



Dr. Thomas Brinkmann
Vorsitzender
Fachausschuss Hafenrecht
c/o Dr. Schackow & Partner
Domshof 17
28195 Bremen
Tel: 0421 / 3699 – 148
Fax: 0421 / 3699 – 144
t.brinkmann@schackow.de
Bremen, 28.03.2018

Protokoll der 38. Sitzung des Hafenrechtsausschusses
Donnerstag, 04. Mai 2017, 10:30 - 15:30 Uhr
HPA Hamburg Port Authority

1. Genehmigung der Tagesordnung

Der Vorsitzende begrüßt die Mitglieder des Fachausschusses "Hafenrecht" der HTG, die Referenten und die Gäste. Die Tagesordnung wird durch die Mitglieder genehmigt.

Vorschläge für zukünftige Themen

- (1) "*Rechtliche Behandlung von Traditions- und Museumsschiffen in Seehäfen*"
(Angeregt wird ein Vergleich der Rechtslage in Deutschland, den Niederlanden und Dänemark. Schwerpunkte: Mindeststandards für Schiffssicherheit, Passagierfahrten, Schutz vor Terror; möglicher Referent Herr Kapt. Weber).
- (2) Rechtsfragen des Notfallmanagements und der Schadensbearbeitung bei maritimen Großschäden.
- (3) Neuere Rechtsentwicklungen zum Europäischen Marktordnungsrecht für Häfen.

2. Aktuelle Stunde

- **Dr. Stephan Gerstner**, Partner, Redeker Sellner Dahs Rechtsanwälte, Berlin
„Auswirkungen des neuen Eisenbahnregulierungsgesetzes auf die Hafenwirtschaft“
 1. Mit dem Inkrafttreten des neuen Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) im September 2016 ist das Eisenbahnregulierungsrecht grundlegend novelliert und erweitert worden. Dies hat auch Auswirkungen auf die Hafenwirtschaft. Insbesondere der Zugang zu Hafenbahnen und den an der Hafenbahn gelegenen Eisenbahninfrastrukturen ist neu geordnet worden. Neu ist auch, dass sich diese Einrichtungen von einem Großteil der eisenbahnregulatorischen Pflichten befreien lassen können, wenn die dafür vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sind und die BNetzA einem entsprechenden Befreiungsantrag stattgegeben hat.
 2. Mit dem ERegG sind die Vorschriften über die Eisenbahnregulierung in einem formellen Gesetz zusammengefasst worden. Das Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG n.F.), in dem früher die Regulierungsvorschriften enthalten waren, spielt

keine entscheidende Rolle mehr. Das untergesetzliche Recht, die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV), in der eine Reihe von Detailregelungen zu Eisenbahnregulierungsrecht enthalten waren, ist aufgehoben.

Allerdings hat der Gesetzgeber eine „Eins zu Eins“-Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben angestrebt. Dadurch hat die Systematik des ERegG stark gelitten. Die für die Hafenvirtschaft zentralen Vorschriften finden sich daher an den unterschiedlichsten Stellen des Gesetzes.

3. Der Zugang zu den Eisenbahninfrastrukturen in den Häfen und der Zugang zu den dort angebotenen Leistungen unterliegt drei zentralen Kriterien: Er muss „angemessen, nichtdiskriminierend und transparent“ sein (§ 10 Abs. 4 ERegG, § 11 Abs. 2 ERegG).

Neu ist, dass die Eisenbahninfrastrukturen und damit auch die Serviceeinrichtungen in den Häfen einer Betriebspflicht unterliegen. Dies bedeutet nicht nur, dass sie dauerhaft betriebsbereit gehalten werden müssen, sondern auch, dass die endgültige Stilllegung durch die Landeseisenbahnbehörde genehmigt werden muss (§ 11 Abs. 1 S. 1 AEG n.F.).

4. Bei der Entgeltregulierung herrscht weitgehend Kontinuität. Dies bedeutet, dass die Zugangsentgelte zu den Einrichtungen und zu den Leistungen nach einem cost-plus-Maßstab zu kalkulieren sind und nicht diskriminierend sein dürfen (§ 32 Abs. 2 S. 2 ERegG).
5. Eine Befreiung von wesentlichen Regulierungsverpflichtungen kann erteilt werden, wenn keine Wettbewerbsbeeinträchtigung zu erwarten ist (§ 2 Abs. 5 S. 1 ERegG). Der BNetzA steht insoweit allerdings ein Ermessen zu. Die bisher in den Leitlinien der BNetzA veröffentlichten Kriterien lassen derzeit nicht erwarten, dass diese Befreiungsmöglichkeit für die deutsche Hafenvirtschaft eine entscheidende Bedeutung erlangen wird.

- **Heiko Bösch**, Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt, Standort Kiel
„Informationen zum Urteil des BVerwG vom 09.02.2017 zur Elbvertiefung“

Ausbauziel der Fahrrinnenanpassung von Unter- und Außenelbe („Elbvertiefung“) ist die Verbesserung der Erreichbarkeit des Hamburger Hafens für die Containerschifffahrt (tideunabhängig mit 13,50 m Tiefgang, tideabhängig mit 14,50 m). Der Ausbau hat große Bedeutung für die Wettbewerbsfähigkeit des Hamburger Hafens. Vorhabensträger Bundesstrecke das Wasserstraßen- und Schifffahrtsamt Hamburg und für den Hamburger Bereich („Delegationsstrecke“) die Hamburg Port Authority.

Die **Planfeststellungsbeschlüsse** des Bundes und Hamburgs für die Fahrrinnenanpassung von Unter- und Außenelbe sind am **23.04.2012**, begleitet von diversen einwendungserledigenden Vereinbarungen, erlassen worden. Auch die EU musste wegen der nicht auszuschließenden Betroffenheit der prioritären Art „Schierlings-Wasserfenchel“ beteiligt werden. Die EU gab im Dezember 2011 „grünes Licht“.

Gegen die Beschlüsse wurden 13 **Klagen** beim Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) eingereicht. Kläger sind der BUND/Nabu, die Städte Otterndorf und Cuxhaven sowie verschiedene Jagd- und Deichverbände, über 50 Fischer sowie

Privatpersonen und Gewerbetreibende. Das **BVerwG** gab am 16.10.2012 dem Eilantrag der Umweltvereinigungen BUND/Nabu auf Aussetzung der sofortigen Vollziehbarkeit statt. Damit durfte, bis auf die Baufeldräumung (Wrackbeseitigung) und eine Ufersicherungsmaßnahme, nicht mit den Arbeiten zur Elbvertiefung begonnen werden.

Am 02.10.2014 hat das BVerwG das Verfahren der Umweltvereinigungen bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) im Verfahren über die **Weservertiefung** zur Fragen der Anwendbarkeit der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL) ausgesetzt.

Darüber hinaus hat das **BVerwG Hinweise** auf weitergehende Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Planfeststellungsbeschlüsse insbesondere im Hinblick auf die Umwelt- und FFH-Verträglichkeitsprüfung gegeben, die allerdings als heilbar deklariert wurden und in einem **ergänzenden Verfahren** behoben werden könnten.

Die vom BVerwG geäußerten Bedenken haben dazu geführt, dass die Träger des Vorhabens ergänzende, unter fachlicher Begleitung der BfG erstellte Fachbeiträge eingereicht haben, mit denen die gerichtlichen Bedenken zu den Punkten

- WRRL
- Gefährdete Pflanzenarten
- Artenvielfalt
- Finte
- Brutvögel
- Schierlings-Wasserfenchel
- Kohärenzsicherung: Abgrenzung zu Standardmaßnahmen

ausgeräumt werden sollten. Durch die oben genannten ergänzenden Fachbeiträge ändert sich das planfestgestellte Vorhaben nicht. Auch die Annahmen für die Vorhabenswirkungen bleiben unverändert. Die ergänzenden Fachbeiträge setzen sich allein mit den vom BVerwG dargelegten Bedenken auseinander.

Die auf der Basis der Gutachten am 24.03.2016 erlassenen Planergänzungsbeschlüsse stellen lediglich eine die Planfeststellungsbeschlüsse vom 23. April 2012 ergänzende Begründung zu umweltrechtlichen Belangen dar. Zudem wurden einige Anordnungen nach den Hinweisen des BVerwG konkretisiert.

Vom 19. – 21.12.2016 fand eine weitere mündliche Verhandlung vor dem BVerwG statt. Die Urteilsverkündung erfolgte am 09.02.2017 (7A2.15). Die Planfeststellungsbeschlüsse wurden für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt. Das Gericht bemühte sich aber sichtlich herauszustellen, dass es nur noch um wenige Punkte im Vergleich zum gesamten Streitstoff gehe und die Fehler im Übrigen behebbar seien. Zudem sah sich das Gericht bemüßigt, sich vorsorglich gegen den Vorwurf, zu hohe Hürden aufzubauen, zu verteidigen. Die schriftlichen Urteilgründe liegen noch nicht vor. In der Pressemitteilung des BVerwG vom 09.02.2017 wurden die zu bemängelnde Punkte wie folgt beschrieben:

„Die habitatschutzrechtliche Verträglichkeitsprüfung für die nach der FFH-Richtlinie besonders geschützte und nur an der Elbe vorkommende Pflanzenart

Schierlings- Wasserfenchel wird den strengen Schutzanforderungen nicht in jeder Hinsicht gerecht. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Beeinträchtigungen des Schierlings-Wasserfenchels durch einen vorhabenbedingten Anstieg des Salzgehalts unterschätzt worden sind, weil den Prüfungen ein nicht ausreichend vorsorglicher Oberwasserabfluss zugrunde gelegt wurde. Teilweise zu beanstanden sind auch die Regelungen der Planfeststellungsbeschlüsse zur Kohärenzsicherung. Für die auf niedersächsischem Gebiet vorgesehenen Kohärenzmaßnahmen lässt sich nicht feststellen, dass sie über die Maßnahmen des Gebietsmanagements hinausgehen, die unabhängig von dem Ausbauvorhaben ohnehin ergriffen werden müssen. Die durch gesonderten Planfeststellungsbeschluss zugelassene Maßnahme „Spadenlander Busch/Kreetsand“ scheidet als Kohärenzmaßnahme aus, weil sie ausdrücklich als Maßnahme des Gebietsmanagements qualifiziert und genehmigt worden ist. Eine Doppelverwertung als Standard- und Kohärenzmaßnahme ist habitatschutzrechtlich unzulässig. Diese Mängel können aber geheilt werden und führen daher nicht zur Aufhebung der Planfeststellungsbeschlüsse.“

Daraus und aus der umfangreichen mündlichen Urteilsbegründung lässt sich folgendes schließen:

- Die Klagen sind zwar *erfolgreich*, weil den auf *Feststellung* der Rechtswidrigkeit und Nichtvollziehbarkeit gerichteten Hilfsanträgen stattgegeben worden ist. **In Relation zu der Vielzahl der von den Klägern erhobenen Einwendungen hält sich allerdings die Zahl der gerichtlichen Beanstandungen in sehr engen Grenzen. Mit anderen Worten: in den meisten und gerade in den grundlegendsten Punkten halten die Planfeststellungsbeschlüsse der gerichtlichen Überprüfung stand.**
- Die beim Schierlings-Wasserfenchel und bei den Kohärenzregelungen der Planfeststellungsbeschlüsse unterlaufenen Fehler sind behebbar, entweder durch weitere Begründungen oder durch Umplanen bzw. durch ergänzende Planung, sprich Festsetzung weiterer Kohärenzflächen. Eine Aufhebung der Planfeststellungsbeschlüsse kommt deshalb nicht in Betracht.
- **Weitere entscheidungserhebliche Mängel der Planfeststellungsbeschlüsse sind zu verneinen.** Das Gericht hat einige besonders wesentliche Punkte herausgestellt.
 - Die Planfeststellungsbehörde musste in den durchgeführten Ergänzungsverfahren nicht nochmals die Öffentlichkeit beteiligen.
 - Die von der Bundesanstalt für Wasserbau, der **BAW**, durchgeführten hydrodynamischen und hydromorphologischen Untersuchungen begegnen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken.
 - Zwingende Gründe für das Projekt haben die Beklagten zu Recht in dem Verkehrsbedarf für eine bessere Erreichbarkeit des Hamburger Hafens mit tiefgehenden Containerschiffen gesehen. **Angesichts der Schiffgrößenentwicklung in der Containerschifffahrt steht dieser Bedarf außer Frage.**
 - Auch die von den Klägern vorgebrachten Einwände gegen die Alternativenprüfung greifen nicht durch.

- Die in der aktuellen Fassung der Planfeststellungsbeschlüsse enthaltene **wasserrechtliche Beurteilung** entspricht den gesetzlichen Vorschriften.

Die schriftlichen Urteilsgründe sind abzuwarten und sorgsam auszuwerten und die beanstandeten Fehler in einem ergänzenden Verfahren zu beheben. Die Hinweise können größtenteils auch in anderen Planfeststellungsverfahren, z.B. im Hinblick auf das Wasserrecht, herangezogen werden.

- **Herr Julius David Walther**, Freie Hansestadt Bremen, Der Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen, Bremen

Herr Walther gab ein kurzes Update in Sachen OTB-Verfahren vor den bremischen Verwaltungsgerichten. Dies auch insbesondere im Zusammenspiel mit Herrn Dr. Hagmann. Die entsprechende Präsentation wird auf unserer Homepage eingestellt.

3. Schwerpunktthema

- **Dr. Joachim Hagmann**, Rechtsanwälte Baumeister, Münster
„Die fachplanungsrechtlichen Regelungsregime nach Wasserhaushaltsgesetz und Wasserstraßengesetz“

Thesenartige Zusammenfassung

Die Abgrenzung der Zulassungsregime nach § 14 WaStrG und nach § 68 WHG ist aus mehreren Gründen sensibel. Zum einen kann die Unzuständigkeit der Planfeststellungsbehörde anerkannten Naturschutzvereinigungen einen Anfechtungsgrund nach § 2 Abs. 5 Nr. 1 Umw-RG vermitteln. Zum zweiten greifen keine Präklusionsregelungen ein. Schließlich ist keine Fehlerfolgenbewältigung nach Maßgabe des § 75 Abs. 1 a VwVfG möglich. Im Falle einer erkannten Unzuständigkeit würde ein Gericht also nicht lediglich die Rechtswidrigkeit des Planfeststellungsbeschlusses feststellen und damit eine Heilung des Fehlers ermöglichen, sondern den Planfeststellungsbeschluss aufheben.

Die Tatbestände des § 14 Abs. 1 5, 1 WaStrG und des § 68 WHG eint, dass es in beiden Fällen um Maßnahmen des Gewässerausbaus geht. Die Regelungen unterscheiden sich hingegen dadurch, dass § 14 WaStrG einschlägig ist, wenn das Ausbauvorhaben an einer Bundeswasserstraße durchgeführt wird und diese als Verkehrsweg betrifft. In diesem Fall verdrängt § 14 WaStrG die Vorschriften des WHG als speziellere Norm. In allen anderen Fällen greift § 68 WHG ein.

Das Tatbestandsmerkmal „Maßnahmen, die die Bundeswasserstraße als Verkehrsweg betreffen“ hat eine besondere Bedeutung, weil sie die durch das Grundgesetz vorgegebene Abgrenzung zwischen dem Bundeswasserwegerecht und dem allgemeinen Wasserrecht sicherstellt. So wird das Recht der Bundeswasserstraßen nach Art. 87 Abs. 1 S. 1, Art. 89 Abs. 2 S. 1 GG als bundeseigene Verwaltung durch bundeseigene Behörden ausgeführt, während im Übrigen die Länderexekutive nach Art. 83 GG eingreift, also die jeweils zuständige Landesbehörde handelt. Dies korrespondiert mit den Gesetzgebungskompetenzen, weil das Bundeswasserwegerecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz unterfällt, von der der Bund mit dem Erlass des WaStrG umfassend Gebrauch gemacht hat.

Die Rechtsprechung leitet aus dem Tatbestandsmerkmal „Maßnahmen, die die Bundeswasserstraße als Verkehrsweg betreffen“ ab, dass Ausbauprojekte nach § 14 WaStrG einen schiffahrtswirtschaftlichen Zusammenhang aufweisen müssen. Erforderlich ist hierzu, dass die Verkehrsfunktion durch eine wasserbauliche Maßnahme zur Beeinflussung der Schiffbarkeit der Bundeswasserstraße geändert wird. Konkrete Maßstäbe zur Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals existieren nicht; stattdessen ist für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs eine individuelle Wertung der Umstände des Einzelfalls erforderlich. Indizien für das Vorliegen eines schiffahrtswirtschaftlichen Zusammenhangs sind beispielsweise die erstmalige Ermöglichung der Schiffbarkeit eines Gewässers oder gravierende Veränderungen der Schiffbarkeit. Maßnahmen, die keinen schiffahrtswirtschaftlichen Zusammenhang aufweisen (z.B. Maßnahmen, die dem Küstenschutz, ökologischen oder wirtschaftlichen Zwecken dienen), sind nicht von der Bundesbehörde nach § 14 WaStrG, sondern von der Landesbehörde nach dem WHG zuzulassen.

Verfolgt eine Maßnahme mehrere Zweckrichtungen, ist zu prüfen, wo der Schwerpunkt der Maßnahme liegt. Ein nicht selten vorkommender Anwendungsfall sind Ausbauprojekte in Häfen, die regelmäßig hafenwirtschaftliche Zielsetzungen verfolgen, gleichzeitig aber Einfluss auf die Schiffbarkeit des Gewässers nehmen können. Auch insoweit existieren keine festen Entscheidungsmaßstäbe, sodass wiederum eine gewichtende Bewertung aller relevanten Umstände des Einzelfalls erforderlich ist. Der Schwerpunkt der Maßnahme bestimmt das Zulassungsregime (§ 14 WaStrG oder § 68 WHG); die gleichzeitig verfolgte, aber untergeordnete Zielsetzung wird als notwendige Folgemaßnahme nach § 75 VwVfG mitgenehmigt. Die Berücksichtigung der Belange der untergeordneten Zielsetzung ist sichergestellt, weil die jeweils andere Behörde als Träger öffentlicher Belange im Verfahren beteiligt wird.

4. Verschiedenes

- Die nächste Hafenrechtstagung findet in Zusammenarbeit mit dem Forschungsverbund Maritimes Recht am Freitag, den 23. November 2018 in den Räumen der Handelskammer statt.
- Die nächste (39.) Sitzung des Hafenrechtsausschusses findet am **3. Mai 2018**, 10:30 Uhr bis ca. 15:30 Uhr, in den Räumen der HPA statt.

* * *

gez. Dr. Thomas Brinkmann