



MOHR · RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Mohr Rechtsanwälte Postfach 500929 22709 Hamburg

Sekretariat: Frau Kreipe
Durchwahl: 040/30 62 4-228
Telefax: 040/30 62 4-222
E-Mail: catharina.kreipe@mohrpartner.de

Hamburg, 18.11.2020
Az: 00449/20 6/X/RN
(Az. bitte stets angeben)

**Rechtliche Stellungnahme
zur Schlickablagerung Scharhörn**

Auftrag und Gegenstand der Untersuchung:

Die Umweltvereine NABU Hamburg und BUND Hamburg sowie die Umweltstiftung WWF, die im Aktionsbündnis Lebendige Tideelbe kooperieren, haben uns um eine rechtliche Bewertung der offenbar von Hamburg geplanten Ablagerung von jährlich bis zu 4 Mio. m³-Baggergut aus der Elbe nahe Scharhörn, dicht an der Grenze zum Nationalparks Wattenmeer, gebeten.

Im ersten Teil fassen wir unsere Recherchen in tatsächlicher Hinsicht mit den ermittelten Berichten über die Planung kurz zusammen (dazu A.). Sodann prüfen wir, in welchem Umfang die Ablagerung von Baggergut Regelungsgegenstand der Planfeststellungsentscheidungen zu den letzten Elbvertiefungen ist (dazu B.). Da dies nur für die Initialbaggerungen und die Ablagerung des dabei anfallenden Baggerguts der Fall ist, prüfen wir

Dr. Precht Fischer ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Rüdiger Nebelsieck, LL.M. ^{1) 2)}
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Oliver Kroll ¹⁾
*Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Miet- und
Wohnungseigentumsrecht*

Jan Mittelstein, LL.M. ^{1) 3)}
*Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht*

Karen Fock
Rechtsanwältin

Elena Wurster
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Carina Blust
Rechtsanwältin

Ann Kristin Weber
Rechtsanwältin

Sebastian Wessendorf
Rechtsanwalt

Cora Schnelle
Rechtsanwältin

Dr. Peter C. Mohr
- bis zum 31. Dezember 2012 -

¹⁾ Partner im Sinne des PartGG

²⁾ Master in Environmental Law

³⁾ Master of Laws in European Community Law

Max-Brauer-Allee 81
22765 Hamburg-Altona

e-Mail: info@mohrpartner.de
www.mohrpartner.de

Partnerschaft mit
beschränkter Berufshaftung
Sitz Hamburg
AG Hamburg PR 550

Commerzbank
IBAN: DE95 2008 0000 0502 9673 00
BIC: DRESDEFF200

Hamburger Sparkasse
IBAN: DE67 2005 0550 1268 1171 71
BIC: HASPDEHHXXX

die Einordnung der Tätigkeit als Unterhaltungsmaßnahme nach dem WaStrG (dazu C.) und daran anknüpfend die Frage, ob aus unionsrechtlichen Gründen eine FFH-Verträglichkeitsprüfung und dabei wiederum eine Umweltvereinsbeteiligung erforderlich ist (dazu D. Sodann prüfen wir, ob anerkannte Umweltvereine mögliche Unionsrechtsverstöße gerichtlich kontrollieren lassen könnten (dazu E.) Schließlich fassen unsere Einschätzung kurz zusammen (dazu F.).

A. Ergebnisse von Presserecherchen zum Stand der Planungen

Offizielle Auskünfte zum genauen Inhalt der Planungen lassen sich derzeit nicht finden. Unsere Recherchen haben Folgendes ergeben:

- <https://www.merkur.de/wirtschaft/elbvertiefung-koennte-noch-am-schlick-scheitern-zr-13908042.html>

Laut diesem Beitrag brauche Hamburg bis 03/2021 eine zusätzliche Verbringstelle, um den Sedimentüberschuss sukzessive und effektiv abbauen zu können. Das HPA wird zitiert, dass nördlich von Scharhörn eine geeignete Fläche liege. Bisher sei aber kein Antrag auf Verklappung bei der Umweltbehörde eingegangen. Sobald diese Anträge vorlägen, werden diese geprüft und begleitet.

- <https://www.abendblatt.de/wirtschaft/article230559050/Plan-B-Hamburger-Hafenschlick-belastet-Atmosphaere-im-Senat.html> (Abendblatt+)
- <https://www.abendblatt.de/wirtschaft/article230552360/Elbvertiefung-Hafen-Hamburg-Scharhoern-Hafenschlick.html> (Abendblatt+)
- <https://www.welt.de/regionales/hamburg/article216865558/Klimawandel-So-will-Hamburg-den-Elbschlick-loswerden.html>

Hier wird davon berichtet, dass die neue Ablagerungsfläche nahe Scharhörn zwar Gespräche

mit anderen Bundesländern/Bund bedeute, allerdings werde das Genehmigungsverfahren nur innerhalb der FHH geführt werden. Angeblich hätten die Überlegungen zum Sedimentmanagement nichts mit der Elbvertiefung zu tun. Daneben plane die FHH die Verbringung von Schlick zu einer Lagerstätte in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone, 40km nordwestlich von Helgoland. Ein Antrag beim BSH solle im ersten Quartal 2021 eingereicht werden. Das Vorhaben sei jedoch sehr komplex, da die Bundesregierung und alle Bundesländer beteiligt werden müssten.

- <https://www.zeit.de/hamburg/2020-09/hamburger-hafen-schlick-hpa-plaene-bund-chef-man-fred-braasch>
- https://www.zeit.de/hamburg/2020-09/hamburger-hafen-elbvertiefung-schlick-wattenmeer-umweltschutz-klimawandel?wt_zmc=sm.ext.zonaudev.mail.ref.zeitde.share.link.x;
<https://www.zeit.de/hamburg/2020-09/hamburger-hafen-elbvertiefung-schlick-wattenmeer-umweltschutz-klimawandel/seite-2>

Die Elbvertiefung verzögere sich durch die Verschlickung. Bei der Fläche vor Scharhörn handele es sich um „Plan B“, da mehrere Gebiete von Niedersachsen und Schleswig-Holstein abgelehnt worden seien.

- <https://www.sueddeutsche.de/wissen/umwelt-hamburg-forum-tideelbe-will-der-elbe-wieder-mehr-raum-geben-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200930-99-770800>

Die Umweltbehörde sei für die **fachliche und wasserrechtliche Genehmigung** zuständig und irritiert, da die Pläne diskutiert, jedoch noch nicht abgestimmt worden seien. Der Umweltsenator habe zu Wissen gegeben, dass es mehrere Varianten gebe, Scharhörn sei nur eine davon.

- <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/verkehr-hamburg-westhagemann-elbvertiefung-durch-schlick-nicht-gefaehrdet-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-200929-99-758198>

Nach den Ausführungen in diesem Artikel habe die Elbvertiefung mit dem Schlickproblem nichts zu tun. Bei der Ablagerungsfläche vor Scharhörn handele es sich um „Plan B“. Ein Genehmigungsverfahren für eine Fläche in der AWZ sei sehr kompliziert und langwierig.

- https://www.landtag-niedersachsen.de/drucksachen/drucksachen_18_10000/07501-08000/18-07657.pdf

Mitglieder der FDP haben am 02.10.2020 an die niedersächsische Landesregierung eine kleine Anfrage gestellt zur Entsorgung des Hamburger Hafenschlicks.

- <https://www.mopo.de/hamburg/millionen-projekt-in-gefahr-hamburgs-hafen-hat-ein-schlick-problem-37388950>
- https://www.hamburg1.de/nachrichten/46386/Umweltsenator_Scharhoern_nur_eine_Option.html%22
- <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Hafenschlick-bedroht-die-Elbvertiefung,elbvertiefung844.html>

B. Einschlägige Regelungen in Planfeststellungsbeschlüssen 2012 bzw. 1999 zu Elbvertiefungen?

Für die Prüfung relevant ist zunächst die Frage, ob die aktuellen Planungen an schon bestehende Regelungen zur Umlagerung/Ablagerung von gebaggertem Schlick anknüpfen und diese ändern oder ergänzen. Denn wenn das der Fall wäre, würde sich die Planung als Änderungsplanung potenziell nach anderen rechtlichen Maßstäben richten, als das bei einer isolierten Betrachtung der Fall wäre.

I. Planfeststellungsbeschluss Elbvertiefung 2012

Im Planfeststellungsbeschluss 2012 werden folgende Umlagerungsstellen genannt:

- Umlagerungsstelle Medembogen
- Umlagerungsstelle Neuer Luechtergrund

Des Weiteren werden Unterwasserablagerungsflächen benannt:

- Unterwasserablagerungsfläche Neufelder Sand
- Unterwasserablagerungsfläche Medemrinne Ost
- Unterwasserablagerungsfläche Glameyer Stack-Ost, wurde neu beantragt mit Planänderung I (B.I.2.5; neue UWA, S. 82)
- Unterwasserablagerungsfläche Brokdorf

Zur UWA Medemrinne und Neufelder Sand heißt es, dass diese Bestandteil des integrierten Strombaukonzepts seien. Nach Ziff. 1.6.3 sei die Anpassung der Strombauwerke zu beantragen, wenn Maßnahmen hinsichtlich der Topographie der UWA erforderlich würden. Im Ergänzungsbeschluss von 2016 wurde diese Ziffer dahingehend geändert, dass Maßnahmen zur Lagestabilität verpflichtend umzusetzen seien und eine Planergänzung erforderlich sei, wenn eine Änderung an planfestgestellter baulicher Ausgestaltung erforderlich werde (Ergänzungsbeschluss, dort Ziff. 2.4.1).

Unter **A.II.2** wird angeordnet, dass der Vorhabenträger Art und Umfang der Unterhaltungsbaggerung räumlich und mengenmäßig zu dokumentieren habe. Bei der Baggerung und Umlagerung/Verbringung des Baggerguts seien die Regelungen der GÜBAK 2009 und HABAB 2000 zu beachten.

Auf Seite 341 zu (3) wird in Abgrenzung davon angeführt, dass die Unterhaltungsbaggerung

der FHH nicht Gegenstand des Vorhabens sei.

Auf Seite 2569, zweiter Absatz, wird aufgeführt, dass es keine Hinweise darauf gebe, dass die Kapazität der zur Verfügung stehenden Umlagerungsstellen nicht ausreichen würden

Nachfolgend auf Seite 2570, letzter Absatz, heißt es, dass für das Unterhaltungsbaggertgut, das derzeit an der Landesgrenze sowie an Tonne E3 umgelagert werde, eine Umlagerung unterhalb der Zone des residuellen Stromauftransports angestrebt werde.

II. Planfeststellungsbeschluss 1999

Im Planfeststellungsbeschluss von 1999 finden sich verschiedene Unterwasserablagerungsflächen und Umlagerungsflächen:

- B. I. 3:

- (Unterwasser-)Ablagerungsfläche **Twielenfleth**
- Ablagerungsfläche **Krautsand**
- Zu unterscheiden zwischen bereits bestehenden Klappstellen aus der Unterhaltungsbaggerei (unterhalb **St. Margarethen**) und Ablagerung des Baggertgutes auf sog. Baggertgutablagerungsflächen in Seitenräumen
- Für sandiges Baggertgut vorgesehen: Baggertgutablagerungsflächen vor Twielenfleth, Krautsand sowie **Hollerwettern-Scheelenkuhlen** (Twielenfleth und Krautsand z.T. im Zuge der vorgezogenen Teilmaßnahmen errichtet und genutzt)
- Sand aus Delegationsstrecke soll ausschließlich landseitig verbracht werden, Hafenbeckenverfüllung, Flächenaufhöhung, evtl. Strandvorspülung am Nordufer der Elbe
- Schluffhaltige Feinsande: Aufspülung Elbinsel **Pagensand**
- Geschiebemergel: **Mergelklappgrube** nördlich des Mühlenberger Lochs

III. Zwischenergebnis zu B.

Die beiden Planfeststellungen zur letzten und zur laufenden Elbvertiefung beinhalten – wie erwartet – keine Regelungen zu der Planung selbst, aber auch keine Regelungen, die durch die aktuellen Planungen geändert würden. Sie verdeutlichen aber vor allem auch, dass die Behörden nur die Ablagerungen der aus den Initialbaggerungen stammenden Mengen als Regelungsgegenstand der wasserrechtlichen Ausbauplanungen verstehen, die Unterhaltungsbaggerungen, die aktuell im Fokus der Debatte stehen, aber in Gänze nicht.

C. Rechtliche Einordnung der Baggerungen und der Schlickablagerung

1. Die Unterhaltungsbaggerungen und die Ab- bzw. Umlagerung sind in dem Sedimentmanagementkonzept geregelt, das auf https://www.kuestendaten.de/Tideelbe/DE/Projekte/Strombau_Sedimentmangt/Strombau_und_Sedimentmanagement_Tideelbe_node.html als „Handlungsrahmen“ entwickelt wurde, der u.a. den neuen gesetzlichen Anforderungen der WRRL und der FFH-RL „begegnen“ soll. Eine formale Einordnung dieses Konzepts und die Formalien seiner Entstehung bleiben im Detail unklar.
2. Das mag seine Ursache darin finden, dass die Stadt die Auffassung zu vertreten scheint, all dies sei Teil der Unterhaltung der Bundeswasserstraße. Denn gemäß § 7 Abs. 2 WaStrG sollen Maßnahmen, die innerhalb der Bundeswasserstraße stattfinden und die (u.a.) der Unterhaltung dienen, keiner Erlaubnis, Bewilligung oder Genehmigung bedürfen. Beteiligungsvorschriften sollen aber unberührt bleiben. § 8 bestimmt den Umfang der Unterhaltung.

Demnach wäre zu prüfen, ob die geplante Ablagerungsstätte bei Scharhörn „innerhalb der Bundeswasserstraße“ belegen ist und die übrigen Voraussetzungen einer Unterhaltungsmaßnahme vorliegen.

a. Bundeswasserstraßen sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 WaStrG die Binnenwasserstraßen und die Seewasserstraßen. Die Binnenwasserstraße Elbe nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 iVm. Anlage 1 WaStrG Nr. 9 endet mit der Nordsee und zwar bei der Verbindungslinie zwischen der Kugelbake bei Döse und der westlichen Kante des Deichs des Friedrichskoogs (Dieksand). Die Inseln Neuwerk und Scharhörn liegen deutlich westlich davon und folglich schon in der Nordsee. Insofern gehören sie nicht mehr zur Binnenwasserstraße

Die Seewasserstraßen reichen nach § 1 Abs. 2 WaStrG von einer Hochwasserlinie oder der seewärtigen Begrenzung der Binnenwasserstraße bis zur seewärtigen Begrenzung des Küstenmeers. Das Küstenmeer umfasst 12 Seemeilen. Das sind ca. 22 km. Nach unseren Recherchen dürften die angedachten Flächen noch zur Seewasserstraße gehören.

b. Die Umlagerung des Baggerguts innerhalb der Bundeswasserstraße ist ein einheitlicher Vorgang (vgl. Friesecke, WaStrG, 6. Auflage 2009, § 7 Rn. 11). Dabei scheint wohl nicht zwischen verschiedenen Binnenwasserstraßen und Seewasserstraßen unterschieden zu werden (vgl. Friesecke, WaStrG, 6. Auflage 2009, § 7 Rn. 11 und 9).

c. Zur Unterhaltung der Seewasserstraßen gehört nur die Schiffbarkeit, Erhaltung des Wasserabflusses entfällt (vgl. Friesecke, WaStrG, 6. Auflage 2009, § 8 Rn. 18). Die Unterhaltungsbaggerungen dürften aber wohl insgesamt der Schiffbarkeit dienen.

3. Damit gehen wir hier - vorbehaltlich genauerer Angaben, wo die Schlickablagerungen genau erfolgen sollen, und genauer Vermessungen – vorsorglich davon aus, dass die Umlagerung innerhalb der Bundeswasserstraße belegen ist und dass es sich daher um eine von Zulassungserfordernissen im Grundsatz freigestellte Tätigkeit handelt.

D. Vereinbarung der Freistellung mit höherrangigem Recht

Zu prüfen ist, ob die vollständige Freistellung von Zulassungserfordernissen über § 7 Abs. 2 WaStrG gegen höherrangiges Recht verstößt. Das kann insbesondere dann der Fall sein,

wenn sich aus dem europäischen Umweltrecht verfahrensrechtliche Anforderungen ableiten lassen. Damit rücken zentral die UVP-RL (dazu I.) und die SUP-RL (dazu II.) in den Blick, aber wegen der Nähe zum Natura-2000-Gebiet Nationalpark Wattenmeer auch die FFH-RL (dazu III.).

I. UVP-RL

Nach Art. 2 Abs. 1 Satz 1 UVP-RL müssen Projekte, bei denen u.a. aufgrund ihrer Art, ihrer Größe oder ihres Standorts mit erheblichen Auswirkungen auf die Umwelt zu rechnen ist, einer Genehmigungspflicht unterworfen werden. Die Projekte sind nach Satz 2 allerdings in Art. 4 definiert.

Art. 4 Abs. 1 und 2 verweisen auf die Anhänge I und II. In Anhang I ist unter 8.a) „Wasserstraßen und Häfen für die Binnenschifffahrt, die ...“ aufgelistet, ohne dass dort – wie bei anderen Infrastrukturprojekten – nur vom Bau die Rede ist. Das ist auch in der englischen und französischen Fassung auf eur-lex so. In Anhang II ist unter 10.f) der „Bau von Wasserstraßen (soweit nicht durch Anhang I erfasst), Flusskanalisierungs- und Stromkorrekturarbeiten“ aufgelistet. Stromkorrekturarbeiten sind nach Internetrecherche der Bau von Leitdämmen oder Stacks (wohl = Buhnen).

Damit knüpft die UVP-Pflicht aus der UVP-RL ersichtlich an den Gewässerausbau an, der nach § 68 HWG bzw. in der Wasserstraße nach § 14 WaStrG planfeststellungsbedürftig ist. Vorliegend ergibt sich allerdings aus den Ausführungen oben, dass die Unterhaltungsmaßnahmen gerade vom Ausbau und seinen notwendigen Folgemaßnahmen (in Form der Ablagerung des Baggergutes aus den Initialbaggerungen) zu trennen sind.

II. SUP-RL

Auch besteht keine Pflicht zur Durchführung einer strategischen Umweltverträglichkeitsprüfung nach §§ 33 ff. UVPG i.V.m. der SUP-RL. Denn weder gehören die Ablagerungen zu

den im Anhang V des UVPG verzeichneten Vorhaben, noch geht es um einen Plan i.S.d. § 35 Abs. 2 UVPG, der einen Rahmen für ein in der Anlage 1 aufgeführtes uvp-pflichtiges Projekt setzt.

III. FFH-RL

1. Die geplante Ablagerungsfläche liegt nach unseren Recherchen dicht an der Grenze zum Nationalpark Hamburgisches Wattenmeere, zu dem auch die Düneninsel Scharhörn selbst gehört und dessen Fläche zu 90 % zur Zone I gehört, in der die Natur Vorrang hat. Es wurde 2001 auf 137,5 km² erweitert und in das Schutzgebietsnetz „Natura-2000“ integriert. Das Nationalparkgesetz vom 09.04.1990, zuletzt geändert durch Gesetz vom 07.02.2017 (HmbGVBl. S. 43), regelt in § 1 Abs. 3, dass der Nationalpark zugleich FFH-Gebiet und EU-Vogelschutzgebiet ist. § 2 Abs. 3 normiert die auf die Vogelschutzrichtlinie bezogenen Erhaltungsziele und § 2 Abs. 4 die auf die FFH-RL bezogenen Erhaltungsziele. Zu ihnen gehören neben den Populationen der Anhang-II-Arten Seehund, Kegelrobbe und Schweinswal elf FFH-Lebensraumtypen.

2. Unter anderem zum Schutz dieser Erhaltungsziele enthält § 5 NPG eine Vielzahl von Verboten für menschliche Tätigkeiten im Nationalpark selbst, darunter das Verbot aus § 5 Abs. 1 Nr. 14, Wasserflächen oder die Gestalt der Gewässer, insbesondere der Priele oder Bracks und ihrer Ufer oder die Watten durch Grabungen, den Einbau oder das Einbringen von Bodenbestandteilen oder auf sonstige Weise zu verändern, zu beseitigen oder die Gewässer auszutrocknen.

3. Diese Verbote gelten allerdings unmittelbar nur für menschliche Tätigkeiten im Nationalpark selbst und nicht für die neben dem Nationalpark geplanten Ablagerungen. Allerdings können auch Tätigkeiten außerhalb der Schutzgebiete, deren Wirkungen in die Schutzgebiete hineinreichen und potenziell auf Gefährdungen der Erhaltungsziele führen, den Anforderungen der FFH-RL unterfallen. Denn der EuGH definiert den Projektbegriff der Habitatrictlinie, wie insbesondere sein Urteil vom 07.09.2004 zur holländischen

Herzmuschelfischerei (C-127/02, hier zitiert nach juris) zeigt, auswirkungsbezogen.

4. Ein die Erhaltungsziele potenziell beeinträchtigendes Projekt darf nach Maßgabe des Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bzw. des ihn umsetzenden § 34 BNatSchG nur nach einer FFH-Verträglichkeitsprüfung zugelassen werden, in der entweder relevante Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele mit hinreichender Gewissheit ausgeschlossen werden können oder derartige Beeinträchtigungen zwar als möglich erachtet, das Projekt aber gem. Art. 6 Abs. 4 FFH-RL bzw. gem. § 34 Abs. 3 und 4 BNatSchG im Wege einer Abweichungsprüfung zugelassen wird.

5. Über die Reichweite negativer Einflüsse der geplanten Ablagerung kann derzeit naturgemäß keine seriöse Einschätzung abgegeben werden. Allerdings verdeutlichen bereits vorliegende Äußerungen der Landesumweltminister Niedersachsens und Schleswig-Holsteins das insoweit bestehende Besorgnispotenzial hinsichtlich der drohenden Einflüsse auf die unionsrechtlich relevanten Erhaltungsziele. Dieses folgt bereits aus den im Nationalpark grundsätzlich bestehenden Restriktionen für menschlich verursachte Veränderungen, ferner aus der Empfindlichkeit einiger Erhaltungsziele gegenüber Sedimenteintrag und schließlich aus möglichen Schadstoffbelastungen des eingetragenen Schlicks. Nach derzeitigem Kenntnisstand ist daher davon auszugehen, dass eine FFH-Verträglichkeitsprüfung erforderlich sein wird. Sie muss vor der Zulassung des Projekts durchgeführt werden (vgl. dazu jüngst etwa EuGH, Urteil vom 09.09.2020, C-254/19, hier zitiert nach www.curia.eu).

6. Fraglich ist, ob anerkannte Umweltvereine bei einer derartigen FFH-Verträglichkeitsprüfung förmlich beteiligt werden müssten.

Das ist nach bisheriger Rechtsprechung des BVerwG nicht der Fall. Eine derartige Beteiligung sei nach Maßgabe des § 63 Abs. 1 und 2 BNatSchG nur für Fälle der Abweichungsentscheidungen nach § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG, nicht aber schon bei FFH-Verträglichkeitsprüfungen erforderlich. Auch aus dem Unionsrecht lasse sich - so das BVerwG - kein Anspruch ableiten, der eine Beteiligung im Rahmen der

Verträglichkeitsprüfung vorsehen müsse (vgl. BVerwG, Urteil vom 01.04.2015, 4 C 6/14, juris, Rn. 32 ff.). Das BVerwG führt dazu aus, dass effektiver Rechtsschutz auch gegeben sei, wenn ein Projekt ohne Abweichungsentscheidung zugelassen oder durchgeführt werde, da eine Umweltvereinigung stets geltend machen könne, dass das Projekt nur im Wege einer Abweichungsentscheidung – mit Mitwirkungsrecht der Vereinigung – hätte zugelassen werden dürfen (vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 36), und letztlich sei eine Verträglichkeitsprüfung keine „Entscheidung“, an der ein Mitwirkungsrecht bestehen könnte (vgl. BVerwG, a.a.O., Rn. 38 ff.).

Würde danach also die Stadt eine Verträglichkeitsprüfung selbst durchführen und eine erhebliche Beeinträchtigung fehlerhaft verneinen, wären Umweltvereine zwar im Verfahren nicht beteiligt, könnten dies aber im Ergebnis als fehlerhaft beklagen.

7. Diese Rechtsprechung dürfte aber durch die zwischenzeitliche Rechtsprechung des EuGH überholt sein. Denn der EuGH hat mit Urteil vom 08.11.2016 (C-243/15, „Braunbär II“, curia.europa.eu) entschieden, dass Art. 6 Abs. 3 FFH-RL im Lichte von Art. 6 Abs. 1 lit. b Aarhus-Konvention (AK) auszulegen ist. Danach bestehe ein Recht zur effektiven Beteiligung während des umweltbezogenen Entscheidungsverfahrens und die Möglichkeit, alle von ihr für die geplante Tätigkeit als relevant erachteten Stellungnahmen, Informationen, Analysen oder Meinungen in Schriftform vorzulegen oder ggf. während einer öffentlichen Anhörung oder Untersuchung mit dem Antragsteller vorzutragen (vgl. EuGH, Urteil vom 08.11.2016, C-243/15, curia.europa.eu, Rn. 46). Die Vorschrift des Art. 6 AK, dass sich die Anwendung dieser Vorschrift nach innerstaatlichem Recht verhalte, habe aber nicht die Beteiligung von Verbänden beschneiden sollen (vgl. ebenda, Rn. 48). In der Folge dieser Entscheidung hat z.B. jüngst das OVG Bautzen (vgl. OVG Bautzen, Beschluss vom 09.06.2020, 4 B 126/19, juris, Rn. 51 ff.) abweichend von der früheren Rechtsprechung des BVerwG aus dem Jahr 2015 entschieden, dass § 63 BNatSchG unionsrechtskonform dahingehend auszulegen sei, dass die Umweltvereine nicht erst bei Abweichungsentscheidungen, sondern bereits bei FFH-Verträglichkeitsprüfungen beteiligt werden müssen.

8. Der EuGH geht dabei von dem Erfordernis eines „Entscheidungsverfahrens“ aus, an das das Beteiligungsrecht gekoppelt ist, und auch das OVG Bautzen unterstellt bei seiner Auslegung des § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG, dass es auch ohne die spätere Erteilung einer Befreiung ein Trägerverfahren geben muss, an das die Umweltvereinsbeteiligung anknüpfen kann. Allerdings haben wir oben dargelegt, dass es sich vorliegend mit hoher Wahrscheinlichkeit um eine Unterhaltungsmaßnahme i.S.d. § 7 Abs. 3 WaStrG handeln dürfte, die von Erlaubnis-, Bewilligungs- und Genehmigungserfordernissen freigestellt ist. Unberührt von dieser Freistellung bleiben allerdings gem. § 7 Abs. 3 S. 2 WaStrG die im WaStrG und anderen bundesrechtlichen Vorschriften geregelten Beteiligungspflichten. Zu ihnen würde § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG in der unionsrechtlichen Auslegung des OVG Bautzen zur Umsetzung der EuGH-Entscheidung vom 08.11.2016 gehören.

9. Für nicht zulassungsbedürftige Vorhaben enthält allerdings § 34 Abs. 6 BNatSchG im Hinblick auf die Erfordernisse der FFH-Verträglichkeit – nur - ein subsidiäres Anzeigeverfahren (vgl. *Wolf* in Schlacke, GK-BNatSchG, 2012, § 34 BNatSchG, Rn. 19). Dabei sieht § 34 Abs. 6 S. 3 BNatSchG vor, dass der Projektträger mit der Durchführung des Projektes beginnen kann, wenn die Behörde nicht innerhalb eines Monats nach Eingang der erforderlichen Anzeige eine Entscheidung trifft. Die Frist von einem Monat soll erst zu laufen beginnen, wenn der Projektträger alle erforderlichen Unterlagen zur Prüfung der Verträglichkeit sowie der Voraussetzungen nach den Abs. 3 bis 5 vorgelegt hat (vgl. *Ewer* in Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2011, § 34, Rn. 76).

An dieser Regelung wird im juristischen Schrifttum unionsrechtliche Kritik geäußert. So sehe das Unionsrecht eine präventive Kontrolle vor, die durch die Befristung des Anzeigeverfahrens faktisch aufgehoben würde. Denn der EuGH hat dazu bereits entschieden, dass die Verträglichkeit **vor** Durchführung eines Projekts dokumentiert geprüft werden muss (vgl. EuGH, Urteil vom 07.09.2004, C-127/02, Rn. 22). Indem eine FFH-Verträglichkeitsprüfung **vor** einem Projekt durchgeführt wird, wird der günstige Erhaltungszustand und damit der Effektivitätsgrundsatz gewahrt (vgl. Frenz/Müggenborg, BNatSchG, 2. Auflage 2016, § 34, Rn. 185).

Es erscheint vor diesem Hintergrund nicht unionsrechtskonform, dass z.B. aus Unwillen oder aus Gründen einer zu hohen Arbeitsbelastung einer Behörde ein Projekt entsprechend § 34 Abs. 6 S.3 BNatSchG durchgeführt wird, ohne dass eine FFH-Verträglichkeitsprüfung vorgenommen wurde (vgl. *Gellermann* in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Werkstand 92. EL Februar 2020, § 34 BNatSchG, Rn. 54, beck-online; a.A. *Lüttgau/Kockler* in Giesberts/Reinhardt, BeckOK Umweltrecht, 55. Edition, Stand: 01.04.2020, § 34 BNatSchG, Rn. 30, beck-online, wonach eine Frist von einem Monat ausreichend und eine Zurückstellung des Ersuchens nicht möglich sei). Vor diesem Hintergrund sei eine richtlinienkonforme Umsetzung durch den § 34 Abs. 6 BNatSchG fraglich (vgl. *Gellermann*, ebenda). Letztlich bringe die Regelung auch eine Schwächung des Natura 2000-Schutzes mit sich (vgl. *Meßerschmidt*, BNatSchG, Band 2/I, 147. Aktualisierung, Oktober 2019, Rn. 240), wenn eine gewisse Legalisierungswirkung eintrete, obwohl das Vorhaben mit den Grundsätzen der FFH-Richtlinie unvereinbar sei (vgl. *Ewer* in Lütkes/Ewer, BNatSchG, 2. Auflage 2018, § 34, Rn. 79, beck-online).

10. Außerdem enthält § 34 Abs. 6 BNatSchG keine Regelungen zur Beteiligung anerkannter Umweltvereine. Daran hatte das OVG Lüneburg jedenfalls im Jahr 2015 noch nichts auszusetzen (vgl. Urteil vom 03.03.2015, 4 LC 39/13, juris, Rn. 91 ff.). Auch dies wird allerdings unter dem Gesichtspunkt des bereits zitierten EuGH-Urteils zum „Braunbären II“ (Urteil vom 08.11.2016, C-243/15, curia.europa.eu) nicht länger vertretbar sein. Denn danach besteht wie dargelegt ein Recht zur effektiven Beteiligung während des umweltbezogenen Entscheidungsverfahrens und die Möglichkeit, alle von ihr für die geplante Tätigkeit als relevant erachteten Stellungnahmen, Informationen, Analysen oder Meinungen in Schriftform vorzulegen oder ggf. während einer öffentlichen Anhörung oder Untersuchung mit dem Antragsteller vorzutragen (vgl. EuGH, Urteil vom 08.11.2016, C-243/15, curia.europa.eu, Rn. 46).

11. Unter Beachtung dieser Erwägungen wird man erstens annehmen müssen, dass die Behörden nach § 34 Abs. 6 BNatSchG bei nicht auszuschließenden Beeinträchtigungen der

Erhaltungsziele verpflichtet sind, den Plan oder das Projekt vorbehaltlich einer doch noch positiven Bewertung des Vorhabens oder einer Abweichungsentscheidung zu stoppen und die anerkannten Umweltvereine mit Tätigkeitsschwerpunkt im Naturschutz in unionsrechtskonformer Auslegung des § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG im Verfahren zu beteiligen.

E. Klagemöglichkeiten anerkannter Umweltvereine

1. Unterbleibt fehlerhaft eine FFH-Verträglichkeitsprüfung unter Beteiligung der anerkannten Umweltvereine gem. § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG, sind diese zur Durchsetzung ihres Beteiligungsrechts zunächst befugt, dieses im Wege der sog. Partizipationserzwingungsklage und über eine einstweilige Anordnung gem. § 123 VwGO durchzusetzen (vgl. jüngst z.B. OVG Bautzen, a.a.O.).

2. Werden die in unionsrechtskonformer Auslegung des § 34 Abs. 6 BNatSchG nötigen Entscheidungen unter Verstoß gegen die Anforderungen der Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-RL getroffen, haben die anerkannten Umweltvereine auch losgelöst von der Verletzung ihrer subjektiven Rechte gem. § 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 UmwRG ein Vereinsklagerecht.

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Unsere Recherchen zum Sachstand haben zwar noch kein eindeutiges Bild zu der Frage ergeben, in welcher Art von Verfahren die Planungen für Schlickablagerungen nahe Scharhörn vorangetrieben werden sollen. Einige Zitate sprechen allerdings für die Annahme, dass kein förmliches Verfahren oder jedenfalls eines ohne Umweltvereinsbeteiligung erwogen wird.

2. Die Maßnahme soll offenbar keine Ablagerungen ersetzen oder ändern, die Regelungsgegenstand von Planfeststellungen zum Ausbau der Elbe waren. Sie ist daher losgelöst von diesen Regelungen zu bewerten.

3. Die bisherigen Recherchen sprechen für die Annahme, dass es sich um Unterhaltungsmaßnahmen i.S.d. § 7 Abs. 3 WaStrG handelt, die von Genehmigungserfordernissen freigestellt sind.

4. Eine derartige – hier unterstellte - Freistellung findet ihre unionsrechtliche Grenze in den hier mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit nicht hinreichend sicher auszuschließenden Beeinträchtigungen von Erhaltungszielen des FFH-Gebiets und besonderen Vogelschutzgebiets „Nationalpark Hamburgisches Wattenmeer“. Dies führen auf das Erfordernis, vor der Durchführung des Projekts eine FFH-Verträglichkeitsprüfung unter Beteiligung der anerkannten Umweltvereine durchzuführen und das Vorhaben zu stoppen, wenn diese nicht positiv verläuft oder eine Abweichungsentscheidung erteilt werden kann.

4. Werden diese Maßgaben nicht eingehalten, können anerkannte Umweltvereine dagegen zulässige Umweltvereinsklagen erheben.

Nebelsieck, LL.M.

Fachanwalt für Verwaltungsrecht