Wie bereits allgemein ausgeführt, kann an dieser Stelle noch kein abschließendes Bild des Abwägungsgefüges und aller von den jeweiligen Vorhaben betroffenen, für und gegen die Maßnahmen sprechenden Belange gezeichnet werden. Hierfür bedarf es einer konkreten Planung der Vorhaben und einer vollständigen Ermittlung seiner positiven wie negativen Auswirkungen. Im Übrigen wird auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen (s.o. A.II.4.).

2. Hochwasserschutz

Die Auftraggeberin fragt mit Blick auf das Vorhaben im Raum der Alten Süderelbe nach einer Bewertung einer vorhabenbedingten Schwächung des Hochwasserschutzes durch Sperrwerke und Deiche/Verwallungen.

Hier kann auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.II.3.a.bb.). Soweit eine erhebliche und dauerhafte und auch nicht ausgleichbare Erhöhung des Hochwasserrisikos eintreten würde, würde dies zumindest im Regelfall gemäß § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG ein Zulassungshindernis darstellen.

3. Auswirkungen auf vorhandene oder geplante Infrastrukturen und sich daraus ergebende Klagebefugnisse

Die Auftraggeberin fragt nach der erforderlichen Berücksichtigung der Auswirkungen auf vorhandene und geplante Infrastrukturen und Nutzungen und sich gegebenenfalls daraus ergebende Klagebefugnisse.

a. Senkrechter Hochwasserschutz

Im Rahmen des Vorhabens Alte Süderelbe wäre nach Auskunft der Auftraggeberin auch ein senkrechter Hochwasserschutz erforderlich. Gemäß der Schilderungen des Vertreters des Forum Tideelbe bestehen derzeit Grundstücke, die zum Wasser hin abfallen und einen Blick auf das Wasser eröffnen, was mit einem hohen landschaftlichen Reiz einhergeht. Diese Grundstücke müssten mit einem Hochwasserschutzbauwerk gegen das entstehende Tidegewässer abgeschirmt werden. Als Folge könnte die Sichtbeziehung zum Wasser gestört werden oder entfallen.

Soweit es um die Sichtbeziehung zum Wasser geht, kann hier auf die Ausführungen zu den ästhetischen Beeinträchtigungen verwiesen werden (s.o. A.II.4.b.ff.). Konkret wird

zu entscheiden sein, ob die Beeinträchtigung gewichtig genug sind, damit die Abwägungsbeachtlichkeit des Belangs angenommen werden kann. Das wird von den konkreten Umständen der Fälle abhängen. Sofern die Abwägungsbeachtlichkeit anzunehmen wäre, würde sich dieser Aspekt als Abwägungsbelang darstellen, der bei entsprechendem Gewicht der für das Vorhaben sprechenden Belange aber auch zurückgestellt werden kann.

Ergänzend wäre hier im Übrigen zu überlegen, ob das bauordnungsrechtliche Abstandsflächenrecht zu beachten wäre. Jedenfalls hat das Verwaltungsgericht München in einer Entscheidung aus dem Jahr 2014 entsprechende Überlegungen angestellt. Im konkreten Fall ging es um ein Deichbauwerk, das im Abstand von mindestens 1 m zum Nachbargrundstück errichtet wurde. Das Gericht hat die Frage nach der Anwendbarkeit der Abstandsflächenregelung, gegebenenfalls im Rahmen des Gebots der Rücksichtnahme, letztlich unbeantwortet lassen können, da es die entsprechenden Anforderungen als erfüllt ansah.³⁴¹

Auf weitergehende Anforderungen, die sich beispielsweise aus der Verordnung über öffentliche Hochwasserschutzanlagen ergeben könnten, wird hier nicht eingegangen.

b. *Eigentumsübertragung des Verbindungsgewässers auf den Be- und Entwässerungsverband*

Die Auftraggeberin fragt, inwieweit eine geplante Eigentumsübertragung des Verbindungsgewässers auf den Be- und Entwässerungsverband den Ausbau im Bereich Alte Süderelbe verhindern könnte. Es geht also um die Frage, ob dem Verband ein zunächst übertragenes Grundstück im Rahmen der Planfeststellung auch wieder entzogen werden könnte. Andere Aspekte der Betroffenheit des Be- und Entwässerungsverbands werden im Folgenden nicht geprüft. Die Auftraggeberin hat mitgeteilt, dass es sich um einen als Körperschaft des öffentlichen Rechts errichteten Verband im Sinne des § 1 WVG handelt. Die Satzung ist dem Unterzeichnenden nicht bekannt. Die Rechtsposition des Verbands soll im Folgenden nach allgemeinen Grundsätzen beurteilt werden. Im weiteren Planungsprozess wäre eine detaillierte Prüfung erforderlich.

§ 4 Abs. 4 WHG sieht vor, dass Eigentümer eines Gewässers die Benutzung durch Dritte zu dulden haben, soweit für die Benutzung eine behördliche Zulassung erteilt worden oder nicht erforderlich ist. Dies ergibt sich auch aus § 8 WG HH, der vorsieht, dass der Gewässereigentümer Benutzungen zu dulden hat, für die eine Erlaubnis, Bewilligung oder Genehmigung erteilt ist.³⁴²

³⁴¹ VG München, Urteil vom 24. Juni 2014 – M 2 K 13.5940 –, juris Rn. 22 f.

³⁴² Die Anwendbarkeit der letztgenannten Vorschrift soll gemäß der Antwort des Senats auf eine Schriftliche Kleine Anfrage aus dem Jahr 2010 angenommen werden, Bürgerschaftsdrucksache 19/5790, S. 2. Demgegenüber hält Kotulla, WHG, § 4 Rn. 45 (Fn. 103), die Regelung für gegenstandslos.

Die Duldungspflicht für Benutzungen bedeutet im Umkehrschluss, dass der Gewässerausbau nicht umfasst ist.³⁴³ Damit soll nach *Czuchowski/Reinhardt* dem Gewässereigentümer im Ausbauverfahren grundsätzlich die gleiche Rechtsstellung zukommen wie sonstigen Grundstückseigentümern.³⁴⁴ Das bedeutet, dass bei einer unmittelbaren Inanspruchnahme des Verbindungsgewässers für die Realisierung des hier zu betrachtenden Vorhabens eine Enteignung erforderlich wäre.

Das WHG selbst enthält keine spezielle Regelung für die Enteignung von Gewässern. Sollte nicht die allgemeine Regelung des § 71 WHG zum Tragen kommen, könnte ergänzend auf § 74 WG HH zurückgegriffen werden. § 74 WG HH sieht die Enteignung oberirdischer Gesetze oder von Teilen oberirdischer Gewässer sowie der Grundstücke von Anliegern und Hinterliegern zum Wohl der Allgemeinheit vor.

Mit der Enteignung eines Wasser- und Bodenverbandes beschäftigt sich eine Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts aus dem Jahr 2004. Dabei scheint das Gericht davon auszugehen, dass auch das Eigentum eines als öffentlich-rechtliche Körperschaft verfassten Verbands Gegenstand einer Enteignung sein kann.³⁴⁵ Insofern dürfte die Position des Verbands der einer Gemeinde entsprechen. Auch für diese geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass deren Grundeigentum Gegenstand einer Enteignung sein kann.³⁴⁶

In der zitierten Entscheidung stellt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Gemeinden nicht Träger des Grundrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG sind.³⁴⁷ Dies folgt aus ihrer Eigenschaft als öffentlich-rechtliche Körperschaften. Auch bei den Wasser- und Bodenverbänden im Sinne des WVG handelt es sich gemäß § 1 Abs. 1 WVG um Körperschaften des öffentlichen Rechts. Das Schleswig-Holsteinische Verwaltungsgericht äußert in der zitierten Entscheidung Zweifel, ob Verbände im Sinne des WVG Träger des Eigentumsgrundrechts sein könnten.³⁴⁸ Das Nordrhein-Westfälische Oberverwaltungsgericht hat ebenfalls Zweifel daran geäußert, dass sich ein Verband auf das Grundrecht des Art. 14 GG

³⁴³ Czuchowski/Reinhardt, WHG, § 4 Rn. 28; Berendes in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 4 Rn. 25; Kotulla, WHG, § 4 Rn. 50.

³⁴⁴ Czuchowski/Reinhardt, WHG, § 70 Rn. 16.

³⁴⁵ Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 27. Oktober 2004 – 12 A 193/01 –, juris Rn. 84.

³⁴⁶ BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 – 4 A 1001/04 –, juris Rn. 225.

³⁴⁷ BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 – 4 A 1001/04 –, juris Rn. 225. Siehe auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, z.B. BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 02. Juli 2018 – 1 BvR 682/12 –, juris Rn. 17.

³⁴⁸ Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urteil vom 27. Oktober 2004 – 12 A 193/01 –, juris Rn. 84 ff.

berufen könne.³⁴⁹ Beide Gericht haben diese Frage aber letztlich offen gelassen. Das Bundesverwaltungsgericht scheint auch an der Grundrechtsfähigkeit zu zweifeln.³⁵⁰

Das Bundesverfassungsgericht stellt zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts allgemein fest, jedenfalls soweit diese öffentliche Aufgaben erfüllten, seien die materiellen Grundrechte grundsätzlich nicht anwendbar. Dabei folge die Nicht-Anwendbarkeit der Grundrechte nicht aus der Rechtsform als solcher. Es komme auf die Funktion an, in der eine juristische Person des öffentlichen Rechts von dem beanstandeten Akt der öffentlichen Gewalt betroffen werde. Bestehe diese Funktion in der Wahrnehmung gesetzlich zugewiesener und geregelter öffentlicher Aufgaben, so sei die juristische Person zumindest insoweit nicht grundrechtsfähig.³⁵¹ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in einem Kammerbeschluss die Grundrechtsfähigkeit eines Wasser- und Bodenverbands verneint, wenn dieser in seiner Satzung eine Aufgabe erhalten hat, die er als öffentliche Aufgabe in hoheitlicher Form erfüllt.³⁵²

Während diese Rechtsprechung gegen eine Grundrechtsfähigkeit der Wasser- und Bodenverbände im Sinne des WVG zu sprechen scheint, ist diese Frage in der Literatur umstritten.³⁵³ Dem soll an dieser Stelle nicht abschließend nachgegangen werden. Hierfür würde es einer genauen Betrachtung einerseits der satzungsmäßigen Aufgaben des Verbands und andererseits der konkreten Form der Betroffenheit bedürfen.

Ginge man entgegen der Tendenz in der Rechtsprechung von der Grundrechtsfähigkeit der Verbände im Sinne des WVG aus, kämen die Ausführungen zur Enteignung bei Privaten zu Anwendung (siehe oben A.III.).

Verneint man hingegen den Grundrechtsschutz durch Art. 14 GG, schließen sich hieran neue Fragen an. Unabhängig von der Geltung des Art. 14 GG sind auf eine Enteignung die enteignungsrechtlichen Regelungen anzuwenden.³⁵⁴ Der fehlende Grundrechtsschutz durch Art. 14 GG und die damit verbundene fehlende Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 3 GG würden sich in diesem Fall zunächst auf die Rügebefugnis bei einer verwaltungsgerichtlichen Klage gegen den Planfeststellungsbeschluss auswirken. Dem Verband käme nicht das umfassende Recht auf Überprüfung des Planfeststellungsbeschlusses

³⁴⁹ Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 11. September 2000 – 11 D 120/98.AK –, juris Rn. 36 ff.

³⁵⁰ BVerwG, Beschluss vom 11. April 1995 – 4 B 61/95 –, juris Rn. 9.

³⁵¹ BVerfG, Kammerbeschluss vom 23. Januar 1997 – 1 BvR 1317/86 –, juris Rn. 6 f.

³⁵² BVerfG, Kammerbeschluss vom 19. Juni 1990 – 2 BvR 691/90 –, juris.

³⁵³ Mit Einschränkungen in die Richtung einer Grundrechtsfähigkeit Reinhardt, in: Reinhardt/Häse, WVG, Einleitung Rn. 34 ff. mit weiteren Nachweisen. Eher dagegen Rapsch, in: Rapsch/Pencereci/Brandt, Wasserverbandsrecht, Rn. 72 ff.

³⁵⁴ BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 – 4 A 1001/04 –, juris Rn. 225.

zu.³⁵⁵ Weiterhin wäre zu beachten, dass im Rahmen der Abwägung der Eigentumsposition des Verbands aufgrund des etwaig fehlenden grundrechtlichen Schutzes ein geringeres Gewicht zukäme.³⁵⁶ Hinzu kommt, dass auch das Selbstverwaltungsrecht der Wasser- und Bodenverbände, anders als das kommunale Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, soweit hier ersichtlich, keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießt.³⁵⁷ Der Be- und Entwässerungsverband könnte sich insofern lediglich auf einfachgesetzliche Rechtspositionen berufen.

Wie oben gesehen (s.o. A.III.2.), wird nach hier vertretener Auffassung § 71 Abs. 1 WHG den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG an die Konkretisierung des Gemeinwohlzwecks, für den enteignet werden soll, nicht gerecht. Auch die allgemeine Bezugnahme auf das Wohl der Allgemeinheit in § 74 WG HH dürfte den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG an die Konkretisierung des Gemeinwohlzwecks nicht genügen. Fraglich ist, ob diese Problematik auch im Hinblick auf das Eigentum des Be- und Entwässerungsverbands zum Tragen kommt, wenn die Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 3 GG verneint wird. Dies kann hier nicht ausgeschlossen werden. Zwar fände Art. 14 Abs. 3 GG selbst keine Anwendung.³⁵⁸ Allerdings ist die Gemeinwohlbindung der Enteignung auch einfachgesetzlich verankert. Wie gesehen übernimmt § 71 Abs. 1 WHG die Gemeinwohlklausel des Art. 14 Abs. 3 GG. Gleches gilt für § 2 Abs. 1 EnteignG HH. Damit stellt sich die Frage, ob diese einfachgesetzlichen Regelungen die Enteignung für jeden Gemeinwohlzweck erlauben, also auch für solche, die nicht durch den Gesetzgeber weiter konkretisiert wurden und die damit nach der hier vertretenen Ansicht den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG nicht genügen. Nicht ausgeschlossen werden soll an dieser Stelle, dass die Regelungen gleichsam den gesamten Bedeutungsgehalt des Art. 14 Abs. 3 GG übernehmen und damit auch eine weitere gesetzliche Konkretisierung des Gemeinwohlzwecks erfordern. Wäre Letzteres der Fall, stieße eine Enteignung des Be- und Entwässerungsverbands auf die gleichen Bedenken, die oben gegen Enteignungen allgemein formuliert wurden.

Insgesamt lässt sich feststellen, dass sich der Be- und Entwässerungsverband – soweit hier geprüft – hinsichtlich der Enteignung seiner Grundstücke nicht in einer stärkeren Position als ein privater Eigentümer befindet. Im Gegenteil ist nicht auszuschließen, dass aufgrund der Nicht-Anwendbarkeit des Art. 14 GG eine Enteignung gegenüber dem Verband leichter durchzusetzen ist als gegenüber einem Privaten.

³⁵⁵ BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 – 4 A 1001/04 –, juris Rn. 192 f.

³⁵⁶ BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 – 4 A 1001/04 –, juris Rn. 228; Steinberg/Wickel/Müller, § 6 Rn. 139.

³⁵⁷ Reinhardt, in: Reinhardt/Hasche, WVG, § 1 Rn. 15.

³⁵⁸ So wohl BVerwG, Urteil vom 16. März 2006 – 4 A 1001/04 –, juris Rn. 193; Steinberg/Wickel/Müller, § 6 Rn. 137.

c. *Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände?*

Auch für den Bereich der Alten Süderelbe fragt die Auftraggeberin nach der Gefährdung der vorhandenen Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände. Diesbezüglich kann auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.II.4.b.cc.). Demgemäß ist auch hier davon auszugehen, dass es sich bei diesen Auswirkungen um Belange handelt, die in die Abwägung einzustellen sind. Gegebenenfalls sind nach § 70 Abs. 1 WHG in Verbindung mit § 14 Abs. 3 WHG in einem Planfeststellungsbeschluss Inhalts- und Nebenstimmungen zur Vermeidung oder zum Ausgleich der nachteiligen Wirkung vorzusehen.

d. *Klagebefugnisse*

Vorstehend ging es um die Betroffenheit Privater und die Frage, wie diese in der Planfeststellung einzuordnen sind. Die Auftraggeberin fragt im Zusammenhang mit der Beschreibung der verschiedenen Auswirkungen auch nach etwaigen Klagebefugnissen.

Gemäß § 42 Abs. 2 VwGO besteht eine Klagebefugnis, wenn der Kläger geltend machen kann, in einem eigenen Recht verletzt zu sein. Auch der Erfolg der Klage auf Aufhebung eines Planfeststellungsbeschlusses setzt gemäß § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO neben der Rechtswidrigkeit des Planfeststellungsbeschlusses eine Verletzung des Klägers in seinen Rechten voraus. Damit stellt sich im vorliegenden Zusammenhang die Frage nach dem möglicherweise verletzten Recht, das die Klagebefugnis begründen könnte.

Ein solches Recht stellt vor allem das Eigentum – hier jenseits der Betroffenheit durch Enteignung – dar,³⁵⁹ das bei vielen der vorstehend und im Folgenden betrachteten Auswirkungen betroffen ist. Von besonderer Bedeutung ist auch, dass die Rechtsprechung das Abwägungsgebot als drittschützend ansieht. Die Klagebefugnis besteht also auch dann, wenn der Kläger geltend macht, seine abwägungserheblichen Belange seien nicht oder nicht mit dem angemessenen Gewicht berücksichtigt worden.³⁶⁰ Das gilt auch dann, wenn der Betroffene lediglich einfache Interessen, die für sich betrachtet keine subjektiven Rechte darstellen, geltend macht.³⁶¹

Insofern kann vorliegend festgestellt werden, dass die abwägungserheblichen Belange, den jeweils Betroffenen auch eine Klagebefugnis vermitteln.

Allerdings beschränkt sich die Kontrolle auf die Abwägung der eigenen Belange mit den Belangen, die diesen gegenüber gestellt werden, vorliegend also mit den für das Vorhaben streitenden Belangen. Die Berücksichtigung anderer Belange können sie hingegen

³⁵⁹ Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 74 Rn. 271.

³⁶⁰ BVerwG, Beschluss vom 19. Mai 2005 – 4 VR 2000/05 –, juris Rn. 28; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 74 Rn. 272.

³⁶¹ BVerwG, Urteil vom 28. April 2016 – 9 A 7/15 –, juris Rn. 14; Neumann/Külpmann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 74 Rn. 272.

nicht geltend machen. Das Gleiche gilt für die Verletzungen von Rechtsnormen, die nicht ihrem Schutz dienen.³⁶²

Weitergehende Rügebefugnisse genießen hingegen Enteignungsbetroffene, das heißt Eigentümer, die von der enteignungsrechtlichen Vorwirkung betroffen sind (zu der Frage, ob vorliegend Enteignungen in Betracht kommen s.o. A.III.). Diese genießen einen Vollüberprüfungsanspruch und können die Überprüfung des Planfeststellungsbeschlusses auf seine objektive Rechtmäßigkeit verlangen.³⁶³ Auch dieser Überprüfungsanspruch wird allerdings eingeschränkt. Ein Rechtsfehler führt auch für den Enteignungsbetroffenen nicht zum Erfolg der Klage, wenn er für die Eigentumsbetroffenheit aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht erheblich, insbesondere nicht kausal ist.³⁶⁴

4. Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen

Auch im Kontext eines möglichen Vorhabens im Bereich der Alten Süderelbe stellt sich die Frage nach der Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen. Die Auftraggeberin fragt konkret nach der Beeinträchtigung der Obstbaunutzung durch wechselnde Grundwasserstände.

Zur Betroffenheit landwirtschaftlicher Flächen wurde bereits oben ausführlich Stellung genommen (s.o. A.II.4.b.dd.). Für Beeinträchtigungen der Be- und Entwässerung von Obstbauflächen durch wechselnde Grundwasserstände dürften sich keine Besonderheiten ergeben. Diese sind, wie Beeinträchtigungen der Landwirtschaft allgemein, im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Sie stellen nicht per se einen in der fachplanerischen Abwägung unüberwindbaren Belang dar. Konkret hat sich der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in der bereits zitierten Entscheidung zum Rückhalteraum Elzmündung mit der Problematik ansteigenden Grundwassers und der Auswirkungen auf die Landwirtschaft im Rahmen der Abwägung beschäftigt.³⁶⁵

Wie oben bereits erörtert (s.o. A.II.4.b.dd.), wird hier an Inhalts- und Nebenbestimmung im Sinne des § 14 Abs. 3 S. 1 WHG zu denken sein. *Schmid* nennt hier Mindest- und Höchststaustände, Bewässerungs- und Beregnungsmaßnahmen als Beispiele.³⁶⁶

5. Sicherstellung der Flächenverfügbarkeit

Auch mit Bezug auf ein etwaiges Projekt im Bereich der Alten Süderelbe stellt die Auftraggeberin die Frage nach einer Enteignungsgrundlage.

Diesbezüglich kann auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.III.).

³⁶² BVerwG, Urteil vom 10. Oktober 2012 – 9 A 20/11 –, juris Rn. 11.

³⁶³ BVerwG, Beschluss vom 23. Januar 2015 – 7 VR 6/14 –, juris Rn. 11.

³⁶⁴ BVerwG, Beschluss vom 23. Januar 2015 – 7 VR 6/14 –, juris Rn. 12.

³⁶⁵ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 23. September 2013 – 3 S 284/11 –, juris Rn. 452.

³⁶⁶ Schmid, in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 14 Rn. 51.

6. Verschlechterungsverbot

Die Auftraggeberin stellt die Frage nach der Anwendbarkeit des Verschlechterungsverbots, generell und während der Bauzeit. Dabei weist sie insbesondere auf die Grundwassergefährdung durch Bodenaushub und durch aushubbedingt verringerte Deckschichten hin.

In ihrem ersten Teil entspricht die Frage der allgemeinen Fragestellung nach der Geltung des Verschlechterungsverbots. Insofern wird auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen (s.o. A.II.3.b.aa.)

Im zweiten Teil der Frage geht es um die Geltung des Verschlechterungsverbots auch für das Grundwasser (Grundwassergefährdung durch Bodenaushub und Grundwassergefährdung durch aushubbedingt verringerte Deckschichten). Für das Grundwasser gelten die Bewirtschaftungsziele des § 47 WHG. Gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG ist das Grundwasser so zu bewirtschaften, dass „eine Verschlechterung seines mengenmäßigen und seines chemischen Zustands vermieden wird“. Mit diesem Verschlechterungsverbot setzt der Gesetzgeber Art. 4 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 2000/60/EG (Wasserrahmen-Richtlinie) in deutsches Recht um. Das Verschlechterungsverbot des § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG gehört in der Planfeststellung ebenso wie § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG (s.o. A.II.3.b.aa.) zum zwingenden Recht, ist also strikt beachtlich.³⁶⁷

Wie bereits oben in der detaillierten Auseinandersetzung mit dem Verschlechterungsverbot des § 27 Abs. 2 Nr. 1 WHG dargestellt, kann seitens des Unterzeichners nicht eingeschätzt werden, ob eine Verschlechterung im Sinne des § 47 Abs. 1 Nr. 1 WHG eintreten wird. Sollte dies der Fall sein, gilt jedoch gemäß § 47 Abs. 3 S. 1 WHG die Regelung über Ausnahmen des § 31 Abs. 2 S. 1 WHG entsprechend. Auf die oben gemachten Ausführungen soll demgemäß zunächst verwiesen werden (s.o. A.II.3.b.aa.(4.)).

Wie gesehen setzt § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 WHG voraus, dass die Verschlechterung „auf einer neuen Veränderung der physischen Gewässereigenschaften oder des Grundwasserstands beruht“. Nicht geklärt ist die Frage, ob § 47 Abs. 3 S. 1 WHG nur auf die Alternative Veränderung des Grundwasserstands verweist, oder ob auch eine Veränderung der physischen Gewässereigenschaften zum Tragen kommen kann.³⁶⁸

Die Fragestellung nimmt ausdrücklich Bezug auf das auf der Wasser-Rahmenrichtlinie basierende Verschlechterungsverbot. Ergänzend soll an dieser Stelle auf den Besorgnisgrundsatz des § 48 WHG hingewiesen werden. Auch jenseits der Fallgruppen des § 48 WHG wird hieraus ein allgemeiner Grundsatz des Wasserrechts abgeleitet, „der auch

³⁶⁷ BVerwG, Urteil vom 10. November 2016 – 9 A 18/15 –, BVerwGE 156, 215 Rn. 96.

³⁶⁸ Für die Beschränkung auf den Grundwasserstand Böhme in: Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, § 47 Rn. 39. Im Sinne der weiteren Lesart Dallhammer/Fritsch, ZUR 2016, 340, 349. Ohne Stellungnahme Rossi, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Kopp, WHG, § 47 Rn. 40.

beim Einwirken auf das Grundwasser in sonstiger Weise Geltung beansprucht und gebietet, den Schutz des Grundwassers vor Verunreinigungen zu gewährleisten“.³⁶⁹ Das Bundesverwaltungsgericht bezeichnet das Verbot der Grundwasserbeeinträchtigung als zwingenden Rechtssatz, der der planerischen Abwägung Schranken setzt.³⁷⁰ Die Anforderungen dieser Regelung sollen hier aufgrund der Beschränkung der Fragestellung nicht näher untersucht werden. Dies müsste bei einer Planung des Vorhabens gegebenfalls noch erfolgen.

7. Naturschutz

Die Auftraggeberin stellt eine Frage zum Naturschutz hinsichtlich der FFH-Richtlinie und der Betroffenheit von Naturschutzgebieten. Konkret wird die Frage nach einer naturschutzfachlichen Abwägung gestellt. Dabei geht es um den Aspekt, dass durch das Vorhaben einerseits in ein hochwertiges Stillgewässer eingegriffen, dafür aber ein Tidebiotop geschaffen wird. Zu der konkreten naturschutzfachlichen Abwägung zwischen diesen beiden Aspekten kann in dieser Stellungnahme keine Aussage erfolgen. Dies ist naturschutzfachlichen Gutachten vorzubehalten.

Allerdings soll aufgezeigt werden, bei welchen rechtlichen Anforderungen ein solcher Vergleich eine Rolle spielen könnte. Eine Gegenüberstellung der naturschutzfachlichen Wertigkeit dieser beiden Gewässertypen könnte in verschiedenen Zusammenhängen zum Tragen kommen. Namentlich im Kontext der Ausnahmeprüfung nach § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG für Beeinträchtigungen von Natura 2000-Gebieten verlangt § 34 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG als Voraussetzung für eine Ausnahme das Vorliegen zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses. Dies kann gemäß § 34 Abs. 4 BNatSchG auch das Erreichen maßgeblich günstiger Auswirkungen auf die Umwelt sein. Hier könnte also im Rahmen einer Abwägung auch die Frage nach einem naturschutzfachlichen Vergleich der beiden Gewässertypen berücksichtigt werden.

Auch bei der Prüfung einer Ausnahme von den artenschutzrechtlichen Zugriffsverboten nach § 45 Abs. 7 S. 1 Nr. 4 BNatSchG kann es auf das Erreichen maßgeblich günstiger Auswirkungen auf die Umwelt ankommen. Dafür wird in der Literatur eine unmittelbare und kausal nachweisbare Verbesserung des Zustands der Umwelt verlangt.³⁷¹ Hier läge es nahe, auch darauf abzustellen, ob ein Tidegewässer naturschutzfachlich höher zu bewerten ist als ein für sich betrachtet ebenfalls schon hochwertiges Stillgewässer.

Eine solche Verbesserung könnte auch im Rahmen der allgemeinen fachplanerischen Abwägung zu berücksichtigen sein. Hier werden naturschutzfachliche Belange sowohl

³⁶⁹ BVerwG, Urteil vom 18. März 2009 – 9 A 39/07 –, BVerwGE 133, 239 Rn. 91 zu § 34 WHG a.F. Siehe auch Böhme, in: Berendes/Frenz/Müggengborg, WHG, § 48 Rn. 6.

³⁷⁰ BVerwG, Urteil vom 18. März 2009 – 9 A 39/07 –, BVerwGE 133, 239 Rn. 90 zu § 34 WHG a.F.

³⁷¹ Lau in: Frenz/Müggengborg, BNatSchG, § 45 Rn. 17.

für als auch gegen das Vorhaben streiten. Es würde insgesamt für das Vorhaben sprechen, wenn das Vorhaben bei einer naturschutzfachlichen Bilanzierung einen Vorteil gegenüber dem bestehenden Zustand erreichen würde.

Konkrete Hinweise auf die Vorzugswürdigkeit eines der beiden Gewässertypen könnten Verordnungen über Naturschutzgebiete enthalten. Wie gesehen (s.o. A.II.3.b.dd.) sieht beispielsweise § 2 Abs. 2 Nr. 2 Verordnung über das Naturschutzgebiet Finkenwerder Süderelbe (VO NSG Finkenwerder Süderelbe) die Entwicklung tidebeeinflusster Süßwasserbiotope als Schutzzweck vor. Gleichzeitig nimmt § 5 Abs. 2 Nr. 1 VO NSG Finkenwerder Süderelbe Maßnahmen zur Öffnung der Alten Süderelbe von bestimmten Verboten des § 5 Abs. 1 VO NSG Finkenwerder Süderelbe aus. Die Verordnung erkennt demgemäß die Öffnung der Süderelbe als Schutzzweck an. Der Verordnungsgeber will die Öffnung der Alten Süderelbe offenbar nicht behindern. Ob sich daraus jedoch bereits eine eindeutige Präferenz für die Öffnung der Alten Süderelbe ergibt, ist jedoch unklar.

Im Übrigen soll an dieser Stelle auf das Renaturierungsgebot des § 6 Abs. 2 WHG hingewiesen werden. Wäre die Wiederherstellung des Tideeinflusses in diesem Sinne als Renaturierung zu verstehen, würde das in einem Vergleich ebenfalls für das Tidegewässer sprechen.

II. Dove-Elbe

1. Bedarfsbegründung

Auch für ein etwaiges Vorhaben im Bereich der Dove-Elbe stellt die Auftraggeberin die Frage, ob die Bedarfsbegründung für die betrachteten Maßnahmen ausreichend ist. Insbesondere soll beurteilt werden, ob die prognostizierten Änderungen des Tideregimes oder die ökologische Zielsetzung hinreichend sind, um die vorhabenbedingten Auswirkungen im Zweifelsfalle wegzuwägen.

Wie bereits zur Alten Süderelbe angemerkt, betrifft diese Fragestellung die konkrete Abwägung zu dem Vorhaben. Auch hier ist festzustellen, dass an dieser Stelle noch kein abschließendes Bild des Abwägungsgefüges und aller von den jeweiligen Vorhaben betroffenen, für und gegen die Maßnahmen sprechenden Belange gezeichnet werden kann. Hierfür bedarf es einer konkreten Planung der Vorhaben und einer vollständigen Ermittlung seiner positiven wie negativen Auswirkungen. Im Übrigen wird auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen (s.o. A.II.4.).

2. Hochwasserschutz

Die Auftraggeberin fragt auch mit Blick auf das Vorhaben im Raum der Dove-Elbe nach einer Bewertung einer vorhabenbedingten Schwächung des Hochwasserschutzes.

Hier kann auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.II.3.a.bb.). Soweit eine erhebliche und dauerhafte und auch nicht ausgleichbare Erhöhung des Hochwasserrisikos eintreten würde, würde dies zumindest im Regelfall gemäß § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG ein Zulassungshindernis darstellen.

3. Auswirkungen auf vorhandene oder geplante Infrastrukturen und sich daraus ergebende Klagebefugnisse

Auch im Zusammenhang mit etwaigen Vorhaben im Bereich der Dove-Elbe fragt die Auftraggeberin nach der erforderlichen Berücksichtigung der Auswirkungen auf vorhandene und geplante Infrastrukturen und Nutzungen und sich gegebenenfalls daraus ergebende Klagebefugnisse.

a. Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände?

Auch für ein etwaiges Vorhaben im Bereich der Dove-Elbe fragt die Auftraggeberin nach der Gefährdung der vorhandenen Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände.

Diesbezüglich kann auch hier auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.II.4.b.cc.). Demgemäß ist auch hier davon auszugehen, dass es sich bei diesen Auswirkungen um Belange handelt, die in die Abwägung einzustellen sind. Gegebenenfalls sind nach § 70 Abs. 1 WHG in Verbindung mit § 14 Abs. 3 WHG in einem Planfeststellungsbeschluss Inhalts- und Nebenbestimmungen zur Vermeidung oder zum Ausgleich der nachteiligen Wirkung vorzusehen.

b. Werften und Häfen

Die Auftraggeberin fragt im Kontext der möglichen Maßnahme an der Dove-Elbe nach der Betroffenheit von Werften und Häfen und Schifffahrtslinien. Zum einen wird gefragt, ob Werften und Häfen den Umbau ihrer Anlagen mit senkrechten Uferabschlüssen und Schwimmstegen dulden müssen.

Die Errichtung dieser Anlagen könnte sich als Maßnahme zur Vermeidung oder Ausgleichs nachteiliger Wirkungen im Sinne des § 14 Abs. 3 und 4 WHG darstellen. Um die Betroffenheit in die Systematik dieser Regelung einzuordnen, würde es einer Betrachtung der jeweiligen rechtlichen Situation des Betriebs bedürfen. Einerseits könnte sich hier um die Einwirkung auf ein Recht im Sinne des § 14 Abs. 3 WHG handeln. Liegt kein entsprechendes Recht vor, kommt eine nachteilige Wirkung ohne die Beeinträchtigung eines Rechts im Sinne des § 14 Abs. 4 WHG in Betracht. In beiden Fällen wäre – beim Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – die Rechtsfolge gemäß § 14 Abs. 3 S. 1 WHG eine Inhalts- und Nebenbestimmung, mit der die nachteilige Wirkung vermieden oder ausgeglichen wird.

Eine Pflicht zur Duldung würde nur ausscheiden, wenn die Rechte oder Interessen der Werften und Häfen in der Abwägung ein so großes Gewicht ausüben würden, dass ein Einwirken auf diese abwägungsfehlerhaft erschiene. In jedem Fall sind aber auch sie Gegenstand der Abwägung. Entsprechend gewichtige für das Vorhaben streitende Belange vorausgesetzt, könnten sie in der Abwägung somit auch zurückgestellt werden.

c. Werften/Schifffahrt

Weiterhin fragt die Auftraggeberin, wie die Beeinträchtigungen von Betrieben, namentlich Werften und Schifffahrtslinien zu bewerten sind.

Oben wurde bereits allgemein auf die Berücksichtigung der Auswirkungen auf gewerbliche Betriebe in der Abwägung eingegangen. Auf diese Ausführungen soll zunächst verwiesen werden (s.o. A.II.4.b.aa.).

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 hat sich das Bundesverwaltungsgericht mit einer Elbquerung mittels eines Tunnels zwischen Glückstadt und Drohtersen beschäftigt. In der Entscheidung ging es um die Einordnung der Rechte eines Fährunternehmers. Das Bundesverwaltungsgericht führte aus:

„Zwar vermittelt Art. 14 Abs. 1 GG der Klägerin keine gefestigte Rechtsposition, mit der sie die Beeinträchtigung ihres Fährbetriebes durch einen Elbtunnel abwehren könnte. Insbesondere wird sie nicht direkt durch eine Eigentumsentziehung in Anspruch genommen. Sie muss es daher im Grundsatz hinnehmen, wenn die umstrittene Planung eine Verschlechterung der für den Fährbetrieb bestehenden Verkehrslage herbeiführt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist ein etwaiges Vertrauen in den Bestand oder Fortbestand einer bestimmten Markt- oder Verkehrslage regelmäßig kein für die Fachplanung unüberwindlicher Belang“.³⁷²

Gleichwohl kommt das Gericht zu dem Schluss, dass die Belange in der Abwägung zu berücksichtigen sind:

„Das bedeutet aber nicht, dass Anliegerinteressen rechtlich überhaupt nicht zu Buche schlagen. Sie müssen, sofern sie nicht als geringfügig ausnahmsweise außer Betracht zu bleiben haben, in die Abwägung eingestellt werden (...). Dies gilt erst recht dann, wenn eine Existenzgefährdung geltend gemacht wird. In einem solchen Fall ist auch ohne direkte Inanspruchnahme einer Eigentumsposition das Interesse des Gewerbetreibenden an der Erhaltung der unter Umständen mit erheblichen Eigenmitteln ausgenutzten Erwerbsquelle in der hoheitlichen Planung zu berücksichtigen und abzuwagen“.³⁷³

Auch wenn der Fall nur eingeschränkt vergleichbar sein dürfte, da vorliegend die Schifffahrtslinien und auch die Werften durch den Ausbau unmittelbar berührt werden, zeigt sich doch, dass diese Positionen wohl wiederum im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen wären. Dort gehen die entsprechenden Rechte oder Interessen gemäß ihres Gewichts in die Abwägung ein, sind aber in der Regel nicht unüberwindbar.

Für die nachteiligen Wirkungen kommen wiederum gemäß der Verweisung in § 70 Abs. 1 WHG die Regelungen des § 14 Abs. 3 und 4 WHG zum Tragen, wiederum abhängig davon, ob die Position der Schifffahrtslinien und der Werften als Rechte im Sinne des § 14

³⁷² BVerwG, Urteil vom 28. April 2016 – 9 A 7/15 –, juris Rn. 14.

³⁷³ BVerwG, Urteil vom 28. April 2016 – 9 A 7/15 –, juris Rn. 14.

Abs. 3 WHG zu qualifizieren sind oder ob es sich lediglich um nachteilige Wirkungen im Sinne des § 14 Abs. 4 WHG handelt.

d. *Leistungssport, Freizeit- und Erholungsnutzungen*

Diesbezüglich soll auf die allgemeinen Ausführungen zu den Freizeitaktivitäten verwiesen werden (s.o. A.II.4.b.ee.). Soweit der Dove-Elbe hier eine gesteigerte Funktion zu kommt, ändert dies nichts an der grundsätzlichen Einordnung als Abwägungsbelange. Auswirkungen hat dies jedoch auf die Gewichtung der Belange in der Abwägung.

e. *Nutzungen wie Angeln, Freizeitnutzung, Pferde tränken*

Die Auftraggeberin fragt nach dem Gewicht von Freizeitaktivitäten wie Angeln, Freizeitnutzung oder Pferdetränen.

Auch diesbezüglich kann auf die allgemeinen Ausführungen zu Freizeitaktivitäten als Abwägungsbelang verwiesen werden (s.o. A.II.4.b.ee.).

f. *Klagebefugnisse*

Hier gelten die Ausführungen, die zu einem Vorhaben im Bereich Alte Süderelbe gemacht wurden, entsprechend (s.o. B.I.3.d.).

4. Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen

Auch im Kontext eines möglichen Vorhabens im Bereich der Dove-Elbe stellt sich die Frage nach der Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen. Auch hier fragt die Auftraggeberin konkret nach der Beeinträchtigung der Obstbaunutzung durch wechselnde Grundwasserstände.

Hierzu wurde allgemein (s.o. A.II.4.b.dd.) und im Zusammenhang mit einem Vorhaben im Bereich der Alten Süderelbe (s.o. B.I.4.) bereits Stellung genommen. Auf die Ausführungen kann verwiesen werden.

5. Sicherstellung der Flächenverfügbarkeit

Auch mit Bezug auf ein etwaiges Projekt im Bereich der Dove-Elbe stellt die Auftraggeberin die Frage nach einer Enteignungsgrundlage.

Diesbezüglich kann auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.III.).

6. Verschlechterungsverbot

Die Auftraggeberin fragt auch im Zusammenhang mit einem etwaigen Vorhaben im Bereich der Dove-Elbe nach der Geltung des Verschlechterungsverbots. Diesbezüglich kann auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.II.3.b.aa.).

7. Naturschutz

Auch für ein etwaiges Vorhaben im Bereich der Dove-Elbe stellt die Auftraggeberin die Frage nach einer naturschutzfachlichen Abwägung zwischen dem hochwertigen Stillgewässer einerseits und einem Tidebiotop andererseits.

Hier kann auf die allgemeinen Ausführungen im Kontext der Alten Süderelbe verwiesen werden (s.o. B.I.7.).

III. Haseldorfer Marsch

1. Bedarfsbegründung

Auch für ein etwaiges Vorhaben im Bereich der Haseldorfer Marsch stellt die Auftraggeberin die Frage, ob die Bedarfsbegründung für die betrachteten Maßnahmen ausreichend ist. Insbesondere soll beurteilt werden, ob die prognostizierten Änderungen des Tideregimes oder die ökologische Zielsetzung hinreichend sind, um die vorhabenbedingten Auswirkungen im Zweifelsfalle wegzuwägen.

Auch hier betrifft die Frage die konkrete Abwägung zu dem Vorhaben. Wie bereits allgemein ausgeführt, kann an dieser Stelle noch kein abschließendes Bild des Abwägungsgefüges und aller von den jeweiligen Vorhaben betroffenen, für und gegen die Maßnahmen sprechenden Belange gezeichnet werden. Hierfür bedarf es einer konkreten Planung der Vorhaben und einer vollständigen Ermittlung seiner positiven wie negativen Auswirkungen. Im Übrigen wird auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen (s.o.

A.II.4.)

2. Entscheidung des OVG Schleswig – 4 LB 15/06 –

In Bezug auf das Vorhaben in der Haseldorfer Marsch stellt die Auftraggeberin die Frage, ob das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Schleswig-Holstein vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 – der Verwirklichung der Maßnahme grundsätzlich entgegenstehe. Vorliegend wird der Entscheidungstext zugrunde gelegt, der in juris.de veröffentlicht ist. Fragen der Rechtskraft sind vorliegend nicht geprüft worden.

Bei dem Verfahren handelte es sich um ein Berufungsverfahren gegen ein Urteil des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts. Das Verwaltungsgericht hatte den Planfeststellungsbeschluss aufgehoben.³⁷⁴ Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen, die Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses also bestätigt. Eine Beschwerde gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts hat das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen.³⁷⁵

³⁷⁴ Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, juris Rn. 40.

³⁷⁵ BVerwG, Beschluss vom 28. Januar 2009 – 7 B 45/08 –, juris.

In dem Verfahren ging es um die Rechtmäßigkeit eines Planfeststellungsbeschlusses „für die Schaffung eines tidebeeinflussten Gebietes im Bereich der Haseldorfer Marsch und für die Verstärkung des Tideeinflusses im Gebiet des Twielenflether Sandes vom 22. Mai 2000“.³⁷⁶ Das Vorhaben entspricht zumindest in Teilen den hier zu betrachtenden Maßnahmen in der Haseldorfer Marsch. Dieser Planfeststellungsbeschluss stand im Zusammenhang mit einem weiteren Planfeststellungsbeschluss, der die Voraussetzungen für die Erweiterung des Werksgeländes der EADS-Airbus-GmbH in Hamburg Finkenwerder geschaffen hatte, welche die Fertigung des Großraumflugzeuges A 3 XX – jetzt A 380 – ermöglichen sollte. In diesem Planfeststellungsbeschluss war auch die Verfüllung einer etwa 170ha großen Teilfläche des Mühlenberger Lochs vorgesehen.³⁷⁷ Die Verfüllung des Mühlenberger Lochs machte die Bereitstellung von Ausgleichs- und Ersatzflächen erforderlich. Der Planfeststellungsbeschluss, der Gegenstand des Verfahrens vor dem Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein war, war eine naturfachliche Ersatzmaßnahme für den Eingriff in das Mühlenberger Loch.³⁷⁸

Das Oberverwaltungsgericht stellte in seiner Entscheidung einen Abwägungsfehler fest.³⁷⁹ Der Planfeststellungsbeschluss weise gravierende Mängel auf. Es sei nicht hinreichend beachtet worden,

„dass die (...) planfestgestellte Ersatzmaßnahme nachhaltig in ein bereits besonders hochwertiges Habitat eingreift, den dortigen, im Wesentlichen durch Stillgewässer und Überschwemmungswiesen geprägten Zustand in erheblichem Umfang im Sinne eines bloßen Austausches zweier schützenswerter Lebensraumtypen nachhaltig verändern, auf solche Weise nur ein vergleichsweise sehr geringwertiger Ausgleich für die teilweise Zerstörung des hochwertigen Ästuars Mühlenberger Loch bewirkt werden kann und schließlich eine in Ansehung solcher Gegebenheiten unverzichtbare Prüfung von Alternativen im Sinne eines Ermessensausfalls ausdrücklich nicht vorgenommen worden ist bzw. werden sollte“.³⁸⁰

³⁷⁶ Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, juris Rn. 1.

³⁷⁷ Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, juris Rn. 3.

³⁷⁸ Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, juris Rn. 7.

³⁷⁹ Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, juris Rn. 79 ff. Bestätigend BVerwG, Beschluss vom 28. Januar 2009 – 7 B 45/08 –, juris Rn. 10.

³⁸⁰ Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, juris Rn. 83.

Die Entscheidung beruhte auf der Feststellung, dass die geplante Maßnahme den Anforderungen an eine Ersatzmaßnahme für die Verfüllung des Mühlenberger Lochs nicht genügte.³⁸¹ Diese rechtliche Feststellung ist spezifisch auf die damalige Konstellation und die Verknüpfung mit der Planfeststellung zur Erweiterung des EADS-Airbus-Werks bezogen. Da diese Verknüpfung bei dem hier zu betrachtenden Vorhaben nicht besteht, der Anschluss der Haseldorfer Marsch an das Tidegeschehen also nicht als Ersatzmaßnahme vorgesehen ist, sondern selbständig geplant wird, kommen die Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts insofern für die jetzt vorliegende Situation nicht zum Tragen.

Das Oberverwaltungsgericht hatte in der damals bestehenden Konstellation insbesondere auch das Fehlen einer Alternativenprüfung bemängelt.

„In Ansehung der ökologischen Hochwertigkeit der Flächen der Haseldorfer Marsch in ihrer im Zeitpunkt des Erlasses des Planfeststellungsbeschlusses für die Schaffung eines tidebeeinflussten Gebietes im Bereich der Haseldorfer Marsch vorhandenen ökologischen Struktur, wie sie insbesondere in deren Status als vorgeschlagenes FFH-Gebiet und der EU-Kommission gemeldetes Vogelschutzgebiet sowie durch die Unterschutzstellung als europäisches Vogelschutzgebiet durch die Landesverordnung über das Naturschutzgebiet "Haseldorfer Binnenelbe mit Elbvorland" vom 22. März 2000 ihren Ausdruck gefunden hat, ferner der mit erheblichen Eingriffen im Sinne des § 7 Abs. 1 LNatSchG a.F. einher gehenden Beeinträchtigung der in § 3 der Naturschutzgebietsverordnung niedergelegten Schutzzwecke durch die planfestgestellte Maßnahme und schließlich unter Beachtung des Umstandes, dass dem im Rahmen der streitbefangenen Planung vorgesehenen teilweisen Austausch jeweils schützenswerter Lebensraumtypen nach Maßgabe einer bilanzierenden ökologischen Betrachtung allenfalls ein vergleichsweiser geringer ökologischer Wiedergutmachungseffekt im Sinne der bereits zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zukommt, liegt für den Senat auf der Hand, dass die Wiederherstellung eines Naturzustandes nach Art eines Ästuars im Bereich der Haseldorfer Marsch nur dann eine Eignung als Ersatzmaßnahme für die teilweise Verfüllung des Mühlenberger Loches hätte zugesprochen werden können, wenn sie sich hinsichtlich einer möglichen Standortauswahl als alternativlos darstellt hätte. Das Vorhandensein einer solchen Alternative hat die Beklagte indes nach dem ausdrücklichen Wortlaut des angegriffenen

³⁸¹ Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, juris Rn. 84.

Planfeststellungsbeschlusses weder geprüft noch überhaupt prüfen wollen (...).³⁸²

Betrachtet man dieses Zitat des Oberverwaltungsgerichts ruht das Erfordernis der Alternativenprüfung auf mehreren Erwägungen, die nur zum Teil aus der Einordnung als Ersatzmaßnahme für die Verfüllung des Mühlenberger Lochs folgen. Den jeweiligen Grundlagen für das Erfordernis der Alternativenprüfung, deren Fehlen in der Entscheidung jedenfalls als Abwägungsfehler bezeichnet wurde,³⁸³ soll an dieser Stelle nicht nachgegangen werden. Denn jedenfalls kann festgehalten werden, dass auch die hier zu betrachtende neue Planung eine Alternativenprüfung umfassen muss. Dies ist in den vorangegangenen Ausführungen in verschiedenen Zusammenhängen gezeigt worden. Hinzu käme soweit erforderlich noch eine Alternativenprüfung gemäß § 15 Abs. 5 BNatSchG im Rahmen der – hier nicht näher betrachteten – naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung. Insbesondere ist die Prüfung von Alternativen eine Anforderung des allgemeinen Abwägungsgebots.³⁸⁴ Insofern stehen die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts der Verwirklichung der hier zu betrachtenden Maßnahme in der Haseldorfer Marsch nicht entgegen, geben aber Anlass an das Erfordernis einer Alternativenprüfung zu erinnern.

Weiterhin bemängelte das Oberverwaltungsgericht, dass der Planfeststellungsbeschluss die für die Haseldorfer Marsch vorgesehenen Maßnahmen nicht als Eingriff im Sinne des § 7 Abs. 1NatSchG SH a.F. angesehen hatte. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seiner auf die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts bezogenen Entscheidung vom 28. Januar 2009 bestätigt, Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen schieden „nicht schon ihrer Zielrichtung wegen begrifflich als Eingriff in Natur und Landschaft aus“.³⁸⁵ Gehe mit der Maßnahme jedoch eine wesentliche Verbesserung des bestehenden Zustandes einher, erweise sie sich in der naturschutzfachlichen Gesamtbilanz als günstig, bedürfe der mit der Maßnahme zunächst bewirkte Eingriff keiner weiteren Kompensation durch Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen.³⁸⁶ Dieser Aspekt soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Auch dieser Teil der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts würde dem hier zu betrachtenden Vorhaben nicht entgegenstehen. Es kann wiederum als Erinnerung gewertet werden, dass gegebenenfalls die Anforderung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung der §§ 14 ff. BNatSchG zu beachten wären.

³⁸² Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, juris Rn. 85.

³⁸³ Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, Rn. 83, juris.

³⁸⁴ Vgl. dazu auch BVerwG, Beschluss vom 28. Januar 2009 – 7 B 45/08 –, juris Rn. 23.

³⁸⁵ BVerwG, Beschluss vom 28. Januar 2009 – 7 B 45/08 –, juris Rn. 19.

³⁸⁶ BVerwG, Beschluss vom 28. Januar 2009 – 7 B 45/08 –, juris Rn. 20.

Weiterhin bemängelte das Oberverwaltungsgericht die rückwirkende Anwendung der Änderung der Landesverordnung über das Naturschutzgebiet „Haseldorfer Binnenelbe mit Elbvorland“. Dies beruhte auf der Erwägung, dass es für die Beurteilung der Rechtsmäßigkeit eines komplexen Abwägungsvorgangs auf die im Zeitpunkt der Planungsentcheidung vorhandenen Tatsachen und Rechtsverordnungen ankomme.³⁸⁷ Auch diese Frage würde sich bei einer Planfeststellung der hier zu betrachtenden Maßnahme so nicht stellen, denn die fortbestehende Landesverordnung könnte jetzt ohne Weiteres in ihrer geänderten Fassung zugrunde gelegt werden. Dies steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass die grundsätzlichen gegen die Landesverordnung angeführten Bedenken nicht verfangen.³⁸⁸ Das wäre bei einer geplanten Zugrundelegung der Landesverordnung noch zu prüfen.

Auch die weiteren Erwägungen des Oberverwaltungsgerichts leiten sich daraus ab, dass es sich bei der Planfeststellung um die Planung einer Kohärenzsicherungsmaßnahme für das Netz Natura 2000 handelte.³⁸⁹ Diese Sachlage wäre, wie bereits dargelegt, bei der jetzt zu betrachtenden Maßnahme nicht mehr gegeben.

3. Inanspruchnahme landwirtschaftlicher Pachtflächen

Im Bereich der Haseldorfer Marsch würden in die Maßnahme auch Flächen einbezogen werden, die verpachtet und in landwirtschaftlicher Nutzung sind. Die Auftraggeberin fragt deshalb, ob es für Pachtflächen eine Enteignungsgrundlage gibt.

Das Bundesverwaltungsgericht bezieht das Besitzrecht des Pächters als vermögenswertes Recht in den Eigentumsschutz des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG ein.³⁹⁰ Es stellt als Recht an einem Grundstück auch eine enteignungsfähige Position im Sinne der §§ 1, 6 EnteignG SH dar. Das EnteignG SH ist in an dieser Stelle nicht so deutlich wie andere Enteignungsgesetze. § 6 EnteignG SH spricht neben dem Eigentum nur die Entziehung und Beschränkung der Rechte am Grundstück an, während etwa § 86 BauGB ausdrücklich auch solche Rechte nennt, die zum Besitz oder zur Nutzung von Grundstücken berechtigen, wozu

³⁸⁷ Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, juris Rn. 87.

³⁸⁸ Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, juris Rn. 88 f.

³⁸⁹ Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein, Urteil vom 24. Juni 2008 – 4 LB 15/06 –, juris Rn. 91.

³⁹⁰ BVerwG, Urteil vom 29. Januar 2009 – 9 C 3/08 –, BVerwGE 133, 118 Rn. 15; BVerwG, Urteil vom 01. September 1997 – 4 A 36/96 –, juris Rn. 26.

auch die Pacht gehört.³⁹¹ Von der Enteignungsfähigkeit der Rechte aus der Pacht geht aber scheinbar auch die Literatur zum EnteignG SH aus.³⁹²

Die zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts befasste sich mit Fragen der Enteignung im Kontext der Unternehmensflurbereinigung. Hier stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, die enteignungsrechtliche Betroffenheit des Grundstückseigentümers sei auf das Besitzrecht des Pächters übertragbar. Art. 14 Abs. 3 GG finde Anwendung.³⁹³ Gleiches hat das Bundesverwaltungsgericht auch im Kontext einer straßenrechtlichen Planfeststellung – dort unter Aufgabe einer älteren Rechtsprechung – entschieden.³⁹⁴ Ein Beispiel aus dem Kontext einer wasserrechtlichen Planfeststellung bietet eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz aus dem Jahr 2004.³⁹⁵

Davon ausgehend gelten die gleichen Anforderungen wie bei der Enteignung der Grundstücke selbst. Diesbezüglich kann auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.III.). Nach der hier vertretenen Auffassung besteht derzeit nach dem WHG eine den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG genügende Enteignungsgrundlage gemäß § 71 Abs. 2 WHG nur für Vorhaben, die dem Küsten- oder Hochwasserschutz dienen. Die möglichen Enteignungszwecke werden zwar durch § 85 Abs. 1 LWG SH noch erweitert, insbesondere um Unternehmen der öffentlichen Wasserversorgung und der öffentlichen Abwasserbeseitigung. Ob der ebenfalls in § 85 Abs. 1 LWG SH genannte Enteignungszweck des Ausbaus von Gewässern im öffentlichen Interesse hingegen den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG genügt oder an dem gleichen – hier vertretenen – Mangel leidet wie § 71 Abs. 1 WHG, wurde oben offen gelassen.

4. Hochwasserschutz

Die Auftraggeberin fragt auch mit Blick auf das Vorhaben im Bereich der Haseldorfer Marsch nach einer Bewertung einer vorhabenbedingten Schwächung des Hochwasserschutzes, konkret durch den Einbau eines Sperrwerks in den vorhandenen Deich.

Hier kann auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.II.3.a.bb.). Soweit eine erhebliche und dauerhafte und auch nicht ausgleichbare Erhöhung des Hochwasserrisikos eintreten würde, würde dies zumindest im Regelfall gemäß § 68 Abs. 3 Nr. 1 WHG ein Zulassungshindernis darstellen.

³⁹¹ Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 86 Rn. 5.

³⁹² Bald/Bliese, in: Dirnberger et al., Beck-Kommunalpraxis Schleswig-Holstein plus, LEnteignG SH, Erläuterungen zu § 1.

³⁹³ BVerwG, Urteil vom 29. Januar 2009 – 9 C 3/08 –, BVerwGE 133, 118 Rn. 18.

³⁹⁴ BVerwG, Urteil vom 01. September 1997 – 4 A 36/96 –, juris Rn. 31 f.

³⁹⁵ Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Urteil vom 05. August 2004 – 1 A 11787/03 –, juris Rn. 28.

5. Auswirkungen auf vorhandene oder geplante Infrastrukturen und sich daraus ergebende Klagebefugnisse

Auch im Hinblick auf ein etwaiges Vorhaben im Bereich der Haseldorfer Marsch fragt die Auftraggeberin nach der erforderlichen Berücksichtigung der Auswirkungen auf vorhandene und geplante Infrastrukturen und Nutzungen und sich gegebenenfalls daraus ergebende Klagebefugnisse.

Hier kann sinngemäß auf die Ausführungen zu Vorhaben im Bereich der Alten Süderelbe und der Dove-Elbe verwiesen werden (s.o. B.I.3.).

6. Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen

Auch im Kontext eines möglichen Vorhabens im Bereich der Haseldorfer Marsch stellt sich die Frage nach der Sicherstellung der Be- und Entwässerung landwirtschaftlicher Flächen. Hier fragt die Auftraggeberin konkret nach einem etwaigen Anspruch der Eigentümer auf einen bestimmten Binnenhochwasserschutz zur Gewährleistung der Entwässerung.

Inwieweit ein allgemeiner Anspruch auf Hochwasserschutz besteht, soll an dieser Stelle dahinstehen.³⁹⁶ Wird die Entwässerung eines Grundstücks durch das Vorhaben nachteilig verändert, dürfte dies für den Eigentümer eine nachteilige Einwirkung darstellen. Unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 S. 1 WHG, der gemäß § 70 Abs. 1 WHG Anwendung findet, darf der Planfeststellungsbeschluss nur erteilt werden, wenn die nachteilige Wirkung durch Inhalts- und Schrankenbestimmungen vermieden oder ausgeglichen wird. Gemäß § 14 Abs. 3 S. 2 WHG darf der Planfeststellungsbeschluss auch dann erteilt werden, wenn eine Vermeidung oder ein Ausgleich nicht möglich sind. Gemäß § 84 Abs. 2 S. 1 LWG SH ist § 14 Abs. 3 S. 2 WHG auch anwendbar, wenn Ausgleichsmaßnahmen wirtschaftlich nicht vertretbar sind. In diesem Fall besteht für die Betroffenen gemäß § 14 Abs. 3 S. 3 WHG lediglich ein Entschädigungsanspruch.

Im Übrigen kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.II.4.b.dd.).

7. Gefährdung vorhandener Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände

Auch für ein etwaiges Vorhaben Bereich der Haseldorfer Marsch fragt die Auftraggeberin nach der Gefährdung der vorhandenen Bebauung durch wechselnde Grundwasserstände. Diesbezüglich kann auch hier auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.II.4.b.cc.). Demgemäß ist auch hier davon auszugehen, dass es sich bei diesen Auswirkungen um Belange handelt, die in die Abwägung einzustellen sind. Gegebenenfalls sind nach § 70 Abs. 1 WHG in Verbindung mit § 14 Abs. 3 WHG in einem Planfeststellungsbeschluss Inhalts- und Nebenstimmungen zur Vermeidung oder zum Ausgleich der nachteiligen Wirkung vorzusehen.

³⁹⁶ Dagegen Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 31. August 2011 – 8 ZB 10.1961 –, juris Rn. 21.

8. Sicherstellung der Flächenverfügbarkeit

Auch mit Bezug auf ein etwaiges Projekt im Bereich der Haseldorfer Marsch stellt die Auftraggeberin die Frage nach einer Enteignungsgrundlage.

Diesbezüglich kann auf die allgemeinen Ausführungen (s.o. A.III.) und die Ausführungen zur Inanspruchnahme von landwirtschaftlichen Pachtflächen verwiesen werden (s.o. 3.).

9. Verschlechterungsverbot

Die Auftraggeberin fragt auch im Zusammenhang mit einem etwaigen Vorhaben im Bereich der Haseldorfer Marsch nach der Geltung des Verschlechterungsverbots. Diesbezüglich kann auf die allgemeinen Ausführungen verwiesen werden (s.o. A.II.3.b.aa.).

10. Naturschutz

Auch für ein etwaiges Vorhaben im Bereich der Haseldorfer Marsch stellt die Auftraggeberin die Frage nach einer naturschutzfachlichen Abwägung zwischen dem hochwertigen Stillgewässer einerseits und einem Tidebiotop andererseits.

Zunächst kann auf die oben im Kontext der Alten Süderelbe gemachten Ausführungen verwiesen werden (s.o. B.I.7.). Ähnlich wie im Bereich der Alten Süderelbe findet sich auch im Bereich der Haseldorfer Marsch ein Naturschutzgebiet, das Naturschutzgebiet „Haseldorfer Binnenelbe mit Elbvorland“. Auch hier findet sich wie bereits gesehen (s.o. A.II.3.b.dd.(1.)) die Entwicklung und Erhaltung der eingedeichten Flächen als Feuchtgebiet, insbesondere auch durch Wiederherstellung des Tideeinflusses, als Schutzzweck § 3 Abs. 2 Nr. 9 Landesverordnung über das Naturschutzgebiet „Haseldorfer Binnenelbe mit Elbvorland“ (NSGVO Haseldorfer Binnenelbe). Und § 5 Abs. 1 Nr. 20 NSGVO Haseldorfer Binnenelbe sieht vor, dass Maßnahmen zur Wiederherstellung des Tideeinflusses von den Verboten des § 4 unberührt bleiben. Auch hier lässt sich feststellen, dass der Verordnungsgeber die Herstellung des Tideeinflusses offenbar nicht behindern wollte. Inwieweit sich dem jedoch eine deutliche Präferenz für die Entwicklung eines Tidegewässers entnehmen lässt, ist auch hier unklar.

gez. Prof. Dr. Martin Wickel

Literaturverzeichnis

- Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 14. Auflage 2019
- Bauer, Zur Zulässigkeit von Gewässerausbauten zu Naturschutzzwecken, Natur und Recht (NuR) 1991, 56 ff.
- BeckOK Umweltrecht, Giesberts/Reinhardt, 55. Edition
- Berendes/Frenz/Müggenborg, WHG, 2. Aufl. 2017
- Breuer, Die wasserrechtliche Planfeststellung, in: Erbguth (Hrsg.), Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, S. 667 ff.
- Breuer/Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Auflage 2017
- Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019
- Dahlhammer/Fritsch, Verschlechterungsverbot - Aktuelle Herausforderungen an die Wasserwirtschaftsverwaltung, Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2016, 340
- Dirnberger et al., Beck-Kommunalpraxis Schleswig-Holstein plus
- Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 136. EL Oktober 2019
- Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Auflage 2020 (im Erscheinen)
- Fischer-Hüftle/Schumacher, BNatSchG, 2. Auflage 2011
- Fröhlich, Enteignung zur Erreichung der Ziele der Wasserrahmenrichtlinie?, Zeitschrift für Wasserrecht (ZfW) 2014, 183
- Guckelberger, Die wasserrechtliche Planfeststellung nach § 31 WHG - ein schwer handhabbares Rechtsinstrument, NuR 2003, 469
- Hoppe/Schlarmann/Buchner/Deutsch, Rechtsschutz bei der Planung von Verkehrsanlagen und anderen Infrastrukturvorhaben : Grundlagen der Planfeststellung, 4. Aufl. 2011
- Kotulla, WHG, 2. Aufl. 2011
- Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Auflage 2019
- Kümper, Das Enteignungsrecht des WHG nach seiner Neufassung durch das Hochwasserschutzgesetz II – Teil 1: Rechtsgrundlagen und Systematik –, Natur und Recht (NuR) 2019, 664
- Kümper, Das Enteignungsrecht des WHG nach seiner Neufassung durch das Hochwasserschutzgesetz II – Teil 2: Die enteignungsrechtliche Vorwirkung –, Natur und Recht (NuR) 2019, 731
- Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand: 92. EL Februar 2020
- Laskowski, Anmerkung zu Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 08. März 1996 – Bs V 8/96 –, Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland (NordÖR) 1998, 36

Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, 3. Auflage 2013

Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Auflage 2018

Maunz/Dürig, Grundgesetz

Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 5. Auflage 2018

Rapsch/Pencereci/Brandt, Wasserverbandsrecht, 2. Auflage 2020

Reese, Die Wasserrahmenrichtlinie in der Umsetzungskrise, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2018, 1592

Rehbinder/Schink, Grundzüge des Umweltrechts, 5. Auflage 2018

Reinhardt/Hasche, Wasserverbandsgesetz, 2011

Schlacke, GK-BNatSchG, 2. Auflage 2017

Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, AbwAG, Werkstand: 53. EL August 2019

Sparwasser/Engel/Voßkuhle, Umweltrecht, 5. Auflage 2003

Steinberg/Berg/Wickel, Fachplanung, 4. Auflage 2012

Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage 2018

Ziekow, Handbuch des Fachplanungsrechts, 2. Auflage 2014

