

Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie  
und Tourismus | Postfach 71 28 | 24171 Kiel

Minister

An den Vorsitzenden des  
Finanzausschusses des  
Schleswig-Holsteinischen Landtages  
Herrn Stefan Weber, MdL  
Landeshaus  
24105 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 19/3544

An den Vorsitzenden des  
Wirtschaftsausschusses  
des Schleswig-Holsteinischen Landtages  
Herrn Dr. Andreas Tietze, MdL

gesehen  
und weitergeleitet  
Kiel, den 17.01.2020

nachrichtlich:  
Frau Präsidentin des  
Landesrechnungshofes Schleswig-Holstein  
Dr. Gaby Schäfer  
Berliner Platz 2  
24103 Kiel



über das  
Finanzministerium  
des Landes Schleswig-Holstein  
24105 Kiel

9. Januar 2020

Sehr geehrter Herr Weber,  
sehr geehrter Herr Dr. Tietze,

anbei übersende ich Ihnen eine Ausfertigung des von meinem Hause beauftragten  
Rechtsgutachtens zu Unterhaltungsverpflichtungen des Bundes an Binnenwasserstraßen.

Das Gutachten bestätigt die Rechtsauffassung meines Hauses, dass der Bund nicht  
einseitig die Unterhaltung an Bauwerken aufgeben kann. Anlass des Gutachtens waren  
Befürchtungen, dass der Bund die Unterhaltung der Gieselauschleuse, die den NOK mit  
der Eider verbindet, aufgeben könnte.

Mit freundlichen Grüßen

  
Dr. Bernd Buchholz

Anlage: Gutachten  
(Das Gutachten wird in Kürze auch zum Download zur Verfügung stehen)

# **Die Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen bei Situationsänderungen**

- dargestellt am Beispiel des Gieselaukanals  
und der Gieselauschleuse zwischen  
Nord-Ostsee-Kanal und Eider sowie  
als allgemeines Problem des  
Bundeswasserstraßenrechts -**

## **Rechtsgutachten**

im Auftrag

des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie  
und Tourismus des Landes Schleswig-Holstein

vorgelegt von

Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Breuer  
Köhler & Klett Rechtsanwälte Partnerschaft von Rechtsan-  
wältinnen mbB, Köln

Köln, im Dezember 2019

## Gliederung

A. Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse zwischen Nord-Ostsee-Kanal und Eider.....	7
I. Sachverhalt und fallbezogene Problemstellung .....	7
1. <i>Baugeschichte, wasserbauliche Gestalt und Funktion des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse</i> .....	7
a) <i>Vorgeschichte: Auswirkungen des Nord-Ostsee-Kanals auf die Gewässerstruktur im Eidergebiet</i> .....	8
b) <i>Planung und Bau des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse in den Jahren 1933 bis 1937</i> .....	11
c) <i>Ausbau des Nord-Ostsee-Kanals auf der Teilstrecke Kkm 40,0 bis Kkm 49,5 (Weiche Oldenbüttel bis Weiche Breiholz)</i> .....	14
2. <i>Aktuelle Problemlage im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse</i> .....	15
3. <i>Gutachterlich zu beantwortende Fragen im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse</i> .....	19
II. Fallrelevante Rechtsgrundlagen der Unterhaltungspflicht für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse.....	20
1. <i>Gesetzliche Grundlagen und Umfang der Pflicht zur Unterhaltung von Bundeswasserstraßen</i> .....	20
2. <i>Gewässerunterhaltung als Hoheitsaufgabe im Interesse des Gemeinwohls – Grundsatz der lediglich objektiv-rechtlichen Unterhaltungslast</i> .....	23
3. <i>Ausnahmen vom Grundsatz der lediglich objektiv-rechtlichen Unterhaltungslast – Ansprüche auf Erfüllung einer Gewässerunterhaltungspflicht in einem konkretisierten Verwaltungsrechtsverhältnis</i> .....	24
III. Fallbezogene Untersuchung: Rechtsgrund, Rechtscharakter sowie Inhalt und Schranken der Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse.....	27
1. <i>Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein aufgrund konkretisierter und individualisierter Rechtsbeziehungen im Wasserstraßensystem des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider</i> .....	27
a) <i>Faktische Zusammenhänge und Zuordnungskriterien der Veranlassung</i> .....	28
b) <i>Rechtliche Begründung und Ausgestaltung des fallbezogenen Verwaltungsrechtsverhältnisses</i> .....	28
c) <i>Zusammenfassung und Zwischenergebnis zum fallbezogenen Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein</i> .....	33

2.	<i>Voraussetzungen, Rechtscharakter und Folgen einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG hinsichtlich des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse</i> .....	35
a)	<i>Allgemeine Grundsätze der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG</i> .....	35
b)	<i>Besonderheiten der Bestandsänderung im Rahmen des Verwaltungsrechtsverhältnisses hinsichtlich des Wasserstraßensystems von Nord-Ostsee-Kanal und Eider</i> .....	37
c)	<i>Rechtssystematische und fallbezogene Klarstellung: Beurteilung nach wasserstraßenrechtlichen, nicht nach wasserwirtschaftsrechtlichen Maßstäben</i> .....	42
3.	<i>Rechtsfolgen der faktischen Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse</i> ...	44
a)	<i>Schlüsselfrage: Rechtspflicht des Bundes zur Zweckerhaltung des Gieselaukanals</i> .....	44
b)	<i>Folgefrage zur Bestandsänderung nach § 2 WaStrG</i> .....	46
4.	<i>Voraussetzungen und Rechtsfolgen der vorübergehenden oder dauerhaften Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse</i> .....	47
a)	<i>Vorübergehende Außerbetriebnahme zu Wartungs- und Reparaturzwecken</i> .....	48
b)	<i>Rechtsprechung zur Verneinung eines Anspruchs auf Wiederinbetriebnahme einer bundeseigenen Schifffahrtsanlage einer Bundeswasserstraße</i> .....	49
c)	<i>Zwischenergebnis zur Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse</i> .....	53
5.	<i>Haushaltsrechtliche Fragen: Bedeutung fehlender Haushaltsmittel für die Unterhaltung und Sanierung der Gieselauschleuse</i> .....	53
6.	<i>Weitere Fragen zur Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse und zur Alternative der Bestandsänderung oder Umgestaltung des Gieselaukanals</i> .....	55
a)	<i>Stellt die Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse eine wesentliche Umgestaltung der Bundeswasserstraße dar, für die ein Planfeststellungsverfahren erforderlich wäre?</i> .....	55
b)	<i>Fragen nach dem Konkurrenzverhältnis der §§ 2 und 12 WaStrG im Hinblick auf die Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse</i> .....	58
aa)	<i>Grundfrage: Wie stellt sich das Konkurrenzverhältnis der §§ 2 und 12 WaStrG dar?</i> .....	58
bb)	<i>Ergänzungsfrage: Wäre neben einer Entscheidung nach § 12 WaStrG auch eine Vereinbarung nach § 2 WaStrG erforderlich?</i> .....	61
c)	<i>Frage nach den „erforderlichen Schritten“ seitens des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur zur Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse</i> .....	62
IV.	<i>Ergebnis zu Teil A.: Fortbestehende Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse</i> .....	67
B.	<i>Allgemeine Rechtsfragen zur Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen bei Situationsänderungen</i> .....	72
I.	<i>Typisierter Sachverhalt und allgemeine Problemstellung</i> .....	72

1.	<i>Rechtliche Rahmenbedingungen des typisierten Sachverhalts</i> .....	72
a)	<i>Katalog und Bestand der Binnenwasserstraßen des Bundes</i> .....	72
b)	<i>Öffentlich-rechtlicher Status der Bundeswasserstraßen und deren öffentlich-rechtliche Benutzungs- und Unterhaltungsordnung hinsichtlich der Verkehrsfunktion</i> .....	74
c)	<i>Dualistischer Charakter der öffentlich-rechtlichen Benutzungs- und Unterhaltungsordnung für die Bundeswasserstraßen</i> .....	76
2.	<i>Typisierter Sachverhalt und allgemeine Problemstellung: Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung von Binnenwasserstraßen des Bundes</i> .....	79
3.	<i>Gutachterlich zu beantwortende Fragen zum typisierten Sachverhalt</i> ....	82
II.	<i>Allgemeine Rechtsgrundlagen der Unterhaltungspflicht für Bundeswasserstraßen</i> .....	84
1.	<i>Rechtliche Ausgangsbasis: Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen nach den §§ 7 und 8 WaStrG</i> .....	84
2.	<i>Normative Voraussetzungen und Folgen eines Übergangs der Unterhaltungspflicht durch eine Bestandsänderung nach § 2 WaStrG</i> ...	88
III.	<i>Einzelfallübergreifende Rechtsfragen zur Unterhaltungspflicht für Bundeswasserstraßen bei geänderter Verkehrsbedeutung</i> .....	94
1.	<i>Sachlicher und zeitlicher Umfang der Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen</i> .....	94
a)	<i>Planerische Grundlage</i> .....	94
b)	<i>Unterhaltungsbezogene Kriterien der Substanzerhaltung sowie des sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs</i> .....	94
c)	<i>Erhaltung der Schiffbarkeit als Verkehrszweck – Wasserstraßenrechtliche Zuordnung</i> .....	95
2.	<i>Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Ansprüchen auf Vornahme einer wasserstraßenrechtlichen Bestandsänderung</i> .....	97
a)	<i>Bestandsänderung nach § 2 WaStrG als Vorgang der Widmung oder Entwidmung im systematischen Rahmen des öffentlichen Sachenrechts</i> .....	97
b)	<i>Verhältnis zwischen der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG und dem verkehrsbezogenen Ausbau oder Neubau einer Bundeswasserstraße nach den §§ 12 ff. WaStrG</i> .....	99
c)	<i>Staatsrechtliche Grundlagen subjektiv-rechtlicher Ansprüche auf Vornahme einer Bestandsänderung in den Rechtsformen des § 2 WaStrG</i> .....	100
aa)	<i>Inhalt und Funktionen der gebotenen Bundestreue</i> .....	101
bb)	<i>Anwendung und Schlussfolgerungen: Gebotene Bundestreue bei der Regelung des typisierten Sachverhalts nach Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung katalogisierter Bundeswasserstraßen</i> .....	104
d)	<i>Zwischenergebnis: Rechtliche Differenzierung aufgrund der unterschiedlichen Umstände der geänderten Situation</i> .....	114

3.	<i>Rechtsfolgen der faktischen Nichtunterhaltung einer Schleuse in einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße.....</i>	118
4.	<i>Voraussetzungen und Rechtsfolgen der vorübergehenden Außerbetriebnahme einer Schleuse in einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße.....</i>	121
5.	<i>Haushaltsrechtliche Fragen: Bedeutung fehlender Haushaltshaltsmittel für die Unterhaltung und Sanierung einer Schleuse in einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße.....</i>	122
6.	<i>Weitere Fragen zur Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse und zur Alternative der Bestandsänderung oder Umgestaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße.....</i>	123
a)	<i>Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse.....</i>	123
b)	<i>Frage nach dem Konkurrenzverhältnis der §§ 2 und 12 WaStrG .....</i>	124
c)	<i>Frage nach den „erforderlichen Schritten“ seitens des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur zur Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße.....</i>	125
IV.	<i>Ergebnis zu Teil B.: Fortbestehende Unterhaltungspflicht des Bundes für minder frequentierte Bundeswasserstraßen nach Maßgabe der im Bund-Länder-Verhältnis gebotenen Bundestreue sowie unter Berücksichtigung unterschiedlicher Sachverhaltsvarianten.....</i>	128
C.	<i>Durchsetzung der Unterhaltungspflicht des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen Zustandes einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße und ihrer integrierten Schleuse sowie ihres ordnungsmäßigen Zustandes für den Wasserabfluss.....</i>	136
I.	<i>Rechtsschutzmöglichkeiten des betroffenen Bundeslandes .....</i>	136
1.	<i>Materiellrechtliche Ausgangspunkte für den Rechtsschutz im Bund-Länder-Verhältnis .....</i>	136
2.	<i>Verwaltungsrechtsweg: Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art .....</i>	139
a)	<i>Verwaltungsrechtsweg im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse .....</i>	139
b)	<i>Verwaltungsrechtsweg in Fallkonstellationen des typisierten Sachverhalts minderfrequentierter Bundeswasserstraßen .....</i>	141
3.	<i>Sachliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts.....</i>	143
4.	<i>Statthafte Klageart.....</i>	144
a)	<i>Allgemeine Leistungsklage.....</i>	144
b)	<i>Feststellungsklage.....</i>	147
aa)	<i>Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis.....</i>	147
bb)	<i>Feststellungsinteresse .....</i>	149
cc)	<i>Ungeschriebenes Erfordernis einer Klagebefugnis? .....</i>	151
dd)	<i>Subsidiarität der Feststellungsklage – Grundsatz und Ausnahmen .....</i>	154

II. Rechtsschutzmöglichkeiten betroffener Kommunen .....	158
III. Rechtsschutzmöglichkeiten sonstiger Drittbetroffener? .....	160
IV. Ergebnis zu Teil C.: Rechtsschutzmöglichkeiten .....	161

## **A. Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse zwischen Nord-Ostsee-Kanal und Eider**

### **I. Sachverhalt und fallbezogene Problemstellung**

#### **1. Baugeschichte, wasserbauliche Gestalt und Funktion des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse**

Der Gieselaukanal mit der integrierten Gieselauschleuse stellt eine schiffbare Verbindung zwischen dem Nord-Ostsee-Kanal und der Eider dar. Diese südwestlich von Rendsburg gelegene Verbindung ist nicht bereits mit dem Bau des Nord-Ostsee-Kanals (ursprünglich: Kaiser-Wilhelm-Kanal) in den Jahren 1887 bis 1895, sondern erst nachträglich im Jahr 1937 hergestellt worden. Der Gieselaukanal ist ca. 2,5 km lang. Er ist bei Oldenbüttel (bei Kanal-km 40,5) an den Nord-Ostsee-Kanal angebunden und verläuft von dort in nördlicher Richtung in der Gieselauniederung. Gegen die wechselnden Wasserstände der Eider ist er durch die Gieselauschleuse abgeschlossen. Bei dieser handelt es sich um eine Kammer-schleuse von 70 m nutzbarer Länge und 9,50 m lichter Weite. Der Gieselaukanal ermöglicht Schiffen bis zu 2,70 m Tiefgang, 9 m Breite und 69 m Länge die Passage zwischen dem Nord-Ostsee-Kanal, der schiffbaren Untereider und der Eidermündung an der Nordsee bei Tönning. Er ist als Schiffsweg geschaffen und gewidmet worden. Seine aktuelle Bedeutung für den Schiffsverkehr hat sich jedoch infolge tatsächlicher Veränderungen des Transportwesens und des Güterumschlags verringert. Sie wird heute als gering eingeschätzt.

Waldemar Jensen, Der Nord-Ostsee-Kanal – Eine Dokumentation zur 75-jährigen Wiederkehr der Eröffnung, hrsg. von der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Kiel, 1970, S. 152.

Der Bau des Gieselaukanals südwestlich von Rendsburg und der Gieselauschleuse ist Teil umfangreicher Gewässerausbauten, die als Folgemaßnahmen des 1887 bis 1895 durchgeführten Baus des Nord-Ostsee-Kanals erforderlich geworden sind. Zu diesen Maßnahmen gehört zum einen die in den Jahren 1933 bis 1936 durchgeführte Eider-Abdämmung, die im Interesse des Hochwasserschutzes eine Trennung zwischen dem Nord-Ostsee-Kanal und der Eider geschaffen und diese gegen die Tidebewegung abgeschirmt hat.

Dazu Erich Weinnoldt/Horst Kiehnel, Die Eiderabdämmung und die wasserwirtschaftlichen Maßnahmen im Eidergebiet, in: Westküste 1, 3., 1939, S. 1 ff., 3 ff., 18, 19 ff.

Zum anderen ist mit dem Bau des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse, der auf vorbereitende Planungen der Jahre 1933 bis 1936 zurückging und 1937 ausgeführt wurde, den Belangen der Schifffahrt entsprochen worden, indem der Schifffahrtsweg zwischen der Elbe und der Untereider um etwa 50 km verkürzt worden ist. Hierdurch wurde die veraltete, den Verkehrserfordernissen nicht mehr gewachsene Eiderschleuse bei Rendsburg ersetzt und die schiffahrtstechnisch ungünstige Eiderstrecke unterhalb von Rendsburg aus dem Schiffsweg ausgeschaltet.

Aufschluss über diese Vorgänge geben der Erläuterungsbericht zum Kostenüberschlag zu den Vorarbeiten für die Verbindung der Untereider mit dem Kaiser-Wilhelm-Kanal in der Gieselauniederung (aufgestellt vom Wasserbauamt Rendsburg am 14.11.1933) und die amtliche Begründung der Bauwürdigkeit für die Verbindung zwischen Kaiser-Wilhelm-Kanal und Untereider im Gieselautal, Kanal km 40,75, Eider km 23,00 (aufgestellt vom Wasserbauamt Rendsburg am 05.01.1936); ferner Erich Weinnoldt/Horst Kiehnel, a.a.O., S. 17.

a) *Vorgeschichte: Auswirkungen des Nord-Ostsee-Kanals auf die Gewässerstruktur im Eidergebiet*

Die vorgenannten Gewässerausbauten der 1930-er Jahre sind durch den Bau und die Linienführung des Nord-Ostsee-Kanals sowie durch die daraus erwachsenen wasserwirtschaftlichen und schiffahrtstechnischen Folgen des eingriffsintensiven, der großräumigen Schifffahrt dienenden Kanalbaus bedingt. Bei der Planung und dem Bau des Nord-Ostsee-Kanals in den Jahren 1887 bis 1895 hatte man sich – abweichend von der vorausgegangenen Dahlström-Trasse sowie mit Rücksicht auf Einwendungen der Stadt Rendsburg – dafür entschieden, den Kanal im Rendsburger Raum nicht in die Eider übergehen zu lassen und somit nicht durch Rendsburg zu führen, sondern auf die Mitbenutzung des Eiderlaufs zu verzichten. Hierdurch wurde die Linienführung des Kanals 1 bis 2 km südlich verschoben und die Kanaltrasse südlich um die Stadt Rendsburg herumgeführt. Dadurch wurde die Kanaltrasse von der Eider unabhängig. Auf einer Strecke von 3 bis 4 km Länge im Südwesten von Rendsburg (zwischen Schülpe und Westerrönhof) wurde der Kanal in dessen Nähe an die Eider herangeführt. Dort wurden die beiden Wasserläufe durch einen Hochwasserdeich voneinander geschieden.

Waldemar Jensen, a.a.O., S. 54 f.; vgl. zur Planungs- und Baugeschichte des Nord-Ostsee-Kanals im Rendsburger Raum sowie zum Berührungsbereich mit der Eider auch die älteren Darstellungen bei C. Beseke, Der Nord-Ostsee-Kanal – Seine Entstehungsgeschichte, sein Bau und seine Bedeutung in wirtschaftlicher und militärischer Hinsicht, 1893, S. 62 ff.; Carl Loewe, Geschichte des Nord-Ostsee-Kanals, Festschrift zu seiner Eröffnung am 20./21. Juni 1895, S. 29.

Durch die beschriebene Linienführung durchschneidet der Nord-Ostsee-Kanal die linksseitigen, südlichen Zuflüsse der Eider. Dieser Eingriff in die natürliche Gewässerstruktur löste ungünstige wasserwirtschaftliche Folgen für die Eider und deren Wasserstände sowie für die umliegenden Grundwasserstände aus.

Vgl. dazu C. Beseke, a.a.O., S. 72 mit näheren Angaben.

Dem Bau des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse im Jahr 1937 sind Vorarbeiten vorangegangen, die seit 1927 von der Preußischen Staatsregierung initiiert worden waren, auf Verbesserungen der durch den Nord-Ostsee-Kanal beeinträchtigten Gewässerstruktur im Eidergebiet zielten und 1934 zur Gründung des Eiderverbandes führten. Im Jahr 1933 war ein 10-Jahresplan entworfen worden, der die wasserwirtschaftlichen Verhältnisse im Eidergebiet regeln sollte und in sechs Einzelpläne unterteilt war. Der fünfte Einzelplan betraf das Gieselautal. Er sah den Standort für einen anstelle der Rendsburger Schleuse zu errichtenden und einzuzeichnenden Verbindungskanal zwischen Eider und Nord-Ostsee-Kanal vor. Der Verbindungskanal sollte schon nach dieser Planung mit einer Schifffahrtsschleuse und einer Portalklappbrücke ausgestattet werden.

Dazu Gerd Querenbaum, Die Vorflut, 1999.

Auf der Basis der vorerwähnten Vorarbeiten wurde am 14./19.02.1936 zwischen dem Deutschen Reich (Reichswasserstraßenverwaltung), dem Preußischen Staat und dem Eiderverband mit Zustimmung des Reichsverkehrsministers und des Reichs- und Preußischen Ministers für Ernährung und Landwirtschaft der „Vertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Baus und der Unterhaltung der Eiderabdämmung“ geschlossen.

Nach dem Vertragstext stimmten die Vertragschließenden darin überein, dass der Bau und die Unterhaltung der Eiderabdämmung nach Maßgabe des vom Staatlichen Neubauamt für diese Maßnahme aufgestellten und vom Reichsverkehrsminister und Preußischen Landwirtschaftsminister genehmigten Plans erfolgen sollte

(§ 1 i.V.m. Anlage 1 des Vertrages). Das Reich als Eigentümer der Reichswasserstraße „Eider“ gestattete Preußen, die Eider nach dem vorgenannten Plan abzdämmen und die mit der Abdämmung im Zusammenhang stehenden Bauwerke und Eingriffe in den Wasserlauf auszuführen (§ 2 des Vertrages). Preußen übernahm die Trägerschaft des Unternehmens zur Ausführung der Abdämmung der Eider (§ 3 Abs. 1 i.V.m. § 2 des Vertrages). Der Eiderverband beteiligte sich an den Kosten dieser Ausbaumaßnahme (die sich letztlich auf ca. 6.800.000,00 RM belaufen) mit einem Teilbetrag in Höhe von 500.000,00 RM (§ 4 des Vertrages).

Vgl. hierzu Erich Weinnoldt/Horst Kiehnel, a.a.O., S. 17 und 18.

§ 7 des vorgenannten Vertrags vom 14./19.02.1936, der die laufende Unterhaltung und den Betrieb der nach dem Plan errichteten Anlagen der Eiderabdämmung regelte, wurde durch den Nachtrag vom 27.11./19.12.1942 aufgehoben und durch die folgende Bestimmung ersetzt:

*„§ 7.*

*Mit dem Eigentumsübergang übernimmt das Reich vorbehaltlos und dauernd die laufende Unterhaltung und den Betrieb der in sein Eigentum übergegangenen Anlagen. Es wird die Eider unterhalb der Abdämmungsstelle Nordfeld auf einer Sohlentiefe von mindestens 4,00 m unter NN bei 100 m Sohlenbreite offenhalten, sofern nicht auf Grund der Betriebserfahrungen ohne Schädigung der Schifffahrts- und Entwässerungsverhältnisse geringere Abmessungen zulässig sind ...“*

So der Nachtrag zum Verträge über die Regelung der Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Baus und der Unterhaltung der Eiderabdämmung vom 14./19.02.1936, abgeschlossen am 27.11.1942 (für den Eiderverband) und am 19.12.1942 (für das Reich durch den Oberpräsidenten – Wasserstraßendirektion).

Der zugrunde liegende, in § 1 des Vertrages vom 14./19.02.1936 als Anlage 1 in Bezug genommene „Einheitliche Plan für den Ausbau der Eider durch die Abdämmung bei Nordfeld“ ist im Einvernehmen mit dem Reichsverkehrsminister aufgrund der Erlasse des Preußischen Ministers für Landwirtschaft, Domänen und Forsten vom 14.08.1933 – IV 36663, 24.10.1933 – IV 39868, 28.01.1934 – IV 26191, 07.02.1934 – IV 26740 und 07.06.1934 – IV 32734 durch den Regierungspräsidenten zu Schleswig am 19.02.1936 genehmigt worden.

Aus der wiedergegebenen vertraglichen Regelung und dem zugrunde liegenden Ausbauplan ergibt sich, dass die Eiderabdämmung und der hiermit verbundene Ausbau der Eider auf der bezeichneten Strecke wasserwirtschaftlichen Zwecken,

insbesondere dem Hochwasserschutz, diene. Dabei war die nähere Ausgestaltung des Ausbaus, insbesondere die angeordnete Sohllentiefe der Eider, an deren Funktion als Wasserstraße und an den Anforderungen der Schifffahrt ausgerichtet.

*b) Planung und Bau des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse in den Jahren 1933 bis 1937*

Anders als die wasserwirtschaftlich veranlasste, in den Jahren 1933 bis 1936 ausgeführte Eiderabdämmung diene die Planung sowie der Bau des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse in den Jahren 1933 bis 1937 ausschließlich und eindeutig den wasserstraßen- und verkehrsspezifischen Zwecken der Schifffahrt. Schon in den ersten Jahrzehnten nach der Eröffnung des Nord-Ostsee-Kanals stellte sich die Eiderschleuse bei Rendsburg mit der dortigen Schleusenbrücke als verkehrstechnisches Hindernis heraus. Zugleich erwies sich die ursprüngliche Verbindung zwischen der Untereider und dem Nord-Ostsee-Kanal über die Schleuse bei Rendsburg als umständlicher und unnötig langer Schiffsweg. Beide Hindernisse machten im Interesse des Schiffverkehrs eine wasserbauliche Umgestaltung erforderlich.

In diesem Sinne ist schon im Erläuterungsbericht zu dem am 14.11.1933 aufgestellten „Kostenüberschlag zu den Vorarbeiten für die Verbindung der Untereider mit dem Kaiser-Wilhelm-Kanal in der Gieselauniederung“ in Anbetracht der vorausgegangenen Auseinandersetzungen über die Unzulänglichkeiten der Rendsburger Schleuse sowie des Schiffsweges zwischen Untereider und Nord-Ostsee-Kanal empfohlen worden, die Frage zu klären, in welcher Weise die Anpassung an die gewandelten Verkehrserfordernisse am zweckmäßigsten erfolgen solle. Dazu wird in dem Erläuterungsbericht vom 14.11.1933 ausgeführt:

*„Diese Klärung ist besonders deshalb dringend, weil dabei entschieden werden muß, ob die Verbindung zwischen Untereider und Kanal auch nach der Eiderabdämmung weiterhin durch die Schleuse bei Rendsburg über die Obereider vermittelt werden soll, oder ob jetzt die schon früher erörterte unmittelbare Verbindung zwischen Untereider und Kaiser-Wilhelm-Kanal zu schaffen und die Rendsburger Schleuse zu schließen ist.*

*Diese Verbindung würde für die Schifffahrt von großem Nutzen sein, da der Verkehr der Untereider weit überwiegend zur Elbe geht ... Der äußerste in Betracht kommende Punkt ist die Niederung der Gieselau, an der die Eider aus der südwestlichen Richtung nach Nordwest umbiegt und sich damit rechtwinklig zum Kanal von diesem entfernt ... Da die Eiderstrecke von Bokelhop bis Rendsburg Schleuse 22,5 km,*

*von hier zum Kanal 3,5 km und auf dem Kanal bis Oldenbüttel rd. 25 km und die Durchstichlänge Bokelhop-Oldenbüttel rd. 2,8 km beträgt, so würde der Schiffsweg von der Elbe um rd. 48 km verkürzt werden. Diese Wegverkürzung ist so bedeutend, dass wahrscheinlich der Schiffsverkehr auf der Untereider eine mächtige Anregung erfahren würde, die nicht nur der Schifffahrt, sondern auch allen Umschlagstellen wahrscheinlich bis zum Hafen Tönning zu Gute käme ...*

*Die Verbesserung der Schifffahrt durch die Verbindung der Untereider zum Kanal ist aber jetzt von der Reichswasserstraßenverwaltung umso mehr ins Auge zu fassen, als in Rendsburg nicht nur die Schleusenbrücken Kosten verursachen werden, sondern auch die Schleuse selbst dem veränderten Unterwasserstand angepaßt werden muß und außerdem weitere erhebliche Mängel zeigt.“*

So der Erläuterungsbericht zum „Kostenüberschlag zu den Vorarbeiten für die Verbindung der Untereider mit dem Kaiser-Wilhelm-Kanal in der Gieselaluniederung“, aufgestellt für den Regierungsbezirk Schleswig und die Reichswasserstraßenverwaltung vom Wasserbauamt Rendsburg am 14.11.1933, S. 1 – 3.

An diese Feststellungen anknüpfend, heißt es in der amtlichen Begründung der Bauwürdigkeit für die Verbindung zwischen Kaiser-Wilhelm-Kanal und Untereider im Gieselalautal vom Januar 1935:

*„Für die von der Reichswasserstraßenverwaltung zu vertretenden Schiffsbelange würde es ... von außerordentlichem Vorteil sein, wenn die Schiffe schon so weit westlich wie nur möglich aus dem Kanal in die Eider und umgekehrt gelangen könnten. Es würde dann nicht nur die engste und dadurch schiffahrtstechnisch ungünstigste Eiderstrecke ausgeschaltet, sondern auch der Schiffsweg von der Elbe, zu welcher der Verkehr der Untereider weit überwiegend geht, erheblich verkürzt werden ...*

*Die Rendsburger Schleuse selbst würde überflüssig werden und zugeschüttet werden können ...“*

So die amtliche Begründung der Bauwürdigkeit für die Verbindung zwischen Kaiser-Wilhelm-Kanal und Untereider im Gieselalautal, aufgestellt für den Regierungsbezirk Schleswig und die Reichswasserstraßenverwaltung vom Wasserbauamt Rendsburg am 05.01.1935, S. 1 – 3, wo zugleich Verkehrsverbesserungen in Rendsburg für die Reichsbahn und den Straßenverkehr beschrieben werden; ausweislich eines ausdrücklichen Vermerks geprüft im Reichsverkehrsministerium am 01.07.1935.

In der amtlichen Erläuterung zum Ausbauverfahren für die Herstellung eines Verbindungskanals zwischen der Eider und dem Kaiser-Wilhelm-Kanal im Gieselalautal vom Januar 1936 wird abermals der verkehrs- und schiffahrtsspezifische Zweck dieses Verbindungskanals hervorgehoben:

*„Um diese enge und gewundene Strecke der Untereider von Rendsburg bis zur Gieselaumündung aus der durchgehenden Wasserstraße auszuschalten und gleichzeitig den Schiffahrtsweg von der Elbe zur Untereider um etwa 50 km zu verkürzen, soll an der Abbiegungsstelle im Tale der Gieselau eine Verbindung zum Kaiser-Wilhelm-Kanal hergestellt werden, die zwischen Kraftwerk Oldenbüttel und Kanalfähre Oldenbüttel in den Anfang der Oldenbüttler Kanalweiche einmündet.“*

So die amtliche Erläuterung zum Ausbaurverfahren für die Herstellung eines Verbindungskanals zwischen der Eider und dem Kaiser-Wilhelm-Kanal im Gieselautal, aufgestellt vom Wasserbauamt Rendsburg am 11.01.1936, S. 1.

Durch Beschluss des Regierungspräsidenten zu Schleswig vom 28.04.1938 ist der vorgenannte Ausbauplan für den im Jahre 1937 fertiggestellten, am 23.08.1937 für den Schiffsverkehr freigegebenen Gieselaukanal nachträglich und rechtsförmlich festgestellt worden. In diesem Beschluss sind dem Deutschen Reich (Reichswasserstraßenverwaltung) als Ausbauunternehmer Auflagen erteilt worden.

Beschluss des Regierungspräsidenten zu Schleswig vom 28.04.1938 – I W 4615.24.56; zur Verkehrsfreigabe und zur Bezeichnung „Gieselau-Kanal“: Reichs-Verkehrs-Blatt, Ausgabe A: Reichswasserstraßen, Nr. 26 vom 23.12.1938, Nr. 162: Benennung von Reichswasserstraßen.

Aus der Rückschau des Jahres 1992 ist der Sachverhalt, der zur Herstellung des Gieselaukanals mit der integrierten Gieselauschleuse geführt hat, erneut beschrieben und amtlich bestätigt worden. So wird im Erläuterungsbericht des Planfeststellungsbeschlusses vom 03.03.1992 für den – im Folgenden beschriebenen – Ausbau des Nord-Ostsee-Kanals ausgeführt:

*„Um die enge und gewundene Strecke der Untereider von Rendsburg bis zur Gieselaumündung aus der durchgehenden Schiffahrtsstraße Eider auszuschalten und gleichzeitig den Schiffahrtsweg von der Elbe zur Untereider um etwa 50 km zu verkürzen, ist bei Kkm 40,662 eine Verbindung zwischen der Eider und dem Kaiser-Wilhelm-Kanal – nach Maßgabe des mit Beschluss des Regierungspräsidenten zu Schleswig vom 28.04.1938 – I W 4615.24.56 – festgestellten Entwurfs des Wasserbauamtes in Rendsburg über ‚die Herstellung eines Verbindungs-Kanals zwischen der Eider und dem Kaiser-Wilhelm-Kanal im Gieselautal vom 11. Januar 1936 – Ende der dreißiger Jahre hergestellt worden. Um die Wasserstände der Eider vollständig unabhängig von denen des Kanals regeln zu können, wurde in dem Durchstich eine Kammer-Schleuse angeordnet von 70 m nutzbarer Länge und 9,50 m lichter Weite und einer Lage der Drepel auf NN -3,70 m ... Der Durchstich wurde mit einer Sohlenbreite von 25 m und einer Sohlenhöhe von NN -3,50 m bei einem planmäßigen Wasserstand von*

*NN +0,10 m und einem mittleren Wasserstand von NN -0,15 m ausgebaut. Der Durchstich zwischen Kanal und Eider mußte eingedeicht werden. Die Unterhaltung der aufgeführten Anlagen mit allen Einrichtungen liegt nach wie vor bei der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes ...*

*Bereits von der Reichswasserstraßenverwaltung wurde im Teilstück zwischen Kanal und Schleuse – bei unveränderter Wasserspiegelbreite und unveränderten Böschungsneigungen (1:4) – die Lage der Sohlenhöhe auf NN -370 m verändert und vorgehalten, so daß sich eine Wassertiefe von 3,50 m bei einem planmäßigen Wasserstand von NN -0,20 m und eine Sohlenbreite von 23,40 m ergibt.*

*Der Gieselau-Kanal wird durch diese Ausbaumaßnahme nicht verändert, lediglich die Einmündung wird an die veränderten Ufer des Nord-Ostsee-Kanals angepaßt.“*

Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord, Wasser- und Schifffahrtsamt Brunsbüttel, Erläuterungsbericht zum Plan für den Ausbau des Nord-Ostsee-Kanals, Teilstrecke Kkm 40,0 – Kkm 49,5 (Weiche Oldenbüttel – Weiche Breiholz), S. 28 f.; dieser Plan ist nach Maßgabe des Planfeststellungsbeschlusses der Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord vom 03.03.1992 festgestellt worden.

- c) *Ausbau des Nord-Ostsee-Kanals auf der Teilstrecke Kkm 40,0 bis Kkm 49,5 (Weiche Oldenbüttel bis Weiche Breiholz)*

Der Ausbau des Nord-Ostsee-Kanals auf der Teilstrecke von Kkm 40,0 bis Kkm 49,5 (Weiche Oldenbüttel bis Weiche Breiholz) hatte ausschließlich technische Modernisierungen an den Ufern des Nord-Ostsee-Kanals zum Gegenstand. Ausweislich des Erläuterungsberichts zu dem am 03.03.1992 festgestellten Plan hat diese Ausbaumaßnahme den Gieselaukanal nicht verändert, sondern lediglich dessen Einmündung an die veränderten Ufer des Nord-Ostsee-Kanals angepaßt.

Wasser- und Schifffahrtsdirektion Nord, Wasser- und Schifffahrtsamt Brunsbüttel, Erläuterungsbericht zu dem vorbezeichneten, am 03.03.1992 festgestellten Plan, S. 30 unter Bezugnahme auf Bauw.-Verz. Nr. 9.

Daher ist diese Ausbaumaßnahme ebenso wie der ihr zugrunde liegende Planfeststellungsbeschluss vom 03.03.1992 für den Gieselaukanal und die hierin integrierte Gieselauschleuse in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht unerheblich. Sie hat deshalb keine Bedeutung für die nachfolgende Erörterung des rechtlichen Status des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse und für die Klärung der hieraus resultierenden, durch den Gewässerstatus bedingten Rechtsfragen.

## **2. Aktuelle Problemlage im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse**

Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur hat in einem Schreiben vom 09.01.2017, das an den Kreis Nordfriesland gerichtet ist und nachrichtlich u.a. dem Minister für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein zugeleitet worden ist, darauf hingewiesen, dass die Nutzung der Gieselauschleuse durch Bootspassagen in den letzten Jahren rückläufig gewesen sei; im Jahr 2015 seien nur noch knapp 1.600 Durchfahrten registriert worden. An den Hinweis auf eine vorübergehende, durch Kontrollen und Reparaturen bedingte Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse im Winterhalbjahr 2016/2017 und die Wiederinbetriebnahme zum 01.04.2017 schloss das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Ankündigung an, eventuell die Unterhaltungslast des Bundes für die Gieselauschleuse wie auch für den Gieselaukanal abstoßen zu wollen. In dem Schreiben des Bundesministeriums vom 09.01.2017 heißt es dazu:

*„Sollten allerdings Instandsetzungsmaßnahmen in großem Umfang erforderlich werden, deren volkswirtschaftliche Vorteilhaftigkeit nicht nachgewiesen werden kann, ist dem Bund die Aufrechterhaltung des Schleusenbetriebs nicht mehr möglich. Es besteht aber die Möglichkeit, dass z.B. der Kreis Dithmarschen oder ein anderer Dritter die Schleuse Gieselau, möglichst zusammen mit dem Gieselaukanal, übernimmt.“*

So das vorbezeichnete Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 09.01.2017 – Az.: WS 13/5221.40.

Die Ankündigung, die Unterhaltung der Gieselauschleuse seitens des Bundes eventuell aufgeben zu wollen, war in dem ministeriellen Schreiben vom 09.01.2017 mit dem Hinweis verknüpft, dass der Bund in diesem Fall auf der Grundlage von entsprechenden Haushaltsvermerken einen Finanzierungsbeitrag zum Erhalt der Schleuse leisten könne.

Hierauf antwortete das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein mit Schreiben vom 22.03.2017, dass der seitens des Bundesministeriums mitgeteilten Einschätzung zur Bedeutung der Gieselauschleuse nicht zugestimmt werde. Dabei wies das Landesministerium auf die hohe Bedeutung der Binnenwasserstraßen, wie des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse, für den Binnenlandtourismus in Schleswig-Holstein hin. Vor allem widersprach das Landesministerium dem Standpunkt des Bundes hinsichtlich der

Aufrechterhaltung des Betriebs der Gieselauschleuse. In dem Schreiben des Landesministeriums vom 22.03.2017 ist dazu ausgeführt:

*„Der Bund ist rechtlich verpflichtet, den dortigen Schleusenbetrieb und die Unterhaltung des Gieselaukanals aufrecht zu erhalten. Ohne die Gieselauschleuse und den Gieselaukanal wäre die direkte Verbindung von der Ostsee zur Eider, wie sie vor dem Bau des Nord-Ostsee-Kanals bestanden hat, unterbrochen. Als Folgemaßnahme des Kanalbaus besteht daher für die Bundesrepublik Deutschland als Rechtsnachfolgerin des Deutschen Reichs die rechtliche Verpflichtung, den Schleusenbetrieb aufrecht zu erhalten.“*

*Im Übrigen würde eine Einstellung des Schleusenbetriebs bedeuten, dass Teile des Gieselaukanals gemäß § 1 Absatz 1 Nr. 1 c Bundeswasserstraßengesetz faktisch ihre Eigenschaft als Binnenwasserstraße verlieren. Auch dies stellt nach hiesiger Auffassung eine Bestandsänderung dar, die nach § 2 Absatz 1 Bundeswasserstraßengesetz einer Vereinbarung zwischen dem Bund, dem Land und einem eventuellen künftigen Eigentümer bedarf. Eine einseitige Entscheidung des Bundes ist rechtlich nicht möglich.“*

So das Schreiben des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein an das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 22.03.2017 – Az.: VII AL 4/624.664-1.

Die gegensätzlichen Standpunkte auf Bundes- und Landesseite bestehen fort. Sie beziehen sich auf eine Problemlage von allgemeiner und grundsätzlicher Bedeutung. Bundeswasserstraßen zeichnen sich typischerweise durch eine herausgehobene, historisch gewachsene und teils naturräumliche, teils investitionsbasierte Eignung für die Schifffahrt aus. Ihre rechtliche Einstufung und Widmung als Bundeswasserstraße gründet sich auf derartige Realfaktoren. Diese unterliegen indes dem zeitlichen Wandel infolge technischer, wirtschaftlicher und sozialer Veränderungen. Dadurch können im Einzelfall die tatsächlichen Prämissen entfallen, die der Einstufung und Widmung einer Bundeswasserstraße zugrunde liegen. Hieraus erwächst das Problem, ob und wie aufgrund solcher Situationsänderungen verlangt werden kann, dass die rechtliche Einstufung von Fließgewässern als Binnenwasserstraßen des Bundes aufgehoben wird, also eine Umstufung zu einem sonstigen Gewässer nach Maßgabe des Wasserwirtschaftsrechts erfolgt.

Da vom rechtlichen Status eines Gewässers als Bundeswasserstraße die Unterhaltungspflicht des Bundes (gem. den §§ 7, 8 Bundeswasserstraßengesetz – WaStrG) abhängt, würde die Umstufung zu einem sonstigen Gewässer einen Übergang der Unterhaltungspflicht nach sich ziehen. Anstelle des Bundes wäre dann die nach Wasserwirtschaftsrecht zuständige Körperschaft unterhaltungspflichtig.

Insoweit bestimmt sich die unterhaltungspflichtige Körperschaft nach Landesrecht. Danach obliegt die Unterhaltungspflicht in der Regel einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, z.B. einem Kreis.

Vgl. dazu Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 230, 1144 m.w.N.

Eine Problemlage dieser Art ist im Fall des Gieselaukanals und der Gieselausleuse eingetreten. Die verringerten Schiffspassagen und die verminderte Verkehrsbedeutung dieses Verbindungskanals stellen eine Situationsänderung dar, welche die Kontroverse darüber ausgelöst hat, ob der Gieselaukanal und seine Schleuse den rechtlichen Status einer Bundeswasserstraße behalten und demgemäß weiterhin der Unterhaltungspflicht des Bundes unterliegen sollen oder mit der Umstufung zu einem sonstigen Gewässer in die Unterhaltungspflicht einer nach Landesrecht zuständigen Körperschaft übergehen sollen.

Diese Kontroverse ist im Fall des Gieselaukanals und seiner Schleuse nach dem wiedergegebenen, zu Beginn des Jahres 2017 geführten Schriftwechsel nicht beigelegt worden. Vielmehr ist sie dadurch verschärft worden, dass von Seiten des Bundes die einseitige Außerbetriebnahme der Gieselausleuse angedroht worden ist. In einem Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur an das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein vom 25.04.2017 wird zugestanden, „dass es eine einseitige Entscheidung des Bundes zur Entwidmung der Bundeswasserstraße Gieselaukanal schon aus rechtlichen Gründen nicht geben kann“; zugleich wird angemerkt, dass ein solches Vorgehen „zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt war und auch künftig nicht ist“. Am Ende dieses Schreibens heißt es jedoch:

*„Sollte es nicht zu der Übernahme der Gieselausleuse durch Dritte kommen und sich der Bauzustand verschlechtern, werden wir zu gegebener Zeit die erforderlichen Schritte für die Außerbetriebnahme der Schleuse durchführen und mit und in der Region angemessene bauliche Lösungen z.B. für die Passage von muskelbetriebenen Kleinfahrzeugen im Rahmen von Beteiligungsverfahren abstimmen.“*

So das Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und digitale Infrastruktur an das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein vom 25.04.2017 – Az.: WS 13/5221.35-30.

Am 21.08.2017 wurden in einem Gespräch zwischen dem Minister für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein und Vertretern

der genannten Bundes- und Landesministerien die Möglichkeiten und Modalitäten einer Übertragung von bundeseigenen Wasserstraßenabschnitten, u.a. der Gieselschleuse, an „Länder, Landkreise, Kommunen oder sonstige Dritte“ sowie „Ablösungen oder einmalige Finanzierungsbeiträge zur Erhaltung der Nutzung dieser Gewässer“ erörtert.

Dazu das Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 21.08.2017 unter dem Betreff „Abgabemodalitäten für die Gieselschleuse“.

Seitens des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein wurde in einem an das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur gerichteten Antwortschreiben vom 13.09.2017 der Standpunkt des Landes zur Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen bei Situationsänderungen bekräftigt. In diesem Schreiben heißt es:

*„§ 2 des Bundeswasserstraßengesetzes sieht vor, dass jegliche Bestandsänderungen an Bundeswasserstraßen (dies gilt natürlich nur für Binnenwasserstraßen) u.a. der Zustimmung der Länder bedürfen. Hieraus folgt für mich ebenfalls, dass der Bund nicht durch eine Nichtunterhaltung diese Vorschrift faktisch unterlaufen kann. Auch eine Außerbetriebnahme von Anlagen ist daher nach geltendem Recht ohne die entsprechende Länderzustimmung unzulässig.*

*Hinzu kommt, dass die Gieselschleuse im Zuge des Baus des Nordostseekanals errichtet wurde, um Verkehrsbeziehungen zu erhalten, die durch den Bau des NOK durchschnitten wurden. Aus diesem Grunde bleibt der Bund verpflichtet, die Schleuse betriebsfähig zu erhalten.“*

So das Schreiben des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein an das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 13.09.2017.

Damit ist für den Fall des Gieselaumkanals und der Gieselschleuse die aktuelle Problemlage hinsichtlich der Unterhaltungspflicht des Bundes in Anbetracht der zuvor beschriebenen Situationsänderung, nämlich der verringerten Bootspassagen und der verminderten Bedeutung für den Schiffsverkehr, nochmals klar umrissen. Diese Problemlage besteht seitdem unverändert fort.

### **3. Gutachterlich zu beantwortende Fragen im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse**

Das Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus des Landes Schleswig-Holstein hat den Unterzeichner beauftragt, ein Rechtsgutachten über Grund und Umfang der Pflicht der Bundesrepublik Deutschland zur Unterhaltung des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse zu erstatten. Nach dem Auftrag sollen folgende Fragestellungen rechtsgutachterlich untersucht werden:

**(1)**

Welcher Umfang an Unterhaltungsverpflichtungen für Gieselaukanal und Gieselauschleuse ergibt sich

- a) aus dem Bestand der Bundeswasserstraße,
- b) aus dem Bau des Nord-Ostsee-Kanals (NOK), d.h. aus dem Umstand, dass der Bau des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse eine Folgemaßnahme nach dem Bau des NOK darstellt,
- c) ggf. aufgrund der Wasserrahmenrichtlinie?

Anders formuliert: Folgt aus den vorgenannten Vorschriften und Umständen eine Verpflichtung des Bundes zur Erhaltung der Schiffbarkeit bzw. der Verbindung zwischen Eider und Nord-Ostsee-Kanal?

**(2)**

Wirkt eine faktische Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse einer Pflicht des Bundes zur Zweckerhaltung des Gieselaukanals als Verkehrsweg entgegen? Stellt eine solche Nichtunterhaltung in der Folge eine zustimmungsbedürftige Bestandsänderung im Sinne von § 2 WaStrG dar?

**(3)**

Würde eine vorübergehende oder dauerhafte Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse durch den Bund, verbunden mit einer Minimierung der Unterhaltungsmaßnahmen (Beschränkung auf eine Verkehrssicherung) ebenfalls eine faktische Nichtunterhaltung des Gieselaukanals bedeuten, die einer Zweckerhaltung als Verkehrsweg entgegenwirkt?

**(4)**

Kann der Haushaltsgesetzgeber sich einer eventuellen Unterhaltungspflicht entziehen, indem er die zur Sanierung der Gieselauschleuse erforderlichen Haushaltsmittel nicht zur Verfügung stellt?

**(5)**

Stellt die Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse eine wesentliche Umgestaltung der Bundeswasserstraße dar, für die ein Planfeststellungsverfahren erforderlich wäre?

**(6)**

Wie stellt sich das Konkurrenzverhältnis der §§ 2 und 12 WaStrG dar? Wäre neben einer Entscheidung nach § 12 WaStrG auch eine Vereinbarung nach § 2 WaStrG erforderlich?

**(7)**

Welche rechtlichen Schritte gehören zu den „erforderlichen Schritten“, die das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur ggf. zur Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse einleiten müsste?

**(8)**

Welche Möglichkeiten haben das Land, die Kommunen oder Dritte, um eine – unterstellte – Pflicht des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen Zustandes des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse sowie des ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluss in Gieselaukanal und Gieselauschleuse gerichtlich durchzusetzen?

Zur Beantwortung der vorgenannten Fragen werden im Folgenden zunächst die fallrelevanten Rechtsgrundlagen der Unterhaltungspflicht für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse offengelegt (dazu unten Abschnitt A. II.). Im Anschluss daran gilt es, den sachlichen und zeitlichen Umfang der Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse zu klären (dazu unten Abschnitt A. III. 1.). Sodann sind Voraussetzungen, Rechtscharakter und Folgen einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG hinsichtlich des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse klarzustellen (dazu unten Abschnitt A. III. 2.). Danach sollen im Hinblick auf die vorgenannten Fragestellungen die Rechtsfolgen der faktischen Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse (unten Abschnitt A. III. 3.), Voraussetzungen und Rechtsfolgen der vorübergehenden Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse (unten Abschnitt A. III. 4.) und die haushaltsrechtlichen Fragen nach der Relevanz fehlender Haushaltsmittel für die Unterhaltung oder Sanierung der Gieselauschleuse (unten Abschnitt A. III. 5) geklärt werden. Aus diesen rechtlichen Befunden wird das Zwischenergebnis zur Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse abzuleiten sein (dazu unten Abschnitt A. IV.).

## **II. Fallrelevante Rechtsgrundlagen der Unterhaltungspflicht für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse**

### **1. Gesetzliche Grundlagen und Umfang der Pflicht zur Unterhaltung von Bundeswasserstraßen**

Der Gieselaukanal zwischen dem Nord-Ostsee-Kanal und der Eider ist – ebenso wie der Nord-Ostsee-Kanal und die Eider – als Binnenwasserstraße des Bundes eine Bundeswasserstraße gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG.

Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 und Abs. 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG, Nr. 8 (Eider), Nr. 18 (Gieselaukanal) und Nr. 38 (Nord-Ostsee-Kanal), jeweils unter Bezeichnung der Endpunkte.

Zu den Bundeswasserstraßen gehören auch die bundeseigenen Schifffahrtsanlagen wie insbesondere Schleusen, Schiffshebewerke, Wehre sowie Schutz-, Liege- und Bauhäfen (§ 1 Abs. 4 Nr. 1 WaStrG). Die Gieselauschleuse ist seit ihrer Errichtung im Jahre 1937 wasserbaulich, technisch und funktional ein wesentlicher Bestandteil des Gieselaukanals als Schiffsweg.

Vgl. oben Abschnitt A. I. 1.

Nach § 7 Abs. 1 WaStrG sind die Unterhaltung der Bundeswasserstraßen und der Betrieb der bundeseigenen Schifffahrtsanlagen Hoheitsaufgaben des Bundes. Somit steht fest, dass die wasserwegerechtliche Unterhaltungspflicht für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse dem Bund obliegt. Hiervon geht sowohl das Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus des Landes Schleswig-Holstein,

vormals: das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein,

als auch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur aus.

So die zuvor wiedergegebene Korrespondenz, vgl. oben Abschnitt A. I. 2.

Mit der Bestimmung, dass die Unterhaltung der Bundeswasserstraßen und der Betrieb der bundeseigenen Schifffahrtsanlagen Hoheitsaufgaben des Bundes sind (§ 7 Abs. 1 WaStrG), hat der Bundesgesetzgeber die schon vor dem Inkrafttreten des Bundeswasserstraßengesetzes vom 02.04.1968 (BGBl. II S. 173) bestehende Rechtslage bestätigt. Diese war bereits zuvor allgemein anerkannt.

Vgl. Albrecht Friesecke, WaStrG, 6. Aufl. 2009, § 7 Rn. 2.

Sie entspricht der Unterhaltungspflicht des Deutschen Reiches für die vormaligen Reichswasserstraßen. Der Bund ist als Eigentümer wie als Unterhaltungspflichtiger der Bundeswasserstraßen Rechtsnachfolger des Deutschen Reiches.

Vgl. zu den Reichswasserstraßen (Art. 97, 101, 171 WRV) Albrecht Friesecke, a.a.O., Einl. Rn. 5 m.w.N.

Der Umfang der wasserwegerechtlich gebotenen Unterhaltung bestimmt sich nach § 8 WaStrG. Danach umfasst die Unterhaltung der Binnenwasserstraßen des Bundes (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG) die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluss und die Erhaltung der Schifffbarkeit (§ 8 Abs. 1 Satz 1 WaStrG).

Zu beachten ist indessen, dass der Umfang der Unterhaltung in § 8 WaStrG lediglich im Hinblick auf die Verkehrsfunktion der Bundeswasserstraßen, d.h. in wasserwegerechtllicher Hinsicht und mit Blick auf die Schifffahrtfunktion der Bundeswasserstraßen, geregelt ist. Die Unterhaltungspflicht nach § 8 WaStrG umfasst daher nur Maßnahmen, die der Erhaltung des Gewässers als funktionsfähiger Verkehrsweg dienen.

BVerwG, Urteil vom 29.10.1982 – 4 C 4.80, NVwZ 1983, 474 (475); BVerwG, Urteil vom 05.12.2001 – 9 A 13.01, NVwZ 2002, 470 (471) = ZfW 2002, 161 (163); OVG NRW, Urteil vom 26.03.1985 – 20 A 2724/83, ZfW 1986, 262 (264 f.); Albrecht Friesecke, a.a.O., § 8 Rn. 2; Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, Öffentliches und privates Wasserrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 22 f., 1140: eigenständige wasserwegerechtliche Unterhaltungsregelung.

Die wasserwirtschaftsrechtliche Unterhaltungsregelung der §§ 39 – 42 WHG wird hierdurch im Bereich der Bundeswasserstraßen nicht zur Gänze verdrängt. Sie bleibt vielmehr anwendbar, soweit Unterhaltungsmaßnahmen an Bundeswasserstraßen im Wasserwirtschaftsinteresse durchgeführt werden. Diese Aufspaltung der Unterhaltungspflicht beruht auf dem tradierten Dualismus der verfassungsrechtlichen Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen für die Bundeswasserstraßen (die im geltenden Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 und 32 sowie in den Art. 30, 89 GG fortgeschrieben sind).

Vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 30.10.1962 – 2 BvF 2/60, 1, 2, 3/61, BVerfGE 15, 1 (9); BVerfG, Beschluss vom 11.04.1967 – 2 BvG 1/62, BVerfGE 21, 312 ff.; BVerwG, Urteil vom 30.11.1990 – 7 C 4.90, BVerwGE 87, 181 (184 f.); Michael Reinhardt, NVwZ 2008, 1048 (1049 f.); Michael Reinhardt, in: Czychowski/Reinhardt, WHG, 12. Aufl. 2019, § 39 Rn. 12; Josef Schwendner, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, WHG, § 39 Rn. 56 ff.; Albrecht Friesecke, a.a.O., § 8 Rn. 2; Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 22 ff., 1140 ff.

Im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse braucht die Unterscheidung sowie die Abgrenzung zwischen dem wasserstraßenrechtlichen und dem wasserwirtschaftsrechtlichen Unterhaltungsregime jedoch nicht vertieft zu werden, weil die Kontroverse über die Unterhaltung des Gieselaukanals und seiner Schleuse eindeutig und ausschließlich die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Gewässerzustandes für die Schifffahrt betrifft. Für die Beurteilung der dargelegten Problemlage ist daher allein das wasserstraßenrechtliche Unterhaltungsregime der §§ 7 und 8 WaStrG maßgebend. Insbesondere gilt es, den wasserwegerechtlich gebotenen Umfang der Unterhaltungspflicht des Bundes nach § 8 WaStrG für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse zu bestimmen.

## **2. Gewässerunterhaltung als Hoheitsaufgabe im Interesse des Gemeinwohls – Grundsatz der lediglich objektiv-rechtlichen Unterhaltungslast**

Dass die Unterhaltung der Bundeswasserstraßen und der Betrieb der bundeseigenen Schifffahrtsanlagen Hoheitsaufgaben des Bundes sind (§ 7 Abs. 1 WaStrG), bedeutet, dass es sich hierbei um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Bundes handelt, die dem Interesse des Gemeinwohls und nicht etwa den Individualinteressen Dritter dient. Grundsätzlich besteht daher kein Rechtsanspruch eines Dritten auf Erfüllung der Unterhaltungspflicht sowie auf Aufrechterhaltung der Bundeswasserstraße oder ihrer Befahrbarkeit.

BGH, Urteil vom 15.11.1982 – II ZR 206/81, BGHZ 86, 152 (158 f.) – Elbe-Seitenkanal; Albrecht Friesecke, a.a.O., § 5 Rn. 7 und § 7 Rn. 4 m.w.N.

Insofern gilt Entsprechendes wie für die wasserwirtschaftsrechtliche Pflicht zur Gewässerunterhaltung, d.h. die wasserwirtschaftsrechtliche Unterhaltungslast; diese stellt ebenfalls eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung dar (§ 39 Abs. 1 Satz 1 WHG), deren Erfüllung dem Interesse des Gemeinwohls dient, so dass Dritte – wie z.B. Inhaber von Gewässerbenutzungsrechten oder -befugnissen oder Eigentümer anliegender Grundstücke – grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf ordnungsgemäße Gewässerunterhaltung haben.

BVerwG, Urteil vom 14.12.1973 – IV C 50.71, BVerwGE 44, 235 (238); BGH, Urteil vom 25.02.1993 – III ZR 9/92, ZfW 1993, 214 (215); BGH, Urteil vom 24.02.1994 – III ZR 4/93, BGHZ 55, 153 = ZfW 1995, 21 (22); BayVGH, Urteil vom 25.11.1996 – 22 B 96.547, ZfW 1998, 319 (321); HessVGH, Urteil vom 26.02.1997 – 7 UE 2907/94, ZfW 1998, 326 (327); Michael Reinhardt, in: Czychowski/Reinhardt, a.a.O., § 39 Rn. 21, 78; Josef Schwendner, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, a.a.O., § 39 Rn. 14 f.; Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 1143.

Nach der Rechtsprechung und der übereinstimmenden Rechtslehre hat die wasserwegrechtliche ebenso wie die wasserwirtschaftsrechtliche Gewässerunterhaltungspflicht somit grundsätzlich allein objektiv-rechtlichen, auf das Gemeinwohl fixierten Charakter. Mit ihr korrespondieren somit dem Grundsatz nach keine subjektiv-rechtlichen Leistungsansprüche Dritter. Demgemäß besteht nach der Erkenntnis des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt kein Anspruch eines Dritten, z.B. des Eigentümers eines anliegenden oder benachbarten Grundstücks, auf Wiederinbetriebnahme eines Schiffshebewerkes einer Bundeswasserstraße. Ein solcher Anspruch lässt sich im Falle der Außerbetriebnahme eines Schiffshebewerkes insbesondere nicht aus den §§ 1 und 5 WaStrG herleiten. Auch der jeweilige Widmungsakt hat keinen Anspruch eines Dritten auf Schaffung, Aufrechterhaltung oder Verbesserung des Wasserweges zum Gegenstand.

OVG LSA, Beschluss vom 14.03.2012 – 1 L 123/11, NVwZ-RR 2012, 511 Rn. 7.

Entsprechendes gilt für andere Schifffahrtsanlagen wie die Schleuse einer Bundeswasserstraße (§ 1 Abs. 4 Nr. 1 WaStrG).

### **3. Ausnahmen vom Grundsatz der lediglich objektiv-rechtlichen Unterhaltungslast – Ansprüche auf Erfüllung einer Gewässerunterhaltungspflicht in einem konkretisierten Verwaltungsrechtsverhältnis**

Abweichend von dem Grundsatz der lediglich objektiv-rechtlichen Unterhaltungslast, kann im Einzelfall ausnahmsweise ein Anspruch auf Erfüllung einer Gewässerunterhaltungspflicht bestehen. Rechtssystematisch gesehen, handelt es sich in derartigen Fällen um Ansprüche aus einem besonderen Verwaltungsrechtsverhältnis. Sie bedürfen demgemäß einer speziellen, auf die besondere Situation bezogenen Grundlage. Diese kann in einem fallbezogenen Gesetz oder in gesetzvollziehenden Rechtsakten bestehen. Letzterenfalls kann sich solcher Anspruch zum einen aus der Regelung eines Verwaltungsaktes ergeben.

So für die Räumung eines Gewässerbettes als Maßnahme der wasserwirtschaftlichen Unterhaltung unter Hinweis auf die anzuwendenden Prinzipien der objektiven Auslegung der Bestimmungen eines Verwaltungsaktes vom Empfängerhorizont her: BayVGH, Urteil vom 25.11.1996 – 22 B 96.547, ZfW 1998, 319 (321 f.), wo allerdings für den entschiedenen Fall ein derartiger Anspruch verneint worden ist.

Zum anderen kann im Einzelfall ein Anspruch auf Vornahme vereinbarter Gewässerunterhaltungsmaßnahmen durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet werden.

Vgl. zu einem öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechts über die Unterhaltung von Wegen und Brücken (Wegebaulastvertrag): BVerwG, Urteil vom 17.02.1971 – IV C 86.68, BVerwGE 37, 231 ff.; auch Carsten Tegethoff, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, 20. Aufl. 2019, § 54 Rn. 35.

Ordnet man diese Kasuistik in die Systematik des Allgemeinen Verwaltungsrechts ein, so ist festzuhalten, dass – unabhängig von der Rechtsform des Begründungsaktes – sowohl durch einen Verwaltungsakt als auch durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag ein Verwaltungsrechtsverhältnis (anders ausgedrückt: ein Verwaltungsrechtsschuldverhältnis) begründet werden kann. Aus einem solchen ergeben sich dann subjektiv-rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen. Bei einem derartigen Verwaltungsrechtsverhältnis handelt es sich um konkretisierte und individualisierte Rechtsbeziehungen, die nicht unmittelbar auf einem Gesetz, sondern im Rahmen des Gesetzesrechts auf einem fallbezogenen Begründungsakt beruhen.

Vgl. Rolf Stober, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 55 Rn. 3 ff., 9 ff. (unter Hinweis darauf, dass es sich bei dem Verwaltungsrechtsschuldverhältnis um eine Sammelbezeichnung handelt, die eine Vielzahl unterschiedlicher Erscheinungsformen umschließt); auch Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 8 Rn. 18 ff.

Subjekte eines Verwaltungsrechtsverhältnisses können grundsätzlich alle natürlichen und juristischen Personen sein. Somit können Verwaltungsrechtsverhältnisse auch zwischen rechtsfähigen Verwaltungsträgern bestehen.

Vgl. Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, a.a.O., § 8 Rn. 25; aus staatsrechtlicher Sicht zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Vereinbarungen im Bundesstaat statt vieler: Bernd Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 IV Rn. 152 ff.

Im Hinblick auf die Unterhaltung von Bundeswasserstraßen folgt die rechtspraktische Notwendigkeit der Koordination und Kooperation im Bund-Länder-Verhältnis aus dem verfassungsrechtlich und einfachgesetzlich vorgegebenen Dualismus der wasserwegerechtlichen, auf die Verkehrsfunktion und die Schifffahrt gerichteten Unterhaltungspflicht des Bundes (§§ 7 und 8 WaStrG) und der wasserwirtschafts-

rechtlichen Unterhaltungspflicht des territorial zuständigen Landes. Eine sachgerechte und abgewogene, den zusammentreffenden Gewässerfunktionen und Belangen Rechnung tragende Unterhaltung der Bundeswasserstraßen verlangt eine wechselseitige Rücksichtnahme im Verhältnis zwischen den wasserwegerechtlich verantwortlichen Behörden des Bundes und den Behörden des territorial zuständigen, wasserwirtschaftlich verantwortlichen Landes.

Die beiderseitigen Gewässerfunktionen und die entsprechenden Verwaltungsgängen überlagern und bedingen sich gegenseitig. Binnenwasserstraßen sind hier nach doppelfunktionale Gewässer als dem allgemeinen Verkehr dienende Schiffswege (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG) und oberirdische Gewässer im wasserwirtschaftsrechtlichen Sinne des § 3 Nr. 1 WHG. Weder der wasserwegerechtliche noch der wasserwirtschaftsrechtliche Verwaltungsvollzug darf in einer Weise erfolgen, welche die Aufgabenwahrnehmung des jeweils anderen Kompetenzbereichs unmöglich macht oder existentiell stört. Vielmehr muss die Aufgabenwahrnehmung beiderseits so ausgerichtet werden, dass der koordinierte Verwaltungsvollzug hinsichtlich aller Gewässerfunktionen der Bundeswasserstraßen in ungestörter und situationsgerechter Weise möglich bleibt. Dies wird einerseits in § 8 Abs. 1 Satz 2 – 4 WaStrG hinsichtlich der wasserwirtschaftlichen Belange und andererseits in § 39 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 WHG hinsichtlich der Schiffbarkeit von schiffbaren Gewässern ausdrücklich gefordert. Darüber hinaus muss das Postulat der beiderseitigen Koordination und Kooperation auch gelten, wenn es ausschließlich um die Erhaltung der Schiffbarkeit einer Bundeswasserstraße geht und der hierfür originär und primär verantwortliche Bund (§§ 7 und 8 WaStrG) und das territorial zuständige, wasserwirtschaftlich mitverantwortliche Land (§ 39 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 WHG) hieran ein beiderseitiges Wahrnehmungsinteresse haben.

Infolge dieser tatsächlichen und rechtlichen Konstellation der Bundeswasserstraßen sind der Bund und das territorial zuständige Land wechselseitig aufeinander angewiesen. Ihre normativ vorgegebene Schicksalsgemeinschaft hinsichtlich der Bundeswasserstraßen reicht allerdings für sich alleine nicht aus, um ein konkretisiertes und individualisiertes Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem betreffenden Land zu begründen. Der doppelfunktionale Charakter der Bundeswasserstraßen und die daraus resultierende Schicksalsgemeinschaft von Bund und Land sind jedoch potenziell darauf angelegt, durch fallbezogene Rechtsakte – sei es durch Gesetz oder durch gesetzesvollziehende Rechtsakte in Gestalt von

Verwaltungsakten oder öffentlich-rechtlichen Verträgen – so ausgestaltet zu werden, dass hinsichtlich einer bestimmten Bundeswasserstraße oder eines bestimmten Netzes räumlich zusammenhängender Bundeswasserstraßen konkretisierte und individualisierte Rechtsbeziehungen zwischen dem Bund und dem territorial zuständigen Land entstehen und hierdurch in concreto ein Verwaltungsrechtsverhältnis mit wechselseitigen Ansprüchen und Verpflichtungen begründet wird. Ob diese Voraussetzungen eines Verwaltungsverhältnisses erfüllt sind, muss im Einzelfall geprüft und beurteilt werden.

Der doppelfunktionale Charakter der Bundeswasserstraßen, die hiermit verbundene funktionale Überlagerung zusammentreffender Verwaltungssachen sowie die daraus resultierende, eine wechselseitige Angewiesenheit bewirkende Schicksalsgemeinschaft des Bundes und des territorial zuständigen Landes entsprechen strukturell dem Modell des im Straßen- und Eisenbahnrecht anerkannten Kreuzungsrechtsverhältnisses, das ebenfalls beiderseitige Rechtspflichten der Beteiligten einschließt. Dazu gehört u.a. die Verteilung der Unterhaltungslast. Auch hierbei handelt es sich um ein Gemeinschaftsverhältnis, das als solches wechselseitige Ansprüche und Verpflichtungen begründet.

Vgl. Ulrich Stahlhut, in: Kodal (Begr.), Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 19 Rn. 11 ff., 16 ff.; in der Rechtsprechung z.B. BVerwG, Urteil vom 12.06.2002 – 9 C 6.01, BVerwGE 116, 312 (314).

Der rechtsähnliche Charakter des Kreuzungsrechtsverhältnisses gibt Anlass, hierauf im vorliegenden Zusammenhang der doppelfunktionalen Bundeswasserstraßen und der funktionalen Überlagerung zusammentreffender Verwaltungssachen zurückzugreifen.

- III. Fallbezogene Untersuchung: Rechtsgrund, Rechtscharakter sowie Inhalt und Schranken der Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaumkanal und die Gieselauschleuse**
- 1. Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein aufgrund konkretisierter und individualisierter**

### **Rechtsbeziehungen im Wasserstraßensystem des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider**

Die grundsätzliche Frage nach dem „Umfang an Unterhaltungsverpflichtungen für Gieselaukanal und Gieselauschleuse“ zielt auf die Klärung, ob aus dem Bestand der Bundeswasserstraße, dem Bau des Nord-Ostsee-Kanals sowie den diesbezüglichen Vorschriften und Umständen eine Verpflichtung des Bundes zur Erhaltung der Schiffbarkeit bzw. der Verbindung zwischen Eider und Nord-Ostsee-Kanal folgt.

So die 1. Frage der Aufgabenstellung dieses Rechtsgutachtens; oben Abschnitt A. I. 3.

a) *Faktische Zusammenhänge und Zuordnungskriterien der Veranlassung*

Die Beantwortung dieser Frage muss in *tatsächlicher Hinsicht* berücksichtigen, dass der Bau des Nord-Ostsee-Kanals und die nachfolgenden Gewässerausbauten, zu denen auch der Bau des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse gehört, in einem gegenständlichen und ursächlichen Zusammenhang stehen. In diesem Zusammenhang stellt der Bau des Gieselaukanals mit der Gieselauschleuse im Jahre 1937 eine durch Wasserwege- und Schifffahrtserfordernisse ausgelöste Folge des in den Jahren 1887 bis 1895 durchgeführten Baus des Nord-Ostsee-Kanals dar. Schon der faktische Sachzusammenhang, die wasserbauliche Entstehungsgeschichte und der Gesichtspunkt der Veranlassung i.S. des Verursacherprinzips weisen mithin auf eine umfassende und dauerhafte Unterhaltungspflicht des Bundes für die Bundeswasserstraßen im zusammenhängenden Wasserstraßensystem des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider hin. Dies schließt die Erhaltung des Bestandes sowie der Funktionsfähigkeit, d.h. der Schiffbarkeit, des Gieselaukanals und seiner Schleuse als Schiffsweg ein.

b) *Rechtliche Begründung und Ausgestaltung des fallbezogenen Verwaltungsrechtsverhältnisses*

In *rechtlicher Hinsicht* kommt es darauf an, ob die Erhaltung des Bestandes und der Funktionsfähigkeit des Gieselaukanals und seiner Schleuse als Schiffsweg lediglich Gegenstand der objektiv-rechtlichen Unterhaltungspflicht des Bundes gemäß den §§ 7 und 8 WaStrG ist oder darüber hinaus auch subjektiv-rechtlichen Charakter hat, also mit einem Anspruch des Landes Schleswig-Holstein im Rahmen eines Verwaltungsrechtsverhältnisses verbunden ist. Ein solches besteht, wie

oben dargelegt, aus konkretisierten und individualisierten, fallbezogen begründeten Rechtsbeziehungen. Unter diesem Blickwinkel müssen die dem Bau des Nord-Ostsee-Kanals und den nachfolgenden Gewässerausbauten, insbesondere dem Bau des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse, zugrunde liegenden Rechtsakte analysiert und ausgewertet werden.

aa)

Schon die *Herstellung des Nord-Ostsee-Kanals* beruhte auf einer Vereinbarung zwischen dem Deutschen Reich und dem seinerzeit territorial zuständigen Gliedstaat Preußen. Zwar ist die Anordnung zum Bau dieses Kanals durch das mit Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags erlassene (Reichs-)-Gesetz, betreffend die Herstellung des Nord-Ostseekanals, vom 16.03.1886 (RGBl. 1886, S. 58) ergangen. § 1 dieses Gesetzes machte jedoch die Herstellung des Kanals von der Voraussetzung abhängig, dass Preußen zu den auf 156 Millionen Mark veranschlagten Gesamtherstellungskosten den Betrag von 50 Millionen Mark in Voraus gewährte. Erst nachdem Preußen der im Gesetz verlangten Vorauszahlung dieses Betrages zugestimmt hatte, war der Beginn der Bauausführung gesichert.

Waldemar Jensen, a.a.O., S. 49.

In Preußen beruhte dieser Vorgang ebenfalls auf einer gesetzlichen Grundlage. Das Preußische Gesetz, betreffend die Gewährung eines besonderen Beitrages von 50 Millionen Mark im Voraus zu den Kosten der Herstellung des Nord-Ostsee-Kanals vom 16.07.1886 (PrGS 1886, S. 209) ordnete die Gewährung dieses „besonderen Beitrages“ an.

Vgl. zu den zugrundeliegenden Verhandlungen und Vereinbarungen zwischen den Behörden des Deutschen Reiches und dem Preußischen Staatsministerium: Carl Loewe, a.a.O., S. 24 ff. (mit den Anlagen C. und D.).

Die im Jahre 1886 einvernehmlich beschlossenen, inhaltlich korrespondierenden Gesetze des Deutschen Reiches und des Gliedstaates Preußen über die Herstellung und die gemeinsame Finanzierung des Nord-Ostsee-Kanals sind auf der Ebene der Exekutive durch die kooperative Organisation und Arbeitsweise der Kanalverwaltung umgesetzt worden. Durch die Allerhöchste (kaiserliche) „Verordnung betreffend die Errichtung einer besonderen Commission für die Herstellung des Nord-Ostsee-Kanals“ vom 17.07.1886 (RGBl. 1886, S. 233),

abgedruckt auch bei: Carl Loewe, a.a.O., Anhang E.,

ist die bezeichnete Kommission als dem Reichsamt des Innern unmittelbar untergeordnete Behörde errichtet worden, „welche innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises für die Dauer ihres Bestehens alle Rechte und Pflichten einer Reichsbehörde haben“ sollte. Zum Vorsitzenden dieser Kommission wurde der Geheime Regierungsrat Carl Loewe aus dem preußischen Innenministerium berufen. Als Mitvorsitzender der Kommission wurde der Königlich Preußische Geheime Baurat Fülcher bestellt, der bis dahin preußischer wasserbautechnischer Referent bei der Regierung in Schleswig gewesen war.

Carl Loewe, a.a.O., S. 26 mit Anlage F.: Verzeichnis der Beamten der Kaiserlichen Kanal-Commission; auch Waldemar Jensen, a.a.O., S. 49 f.

bb)

In den nachfolgenden Jahrzehnten hat der Bau des Nord-Ostsee-Kanals, wie in der obigen Sachverhaltsschilderung dargelegt, *Folgemaßnahmen* ausgelöst. Die negativen Folgen des Kanalbaus bestanden zum einen in nachteiligen Auswirkungen auf die Gewässerstruktur im Eidergebiet; ihnen ist in den 1930-er Jahren durch die Eiderabdämmung begegnet worden. Zum anderen sind in dieser Zeit im Wasserstraßensystem der Eider und des Nord-Ostsee-Kanals Mängel zutage getreten, welche die Verbindung zwischen der Untereider und dem Nord-Ostsee-Kanal betrafen. Infolgedessen musste das Wasserstraßensystem nachgebessert werden, was durch die Planung und den Bau des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse in den Jahren 1933 bis 1937 geschehen ist.

Vgl. die obigen Abschnitte A. I. 1. a) und b).

Sowohl die Eiderabdämmung als auch der Bau des Gieselaukanals mit der zugehörigen Schleuse stellt eine erforderlich gewordene Folgemaßnahme im Anschluss an die Herstellung des Nord-Ostsee-Kanals dar. Zudem stehen diese Folgemaßnahmen untereinander in sachlichem Zusammenhang. Deshalb erfolgte auch die Planung und Ausführung der bezeichneten Folgemaßnahmen in enger Kooperation zwischen der Reichswasserstraßenverwaltung und den preußischen, für den wasserwirtschaftsrechtlichen Vollzug zuständigen Behörden. So ist der Vertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Baus und der Unterhaltung der Eiderabdämmung vom 14./19.02.1936 zwischen dem Deutschen Reich,

dem Preußischen Staat und dem Eiderverband mit Zustimmung des Reichsverkehrsministers und des Preußischen Ministers für Ernährung und Landwirtschaft geschlossen worden.

Vgl. die Sachverhaltsdarstellung im obigen Abschnitt A. I. 1. a).

Hierbei handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, dem die Eigenschaft der Eider als seinerzeitiger Reichswasserstraße und die aus dem Bau des Nord-Ostsee-Kanals resultierende Folgenverantwortung des Deutschen Reiches zugrunde liegen. Auf diesen Prämissen beruht ersichtlich auch die vom Deutschen Reich vertraglich, vorbehaltlos und dauernd übernommene und zu Gunsten des Staates Preußen und des Eiderverbandes wirkende Verpflichtung zur laufenden Unterhaltung und zum Betrieb der in das Eigentum des Reiches übergegangenen Anlagen der Eiderabdämmung gem. § 7 des vorerwähnten Vertrages vom 14./19.02.1936 i.d.F. des Nachtrages vom 27.11./19.12.1942.

Dazu oben Abschnitt A. I. 1. a) unter Wiedergabe dieser Vertragsbestimmung.

Diese Verpflichtung des Deutschen Reiches ist kraft Rechtsnachfolge auf die Bundesrepublik Deutschland übergegangen. Entsprechend ist der korrespondierende vertragliche Anspruch auf Vornahme der vertragsgegenständlichen Unterhaltungsmaßnahmen auf das Land Schleswig-Holstein als Rechtsnachfolger des Staates Preußen übergegangen. Durch die wiedergegebene vertragliche Regelung ist das fallbezogene Rechtsverhältnis zwischen dem Deutschen Reich (nunmehr der Bundesrepublik Deutschland) und dem Staat Preußen (nunmehr dem Land Schleswig-Holstein) bestätigt und ergänzt worden.

Die parallel erarbeitete, mit der Eiderabdämmung in Zusammenhang stehende Planung für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse sowie die nachfolgende Ausführung dieser Baumaßnahmen gründen sich ebenfalls auf das enge und institutionalisierte Zusammenwirken der Reichswasserstraßenverwaltung und der preußischen Behörden.

Vgl. dazu die obige Sachverhaltsdarstellung im Abschnitt A. I. 1. b) mit der Wiedergabe der maßgeblichen Planungsdokumente; zum sachlichen Zusammenhang dieser Baumaßnahmen und zum diesbezüglichen Zusammenwirken der Reichswasserstraßenverwaltung und der preußischen Verwaltung Erich Weinnoldt/Horst Kiehnel, a.a.O., S. 17 ff.

Durch den Umstand, dass in der nationalsozialistischen Zeit das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30.01.1934 (RGBl. I S. 75),

dazu Rolf Grawert, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band I, 3. Aufl. 2003, § 6 Rn. 11 ff. (Entföederalisierung), insbesondere Rn. 13,

die staatsrechtliche Eigenständigkeit der deutschen Länder als Gliedstaaten des Deutschen Reiches und somit die bundesstaatliche Struktur beseitigt hat, ist das dem Bau des Nord-Ostsee-Kanals und den hierdurch ausgelösten Folgemaßnahmen zugrunde liegende Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Deutschen Reich und dem Gliedstaat Preußen staatsrechtlich vorübergehend überformt, nicht aber aufgelöst worden. Seit der Neugründung der Länder nach 1945 und dem Inkrafttreten des Grundgesetzes besteht das überkommene, auf das Gewässer- und Wasserstraßensystem des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider bezogene Verwaltungsrechtsverhältnis kraft Rechtsnachfolge zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein fort.

Innerhalb des besonderen Verwaltungsrechtsverhältnisses zwischen dem Deutschen Reich und Preußen bewegt sich auch die zwischen dem Reichskanalamt und dem (preußischen) Regierungspräsidenten in Schleswig ausgetragene Kompetenzkontroverse sowie die hierzu schließlich getroffene Entscheidung hinsichtlich der Verwaltungskompetenz für den Gieselaukanal und die angrenzende Eiderstrecke. Das Reichskanalamt erklärte sich frühzeitig mit der Übernahme der Verwaltung des „Verbindungskanals zwischen Untereider und Kaiser-Wilhelm-Kanal im Gieselautal“ einverstanden und begehrte darüber hinaus die Übernahme der Verwaltung der „abgedämmten Untereider bis zur Schleuse Nordfeld“.

Schreiben des Reichskanalamtes an den Regierungspräsidenten in Schleswig vom 23.12.1936 (Geschäfts-Nr.: T I.T II.V.S.1358).

Diesem Begehren widersprach der Regierungspräsident in Schleswig unter Hinweis auf den „Umstand, dass die Eider von ganz besonderer Bedeutung für die Wasserwirtschaft des ausgedehnten, landwirtschaftlich sehr wertvollen Gebietes ist, dem sie als Vorfluter dient und zu dessen Schutz gegen Überflutung das große Werk der Eiderabdämmung, im Wesentlichen mit staatlichen Mitteln, geschaffen worden ist“.

Schreiben des Regierungspräsidenten in Schleswig an den Reichs- und Preußischen Verkehrsminister vom 01.03.1937 (Az.: Nr. IWR.340<sup>b</sup>60.).

Daraufhin hat der Reichs- und Preußische Verkehrsminister durch Anweisung vom 24.03.1937 entschieden, dass dem Reichskanalamt nur die Unterhaltung, der Betrieb sowie die Verwaltung des „Verbindungskanals zwischen der Eider und dem Kaiser-Wilhelm-Kanal“ übertragen werden könnten. Dagegen müsse „die Verwaltung der Untereider oberhalb der Abdämmung bei Nordfeld bei der besonderen Bedeutung der Eider für die gesamte Wasserwirtschaft in der Hand des Regierungspräsidenten in Schleswig bleiben“.

Anweisung des Reichs- und Preußischen Verkehrsministers vom 24.03.1937 (Az.: W 6 B 3422/37).

Diese Anweisung des Reichs- und Preußischen Verkehrsministers steht im entstehungsgeschichtlichen und sachlichen Kontext des vorgefundenen Verwaltungsrechtsverhältnisses zwischen dem Deutschen Reich und Preußen im räumlichen Bereich des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider. In diesem Kontext stellt sie mit ihrer differenzierten Zuweisung der Verwaltungs- und Unterhaltungskompetenzen eine ergänzende Ausgestaltung der konkretisierten und individualisierten Rechtsbeziehungen zwischen dem Reich und Preußen dar, die seit der Herstellung des Nord-Ostsee-Kanals im räumlichen Bereich dieses Schiffsweges und der hiervon mitbetroffenen Eider entstanden sind.

c) *Zusammenfassung und Zwischenergebnis zum fallbezogenen Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein*

Bei zusammenfassender Würdigung der entstehungsgeschichtlichen, faktischen und rechtlichen Rahmenumstände ist festzuhalten, dass schon der Gesichtspunkt der Veranlassung im Sinne des Verursacherprinzips für eine umfassende und dauerhafte Unterhaltungspflicht des Bundes für die Bundeswasserstraßen im zusammenhängenden Wasserstraßensystem des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider spricht. Maßgebend hierfür ist die Tatsache, dass der Bau des Nord-Ostsee-Kanals einen tiefen und nachhaltig wirkenden Eingriff in die holsteinische Gewässer- und Wasserstraßenstruktur darstellt. Dieser Eingriff hat in den 1930-er Jahren sowohl die Eiderabdämmung als auch die Herstellung des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse als notwendige wasserbauliche Folgemaßnahmen zur Korrektur eingriffsbedingter Missstände und Unzulänglichkeiten nach sich gezogen. Planung, Finanzierung und Ausführung aller dieser Wasserbaumaßnahmen sind seitens des

Deutschen Reiches und des Staates Preußen stets in ihrem kausalen und funktionalen Zusammenhang betrieben worden.

Die wasserstraßen- und wasserwirtschaftliche Komplexität dieser Maßnahmen und ihrer Folgewirkungen sowie die Dauerhaftigkeit der hierdurch ausgelösten Unterhaltungslasten haben überdies dazu geführt, dass das Deutsche Reich (aufgrund seiner Wasserstraßenhoheit) und der Staat Preußen (aufgrund seiner Wasserwirtschaftshoheit) bei der Planung, Finanzierung und Ausführung dieser Maßnahmen stets eng miteinander kooperiert haben. Dabei haben sie immer wieder Vereinbarungen getroffen und abgestimmte Handlungsweisen in Form von Gesetzen, Verwaltungsakten und verwaltungsinternen Regelungen praktiziert. Alle diese Rechtsakte dienten dazu, den durch den Bau des eingriffsintensiven Nord-Ostsee-Kanals geschaffenen Zustand des Wasserstraßensystems im Bereich des Nord-Ostsee-Kanals selbst und der Eider dauerhaft zu erhalten, seine Funktionsfähigkeit für die Schifffahrt zu sichern und die seit dem Kanalbau von 1887 bis 1895 ausgelösten Eingriffsfolgen im umliegenden Gewässersystem umwelt-, sozial- und strukturverträglich zu bewältigen.

Aus den beschriebenen, sachlich zusammenhängenden Wasserbaumaßnahmen und den zugrundeliegenden, zuvor dargelegten Rechtsakten ergeben sich konkretisierte und individualisierte Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Körperschaften, insbesondere zwischen dem Deutschen Reich und dem Staat Preußen. Diese Rechtsbeziehungen bestehen kraft Rechtsnachfolge zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein fort. Sie fügen sich zu einem fallbezogenen Verwaltungsrechtsverhältnis zusammen, in dem der Bund und das Land Schleswig-Holstein sich durch die gemeinsam veranlassten und durchgeführten Maßnahmen sowie die abgestimmten Rechtsakte wechselseitig gebunden und Vertrauen begründet haben und mit Blick auf die künftige Entwicklung aufeinander angewiesen sind. Hierin sind - über die gesetzlichen, objektiv-rechtlichen Gewässerunterhaltungspflichten hinausgehend - im Verhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein hinsichtlich der Unterhaltung der ausgebauten Wasserstraßen einschließlich ihrer in § 1 Abs. 4 WaStrG aufgeführten Bestandteile, namentlich der zugehörigen Schleusen, subjektiv-rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen angelegt. Dadurch sind die gesetzlichen, auf die §§ 7 und 8 WaStrG gegründeten Pflichten des Bundes zur Unterhaltung des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider sowie des als Schiffsweg und Verbindung zwischen Nord-Ostsee-Kanal und Eider hergestellten Gieselaukanals und der hierin integrierten Gieselauschleuse,

dazu oben Abschnitt A. II. 1.,

umstände- und situationsbedingt subjektiviert worden. Infolgedessen gehen diese gesetzlichen Unterhaltungspflichten mit subjektiv-rechtlichen Verpflichtungen des Bundes gegenüber dem Land Schleswig-Holstein und mit korrespondierenden Ansprüchen des Landes gegenüber dem Bund einher.

## **2. Voraussetzungen, Rechtscharakter und Folgen einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG hinsichtlich des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse**

### *a) Allgemeine Grundsätze der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG*

Falls ein Gewässer die Eigenschaft als Bundeswasserstraße verlieren soll, bedarf es nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG im ersten Schritt einer Vereinbarung zwischen dem Bund, dem territorial zuständigen Land und (falls die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft und das Eigentum nicht in einer Hand liegen) dem bisherigen oder künftigen Eigentümer. Darauf aufbauend, wird die vereinbarte Bestandsänderung im zweiten Schritt grundsätzlich durch ein Bundesgesetz bewirkt (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 WaStrG). Aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung kann bei Gewässern oder Gewässerstrecken mit nur örtlicher Bedeutung das Bundesministerium für Verkehr im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen die Bestandsänderung - statt durch Gesetz - durch Rechtsverordnung bewirken (§ 2 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 WaStrG). Die Bestandsänderung ist ein ergänzendes Widmungsverfahren. Mit ihr wird die gesetzliche Widmung der Bundeswasserstraßen (gem. § 1 Abs. 1, 2 und 4 WaStrG) räumlich geändert. Soll ein Gewässer oder eine Gewässerstrecke die Eigenschaft als Bundeswasserstraße verlieren, stellt die durch Gesetz oder Rechtsverordnung zu bewirkender Bestandsänderung eine wasserstraßenrechtliche Entwidmung dar.

Vgl. zum Ganzen Albrecht Friesecke, a.a.O., § 2 Rn. 1 ff.

Notwendige Voraussetzung einer derartigen Bestandsänderung ist nach dem Gesetz eine dahingehende Vereinbarung der Beteiligten. Bei dieser handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag i.S. der §§ 54 ff. VwVfG, da der Gegenstand einer solchen Vereinbarung der öffentlich-rechtliche Status des betroffenen Gewässers oder seiner Teilstrecke ist.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 2 Rn. 3.

Die gesetzlich vorgeschriebene Vereinbarung ändert indessen nicht selbst den Rechtsstatus des betroffenen Gewässers oder seiner Teilstrecke. Die Status- und Bestandsänderung bleibt vielmehr einem Bundesgesetz oder der in § 2 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 WaStrG vorgesehenen Rechtsverordnung vorbehalten.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 2 Rn. 3.

Anerkannt ist, dass § 2 WaStrG keine positivrechtlichen, parlamentsgesetzlich fundierten Verpflichtungen zwischen dem Bund und dem betreffenden Land auf Vornahme einer Bestandsänderung begründet. Die Vorschrift geht vielmehr vom gesetzlichen Status und vom widmungsgemäßen Bestand der Bundeswasserstraßen aus. Indem das Gesetz die Bestandsänderung generell an die Voraussetzung einer entsprechenden Vereinbarung zwischen Bund und Land bindet, schützt es die Dispositionsfreiheit der Beteiligten.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 2 Rn. 2.

§ 2 WaStrG trifft keine Bestimmung darüber, unter welchen materiellen Voraussetzungen Gewässer oder Gewässerstrecken entweder in den Bestand der Bundeswasserstraßen aufzunehmen oder aus deren Bestand auszuscheiden sind. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Entscheidung über die Streichung einer Bundeswasserstraße aus diesem Katalog grundsätzlich den Partnern der nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG zu schließenden Vereinbarung, insbesondere dem Bund und dem territorial betroffenen Land, überlassen hat.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 2 Rn. 2.

Eine verwaltungspraktische, nicht-verpflichtende Leitlinie wird darin gesehen, dass ein Gewässer seine Eigenschaft als Wasserstraße verlieren sollte, wenn auf ihm ein allgemeiner Schiffsverkehr nicht mehr stattfindet oder infolge der tatsächlichen Verkehrsentwicklung künftig nicht mehr zu erwarten ist. Derartige Leitlinien dürfen indessen nicht starr angewendet werden. Dabei ist zu beachten, dass das im Einzelfall anvisierte Gewässer oder seine ins Auge gefasste Teilstrecke im Hinblick auf seine Verkehrsfunktion und seinen wasserstraßenrechtlichen Status nicht nur

für sich allein, d.h. isoliert, betrachtet werden darf, sondern im Gesamtnetz der Bundeswasserstraßen gewürdigt werden muss.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 2 Rn. 2.

Im Übrigen steht auf einem anderen Blatt, ob aus dem allgemeinen staatsrechtlichen Bund-Länder-Verhältnis und dem hierin wurzelnden Grundsatz der Bundes-treue in Fällen einer grundlegenden und dauerhaften Situationsänderung, d.h. beim tatsächlichen Fortfall der Wasserstraßen- und Schifffahrtsfunktion eines Gewässers, eine Verpflichtung folgen kann, den überkommenen Bundeswasserstraßen-Status des Gewässers aufzugeben, also eine Bestandsänderung in den Rechtsformen des § 2 WaStrG vorzunehmen und so das betreffende Gewässer aus dem Katalog der Bundeswasserstraßen auszuschneiden. Eine solche Verpflichtung würde gegen das territorial betroffene Bundesland wirken. Mit ihr würde ein Anspruch des Bundes gegen das Land auf Vornahme der Bestandsänderung korrespondieren. Hiermit wäre eine Entlastung des Bundes von seiner gesetzlichen Unterhaltungspflicht nach den §§ 7 und 8 WaStrG verbunden. Die dahingehende Frage stellt sich indessen nur in Fällen, in denen – anders als im Fall des Gieselaukanals und seiner Schleuse – kein konkretisiertes und individualisiertes, aus den situativen Umständen resultierendes Verwaltungsrechtsverhältnis besteht. Auf diesen Fragenkreis ist im zweiten Teil des Rechtsgutachtens zurückzukommen, das den allgemeinen Rechtsfragen zur Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen bei Situationsänderungen gewidmet ist (unten Teil B., insbesondere Abschnitt B. III. zu den einzelfallübergreifenden Rechtsfragen der Unterhaltungspflicht für Bundeswasserstraßen bei geänderter Verkehrsbedeutung).

*b) Besonderheiten der Bestandsänderung im Rahmen des Verwaltungsrechtsverhältnisses hinsichtlich des Wasserstraßensystems von Nord-Ostsee-Kanal und Eider*

Von den allgemeinen Grundsätzen der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG ausgehend, sind das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur und das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein im Ansatz darüber einig, dass es „eine einseitige Entscheidung des Bundes zur Entwidmung der Bundeswasserstraße Gieselaukanal schon aus rechtlichen Gründen nicht geben kann“.

So das Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur an das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein vom 20.04.2017 als Antwort auf dessen Schreiben vom 22.03.2017; näher dazu oben Abschnitt A. I. 2.

Da eine Bestandsänderung, insbesondere die als Entwidmung fungierende Streichung eines Gewässers aus dem Bestand der Bundeswasserstraßen, schon nach den allgemeinen Grundsätzen des § 2 WaStrG nicht einseitig durch eine Entscheidung des Bundes erfolgen kann, sondern im ersten Schritt einer Vereinbarung zwischen dem Bund, dem territorial zuständigen Land und dem bisherigen oder künftigen Eigentümer bedarf und im zweiten Schritt durch ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung bewirkt wird,

näher dazu oben Abschnitt A. III. 2. a),

muss Entsprechendes erst recht gelten, wenn eine Bestandsänderung im Rahmen eines fallbezogenen, durch konkretisierte und individualisierte Rechtsbeziehungen konstituierten Rechtsverhältnisses hinsichtlich bestimmter Wasserstraßen erwogen wird. Mehr noch: Wenn der Bund und ein Land sich durch gemeinsam veranlasste und durchgeführte Wasserbaumaßnahmen sowie durch Vereinbarungen oder abgestimmte Rechtsakte wechselseitig gebunden und untereinander Vertrauen begründet haben und wenn sie in die Zukunft hinein durch vorangegangenes Handeln aufeinander angewiesen sind, setzt eine Bestandsänderung umso mehr voraus, dass die Beteiligten, vor allem der Bund und das betreffende Land, den zweischrittigen Modus einer Vereinbarung und eines hierauf gegründeten Normakts (in Gestalt eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung) einhalten. Die im ersten Schritt erforderliche Vereinbarung ist der typische und adäquate Regelungsmodus in einem bestehenden Verwaltungsrechtsverhältnis, das in anderer, durchaus treffender Terminologie als Verwaltungsrechtsschuldverhältnis bezeichnet wird.

Vgl. Rolf Stober, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, a.a.O., § 55 Rn. 3.

Dies gilt insbesondere auch für eine Bestandsänderung im Rahmen des hier bestehenden, aus den entstehungsgeschichtlichen, faktischen und rechtlichen Umständen resultierenden Verwaltungsrechtsverhältnisses hinsichtlich des Wasserstraßensystems von Nord-Ostsee-Kanal und Eider.

Vgl. dazu die obigen Ausführungen in Abschnitt A. III. 1. b) und c).

Demgemäß kann sich der Bund auch im Falle des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse nicht einseitig der mit dem Status der Bundeswasserstraße verbundenen, nach Maßgabe der §§ 7 und 8 WaStrG bestehenden Unterhaltungspflicht entziehen. Vielmehr ergibt sich aus den Vorgängen, die zum Bau des Nord-Ostsee-Kanals geführt haben, und den zugrunde liegenden Rechtsakten, aus dem hinzutretenden Umstand, dass der Bau des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse im Jahr 1937 eine Folgemaßnahme im Anschluss an den Bau des Nord-Ostsee-Kanals darstellt, sowie aus den fallbezogenen Regelungen über die dem Bund obliegende Verwaltung und Unterhaltung des Gieselaukanals (mit der zugehörigen Schleuse) eine zusammenfassende und rechtserhebliche Feststellung: Hinsichtlich des Wasserstraßensystems von Nord-Ostsee-Kanal und Eider einschließlich des Gieselaukanals besteht **zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein ein Verwaltungsrechtsverhältnis mit subjektiv-rechtlichen Ansprüchen und Verpflichtungen.**

Aus diesem Rechtsverhältnis folgt des Weiteren, dass die fallbezogen übernommene Verpflichtung des Bundes zur Unterhaltung des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse in einem positiven und strukturerhaltenden Sinne darauf gerichtet ist, diesen Verbindungskanal mit seiner Schleuse als Schiffsweg dauerhaft so zu unterhalten, dass er seine Funktion im Wasserstraßensystem des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider erfüllen kann, also schiffbar bleibt und für die Passage von Schiffen zwischen dem Nord-Ostsee-Kanal und der Eider genutzt werden kann. Daher ist die erste der gutachterlich zu klärenden Fragen dahin zu beantworten, dass **aus den wasserstraßenrechtlichen Vorschriften und den Umständen der zusammenhängenden Wasserbaumaßnahmen eine Verpflichtung des Bundes zur Erhaltung der Schiffbarkeit des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse folgt.** Der Bund ist mithin zur Erhaltung der schiffbaren Verbindung zwischen Eider und Nord-Ostsee-Kanal verpflichtet.

Im Kontext des Bestandskataloges und der eventuellen Bestandsänderung von Bundeswasserstraßen (§ 2 WaStrG) ist daran zu erinnern, dass ein im Einzelfall anvisiertes Gewässer im Hinblick auf seine Verkehrsfunktion und seinen wasserstraßenrechtlichen Status nicht nur für sich allein betrachtet werden darf, sondern im Gesamtnetz der Bundeswasserstraßen gewürdigt werden muss.

Diese Maxime muss erst recht gelten, wenn eine Bestandsänderung nicht nur den allgemeinen Regeln des § 2 WaStrG unterliegt, sondern an den leitenden Vorgaben eines besonderen Verwaltungsrechtsverhältnisses gemessen werden muss. In einem solchen Rechtsverhältnis setzen zugrundeliegende Vereinbarungen und abgestimmte Rechtsakte den erwogenen Bestandsänderungen Schranken.

Demgemäß kann im vorliegenden Fall der Bund sein Änderungsbegehren, nämlich entweder die Streichung des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse aus dem Katalog der Bundeswasserstraßen (Anlage zu § 1 Abs. 1 und Abs. 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG, Nr. 18) oder die Preisgabe der Schiffbarkeit dieser Bundeswasserstraße, nicht auf den isoliert betrachteten Umstand der verringerten Zahl der Bootspassagen in der Gieselauschleuse stützen.

So aber das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur in dem Schreiben vom 09.01.2017 – Az.: WS 13/5221.40 – und in dem weiteren, an das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein gerichteten Schreiben vom 20.12.2017 – Az.: WS 13/5221.40/0 (2903170) – ; dazu oben Abschnitt A. I. 2.

Einer solchermaßen isolierten, auf einzelne Wasserstraßen oder deren Teile gerichteten Betrachtung ist mit Blick auf das maßgebliche Wasserstraßensystem des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider (d.h. das holsteinische Gesamtnetz der Bundeswasserstraßen), entgegenzuhalten, dass der Gieselaukanal und seine Schleuse als Verbindung für den regionalen Schiffsverkehr ihre angestammte und bestimmungsgemäße Bedeutung behalten haben. Im Gefüge der Verkehrs-Infrastruktur und im Wasserstraßensystem (Gesamtnetz der Bundeswasserstraßen) betrachtet, fungieren sie trotz der verringerten Zahl der Bootspassagen nach wie vor als „die für Kleinfahrzeuge geschützte Verbindung von Revieren“. Sie dienen, strukturell gesehen, unverändert der „Vermeidung eines Umweges über die ungeschützte Außenelbe und das Wattenmeer“ und der „Gefahrvermeidung im Nord-Ostsee-Kanal“. Ohne den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse wäre die direkte Verbindung zwischen Ostsee und Eider unterbrochen, also die Infrastruktur der Schiffswege zerrissen. Ebenso würde der Gieselaukanal mit dem Ausfall der Gieselauschleuse faktisch seine Eigenschaft als Bundeswasserstraße verlieren. Auch damit würde das holsteinische Wasserstraßennetz bestimmungswidrig zerrissen.

So zu Recht das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein an das Bundesministerium für Verkehr und

digitale Infrastruktur in dem Schreiben vom 22.03.2017 – Az.: VII AL 4/624.664-1 – und in dem weiteren Schreiben an das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 13.09.2017; dazu oben Abschnitt A. I. 2.

Dieser System- und Netzkontext hat schon in der Planungs- und Bauphase des Nord-Ostsee-Kanals während der Jahre 1887 bis 1895 wie auch in der Phase der Folgemaßnahmen während der 1930-er Jahre eine maßgebende Rolle gespielt. Er liegt auch den Vereinbarungen und den abgestimmten Rechtsakten der beiden Planungs- und Bauphasen zugrunde.

Vgl. dazu die obige Darstellung der Baugeschichte in den Abschnitten A. I. 1. a) und b).

Demgemäß kommt dem System- und Netzkontext auch im Hinblick auf spätere bundeswasserstraßenrechtliche Entscheidungen über die Bestandserhaltung oder eine eventuelle Bestandsänderung (nach § 2 WaStrG) eine ausschlaggebende Bedeutung zu. Soweit und solange eine Bundeswasserstraße ihre überkommene und bestimmungsgemäße Funktion im System- und Netzkontext der Schiffswegen dem Grunde nach behalten hat, stellt dieser tatsächliche Befund in der Regel das entscheidende Kriterium dafür dar, dass der funktionsfähige Bestand und die Schiffbarkeit dieser Bundeswasserstraße erhalten bleiben müssen. Das Erfordernis der dahingehenden Bestandserhaltung schließt entsprechende Unterhaltungsmaßnahmen ein.

Diese Feststellungen gelten auch und insbesondere für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse. Im Rahmen des diesbezüglichen, durch die tatsächlichen und rechtlichen Umstände begründeten Verwaltungsrechtsverhältnisses zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein geht die von Gesetzes wegen grundsätzlich nur objektiv-rechtliche Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und dessen Schleuse mit einer subjektiv-rechtlichen Verpflichtung des Bundes gegenüber dem Land Schleswig-Holstein einher. Diese Verpflichtung richtet sich auf die Erhaltung des widmungsgemäßen und funktionsfähigen Bestandes und der Schiffbarkeit des Gieselaukanals und seiner Schleuse. Damit korrespondiert ein auf funktions- und situationsgerechte Unterhaltung sowie die Erhaltung der Schiffbarkeit des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse gerichteter Anspruch des Landes Schleswig-Holstein gegenüber dem Bund.

Das besondere, durch die tatsächlichen und rechtlichen Umstände begründete und das Wasserstraßensystem von Nord-Ostsee-Kanal und Eider betreffende Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund (als Rechtsnachfolger des Deutschen Reiches) und dem Land Schleswig-Holstein (als Rechtsnachfolger des Staates Preußen) wird in den einschlägigen Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur übersehen. Dies trifft insbesondere für das Schreiben des Bundesministeriums an das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein vom 20.12.2017 – Az.: WS 13/5221.40/0 (2903170) – zu. In der Folge werden dort hinsichtlich des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse auch die subjektiv-rechtlichen, in dem besonderen Verwaltungsrechtsverhältnis begründeten Verpflichtungen des Bundes gegenüber dem Land Schleswig-Holstein und die korrespondierenden Ansprüche des Landes gegenüber dem Bund übersehen.

Aufgrund der netzbezogenen Kriterienvorgabe sind ökonomische und räumlich wie sachlich partielle Momente wie die Zahl der Bootspassagen und die wirtschaftliche Bilanz eines Teilelements des Wasserstraßennetzes (hier der Gieselauschleuse) von untergeordneter Bedeutung. Sie müssen daher gegenüber den Belangen der Funktionstauglichkeit des Gesamtnetzes (hier der Verkehrs-Infrastruktur in Gestalt des Schiffswegesystems) zurücktreten.

Zurückgestellt sei an dieser Stelle die fallübergreifende Grundsatzfrage, ob – unabhängig von den dargelegten Besonderheiten des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse im holsteinischen Wasserstraßensystem und dem darauf gegründeten besonderen Verwaltungsrechtsverhältnis – entsprechende Rechtsbeziehungen zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land sowie eine gleichgerichtete Unterhaltungsverpflichtung des Bundes auch aus dem Gesetz, und zwar aus § 2 WaStrG, oder aus dem allgemeinen staatsrechtlichen Bund-Länder-Verhältnis und dem hierin wurzelnden Grundsatz der Bundestreue hergeleitet werden können.

Dazu wird auf die nachfolgenden Ausführungen in Teil B. verwiesen.

c) *Rechtssystematische und fallbezogene Klarstellung: Beurteilung nach wasserstraßenrechtlichen, nicht nach wasserwirtschaftsrechtlichen Maßstäben*

Die Frage, ob ggf. aus der Wasserrahmenrichtlinie,

Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik (ABl. EG vom

22.10.2000, Nr. L 327/1); dazu Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 145 ff.,

Erkenntnisse über den gebotenen Umfang der Unterhaltungsverpflichtungen für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse abgeleitet werden können,

so die obige Fragestellung unter A. I. 3., (1) a),

erfordert eine rechtssystematische sowie eine fallbezogene Klarstellung.

In rechtssystematischer Hinsicht ist klarzustellen, dass verkehrs- und schiffahrtsbezogene Maßnahmen zur Unterhaltung von Bundeswasserstraßen dem Wasserstraßenrecht unterliegen; danach müssen sie allerdings auch den allgemeinen umweltrechtlichen und insbesondere den wasserwirtschaftsrechtlichen Anforderungen entsprechen (§ 8 Abs. 1 Satz 2 – 4 WaStrG i.V.m. den §§ 27 – 31 WHG, vor dem 01.03.2010: i.V.m. den §§ 25 a – 25 d WHG a.F.).

Vgl. dazu Albrecht Friesecke, a.a.O., § 8 Rn. 11 ff. m.w.N.; auch Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 22 ff., 1140 f.

Dies gilt auch für schiffahrtsbezogene Unterhaltungsmaßnahmen an den Bundeswasserstraßen Nord-Ostsee-Kanal und Eider sowie an dem ebenfalls als Bundeswasserstraße eingestuften Gieselaukanal.

In fallbezogener Hinsicht ist daran zu erinnern, dass die vorliegende Kontroverse über die Unterhaltung des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse eindeutig und ausschließlich die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Gewässerzustandes für die Schifffahrt betrifft. Wie bereits festgestellt, ist für die Beurteilung der hieraus resultierenden, zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein umstrittenen Problemlage allein das wasserstraßenrechtliche Unterhaltungsregime der §§ 7 und 8 WaStrG maßgeblich.

Vgl. oben Abschnitt A. II. 1.

Ausschlaggebend hierfür ist, dass die aktuelle, zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein ausgetragene Kontroverse keine wasserwirtschaftlichen, sondern ausschließlich verkehrs- und schiffahrtsbezogene Fragen zum Gegenstand hat.

Vgl. dazu oben Abschnitt A. I. 2.

Durch diese Kontroverse werden somit wasserwirtschaftsrechtliche Fragen des Wasserhaushaltsgesetzes (des Bundes) und des Wassergesetzes für das Land Schleswig-Holstein nicht gestellt. Sie sind deshalb hier nicht erörterungsbedürftig.

Auf der europarechtlichen Ebene trifft die Wasserrahmenrichtlinie 2000/60/EG keine verkehrs- und schiffahrtsbezogenen Regelungen, sondern allein Regelungen des Umwelt- und speziell des Gewässerschutzes.

Rüdiger Breuer/Claus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 145 ff. m.w.N.

Die Wasserrahmenrichtlinie zielt daher – in den deutschen Rechtsbegriffen formuliert – auf die Wasserwirtschaft, d.h. den Wasserhaushalt, verstanden als „haushalterische Bewirtschaftung des in der Natur vorhandenen Wassers nach Menge und Güte“.

Vgl. zu diesen Rechtsbegriffen BVerfG, Urteil vom 30.10.1962 – 2 BvF 2/60, 1, 2, 3/61, BVerfGE 15, 1 (15); auch Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 5; Michael Reinhardt, in: Czychowski/Reinhardt, a.a.O., Einl. Rn. 49.

Weil die Wasserrahmenrichtlinie keine verkehrs- und schiffahrtsbezogenen Regelungen trifft, die im vorliegenden Fall geführte Kontroverse sich jedoch allein auf die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Zustands des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse für die Schifffahrt bezieht, ist die Wasserrahmenrichtlinie auf die vorliegende Kontroverse nicht anwendbar. Daher brauchen ihre Regelungen – ebenso wie die Vorschriften des deutschen Wasserwirtschaftsrechts, nämlich des Wasserhaushaltsgesetzes und des Wassergesetzes für das Land Schleswig-Holstein – hier nicht erörtert zu werden.

### **3. Rechtsfolgen der faktischen Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse**

#### *a) Schlüsselfrage: Rechtspflicht des Bundes zur Zweckerhaltung des Gieselaukanals*

Die Frage, ob eine faktische Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse einer Pflicht des Bundes zur Zweckerhaltung des Gieselaukanals als Verkehrsweg entgegenwirkt,

so die obige Fragestellung im ersten Satz unter A. I. 3., (2),

lässt sich auf der Grundlage der zuvor getroffenen Feststellungen unschwer beantworten. Auszugehen ist davon, dass der Bund – wie zuvor festgestellt – aufgrund der Baugeschichte des Nord-Ostsee-Kanals und der in den 1930-er Jahren durchgeführten Folgemaßnahmen sowie aufgrund der damit verbundenen tatsächlichen und rechtlichen Umstände in einem besonderen Verwaltungsrechtsverhältnis zum Land Schleswig-Holstein steht. Auf dieser Rechtsgrundlage ist der Bund verpflichtet, den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse in funktions- und situationsgerechter Weise zu unterhalten und die Schiffbarkeit dieses Verbindungskanals und seiner Schleuse zu erhalten. Daher stellt die faktische Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse eine Pflichtverletzung des Bundes dar. Diese ist nicht nur als Verstoß gegen objektives Recht relevant. Vielmehr stellt sie darüber hinaus im Rahmen des dargelegten, aus den tatsächlichen und rechtlichen Umständen der Historie resultierenden Verwaltungsrechtsverhältnisses auch eine Verletzung der subjektiv-rechtlichen Unterhaltungsverpflichtung des Bundes gegenüber dem Land Schleswig-Holstein dar.

Die Frage, ob die faktische Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse der Pflicht des Bundes zur Zweckerhaltung des Gieselaukanals entgegenwirkt, kann in einem doppelten Sinne verstanden werden. Einerseits verursacht die faktische Nichtunterhaltung einen tatsächlichen Zustand, der die Schiffbarkeit und damit die Funktionstauglichkeit des Gieselaukanals als Schiffsweg entfallen lassen kann. Auf diesen tatsächlichen Zustand bezogen, wirkt die faktische Nichtunterhaltung auf die Dauer der Pflicht des Bundes zur Zweck-erhaltung des Gieselaukanals als Verkehrsweg entgegen. Andererseits vermag die faktische Nichtunterhaltung der Schleuse die Rechtspflicht des Bundes zur Unterhaltung des Gieselaukanals (einschließlich seiner Schleuse) weder aufzuheben noch einzuschränken. Der Bund kann sich durch die faktische und pflichtwidrige Nichtunterhaltung der Schleuse seiner rechtlichen Verpflichtung, den Gieselaukanal zu unterhalten und dessen Schiffbarkeit zu erhalten, nicht entziehen. Dafür ist wesentlich, dass die Schleuse ein funktionsnotwendiger Bestandteil des Kanals als Schiffsweg und zugleich der schiffbaren Verbindung zwischen Nord-Ostsee-Kanal und Eider ist. Von Rechts wegen kann somit die faktische Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse nicht zur Befreiung des Bundes von seiner rechtlichen Unterhaltungspflicht oder zu deren Lockerung führen. Auf die Rechtslage bezogen, vermag mithin die faktische

Nichtunterhaltung der Schleuse der Pflicht des Bundes zur Zweckerhaltung des Gieselaukanals nicht „entgegenzuwirken“; sie lässt vielmehr die Rechtspflicht des Bundes zur Unterhaltung des Gieselaukanals (einschließlich seiner Schleuse) unverändert bestehen.

*b) Folgefrage zur Bestandsänderung nach § 2 WaStrG*

Die Beantwortung der gestellten Folgefrage, ob eine faktische Nichtunterhaltung der Gieselausleuse eine zustimmungsbedürftige Bestandsänderung im Sinne von § 2 WaStrG darstellt,

so die obige Fragestellung im zweiten Satz unter A. I. 3., (2),

muss an die zuvor dargelegten Untersuchungsergebnisse zu den Voraussetzungen und zum Rechtscharakter einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG anknüpfen.

Da jede Bestandsänderung nach § 2 WaStrG, auch die Streichung einer Bundeswasserstraße aus dem Bestandskatalog der zu Verkehrszwecken gesetzlich gewidmeten Bundeswasserstraßen (Anlage zu § 1 Abs. 1 und Abs. 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG), in einem zweischrittigen Verfahren erstens einer Vereinbarung bedarf, an der jedenfalls der Bund und das territorial zuständige Land beteiligt sein müssen, und zweitens notwendigerweise durch ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung bewirkt werden muss,

vgl. oben Abschnitt A. III. 2. a),

stellt die faktische Nichtunterhaltung einer gesetzlich gewidmeten Bundeswasserstraße keine Bestandsänderung im Sinne von § 2 WaStrG dar. Bei der faktischen Nichtunterhaltung fehlt es an beiden vorgenannten Voraussetzungen, nämlich sowohl an der erforderlichen Vereinbarung als auch an dem geforderten normativen Bewirkungsakt in Gestalt eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung (zur Änderung des Bestandskataloges in der Anlage zu § 1 Abs. 1 und Abs. 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG).

Vielmehr verstößt der Bund mit einer faktischen Nichtunterhaltung, welche die Schiffbarkeit der betroffenen Bundeswasserstraße beseitigt oder konkret gefährdet, jedenfalls gegen seine objektiv-rechtliche Unterhaltungspflicht. Falls darüber

hinaus zwischen dem Bund und dem territorial zuständigen Land aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Umstände ein fallbezogenes, auf Erhaltung der betroffenen Wasserstraße und ihrer Schiffbarkeit gerichtetes Verwaltungsrechtsverhältnis besteht, verletzt der Bund mit der faktischen Nichtunterhaltung zugleich seine subjektiv-rechtliche Unterhaltungspflicht gegenüber dem betreffenden Land, im Falle des Gieselaukanals also seine Verpflichtung gegenüber dem Land Schleswig-Holstein.

Wenn der Bund auf Dauer oder auf ungewisse Zeit eine faktische Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse praktizieren will, bis diese funktionsunfähig wird, könnte ein solcher Vorgang nur im Wege einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG legalisiert werden. Eine solche Legalisierung erfordert indessen, wie dargelegt, das zweischrittige Verfahren mit einer Vereinbarung zwischen Bund und Land und einem normativen Bewirkungsakt in Gestalt eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung (zur Änderung des Bestandskataloges in der Anlage zu § 1 Abs. 1 und Abs. 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG). Eben hieran fehlt es im Fall der Gieselauschleuse und des Gieselaukanals. Deshalb bleibt es dabei, dass die faktische Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse keine Bestandsänderung bewirkt, sondern – bei unverändertem Wasserstraßenbestand – eine Verletzung der dem Bund obliegenden Unterhaltungspflicht darstellt. Damit korrespondiert ein subjektiv-rechtlicher, auf das besondere Verwaltungsrechtsverhältnis gegründeter Anspruch des Landes Schleswig-Holstein gegen den Bund auf Fortsetzung der schiffahrtsgerechten Unterhaltung der Gieselauschleuse.

#### **4. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der vorübergehenden oder dauerhaften Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse**

Die Frage, ob eine vorübergehende oder dauerhafte Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse durch den Bund, verbunden mit einer Minimierung der Unterhaltungsmaßnahmen (nämlich mit der Beschränkung auf eine bloße Verkehrssicherung) ebenfalls eine faktische Nichtunterhaltung bedeutet, die einer Zweckerhaltung des Gieselaukanals als Verkehrsweg entgegenwirkt,

so die obige Fragestellung unter A. I. 3. (3),

zielt – verallgemeinert formuliert – auf die rechtliche Bedeutung und die Rechtsfolgen der Außerbetriebnahme einer vorhandenen, für die Erhaltung der Schiffbarkeit notwendigen Schleuse in einer Bundeswasserstraße, die in der Anlage 1 zum

WaStrG aufgeführt und nicht durch eine Vereinbarung nach § 2 WaStrG aus diesem Katalog ausgeschieden ist. Die so gestellte Frage erfordert eine differenzierte Antwort.

a) *Vorübergehende Außerbetriebnahme zu Wartungs- und Reparaturzwecken*

Technische Anlagen und Infrastruktureinrichtungen bedürfen durchweg der Wartung sowie – im Falle von Schäden oder Betriebsstörungen – der situationsbedingt notwendigen Reparaturen. Soweit hierdurch vorübergehende Außerbetriebnahmen notwendig werden und auf den sachlich, räumlich und zeitlich erforderlichen und verhältnismäßigen Umfang beschränkt bleiben, sind sie rechtmäßig. Betroffene Anlieger und Nutzungsberechtigte müssen sie dann dulden. Den faktisch Betroffenen stehen bei Einhaltung der genannten Voraussetzungen und Schranken keine Abwehrensprüche und grundsätzlich auch keine Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche gegen den Anlagen- oder Vorhabenträger zu.

So für vorübergehende Sperrungen von Straßen bei Arbeiten an Leitungen, Röhren und sonstigen Anlagen im Straßenkörper und für die Betroffenheit von Anliegern (Eigentümern und Gewerbetreibenden) z.B. BGH, Urteil vom 25.06.1962 – III ZR 62/61, NJW 1962, 1816; BGH, Urteil vom 30.04.1964 – III ZR 125/63, MDR 1964, 656; BGH, Urteil vom 20.12.1971 – III ZR 79/69, BGHZ 57, 359 (364 f.) = NJW 1972, 243; Rüdiger Breuer, Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentumsgarantie, 1976, S. 316 ff., 353 ff.; Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 185 f., 326, 339.

Diese Grundsätze gelten auch für sachlich notwendige, zur Unterhaltung gehörende Wartungs- und Reparaturarbeiten an Schleusen, Schiffshebewerken und anderen Schifffahrtsanlagen. Die diesbezügliche Duldungspflicht von Eigentümern und sonstigen Nutzungsberechtigten anliegender Grundstücke hält sich im Rahmen der gesetzlichen Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 11 Rn. 12; vgl. in Bezug auf die Gewässerunterhaltung zu wasserwirtschaftlichen Zwecken auch § 41 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 WHG, wonach die Inhaber von Rechten und Befugnissen an Gewässern zu dulden haben, dass die Benutzung vorübergehend behindert oder unterbrochen wird; dazu OLG Hamm, Urteil vom 17.10.1969 – 6 U 169/68, ZfW 1971, 54 (55); Michael Reinhardt, in: Czychowski/Reinhardt, a.a.O., § 41 Rn. 5, 30; Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 1168.

Im Fall der Gieselauschleuse sind derartige Wartungs- und Reparaturarbeiten im Winterhalbjahr 2016/2017 durchgeführt worden. In dieser Zeit ist die Gieselauschleuse vorübergehend außer Betrieb genommen worden. Danach ist sie am 01.04.2017 wieder in Betrieb genommen worden.

Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur an das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein vom 25.04.2017 – Az.: WS 13/5221.35-30.

Diese vorübergehende, in der Vergangenheit durch Wartungs- und Reparaturarbeiten notwendig gewordene Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse entsprach den vorerwähnten Grundsätzen. Sie war im Rahmen der erforderlichen Unterhaltung sachgerecht und ist auf das notwendige Maß beschränkt worden. Demgemäß war sie nicht Gegenstand irgendwelcher Auseinandersetzungen. Auch das Land Schleswig-Holstein hat seinerzeit gegen diese vorübergehende Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse keine Einwendungen erhoben.

In der aktuellen, der rechtsgutachterlichen Beurteilung zugeführten Situation geht es hingegen nicht um eine vorübergehende, sondern um eine dauerhafte, seitens des Bundes auf unbestimmte Zeit angedrohte Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse.

So das vorgenannte Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur an das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein vom 25.04.2017.

Eine derartige dauerhafte Außerbetriebnahme kann nicht mehr mit den vorerwähnten Grundsätzen notwendiger Wartungs- und Reparaturarbeiten erklärt und gerechtfertigt werden. Ihre Zulässigkeit sowie ihre Rechtsfolgen müssen daher nach anderen Regeln beurteilt werden.

*b) Rechtsprechung zur Verneinung eines Anspruchs auf Wiederinbetriebnahme einer bundeseigenen Schifffahrtsanlage einer Bundeswasserstraße*

Wie im Hinblick auf den allgemeinen Rechtscharakter der Gewässerunterhaltung und den Grundsatz der lediglich objektiv-rechtlichen Unterhaltungslast bereits ausgeführt, besteht nach der Erkenntnis des Oberverwaltungsgerichts des Landes

Sachsen-Anhalt kein Anspruch auf Wiederinbetriebnahme eines Schiffshebewerkes einer Bundeswasserstraße.

OVG LSA, Beschluss vom 14.03.2012 – 1 L 123/11, NVwZ-RR 2012, 511; dazu oben Abschnitt A. II. 2.

Diese Aussage scheint auf den ersten Blick für die auf Bundesseite vertretene Ansicht zu sprechen, dass die einseitige, faktische und seitens des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur angedrohte Außerbetriebnahme der Gieselschleuse durch die Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes als vollendete und unangreifbare Tatsache wirke und niemand – auch nicht das Land Schleswig-Holstein – einen Anspruch auf Wiederinbetriebnahme der Schleuse habe.

So das vorgenannte Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur an das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein vom 25.04.2017.

Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch, dass eine solche Schlussfolgerung voreilig und verfehlt wäre. Der bezeichnete Beschluss des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt vom 14.03.2012 bezieht sich auf die Rechtsfrage, ob und inwieweit Eigentümern anliegender Grundstücke eine Gebrauchsbefugnis mit dem Inhalt zusteht, eine Bundeswasserstraße mit Wasserfahrzeugen zu befahren, damit auf diesem Wege die anliegenden Grundstücke erreicht werden können. Auf diese Rechtsfrage und die zugrundeliegende Fallsituation bezogen, hat das Oberverwaltungsgericht die Grenzen der wasserwegerechtlichen Gebrauchsbefugnis herausgestellt und den von den klagenden Grundstückseigentümern geltend gemachten Anspruch auf Wiederinbetriebnahme eines in der Bundeswasserstraße gelegenen Schiffshebewerkes verneint. Die §§ 1 und 5 WaStrG enthalten nach der Erkenntnis des Oberverwaltungsgerichts die wasserwegerechtliche Widmung von Gewässern einschließlich der zugehörigen Gegenstände zu Bundeswasserstraßen. Die genannten Vorschriften begründen eine zulassungsfreie Gebrauchsbefugnis als subjektiv-öffentliches Recht; diese betrifft die Bundeswasserstraßen (§ 1 Abs. 1 WaStrG) einschließlich ihres Zubehörs.

OVG LSA, Beschluss vom 14.03.2012 – 1 L 123/11, a.a.O., LS 1 und Rn. 6 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urteil vom 04.07.1969 – VII C 26.65, BVerwGE 32, 299, und Urteil vom 07.01.1972 – IV C 49.68, BVerwGE 39, 235.

Die so begründete Gebrauchsbefugnis besteht – in den Worten des Oberverwaltungsgerichts – „weder unbeschränkt noch widmungsunabhängig“. Insbesondere erkennt das Gericht widmungsimmanente Schranken in den Bestimmungen des WaStrG, namentlich des § 5 Satz 2 WaStrG, in der Anstaltsgewalt der Verwaltung sowie in dem Widmungsinhalt selbst, der einen Anspruch auf Schaffung, Aufrechterhaltung oder Verbesserung des Wasserweges nicht zum Gegenstand hat.

OVG LSA, Beschluss vom 14.03.2012 – 1 L 123/11, a.a.O., LS 2 und Rn. 7; auch Albrecht Friesecke, a.a.O., § 5 Rn. 6 f.; jeweils m.w.N.

In der schlichten Außerbetriebnahme einer Schifffahrtsanlage (wie eines Schiffshebewerkes oder einer Schleuse) liegt nach der Erkenntnis des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt keine Beseitigung einer Bundeswasserstraße, die ein Planfeststellungsverfahren zur Folge hätte.

OVG LSA, Beschluss vom 14.03.2012 – 1 L 123/11, a.a.O., LS 3 und Rn. 9 unter Hinweis auf § 12 Abs. 2 Satz 2 WaStrG, wonach für die Beseitigung einer Bundeswasserstraße die Vorschriften über den Ausbau (§§ 14 ff. WaStrG) entsprechend gelten.

Entscheidend ist hiernach die widmungsabhängige Zweckbestimmung sowie deren im Einzelfall zu prüfender Bestand. Eine durch planungsrechtliche Zulassung geschaffene besondere Zweckbestimmung kann grundsätzlich durch einen ausdrücklichen, eindeutigen und bekannt zu machenden Hoheitsakt, nämlich die Entwidmung, beseitigt werden.

OVG LSA, Beschluss vom 14.03.2012 – 1 L 123/11, a.a.O., LS 4 und Rn. 11.

Die Entwidmung stellt, wie das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt klargestellt hat, eine Allgemeinverfügung im Sinne von § 35 Satz 2 VwVfG dar; sie beendet die Eigenschaft einer Anlage als Bestandteil oder Zubehör einer Bundeswasserstraße. Damit enden auch die Benutzungsrechte und Gebrauchsbefugnisse im Rahmen des bisherigen Widmungszweckes.

OVG LSA, Beschluss vom 14.03.2012 – 1 L 123/11, a.a.O., LS 5 und Rn. 12 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urteil vom 27.11.1996 – 11 A 2.96, BVerwGE 102, 269 m.w.N.

Mit diesen Rechtserkenntnissen wird die Frage, ob und inwieweit Eigentümern anliegender Grundstücke eine Gebrauchsbefugnis zur Befahrung einer Bundeswasserstraße und folgeweise ein Anspruch auf Wiederinbetriebnahme einer Schiffsfahrtsanlage (wie einer Schleuse oder eines Schiffshebewerkes) zusteht, plausibel verneint. Von den wiedergegebenen Aussagen des Oberverwaltungsgerichts des Landes Sachsen-Anhalt ist daher für den dort entschiedenen Fall auszugehen. Danach ist die dort gestellte Frage nach dem Anspruch eines Dritten (der nicht zu den Partnern der Rechtsbeziehung nach § 2 WaStrG gehört) zu verneinen.

Diese Rechtserkenntnisse betreffen jedoch nicht die vorliegende Fallkonstellation. Insofern ist zum einen entscheidend, dass es im Fall der Gieselauschleuse wie auch des gesamten Gieselaukanals an einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG und somit an einer bundeswasserstraßenrechtlichen Entwidmung fehlt. Zum anderen liegt ein ausschlaggebender Unterschied darin begründet, dass es in dem vom Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt entschiedenen Fall um die (verneinte) Frage nach einem Anspruch Dritter (nämlich der Eigentümer anliegender Grundstücke) ging; dagegen richtet sich die im vorliegenden Fall der Gieselauschleuse gestellte Frage, ob deren vorübergehende oder dauerhafte Außerbetriebnahme eine faktische Nichtunterhaltung des Gieselaukanals bedeutet, die dessen Zweckerhaltung als Verkehrsweg entgegenwirkt, auf die Rechtsbeziehung zwischen den in § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG bezeichneten, zur Vereinbarung von Bestandsänderungen befugten Partnern. Diese Frage stellt sich hier, wie oben dargelegt, im Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein. Sie muss demgemäß auf der Grundlage der konkretisierten und individualisierten Rechtsbeziehungen beantwortet werden, die aus den entstehungsgeschichtlichen, faktischen und rechtlichen Umständen des Kanalbaues (d.h. des Baues des Nord-Ostsee-Kanals in den Jahren 1887 bis 1895) sowie des folgeweisen Baues des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse in den 1930-er Jahren resultieren und das Wasserstraßensystem von Nord-Ostsee-Kanal und Eider betreffen. Aus diesem Verwaltungsrechtsverhältnis ergeben sich, wie oben dargelegt, subjektiv-rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen.

Vgl. oben Abschnitt A. III. 1. und 2. b).

Somit ist festzuhalten, dass es in der vorliegenden Konstellation, anders als in dem vom Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt entschiedenen Fall, nicht um die Frage einer individuellen Gebrauchsbefugnis eines Dritten hinsichtlich

einer Bundeswasserstraße sowie der Wiederinbetriebnahme einer zugehörigen Schifffahrtsanlage, sondern vielmehr um das Rechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein geht, die als verantwortliche Hoheitsträger einander verpflichtet sind. Die Aussage, dass es keinen Anspruch auf Wiederinbetriebnahme einer Schifffahrtsanlage (wie eines Schiffshebelwerkes) gebe, kann auf ein besonderes Verwaltungsrechtsverhältnis (Verwaltungsschuldverhältnis) der hier vorliegenden Art nicht übertragen werden.

c) *Zwischenergebnis zur Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse*

Die gesetzliche, subjektiv-rechtlich verdichtete Pflicht des Bundes zur Unterhaltung des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse schließt die Zweckerhaltung dieses schiffbaren Verbindungskanals zwischen Nord-Ostsee-Kanal und Eider ein. Dabei umfasst die Zweckerhaltung des Gieselaukanals den Fortbestand und die Betriebstauglichkeit der zugehörigen Schleuse. Deren vorübergehende Außerbetriebnahme zu Wartungs- und Reparaturzwecken ist in den zuvor dargelegten Grenzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit rechtens und unbedenklich. Hingegen verstößt eine dauerhafte oder auf unbestimmte Zeit erfolgende Außerbetriebnahme dieser Schleuse gegen die Unterhaltungspflicht des Bundes. Auf den tatsächlichen Zustand der Schiffbarkeit bezogen, wirkt eine derartige Außerbetriebnahme der Schleuse der geschuldeten Zweckerhaltung des Gieselaukanals als Verkehrsweg entgegen.

**5. Haushaltsrechtliche Fragen: Bedeutung fehlender Haushaltsmittel für die Unterhaltung und Sanierung der Gieselauschleuse**

Die Frage, ob der Haushaltsgesetzgeber sich einer eventuellen Unterhaltungspflicht entziehen kann, indem er die zur Sanierung der Gieselauschleuse erforderlichen Haushaltsmittel nicht zur Verfügung stellt,

so die obige Fragestellung unter A. I. 3. (4),

ergibt sich aus der von Bundesseite ausgesprochenen Ankündigung, dass angesichts der verringerten Zahl der Bootspassagen für umfangreiche Instandsetzungsmaßnahmen an der Gieselauschleuse, d.h. für deren Sanierung zur Erhaltung der bestimmungsgemäßen Schiffbarkeit des Gieselaukanals, die erforderlichen Haushaltsmittel nicht mehr zur Verfügung gestellt würden.

So das Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur an das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein vom 25.04.2017 – Az.: WS 13/5221.35-30; dieser Standpunkt liegt auch den späteren Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur in der Angelegenheit der Gieselanschleuse zugrunde, so zuletzt dem Schreiben vom 20.12.2017 – Az.: WS 13/5221.40/0 (2903170); vgl. zu diesem Schriftwechsel oben Abschnitt A. I. 2.

Auf die Frage nach den im Haushaltsplan bereitzustellenden Mitteln ist von Rechts wegen eine eindeutige Antwort zu geben: Der staatliche Haushaltsplan hat lediglich eine körperschaftsinterne Bedeutung, indem er die Verwaltung ermächtigt, Ausgaben zu leisten und Verpflichtungen einzugehen (§ 3 Abs. 1 Bundeshaushaltsordnung – BHO). Demgemäß werden durch den Haushaltsplan Ansprüche oder Verbindlichkeiten weder begründet noch aufgehoben (§ 3 Abs. 2 BHO). Diese Bestimmung ist dahin zu ergänzen, dass Ansprüche oder Verbindlichkeiten durch den Haushaltsplan auch nicht verändert werden können. Vielmehr kommt den Veranschlagungen, d.h. den Ermächtigungen des Haushaltsplans, eine reine Binnenwirkung innerhalb der handelnden Körperschaft (hier: des Bundes) zu.

Vgl. statt vieler: Christoph Gröpl, in: ders. (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnung (BHO/LHO), Staatliches Haushaltsrecht, Kommentar, 2011, § 3 Rn. 27.

Die fehlende Außenwirkung des Haushaltsplans bringt es mit sich, dass Verpflichtungen ebenso wie Ansprüche des Staates allein durch die im Außenverhältnis geltenden Fachgesetze und die gesetzesvollziehenden Rechtsakte (namentlich Verwaltungsakte und öffentlich-rechtliche Verträge) begründet werden und im Streitfall durch die gerichtliche Gesetzesauslegung geklärt werden müssen.

BVerfG, Beschluss vom 22.10.1974 – 1 BvL 3/72, BVerfGE 38, 121 (125 f.).

Im vorliegenden Fall folgt aus diesen haushaltsrechtlichen Grundsätzen, dass der im externen Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein begründete, gegen den Bund gerichtete Anspruch des Landes auf Unterhaltung und Zweckerhaltung des Gieselaukanals als Schiffsweg einschließlich der Unterhaltung der hierfür funktionsnotwendigen Gieselanschleuse nicht von der körperschaftsinternen haushaltsrechtlichen Bereitstellung der benötigten Haushaltsmittel abhängt. Der Bund kann sich deshalb im Außenverhältnis

gegenüber dem Land Schleswig-Holstein nicht auf die fehlende haushaltsrechtliche Bereitstellung der finanziellen, zur Erfüllung der außenwirksamen Unterhaltungspflicht benötigten Mittel berufen. Vielmehr muss umgekehrt die haushaltsrechtliche, körperschaftsintern wirkende Bereitstellung der Mittel (im Haushaltsplan des Bundes) der im Außenverhältnis begründeten Unterhaltungspflicht des Bundes gegenüber dem Land Rechnung tragen.

Vgl. Stefan Koriath, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band III, 2009, § 44 Rn. 29: „Nur Sachnormen, nicht das Haushaltsgesetz, enthalten finanzwirksame Regelungen; der Sachgesetzgeber bindet den Haushaltsgesetzgeber. Seine Festlegungen im Außenverhältnis muss der Haushalt verwaltungsintern mit entsprechenden Ressourcen unterfüttern.“

Die Haushaltsplanung des Bundes muss somit die zur Erfüllung der zuvor umrissenen, im Außenverhältnis gegenüber dem Land bestehenden Unterhaltungspflicht benötigten Haushaltsmittel zur Sanierung der Gieselauschleuse bereitstellen.

**6. Weitere Fragen zur Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse und zur Alternative der Bestandsänderung oder Umgestaltung des Gieselaumkanals**

- a) *Stellt die Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse eine wesentliche Umgestaltung der Bundeswasserstraße dar, für die ein Planfeststellungsverfahren erforderlich wäre?*

Die bloße, sei es vorübergehende oder dauerhafte Außerbetriebnahme der Schleuse einer Bundeswasserstraße (wie der Gieselauschleuse) ist eine tatsächliche Verwaltungsmaßnahme. Als solche ist sie zuvor rechtlich gewürdigt worden.

Oben Abschnitt A. III. 4.

Die Beantwortung der Anschlussfrage, ob die Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse eine wesentliche Umgestaltung der Bundeswasserstraße darstellt, für die ein Planfeststellungsverfahren erforderlich wäre,

so die obige Fragestellung unter A. I. 3. (5),

macht eine zweifache tatbestandliche Abgrenzung notwendig. Diese führt zu einer negativen Feststellung: Als tatsächliche und betriebsbezogene Maßnahme stellt die schlichte Außerbetriebnahme weder eine Bestandsänderung im Sinne von § 2 WaStrG noch eine wesentliche Umgestaltung einer Bundeswasserstraße gem. § 12 Abs. 2 WaStrG dar.

aa)

Eine *Bestandsänderung* im Sinne von § 2 WaStrG ist, wie oben dargelegt, ein zweischnittiger Rechtsakt, der den rechtlichen Status eines Gewässers ändert, indem dieses entweder in den Katalog der Bundeswasserstraßen aufgenommen wird oder die Eigenschaft als Bundeswasserstraße verliert.

Vgl. dazu oben Abschnitt A. III. 2.

Eine derartige Bestandsänderung, die im Wege einer Vereinbarung zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein und einer anschließenden Änderung des Bundeswasserstraßenkatalogs (Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG) durch Gesetz oder Rechtsverordnung erfolgen müsste, liegt hier nicht vor. Insofern fehlt es schon an einer Vereinbarung des Bundes und des Landes Schleswig-Holstein über eine Streichung des Gieselaukanals aus dem gesetzlichen Katalog der Bundeswasserstraßen. Hinzu kommt, dass der Bund aufgrund des bestehenden Verwaltungsrechtsverhältnisses gegenüber dem Land Schleswig-Holstein zur Unterhaltung des bestimmungsgemäß schiffbaren Gieselaukanals und der zugehörigen, die Schiffbarkeit gewährleistenden Schleuse verpflichtet ist. Diese Sach- und Rechtslage steht einer Bestandsänderung in Gestalt einer Streichung des Gieselaukanals oder der funktionsnotwendigen Gieselauschleuse entgegen.

Vgl. oben Abschnitt A. III. 2.

bb)

Eine *wesentliche Umgestaltung einer Bundeswasserstraße* im Sinne von § 12 Abs. 2 WaStrG liegt vor, wenn tatsächliche Maßnahmen den Zustand einer Bundeswasserstraße in einer für deren Verkehrsfunktion oder für die Schiffbarkeit unmittelbar bedeutsamen Weise ändern.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 12 Rn. 10; ähnlich für die Umgestaltung eines Gewässers in wasserwirtschaftlicher Hinsicht: OVG NRW, Urteil

vom 23.04.1986 – 20 A 24/84, ZfW 1987, 188 (189); OVG NRW, Urteil vom 03.12.1987 – 20 A 1889/85, ZfW 1988, 359 (360); OVG NRW, Urteil vom 22.07.1988 – 20 A 793/87, ZfW 1989, 113 (114); OVG NRW, Urteil vom 15.09.1999 – 9 A 2736/96, ZfW 2002, 118 (120); Manfred Czychowski/Michael Reinhardt, a.a.O., § 67 Rn. 28 ff. (30) m.w.N.

Ob im konkreten Einzelfall die Umgestaltung einer Bundeswasserstraße wesentlich ist, wird durch einen Vergleich des vorherigen mit dem geänderten Zustand bestimmt.

BVerwG, Urteil vom 05.12.2001 – 9 A 13.01, NVwZ 2002, 470 (472)  
= ZfW 2002, 161 (163 ff.); Albrecht Friesecke, a.a.O., § 12 Rn. 10.

Die solchermaßen wesentliche Umgestaltung eines Gewässers besteht in der Schaffung eines neuen Dauerzustandes.

OVG NRW, Urteil vom 15.09.1999 – 9 A 2736/96, ZfW 2002, 118 (120).

Bezogen auf den Gieselaukanal, wird man eine (hier nur hypothetisch in Betracht zu ziehende) bauliche Beseitigung der Gieselauschleuse im Hinblick auf die Verkehrsfunktion des Gieselaukanals und die Schifffahrt als wesentliche, dauerhafte und somit planfeststellungspflichtige Umgestaltung ansehen müssen. Im vorliegenden Konfliktfall geht es jedoch nach den Absichtserklärungen des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur nicht um eine derartige Beseitigung der Gieselauschleuse und somit auch nicht um eine wesentliche und dauerhafte Umgestaltung des Gieselaukanals, sondern lediglich um die seitens des Bundes angeordnete Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse als betriebsbezogene Maßnahme. Da diese keinen neuen baulichen Dauerzustand herstellt, erfüllt sie nicht den Tatbestand einer wesentlichen und planfeststellungspflichtigen Umgestaltung des Gieselaukanals.

Im vorausgegangenen Schriftwechsel ist eine Planfeststellung für eine bauliche Beseitigung der Gieselauschleuse und die hierin liegende wesentliche Umgestaltung des Gieselaukanals – jedenfalls bisher – vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur nicht angekündigt und – soweit ersichtlich – auch nicht erwogen worden. Eine derartige Planfeststellung bedürfte zudem eines förmlichen, aufwendigen und mit strengen Rechtfertigungserfordernissen verbundenen Verfahrens (§§ 14 ff. WaStrG). Insofern sind insbesondere die in der Rechtsprechung

konkretisierten Anforderungen der Planrechtfertigung und des planungsrechtlichen Abwägungsgebots hervorzuheben.

Vgl. statt vieler: Rudolf Steinberg/Martin Wickel/Henrik Müller, Fachplanung, 4. Aufl. 2012, § 3 Rn. 7, 10, 96 ff., 107 ff. m.w.N.

Die zwischen den Ministerialverwaltungen des Bundes und des Landes Schleswig-Holstein kontrovers diskutierte Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse,

vgl. oben Abschnitt A. II. 2.,

stellt mithin keine bauliche und planfeststellungspflichtige Umgestaltung des Gieselaukanals dar. Solange die Gieselauschleuse nicht aufgrund einer Planfeststellung nach den §§ 14 ff. WaStrG baulich beseitigt ist, stellt sie einen wesentlichen Bestandteil des bestimmungsgemäß schiffbaren Gieselaukanals dar. Solange dieser – wie zuvor dargelegt – mangels einer Bestandsänderung im Sinne von § 2 WaStrG eine Bundeswasserstraße ist, unterliegen der Kanal und seine Schleuse der gesetzlichen Unterhaltungspflicht des Bundes, die aufgrund des besonderen, umstände- und situationsbedingten Verwaltungsrechtsverhältnisses mit einer subjektiv-rechtlichen Verpflichtung des Bundes gegenüber dem Land Schleswig-Holstein und mit einem korrespondierenden Anspruch des Landes gegenüber dem Bund einhergeht.

Die schlichte Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse stellt somit keine wesentliche Umgestaltung eine Bundeswasserstraße, d.h. des Gieselaukanals, dar; sie bedarf daher keines Planfeststellungsverfahrens. Anders wäre die bauliche Beseitigung der Gieselauschleuse zu beurteilen; sie wäre als wesentliche Umgestaltung des Gieselaukanals nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG planfeststellungspflichtig, solange dieser Kanal Bundeswasserstraße ist.

b) *Fragen nach dem Konkurrenzverhältnis der §§ 2 und 12 WaStrG im Hinblick auf die Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse*

aa) Grundfrage: Wie stellt sich das Konkurrenzverhältnis der §§ 2 und 12 WaStrG dar?

Die Antwort auf die Frage, wie sich das Konkurrenzverhältnis der §§ 2 und 12 WaStrG im Hinblick auf die Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse darstellt,

so die obige Fragestellung unter A. I. 3 (6),

ergibt sich aus den vorstehenden Feststellungen zur Bestandsänderung nach § 2 WaStrG,

dazu die obigen Abschnitte A. III. 2., 3. b) und 6. a), aa),

zur Bedeutung einer vorübergehenden oder dauerhaften Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse,

dazu oben Abschnitt A. III. 4.,

und zur Planfeststellungspflicht für die wesentliche Umgestaltung einer Bundeswasserstraße im Sinne von § 12 Abs. 2 WaStrG,

dazu oben Abschnitt A. III. 6. a), bb).

Wie zuvor dargelegt, bewirkt die seitens des Bundes angedrohte, einseitige Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse keine Bestandsänderung nach § 2 WaStrG. Da die gesetzlich normierte Bestandsänderung eine Vereinbarung des Bundes und des Landes Schleswig-Holstein voraussetzt, kann sie auch nicht durch eine einseitige Außerbetriebnahme ersetzt werden. Ebenso stellt eine schlichte Außerbetriebnahme der Schleuse keine wesentliche, dauerhafte und planfeststellungspflichtige Umgestaltung der Bundeswasserstraße (hier: des Gieselaumkanals) dar. Eine solche könnte erst in einer baulichen Beseitigung der Schleuse liegen. Im konkreten Konfliktfall der Gieselauschleuse ist deren bauliche Beseitigung jedoch bisher weder erfolgt noch – soweit ersichtlich – angekündigt oder geplant worden.

Da somit die einseitige, vom Bund angedrohte Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse weder eine Bestandsänderung nach § 2 WaStrG bewirkt noch der Planfeststellungspflicht nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG unterliegt, kommt es in dieser Situation von vornherein nicht zu einer tatbestandlichen Konkurrenz der §§ 2 und 12 WaStrG.

Im Übrigen ist zu beachten, dass die §§ 2 und 12 WaStrG unterschiedliche Sachverhalte regeln. Gegenstand einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG ist der

rechtliche Status eines Gewässers, nämlich die Begründung oder Aufhebung seiner Eigenschaft als Bundeswasserstraße. Die tatsächliche Gestalt des betroffenen Gewässers bleibt hiervon unberührt. Umgekehrt hat die Planfeststellung oder Plangenehmigung nach Maßgabe der §§ 12 und 14 ff. WaStrG den Ausbau, den Neubau oder die wesentliche Umgestaltung einer Bundeswasserstraße als Verkehrsweg zum Gegenstand. Die wasserstraßenrechtliche Planfeststellung oder Plangenehmigung setzt nach diesen Vorschriften voraus, dass das betroffene Gewässer die Eigenschaft einer Bundeswasserstraße hat. Dieser Status wird durch die Planfeststellung oder Plangenehmigung nicht berührt. Er kann mithin durch diese raumgestaltenden Fachplanungsakte nicht begründet oder geändert werden.

Wenn eine Bundeswasserstraße ihren rechtlichen Status nach § 1 WaStrG (i.V.m. der Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG) verlieren soll, ist dies nur auf dem Wege einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG möglich. Falls hingegen eine Bundeswasserstraße als Verkehrsweg wesentlich und dauerhaft umgestaltet werden soll, bedarf es hierfür einer Planfeststellung oder Plangenehmigung nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG.

Wenn die Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes sowohl den rechtlichen Status als auch die tatsächliche Gestalt einer bestehenden Bundeswasserstraße ändern will, ist zu differenzieren: Erweist sich eine Bestandsänderung wegen eines Dissenses zwischen dem Bund und dem territorial zuständigen Land als unmöglich, verstößt eine faktische Nichtunterhaltung der betroffenen Bundeswasserstraße wie auch die einseitige Außerbetriebnahme einer zu dieser Wasserstraße gehörigen und für den Schiffsverkehr funktions-notwendigen Schleuse, wie zuvor dargelegt, gegen die Unterhaltungspflicht des Bundes. In diesem Fall wäre eine bauliche Beseitigung der Schleuse auf der Grundlage einer Planfeststellung oder Plangenehmigung nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG abstrakt möglich; sie unterläge jedoch den Anforderungen der Planrechtfertigung und des planungsrechtlichen Abwägungsgebots. Sofern eine Bestandsänderung auf der Basis einer Vereinbarung zwischen dem Bund und dem betreffenden Land gem. § 2 WaStrG zustande kommt, verliert das betroffene Gewässer seinen rechtlichen Status als Bundeswasserstraße; die Statusänderung wird dann durch Gesetz oder Rechtsverordnung bewirkt. Danach kann eine wesentliche Umgestaltung dieses Gewässers nicht mehr durch eine Planfeststellung oder Plangenehmigung nach

den §§ 12 und 14 ff. WaStrG, sondern nur noch durch eine wasserwirtschaftsrechtliche Planfeststellung oder Plangenehmigung nach den §§ 68 ff. WHG und den ergänzenden Vorschriften des jeweiligen Landeswassergesetzes erfolgen.

Auf der Basis und nach Maßgabe dieser Klarstellungen erweist sich das Verhältnis zwischen der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG und dem wasserstraßenrechtlichen Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsvorbehalt nach § 12 i.V.m. den §§ 14 ff. WaStrG als stimmig und kollisionsfrei. Es lässt sich auch im Fall des Gieselaufschlusses und der Gieselausschleuse konsequent anwenden. In diesen Bahnen können Konflikte um statusrechtliche Bestandsänderungen von Bundeswasserstraßen sowie um deren tatsächliche Umgestaltung rechtskonform geregelt und bewältigt werden.

bb) Ergänzungsfrage: Wäre neben einer Entscheidung nach § 12 WaStrG auch eine Vereinbarung nach § 2 WaStrG erforderlich?

Die ergänzend gestellte Frage, ob neben einer Entscheidung nach § 12 WaStrG auch eine Vereinbarung nach § 2 WaStrG erforderlich wäre, beruht auf der Vorstellung, dass die gesetzlichen Tatbestände der Bestandsänderung (§ 2 WaStrG) und des planfeststellungspflichtigen Ausbaus oder Neubaus (einschließlich der wesentlichen Umgestaltung) einer Bundeswasserstraße (§ 12 WaStrG) sich überschneiden könnten; denn nur bei einer tatsächlichen Überschneidung könnte ein echtes Konkurrenzverhältnis zwischen den §§ 2 und 12 WaStrG bestehen. Nur unter dieser Voraussetzung könnten die beiden Vorschriften nebeneinander anwendbar sein. Nur dann könnte somit neben einer Entscheidung über den Ausbau oder Neubau, insbesondere über die wesentliche Umgestaltung, einer Bundeswasserstraße (d.h. neben einem Planfeststellungsbeschluss gem. den §§ 12 und 14 ff. WaStrG) eine Vereinbarung über eine Bestandsänderung nach § 2 WaStrG erforderlich sein.

Die Vorstellung einer solchen tatbestandlichen Überschneidung trifft jedoch nicht zu. Wie zuvor dargelegt, kann durch eine Planfeststellung nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG nur die tatsächliche Gestalt einer Bundeswasserstraße geregelt werden. Dagegen kann deren rechtlicher Status allein im Wege einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG begründet oder aufgehoben werden. Dabei ist im Fall der Gieselausschleuse zu beachten, dass nicht deren schlichte Außerbetriebnahme, sondern erst die (hypothetisch in Betracht gezogene) bauliche Beseitigung dieser Schleuse planfeststellungspflichtig wäre.

Falls seitens der Bundesverwaltung sowohl der rechtliche Status als auch die tatsächliche Gestalt einer Bundeswasserstraße geändert werden soll, kommt es auf die Reihenfolge der erforderlichen Rechtsakte an: Erfolgt zuerst die Planfeststellung für die wesentliche Umgestaltung der Bundeswasserstraße, hier also des Gieselaumkanals, so bleibt die Frage der Bestandsänderung offen. Diese kann dann nur nachträglich gem. § 2 WaStrG auf der Basis einer Vereinbarung zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein bewirkt werden. Mithin ist in diesem Fall ein Nacheinander der Planfeststellung nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG und der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG möglich und ggfls. erforderlich. Dabei bleibt indessen zu überprüfen, ob die Planfeststellung für die Umgestaltung der Bundeswasserstraße in concreto rechtmäßig ist. Beispielsweise müsste ein Planfeststellungsverfahren zum Umbau der für den Schiffsverkehr funktionsnotwendigen Schleuse in ein nicht schiffbares Wehr als rechtswidrig angesehen werden, weil er mit dem Widmungszweck der (schiffbaren) Bundeswasserstraße unvereinbar wäre und gegen das Bestandserhaltungs- und Konsensprinzip des § 2 WaStrG verstieße. Im Übrigen bleibt hinsichtlich der Bestandsänderung das limitierende Erfordernis einer Vereinbarung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG zu beachten. Falls hingegen zuerst eine einvernehmliche Bestandsänderung nach § 2 WaStrG erfolgt und das betroffene Gewässer seinen rechtlichen Status als Bundeswasserstraße verliert, richtet sich die für eine wesentliche Umgestaltung des betroffenen Gewässers erforderliche Planfeststellung nicht mehr nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG, sondern nach den wasserwirtschaftsrechtlichen Vorschriften der §§ 68 ff. WHG und den ergänzenden Regelungen des jeweiligen Landeswassergesetzes.

c) *Frage nach den „erforderlichen Schritten“ seitens des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur zur Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse*

Die Frage, welche rechtlichen Schritte zu den „erforderlichen Schritten“ gehören, die das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur ggfls. zur Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse einhalten müsste,

so die obige Fragestellung unter A. I. 3. (7),

muss auf der Grundlage der zuvor dargelegten Erkenntnisse beantwortet werden.

aa)

Die *schlichte und einseitige Außerbetriebnahme* der Gieselanschleuse wäre rechtswidrig. Sie verstieße aus den dargelegten Gründen gegen die gesetzliche, den Gieselaukanal als Bundeswasserstraße umfassende Unterhaltungspflicht des Bundes nach den §§ 7 und 8 WaStrG. Überdies würde eine derartige einseitige Außerbetriebnahme – ebenso wie die faktische Nichtunterhaltung der Gieselanschleuse – im Rahmen des besonderen, aus den tatsächlichen und rechtlichen Umständen der Historie resultierenden Verwaltungsrechtsverhältnisses die subjektiv-rechtliche Unterhaltungsverpflichtung des Bundes gegenüber dem Land Schleswig-Holstein verletzen.

Vgl. die obigen Ausführungen in den Abschnitten A. III. 3. a), 4. b) sowie 6. a) und b).

Die schlichte und einseitige Außerbetriebnahme der Gieselanschleuse wäre mithin kein geeigneter Schritt zur Verfolgung des von Bundesseite anvisierten Ziels, die Schleuse oder gar den gesamten Gieselaukanal aus der Unterhaltungspflicht des Bundes auszuscheiden.

bb)

Dieses Ziel könnte seitens des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur indessen mittels einer *Bestandsänderung* nach § 2 WaStrG verfolgt werden. Hierfür bedarf es jedoch einer Vereinbarung zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein. Eine solche Vereinbarung stellt, wie dargelegt, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag i.S. der §§ 54 ff. VwVfG dar.

Vgl. oben Abschnitt A. III. 2. a).

Ob das in einem solchen Fall beteiligte Land den Abschluss der erforderlichen, der Herbeiführung einer Bestandsänderung dienenden Vereinbarung zu dem bundesseitig verfolgten Ziel, eine bestimmte Bundeswasserstraße oder einen Teil der Bundeswasserstraße aus der Unterhaltungspflicht des Bundes auszuscheiden, willkürlich verweigern kann, ist eine Frage, die bisher – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung nicht entschieden und im Schrifttum nicht erörtert worden ist. Aus rechtsgrundsätzlicher Sicht wird man indessen dazu tendieren können, eine willkürliche Verweigerung des Vertragsabschlusses seitens des beteiligten Landes als rechtsmissbräuchlich und unbeachtlich anzusehen. Diese Frage braucht jedoch hier nicht vertieft zu werden, weil der Gieselaukanal als Schiffsweg mit seiner funktionsnotwendigen Schleuse im Wasserstraßensystem von Nord-Ostsee-Kanal und

Eider ein unverändert wichtiges, in der Planungs- und Baugeschichte des holsteinischen Wasserstraßennetzes angelegtes Verbindungselement darstellt.

Vgl. oben Abschnitt A. III. 2. b).

Der Fortbestand der Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse ist daher sachlich wohlbegründet. In diesem Kontext betrachtet, stellt die seitens des Landes Schleswig-Holstein erklärte Ablehnung der von Bundesseite gewünschten Bestandsänderung, d.h. der Streichung der Gieselauschleuse oder des gesamten Gieselaukanals aus dem Katalog der Bundeswasserstraßen, keineswegs eine willkürliche Verweigerung dar. Vielmehr entspricht die ablehnende Haltung des Landes Schleswig-Holstein den anerkannten, auf das Gesamtnetz der Wasserstraßen abstellenden Kriterien für Entscheidungen über gewünschte oder beantragte Bestandsänderungen nach § 2 WaStrG.

Der Weg einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG könnte mithin zur Verfolgung des von Bundesseite angestrebten Ziels, die Gieselauschleuse oder den gesamten Gieselaukanal aus dem Katalog der Bundeswasserstraßen zu streichen, bei oberflächlicher Betrachtung als ein abstrakt geeigneter Schritt erscheinen. Im Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur mag man diesen Schritt auch für „erforderlich“ halten. Eine dahingehende Einschätzung erweist sich jedoch bei näherer Betrachtung als verfehlt. Aufgrund der Historie sowie der konkreten tatsächlichen und rechtlichen Umstände des vorliegenden Falles und der anerkannten Kriterienvorgaben wäre die von Bundesseite gewünschte Bestandsänderung hinsichtlich des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse sachlich nicht angemessen. Die Ablehnung eines solchen Schrittes seitens des Landes Schleswig-Holstein hält daher einer fachlichen wie auch einer rechtlichen Kontrolle stand. Daher bleibt der Weg der von Bundesseite gewünschten Bestandsänderung im konkreten Fall letztlich verschlossen.

cc)

Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur könnte indessen die als Planfeststellungsbehörde zuständige Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt (§ 14 Abs. 1 Satz 3 WaStrG) anweisen, zur baulichen Beseitigung der Gieselauschleuse ein *Planfeststellungsverfahren* nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG einzuleiten und durchzuführen. Dabei bliebe der rechtliche Status des Gieselaukanals als Bundeswasserstraße aufrechterhalten. Die bauliche Beseitigung

de Schleuse wäre, wie in der Ausbaudefinition des § 12 Abs. 2 WaStrG vorausgesetzt, eine wesentliche Umgestaltung einer Bundeswasserstraße. Mit der planfestgestellten baulichen Beseitigung der Gieselauschleuse würde die diesbezügliche Unterhaltungspflicht des Bundes entfallen.

Dennoch eröffnet dieser Weg unter den konkreten Umständen des vorliegenden Falles keine zielführende Problemlösung. Seine Beschreibung entspräche weder den erklärten Absichten des Bundes noch den wahrgenommenen Interessen des Landes Schleswig-Holstein. Insofern gibt bereits der Umstand zu denken, dass selbst das auf eine Änderung des überkommenen Zustands bedachte Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur den Schritt eines Planfeststellungsverfahrens zur baulichen Beseitigung der Gieselauschleuse weder angekündigt noch angedeutet hat. Vielmehr hat das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur lediglich die faktische Nichtunterhaltung, d.h. die Einstellung der Unterhaltung, und die schlichte Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse angedroht. Dem Bund geht es dabei offenbar allein um die Einsparung der Unterhaltungs- und Betriebskosten der Gieselauschleuse. Eine Planfeststellung zur baulichen Beseitigung der Schleuse und entsprechende Umgestaltungsmaßnahmen unterlägen nicht nur den strengen Anforderungen der Planrechtfertigung und des planungsrechtlichen Abwägungsgebots. Sie wären vielmehr auch mit einem erheblichen Kostenaufwand verbunden. Dieser würde dem Bund als Vorhabenträger zur Last fallen, solange der Gieselaumkanal den rechtlichen Status einer Bundeswasserstraße behält.

Vor allem ist aus der Perspektive des holsteinischen Wasserstraßensystems sowie der netzbezogenen Schifffahrtsverbindung zwischen Nord-Ostsee-Kanal und Eider zu beachten, dass der Gieselaumkanal mit seiner Schleuse ein systemrelevantes und funktionsnotwendiges Element der bestehenden Schiffwege ist. Hierauf hat das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Technologie des Landes Schleswig-Holstein in dem 2017 geführten Schriftwechsel mit dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur wiederholt und zu Recht hingewiesen.

Vgl. oben Abschnitt A. I. 2. sowie die Schlussfolgerungen in den obigen Abschnitten A. III. 2. b) und 3. b).

Angesichts dieser entstehungsgeschichtlichen und funktionalen Zusammenhänge und des Befundes, dass die seitens des Landes Schleswig-Holstein geltend ge-

machten, für den Fortbestand des Gieselaukanals mit seiner Schleuse als Schifffahrtsweg sprechenden Belange nach wie vor bedeutsam und gewichtig sind, könnte für eine bauliche Beseitigung dieser Schleuse schwerlich die erforderliche Planrechtfertigung sowie eine dem planungsrechtlichen Abwägungsgebot standhaltende Begründung gegeben werden.

Allgemein zu den Anforderungen der Planrechtfertigung und des Abwägungsgebots im Rahmen des Planfeststellungsrechts: Rudolf Steinberg/Martin Wickel/Henrik Müller, a.a.O., § 3 Rn. 7, 10, 96 ff., 107 ff. m.w.N.

Deshalb würde die Einleitung und Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens zur baulichen Beseitigung der Gieselausschleuse weder dem an der Kostenminimierung ausgerichteten Begehren der Bundesverwaltung noch dem Interesse des Landes Schleswig-Holstein an der Bestands- und Zweckerhaltung des schiffbaren Gieselaukanals und seiner Schleuse gerecht. Offenbar sieht auch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur hierin zutreffenderweise keinen geeigneten und somit erst recht keinen „erforderlichen“ Schritt zur Entlastung des Bundes vom Unterhaltungsaufwand für die Gieselausschleuse.

Ein dahingehender Planfeststellungsbeschluss müsste überdies wegen der Unvereinbarkeit mit dem wasserstraßenrechtlichen Widmungszweck und des Verstoßes gegen das Bestandserhaltungs- und Konsensprinzip des § 2 WaStrG als rechtswidrig angesehen werden.

Vgl. oben Abschnitt A. III. 6. b), bb).

Er wäre deshalb verwaltungsprozessual anfechtbar und aufhebbar.

Dazu unten Abschnitt C. I.

dd)

Zieht man ein *Fazit*, so ist festzuhalten, dass nicht nur die schlichte, einseitige und rechtswidrige Außerbetriebnahme der Gieselausschleuse durch die Bundesverwaltung, sondern auch ein eventueller untauglicher Versuch einer einseitigen Bestandänderung (§ 2 WaStrG) seitens des Bundes sowie der denkbare, aber aus praktischen Gründen nicht zielführende Weg einer wasserstraßenrechtlichen Planfest-

stellung zur baulichen Beseitigung der Gieselauschleuse (als wesentliche Umgestaltung einer Bundeswasserstraße nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG) den entstehungsgeschichtlich, faktisch und rechtlich fundierten Bestand des holsteinischen Wasserstraßensystems zwischen Nord-Ostsee-Kanal und Eider nicht aufzubrechen vermögen. Mit der Bestands- und Zweckerhaltung der Gieselauschleuse und zugleich des Gieselaukanals ist die fortbestehende Unterhaltungspflicht des Bundes für Kanal und Schleuse verbunden.

#### **IV. Ergebnis zu Teil A.: Fortbestehende Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse**

##### **1.**

Durch die entstehungsgeschichtlichen, faktischen und rechtlichen Rahmenumstände beim Bau des Nord-Ostsee-Kanals (1887 bis 1895) und bei der als Folgemaßnahme durchgeführten Herstellung des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse (in den 1930-er Jahren) sind konkretisierte und individualisierte Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Körperschaften, insbesondere zwischen dem Deutschen Reich und dem Staat Preußen, begründet worden. Diese Rechtsbeziehungen bestehen kraft Rechtsnachfolge zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein fort. Sie fügen sich zu einem fallbezogenen Rechtsverhältnis zusammen, in dem der Bund und das Land Schleswig-Holstein sich durch die gemeinsam veranlassten und durchgeführten Maßnahmen sowie die abgestimmten Rechtsakte wechselseitig gebunden haben.

##### **2.**

Dadurch bedingt, gehen die gesetzlichen, auf die §§ 7 und 8 WaStrG gegründeten Pflichten des Bundes zur Unterhaltung des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider sowie des als Schiffsweg und Verbindung zwischen Nord-Ostsee-Kanal und Eider hergestellten Gieselaukanals und der hierin integrierten Gieselauschleuse mit subjektiv-rechtlichen Verpflichtungen des Bundes gegenüber dem Land Schleswig-Holstein sowie mit korrespondierenden Ansprüchen des Landes gegenüber dem Bund einher.

##### **3.**

Aus den wasserstraßenrechtlichen Vorschriften und den Umständen der zusammenhängenden Wasserbaumaßnahmen folgt eine Verpflichtung des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen und funktionsfähigen Bestandes und der Schiff-

barkeit des Gieselaukanals mit seiner Schleuse. Damit korrespondiert ein auf funktions- und situationsgerechte Unterhaltung sowie auf Erhaltung der Schiffbarkeit des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse gerichteter Anspruch des Landes Schleswig-Holstein gegenüber dem Bund.

#### 4.

Die faktische Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse verursacht einen tatsächlichen Zustand, der die Schiffbarkeit und damit die Funktionstauglichkeit des Gieselaukanals als Schiffsweg entfallen lassen kann. In diesem tatsächlichen Sinne wirkt sie auf die Dauer der Pflicht des Bundes zur Zweckerhaltung des Gieselaukanals als Verkehrsweg entgegen. Jedoch vermag die faktische Nichtunterhaltung der Schleuse die Rechtspflicht des Bundes zur Unterhaltung des Gieselaukanals (einschließlich seiner Schleuse) weder aufzuheben noch einzuschränken. Der Bund kann sich durch die faktische und pflichtwidrige Nichtunterhaltung der Schleuse seiner rechtlichen Verpflichtung, den Gieselaukanal als Schiffsweg zu unterhalten und dessen Schiffbarkeit zu erhalten, nicht entziehen. Im Rechtssinne vermag daher die faktische Nichtunterhaltung der Schleuse der Pflicht des Bundes zur Zweckerhaltung des Gieselaukanals nicht „entgegenzuwirken“; sie lässt die Rechtspflicht des Bundes zur Unterhaltung des Gieselaukanals (einschließlich seiner Schleuse) unverändert bestehen.

#### 5.

Die faktische Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse stellt keine Bestandsänderung im Sinne von § 2 WaStrG dar. Wenn der Bund auf Dauer oder auf ungewisse Zeit eine faktische Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse praktizieren will, bis diese funktionsunfähig wird, könnte ein solcher Vorgang nur im Wege einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG legalisiert werden. Eine solche Legalisierung erfordert indessen das zweischrittige Verfahren, bestehend aus einer Vereinbarung zwischen Bund und Land und einem normativen Bewirkungsakt in Gestalt eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung (zur Änderung des Bestandskataloges in der Anlage zu § 1 Abs. 1 und Abs. 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG). Hieran fehlt es im Fall der Gieselauschleuse und des Gieselaukanals.

#### 6.

Im Hinblick auf die gesetzliche, subjektiv-rechtlich verdichtete Pflicht des Bundes zur Unterhaltung des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse ist nur die vorübergehende Außerbetriebnahme der Schleuse zu Wartungs- und Reparaturzwecken

in den Grenzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit rechtens und unbedenklich. Hingegen verstößt eine dauerhafte oder auf unbestimmte Zeit erfolgende Außerbetriebnahme der Schleuse gegen die Unterhaltungspflicht des Bundes.

#### 7.

Der im externen Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein begründete, gegen den Bund gerichtete Anspruch des Landes auf Unterhaltung und Zweckerhaltung der Gieselauschleuse als Schiffsweg einschließlich der hierfür funktionsnotwendigen Gieselauschleuse hängt nicht von der körperschaftsinternen haushaltsrechtlichen Bereitstellung der benötigten Haushaltsmittel ab. Der Bund kann sich deshalb im Außenverhältnis gegenüber dem Land Schleswig-Holstein nicht auf die fehlende haushaltsrechtliche Bereitstellung der finanziellen, zur Erfüllung der außenwirksamen Unterhaltungspflicht benötigten Mittel berufen. Vielmehr muss umgekehrt die haushaltsrechtliche, körperschaftsintern wirkende Bereitstellung der Mittel der im Außenverhältnis begründeten Unterhaltungspflicht des Bundes gegenüber dem Land Rechnung tragen.

#### 8.

Als tatsächliche und betriebsbezogene Maßnahme stellt die schlichte Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse weder eine Bestandsänderung im Sinne von § 2 WaStrG noch eine wesentliche Umgestaltung des Gieselaukanals als Bundeswasserstraße dar. Sie bedarf daher keines Planfeststellungsverfahrens. Hingegen wäre die bauliche Beseitigung der Gieselauschleuse als wesentliche Umgestaltung des Gieselaukanals nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG planfeststellungspflichtig, solange dieser Kanal eine Bundeswasserstraße ist.

#### 9.

Die §§ 2 und 12 WaStrG regeln unterschiedliche Sachverhalte. Gegenstand einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG ist der rechtliche Status eines Gewässers, nämlich die Begründung oder Aufhebung seiner Eigenschaft als Bundeswasserstraße. Die tatsächliche Gestalt des betroffenen Gewässers bleibt hiervon unberührt. Umgekehrt hat die Planfeststellung oder Plangenehmigung nach Maßgabe der §§ 12 und 14 ff. WaStrG den Ausbau, den Neubau oder die wesentliche Umgestaltung einer Bundeswasserstraße als Verkehrsweg und damit deren tatsächliche Gestalt zum Gegenstand. Die wasserstraßenrechtliche Planfeststellung oder

Plangenehmigung setzt nach diesen Vorschriften voraus, dass das betroffene Gewässer die Eigenschaft einer Bundeswasserstraße hat. Dieser Status kann durch die Planfeststellung oder Plangenehmigung nicht begründet oder geändert werden.

**10.**

Falls sowohl der rechtliche Status als auch die tatsächliche Gestalt einer Bundeswasserstraße geändert werden soll, kommt es auf die Reihenfolge der erforderlichen Rechtsakte an: Erfolgt zuerst die Planfeststellung oder Plangenehmigung für die wesentliche Umgestaltung einer Bundeswasserstraße (wie des Gieselaukanals), so bleibt die Frage der Bestandsänderung offen; diese kann dann nur nachträglich gem. § 2 WaStrG auf der Basis einer Vereinbarung zwischen dem Bund und dem betreffenden Land bewirkt werden. Falls hingegen zuerst eine einvernehmliche Bestandsänderung nach § 2 WaStrG erfolgt, richtet sich die für eine wesentliche Umgestaltung des betroffenen Gewässers erforderliche Planfeststellung oder Plangenehmigung nicht mehr nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG, sondern nach den wasserwirtschaftsrechtlichen Vorschriften der §§ 68 ff. WHG und den ergänzenden Regelungen des jeweiligen Landeswassergesetzes.

**11.**

Die schlichte und einseitige Außerbetriebnahme der Gieselauschleuse wäre kein geeigneter Schritt zur Verfolgung des von Bundesseite angestrebten Ziels, die Schleuse oder gar den gesamten Gieselaukanal aus der Unterhaltungspflicht des Bundes auszuschneiden.

**12.**

Eine Bestandsänderung nach § 2 WaStrG könnte zur Verfolgung des von Bundesseite angestrebten Ziels, die Gieselauschleuse oder den gesamten Gieselaukanal aus dem Katalog der Bundeswasserstraßen zu streichen, bei oberflächlicher Betrachtung als ein abstrakt geeigneter Schritt erscheinen. Eine dahingehende Einschätzung erweist sich jedoch bei näherer Betrachtung als verfehlt. Aufgrund der konkreten Umstände des Falles und der anerkannten Kriterienvorgaben wäre die von Bundesseite gewünschte Bestandsänderung hinsichtlich des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse sachlich nicht angemessen. Die Ablehnung eines solchen Schrittes seitens des Landes Schleswig-Holstein hält daher einer fachlichen und rechtlichen Kontrolle stand.

**13.**

Die Einleitung und Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG zur baulichen Beseitigung der Gieselauschleuse würde zwar mit dem Fortfall der Schleuse auch die Unterhaltungspflicht des Bundes für diese Schleuse entfallen lassen. Jedoch würde die Einleitung und Durchführung einer auf die bauliche Beseitigung der Gieselauschleuse gerichtete Planfeststellung weder dem an der Kostenminimierung ausgerichteten Begehren des Bundes noch dem Interesse des Landes Schleswig-Holstein an der Bestands- und Zweckerhaltung des Gieselaukanals und seiner Schleuse gerecht. Er wäre überdies rechtswidrig und verwaltungsprozessual anfechtbar und aufhebbar.

**14.**

Mit der Bestands- und Zweckerhaltung der Gieselauschleuse und zugleich des Gieselaukanals ist die fortbestehende Unterhaltungspflicht des Bundes für Kanal und Schleuse verbunden.

## **B. Allgemeine Rechtsfragen zur Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen bei Situationsänderungen**

### **I. Typisierter Sachverhalt und allgemeine Problemstellung**

#### **1. Rechtliche Rahmenbedingungen des typisierten Sachverhalts**

##### *a) Katalog und Bestand der Binnenwasserstraßen des Bundes*

Zu den Bundeswasserstraßen gehören – neben den Seewasserstraßen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 WaStrG) – die Binnenwasserstraßen des Bundes, die dem allgemeinen Verkehr dienen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG). Als solche gelten die in der Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG aufgeführten Wasserstraßen. Im Katalog der Anlage 1 sind die Binnenwasserstraßen des Bundes unter ihrer Bezeichnung sowie unter Angabe ihrer Anfangs- und Endpunkte aufgelistet. Als „dem allgemeinen Verkehr dienend“ werden diejenigen Wasserstraßen angesehen, die „dem allgemeinen Schiffsverkehr im größeren Umfange“ dienen.

BVerfG, Urteil vom 30.10.1962 – 2 BvF 2/60, 1, 2, 3/61, BVerfGE 15, 1 (8); Albrecht Friesecke, a.a.O., § 1 Rn. 5.

Der Katalog der demgemäß aufgelisteten Binnenwasserstraßen des Bundes ist durch das Erste Gesetz zur Änderung des Bundeswasserstraßengesetzes vom 06.07.1998 (BGBl. I S. 1782) neu gefasst worden. Diese Novellierung hat den Katalog insbesondere im Hinblick auf die Bundeswasserstraßen in den sog. neuen Bundesländern vervollständigt und berichtigt. Damit hat der Gesetzgeber den Bestand der Bundeswasserstraßen fixiert und hierdurch Rechtssicherheit geschaffen.

Albrecht Friesecke, a.a.O. § 1 Rn. 6 m.w.N.

Aufgrund der Fassung des § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG, derzufolge die in der Anlage 1 aufgeführten Wasserstraßen als dem allgemeinen Verkehr dienende Binnenwasserstraßen des Bundes gelten, hat die Auflistung in der Anlage 1 konstitutive Wirkung.

BT-Drucks. 13/7955, S. 31; VG Oldenburg (Kammern Osnabrück), Urteil vom 10.03.1989 – 2 OS A 39/87, NJW 1989, 2489 (2490); Albrecht Friesecke, a.a.O., § 1 Rn. 6.

Zu den in der Anlage 1 aufgeführten Wasserstraßen gehören nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG auch alle Gewässerteile, die

- mit der Bundeswasserstraße in ihrem Erscheinungsbild als natürliche Einheit anzusehen sind,
- mit der Bundeswasserstraße durch einen Wasserzufluss oder Wasserabfluss in Verbindung stehen,
- einen Schiffsverkehr mit der Bundeswasserstraße zulassen und
- im Eigentum des Bundes stehen.

Historisch betrachtet, geht der Bestand wie auch der besondere Status der Bundeswasserstraßen auf Art. 97 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung (WRV) vom 11.08.1919 (RGBl. S. 1383) zurück. Danach oblag es dem Deutschen Reich, die dem allgemeinen Verkehr dienenden Wasserstraßen in sein Eigentum und seine Verwaltung zu übernehmen. Diesen Verfassungsauftrag hat das Gesetz über den Staatsvertrag, betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich (WaStrVertrG), vom 29.07.1921 (RGBl. S. 961), erfüllt.

Vgl. zum Ganzen Albrecht Friesecke, a.a.O., Einl. Rn. 5 und 30.

Unter der Geltung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland hat das Gesetz über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundeswasserstraßen (WaStrVermG) vom 21.05.1951 (BGBl. I. S. 352) die Regelung des WaStrVertrG fortgeführt und dabei ausschließlich die eigentums- und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundeswasserstraßen geregelt. § 1 Abs. 1 Satz 4 WaStrVermG bestimmt, dass das WaStrVertrG vom 29.07.1921 einschließlich seiner Nachträge sinngemäß weitergilt, soweit es vermögensrechtlichen Inhalt hat.

BVerfG, Beschluss vom 11.04.1967 – 2 BvG 1/62, BVerfGE 21, 312 (322 f.); BGH, Urteil vom 22.06.1989 – III ZR 266/87, BGHZ 108, 110 (113) = NJW 1989, 2464 (2465) – Hohwachter Bucht; BGH, Urteil vom 20.06.1996 – 3 ZR 116/94, NVwZ 1997, 99 (100, 102) – Hafen Strande an der Kieler Förde; Albrecht Friesecke, a.a.O., § 1 Rn. 30, 31.

b) *Öffentlich-rechtlicher Status der Bundeswasserstraßen und deren öffentlich-rechtliche Benutzungs- und Unterhaltungsordnung hinsichtlich der Verkehrsfunktion*

Unbeschadet der vermögensrechtlichen Verhältnisse regelt das auf die konkurrierende Bundesgesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG gestützte Bundeswasserstraßengesetz,

ursprüngliche Fassung vom 02.04.1968 (BGBl. II S. 173); gegenwärtig i.d.F. der Bekanntmachung vom 23.05.2007 (BGBl. I S. 962; 2008 I S. 1980); zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 29.11.2018 (BGBl. I S. 2237),

den öffentlich-rechtlichen Status der Bundeswasserstraßen und deren Benutzungs- und Unterhaltungsordnung hinsichtlich der Verkehrsfunktion für die Schifffahrt. Die Bundeswasserstraßen sind hiernach öffentliche Sachen. Ihre Widmung für die Verkehrszwecke ergibt sich, dem in Art. 89 Abs. 2 Satz 1 GG enthaltenen Verfassungsauftrag folgend, unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung in § 1 Abs. 1, 2 und 4 WaStrG.

Albrecht Friesecke, a.a.O., Einl. Rn. 14 und § 1 Rn. 1.

Nach § 1 Abs. 4 Nr. 1 WaStrG gehören zu den Bundeswasserstraßen auch die bundeseigenen Schifffahrtsanlagen, besonders Schleusen, Schiffshebewerke, Wehre, Schutz-, Liege- und Bauhäfen sowie bundeseigene Talsperren, Speicherbecken und andere Speisungs- und Entlastungsanlagen. Ebenso gehören zu den Bundeswasserstraßen die ihrer Unterhaltung dienenden bundeseigenen Ufergrundstücke, Bauhöfe und Werkstätten (§ 1 Abs. 4 Nr. 2 WaStrG) sowie bundeseigene Einrichtungen oder Gewässerteile, die der Erhaltung oder Wiederherstellung der Durchgängigkeit bei Stauanlagen, die von der Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes errichtet oder betrieben werden, dienen (§ 1 Abs. 4 Nr. 3 WaStrG).

Durch § 1 Abs. 5 WaStrG wird das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur – vorbehaltlich des § 2 WaStrG – ermächtigt, die Anlage 1 des WaStrG durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates so zu ändern, dass dort aufgeführte Bundeswasserstraßen ganz oder teilweise zusammengefasst oder getrennt oder Bezeichnungen für sie festgesetzt oder geändert werden. Diese Ermächtigung gestattet lediglich redaktionelle Änderungen innerhalb des Kataloges

der Binnenwasserstraßen des Bundes (gem. der Anlage 1 des WaStrG); sie durchbricht insoweit das Erfordernis eines formellen Gesetzes.

BT-Drucks. 15/3982, S. 13; Albrecht Friesecke, a.a.O., § 1 Rn. 28.

Umgekehrt betrachtet, ermächtigt § 1 Abs. 5 WaStrG nicht zu einer Erweiterung oder Verkleinerung des Streckennetzes der Binnenwasserstraßen des Bundes. Diese immanente Ermächtigungsschranke ergibt sich aus dem ausdrücklichen Vorbehalt, demzufolge das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur zu einer Änderung der Anlage 1 nur „vorbehaltlich des § 2 ermächtigt“ wird. Räumlich-gegenständliche Änderungen des Bestandes der Binnenwasserstraßen des Bundes bleiben daher in das zweischrittige Verfahren der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG verwiesen, das im ersten Schritt eine Vereinbarung zwischen dem Bund, dem territorial zuständigen Land und (falls die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft und das Eigentum nicht in einer Hand liegen) dem bisherigen oder künftigen Eigentümer und im zweiten Schritt grundsätzlich ein Bundesgesetz erfordert.

Vgl. dazu die obigen Ausführungen in Abschnitt A. III. 2. a) und 3. b); zur Bedeutung des Vorbehalts hinsichtlich der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG in § 1 Abs. 5 WaStrG: Albrecht Friesecke, a.a.O., § 1 Rn. 28.

Auf der gesetzlichen Widmung beruhend, regelt § 5 WaStrG die allgemeine Befugnis zum Befahren der Bundeswasserstraßen mit Wasserfahrzeugen. Dem Grundsatz nach darf hiernach jedermann im Rahmen der Vorschriften des Schifffahrtsrechts sowie der Vorschriften des WaStrG die Bundeswasserstraßen mit Wasserfahrzeugen befahren (§ 5 Satz 1 WaStrG). Eine solche Benutzung zu Schifffahrtsw Zwecken bedarf mithin keiner einzelfallbezogenen Zulassung. Die gesetzlichen Benutzungsschranken (§ 5 Sätze 2 und 3 WaStrG) brauchen im vorliegenden Zusammenhang nicht nachgezeichnet zu werden. Nach herrschender Meinung stellt die wasserwegrechtliche, auf das Befahren mit Wasserfahrzeugen gerichtete Benutzungsbefugnis gem. § 5 Satz 1 WaStrG, systematisch betrachtet, keinen Gemeingebrauch, sondern eine andere zulässige Benutzung dar.

So BVerwG, Urteil vom 04.07.1969 – VII C 26.65, BVerwGE 32, 299 (304) – Schleusenbetriebszeiten; BayObLG, Urteil vom 22.06.1982 – RReg. 4 St 224/81, ZfW 1983, 41 (43); OLG Köln, Urteil vom 26.11.1985 – Ss 307/85 – 529, ZfW 1986, 404 (405); BayVGh, Beschluss vom 10.08.2001 – 8 ZE 01.1942, ZfW 2002, 258 (260); OVG

Lüneburg, Urteil vom 20.03.2003 – 7 KS 2646/01, ZfW 2004, 101 (104); Albrecht Friesecke, a.a.O., § 5 Rn. 2; Michael Kloepfer/Thilo Brandner, NVwZ 1988, 115 (118); a.A. (Gemeingebrauch) Jürgen Salzwedel, ZfW 1962, 89 ff.; ders., DÖV 1963, 241 ff.; Raffael Knauer, NuR 1985, 308 (311); Hans-Jürgen Papier, Recht der öffentlichen Sachen, 3. Aufl. 1998, S. 20 ff.; Martin Burgi, Erholung in freier Natur, 1993, S. 179 f.; Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 102, 284, 457.

Auch die rechtssystematische Qualifizierung der Benutzungsbefugnis nach § 5 Abs. 1 WaStrG braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht vertieft zu werden, zumal die hier gestellte Frage sich nicht auf Benutzungsbefugnisse, sondern auf die Unterhaltungspflicht des Bundes für die Bundeswasserstraßen nach den §§ 7 und 8 WaStrG richtet. Da die Unterhaltung der Bundeswasserstraßen und der Betrieb der bundeseigenen Schifffahrtsanlagen nach § 7 Abs. 1 WaStrG Hoheitsaufgaben des Bundes sind, ist indessen auch von einer öffentlich-rechtlichen Unterhaltungsordnung hinsichtlich der Verkehrsfunktion der Bundeswasserstraßen auszugehen.

BVerwG, Beschluss vom 19.03.2008 – 7 A 4.07, NVwZ 2008, 696; Albrecht Friesecke, a.a.O., § 7 Rn. 4.

c) *Dualistischer Charakter der öffentlich-rechtlichen Nutzungs- und Unterhaltungsordnung für die Bundeswasserstraßen*

Während die Bundeswasserstraßen hinsichtlich ihrer Verkehrsfunktion – wie zuvor dargelegt – im Bundeswasserstraßengesetz eine durchnormierte öffentlich-rechtliche Nutzungs- und Unterhaltungsordnung gefunden haben, unterliegen sie in wasserwirtschaftlicher Hinsicht – ebenso wie sonstige Gewässer – dem auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 GG gestützten Wasserhaushaltsgesetz des Bundes, das nach der geltenden Verfassungslage ebenfalls auf einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes beruht. Wegen seiner Lücken und der landesrechtsbezogenen Vorbehalte ist es jedoch der sachlichen Ergänzung durch die Landeswassergesetze und nach Maßgabe der Abweichungskompetenz der Länder (Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 GG) auch landesgesetzlichen Abweichungen zugänglich.

Vgl. Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 5 ff. m.w.N.

Die öffentlich-rechtliche Benutzungs- und Unterhaltungsordnung der Bundeswasserstraßen ist mithin aufgrund der verfassungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen und der entsprechenden einfachgesetzlichen Systematik gespalten. Die Pflicht des Bundes zur Unterhaltung der Bundeswasserstraßen nach den §§ 7 und 8 WaStrG umfasst daher, wie oben bereits dargelegt, nach geltendem Verfassungs- und Gesetzesrecht nur Maßnahmen, die der Erhaltung des betroffenen Gewässers als funktionsfähiger Verkehrsweg dienen.

BVerwG, Urteil vom 29.10.1962 – 4 C 4.80, NVwZ 1983, 474 (475);  
BVerwG, Beschluss vom 04.03.1993 – 7 B 110.92, NVwZ-RR 1993,  
290; BVerwG, Urteil vom 05.12.2001 – 9 A 13.01, NVwZ 2002, 470  
(471) = ZfW 2002, 161 (163); OVG NRW, Urteil vom 26.03.1985 –  
20 A 2724/83, ZfW 1986, 262 (264 f.); Albrecht Friesecke, a.a.O.,  
§ 8 Rn. 2; Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 22 f., 1140;  
Ulrich Drost/Marcus Ell, Das neue Wasserrecht in Bayern, § 39 WHG  
Rn. 26; vgl. auch oben Abschnitt A. II. 1.

Vor allem auf der Ebene der Verwaltungskompetenzen besteht von Verfassungswegen eine klare Aufgabentrennung: Bundeswasserstraßen unterstehen in Bezug auf ihre Verkehrsfunktion der Bundeseigenverwaltung nach Art. 89 Abs. 2 GG, in wasserwirtschaftlicher Hinsicht dagegen der landeseigenen Verwaltung. Erlassen Bundesbehörden Verwaltungsakte wasserwirtschaftlichen Inhalts in Bezug auf Bundeswasserstraßen, verletzen sie die Verwaltungskompetenz der Länder (Art. 30, 83 GG).

BVerfG, Beschluss vom 11.04.1967 – 2 BvG 1/62, BVerfGE 21, 312  
(320 ff.); BVerwG, Urteil vom 30.11.1990 – 7 C 4.90, BVerwGE 87,  
181 (184 f.); Albrecht Friesecke, a.a.O., Einl. Rn. 8; Rüdiger  
Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 24.

Soweit die Unterhaltung der Bundeswasserstraßen und der Betrieb der bundeseigenen Schifffahrtsanlagen Hoheitsaufgaben des Bundes sind (§ 7 Abs. 1 WaStrG), umfasst die Unterhaltung der Binnenwasserstraßen des Bundes im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluss und die Erhaltung der Schifffbarkeit (§ 8 Abs. 1 WaStrG). Diese Unterhaltungspflicht gehört der wasserwegerechtlichen Regelung an; sie ist mithin bei verfassungskonformer Auslegung verkehrsbezogen zu verstehen und dadurch sachlich beschränkt.

Die Verwaltungskompetenz sowie die Unterhaltungspflicht des Bundes beschränken sich somit auf die Bundeswasserstraßen als Verkehrswege, also auf diese Gewässer in ihrer Verkehrsfunktion. Die Bundeswasserstraßenverwaltung ist daher zu Verwaltungsmaßnahmen nur insoweit befugt, als deren „Zweckbestimmung“ erkennbar auf dem Gebiet des Verkehrs“ liegt.

BVerfG, Urteil vom 30.10.1962 – 2 BvF 2/60, 1, 2, 3/61, BVerfGE 15, 1 (23); auch BVerfG, Beschluss vom 11.04.1967 – 2 BvG 1/62, BVerfGE 21, 312 (320 ff.); BVerwG, Urteil vom 30.11.1990 – 7 C 4.90, BVerwGE 87, 181 (184 f.); BVerwG, Urteil vom 05.12.2001 – 9 A 13.01, NVwZ 2002, 470 (471): Erfordernis eines „schiffahrtswirtschaftlichen Zusammenhangs“ von Bauarbeiten, seien es Unterhaltungs- oder Ausbaurbeiten, der Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes an einer Bundeswasserstraße; OVG NRW, Urteil vom 26.03.1985 – 20 A 2724/83, ZfW 1986, 262 (264 f.); Albrecht Friesicke, a.a.O., § 8 Rn. 2 m.w.N.; Michael Reinhardt, in: Czychowski/Reinhardt, a.a.O., § 39 Rn. 12; Michael Reinhardt, NVwZ 2008, 1048 (1052).

Allerdings ist der Bund verpflichtet, bei der Unterhaltung der Bundeswasserstraßen auf wesentliche Umweltbelange Rücksicht zu nehmen. Zu diesen gehören die Belange des Naturhaushalts, Bild und Erholungswert der Gewässerlandschaft und die Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen (§ 8 Abs. 1 Satz 2 – 4 WaStrG). Insofern besteht eine wechselseitige Rücksichtnahmepflicht: Verkehrswirtschaftlich motivierte Unterhaltungsmaßnahmen müssen insbesondere die Belange der Wasserwirtschaft wahren; umgekehrt müssen wasserwirtschaftlich motivierte, etwa zur Erhaltung des Wasserabflusses oder aus ökologischen Gründen durchgeführte Unterhaltungsmaßnahmen der Landes-Wasserbehörden die Verkehrsinteressen der Schifffahrt wahren.

Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 1140 f.; auch Jürgen Salzwedel, ZfW 1972, 141 f.: das jeweils andere Interesse sei als „fachfremdes“ technisches Maß der ordnungsgemäßen Unterhaltung heranzuziehen.

Insgesamt bleibt im Hinblick auf Bundeswasserstraßen der Dualismus der verfassungsrechtlichen Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen sowie der öffentlich-rechtlichen Benutzungs- und Unterhaltungsordnung zu beachten. Auf welchen Kompetenztitel und welche gesetzliche Grundlage Unterhaltungsmaßnahmen an Bundeswasserstraßen zu stützen sind, richtet sich somit nach dem ausschlaggebenden Zweck der jeweiligen Maßnahme.

Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 1141.

Rechtssystematisch gesehen, gründet sich die verkehrsbezogene Unterhaltungspflicht des Bundes für die Bundeswasserstraßen nach den §§ 7 und 8 WaStrG auf eine spezielle und vorrangige Rechtsgrundlage. Demgemäß geht sie gegenüber der wasserwirtschaftsrechtlichen Unterhaltungspflicht nach den §§ 39 – 42 WHG vor.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 8 Rn. 2; Josef Schwendner, in: Frank Sieder/Herbert Zeitler/Heinz Dahme, WHG, § 39 Rn. 56; Manfred Czychowski/Michael Reinhardt, a.a.O., § 39 Rn. 12; Michael Reinhardt, NVwZ 2008, 1048 (1052); Ulrich Drost/Marcus Ell, Das neue Wasserrecht in Bayern, § 39 WHG Rn. 26.

Das Bundeswasserstraßengesetz spricht die grundsätzliche Verpflichtung des Bundes, die Kosten der Unterhaltung von Bundeswasserstraßen zu tragen, zwar nicht ausdrücklich aus. Bei sach- und sinnreicher Auslegung der §§ 7 und 8 WaStrG impliziert die gesetzliche, maßnahmenbezogene Unterhaltungspflicht des Bundes jedoch die Kostenpflicht.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 8 Rn. 2.

## **2. Typisierter Sachverhalt und allgemeine Problemstellung: Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung von Binnenwasserstraßen des Bundes**

Der gesetzliche Katalog der Binnenwasserstraßen des Bundes (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG i.V.m. der Anlage 1 zu diesem Gesetz) ist auf Dauer festgelegt. In der Realität kann sich jedoch die faktische Verkehrsbedeutung einer Wasserstraße im Laufe der Zeit ändern. Insbesondere kann ihre Verkehrsbedeutung sich verringern. Dies kann unterschiedliche Ursachen haben. So können sich Verkehrsströme aus siedlungs- oder wirtschaftsstrukturellen Gründen verlagern. Des Weiteren können sich die Größe und die technische Beschaffenheit von Schiffen so wandeln, dass kleinere Binnenwasserstraßen oder einzelne ihrer Teilstrecken für die Passage großer Schiffe moderner Bauart nicht mehr geeignet sind und nur noch in vermindertem Maße frequentiert werden. Durch solche Umstände kann die faktische Verkehrsbedeutung betroffener Binnenwasserstraßen des Bundes in signifikanter Weise abnehmen oder gar zum Erliegen kommen.

Unter dem Blickwinkel der Verkehrsbedeutung ist klarzustellen, dass die gesetzliche Regelung in § 1 WaStrG und der Anlage 1 des WaStrG nicht nach der faktischen Verkehrsbedeutung der aufgeführten Bundeswasserstraßen differenziert. Insbesondere trifft das WaStrG keine Unterscheidung zwischen Hauptwasserstraßen (für die Berufsschifffahrt) und Nebenwasserstraßen (für die Freizeitschifffahrt). Der faktische, in den Blick genommene Wandel der Verkehrsbedeutung hat somit nicht zur Folge, dass die gesetzliche Qualifizierung des betreffenden Gewässers als Bundeswasserstraße entfallen oder eine Herabstufung erfahren würde. Vielmehr lässt die Tatsache der geänderten Verkehrsbedeutung die gesetzliche Widmung des betreffenden Gewässers als Bundeswasserstraße unberührt. Dies gilt auch in Fällen, in denen der Schiffsverkehr auf einer katalogisierten, in der Anlage 1 des WaStrG aufgeführten Bundeswasserstraße sich in der Weise wandelt, dass dort an die Stelle der weichenden Berufsschifffahrt die Freizeitschifffahrt tritt. Gerade in solchen Fällen sind die Rechtsfolgen der faktischen, nach der Aufnahme des betreffenden Gewässers in den gesetzlichen Katalog der Bundeswasserstraßen eingetretenen Änderung der Verkehrsbedeutung klärungsbedürftig. Insbesondere gilt es, die gebotenen und sachangemessenen Konsequenzen derartiger Situationsänderungen bezüglich der Unterhaltungspflicht des Bundes nach den §§ 7 und 8 WaStrG zu klären.

Im Folgenden wird unterstellt, dass eine Binnenwasserstraße des Bundes, die in der Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG aufgeführt und mit einer Schleuse ausgestattet ist, aufgrund ihrer relativ geringen Breite und Tiefe und entsprechend geringer Maße der zugehörigen Schleuse in der jüngeren Vergangenheit in deutlich verringertem Umfang von Schiffen genutzt wird, ihre faktische Verkehrsbedeutung also erheblich abgenommen hat. Des Weiteren wird unterstellt, dass bei prognostischer Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse nicht mit einer Umkehr der festgestellten Entwicklungen zu rechnen ist, sondern erwartet werden muss, dass die Verkehrsbedeutung der betroffenen Bundeswasserstraße und ihrer Schleuse auf Dauer auf dem verringerten Niveau verharren oder weiter abnehmen wird.

Zudem sei unterstellt, dass die historisch überkommene und funktionsnotwendige Schleuse der betrachteten Bundeswasserstraße sich infolge ihres Alters und technischer Abnutzung in einem erneuerungsbedürftigen Zustand befindet. Weiterhin sei diese Unterstellung mit der Konsequenz verbunden, dass die Schiffbarkeit der betreffenden Bundeswasserstraße nur mittels einer Erneuerung ihrer Schleuse erhalten werden kann, indem diese abgebaut und anschließend wiedererrichtet wird.

Diese verallgemeinerten Sachverhaltsannahmen entsprechen im Wesentlichen der Problemlage, die im konkreten Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse aktuell geworden ist und dort zu der Kontroverse zwischen dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur und dem Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus des Landes Schleswig-Holstein geführt hat.

Dazu oben Abschnitt A. I. 2.

Schließlich ist der typisierte Sachverhalt mit der Annahme verbunden, dass die Behörden des Bundes und des territorial betroffenen Bundeslandes zu den berührten Rechtsfragen der Unterhaltungspflicht des Bundes und der von Bundesseite favorisierten Bestandsänderung im Sinne von § 2 WaStrG gegensätzliche Rechtsstandpunkte einnehmen, die den im Fall des Gieselaukanals und seiner Schleuse vertretenen Positionen entsprechen. Somit ist in dem typisierten Sachverhalt von einer gleichgelagerten Kontroverse zwischen dem Bund und dem betroffenen Land auszugehen.

Mit der umrissenen allgemeinen Problemstellung wird die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit die für den konkreten Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse festgestellten Ergebnisse auf andere Fälle übertragen werden können, in denen Binnenwasserstraßen des Bundes Änderungen ihrer faktischen Verkehrsbedeutung erfahren haben, also in deutlich verringertem Maße von der Schifffahrt genutzt werden, und in denen deswegen die Bundesbehörden das Ziel verfolgen, sich der Unterhaltungspflicht für die betreffende Wasserstraße zu entledigen. Zur Verfolgung dieses Ziels können die Bundesbehörden unterschiedliche Wege in Betracht ziehen. Insbesondere können sie entweder eine förmliche Bestandsänderung (§ 2 WaStrG) und damit die Streichung der betreffenden Wasserstraße aus dem gesetzlichen Katalog der Bundewasserstraßen anstreben oder – ohne förmliche Bestandsänderung – den Weg faktischen Verwaltungshandelns, etwa durch Nichtunterhaltung der betreffenden Wasserstraße oder ihrer Schleuse, beschreiten. Die Möglichkeiten, Voraussetzungen und Schranken beider Vorgehensweisen gilt es zu klären.

### 3. Gutachterlich zu beantwortende Fragen zum typisierten Sachverhalt

Das Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus des Landes Schleswig-Holstein hat den Unterzeichner beauftragt, das zunächst zur Beantwortung der Frage nach der Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse vereinbarte Rechtsgutachten auf die allgemeinen Rechtsfragen zu erstrecken, die auf der Basis des typisierten Sachverhalts auf die Frage nach der Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen bei Situationsänderungen gerichtet sind. Auch hierbei geht es letztlich nicht um eine objektiv-rechtliche Unterhaltungspflicht des Bundes, sondern vor allem darum, ob im Verhältnis zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land hinsichtlich der Unterhaltung subjektiv-rechtliche Verpflichtungen und Ansprüche bestehen. Die so gestellte Frage zielt darauf, ob der Bund gegenüber dem Land zur weiteren Unterhaltung der minderfrequentierten Wasserstraße verpflichtet bleibt und das betroffene Land einen korrespondierenden, auf Fortsetzung der Unterhaltung gerichteten Anspruch gegen den Bund hat. In Anlehnung an die zum Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse gestellten und beantworteten Fragen sind demgemäß zu dem typisierten Sachverhalt folgende Fragestellungen rechtsgutachterlich zu untersuchen:

**(1)**

Welcher Umfang an Unterhaltungsverpflichtungen für Bundeswasserstraßen und deren Schleusen ergibt sich bei rückläufiger Verkehrsbedeutung

- a) aus dem Bestand der minderfrequentierten Bundeswasserstraße,
- b) ggf. aufgrund des deutschen Wasserwirtschaftsrechts und der europäischen Wasserrahmenrichtlinie?

Anders formuliert: Folgt aus den vorgenannten Vorschriften und Umständen eine Verpflichtung des Bundes zur Erhaltung der Schiffbarkeit von minderfrequentierten Bundeswasserstraßen und deren Schleusen?

**(2)**

Wirkt eine faktische Nichtunterhaltung der integrierten Schleuse einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße der Pflicht des Bundes zur Zweckerhaltung der betreffenden Bundeswasserstraße als Verkehrsweg entgegen? Stellt eine solche Nichtunterhaltung in der Folge eine zustimmungsbedürftige Bestandsänderung im Sinne von § 2 WaStrG dar?

**(3)**

Würde eine vorübergehende oder dauerhafte Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse durch den Bund, verbunden mit einer Minimierung der Unterhaltungsmaßnahmen (Beschränkung auf eine Verkehrssicherung) ebenfalls eine faktische Nichtunterhaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße bedeuten, die einer Zweckerhaltung als Verkehrsweg entgegenwirkt?

**(4)**

Kann der Haushaltsgesetzgeber sich einer eventuellen Unterhaltungspflicht für die minderfrequentierte Bundeswasserstraße entziehen, indem er die zur Sanierung der integrierten Schleuse erforderlichen Haushaltsmittel nicht zur Verfügung stellt?

**(5)**

Stellt die Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse eine wesentliche Umgestaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße dar, für die eventuell ein Planfeststellungsverfahren erforderlich wäre?

**(6)**

Wie stellt sich im Hinblick auf den typisierten Sachverhalt das Konkurrenzverhältnis der §§ 2 und 12 WaStrG dar? Wäre neben einer Entscheidung nach § 12 WaStrG auch eine Vereinbarung nach § 2 WaStrG erforderlich?

**(7)**

Welche rechtlichen Schritte gehören zu den „erforderlichen Schritten“, die das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur ggf. zur Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse der minderfrequentierten Bundeswasserstraße einleiten müsste?

**(8)**

Welche Möglichkeiten haben das Land, die Kommunen oder Dritte, um eine – unterstellte – Pflicht des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen Zustandes der minderfrequentierten Bundeswasserstraße und der integrierten Schleuse sowie des dortigen ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluss gerichtlich durchzusetzen ?

Zur Beantwortung der vorgenannten Fragen werden im Folgenden zunächst – im Wesentlichen wiederholend – die allgemeinen Rechtsgrundlagen der Unterhaltungspflicht für Bundeswasserstraßen zusammengefasst (dazu unten Abschnitt B. II. ). Im Anschluss daran gilt es, den sachlichen und zeitlichen Umfang der Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen allgemeingültig abzustecken (dazu unten Abschnitt B. III. 1.). Sodann sind Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Ansprüchen auf Vornahme einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG in allgemeingültiger Weise klarzustellen (dazu unten Abschnitt B. III. 2.). Danach sollen im Hinblick auf die vorgenannten Fragestellungen die Rechtsfolgen der faktischen Nichtunterhaltung der integrierten Schleuse einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße (unten Abschnitt B. III. 3.), Voraussetzungen und Rechtsfolgen der vorübergehenden Außerbetriebnahme der integrierte Schleuse (unten Abschnitt B. III. 4.) und die haushaltsrechtlichen Fragen nach der Relevanz fehlender Haushaltsmittel für die Unterhaltung oder Sanierung der integrierten Schleuse (unten Abschnitt B. III. 5.) geklärt werden. Im Anschluss

darin soll weiteren Fragen zur Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse und zur Alternative der Bestandsänderung oder Umgestaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße nachgegangen werden (unten Abschnitt B. III. 6.). Aus diesen rechtlichen Befunden wird im Hinblick auf den typisierten Sachverhalt das Zwischenergebnis zur Unterhaltungspflicht des Bundes für die minderfrequentierte Bundeswasserstraße und deren Schleuse abzuleiten sein (dazu unten Abschnitt B. IV.).

## **II. Allgemeine Rechtsgrundlagen der Unterhaltungspflicht für Bundeswasserstraßen**

### **1. Rechtliche Ausgangsbasis: Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen nach den §§ 7 und 8 WaStrG**

Wegen der allgemeinen Rechtsgrundlagen der Unterhaltungspflicht für Bundeswasserstraßen sei vorab zur Vermeidung von Wiederholungen auf die obige Darstellung der fallrelevanten Rechtsgrundlagen verwiesen, die sich dort auf die Unterhaltungspflicht des Bundes für den Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse bezieht. Über diesen Anwendungsfall hinaus enthält die obige Darstellung allgemeingültige Feststellungen, die für alle Bundeswasserstraßen gelten.

Vgl. oben Abschnitt A. II. 1.: Gesetzliche Grundlagen und Umfang der Pflicht zur Unterhaltung von Bundeswasserstraßen (bezogen auf das wasserstraßenrechtliche Unterhaltungsregime der §§ 7 und 8 WaStrG).

Verwiesen sei auch auf die hier vorangestellten rechtlichen Rahmenbedingungen des typisierten Sachverhalts. Auch mit ihnen sind die allgemeinen, bei Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung von Bundeswasserstraßen heranzuziehenden Rechtsgrundlagen benannt und systematisch gedeutet worden.

Vgl. oben Abschnitt B. I. 1.: Katalog und Bestand der Binnenwasserstraßen des Bundes; öffentlich-rechtlicher Status der Bundeswasserstraßen und deren öffentlich-rechtliche Benutzungs- und Unterhaltungsordnung hinsichtlich der Verkehrsfunktion; dualistischer (wasserstraßen- und wasserwirtschaftsrechtlicher) Charakter der öffentlich-rechtlichen Benutzungs- und Unterhaltungsordnung für die Bundeswasserstraßen.

Besondere Bedeutung kommt im Hinblick auf den typisierten Sachverhalt dem Rechtsgrundsatz zu, dass die Gewässerunterhaltung eine Hoheitsaufgabe im Interesse des Gemeinwohls darstellt, woraus sich dem Grundsatz nach lediglich eine objektiv-rechtliche Unterhaltungslast ergibt. Prinzipiell sind hierdurch subjektiv-rechtliche Leistungsansprüche auf Gewässerunterhaltung ausgeschlossen. Dies gilt nicht nur für die wasserwirtschaftsrechtliche Gewässerunterhaltung nach den §§ 39 – 42 WHG, sondern namentlich auch für die verkehrsbezogene Unterhaltung der Bundeswasserstraßen und den Betrieb der bundeseigenen Schifffahrtsanlagen, wobei es sich hierbei nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 7 Abs. 1 WaStrG um Hoheitsaufgaben des Bundes handelt.

Vgl. oben Abschnitt A. II. 2.

Jedenfalls besteht deshalb aufgrund der verkehrsbezogenen Unterhaltungslast kein Anspruch eines Dritten, z.B. des Eigentümers eines anliegenden oder benachbarten Grundstücks, auf Durchführung von Unterhaltungsmaßnahmen an einer Bundeswasserstraße, etwa auf Wiederinbetriebnahme eines Schiffshebewerkes oder einer Schleuse als Bestandteil einer Bundeswasserstraße. Ein solcher Anspruch lässt sich, wie oben dargelegt, im Falle der Außerbetriebnahme eines Schiffshebewerkes oder einer Schleuse insbesondere nicht aus den §§ 1 und 5 WaStrG herleiten. Auch der jeweilige Widmungsakt hat keinen Anspruch eines Dritten auf Schaffung, Aufrechterhaltung oder Verbesserung des Wasserweges zum Gegenstand.

OVG LSA, Beschluss vom 14.03.2012 – 1 L 123/11, NVwZ-RR 2012, 511 Rn. 7; dazu oben Abschnitt A. II. 2.

Im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse ist diese negative, anspruchsverneinende Gesetzesauslegung indessen nicht entscheidend. Vielmehr ist dort darauf abzustellen, dass es nicht um ein Unterhaltungsverlangen eines Dritten geht, sondern um die besondere Rechtsbeziehung zwischen dem unterhaltungspflichtigen Bund und dem betroffenen Land Schleswig-Holstein. Im dortigen Zusammenhang war auf der normativen Betrachtungsebene darauf hinzuweisen, dass Ausnahmen vom Grundsatz der lediglich objektiv-rechtlichen Gewässerunterhaltungspflicht anerkannt sind und Ansprüche auf Erfüllung einer Gewässerunterhaltungspflicht in einem konkretisierten Verwaltungsrechtsverhältnis bestehen können.

Vgl. oben Abschnitt A. II. 3.

Demgemäß war dort auf der fallbezogenen Betrachtungsebene ein Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein aufgrund konkretisierter und individualisierter Rechtsbeziehungen im Wasserstraßensystem des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider festzustellen.

Vgl. oben Abschnitt A. III. 1.

Dieses besondere Verwaltungsrechtsverhältnis bildet, wie oben ausgeführt, die Grundlage für die fortbestehende Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und die Gieselauschleuse. Insofern war auf die entstehungsgeschichtlichen, faktischen und rechtlichen Rahmenumstände beim Bau des Nord-Ostsee-Kanals (in den Jahren 1887 bis 1895) und bei der als Folgemaßnahme durchgeführten Herstellung des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse (in den 1930-er Jahren) abzustellen. Es konnte gezeigt werden, dass durch die erwähnten Rahmenumstände konkretisierte und individualisierte Rechtsbeziehungen zwischen den beteiligten Körperschaften, insbesondere dem Deutschen Reich und dem Staat Preußen, begründet worden sind, welche kraft Rechtsnachfolge zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein fortbestehen. Daraus war abzuleiten, dass die auf die §§ 7 und 8 WaStrG gegründeten Pflichten des Bundes zur Unterhaltung des Nord-Ostsee-Kanals und der Eider sowie des als Schiffsweg und Verbindung zwischen Nord-Ostsee-Kanal und Eider hergestellten Gieselaukanals und der hierin integrierten Gieselauschleuse mit subjektiv-rechtlichen Verpflichtungen des Bundes gegenüber dem Land Schleswig-Holstein sowie mit korrespondierenden Ansprüchen des Landes gegenüber dem Bund einhergehen. Wie oben dargelegt, folgt aus diesem besonderen Verwaltungsrechtsverhältnis eine Verpflichtung des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen und funktionsfähigen Bestandes und der Schiffbarkeit des Gieselaukanals mit seiner Schleuse. Mit dieser Verpflichtung korrespondiert im Rahmen des besonderen Verwaltungsrechtsverhältnisses ein auf funktions- und situationsgerechte Unterhaltung sowie auf Erhaltung der Schiffbarkeit des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse gerichteter Anspruch des Landes Schleswig-Holstein gegenüber dem Bund.

Vgl. das obige Zwischenergebnis in Abschnitt A. IV. 1., 2. und 3.

Im dortigen Zusammenhang brauchte die fallübergreifende Grundsatzfrage, ob – unabhängig von den Besonderheiten des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse und dem darauf gegründeten besonderen Verwaltungsrechtsverhältnis – eine entsprechende Unterhaltungsverpflichtung des Bundes für eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße und ein korrespondierender Anspruch des territorial betroffenen Landes aus § 2 WaStrG hergeleitet werden können, nicht entschieden zu werden. Die so umrissene Grundsatzfrage konnte deshalb zurückgestellt werden.

Vgl. oben Abschnitt A. III. 2. b) a.E.

Der hier zur Begutachtung gestellte typisierte Sachverhalt ist hingegen von derartigen Besonderheiten eines konkreten Falles abstrahiert. Er enthält mithin keine Ansatzpunkte für die Annahme eines besonderen, fall- und umständebedingten Verwaltungsrechtsverhältnisses. Auf solche Umstände kann somit hier nicht abgestellt werden. Daher kommt es bei der Beurteilung des typisierten Sachverhalts entscheidend auf die Beantwortung der fallübergreifenden Grundsatzfrage an, ob auf der Basis des Bundeswasserstraßenbestandes – über die objektiv-rechtliche Unterhaltungslast hinaus – auch eine subjektiv-rechtliche Unterhaltungsverpflichtung des Bundes gegenüber dem territorial betroffenen Land und ein korrespondierender subjektiv-rechtlicher Anspruch des Landes gegenüber dem Bund bestehen können. Hierbei geht es darum, ob – unabhängig von Besonderheiten eines umständebedingten Verwaltungsrechtsverhältnisses – subjektiv-rechtliche Beziehungen sowie Verpflichtungen und Ansprüche der erwähnten Art auch aus einer normativen Grundlage herzuleiten sind. Als derartige Rechtsgrundlage kommt entweder das formelle Gesetzesrecht, und zwar § 2 WaStrG, oder das allgemeine staatsrechtliche Bund-Länder-Verhältnis mit dem hierin wurzelnden Grundsatz der Bundestreue in Betracht.

Diese Grundsatzfrage hat bisher weder in der Rechts- und Verwaltungspraxis noch in der rechtswissenschaftlichen Literatur die gebotene Beachtung gefunden. Sie ist deshalb bislang ungeklärt geblieben. Wenn und soweit sie zu bejahen ist, müssen die hier gestellten Rechtsfragen für den typisierten Sachverhalt (oben B. I. 3.) im Ergebnis ebenso beantwortet werden wie die entsprechenden, zuvor für den Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse beantworteten Fragen.

## **2. Normative Voraussetzungen und Folgen eines Übergangs der Unterhaltungspflicht durch eine Bestandsänderung nach § 2 WaStrG**

Aus § 2 WaStrG ergibt sich, dass der Bund und das territorial betroffene Bundesland hinsichtlich der Unterhaltung katalogisierter Bundeswasserstraßen aneinander gebunden sind. Wie oben bereits dargelegt, geht § 2 WaStrG vom Prinzip der Bestandsstabilität und vom Erfordernis des Konsenses zwischen dem unterhaltungspflichtigen Bund und dem territorial betroffenen Land aus. Eine Bestandsänderung mit der Folge eines Übergangs der gesetzlichen Unterhaltungspflicht setzt im ersten Schritt nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG eine Vereinbarung zwischen dem Bund und dem betroffenen Land voraus. Ohne eine solche Vereinbarung kann keine Bestandsänderung stattfinden und diese auch nicht im zweiten Schritt durch ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 WaStrG bewirkt werden. Solange eine Vereinbarung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG fehlt, ist eine Bestandsänderung mithin nicht möglich. So lange behält ein einmal in den Katalog der Anlage 1 (zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG) aufgenommenes Gewässer seinen öffentlich-rechtlichen Status als Bundeswasserstraße.

Fraglich ist jedoch, ob das gesetzliche, absolut und vorbehaltlos formulierte Prinzip der Bestandsstabilität und das hiermit verbundene Konsenserfordernis nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG in starrer Weise und ohne Rücksicht auf tatsächliche Situationsänderungen der zuvor beschriebenen Art anzuwenden sind, sofern nicht – wie im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse – aufgrund konkretisierter und individualisierter Rechtsbeziehungen zwischen dem Bund und dem betroffenen Land ein besonderes Verwaltungsrechtsverhältnis mit subjektiv-rechtlichen Verpflichtungen und Ansprüchen hinsichtlich der Wasserstraßenunterhaltung besteht. Eine solchermaßen absolute und vorbehaltlose Anwendung des gesetzlichen Prinzips der Bestandsstabilität und des Konsenserfordernisses nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG würde bedeuten, dass die zuvor umrissenen Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung von Binnenwasserstraßen des Bundes,

dazu oben Abschnitt B. I. 2.,

als solche rechtlich unerheblich und folgenlos bleiben müssten – unabhängig davon, ob das betreffende Gewässer noch die tatsächlichen Merkmale einer dem allgemeinen Verkehr dienenden Binnenwasserstraßen des Bundes (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG) aufweist. Selbst in Fällen, in denen diese Merkmale durch die tatsächliche Entwicklung völlig verschwunden sind, das territorial betroffene Land jedoch den

Abschluss einer Vereinbarung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG kategorisch verweigert, bliebe dann der Status der katalogisierten Bundeswasserstraße unberührt. Auch wenn die faktische Verkehrsbedeutung der katalogisierten Bundeswasserstraße durch die Situationsänderung gänzlich entfallen ist, müsste es dann bei der Unterhaltungspflicht des Bundes nach den §§ 7 und 8 WaStrG bleiben.

Ein derartiges Gesetzesverständnis und die angedeuteten Konsequenzen vermögen indessen nicht zu überzeugen. In dem typisierten Sachverhalt liegt zwar kein besonderes, fall- und umständebedingtes Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land vor. Gleichwohl stehen der Bund und das betroffene Land jedoch auch auf der Basis des typisierten Sachverhalts in einer normativ geprägten Beziehung. Sie sind, wie zuvor bereits festgestellt, nach Maßgabe des § 2 WaStrG aneinander gebunden. Mit dem gesetzlichen Prinzip der Bestandsstabilität und dem hiermit verbundenen Konsenserfordernis hat der Gesetzgeber indessen eine unvollständige Regelung getroffen. § 2 WaStrG regelt nämlich nicht, wie Fälle der skizzierten Art zu lösen sind, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der katalogisierte Bestand einer Bundeswasserstraße und die geänderte Situation, in der in concreto die tatsächlichen Merkmale einer dem allgemeinen Verkehr dienenden Binnenwasserstraße des Bundes zur Gänze oder im Wesentlichen entfallen sind, entwicklungsbedingt in einen strukturellen und kategorialen Gegensatz geraten sind.

Bei sach- und sinnreicher Gesetzesauslegung sind das gesetzliche Prinzip der Bestandsstabilität und das hiermit verbundene Konsenserfordernis nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG so zu lesen, dass der Bund und das betroffene Land ermächtigt und im Konfliktfall verpflichtet sind, den katalogisierten Bestand der Bundeswasserstraßen bei Situationsänderungen, insbesondere bei Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung katalogisierter Binnenwasserstraßen des Bundes, zu überprüfen und eventuell angezeigte Bestandsänderungen im Verhandlungs- und Vereinbarungswege herbeizuführen. § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG enthält insofern einen Auftrag zu konsensuellem und situationsadäquatem Vorgehen der verantwortlichen Bundes- und Landesbehörden mit dem Ziel einer situationsadäquaten Anpassung. Für den Inhalt derartiger Vereinbarungen legt das Gesetz keine rechtsverbindlichen Kriterien oder Lösungsschemata fest. Den Partnern einer Vereinbarung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG ist vielmehr durch die offene gesetzliche Regelung ein administrativer Dispositionsspielraum eröffnet.

Gerade das Erfordernis der einvernehmlichen Regelung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG beinhaltet, dass weder eine starre und realitätsblinde Fixierung des einmal begründeten Bundeswasserstraßen-Status noch dessen „automatischer“, an die Tatsache der geänderten Verkehrsbedeutung geknüpfter Wegfall dem Gesetz entspricht. Die geforderte Vereinbarung soll im Verhältnis zwischen dem Bund und dem betroffenen Land einen situationsadäquaten, konsentierten und rechtssicheren Interessenausgleich sicherstellen.

So gelesen, schließt § 2 WaStrG zweierlei aus: Einerseits führen nicht schon faktische Situationsänderungen als solche, insbesondere Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung von Binnenwasserstraßen des Bundes, zu einer Bestandsänderung. Der Bund kann sich daher nach der Gesetzeslage seiner Verantwortung und seiner Unterhaltungspflicht für katalogisierte Bundeswasserstraßen nicht unter Berufung auf das bloße Faktum einer Situationsänderung entziehen. Vielmehr schreibt § 2 WaStrG zwingend vor, dass der zweischrittige Modus der Bestandsänderung in Form einer Vereinbarung (d.h. eines öffentlich-rechtlichen, jedenfalls zwischen dem Bund und dem betroffenen Land zu schließenden Vertrages gem. den §§ 54 ff. VwVfG) und eines abschließenden Bewirkungsaktes (d.h. eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung) eingehalten wird. Ausgeschlossen ist mithin eine schlichte Verweigerung oder Unterlassung der nach den §§ 7 und 8 WaStrG gebotenen Unterhaltung seitens des Bundes. Andererseits widerspricht auch eine schlichte und kategorische Änderungsblockade seitens des betroffenen Landes dem gesetzlichen Auftrag zu einem konsensualen und situationsadäquaten Vorgehen der verantwortlichen Bundes- und Landesbehörden sowie dem gesetzlich gewiesenen Ziel einer situationsadäquaten Anpassung. Auch eine solche Verweigerung seitens des betroffenen Landes würde dem in § 2 WaStrG erteilten, auf wesentliche Situationsänderungen zugeschnittenen Auftrag zur Bestandsänderung zuwiderlaufen und das sachliche, entwicklungsbedingte Anpassungserfordernis verfehlen. Die gesetzlich gesicherte Bestandsstabilität und das hiermit verbundene Konsenserfordernis sind in § 2 WaStrG eben nicht absolut garantiert, sondern nur mit der Maßgabe möglicher, eventuell sach- und situationsgerechter Bestandsänderungen normiert.

Somit sind die radikalen und einseitigen Extremstandpunkte sowohl auf Bundes- als auch auf Landesseite bei sach- und sinnreicher Gesetzesauslegung abgeschnitten. Angesichts dessen drängt sich eine vermittelnde Lösung auf, die zu bei-

den Seiten hin sach- und situationsgerechte Anpassungen ermöglicht und sachwidrige Fixierungen vermeidet. Basis einer solchen Lösung muss der Realbefund sein, dass der gesetzliche Katalog der Binnenwasserstraßen des Bundes (gem. der Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG) einen parlamentarisch und administrativ konsentierten Bestand enthält, der für die verantwortlichen Bundes- und Landesbehörden als „Geschäftsgrundlage“ fungiert. Geht man hiervon aus, so können nach den Rechtsgrundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage Bestandsänderungen nach § 2 WaStrG gefordert werden, wenn und soweit Situationsänderungen infolge eingetretener Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung einer Binnenwasserstraße des Bundes derart gravierend sind, dass die bei der Einstellung in den Katalog bestehende und zugrunde gelegte „Geschäftsgrundlage“ entfallen ist und eine Anpassung situationsadäquat und sachlich geboten erscheint.

Die Grundsätze der Voraussetzung sowie des eventuellen Wegfalls der Geschäftsgrundlage mit dem nachfolgenden Erfordernis der Anpassung sind nicht nur im Zivilrecht (§§ 313, 314 BGB), sondern auch im Verwaltungsrecht anerkannt.

Vgl. Hartmut Mauer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 14 Rn. 63 f. unter Hinweis auf § 49 VwVfG (zum Verwaltungsakt), § 38 Abs. 3 VwVfG (zur Zusicherung) und § 60 Abs. 1 Satz 1 VwVfG (zum öffentlich-rechtlichen Vertrag).

Im Hinblick auf die Frage nach Bestandsänderungen gem. § 2 WaStrG zieht der Rückgriff auf die Rechtsgrundsätze der vorausgesetzten und bei Situationsänderungen wegfallenden „Geschäftsgrundlage“ die Konsequenz einer notwendigen Differenzierung nach sich. Hiernach kann es für den typisierten Sachverhalt einer Änderung der faktischen Verkehrsbedeutung von Binnenwasserstraßen des Bundes keine allgemeingültigen, für alle denkbaren Sachverhaltsvariationen tragfähigen Antworten auf die zuvor gestellten Fragen geben. Vielmehr bedarf es der Unterscheidung verschieden gelagerter Sachverhaltsvariationen, die wegen der differierenden Umstände und Interessenlagen keine Einheitslösung vertragen, sondern eine unterschiedliche Reaktion auf die geänderte Situation und den Wegfall der ursprünglichen „Geschäftsgrundlage“ verlangen.

In Betracht zu ziehen sind folgende Variationen des typisierten Sachverhalts:

*Erstens* ist denkbar, dass eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße trotz der Situationsänderung und der Verringerung ihrer faktischen Verkehrsbedeutung eine wesentliche Verbindungsfunktion im regionalen Wasserstraßensystem behält. Insbesondere ist dabei an Situationen zu denken, in denen die minderfrequentierte Bundeswasserstraße andere, nach wie vor bedeutsame Bundeswasserstraßen miteinander verbindet. Derartige Situationen entsprechen im Grundsatz der Fallkonstellation des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse. In solchen Situationen sprechen regelmäßig gute Gründe für die bestandserhaltende Aufrechterhaltung des Bundeswasserstraßen-Status. Konsequenterweise bleibt es dann bei der Unterhaltungspflicht des Bundes nach Maßgabe der §§ 7 und 8 WaStrG.

*Zweitens* sind Situationen denkbar, in denen katalogisierte Bundeswasserstraßen oder bestimmte Teil- oder Seitenstrecken katalogisierter Bundeswasserstraßen jegliche Verkehrsbedeutung verloren haben und auf ihnen keinerlei Schifffahrt mehr stattfindet. In solchen Fällen liegt faktisch keine dem allgemeinen Verkehr dienende Binnenwasserstraße des Bundes im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG mehr vor. Ein Wiederaufleben der Schifffahrt ist in solchen Fällen regelmäßig nicht zu erwarten. Beispiele dieser Art bilden typischerweise die Altarme von Flüssen. Derartige verkehrsentrückte Gewässerstrecken bieten sich in der Regel für Maßnahmen der Renaturierung sowie der ökologischen und wasserwirtschaftlichen Rückgewinnung naturnaher Gewässerstrecken an. Hier drängt sich eine Bestandänderung durch die Streichung im Katalog der Bundeswasserstraßen auf. Infolgedessen ist hier eine Ablösung der Unterhaltungspflicht des Bundes nach den §§ 7 und 8 WaStrG naheliegend und von der Sachlage her regelmäßig vorprogrammiert.

Vgl. Albrecht Friesecke, a.a.O., § 2 Rn. 2, mit dem Hinweis auf die tatbestandliche Voraussetzung einer dem allgemeinen Verkehr dienenden Binnenwasserstraße: „Umgekehrt sollte ein Gewässer seine Eigenschaft als Bundeswasserstraße verlieren, wenn diese Voraussetzung nicht mehr vorliegt.“

*Drittens* sind ambivalente Fallkonstellationen denkbar, in denen minderfrequentierte Bundeswasserstraßen aufgrund der geänderten Situation aktuell weder eine systemtragende und großmaßstäbliche, für die weiträumige Schifffahrt wesentliche Verbindungsfunktion erfüllen noch ihre Verkehrsbedeutung gänzlich verloren haben, sondern als Schiffswege von lediglich geringer, typischerweise nur regionaler und okkasioneller Relevanz genutzt werden. Hier erscheint von der Sachstruktur

her die konsensual zu treffende Entscheidung über die Alternative der Bestandserhaltung oder der eventuellen Bestandsänderung nach § 2 WaStrG regelmäßig nicht festgelegt, sondern der gemeinsam auszuübenden Dispositionsbefugnis der verantwortlichen Bundes- und Landesbehörden überlassen. Dabei sind die Kriterien der einzelfallbezogenen Situationsadäquanz sowie die zum Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelten Rechtsgrundsätze zu berücksichtigen. Zu diesen Grundsätzen gehört das Erfordernis, die im Einzelfall bestehenden Möglichkeiten der Anpassung zu ermitteln und in sach- und sinnreicher Weise anzuwenden.

### **III. Einzelfallübergreifende Rechtsfragen zur Unterhaltungspflicht für Bundeswasserstraßen bei geänderter Verkehrsbedeutung**

#### **1. Sachlicher und zeitlicher Umfang der Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen**

##### *a) Planerische Grundlage*

Nach § 8 Abs. 1 WaStrG umfasst die Unterhaltung der Binnenwasserstraßen des Bundes (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG) die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluss und die Erhaltung der Schifffahrt. Die Unterhaltungspflicht des Bundes richtet sich demgemäß auf die Erhaltung des widmungsgemäßen Zustandes der jeweiligen Bundeswasserstraße. Dieser bestimmt sich aus der gesetzlich intendierten Nutzungsgewährung zum Befahren mit Wasserfahrzeugen und bei künstlichen oder wasserbaulich umgestalteten Gewässern nach den zugrundeliegenden Planungsentscheidungen, insbesondere nach vorangegangenen Planfeststellungsbeschlüssen oder Plangenehmigungen.

BVerwG, Urteil vom 05.12.2001 – 9 A 13.01, NVwZ 2002, 470 (472)  
= ZfW 2002, 161 (163 f.) – Elbeleitwerk II; ebenso Albrecht Friesecke,  
a.a.O., § 8 Rn. 5.

Im Folgenden wird für den typisierten Sachverhalt unterstellt, dass Lage und Beschaffenheit der zugrunde gelegten, in der geänderten Situation minderfrequentierten Binnenwasserstraße des Bundes mit der zugehörigen Schleuse in einer vorangegangenen und rechtswirksamen Planungsentscheidung der zuständigen Behörde festgelegt worden sind.

##### *b) Unterhaltungsbezogene Kriterien der Substanzerhaltung sowie des sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs*

Die Unterhaltung im Sinne des § 8 WaStrG umfasst die erforderlichen Maßnahmen der Substanzerhaltung. Dagegen sind Maßnahmen, die auf eine substanzielle Verbesserung des überkommenen Gewässerzustandes gerichtet sind, als wesentliche Umgestaltung und somit als Gewässerausbau im Sinne der §§ 12, 14 ff. WaStrG zu qualifizieren.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 8 Rn. 1 und 5.

Da zu den Bundeswasserstraßen auch die bundeseigenen Schifffahrtsanlagen wie Schleusen, Schiffshebewerke und Wehre gehören (§ 1 Abs. 4 Nr. 1 WaStrG), umfasst die Unterhaltungspflicht des Bundes gem. § 8 Abs. 1 WaStrG auch die Wartung und Reparatur sowie in Fällen einer technischen Abnutzung oder eines Verfalls der genannten Anlagen deren Wiedererrichtung. Hierfür ist bei plankonformen Schleusen ausschlaggebend, dass sie typischerweise für die Erhaltung der Schiffbarkeit nach § 8 Abs. 1 Satz 1 WaStrG und das Befahren der betreffenden Wasserstraße mit Schiffen funktionsnotwendig sind. Die Wiederherstellung einer Schleuse kann indessen nur dann der wasserstraßenrechtlichen, dem Bund obliegenden Unterhaltung zugerechnet werden, wenn diese Maßnahme in einem zeitlichen Zusammenhang mit der vorangegangenen Veränderung des widmungsgemäßen Ausgangszustandes steht.

BVerwG, Beschluss vom 27.10.2000 – 11 VR 14.00, NVwZ-RR 2001, 88 = ZfW 2001, 176 – Elbeleitwerk I; BVerwG, Urteil vom 05.12.2001 – 9 A 13.01, NVwZ 2002, 470 (472) = ZfW 2002, 161 (163 f.) – Elbeleitwerk II; Albrecht Friesecke, a.a.O., § 8 Rn. 5 und 8.

Im Hinblick auf den typisierten, der nachfolgenden Untersuchung zugrunde gelegten Sachverhalt wird unterstellt, dass die notwendige Erneuerung der abgenutzten, zu der betrachteten Bundeswasserstraße gehörenden Schleuse die vorgenannten Voraussetzungen erfüllt, also der Erhaltung der Schiffbarkeit dient und im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Veränderung des widmungsgemäßen Ausgangszustandes steht. Dies schließt die Konsequenz ein, dass die Wiedererrichtung der Schleuse nicht als Ausbaumaßnahme, sondern als Akt der Substanzerhaltung und somit als Unterhaltungsmaßnahme zur Erhaltung der Schiffbarkeit zu qualifizieren ist.

c) *Erhaltung der Schiffbarkeit als Verkehrszweck – Wasserstraßenrechtliche Zuordnung*

Zur Klarstellung ist daran zu erinnern, dass die dem Bund obliegende Unterhaltung der Bundeswasserstraßen gem. § 8 WaStrG nach Zweck und Umfang auf die Erhaltung der Verkehrsfunktion zu Schifffahrtzwecken beschränkt ist. Die Unterhaltungspflicht des Bundes nach § 8 WaStrG umfasst daher nur Maßnahmen, die

dazu dienen, dass die jeweilige Bundeswasserstraße als funktionsfähiger Schifffahrtsweg erhalten wird.

BVerwG, Urteil vom 29.10.1982 – 4 C 4.80, NVwZ 1983, 474 (475);  
BVerwG, Urteil vom 05.12.2001 – 9 A 13.01, NVwZ 2002, 470 (471)  
= ZfW 2002, 161 (163) – Elbeleitwerk II; Albrecht Friesecke, a.a.O.,  
§ 8 Rn. 2; Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 22 f., 1140;  
vgl. oben Abschnitt A. II. 1.

Soweit Unterhaltungsmaßnahmen an Bundeswasserstraßen im Wasserwirtschaftsinteresse durchgeführt werden, unterliegen sie hingegen den Vorschriften der §§ 39 – 42 WHG. Hierin schlägt sich der tradierte Dualismus der verfassungsrechtlichen Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen für die Bundeswasserstraßen nieder.

Grundlegend BVerfG, Urteil vom 30.10.1962 – 2 BvF 2/60, 1,2,3/61,  
BVerfGE 15,1 (9); BVerfG, Beschluss vom 11.04.1967 – 2 BvG 1/62,  
BVerfGE 21, 312 ff.; weitere Nachweise dazu oben in Abschnitt  
A. II. 1.

Ob Unterhaltungsmaßnahmen an Bundeswasserstraßen den wasserstraßenrechtlichen Vorschriften der §§ 7 und 8 WaStrG oder der wasserwirtschaftsrechtlichen Regelung der §§ 39 – 42 WHG unterliegen, hängt somit vom ausschlaggebenden Zweck der jeweiligen Maßnahme ab.

Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 1141.

Für den typisierten, hier zugrunde gelegten Sachverhalt ist festzuhalten, dass die Unterhaltung der umständehalber in vermindertem Maße frequentierten Bundeswasserstraße und der zugehörigen Schleuse Verkehrszwecken, nämlich der Erhaltung der Schiffbarkeit, dient, da es hierbei darum geht, einen ordnungsgemäßen und funktionsgerechten Zustand der minderfrequentierten Bundeswasserstraße und ihrer Schleuse für die Schifffahrt zu erhalten. Dies bedeutet, dass der typisierte, zuvor umrissene Sachverhalt der Unterhaltungspflicht des Bundes nach Maßgabe der §§ 7 und 8 WaStrG unterliegt. Insoweit kommt die wasserwirtschaftsrechtliche Unterhaltungsregelung der §§ 39 – 42 WHG nicht zur Anwendung. Hinsichtlich dieser wasserstraßenrechtlichen und unterhaltungsbezogenen Prämissen liegt der typisierte, der nachfolgenden Untersuchung zugrunde gelegte Sachverhalt ebenso wie der konkrete, zuvor untersuchte Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse.

## **2. Rechtsgrundlagen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Ansprüchen auf Vornahme einer wasserstraßenrechtlichen Bestandsänderung**

### *a) Bestandsänderung nach § 2 WaStrG als Vorgang der Widmung oder Entwidmung im systematischen Rahmen des öffentlichen Sachenrechts*

Wie oben mit Blick auf den Sachverhalt des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse bereits dargelegt, ist die Bestandsänderung nach § 2 WaStrG ein ergänzendes Widmungsverfahren. Soll ein Gewässer oder eine Gewässerstrecke die Eigenschaft als Bundeswasserstraße verlieren, stellt die dahingehende Bestandsänderung eine wasserstraßenrechtliche Entwidmung dar. § 2 WaStrG gestaltet die Bestandsänderung als zweischrittigen Vorgang der Widmung oder Entwidmung im systematischen Rahmen des öffentlichen Sachenrechts aus. Im ersten Schritt bedarf sie einer Vereinbarung zwischen dem Bund und dem territorial zuständigen Land; falls die öffentlich-rechtliche Sachherrschaft und das Eigentum nicht in einer Hand liegen, muss auch der bisherige oder künftige Eigentümer an der Vereinbarung mitwirken (§ 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG). Im zweiten Schritt wird die Bestandsänderung gem. § 2 Abs. 1 Satz 2 WaStrG durch ein Bundesgesetz oder eine Rechtsverordnung bewirkt.

Vgl. Albrecht Friesecke, a.a.O., § 2 Rn. 1 ff.; Näheres oben Abschnitt A. III. 2. a).

Durch das zwingende Erfordernis einer Vereinbarung zwischen Bund und Land schließt § 2 WaStrG eine einseitige Entwidmung durch den Bund aus. Dagegen kann nicht die im allgemeinen Sinne des öffentlichen Sachenrechts verstandene Sachherrschaft des Bundes ins Feld geführt werden, da § 2 WaStrG eine spezielle und abschließende Regelung der Bestandsänderung darstellt.

§ 2 WaStrG sagt indessen nichts darüber aus, unter welchen Voraussetzungen Gewässer entweder in den Bestand der Binnenwasserstraßen des Bundes aufgenommen oder aus diesem Bestand ausgeschieden, also als Bundeswasserstraßen gewidmet oder entwidmet werden. Daraus ergibt sich, dass § 2 WaStrG keine Verpflichtungen zwischen dem Bund und dem betroffenen Land auf Vornahme von Bestandsänderungen begründet.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 2 Rn. 2; oben Abschnitt A. III. 2.a).

Dieser negative Befund gilt auch für den typisierten, zuvor umrissenen Sachverhalt, der durch Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung von Binnenwasserstraßen des Bundes gekennzeichnet ist.

Vgl. dazu die obige Darstellung des typisierten Sachverhalts in Abschnitt B. I. 2. mit den ergänzenden Angaben zu unterstellten Tatsachen oben in Abschnitt B. III. 1. a) – c) und die diesbezüglichen Ausführungen zu den normativen Voraussetzungen und Folgen eines Übergangs der Unterhaltungspflicht durch eine Bestandsänderung nach § 2 WaStrG oben in Abschnitt B. II. 2.

Die einfachgesetzliche, positivrechtlich heranzuziehende Vorschrift des § 2 WaStrG ist daher nicht geeignet, die hier gestellten Fragen zu dem typisierten Sachverhalt,

vgl. die obige Auflistung der Fragen in Abschnitt B. I. 3.,

einer Antwort zuzuführen. Festzustellen bleibt, dass § 2 WaStrG im Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern keine subjektiv-rechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen hinsichtlich der Vornahme einer Bestandsänderung begründet. Dies gilt auch für Fälle, die dem typisierten, zuvor umrissenen Sachverhalt entsprechen und durch Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung von Binnenwasserstraßen des Bundes gekennzeichnet sind. § 2 WaStrG erweist sich mithin als unvollständige und lückenhafte Norm, welche die Voraussetzungen der Bestandsänderung offenlässt. Sie überlässt somit auch in Fallkonstellationen des typisierten Sachverhalts die zu treffende Regelung den betroffenen Partnern, nämlich vor allem dem Bund und dem jeweils betroffenen Land. Diesen ist es hiernach anheimgegeben, aus den im Einzelfall eingetretenen Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung katalogisierter Binnenwasserstraßen des Bundes im Wege von Bestandsänderungen in den Rechtsformen des § 2 WaStrG situationsadäquate Folgerungen zu ziehen.

b) *Verhältnis zwischen der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG und dem verkehrsbezogenen Ausbau oder Neubau einer Bundeswasserstraße nach den §§ 12 ff. WaStrG*

Gerade die Unvollständigkeit und Lückenhaftigkeit der in § 2 WaStrG getroffenen Regelung der Bestandsänderung gibt Anlass zu der Frage, ob die Bundesverwaltung (in Gestalt der Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt, § 14 Abs. 1 Satz 3 WaStrG) eine geänderte Situation, die aus der Änderung der faktischen Verkehrsbedeutung einer katalogisierten Binnenwasserstraße des Bundes resultiert, einseitig in ihrem Sinne regeln kann, indem sie sich des planungsrechtlichen Instrumentariums für den Ausbau oder Neubau einer Bundeswasserstraße nach den §§ 12 ff. WaStrG bedient. Diese Frage zielt auf das Verhältnis zwischen der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG und dem verkehrsbezogenen Ausbau oder Neubau einer Bundeswasserstraße nach den §§ 12 ff. WaStrG.

Insoweit ist zur Beantwortung auf die Rechtserkenntnisse zu verweisen, die oben mit Blick auf die Unterhaltungspflicht des Bundes für den Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse dargelegt sind. Diesen Erkenntnissen kommt – über den vorbezeichneten Fall hinaus – allgemeine Gültigkeit zu. Wie oben festgestellt, regeln die §§ 2 und 12 WaStrG unterschiedliche Sachverhalte. Gegenstand einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG ist der rechtliche Status eines Gewässers, nämlich die Begründung oder Aufhebung seiner Eigenschaft als Bundeswasserstraße. Hierbei bleibt die tatsächliche Gestalt des betroffenen Gewässers unberührt. Dagegen hat eine Planfeststellung oder Plangenehmigung nach Maßgabe der §§ 12 und 14 ff. WaStrG den Ausbau, den Neubau oder die wesentliche Umgestaltung einer Bundeswasserstraße als Verkehrsweg und damit deren tatsächliche Gestalt zum Gegenstand. Sie setzt nach den genannten Vorschriften voraus, dass das betroffene Gewässer die Eigenschaft einer Bundeswasserstraße hat. Dieser Status wird durch die Planfeststellung oder Plangenehmigung nicht berührt. Er kann mithin durch diese raumgestaltenden Fachplanungsakte nicht begründet oder geändert werden.

Vgl. dazu oben Abschnitt A. III. 6.b), aa) und die Zusammenfassung in Abschnitt A. IV. 9.

Falls die Bundesverwaltung beabsichtigt, sowohl den rechtlichen Status als auch die tatsächliche Gestalt einer Bundeswasserstraße zu ändern, kommt es – wie

oben bereits dargelegt – auf die Reihenfolge der erforderlichen Rechtsakte an: Erfolgt zuerst die Planfeststellung oder Plangenehmigung für die wesentliche Umgestaltung einer Bundeswasserstraße, so bleibt die Frage der Bestandsänderung offen; diese kann nur nachträglich gem. § 2 WaStrG auf der Basis einer Vereinbarung zwischen dem Bund und dem betreffenden Land bewirkt werden. Falls hingegen zuerst eine einvernehmliche Bestandsänderung nach § 2 WaStrG erfolgt, richtet sich die für eine wesentliche Umgestaltung des betroffenen Gewässers erforderliche Planfeststellung oder Plangenehmigung nicht mehr nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG, sondern nach den wasserwirtschaftsrechtlichen Vorschriften der §§ 68 ff. WHG und den ergänzenden Regelungen des jeweiligen Landeswassergesetzes.

Vgl. dazu oben Abschnitt A. III. 6. b), bb) und die Zusammenfassung in Abschnitt A. IV. 10.

Aus diesen Feststellungen folgt, dass die Bundesverwaltung in Fällen einer Änderung der faktischen Verkehrsbedeutung einer Binnenwasserstraße des Bundes nicht über die Möglichkeit verfügt, die geänderte Situation einseitig und umfassend mittels einer Planfeststellung oder Plangenehmigung nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG zu regeln, um so den zweischrittigen Modus der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG zu erübrigen und dem Erfordernis einer Vereinbarung mit dem betroffenen Land auszuweichen.

c) *Staatsrechtliche Grundlagen subjektiv-rechtlicher Ansprüche auf Vornahme einer Bestandsänderung in den Rechtsformen des § 2 WaStrG*

Wie zuvor festgestellt, schließen die abstrahierten Merkmale des typisierten Sachverhalts die Annahme eines konkretisierten und individualisierten Verwaltungsrechtsverhältnisses (genauer: eines „Verwaltungsrechtsschuldverhältnisses“),

zum Begriff Rolf Stober, in: Wolff/Bachof/Stober, a.a.O., § 55 Rn. 3 ff., 9 ff.; vgl. oben Abschnitt A. II. 3.,

zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land aus. Daher scheiden hier – anders als im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse – bei Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung von Bundeswasserstraßen subjektiv-rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen schuldrechtlicher Art zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land aus.

Infolgedessen kann bei einer Änderung der faktischen Verkehrsbedeutung einer Bundeswasserstraße ein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf Vornahme einer (in die Rechtsformen des § 2 WaStrG verwiesenen) Bestandsänderung sich nur aus einer normativen Rechtsgrundlage ergeben. Eine solche Anspruchsgrundlage kann jedoch, wie oben dargelegt,

vgl. die Ausführungen im obigen Abschnitt B. III. 2. a),

nicht in der einfachgesetzlichen Norm des § 2 WaStrG gefunden werden. Diese Vorschrift legt lediglich die Rechtsformen der Bestandsänderung fest. Sie begründet keine subjektiv-rechtlichen Ansprüche auf Vornahme einer derartigen Bestandsänderung. Insbesondere begründet § 2 WaStrG keinen Anspruch des Bundes gegen ein Land auf Mitwirkung an einer Bestandsänderung mit der Folge, dass der Bund von seiner Unterhaltungspflicht nach den §§ 7 und 8 WaStrG befreit wird. Demgemäß stellt § 2 WaStrG auch keine Rechtsgrundlage für korrespondierende Verpflichtungen eines Landes zur Mitwirkung an einer solchen Bestandsänderung dar, die nach dem Gesetz die Entlastung des Bundes von seiner wasserstraßenrechtlichen Unterhaltungspflicht zur Folge hat.

Damit scheint es, als bestünde bei Situationsänderungen der beschriebenen Art, nämlich bei den in dem typisierten Sachverhalt zugrunde gelegten Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung von Binnenwasserstraßen des Bundes, eine unüberwindliche Blockade, solange zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land ein Dissens über die Erforderlichkeit und Angemessenheit sowie die Modalitäten einer rechtlichen Anpassung herrscht. Die Annahme einer derartigen Blockade wäre jedoch voreilig. Sie würde nicht nur eine sachwidrige Obstruktion ermöglichen und rechtspraktischen Erfordernissen widersprechen. Vielmehr ließe sie die normativen Vorgaben des allgemeinen staatsrechtlichen Bund-Länder-Verhältnisses außer Acht. Zu diesen Vorgaben gehört der *verfassungsrechtliche Grundsatz der Bundestreue*.

aa) Inhalt und Funktionen der gebotenen Bundestreue

Der Grundsatz der Bundestreue bezeichnet generalklauselartig die Pflichten, die sich für den Bund und die Länder aus der verfassungsrechtlich fundierten Bundessolidarität ergeben.

Vgl. statt vieler: Matthias Jestaedt, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II., 3. Aufl. 2004, § 29 Rn. 73 ff.; Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 3. Aufl. 2008, § 126 Rn. 160 ff.; Hartmut Bauer, Die Bundestreue, 1992; Michael Sachs, in: ders., GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 68 ff.; jeweils m.w.N.

Das Bundesverfassungsgericht bevorzugt die synonym verwendete Bezeichnung der gebotenen Bundestreue als Pflicht zu „bundesfreundlichem Verhalten“.

BVerfG, Urteil vom 21.05.1952 – 2 BvH 2/52, BVerfGE 1, 299 (315); so z.B. auch BVerfG, Urteil vom 30.01.1973 – 2 BvH 1/72, BVerfGE 34, 216 (232); BVerfG, Beschluss vom 30.06.2015 – 2 BvR 1282/11, BVerfGE 139, 321 Rn. 101; ständige Rechtsprechung; vom „Prinzip der Bundestreue“ spricht indessen auch BVerfG, Urteil vom 11.07.1961 – 2 BvG 2/58, 2 BvE 1/59, BVerfGE 13, 54 (LS 3 und S. 75).

Im staatsrechtlichen Schrifttum wird zutreffend die Bedeutungsgleichheit dieser Begriffe und einer Vielzahl ähnlicher Umschreibungen hervorgehoben, die in der Literatur zum Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) verwendet werden.

So Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., § 126 Rn. 160 (mit Nachweisen zur variablen Terminologie).

Der Grundsatz der Bundestreue verpflichtet den Bund und die Länder bei der Ausübung ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzen und Befugnisse nicht nur zu formaler Korrektheit, sondern auch „zu stetem Suchen und Herstellen guten bundesfreundlichen Verhältnisses“.

So Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., § 126 Rn. 161 unter wörtlicher Bezugnahme auf Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, S. 119 (271).

Nach dem Inhalt der gebotenen Bundestreue sind „alle an dem verfassungsrechtlichen ‚Bündnis‘ Beteiligten ... gehalten, dem Wesen dieses Bündnisses entsprechend zusammenzuwirken und zu seiner Festigung und zur Wahrung seiner und der wohlverstandenen Belange seiner Glieder beizutragen“.

BVerfG, Urteil vom 21.05.1952 – 2 BvH 2/52, BVerfGE 1, 299 (315); auch Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., § 126 Rn. 162 m.w.N.

So verstanden, verschiebt der Grundsatz der Bundestreue nicht das verfassungsrechtliche Kompetenzgefüge. Vielmehr bewirkt er auf der Basis der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung eine Verrechtlichung des politischen Handelns.

Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., § 126 Rn. 165.

Demgemäß hat der Grundsatz der Verfassungstreue „akzessorischen Charakter“.

BVerfG, Beschluss vom 05.12.2001 – 2 BvR 1/00, BVerfGE 104, 238 (247 f.); ständige Rechtsprechung; Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., § 126 Rn. 166; Michael Sachs, a.a.O., Art. 20 Rn. 69.

Das so charakterisierte „Prinzip der Verfassungstreue“ konstituiert und begrenzt – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – „Rechte und Pflichten innerhalb eines bestehenden Rechtsverhältnisses zwischen Bund und Ländern, begründet aber nicht selbständig ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen; die wechselseitigen rechtlichen Beziehungen, innerhalb deren Treue zu wahren ist, müssen bestehen oder durch Verhandlungen begründet werden“.

BVerfG, Urteil vom 11.07.1961 – 2 BvG 2/58, 1/59, BVerfGE 13, 54 (LS 3, auch S. 75 f. m.w.N.); Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., § 126 Rn. 166.

Somit bildet die gebotene Bundestreue keine Handlungsermächtigung. Sie begründet keine Kompetenzen und keine Befugnisse, sondern setzt diese voraus. Es wirkt als Kompetenzausübungsschranke.

BVerfG, Urteil vom 26.07.1972 – 2 BvF 1/71, BVerfGE 34, 9 (38 f., 44); BVerfG, Urteil vom 19.02.2002 – 2 BvG 2/00, BVerfGE 104, 249 (269 f.); Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., § 126 Rn. 166 m.w.N.; Michael Sachs, a.a.O., Art. 20 Rn. 70.

Ebenso steht fest, dass der Grundsatz der Bundestreue nur subsidiär anwendbar ist. Auf ihn kann nur zurückgegriffen werden, soweit nicht konkretere und sachnähere Vorschriften zur Lösung einer bundesstaatlichen Konfliktlage anwendbar sind. Somit hat der Grundsatz der Bundestreue nur eine ergänzende, der Lückenschließung dienende Funktion.

Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., § 126 Rn. 166; auch Hartmut Bauer, a.a.O., S. 371 ff.; Michael Sachs, a.a.O., Art. 20 Rn. 69.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet der Grundsatz der Bundestreue (anders ausgedrückt: der Grundsatz bundesfreundlichen Verhaltens) „jedes Land, bei der Inanspruchnahme seiner Rechte die gebotene Rücksicht auf die Interessen der anderen Länder und des Bundes zu nehmen“ und nicht auf Durchsetzung rechtlich eingeräumter Positionen zu dringen, die elementare Interessen eines anderen Landes oder des Bundes schwerwiegend beeinträchtigen. In diesem verfassungsrechtlichen Grundsatz wurzelt – so das Bundesverfassungsgericht – „der ungeschriebene Satz von der *clausula rebus sic stantibus*“.

BVerfG, Urteil vom 30.01.1973 – 2 BvH 1/72, BVerfGE 34, 216 (232).

Neben dahingehenden Unterlassungspflichten vermittelt das Gebot der Bundestreue, d.h. des bundesfreundlichen Verhaltens, auch positive Pflichten zur Wahrung des gesamtstaatlichen Gemeinwohls. Dies gilt namentlich für die gemeinsame Pflicht von Bund und Ländern „zur Wahrung und Herstellung der grundgesetzlichen Ordnung in allen Teilen und Ebenen des Gesamtstaates“ und die hierfür erforderliche Mitwirkung eines Landes: „Soweit der Bund dafür nicht unmittelbar Sorge tragen kann, sondern auf die Mitwirkung des Landes angewiesen ist, ist das Land zu dieser Mitwirkung verpflichtet“.

So BVerfG, Urteil vom 30.07.1958 – 2 BvG 1/58, BVerfGE 8, 122 (138); zustimmend Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., § 126 Rn. 168; auch Michael Sachs, a.a.O., Art. 20 Rn. 71.

Wo Bund und Länder die Erfordernisse des gesamtstaatlich aufgegebenen Gemeinwohls nur durch gemeinsames politisches Handeln konkretisieren und bestimmen können, wo also eine gemeinsame Entscheidungsaufgabe gestellt ist, ergeben sich aus der gebotenen Bundestreue Pflichten zu gegenseitiger Abstimmung, Rücksichtnahme und Zusammenarbeit.

So BVerfG, Urteil vom 28.02.1961 – 2 BvG 1, 2/60, BVerfGE 12, 205 (254 ff.); Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., § 126 Rn. 169.

bb) Anwendung und Schlussfolgerungen: Gebotene Bundestreue bei der Regelung des typisierten Sachverhalts nach Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung katalogisierter Bundeswasserstraßen

Die verfassungsrechtlichen Prinzipien der gebotenen Bundestreue müssen auf den typisierten, hier zugrunde gelegten Sachverhalt angewandt werden. Versucht man,

die hieraus resultierenden Rechtsfolgen bei Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung katalogisierter (d.h. in der Anlage zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG aufgeführter) Binnenwasserstraßen des Bundes zu bestimmen, so ist zu berücksichtigen, dass der typisierte Sachverhalt in der Realität in unterschiedlichen Varianten auftritt. Diese sind oben im Hinblick auf die (unvollständige und lückenhafte) Regelung der Bestandsänderung in § 2 WaStrG sowie die Rechtsgrundsätze der vorausgesetzten und eventuell wegfallenden „Geschäftsgrundlage“ bereits beschrieben worden.

Vgl. oben Abschnitt B. II. 2. (a.E.).

Diese unterschiedlichen Konstellationen müssen auch unter dem Gesichtspunkt der gebotenen Bundestreue unterschieden werden.

(1)

In der *ersten Variante des typisierten Sachverhalts* ist davon auszugehen, dass eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße trotz der Situationsänderung und der Verringerung ihrer Verkehrsbedeutung eine wesentliche Verbindungsfunktion im regionalen Wasserstraßensystem behält. Dabei sei unterstellt, dass die minderfrequentierte Bundeswasserstraße andere, nach wie vor bedeutsame Bundeswasserstraßen miteinander verbindet. Derartige Situationen entsprechen im Wesentlichen der Fallkonstellation des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse. Unter tatsächlichen und verwaltungspraktischen Gesichtspunkten ist hierzu bereits festgestellt worden, dass in solchen Situationen regelmäßig „gute Gründe“ für die bestandserhaltende Aufrechterhaltung des Bundeswasserstraßen-Status sprechen.

So oben Abschnitt B. II. 2. (Seite 99).

Unter dem Vorzeichen der gebotenen Bundestreue ist zu fragen, ob der Bund in derartigen Situationen auch rechtlich – und zwar objektiv-rechtlich wie auch subjektiv-rechtlich gegenüber dem territorial betroffenen Land – verpflichtet ist, entsprechend den „guten Gründen“ den Bundeswasserstraßen-Status der minderfrequentierten Wasserstraße bis auf Weiteres aufrechtzuerhalten und seiner hieraus resultierenden Unterhaltungspflicht nach den §§ 7 und 8 WaStrG nachzukommen. Diese Frage wird man in der Regel bejahen müssen. Ausschlaggebend hierfür ist in tatsächlicher Hinsicht der Umstand, dass die minderfrequentierte Bundeswas-

serstraße in Situationen dieser Sachverhaltsvariante nicht nur für sich allein, sondern im Gesamtnetz der Bundeswasserstraßen als Verkehrsweg für die Schifffahrt fungiert. Anerkanntermaßen muss in solchen Fällen über die Frage der Bestandserhaltung oder der Bestandsänderung im Sinne des § 2 WaStrG, d.h. über die Aufrechterhaltung oder Aufhebung des Bundeswasserstraßen-Status, im System- und Netzkontext entschieden werden.

Albrecht Friesecke, a.a.O., § 2 Rn. 2; vgl. oben Abschnitt A. III. 2. a) und b).

Wenn der Bundeswasserstraßen-Status der minderfrequentierten Wasserstraße aufrechterhalten wird, bleibt die einheitliche und kohärente Verwaltung und Unterhaltung des Bundeswasserstraßennetzes und der Schifffahrtsverbindungen gewährleistet. Das regionale (oder überregionale) Gesamtnetz der Bundeswasserstraßen bleibt so als geschlossenes Verkehrssystem ohne Unterbrechungen oder drohende Schwachstellen erhalten. Dies entspricht dem Funktionszusammenhang des Bundeswasserstraßennetzes. Die Bestands-erhaltung, d.h. die Aufrechterhaltung des Bundeswasserstraßen-Status der minderfrequentierten Wasserstraße, erweist sich daher in dieser Variante des typisierten Sachverhalts in der Regel als sachgerecht und – vor dem Hintergrund der Bundeskompetenz für die Bundeswasserstraßen – als konsequent sowie aufgaben- und situationsadäquat.

Falls hingegen in derartigen Fällen die minderfrequentierte, aber noch funktionsrelevante Bundeswasserstraße im Wege einer Bestandsänderung aus dem Katalog der Anlage zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG und damit aus der Verwaltungshoheit sowie aus der Unterhaltungslast des Bundes ausgeschieden wird, wird der bauliche, technische und rechtliche Zusammenhang des Bundeswasserstraßennetzes unterbrochen. Dessen einheitliche Verwaltung und Unterhaltung in der Hand des Bundes wäre dann nicht mehr gewahrt. Der Funktionszusammenhang der Schiffswege und der Schifffahrt wäre gestört oder zumindest – auf die Dauer gesehen – gefährdet. Eine dahingehende Bestandsänderung erscheint deshalb situationsinadäquat.

Bei der Würdigung dieser Umstände sowie der alternativen Konsequenzen einerseits der sachgerechten sowie aufgaben- und situationsadäquaten Bestandserhaltung und andererseits der situationsinadäquaten Bestandsänderung ist der verfassungsrechtliche Grundsatz der Bundestreue, d.h. das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens, heranzuziehen. In rechtssystematischer Hinsicht ist dabei zu beachten, dass Bund und Länder aufgrund des Bundesstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) in

einer normativen Rechtsbeziehung stehen. Zwar ist die einfachgesetzliche Regelung der Bestandsänderung in § 2 WaStrG, wie gezeigt, unvollständig und lückenhaft. Zudem besteht, wie zuvor dargelegt, in der Konstellation des typisierten Sachverhalts kein konkretisiertes und individualisiertes Verwaltungsrechtsverhältnis. Gerade deshalb ist in dieser Konstellation jedoch der subsidiäre Grundsatz der Bundestreue, d.h. das verfassungsrechtliche Gebot bundesfreundlichen Verhaltens, anwendbar. Die Lücken der normativen Rechtsbeziehung im Bund-Länder-Verhältnis werden hierdurch von Verfassungs wegen so geschlossen, dass die erforderliche Solidarität und die im bundesstaatlichen Gefüge notwendige Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft erhalten werden können.

Aufgrund dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben der Bundestreue sowie der tatsächlichen Umstände und der vorerwähnten Kriterien der Situationsadäquanz ist es in der erstgenannten Variante des typisierten Sachverhalts regelmäßig nicht nur sachgerecht, sondern auch rechtlich geboten, den Bundeswasserstraßen-Status der minderfrequentierten Wasserstraße aufrechtzuerhalten. Hier liegt mithin, bezogen auf die Einstufung als Bundeswasserstraße, kein „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ vor. Der Bund ist daher in dieser Konstellation zur Bestandserhaltung verpflichtet; das territorial betroffene Land hat infolgedessen einen korrespondierenden Anspruch auf Bestands-erhaltung. Daraus folgt, dass die Unterhaltungspflicht des Bundes für die minderfrequentierte Wasserstraße nach Maßgabe der §§ 7 und 8 WaStrG bestehen bleibt.

Umgekehrt betrachtet, ist in dieser Konstellation eine Bestandsänderung nach § 2 WaStrG, welche die minderfrequentierte Wasserstraße aus dem Katalog der Bundeswasserstraßen herausfallen ließe, regelmäßig weder sachgerecht noch mit den verfassungsrechtlichen Prinzipien der gebotenen Bundestreue, d.h. dem Gebot bundesfreundlichen Verhaltens, vereinbar. Der Bund kann daher in solchen Situationen von dem territorial betroffenen Land nicht die Mitwirkung an einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG verlangen. Er bleibt somit in dieser Konstellation für die minderfrequentierte Bundeswasserstraße unterhaltungspflichtig. Das betroffene Land ist hier demgemäß nicht verpflichtet, dem Wunsch des Bundes nach einer Bestandsänderung hinsichtlich der minderfrequentierten Wasserstraße nachzukommen. Wenn der Bund demzuwider von dem Land die Mitwirkung an einer Vereinbarung verlangt, welche die vom Bund gewünschte Bestandsänderung und

einen folgeweisen Übergang der Unterhaltungspflicht auf das Land, eine kommunale Körperschaft oder einen Wasser- und Bodenverband herbeiführen soll, kann das Land eine derartige Mitwirkung ablehnen.

Im Sinne dieses Verständnisses der verfassungsrechtlich gebotenen Bundestreue müssen auch die in § 13 des Staatsvertrages betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 29.07.1921 (RGBl. S. 961) geregelten Direktiven gelesen werden. § 13 Satz 1 des Staatsvertrages bestimmt, dass das Reich die Eigenart der einzelnen Flussgebiete unter Beobachtung des Art. 97 Abs. 3 WRV berücksichtigen wird. Insbesondere wird das Reich nach § 13 Satz 2 des Staatsvertrages „auf die verkehrs- und volkswirtschaftlichen und politischen Interessen des Landes unter Abwägung der verschiedenen Verhältnisse bedacht sein und bei widerstreitenden Interessen zwischen Reich und Land oder zwischen mehreren Ländern einen gerechten Ausgleich herbeiführen“. Die aus diesen Direktiven resultierenden Obliegenheiten sind unter der Geltung des Grundgesetzes vom Deutschen Reich auf den Bund übergegangen (Art. 87 Abs. 1 Satz 1 und Art. 89 GG). Sie müssen nach dem Leitprinzip der verfassungsrechtlich gebotenen Bundestreue verstanden und angewandt werden.

(2)

In der *zweiten Variante des typisierten Sachverhalts* geht es um Situationen, in denen katalogisierte (in der Anlage zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG aufgeführte) Bundeswasserstraßen oder bestimmte Teil- oder Seitenstrecken katalogisierter Bundeswasserstraßen jegliche Verkehrsbedeutung verloren haben und auf ihnen keinerlei Schifffahrt mehr stattfindet. In solchen Fällen liegt, wie schon festgestellt, faktisch keine dem allgemeinen Verkehr dienende Binnenwasserstraße des Bundes im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG mehr vor. Typische Beispiele dieser Sachverhaltsvariante bilden die tatsächlich nicht mehr schiffbaren Altarme von Flüssen.

Vgl. oben Abschnitt B. II. 2. (Seite 99 f.).

Bei dieser Konstellation drängt sich, wie oben bereits angemerkt, eine Bestandsänderung in den Rechtsformen des § 2 WaStrG auf. Die Streichung solcher Gewässer oder Gewässerteile aus dem Katalog der Bundeswasserstraßen erscheint hier situationsadäquat.

In diesem Sinne, wie schon erwähnt, auch Albrecht Friesecke, a.a.O., § 2 Rn. 2, mit Bezug auf die tatbestandliche Voraussetzung einer dem allgemeinen Verkehr dienenden Binnenwasserstraße: „Umgekehrt sollte ein Gewässer seine Eigenschaft als Bundeswasserstraße verlieren, wenn diese Voraussetzung nicht mehr vorliegt.“

Eine entsprechende Bestandsänderung hat zur Folge, dass die Unterhaltungspflicht des Bundes für das betreffende Gewässer oder seine auszuklammernde Teil- oder Seitenstrecke entfällt. In der Vereinbarung gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG sollte dann geregelt werden, auf wen die Unterhaltungspflicht übergeht. Als künftige Träger der Unterhaltungslast kommen in solchen Fällen das territorial zuständige Bundesland, eine kommunale Körperschaft oder ein Wasser- und Bodenverband in Betracht.

Vgl. zu den Trägern der Unterhaltungslast nach Wasserwirtschaftsrecht: Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 230, 1144 f.

Dabei ist in tatsächlicher Hinsicht zu berücksichtigen, dass in solchen Fällen regelmäßig Maßnahmen der Renaturierung sowie der ökologischen und wasserwirtschaftlichen Rückgewinnung naturnaher Gewässerstrecken situationsadäquat und wasserwirtschaftsrechtlich nach § 39 Abs. 1 WHG angezeigt sind.

Vgl. dazu Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 1151 ff. m.w.N.

In dieser Konstellation liefe die kategorische Verweigerung der situationsadäquaten Bestandsänderung seitens des territorial zuständigen Landes auf eine sachwidrige und obstruktive Blockade hinaus.

Aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Umstände dieser Sachverhaltsvariante und der zuvor dargelegten verfassungsrechtlichen Prinzipien der Bundestreue, d.h. des bundesfreundlichen Verhaltens, ist hier eine Beurteilung geboten, die von den rechtlichen Bewertungen und Schlussfolgerungen zu der erstgenannten Sachverhaltsvariante abweicht. Wie zuvor dargelegt, folgt aus dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Bundestreue, dass „jedes Land bei der Inanspruchnahme seiner Rechte die gebotene Rücksicht auf die Interessen der anderen Länder und des Bundes zu nehmen“ hat. Es darf nicht auf die Durchsetzung rechtlich eingeräumter Positionen drängen, die elementare Interessen eines anderen Landes oder des Bundes schwerwiegend beeinträchtigen. Dabei ist „der ungeschriebene Satz von der *clausula rebus sic stantibus*“ zu beachten.

BVerfG, Urteil vom 30.01.1973 – 2 BvH 1/72, BVerfGE 34, 216 (232); Josef Isensee, in: Isensee/Kirchhof, a.a.O., § 126 Rn. 166; vgl. oben Abschnitt B. III. 2. c), aa).

Gegen das so definierte Prinzip der Bundestreue sowie des bundesfreundlichen Verhaltens würde ein Land verstoßen, wenn es in einem Fall der hier zugrunde gelegten Sachverhaltsvariante den Abschluss einer Vereinbarung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG verweigern würde und so eine Bestandsänderung verhindern wollte, obwohl der rechtliche Bundeswasserstraßen-Status des betreffenden Gewässers oder Gewässerteils gemäß der Anlage zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG tatsächlich überholt ist; denn dann entbehrt auch die Unterhaltungspflicht des Bundes nach den §§ 7 und 8 WaStrG einer sachlichen Grundlage. Die bei der früheren Einstellung des betreffenden Gewässers oder Gewässerteils in den Katalog der Bundeswasserstraßen vorausgesetzte „Geschäftsgrundlage“ in Gestalt der Verkehrsfunktion ist dann weggefallen. Den Bund seitens eines Landes – entgegen der Realität – durch eine schlichte Verweigerung der situationsadäquaten Bestandsänderung an der überholten Einstufung eines Gewässers oder Gewässerteils als Bundeswasserstraße und damit an der situationsinadäquat gewordenen Unterhaltungspflicht nach den §§ 7 und 8 WaStrG festhalten zu wollen, verstieße gegen das bundesstaatliche Rücksichtnahmegebot und das Solidaritätsprinzip der Bundestreue.

In einer solchen Fallkonstellation muss daher dem Bund ein gegen das betreffende Land gerichteter Anspruch auf Mitwirkung bei der situationsadäquaten Bestandsänderung gem. § 2 WaStrG zuerkannt werden. Damit korrespondiert eine Verpflichtung des Landes zur notwendigen Mitwirkung bei der Bestandsänderung zu dem Zweck, das betreffende Gewässer oder seine auszuklammernde Teil- oder Seitenstrecke aus dem Katalog der Bundeswasserstraßen zu streichen.

(3)

Die *dritte Variante des typisierten Sachverhalts* umfasst Fallkonstellationen, in denen minderfrequentierte Bundeswasserstraßen aufgrund der geänderten Situation aktuell weder eine systemtragende und großmaßstäbliche, für die weiträumige Schifffahrt wesentliche Verbindungsfunktion erfüllen noch ihre Verkehrsbedeutung gänzlich verloren haben, sondern als Schiffswege von lediglich geringer, typischerweise nur regionaler und okkasioneller Relevanz genutzt werden. Hierbei handelt

es sich um Fälle, die zwischen den Ex-tremen der beiden vorgenannten Sachverhaltsvarianten liegen. In derartigen Fällen liegt in tatsächlicher Hinsicht eine „kippende Situation“ vor, da die Verkehrsfunktion der überkommenen, aber minderfrequentierten Bundeswasserstraße zu einem randständigen, entweder bereits überholten oder auslaufenden Lebenssachverhalt geworden ist. Deshalb mag es in solchen Fällen im Hinblick auf den vorgefundenen Bundeswasserstraßen-Status der betreffenden Gewässer größere Schwierigkeiten bereiten, die Frage zu beantworten, ob entweder die Bestandserhaltung, d.h. die Aufrechterhaltung des Bundeswasserstraßen-Status, oder eine Bestandsänderung gem. § 2 WaStrG mit dem Ziel einer Aufhebung des vorgefundenen Status als situationsadäquat anzusehen ist.

Aus rechts- und verwaltungspraktischer Sicht ist hierzu bereits festgestellt worden, dass in solchen Fällen von der Sachstruktur her die konsensual zu treffende Entscheidung über die Alternative der Bestandserhaltung oder der eventuellen Bestandsänderung nach § 2 WaStrG regelmäßig nicht strikt und für alle Anwendungsfälle festgelegt ist. Vielmehr ist diese Entscheidung prinzipiell der gemeinsam ausübenden Dispositionsbefugnis der verantwortlichen Bundes- und Landesbehörden überantwortet.

Vgl. oben Abschnitt B. II. 2.

Die dahingehende konsensgebundene Dispositionsbefugnis vermittelt indessen weder dem Bund noch dem territorial betroffenen Land die Möglichkeit einer einseitigen, sachwidrigen und rücksichtslosen Durchsetzung der eigenen Interessen. Vielmehr sind bei der insofern zu treffenden Entscheidung, wie schon unter tatsächlichen sowie rechts- und verwaltungspraktischen Gesichtspunkten ausgeführt, die Kriterien der einzelfallbezogenen Situationsadäquanz sowie die Rechtsgrundsätze eines Wegfalls der „Geschäftsgrundlage“ zu berücksichtigen. Zu diesen Grundsätzen gehört, wie oben bereits angemerkt, das Postulat, dass die im Einzelfall bestehenden Möglichkeiten der Anpassung zu ermitteln und in sach- und sinnvoller Weise anzuwenden sind.

Vgl. oben Abschnitt B. II. 2. (Seite 100).

Zu klären bleibt die Frage, ob diese Leitmaximen allein auf rechts- und verwaltungspraktischen Postulaten beruhen oder im staatsrechtlichen Bund-Länder-Ver-

hältnis begründet sind. Zur Beantwortung dieser Frage ist auch für die hier bezeichnete Variante des typisierten Sachverhalts ebenso wie für die beiden vorgenannten Sachverhaltsvarianten auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Bundestreue, d.h. – in der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts – auf das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens zu verweisen.

Vgl. oben Abschnitt B. II. 2. c), aa) zu Inhalt und Funktionen der gebotenen Bundestreue.

Anders als in den zuvor erörterten Sachverhaltsvarianten,

die unter den obigen Ziffern (1) und (2) behandelt sind,

wird man indessen in der Fallkonstellation der hier umrissenen Sachverhaltsvariante einer „kippenden Situation“ dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Bundestreue keine allgemeingültige Vorgabe für alle einschlägigen Fälle entnehmen können. Vielmehr erscheint innerhalb der Fallkonstellation „kippenden Situationen“ eine weitere fallbezogene Differenzierung geboten.

Sofern im Einzelfall die „kippende Situation“ der überkommenen Wasserstraße noch klärungsbedürftig, entwicklungs offen und umkehrbar ist, weist sie eine überwiegende Ähnlichkeit mit der erstgenannten Variante des typisierten Sachverhalts auf, die ihrerseits dem Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse entspricht. Unter dem Vorzeichen der verfassungsrechtlich gebotenen Bundestreue folgt hieraus, dass in der Regel jedenfalls so lange, wie die Situation noch nicht „gekippt“, sondern klärungsbedürftig und entwicklungs offen ist, bis auf Weiteres überwiegende Interessen für die Bestandserhaltung, d.h. für die Aufrechterhaltung des überkommenen Bundeswasserstraßen-Status des betreffenden Gewässers oder Gewässerteils, sprechen. So lange wird man regelmäßig davon ausgehen müssen, dass der Bund nach Maßgabe der Bundestreue unter den derzeit gegebenen Umständen keinen Anspruch auf Herbeiführung einer Bestandsänderung im Sinne des § 2 WaStrG gegen das territorial betroffene Land hat. Umgekehrt betrachtet, wird man in derartigen Fällen unter den Gesichtspunkten der gebotenen Bundestreue und des bundesfreundlichen Verhaltens einen Anspruch des Landes gegen den Bund auf Bestandserhaltung, also auf Beibehaltung des wasserstraßenrechtlichen Status quo, anerkennen müssen. Ein Wegfall der „Geschäftsgrundlage“ ist dann noch nicht eingetreten, sondern lediglich eine mögliche, in der Zukunft liegende Perspektive. So lange besteht mithin die Verpflichtung des Bundes fort, das

betreffende Gewässer (oder die im Einzelfall betroffene Gewässerstrecke) als Bundeswasserstraße nach den §§ 7 und 8 WaStrG zu unterhalten.

Sofern hingegen im Einzelfall die „kippende Situation“ der überkommenen Wasserstraße aufgrund der tatsächlichen Umstände und der verfügbaren Prognosemöglichkeiten nicht mehr entwicklungs offen erscheint, sondern sich als definitiv auslaufender Lebenssachverhalt darstellt, weist die bestehende Fallkonstellation eine überwiegende und ausschlaggebende Ähnlichkeit mit der zweiten Variante des typisierten Sachverhalts auf, die dadurch gekennzeichnet ist, dass die verkehrliche Situation schon „gekippt“ ist, die katalogisierte Bundeswasserstraße bereits jegliche Verkehrsbedeutung verloren hat und auf ihr keinerlei Schifffahrt mehr stattfindet.

Vgl. dazu die Ausführungen unter der obigen Ziffer (2).

In solchen Fällen dürfte es unter den Gesichtspunkten der Bundestreue und des bundesfreundlichen Verhaltens prinzipiell geboten sein, das bevorstehende und absehbare „Kippen“ der verkehrlichen Situation antizipierend zu berücksichtigen. In einem derartigen Fall wird man dem Bund dem Grunde nach bereits einen gegen das territorial betroffene Land gerichteten Anspruch auf Mitwirkung bei der situationsadäquaten Bestandsänderung gem. § 2 WaStrG zuerkennen müssen. Entscheidend hierfür ist, dass dann der Wegfall der „Geschäftsgrundlage“, nämlich der vorausgesetzten Wasserstraßenfunktion des betreffenden Gewässers, bereits im Gange ist. Damit korrespondiert prinzipiell eine Verpflichtung des territorial betroffenen Landes zur notwendigen Mitwirkung bei der Bestandsänderung mit dem Ziel, die überkommene, aber ihre Verkehrsfunktion verlierende Wasserstraße aus dem Katalog der Bundeswasserstraßen zu streichen. Der Zeitpunkt und die Modalitäten dieser Bestandsänderung liegen damit allerdings noch nicht fest. Sie müssen – ebenso wie die Bestimmung, auf welchen Rechtsträger (Land, kommunale Körperschaft oder Wasser- und Bodenverband) die Unterhaltungspflicht übergeht – konsensual in der Vereinbarung zwischen dem Bund und dem betroffenen Land gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG geregelt werden. Insoweit bleibt es bei der gemeinsam auszuübenden Dispositionsbefugnis des Bundes und des betroffenen Landes. Bei der gemeinsamen Ausübung dieser Dispositionsbefugnis sind die jeweiligen Einzelfallumstände sowie die Kriterien der Situationsadäquanz zu berücksichtigen. Als juristische Leitschnur sind hierbei die verfassungsrechtlichen Prinzipien der Bundestreue nach Maßgabe der wechselseitigen Rücksichtnahme zu beachten.

(4)

Generell, d.h. mit Bezug auf *alle bezeichneten Varianten des typisierten Sachverhalts*, ist indessen ein *Vorbehalt* anzubringen, der im Konsensprinzip des § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG angelegt ist. Da eine Bestandsänderung hiernach in jedem Fall einer Verreinbarung zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land bedarf, haben die beteiligten Bundes- und Landesbehörden es in der Hand, sich im Einzelfall einvernehmlich und ausnahmsweise auf eine beiderseits im Einzelfall für zweckmäßig erachtete, aber *von den vorbezeichneten Regeln abweichende Umwidmung* zu verständigen, derzufolge eine überkommene Bundeswasserstraße ihren rechtlichen Status verliert und zu einem Landesgewässer umgestuft wird. Eine dahingehende Vereinbarung kommt in Betracht, wenn ein Land ein Fließgewässer aus wasserwirtschaftlichen oder ökologischen Gründen ausbauen möchte, der Bund jedoch an einem derartigen Ausbau nicht oder nur peripher interessiert ist. Soweit das betreffende Gewässer – neben seiner wasserwirtschaftlichen Bedeutung – im Gesamtnetz der Bundeswasserstraßen noch eine fortbestehende Verbindungsfunktion erfüllt, ist es in einem solchen Fall denkbar, dass der Bund sich in der Vereinbarung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG gegenüber dem Land für die Zukunft zu einem sachangemessenen Unterhaltsbeitrag verpflichtet. Dieser sollte der dauerhaften Entlastung des Bundes von seiner Unterhaltungspflicht nach den §§ 7 und 8 WaStrG und dem fortbestehenden Vorteil für das Bundeswasserstraßennetz entsprechen. Unzureichend und unangemessen wäre es in einem solchen Fall, wenn der Bund dem betroffenen Land lediglich eine Übernahme der hälftigen Renovierungskosten für bestimmte Anlagen, etwa eine Schleuse in der überkommenen Wasserstraße, anbieten wollte. Das betroffene Land sollte sich in Verhandlungen mit dem Bund mit einer derartigen Umwidmung nur einverstanden erklären, wenn der Bund sich zu entsprechenden, der jeweiligen Situation angemessenen und in der Vereinbarung festzulegenden Ausgleichszahlungen verpflichtet.

d) *Zwischenergebnis: Rechtliche Differenzierung aufgrund der unterschiedlichen Umstände der geänderten Situation*

Bezogen auf den typisierten Sachverhalt im Gefolge eingetretener Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung katalogisierter, aber minderfrequenzierter Binnenwasserstraßen des Bundes, ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass es einer rechtlichen Differenzierung bedarf, die durch die unterschiedlichen Umstände der geänderten Situation bedingt ist. Somit muss auch die Frage, welchen Umfang die

Unterhaltungsverpflichtungen des Bundes für Bundeswasserstraßen bei rückläufiger Verkehrsbedeutung haben,

so die obige Fragestellung unter B. I. 3. (1),

differenziert beantwortet werden.

Positivrechtlich steht fest, dass eine verkehrsbezogene Verpflichtung zur Unterhaltung von Bundeswasserstraßen nicht auf das deutsche Wasserwirtschaftsrecht (d.h. des Wasserhaushaltsgesetz und die Landeswassergesetze) und die europäische Wasserrahmenrichtlinie 200/60/EG, sondern allenfalls auf das Wasserstraßenrecht gestützt werden kann.

Vgl. dazu oben Abschnitt A. III. 2. c).

Wasserstraßenrechtlich begründet indessen § 2 WaStrG im Bund-Länder-Verhältnis keine subjektiv-rechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen hinsichtlich einer Bestandsänderung. Dies gilt auch für die denkbaren Fallkonstellationen des umrissenen typisierten Sachverhalts. Dem Bund und dem territorial betroffenen Land ist es anheimgegeben, aus den im Einzelfall eingetretenen Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung katalogisierter Binnenwasserstraßen des Bundes in den Rechtsformen des § 2 WaStrG situationsadäquate Folgerungen zu ziehen.

Dazu oben unter Buchst. a) (Seiten 104-106).

Die Bundesverwaltung verfügt nicht über die Möglichkeit, die geänderte Situation einseitig und umfassend mittels einer Planfeststellung oder Plangenehmigung nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG zu regeln, um den zweischrittigen Modus der Bestandsänderung nach § 2 WaStrG zu erübrigen und dem Erfordernis einer Vereinbarung mit dem betroffenen Land auszuweichen.

Dazu oben unter Buchst. b) (Seiten 106-107).

Da der umrissene typisierte Sachverhalt die Annahme eines konkretisierten und individualisierten Verwaltungsrechtsverhältnisses ausschließt und § 2 WaStrG keine normative Grundlage für subjektiv-rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen hinsichtlich einer Bestandsänderung darstellt, kommt es bei Änderungen der fakti-

schen Verkehrsbedeutung katalogisierter, aber minderfrequentierter Binnenwasserstraßen des Bundes entscheidend darauf an, ob und inwieweit subjektiv-rechtliche Ansprüche auf Vornahme einer Bestandsänderung in den Rechtsformen des § 2 WaStrG aus den staatsrechtlichen Grundlagen des Bund-Länder-Verhältnisses herzuleiten sind. Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Bundestreue, der in der Rechtsprechung meist als Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten bezeichnet wird. Danach besteht im Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen und Befugnisse eine wechselseitige Pflicht zur Rücksichtnahme. Hierbei ist die ungeschriebene Maxime der *clausula rebus sic stantibus* (d.h. der vorausgesetzten „Geschäftsgrundlage“) zu beachten. Wendet man das verfassungsrechtliche Gebot der Bundestreue auf den typisierten Sachverhalt mit den unterstellten Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung katalogisierter Bundeswasserstraßen an, so müssen drei unterschiedliche Fallkonstellationen unterschieden werden.

Dazu oben unter Buchst. c) (Seiten 108-123).

In der *ersten Variante des typisierten Sachverhalts* behält eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße trotz der Situationsänderung und der Verringerung ihrer Verkehrsbedeutung eine wesentliche Verbindungsfunktion im regionalen Wasserstraßensystem. Hier ist es regelmäßig nicht nur sachgerecht, sondern auch rechtlich geboten, den Bundeswasserstraßen-Status der minderfrequentierten Wasserstraße aufrechtzuerhalten. Der Bund ist demgemäß zur Bestandserhaltung verpflichtet; das territorial betroffene Land hat in dieser Konstellation einen korrespondierenden Anspruch auf Bestands-erhaltung. Die Unterhaltungspflicht des Bundes für die minderfrequentierte Wasserstraße bleibt hier – ebenso wie im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse – nach Maßgabe der §§ 7 und 8 WaStrG bestehen. Der Bund kann in solchen Situationen von dem territorial betroffenen Land nicht die Mitwirkung an einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG verlangen.

Die *zweite Variante des typisierten Sachverhalts* besteht aus Situationen, in denen katalogisierte Bundeswasserstraßen (oder deren Teil- oder Seitenstrecken) jegliche Verkehrsbedeutung verloren haben und auf ihnen keinerlei Schifffahrt mehr stattfindet. In einem solchen Fall würde ein Land gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Bundestreue verstoßen, wenn es den Abschluss einer Vereinbarung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG verweigern würde und so eine Bestandsänderung

verhindern wollte, obwohl der Bundeswasserstraßen-Status des betreffenden Gewässers oder Gewässerteils tatsächlich überholt ist. Hier muss dem Bund ein gegen das betreffende Land gerichteter Anspruch auf Mitwirkung bei der situationsadäquaten Bestandsänderung zuerkannt werden. Damit korrespondiert eine Verpflichtung des Landes zur notwendigen Mitwirkung bei der Bestandsänderung zu dem Zweck, das betreffende Gewässer (oder einen Gewässerteil) aus dem Katalog der Bundeswasserstraßen zu streichen.

Die *dritte Variante des typisierten Sachverhalts* umfasst Fälle, in denen minderfrequentierte Bundeswasserstraßen aufgrund der geänderten Situation aktuell weder eine systemtragende und großmaßstäbliche, für die weiträumige Schifffahrt wesentliche Verbindungsfunktion erfüllen noch ihre Verkehrsbedeutung gänzlich verloren haben, sondern als Schiffswege von lediglich geringer, typischerweise nur regionaler und okkasioneller Relevanz genutzt werden. In derartigen Fällen liegt eine „kippende Situation“ vor. Hier ist die vom Bund und dem territorial betroffenen Land konsensual zu treffende Entscheidung über die Alternative der Bestandserhaltung oder der eventuellen Bestandsänderung regelmäßig nicht strikt und für alle Anwendungsfälle festgelegt, sondern der gemeinsam auszuübenden Dispositionsbefugnis der verantwortlichen Bundes- und Landesbehörden überantwortet.

Sofern die „kippende Situation“ der überkommenen Wasserstraße noch klärungsbedürftig, entwicklungs offen und umkehrbar ist, weist sie eine überwiegende Ähnlichkeit mit der erstgenannten Sachverhaltsvariante auf, die ihrerseits dem Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse entspricht. So lange wird man hier unter dem Vorzeichen der verfassungsrechtlich gebotenen Bundestreue prinzipiell einen Anspruch des Landes gegen den Bund auf Bestands-erhaltung, d.h. auf Beibehaltung des immer noch situationsadäquaten Bundeswasserstraßen-Status, anerkennen müssen. So lange besteht mithin die Verpflichtung des Bundes fort, das betreffende Gewässer als Bundeswasserstraße nach den §§ 7 und 8 WaStrG zu unterhalten.

Sofern hingegen die „kippende Situation“ der überkommenen Wasserstraße sich nicht mehr als entwicklungs offener, sondern als definitiv auslaufender Lebenssachverhalt darstellt, ähnelt diese Konstellation der zweiten Variante des typisierten Sachverhalts. In einem derartigen Fall wird man dem Bund, den absehbaren Abschluss des auslaufenden Sachverhalts antizipierend, dem Grunde nach einen gegen das territorial betroffenen Land gerichteten Anspruch auf Mitwirkung bei der

situationsadäquaten Bestandsänderung gem. § 2 WaStrG zuerkennen müssen. Damit korrespondiert eine entsprechende Mitwirkungsverpflichtung des Landes. Der Zeitpunkt und die Modalitäten dieser Bestandsänderung sowie die Bestimmung, auf welchen Rechtsträger die Unterhaltungspflicht übergeht, müssen sodann unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände und der Situationsadäquanz in der Vereinbarung zwischen dem Bund und dem betroffenen Land gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG geregelt werden.

In allen bezeichneten Varianten des typisierten Sachverhalts bleibt es den beteiligten Bundes- und Landesbehörden vorbehalten, sich in einer Vereinbarung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG auf eine beiderseits im Einzelfall für zweckmäßig erachtete, von den vorgenannten Regeln abweichende Umwidmung zu verständigen, derzufolge eine überkommene Bundeswasserstraße ihren rechtlichen Status verliert und zu einem Landesgewässer umgestuft wird. Mit einer solchen Umstufung sollte sich das betroffene Land indessen nur einverstanden erklären, wenn der Bund sich zu situationsangemessenen, in der Vereinbarung festzulegenden Ausgleichszahlungen (Unterhaltsbeiträgen) verpflichtet.

### **3. Rechtsfolgen der faktischen Nichtunterhaltung einer Schleuse in einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße**

Auch für den typisierten, hier zugrunde gelegten Sachverhalt bedarf der Klärung, ob die faktische Nichtunterhaltung der integrierten Schleuse einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße der Pflicht des Bundes zur Zweck-erhaltung dieser Wasserstraße und damit zu deren Unterhaltung als Verkehrsweg entgegenwirkt.

So die obige Fragestellung unter B. I. 3. (2).

Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus dem vorstehenden Zwischenergebnis.

Wenn zu einer minderfrequentierten Binnenwasserstraße des Bundes eine Schleuse gehört und diese sanierungs- oder erneuerungsbedürftig wird, geht die gestellte Frage in den Fallkonstellationen des typisierten, zuvor umrissenen Sachverhalts – zugespißt formuliert – dahin, ob der Bund sich durch die faktische Nichtunterhaltung der Schleuse seiner Unterhaltungspflicht für die Wasserstraße (gem. den §§ 7 und 8 WaStrG) entziehen kann. Diese Frage ist ebenso wie im Fall

des Gieselaukanals und der Gieselerschleuse zu verneinen. Die faktische Nichtunterhaltung der Schleuse vermag die Rechtspflicht des Bundes zur Unterhaltung der Wasserstraße weder aufzuheben noch einzuschränken. Vielmehr ist die Nichtunterhaltung der Schleuse rechts- und pflichtwidrig, solange die minderfrequentierte Wasserstraße ihren widmungsbasierten Status als Bundeswasserstraße behält.

Vgl. die obigen Abschnitte A. III. 3 a) und IV. 4. zum Fall des Gieselaukanals und der Gieselerschleuse.

Die faktische Nichtunterhaltung der Schleuse stellt keine Bestandsänderung im Sinne von § 2 WaStrG dar. Wenn der Bund die Schleuse auf Dauer oder auf ungewisse Zeit nicht mehr unterhalten will und die Wasserstraße dadurch ihre widmungsgemäße Schiffbarkeit verliert, kann dieser Vorgang nur im Wege einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG legalisiert werden. Dazu bedarf es indessen des vorgeschriebenen zweischrittigen Verfahrens, nämlich einer Vereinbarung zwischen Bund und Land (§ 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG) und eines normativen Bewirkungsaktes in Gestalt eines Gesetzes oder einer Rechtsverordnung zur Änderung des Bestandskataloges der Anlage zu § 1 Abs. 1 und 5 und § 2 Abs. 2 WaStrG (§ 2 Abs. 1 Satz 2 WaStrG). Solange es an diesen Voraussetzungen fehlt, bleibt es bei dem Bundeswasserstraßen-Status der minderfrequentierten Wasserstraße und somit auch bei der Unterhaltungspflicht des Bundes nach den §§ 7 und 8 WaStrG.

Vgl. die obigen Abschnitte A. III. 3. b) und IV. 5. zum Fall des Gieselaukanals und der Gieselerschleuse.

Am widmungsbasierten Status der minderfrequentierten Bundeswasserstraße und an der hierauf gegründeten Unterhaltungspflicht muss sich der Bund auch festhalten lassen, wenn die betroffene Wasserstraße trotz der Situationsänderung und der Verringerung ihrer Verkehrsbedeutung eine wesentliche Verbindungsfunktion im regionalen Wasserstraßensystem behält (erste Variante des typisierten Sachverhalts). Das Gleiche gilt, wenn eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße sich in einer „kippenden Situation“ befindet, d.h. aktuell weder eine systemtragende und großmaßstäbliche, für die weiträumige Schifffahrt wesentliche Verbindungsfunktion erfüllt noch die Verkehrsfunktion gänzlich verloren hat – vorausgesetzt, dass die tatsächliche Situation noch klärungsbedürftig, entwicklungs offen und umkehrbar ist (Grundfall der dritten Variante des typisierten Sachverhalts). Mit der fak-

tischen Nichtunterhaltung einer funktionsnotwendigen, die Schiffbarkeit der minderfrequentierten Bundeswasserstraße technisch ermöglichenden Schleuse kann der Bund sich seiner Unterhaltungspflicht für die Wasserstraße (einschließlich der zugehörigen Schleuse) nicht entziehen. Vielmehr bleibt der Bund aufgrund der wechselseitigen, verfassungsrechtlich gebotenen Bundestreue auch in Fällen dieser Art mit Rücksicht auf den Netzcharakter des Wasserstraßensystems sowie im Hinblick auf die Situationsadäquanz zur Bestandserhaltung verpflichtet. Das territorial betroffene Land hat in derartigen Fällen einen korrespondierenden Anspruch auf die situationsadäquate, das Netz der Schiffswege bewahrende Bestandserhaltung hinsichtlich der Wasserstraße einschließlich der Schleuse.

In Beantwortung der zuvor gestellten Frage ist somit festzuhalten, dass die faktische Nichtunterhaltung der integrierten Schleuse einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße der Pflicht des Bundes zur Zweckerhaltung dieser Wasserstraße und damit zu deren Unterhaltung im tatsächlichen Sinne entgegenwirkt, weil die betreffende Wasserstraße hierdurch ihre widmungsgemäße Verkehrsfunktion als Schiffsweg nicht mehr erfüllen kann. Im rechtlichen Sinne vermag indessen die faktische Nichtunterhaltung der Schleuse der Pflicht des Bundes zur Zweckerhaltung und Unterhaltung der betreffenden Wasserstraße nicht „entgegenzuwirken“, weil die Unterhaltungspflicht des Bundes hinsichtlich der Wasserstraße (einschließlich der integrierten Schleuse) durch die faktische und pflichtwidrige Nichtunterhaltung der Schleuse nicht berührt wird.

Vgl. die obigen Ausführungen in den Abschnitten A. III. 3. a) und IV. 4. zum Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse.

Etwas anderes gilt nur, wenn und soweit eine katalogisierte (d.h. in der Anlage zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG aufgeführte) Bundeswasserstraße (oder die Teil- oder Seitenstrecke einer solchen Bundeswasserstraße) bereits jegliche Verkehrsbedeutung verloren hat, dort keinerlei Schifffahrt mehr stattfindet und somit das Wasserstraßennetz an dieser Stelle definitiv zerrissen ist (zweite Variante des typisierten Sachverhalts) oder in einer „kippenden Situation“ der überkommenen Wasserstraße das definitive und absehbare Ende der Schifffahrtsnutzung bevorsteht (entsprechende Abwandlung der dritten Variante des typisierten Sachverhalts). Nur in derartigen Fällen kann die Nichtunterhaltung einer Schleuse in einer katalogisierten Bundeswasserstraße situationsadäquat sein. Nach den zuvor dargelegten Grundsätzen der Bundestreue, d.h. des bundesfreundlichen Verhaltens, ist dem Bund

dann, aber auch nur dann, ein gegen das territorial betroffene Land gerichteter Anspruch auf Mitwirkung bei der situationsadäquaten Bestandsänderung gem. § 2 WaStrG zuzuerkennen. Damit korrespondiert, wie oben ausgeführt, eine entsprechende Mitwirkungsverpflichtung des Landes. Unter solchen Umständen erscheint auch die Nichtunterhaltung einer Schleuse in der überkommenen und katalogisierten, aber faktisch entfallenen und deshalb zu entwidmenden Bundeswasserstraße situationsadäquat. Die nähere Regelung der Übergangsmodalitäten, z.B. die Ersetzung der Schleuse durch eine Wehr, ist dann der Vereinbarung zwischen dem Bund und dem betroffenen Land gem. § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG überlassen.

#### **4. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der vorübergehenden Außerbetriebnahme einer Schleuse in einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße**

Die Frage, ob eine vorübergehende oder dauerhafte Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse einer überkommenen, aber minderfrequentierten Bundeswasserstraße durch den Bund, verbunden mit einer Minimierung der Unterhaltungsmaßnahmen (Beschränkung auf eine Verkehrssicherung), ebenfalls eine faktische Nichtunterhaltung der betreffenden Bundeswasserstraße bedeuten würde, die einer Zweckerhaltung als Verkehrsweg entgegenwirkt,

so die obige Fragestellung unter B. I. 3. (3),

stellt sich für den typisierten, hier zugrunde gelegten Sachverhalt in gleicher Weise wie im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse. Sie muss konsequenterweise ebenso wie dort beantwortet werden.

Demgemäß ist im Hinblick auf die gesetzliche Pflicht des Bundes zur Unterhaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße und der zugehörigen Schleuse nur die vorübergehende Außerbetriebnahme der Schleuse zu Wartungs- und Reparaturzwecken in den Grenzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit rechtens und unbedenklich.

Vgl. die obigen Abschnitte A. III. 4. und IV. 6. zum Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse.

Hingegen verstößt eine dauerhafte oder auf unbestimmte Zeit erfolgende Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse gegen die Unterhaltungspflicht des Bundes für die überkommene, aber minderfrequentierte Bundeswasserstraße, sofern

diese trotz der Situationsänderung und der Verringerung ihrer Verkehrsbedeutung eine wesentliche Verbindungsfunktion im Wasserstraßensystem behalten hat (erste Variante des typisierten Sachverhalts) oder sich in einer „kippenden Situation“ befindet, die noch klärungsbedürftig, entwicklungs offen und zu Gunsten einer möglichen Erhaltung und Reaktivierung ihrer Verkehrsfunktion als Schiffsweg umkehrbar ist (Grundfall der dritten Variante des typisierten Sachverhalts).

Vgl. zu der rechtlichen Differenzierung aufgrund der unterschiedlichen Umstände der geänderten Situation in Bezug auf den typisierten und abstrahierten, hier zugrunde gelegten Sachverhalt oben Abschnitt B. III. 2. c), bb) und d), auch oben Abschnitt B. III. 3.

#### **5. Haushaltsrechtliche Fragen: Bedeutung fehlender Haushaltshaltsmittel für die Unterhaltung und Sanierung einer Schleuse in einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße**

Auch die Frage, ob der Haushaltsgesetzgeber einer eventuellen Unterhaltungspflicht des Bundes für die minderfrequentierte Bundeswasserstraße entgegenwirken kann, indem er die zur Sanierung der integrierten Schleuse erforderlichen Haushaltsmittel nicht zur Verfügung stellt,

so die obige Fragestellung unter B. I. 3. (4),

ist für den typisierten, hier zugrunde gelegten Sachverhalt ebenso wie im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse zu beantworten. Wenn und soweit der Bund nach den zuvor dargelegten Grundsätzen im externen Bund-Länder-Verhältnis zur Unterhaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße (einschließlich der integrierten Schleuse) verpflichtet ist, hängt diese Verpflichtung wie auch der korrespondierende, aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der wechselseitigen Bundestreue (d.h. aus dem Gebot bundesfreundlichen Verhaltens) folgende Anspruch des territorial betroffenen Landes nicht von der körperschaftsinternen haushaltsrechtlichen Bereitstellung der benötigten Haushaltsmittel ab. Der Bund kann sich deshalb im Außenverhältnis gegenüber dem territorial betroffenen Land nicht auf die fehlende haushaltsrechtliche Bereitstellung der finanziellen, zur Erfüllung der außenwirksamen Unterhaltungspflicht benötigten Mittel berufen. Vielmehr muss umgekehrt die haushaltsrechtliche, körperschaftsintern wirkende Bereitstellung der Mittel der im Außenverhältnis begründeten Unterhaltungspflicht des Bundes gegenüber dem Land Rechnung tragen.

Vgl. die obigen Abschnitte A. III. 5. und IV. 7. zum Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse.

Dies gilt aufgrund der fortbestehenden, auf die verfassungsrechtlichen Prinzipien der gebotenen Bundestreue gegründeten Unterhaltungspflicht des Bundes zum einen, wenn die betroffene Wasserstraße trotz der Situationsänderung und der Verringerung ihrer Verkehrsbedeutung eine wesentliche Verbindungsfunktion im regionalen Wasserstraßensystem behalten hat (erste Variante des typisierten Sachverhalts). Zum anderen muss das Gleiche gelten, wenn eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße sich in einer „kippenden Situation“ befindet, d.h. aktuell weder eine systemtragende und großmaßstäbliche, für die weiträumige Schifffahrt wesentliche Verbindungsfunktion erfüllt noch die Verkehrsfunktion gänzlich verloren hat – vorausgesetzt, dass die tatsächliche Situation noch klärungsbedürftig, entwicklungs offen und umkehrbar ist (Grundfall der dritten Variante des typisierten Sachverhalts).

Vgl. zu den haushaltsrechtlichen Fragen mit Bezug auf die Unterhaltung und Sanierung der Gieselauschleuse oben Abschnitt A. III. 5.; zu der rechtlichen Differenzierung aufgrund der unterschiedlichen Umstände der geänderten Situation in Bezug auf den typisierten und abstrahierten, hier zugrunde gelegten Sachverhalt oben Abschnitt B. III. 2. c), bb) und d), auch die obigen Abschnitte B. III. 3. und 4.

## **6. Weitere Fragen zur Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse und zur Alternative der Bestandsänderung oder Umgestaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße**

### *a) Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse*

Die Frage, ob die Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse eine wesentliche Umgestaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße darstellt, für die eventuell ein Planfeststellungsverfahren erforderlich wäre,

so die obige Fragestellung unter B. I. 3. (5),

stellt sich für den typisierten und abstrahierten Sachverhalt in gleicher Weise wie im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse – vorausgesetzt, dass die Unterhaltungspflicht des Bundes hinsichtlich der minderfrequentierten Bundeswasserstraße aufgrund der situativen Umstände fortbesteht. Diese Voraussetzung ist, wie zuvor dargelegt, erfüllt, wenn die betroffene Wasserstraße entweder – trotz der geänderten Situation und ihrer verringerten Verkehrsbedeutung – eine wesentliche

Verbindungsfunktion im regionalen Wasserstraßensystem behalten hat (erste Variante des typisierten Sachverhalts) oder die Merkmale einer „kippenden Situation“ aufweist, die als solche noch klärungsbedürftig, entwicklungs offen und umkehrbar ist, also die realistische Möglichkeit der Erhaltung und Reaktivierung des überkommenen Schiffsweges in sich birgt (Grundfall der dritten Variante des typisierten Sachverhalts).

Insoweit ist mit Blick auf den typisierten, hier zugrunde gelegten Sachverhalt wegen der unterschiedlichen Umstände der geänderten Situation und der hieraus folgenden rechtlichen Differenzierung abermals auf die obige Unterscheidung der beschriebenen Sachverhaltsvarianten zu verweisen; vgl. oben Abschnitt B. III. 2. c), bb) und d); zu den weiteren Folgerungen sei auch auf die obigen Abschnitte B. III. 3., 4. und 5. verwiesen.

Auch im Hinblick auf den typisierten und abstrahierten Sachverhalt ist – ebenso wie im Fall des Gieselaukanals und seiner Schleuse – festzustellen, dass die schlichte Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse als tatsächliche und betriebsbezogene Maßnahme weder eine statusrelevante Bestandsänderung im Sinne des § 2 WaStrG noch eine wesentliche Umgestaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße im Sinne des § 12 Abs. 2 WaStrG darstellt. Sie unterliegt daher nicht dem Erfordernis einer Planfeststellung oder Plangenehmigung nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG.

Vgl. oben A. III. 6. a) im Hinblick auf den Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse; diese Feststellungen können auf den typisierten, hier zugrunde gelegten Sachverhalt übertragen werden, soweit die Unterhaltungspflicht des Bundes für die minderfrequentierte Bundeswasserstraße aufgrund der situativen, zuvor bezeichneten Umstände fortbesteht.

*b) Frage nach dem Konkurrenzverhältnis der §§ 2 und 12 WaStrG*

Auch die ergänzende Frage, wie sich im Hinblick auf den typisierten Sachverhalt das Konkurrenzverhältnis der §§ 2 und 12 WaStrG darstellt,

so die obige Fragestellung unter B. I. 3. (6),

kann für den typisierten Sachverhalt nicht anders beurteilt werden als die entsprechende, oben für den Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse beantwortete Frage – vorausgesetzt, dass die Unterhaltungspflicht des Bundes aufgrund der situativen Umstände fortbesteht.

Diese Voraussetzung ist, wie zuvor dargelegt, in der ersten Variante des typisierten Sachverhalts sowie im Grundfall der dritten Variante des typisierten Sachverhalts erfüllt; vgl. oben Abschnitt B. III. 2. c), bb) und d).

Unter diesen Voraussetzungen wirkt sich auch in den Fallkonstellationen des typisierten, hier zugrunde gelegten Sachverhalts aus, dass die §§ 2 und 12 WaStrG unterschiedliche Regelungsgegenstände enthalten. Wie oben bereits ausgeführt, ist Gegenstand einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG der rechtliche Status eines Gewässers, nämlich die Begründung oder Aufhebung seiner Eigenschaft als Bundeswasserstraße. Die tatsächliche Gestalt des betroffenen Gewässers bleibt hiervon unberührt. Umgekehrt hat die Planfeststellung oder Plangenehmigung nach Maßgabe der §§ 12 und 14 ff. WaStrG den Ausbau, den Neubau oder die wesentliche Umgestaltung einer Bundeswasserstraße als Verkehrsweg zum Gegenstand. Hierdurch wird die tatsächliche Gestalt der Wasserstraße geregelt. Die wasserstraßenrechtliche Planfeststellung oder Plangenehmigung setzt nach diesen Vorschriften voraus, dass das betroffene Gewässer die vorgefundene Eigenschaft einer Bundeswasserstraße hat. Deren rechtlicher Status wird durch die Planfeststellung oder Plangenehmigung nicht begründet oder geändert.

Vgl. die obigen Abschnitte A. III. 6. b) und IV. 9. zum Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse.

- c) *Frage nach den „erforderlichen Schritten“ seitens des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur zur Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße*

Schließlich bleibt die Frage nach den „erforderlichen Schritten“ zu beantworten, die das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur ggf. zur Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße einleiten müsste.

So die obige Fragestellung unter B. I. 3. (7).

Wenn und soweit eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße entweder eine wesentliche Verbindungsfunktion im regionalen Wasserstraßensystem behalten hat (erste Variante des typisierten Sachverhalts) oder die Merkmale einer „kippenden Situation“ aufweist, die als solche noch klärungsbedürftig, entwicklungs offen

und umkehrbar ist und somit die realistische Möglichkeit der Erhaltung und Reaktivierung des überkommenen Schiffsweges in sich birgt (Grundfall der dritten Variante des typisierten Sachverhalts), ist von der fortbestehenden Unterhaltungspflicht des Bundes für diese Wasserstraße einschließlich der integrierten Schleuse auszugehen.

Insoweit ist zur Begründung auf die obigen Ausführungen zum verfassungsrechtlichen Grundsatz der Bundestreue, d.h. zum Gebot bundesfreundlichen Verhaltens im Bund-Länder-Verhältnis (oben Abschnitt B. III. 2. c), aa)) und zur rechtlichen Differenzierung aufgrund der unterschiedlichen Umstände der geänderten Situation (oben Abschnitt B. III. 2. c), bb) und d)) zu verweisen; vgl. zu weiteren Rechtsfolgen und Schlussfolgerungen auch die vorstehenden Abschnitte B. III. 3., 4., 5. und 6. a) und b).

aa)

Aus den zuvor dargelegten Gründen wäre jedenfalls die schlichte und einseitige *Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse* kein geeigneter Schritt zur Verfolgung des von Bundesseite eventuell anvisierten Ziels, die Schleuse oder die gesamte minderfrequentierte Wasserstraße aus der Unterhaltungspflicht des Bundes auszuschneiden.

bb)

Der Weg einer *Bestandsänderung nach § 2 WaStrG* wäre zur Verfolgung dieses Ziels zwar ein abstrakt geeigneter Schritt. Zu beachten bleibt jedoch, dass die Bestandsänderung einer Vereinbarung zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land bedarf (§ 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG). Soweit und solange die Beibehaltung des Bundeswasserstraßen-Status des betreffenden Gewässers (oder Gewässerteils) in Anbetracht der Umstände situationsadäquat ist, folgt jedoch aus den verfassungsrechtlichen Prinzipien der Bundestreue und des bundesfreundlichen Verhaltens, dass der Bund zur Bestandserhaltung und zur Unterhaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße nach Maßgabe der §§ 7 und 8 WaStrG verpflichtet ist und bleibt. Demgemäß ist es in solchen Fällen sachangemessen und unter Gesichtspunkten der wechselseitigen Bundestreue gerechtfertigt, wenn das betroffene Land eine von Bundesseite anvisierte Bestandsänderung sowie den Abschluss einer eventuell vom Bund verlangten, auf Bestandsänderung gerichteten Vereinbarung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG ablehnt. Etwas anderes gilt – wie oben bereits ausgeführt – nur, wenn und soweit eine überkommene und katalogisierte Bundeswasserstraße (oder die Teil- oder Seitenstrecke einer solchen Bundeswasserstraße) bereits jegliche Verkehrsbedeutung verloren hat, dort keinerlei

Schifffahrt mehr stattfindet und somit das Wasserstraßennetz an dieser Stelle definitiv zerrissen ist (zweite Variante des typisierten Sachverhalts) oder wenn in einer „kippenden Situation“ der überkommenen Wasserstraße das definitive und absehbare Ende der Schifffahrtsnutzung bevorsteht (entsprechende Abwandlung der dritten Variante des typisierten Sachverhalts). Nur in derartigen Fällen kann nach den verfassungsrechtlichen Prinzipien der wechselseitigen Bundestreue und des bundesfreundlichen Verhaltens dem Bund ein gegen das territorial betroffene Land gerichteter Anspruch auf Mitwirkung bei der dann situationsadäquaten Bestandsänderung gem. § 2 WaStrG zuerkannt werden. Damit würde, wie oben dargelegt, eine entsprechende Mitwirkungsverpflichtung des Landes korrespondieren.

Vgl. dazu oben Abschnitt B. III. 3. (Seite 126 f.).

cc)

Die Einleitung und Durchführung eines in die Zuständigkeit der Generaldirektion Wasserstraßen und Schifffahrt des Bundes (§ 14 Abs. 1 Satz 3 WaStrG) fallenden *Planfeststellungsverfahrens* (nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG) zu dem Zweck, die integrierte und für die Schifffbarkeit der betreffenden Wasserstraße funktionsnotwendige, aber sanierungs- oder erneuerungsbedürftig gewordene Schleuse baulich zu beseitigen, wäre weder situationsadäquat noch – von der Bundesseite aus betrachtet – zielführend. Sie stünde im sachlichen Widerspruch zum verkehrsbezogenen Widmungszweck der katalogisierten und rechtlich fortbestehenden Bundeswasserstraße. Zudem wäre sie unter den hier unterstellten Voraussetzungen,

vgl. die oben hervorgehobenen Prämissen (vor Buchst. aa)),

situationsinadäquat. Daher würde sie der erforderlichen Planrechtfertigung entbehren; zumindest wäre sie im Ergebnis abwägungsfehlerhaft.

Mit der situationsadäquaten, nach den verfassungsrechtlichen Prinzipien der wechselseitigen Bundestreue und des bundesfreundlichen Verhaltens gebotenen Bestands- und Zweckerhaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße und der zugehörigen Schleuse ist die fortbestehende Unterhaltungspflicht des Bundes nach den §§ 7 und 8 WaStrG verbunden.

Vgl. zum Ganzen die entsprechenden Ausführungen zum Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse in den obigen Abschnitten A. III. 6. c) und IV. 11. – 14.

#### **IV. Ergebnis zu Teil B.: Fortbestehende Unterhaltungspflicht des Bundes für minder frequentierte Bundeswasserstraßen nach Maßgabe der im Bund-Länder-Verhältnis gebotenen Bundestreue sowie unter Berücksichtigung unterschiedlicher Sachverhaltsvarianten**

##### **1.**

Die Unterhaltungspflicht des Bundes für Bundeswasserstraßen wirft klärungsbedürftige Rechtsfragen auf, wenn die faktische Verkehrsbedeutung einer Binnenwasserstraße des Bundes sich in Laufe der Zeit ändert. Insbesondere kann ihre Verkehrsbedeutung sich verringern. So können sich Verkehrsströme aus siedlungs- oder wirtschaftsstrukturellen Gründen verlagern. Auch können sich die Größe und die technische Beschaffenheit von Schiffen so wandeln, dass kleinere Binnenwasserstraßen oder einzelne ihrer Teilstrecken für die Passage großer und moderner Schiffe nicht mehr geeignet sind und nur noch in vermindertem Maße frequentiert werden.

##### **2.**

Die Regelung des § 1 WaStrG und der Anlage 1 des WaStrG differenziert nicht nach der faktischen Verkehrsbedeutung der gesetzlich katalogisierten Bundeswasserstraßen. Die Tatsache der geänderten Verkehrsbedeutung lässt die gesetzliche Widmung des betreffenden Gewässers als Bundeswasserstraße unberührt.

##### **3.**

Der gutachterlichen Untersuchung liegt ein typisierter Sachverhalt zugrunde. Mit ihm wird unterstellt, dass eine Binnenwasserstraße des Bundes, die in der Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG aufgeführt und mit einer Schleuse ausgestattet ist, aufgrund ihrer geringen Breite und Tiefe und entsprechend geringer Maße der zugehörigen Schleuse in der jüngeren Vergangenheit in deutlich verringertem Umfang von Schiffen genutzt wird. Des Weiteren wird unterstellt, dass bei prognostischer Betrachtung die Verkehrsbedeutung der betroffenen Bundeswasserstraße und ihrer Schleuse auf Dauer auf dem verringerten Niveau verharren oder weiter abnehmen wird. Unterstellt wird auch, dass die überkommene und funktionsnotwendige Schleuse sich infolge ihres Alters und technischer Abnutzung in einem erneuerungsbedürftigen Zustand befindet.

**4.**

Anders als der Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse ist der umrissene typisierte Sachverhalt von Besonderheiten einer konkreten Sachlage abstrahiert. Er enthält somit keine Anhaltspunkte für die Annahme eines besonderen, fall- und umstandsbedingten Verwaltungsrechtsverhältnisses. Daher kommt es bei der Beurteilung des typisierten Sachverhaltes auf die Beantwortung der Grundsatzfrage an, ob auf der Basis des Bundeswasserstraßenbestandes – über die objektivrechtliche Unterhaltungslast hinaus – eine subjektiv-rechtliche Unterhaltungsverpflichtung des Bundes gegenüber dem territorial betroffenen Land und ein korrespondierender subjektiv-rechtlicher Anspruch des Landes gegenüber dem Bund bestehen können. Solche subjektiv-rechtlichen Beziehungen können unter den Voraussetzungen des typisierten Sachverhalts nur auf eine normative Grundlage gestützt werden. Als derartige Rechtsgrundlage kommt entweder § 2 WaStrG oder das allgemeine staatsrechtliche Bund-Länder-Verhältnis mit dem hierin wurzenden Grundsatz der Bundestreue in Betracht.

**5.**

Einerseits führen nach § 2 WaStrG nicht schon faktische Situationsänderungen als solche, insbesondere Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung von Binnenwasserstraßen des Bundes, zu einer Bestandsänderung. Der Bund kann sich daher nach der Gesetzeslage seiner Verantwortung und seiner Unterhaltungspflicht für katalogisierte Bundeswasserstraßen nicht unter Berufung auf das bloße Faktum einer Situationsänderung entziehen. Vielmehr schreibt § 2 WaStrG zwingend vor, dass der zweischrittige Modus einer Bestandsänderung in Form einer Vereinbarung und eines abschließenden Bewirkungsaktes (in Gestalt eines formellen Gesetzes oder einer Rechtsverordnung) eingehalten wird. Andererseits widerspräche auch eine schlichte und kategorische Änderungsblockade seitens des betroffenen Landes dem gesetzlichen Auftrag zu einem konsensualen und situationsadäquaten Vorgehen der verantwortlichen Bundes- und Landesbehörden sowie dem gesetzlich gewiesenen Ziel einer situationsadäquaten Anpassung.

**6.**

§ 2 WaStrG begründet im Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern keine subjektiv-rechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen hinsichtlich der Vornahme einer Bestandsänderung. Insbesondere begründet § 2 WaStrG keinen Anspruch des Bundes gegen ein Land auf Mitwirkung des Landes an einer Bestandsänderung

mit der Folge, dass der Bund von seiner Unterhaltungspflicht nach dem §§ 7 und 8 WaStrG befreit wird. Das unvollständige und lückenhafte Gesetzesrecht gibt dem Bund und dem jeweils betroffenen Land anheim, aus den eingetretenen Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung katalogisierter Binnenwasserstraßen des Bundes im Wege von Bestandsänderungen in den Rechtsformen des § 2 WaStrG situationsadäquate Folgerungen zu ziehen.

## 7.

Innerhalb des typisierten Sachverhalts sind drei denkbare Sachverhaltsvarianten zu unterscheiden, die wegen der differierenden Umstände und Interessenlagen eine unterschiedliche Reaktion auf die geänderte Situation verlangen:

- *Erstens* ist denkbar, dass eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße trotz der Situationsänderung und der Verringerung ihrer faktischen Verkehrsbedeutung eine wesentliche Verbindungsfunktion im regionalen Wasserstraßensystem behält. Derartige Situationen entsprechen im Grundsatz der Fallkonstellation des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse.
- *Zweitens* sind Situationen denkbar, in denen katalogisierte Bundeswasserstraßen oder bestimmte Teil- oder Seitenstrecken katalogisierter Bundeswasserstraßen jegliche Verkehrsbedeutung verloren haben und auf ihnen keinerlei Schifffahrt mehr stattfindet. In solchen Fällen liegt faktisch keine dem allgemeinen Verkehr dienende Binnenwasserstraße des Bundes im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG mehr vor. Ein Wiederaufleben der Schifffahrt ist in solchen Fällen regelmäßig nicht zu erwarten. Beispiele dieser Art bilden typischerweise die Altarme von Flüssen.
- *Drittens* sind ambivalente Fallkonstellationen denkbar, in denen minderfrequentierte Bundeswasserstraßen aufgrund der geänderten Situation aktuell weder eine systemtragende und großmaßstäbliche, für die weiträumige Schifffahrt wesentliche Verbindungsfunktion erfüllen noch ihre Verkehrsbedeutung gänzlich verloren haben, sondern als Schiffswege von lediglich geringer, typischerweise nur regionaler und okkasioneller Relevanz genutzt werden. Hier erscheint die konsensual zu treffender Entscheidung über die Alternative der Bestandserhaltung oder der eventuellen Bestandsänderung nach § 2 WaStrG regelmäßig nicht festgelegt, sondern der gemeinsam auszuübenden Dispositionsbefugnis der verantwortlichen Bundes- und Landesbehörden überlassen.

## 8.

Der Grundsatz der Bundestreue bezeichnet generalklauselartig die Pflichten, die sich für den Bund und die Länder aus der verfassungsrechtlich fundierten Bundessolidarität ergeben. Der Bund und die Länder sind hiernach bei der Ausübung ihrer Kompetenzen und Befugnisse nicht nur zu formaler Korrektheit, sondern auch zu steter Herstellung eines guten bundesfreundlichen Verhältnisses verpflichtet. Wo Bund und Länder die Erfordernisse des gesamtstaatlich aufgegebenen Gemeinwohls nur durch gemeinsames politisches Handeln konkretisieren und bestimmen können, ergeben sich aus der gebotenen Bundestreue Pflichten zu gegenseitiger Abstimmung, Rücksichtnahme und Zusammenarbeit.

**9.**

In der *ersten Variante des typisierten Sachverhalts* (vgl. oben Ziffer 7.) ist die Aufrechterhaltung des Bundeswasserstraßen-Status der minderfrequentierten Wasserstraße sachgerecht sowie konsequent und aufgaben- wie situationsadäquat; denn so bleibt die einheitliche und kohärente Verwaltung und Unterhaltung des Bundeswasserstraßennetzes und der Schifffahrtsverbindungen gewährleistet. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben der Bundestreue sowie der tatsächlichen Umstände und der Situationsadäquanz ist es in dieser Variante des typisierten Sachverhalts regelmäßig nicht nur sachgerecht, sondern auch rechtlich geboten, den Bundeswasserstraßen-Status der minderfrequentierten Wasserstraße aufrechtzuerhalten. Daraus folgt, dass in derartigen Fällen die Unterhaltungspflicht des Bundes für die minderfrequentierte Wasserstraße nach Maßgabe der §§ 7 und 8 WaStrG bestehen bleibt.

**10.**

Im Sinne dieses Verständnisses der Bundestreue müssen auch die in § 13 des Staatsvertrages betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 29.07.1921 geregelten Direktiven gelesen werden. Danach wird das Reich und in dessen Rechtsnachfolge der Bund die Eigenart der einzelnen Flussgebiete berücksichtigen und insbesondere „auf die verkehrs- und volkswirtschaftlichen und politischen Interessen des Landes unter Abwägung der verschiedenen Verhältnisse bedacht sein und bei widerstreitenden Interessen“ im bundesstaatlichen Gefüge „einen gerechten Ausgleich herbeiführen“.

**11.**

In einem Fall der *zweiten Variante des typisierten Sachverhalts* (vgl. oben Ziffer 7.) würde ein Land gegen das Prinzip der Bundestreue sowie des bundesfreundlichen

Verhaltens verstoßen, wenn es den Abschluss einer Vereinbarung nach § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG verweigern würde und so eine Bestandsänderung verhindern wollte, obwohl der rechtliche Bundeswasserstraßen-Status des betreffenden Gewässers oder Gewässerteils tatsächlich überholt ist; denn dann entbehrt auch die Unterhaltungspflicht des Bundes nach den §§ 7 und 8 WaStrG einer sachlichen Grundlage. In einem solchen Fall muss daher dem Bund ein gegen das betreffende Land gerichteter Anspruch auf Mitwirkung bei der situationsadäquaten Bestandsänderung gemäß § 2 WaStrG zuerkannt werden. Damit korrespondiert eine Verpflichtung des Landes zur notwendigen Mitwirkung bei der Bestandsänderung zu dem Zweck, das betreffende Gewässer oder seine auszuklammernde Teil- oder Seitenstrecke aus dem Katalog der Bundeswasserstraßen zu streichen.

#### 12.

In Fällen der *dritten Variante des typisierten Sachverhalts* liegt – anders als in den vorgenannten Sachverhaltsvarianten – eine „kippende Situation“ vor. Hier kann dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Bundestreue keine allgemeingültige Vorgabe für alle einschlägigen Fälle entnommen werden. Vielmehr erscheint innerhalb dieser Fallkonstellation eine weitere Differenzierung geboten.

#### 13.

Sofern im Einzelfall die „kippende Situation“ der überkommenen Wasserstraße noch klärungsbedürftig, entwicklungs offen und umkehrbar ist, weist sie eine überwiegende Ähnlichkeit mit der erstgenannten Sachverhaltsvariante auf. So lange wird man hier unter dem Vorzeichen der verfassungsrechtlich gebotenen Bundestreue in der Regel einen Anspruch des Landes gegen den Bund auf Bestandserhaltung, d.h. auf Beibehaltung des immer noch situationsadäquaten Bundeswasserstraßen-Status, anerkennen müssen. So lange besteht mithin die Verpflichtung des Bundes fort, das betreffende Gewässer als Bundeswasserstraße nach den §§ 7 und 8 WaStrG zu unterhalten.

#### 14.

Sofern hingegen die „kippende Situation“ der überkommenen Wasserstraße keinen entwicklungs offenen, sondern einen definitiv auslaufenden Sachverhalt darstellt, ähnelt diese Konstellation der zweiten Variante des typisierten Sachverhalts. In einem derartigen Fall wird man dem Bund dem Grunde nach einen gegen das territorial betroffene Land gerichteten Anspruch auf Mitwirkung bei der situationsadä-

quaten Bestandsänderung gemäß § 2 WaStrG zuerkennen müssen. Damit korrespondiert eine entsprechende Mitwirkungsverpflichtung des Landes. Der Zeitpunkt und die Formalitäten dieser Bestandsänderung sowie die Bestimmung, auf welchen Rechtsträger die Unterhaltungspflicht übergeht, müssen unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände und der Situationsadäquanz in der Vereinbarung zwischen dem Bund und dem betroffenen Land gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG geregelt werden.

**15.**

Die faktische Nichtunterhaltung der integrierten Schleuse einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße stellt keine Bestandsänderung im Sinne von § 2 WaStrG dar. Sie wirkt der Pflicht des Bundes zur Zweckerhaltung der bestehenden Wasserstraße und damit zu deren Unterhaltung im tatsächlichen Sinne entgegen, weil die Wasserstraße hierdurch ihre widmungsgemäße Verkehrsfunktion als Schifffahrtsweg nicht mehr erfüllen kann. Im rechtlichen Sinne vermag die faktische Nichtunterhaltung der Schleuse die Pflicht des Bundes zur Zweckerhaltung und Unterhaltung der betreffenden Wasserstraße nicht „entgegenzuwirken“, weil die Unterhaltungspflicht des Bundes hinsichtlich der Wasserstraße (einschließlich der integrierten Schleuse) durch die faktische und pflichtwidrige Nichtunterhaltung der Schleuse nicht berührt wird. Etwas anderes gilt nur, wenn und soweit eine katalogisierte Bundeswasserstraße bereits jegliche Verkehrsbedeutung verloren hat und somit das Wasserstraßennetz an dieser Stelle definitiv zerrissen ist (zweite Variante des typisierten Sachverhalts) oder in einer „kippenden Situation“ der überkommenen Wasserstraße das definitive und absehbare Ende der Schifffahrtsnutzung bevorsteht (entsprechende Abwandlung der dritten Variante des typisierten Sachverhalts).

**16.**

Die vorübergehende Außerbetriebnahme der Schleuse einer minderfrequentierten Wasserstraße ist nur zu Wartungs- und Reparaturzwecken in den Grenzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit rechtmäßig und unbedenklich. Hingegen verstößt eine dauerhafte oder auf unbestimmte Zeit erfolgende Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse gegen die Unterhaltungspflicht des Bundes für die überkommene, aber minderfrequentierte Bundeswasserstraße, sofern diese trotz der Situationsänderung und der Verringerung ihrer Verkehrsbedeutung eine wesentliche Verbindungsfunktion im Wasserstraßensystem behalten hat (erste Variante des typisierten Sachverhalts) oder sich in einer „kippenden Situation“ befindet, die

noch klärungsbedürftig, entwicklungs offen und zugunsten einer möglichen Erhaltung und Reaktivierung ihrer Verkehrsfunktion als Schiffsweg umkehrbar ist (Grundfall der dritten Variante des typisierten Sachverhalts).

**17.**

Wenn und soweit der Bund im externen Bund-Länder-Verhältnis zur Unterhaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße (einschließlich der integrierten Schleuse) verpflichtet ist, hängt diese Verpflichtung wie auch der korrespondierende, aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der wechselseitigen Bundestreue folgende Anspruch des territorial betroffenen Landes nicht von der körperschaftsinternen haushaltsrechtlichen Bereitstellung der benötigten Haushaltsmittel ab. Der Bund kann sich im Außenverhältnis gegenüber dem territorial betroffenen Land nicht auf die fehlende haushaltsrechtliche Bereitstellung der finanziellen, zur Erfüllung der außenwirksamen Unterhaltungspflicht benötigten Mittel berufen. Vielmehr muss umgekehrt die haushaltsrechtliche, körperschaftsinternwirkende Bereitstellung der Mittel der im Außenverhältnis begründeten Unterhaltungspflicht des Bundes gegenüber dem Land Rechnung tragen.

**18.**

Auch in der Konstellation des typisierten und abstrahierten Sachverhalts stellt – ebenso wie im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse – die schlichte Außerbetriebnahme der integrierten Schleuse als tatsächliche und betriebsbezogene Maßnahme weder eine statusrelevante Bestandsänderung im Sinne des § 2 WaStrG noch eine wesentliche Umgestaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße im Sinne des § 12 Abs. 2 WaStrG dar. Sie unterliegt daher nicht dem Erfordernis einer Planfeststellung oder Plangenehmigung nach den §§ 12 und 14 ff. WaStrG.

**19.**

Wenn und soweit eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße entweder eine wesentliche Verbindungsfunktion im regionalen Wasserstraßensystem behalten hat (erste Variante des typisierten Sachverhalts, vgl. oben Ziffern 7. und 9.) oder die Merkmale einer „kippenden Situation“ aufweist, die als solche noch klärungsbedürftig, entwicklungs offen und umkehrbar ist und somit die realistische Möglichkeit der Erhaltung und Reaktivierung des überkommenen Schiffsweges in sich birgt (Grundfall der dritten Variante des typisierten Sachverhalts, vgl. oben Ziffern 7. und

12.), ist in der Regel die wasserstraßenrechtliche Bestandserhaltung sachgerecht und situationsadäquat.

**20.**

Mit der situationsadäquaten, nach den verfassungsrechtlichen Prinzipien der wechselseitigen Bundestreue und des bundesfreundlichen Verhaltens gebotenen Bestands- und Zweckerhaltung der minderfrequentierten Bundeswasserstraße und der zugehörigen Schleuse ist die fortbestehende Unterhaltungspflicht des Bundes nach den §§ 7 und 8 WaStrG verbunden.

**C. Durchsetzung der Unterhaltungspflicht des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen Zustandes einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße und ihrer integrierten Schleuse sowie ihres ordnungsmäßigen Zustandes für den Wasserabfluss**

**I. Rechtsschutzmöglichkeiten des betroffenen Bundeslandes**

**1. Materiellrechtliche Ausgangspunkte für den Rechtsschutz im Bund-Länder-Verhältnis**

Die allgemein gehaltene Frage, über welche Möglichkeiten das jeweils betroffene Land, die Kommunen oder Dritte verfügen, um eine Pflicht des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen Zustandes des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse sowie des ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluss in Gieselaukanal und Gieselauschleuse gerichtlich durchzusetzen,

so zum konkreten Ausgangsfall die obige Fragestellung unter A. 1. 3. (8),

oder – bei generalisierter Problemstellung – eine Pflicht des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen Zustandes einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße und der integrierten Schleuse sowie des dortigen ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluss gerichtlich durchzusetzen,

so zu dem typisierten und abstrahierten Sachverhalt die obige Fragestellung unter B. I. 3. (8),

zielt in erster Linie auf die Möglichkeiten des gerichtlichen Rechtsschutzes auf Seiten des territorial betroffenen Bundeslandes. Diese Schwerpunktsetzung wird durch die materiellrechtlichen Ergebnisse der vorausgegangenen Untersuchungen bestätigt.

Zur Klarstellung sei angemerkt, dass die Aussagen der nachfolgenden Ausführungen zum Rechtsschutz des betroffenen Landes erst recht gelten würden, falls der Bund eine katalogisierte Bundeswasserstraße von erheblicher Verkehrsbedeutung rechts- und pflichtwidrig nicht oder mangelhaft unterhalten würde. Die Beschränkung der nachfolgenden Untersuchung

auf die Rechtsschutzmöglichkeiten des betroffenen Landes bei unterlassener oder mangelhafter Unterhaltung minderfrequenzierter Bundeswasserstraßen beruht auf Gründen der rechtspraktischen Relevanz. In aller Regel kann davon ausgegangen werden, dass der Bund sich seiner Unterhaltungspflicht bei Bundeswasserstraßen mit erheblicher Verkehrsbedeutung nicht entziehen wird; dann besteht für das territorial betroffene Land kein Anlass, im Wege des gerichtlichen Rechtsschutzes die Unterhaltungspflicht des Bundes nach den §§ 7 und 8 WaStrG klären zu lassen. Praktische Relevanz dürfte nur dem Streit über die Unterhaltungspflicht des Bundes in Fällen minderfrequenzierter Bundeswasserstraßen zukommen.

Für den Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse ist daran zu erinnern, dass der Bund (als Rechtsnachfolger des Deutschen Reiches) und das Land Schleswig-Holstein (als Rechtsnachfolger Preußens) aufgrund der entstehungsgeschichtlichen, faktischen und rechtlichen Rahmenumstände in einem konkretisierten und individualisierten Verwaltungsrechtsverhältnis zueinander stehen; dies schließt subjektiv-rechtliche Verpflichtungen und korrespondierende, prinzipiell gerichtlich durchsetzbare Ansprüche hinsichtlich der wasserstraßenrechtlichen Unterhaltung ein.

Dazu oben Abschnitt A. III. 1., Zusammenfassung in Abschnitt A. IV. 1. bis 3.

In den Fallkonstellationen des typisierten und abstrahierten Sachverhalts, der durch eine Situationsänderung und die verringerte Verkehrsbedeutung einer minderfrequenzierter Bundeswasserstraße geprägt ist, fehlt es zwar an Anhaltspunkten für die Annahme eines fall- und umständebedingten Verwaltungsrechtsverhältnisses. Die anwendbare Vorschrift des § 2 WaStrG beruht indessen auf dem Konsensprinzip und schützt so die Bestandsstabilität der katalogisierten Bundeswasserstraßen. Allerdings begründet diese gesetzliche Norm im Verhältnis zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land keine subjektiv-rechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen hinsichtlich der Vornahme einer Bestandsänderung mit der Folge, dass der Bund von seiner Unterhaltungspflicht nach den §§ 7 und 8 WaStrG befreit würde.

Dazu oben Abschnitt B. III. 2. a) und c), Zusammenfassung in Abschnitt B. IV. 6.

Bund und Länder stehen jedoch, wie oben dargelegt, auf der Basis des Bundesstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) in einer normativen Rechtsbeziehung. Die unvollständige und lückenhafte Regelung dieser Rechtsbeziehung in § 2 WaStrG wird

durch die verfassungsrechtlichen Prinzipien der Bundestreue und des bundesfreundlichen Verhaltens vervollständigt und in subjektiv-rechtlicher Hinsicht ergänzt.

Sofern die minderfrequentierte Bundeswasserstraße trotz der Situationsänderung und der Verringerung ihrer faktischen Verkehrsbedeutung eine wesentliche Verbindungsfunktion im regionalen Wasserstraßensystem behält, folgt aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Bundestreue, dass der Bund in der Regel objektiv-rechtlich wie subjektiv-rechtlich gegenüber dem territorial betroffenen Land verpflichtet ist, die minderfrequentierte Bundeswasserstraße nicht einseitig und gegen den Willen des betroffenen Landes aus dem Katalog der Anlage 1 zu § Abs. 1 Nr. 1 WaStrG zu streichen und damit wasserstraßenrechtlich zu entwidmen. Vielmehr ist der Bund, den gesetzlichen Maximen des Konsensprinzips und der Bestandsstabilität folgend, verpflichtet, den Bundeswasserstraßen-Status der minderfrequentierten Wasserstraße bis auf Weiteres aufrechtzuerhalten. Demgemäß bleibt der Bund auch verpflichtet, seiner Unterhaltungspflicht nach den §§ 7 und 8 WaStrG nachzukommen.

Vgl. oben Abschnitt B. III. 2. c), bb) (1): erste Variante des typisierten Sachverhalts.

Gleiches gilt im Regelfall, wenn die minderfrequentierte Bundeswasserstraße sich in einer „kippenden Situation“ befindet, die noch klärungsbedürftig, entwicklungs-offen und umkehrbar ist, weil die betreffende Wasserstraße trotz ihres Bedeutungsverlustes noch als Schiffsweg von geringer, lediglich regionaler und okkasioneller Relevanz genutzt wird, also noch nicht definitiv „gekippt“ ist.

Vgl. oben Abschnitt B. III. 2. c), bb) (3): Grundfall der dritten Variante des typisierten Sachverhalts.

Solange die „kippende Situation“ sich in dieser Weise entwicklungs-offen und umkehrbar darstellt, lässt die in § 2 WaStrG angelegte Bestandsstabilität regelmäßig und bis auf Weiteres die Aufrechterhaltung des Bundeswasserstraßen-Status sowie die hieran geknüpfte Unterhaltungspflicht des Bundes situationsadäquat erscheinen. So lange ist deshalb, wie oben dargelegt, grundsätzlich davon auszugehen, dass der Bund nach Maßgabe der verfassungsrechtlich gebotenen Bundestreue keinen Anspruch auf Herbeiführung einer Bestandsänderung nach § 2

WaStrG gegen das territorial betroffene Land hat. Vielmehr ist auch in solchen Fällen einer „kippenden Situation“ aufgrund der Prinzipien der gebotenen Bundestreue und des bundesfreundlichen Verhaltens regelmäßig ein Anspruch des betroffenen Landes gegen den Bund auf Bestandserhaltung, d.h. auf Beibehaltung des wasserstraßenrechtlichen Status quo, anzuerkennen. Konsequenterweise ist diesem Anspruch prinzipiell die gerichtliche Durchsetzbarkeit zuzuerkennen. So lange besteht mithin auch in solchen Fällen die korrespondierende Verpflichtung des Bundes fort, das betreffende Gewässer einschließlich seiner integrierten, für den Schiffsverkehr funktionsnotwendigen Schleuse als Bundeswasserstraße nach den §§ 7 und 8 WaStrG zu unterhalten.

## **2. Verwaltungsrechtsweg: Öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art**

Wenn das territorial betroffene Bundesland die Pflicht des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen Zustandes einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße und der zugehörigen Schleuse (wie z.B. des Gieselaukanals und seiner Schleuse) sowie zur Erhaltung des dortigen ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluss gerichtlich durchzusetzen sucht, ist zunächst die Frage zu beantworten, welcher Rechtsweg für eine dahingehende Klage des Landes gegen den Bund eröffnet ist.

a) *Verwaltungsrechtsweg im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse*  
Im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse handelt es sich bei einem derartigen Rechtsstreit zwischen dem betroffenen Land und dem Bund eindeutig um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, für die nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die für das Klagebegehren in Betracht kommende Anspruchsgrundlage dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist. Diese Voraussetzung ist in der Regel erfüllt, wenn für die begehrte Rechtsfolge Normen des öffentlichen Rechts maßgebend sind.

Vgl. statt vieler: Josef Ruthig, in Kopp/Schenke, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 40 Rn. 6 b; Dirk Ehlers, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 40 Rn. 101, 203.

Das besondere Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund (als Rechtsnachfolger des Deutschen Reiches) und dem Land Schleswig-Holstein (als Rechtsnachfolger Preußens) hat die Unterhaltung der Bundeswasserstraßen im Gebiet des

Nord-Ostsee-Kanals und der Eider zum Gegenstand. Die Zuordnung dieses Aufgabenbereichs zum öffentlichen Recht ergibt sich aus § 7 Abs. 1 WaStrG. Danach sind die Unterhaltung der Bundeswasserstraßen und der Betrieb der bundeseigenen Schifffahrtsanlagen Hoheitsaufgaben des Bundes. Bei der Erfüllung dieser Aufgaben handelt es sich schlichte Hoheitsverwaltung. Hiervon ist auch die Ausübung dieser Hoheitsbefugnisse des Bundes gegenüber den Behörden der betroffenen Länder umfasst.

BVerwG, Beschluss vom 19.03.2008 – 7 A 4.07, NVwZ 2008, 696; Albrecht Friesecke, a.a.O. § 7 Rn. 4.

Eine abdrängende Sonderzuweisung an eine andere Gerichtsbarkeit ist nicht ersichtlich.

Zudem hat die im Fall des Gieselaukanals und seiner Schleuse im Korrespondenzwege zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein geführte Kontroverse über die öffentlich-rechtliche Unterhaltungspflicht des Bundes sowie die Voraussetzungen und Modalitäten einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG eindeutig nichtverfassungsrechtlichen Charakter. Eine verfassungsrechtliche Streitigkeit setzt voraus, dass das streitige Rechtsverhältnis entscheidend vom Verfassungsrecht geprägt ist. Nach der verbreiteten „Faustformel“ der doppelten Verfassungsmittelbarkeit liegt eine verfassungsrechtliche Streitigkeit nur vor, wenn die Beteiligten (Körperschaften oder Organe) beiderseits unmittelbar am Verfassungsleben teilhaben und ihre Kontroverse Rechte und Pflichten betrifft, die unmittelbar in der Verfassung geregelt sind.

So die h.M.; z.B. BVerwG, Urteil vom 28.10.1970 – IV C 55.58, BVerwGE 36, 218 (227 f.); BVerwG, Urteil vom 28.11.1975 – VII C 35.73, NJW 1976, 637 f.; BVerwG, Urteil vom 02.07.1976 – VII C 71.75, NJW 1976, 1648; kritisch dazu z.B. Josef Ruthig, in: Kopp/Schenke, a.a.O., § 40 Rn. 32 ff.; Dirk Ehlers, in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O., § 40 Rn. 141 (141) ff.; Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn. 189 ff.

Demgemäß liegt kein z.B. eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vor, wenn der Bund und ein Land über den Umfang des Weisungsrechts nach Art. 85 Abs. 3 GG streiten.

BVerfG, Urteil vom 22.05.1990 – 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, 310 (329 f.); BVerwG, Beschluss vom 06.06.1997 – 4 A 21.96, NVwZ 1998, 500.

Wo eine Streitigkeit hingegen die Abgrenzung der beiderseitigen Hoheitsbefugnisse im Verhältnis zwischen dem Bund und einem Land oder im Verhältnis zwischen verschiedenen Ländern im Bereich der Verwaltungstätigkeit betrifft, fehlt es an der doppelten Verfassungsunmittelbarkeit; es handelt sich dann nicht um eine verfassungsrechtliche, sondern um eine verwaltungsrechtliche Streitigkeit und somit um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art.

BVerwG, Urteil vom 18.05.1994 – 11 A 1.92, BVerwGE 96, 45 (49); BVerwG, Urteil vom 17.10.1996 – 3 A 1.95, BVerwGE 102, 119 (122); BVerwG, Urteil vom 21.10.1998 – 6 A 1.97, BVerwGE 107, 275 (278); BVerwG, Beschluss vom 13.08.1999 – 2 VR 1.99, BVerwGE 109, 258 (261); auch BVerfG, Urteil vom 07.04.1976 – 2 BvH 1/75, BVerfGE 42, 103 (112 f.) – Staatsvertrag über die Vergabe von Studienplätzen; BVerfG, Beschluss vom 23.11.1982 – 2 BvH 1/79, BVerfGE 62, 295 (312 f.).

Im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse liegen der Auseinandersetzung zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein ersichtlich keinerlei verfassungsrechtliche Normen zugrunde. Vielmehr dreht sich die wiedergegebene Kontroverse ausschließlich um die richtige Auslegung und Anwendung der einschlägigen verwaltungsrechtlichen Normen, insbesondere der §§ 2, 7, 8, 12 und 14 ff. WaStrG, sowie um die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des fall- und umständebedingten Verwaltungsrechtsverhältnisses.

Vgl. oben Abschnitt A. I. 2.

Da die subjektiv-rechtliche und streitgegenständliche Verpflichtung des Bundes zur Unterhaltung des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse sowie der korrespondierende, gegen den Bund gerichtete Anspruch des Landes Schleswig-Holstein, wie oben dargelegt, auf das besondere, fall- und umständebedingte Verwaltungsrechtsverhältnis gegründet sind, hat die wiedergegebene Kontroverse nicht verfassungsrechtlichen, sondern verwaltungsrechtlichen Charakter. Daher handelt es sich in diesem Fall eindeutig um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, für die nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

*b) Verwaltungsrechtsweg in Fallkonstellationen des typisierten Sachverhalts minderfrequenzierter Bundeswasserstraßen*

Soweit es in den beschriebenen Fallkonstellationen des typisierten Sachverhalts minderfrequentierter Bundeswasserstraßen zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land zu einem Streit über die Unterhaltungspflicht des Bundes für die Wasserstraße und deren Schleuse sowie über das Verlangen einer Bestandsänderung im Sinne des § 2 WaStrG kommt, scheint auf den ersten Blick die Qualifizierung der Streitigkeit weniger klar und die Zuordnung zum Verwaltungsweg zweifelhaft zu sein. Der Umstand, dass hier die verfassungsrechtlichen Prinzipien der Bundestreue und des bundesfreundlichen Verhaltens in Verbindung mit der Situationsadäquanz eine maßgebliche Rolle spielen,

dazu oben Abschnitt B. III. 2 c) und d),

lässt die Frage aufkommen, ob die zwischen dem Bund und dem jeweils betroffenen Land bestehende Kontroverse als verfassungsrechtliche Streitigkeit zu qualifizieren ist. Bei näherer Betrachtung erweist sich indessen, dass eine solche Qualifizierung verfehlt wäre. Hierfür ist ausschlaggebend, dass der verfassungsrechtliche Grundsatz der Bundestreue sowie des im gleichen Sinne zu verstehenden bundesfreundlichen Verhaltens nicht selbstständig ein Rechtsverhältnis zwischen Bund und Ländern begründet, sondern akzessorischen und ergänzenden Charakter hat. Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Bundestreue begründet mithin keine Kompetenzen und Befugnisse, sondern setzt diese voraus. Dabei wirkt er als Kompetenzausübungsschranke.

Dazu oben Abschnitt B. III. 2. c), aa) mit Nachweisen zur Rechtsprechung und zur Literatur.

In den beschriebenen Fallkonstellationen des typisierten Sachverhalts minderfrequentierter Bundeswasserstraßen stehen der Bund und das territorial betroffene Land in Bezug auf den Wasserstraßenbestand und eventuelle Bestandsänderungen in der einfachgesetzlich durch § 2 WaStrG geformten Rechtsbeziehung. Diese Beziehung ist verwaltungsrechtlich durch das Konsensprinzip und den Grundsatz der Bestandsstabilität geprägt, da eine Bestandsänderung, insbesondere die Streichung einer Wasserstraße aus dem Katalog der Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG, einer Vereinbarung bedarf (§ 2 Abs. 1 Satz 1 WaStrG) und nur durch ein formelles Gesetz oder eine Rechtsverordnung bewirkt werden kann (§ 2 Abs. 1 Satz 2 WaStrG). Der Umstand, dass die insoweit bestehenden, einfachgesetzlich geregelten Befugnisse des Bundes und des betroffenen Landes nur nach Maßgabe der kompetenzbeschränkenden Bundestreue ausgeübt werden dürfen, verleiht der

Rechtsbeziehung zwischen dem Bund und dem betroffenen Land keinen verfassungsrechtlichen Charakter. Vielmehr behält die zugrunde liegende Beziehung ihren verwaltungsrechtlichen Charakter. Sie wird lediglich durch die Prinzipien der wechselseitigen Bundestreue so überformt, dass der Bund sowie das betroffene Land ihre Kompetenzen und Befugnisse situationsadäquat und in bundesfreundlicher Weise ausüben müssen. Die verfassungsrechtlichen Prinzipien der Bundestreue wirken hierbei nicht rechtsbegründend, sondern als Schranke der Rechtsausübung.

Daher stellt auch in den Fallkonstellationen des typisierten Sachverhalts ein Streit zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land über die Unterhaltungspflicht des Bundes für eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße sowie über das Verlangen einer Bestandsänderung im Sinne des § 2 WaStrG eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art dar. Auch diese ist mithin durch die Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO dem Verwaltungsrechtsweg zugewiesen.

### **3. Sachliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts**

Nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO entscheidet das Bundesverwaltungsgericht im ersten und letzten Rechtszug über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art zwischen dem Bund und den Ländern und zwischen verschiedenen Ländern. Diese sachliche Sonderzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist nach der Rechtsprechung einschränkend auszulegen. Sie gilt hiernach nur für solche Streitigkeiten, die durch die Eigenart der Bund-Länder-Beziehung geprägt sind. Demgemäß erfasst sie nur Streitigkeiten, „die sich in ihrem Gegenstand einem Vergleich mit landläufigen Verwaltungsstreitigkeiten entziehen“. Fälle dieser Art liegen insbesondere vor, wenn der Rechtsstreit durch die Frage geprägt wird, „wie die Hoheitsrechte des Bundes einerseits und des Landes andererseits voneinander abzugrenzen sind“.

BVerwG, Urteil vom 30.07.1976 – IV A 1.75, NJW 1977, 163; BVerwG, Urteil vom 28.05.1980 – 7 A 2.79, BVerwGE 60, 162 (173 f.); BVerwG, Beschluss vom 12.12.2002 – 3 A 1.02, BVerwGE 117, 244 (245); BVerwG, Beschluss vom 01.07.2004 – 7 VR 1.04, NVwZ 2004, 1124; BVerwG, Beschluss vom 19.03.2008 – 7 A 4.07, NVwZ 2008, 696; vgl. auch Rolf-Rüdiger Schenke, in: Kopp/Schenke, a.a.O., § 50 Rn. 3; Jan Ziekow, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 50 Rn. 6.

Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn – wie hier unterstellt – der Bund und ein Territorial betroffenes Land über die Unterhaltungspflicht des Bundes für eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße oder über das Verlangen einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG miteinander streiten. Hierfür ist maßgebend, dass Bund und Länder hinsichtlich der Bundeswasserstraßen in einer besonderen Rechtsbeziehung stehen, in der die beiderseitigen Kompetenzen und Hoheitsrechte aufeinanderstoßen und voneinander abzugrenzen sind.

Vgl. Albrecht Friesecke, a.a.O., Einl. Rn. 8 ff. und § 2 Rn. 1 ff.; auch die obigen Ausführungen in den Abschnitten A. III. 2. und B. II. 1. und 2. sowie III. 2.

Hierbei handelt es sich um spezifische Rechtsbeziehungen im Bund-Länder-Verhältnis, welche subjektiv-rechtliche Ansprüche und Verpflichtungen umschließen. Wenn und soweit hierüber im Verhältnis zwischen dem Bund und einem territorial betroffenen Land ein Streit entsteht, unterscheidet sich diese Rechtsstreitigkeit sowohl in institutioneller als auch in streitgegenständlicher Hinsicht von den „landläufigen Verwaltungsstreitigkeiten“. Daher ist im Fall des Gieselaukanals und seiner Schleuse ebenso wie in den beschriebenen Fallkonstellationen des typisierten Sachverhalts für die gerichtliche Auseinandersetzung über die Unterhaltungspflicht des Bundes nach Maßgabe der §§ 7 und 8 WaStrG sowie über das Verlangen einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegeben.

#### **4. Statthafte Klageart**

Zu klären ist des Weiteren die verwaltungsprozessuale Frage nach der geeigneten und zielführenden Klageart. Um die Unterhaltungspflicht des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen und ordnungsmäßigen Zustandes einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße im Verwaltungsrechtsweg durchsetzen zu können, bedarf das territorial betroffene Bundesland einer prozessual statthafte Klageart.

##### *a) Allgemeine Leistungsklage*

Im System der verwaltungsprozessualen Klagearten kommt hierfür auf Seiten des betroffenen Bundeslandes eine allgemeine Leistungsklage in Betracht. Diese wäre gegen den Bund zu richten. Sie könnte auf die Durchführung der wasserbaulichen

und technischen Maßnahmen gerichtet sein, die für die Erhaltung eines ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluss und die Erhaltung der Schiffbarkeit der minderfrequentierten Bundeswasserstraßen erforderlich sind.

Die allgemeine Leistungsklage ist in der Verwaltungsgerichtsordnung zwar nicht eigenständig geregelt, jedoch mehrfach erwähnt (so in § 43 Abs. 2 Satz 1, §§ 111 Satz 1, 113 Abs. 4 VwGO, der Sache nach auch in § 113 Abs. 1 Satz 2, § 169 Abs. 2 und § 172 VwGO). Aufgrund dieses Gesetzesbefundes, des grundrechtlichen Erfordernisses effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) sowie der Leitmaxime eines flächendeckenden und lückenlosen Verwaltungsrechtsschutzes (so die Generalklausel des § 40 Abs. 1 VwGO) ist allgemein anerkannt, dass die allgemeine Leistungsklage zum Kanon der verwaltungsprozessualen, gesetzlich bereitgestellten Klagearten gehört.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 25.02. 1969 – I C 65.67, BVerwGE 31, 301 (303); BVerwG, Urteil vom 28.10.1970 – VI C 48.68, BVerwGE 36, 192 (199 ff.); BVerwG, Urteil vom 08.12.1972 – VI C 8.70, BVerwGE 41, 253 (255 f.); BVerwG, Urteil vom 17.01.1980 – VII C 42.78, BVerwGE 59, 319 (325 f.); BVerwG, Urteil vom 22.05.1980 – 2 C 30.78, BVerwGE 60, 144 (150); BVerwG, Urteil vom 20.05.1987 – 7 C 83.84, BVerwGE 77, 268 (274 f.); ständige Rechtsprechung; im Schrifttum statt vieler: Wolf-Rüdiger Schenke, in Kopp/Schenke, a.a.O., vor § 40 Rn. 4, 8 a; Jost Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O., § 42 Abs. 1 Rn. 150 ff.; Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 42 Rn. 39 ff.; Klaus F. Gärditz, in: ders., VwGO, 2. Aufl. 2018, § 42 Rn. 40 ff.

Mit der allgemeinen Leistungsklage sind Ansprüche verfolgbar, die auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sind – vorausgesetzt, dass sie nicht die Aufhebung oder den Erlass eines Verwaltungsakts zum Gegenstand haben, also nicht mit der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage (nach § 42 Abs. 1 VwGO) zu verfolgen sind.

BVerwG, Urteil vom 25.02.1969 – I C 65.67, BVerwGE 31, 301 (303); ständige Rechtsprechung; im Schrifttum statt vieler: Wolf-Rüdiger Schenke, in: Kopp/Schenke, a.a.O., vor § 40 Rn. 8 a; Jost Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O., § 42 Abs. 1 Rn. 150, 152, 154; Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 42 Rn. 39; Klaus F. Gärditz, a.a.O., § 42 Rn. 43.

Gegenstand einer allgemeinen Leistungsklage können somit insbesondere Maßnahmen des schlichten Verwaltungshandelns, namentlich Realakte der öffentlichen Verwaltung, sein.

Vgl. statt vieler: Wolf-Rüdiger Schenke, in: Kopp/Schenke, a.a.O., vor § 40 Rn. 8 a, auch R.P. Schenke, ebenda, § 42 Rn. 13; Jost Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O., § 42 Abs. 1 Rn. 152, 154; Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 42 Rn. 41; Klaus F. Gärditz, a.a.O., § 42 Rn. 40, 43.

In den beschriebenen Fallkonstellationen des Gieselaukanals und seiner Schleuse sowie des typisierten Sachverhalts einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße mit integrierter Schleuse stellen die wasserbaulichen und technischen, zur Erhaltung eines ordnungsgemäßen Wasserabflusses sowie der Schiffbarkeit erforderlichen Unterhaltungsmaßnahme Realakte dar. Diese können als solche nicht den Gegenstand einer Verpflichtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) bilden, sondern im Verwaltungsrechtsweg allenfalls mittels einer allgemeinen Leistungsklage begehrt werden.

Zu beachten ist indessen, dass eine allgemeine Leistungsklage nur dann mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann, wenn der Kläger in der Lage ist, einen hinreichend bestimmten und vollstreckungsfähigen Leistungsantrag zu stellen.

So Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 42 Rn. 125.

Ob in den hier erörterten Fällen, in denen eine Bundeswasserstraße und ihre integrierte, funktionsnotwendige Schleuse infolge einer Situationsänderung ihre faktische Verkehrsbedeutung eingebüßt haben und von der Schifffahrt nur noch in deutlich verringerten Maße genutzt werden und überdies die integrierte Schleuse infolge ihres Alters und der Abnutzung erneuerungsbedürftig geworden ist, das territorial betroffene Bundesland in der Lage ist, einen hinreichend bestimmten und vollstreckungsfähigen Leistungsantrag zu stellen, erscheint zumindest zweifelhaft. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die erforderlichen wasserbaulichen und technischen Unterhaltungsmaßnahmen, die dem Bund nach Maßgabe der §§ 7 und 8 WaStrG obliegen und seitens des Landes eingeklagt werden müssten, nicht auf einzig richtige Lösungen reduziert werden können. Sie können daher in aller Regel nicht in einem hinreichend bestimmten und vollstreckungsfähigen Antrag einer verwaltungsgerichtlichen Leistungsklage fixiert werden. Vielmehr unterliegt die Planung und Gestaltung der in solchen Fällen erforderlichen Sanierungs- und Erneuerungsmaßnahmen sowie die Auswahl unter den alternativ und optional in Betracht kommenden Maßnahmenvarianten der Entscheidungsbefugnis der zuständigen Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes. Die insoweit zu treffenden

Gestaltungs- und Auswahlentscheidungen sowie die hiermit verbundenen Konkretisierungen kann weder die Verwaltung eines territorial betroffenen Bundeslandes in Wege einer verwaltungsgerichtlichen Leistungsklage mit einem bestimmten Leistungsantrag noch das angerufene Gericht mittels eines vollstreckungsfähigen Leistungsurteils an sich ziehen.

In diesem Sinne auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 28.10.1999 – 5 S 2149/98, DVBl. 2000, 820 (821), bezogen auf die Klage einer Gemeinde gegen ein Bundesland wegen der Nichterfüllung der ihr gegebenen Zusage einer staatlichen Behörde, mit der Gemeinde einen öffentlich-rechtlichen Vertrag über den Bau und die Unterhaltung einer Lärmschutzanlage zum Schutz gemeindlicher Wohnbebauung entlang einer Bundesautobahn abzuschließen.

Diese Sach- und Entscheidungslage spricht für die Statthaftigkeit einer verwaltungsprozessualen Feststellungslage des betroffenen Landes gegen den Bund wegen des Bestehens eines Rechtsverhältnisses (§ 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) sowie für die Anerkennung einer Ausnahme von der grundsätzlichen Subsidiarität der Feststellungsklage (§ 43 Abs. 2 VwGO).

Näheres dazu im Folgenden unter b); im gleichen Sinne für die Statthaftigkeit einer Feststellungsklage in der vorerwähnten, sachlich vergleichbaren Fallsituation: VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 28.10.1999 – 5 S 2149/98, DVBl. 2000, 820 f.

#### *b) Feststellungsklage*

Durch eine verwaltungsprozessuale Feststellungsklage kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat (§ 43 Abs. 1 Alt. 1 VwGO).

##### *aa) Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis*

Der Begriff des feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses wird sehr weit verstanden. Unter ihn fallen diejenigen rechtlichen Beziehungen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer diesen Sachverhalt betreffenden öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von natürlichen oder juristischen Personen untereinander oder von einer Person zu einer Sache ergeben. Ein Rechtsverhältnis liegt demnach vor, wenn sich Rechtsbeziehungen in der Weise verdichtet haben, dass eine der beteiligten Personen etwas Bestimmtes tun muss, kann oder darf

oder nicht zu tun braucht. Voraussetzung dafür ist mithin im Rahmen des § 43 Abs. 1 VwGO das Vorliegen eines überschaubaren, gerade den Kläger betreffenden Sachverhalts, auf den eine öffentlich-rechtliche Norm angewandt werden kann.

BVerwG, Urteil vom 26.01.1996 – 8 C 19.94, BVerwGE 100, 262 (264);  
BVerwG, Urteil vom 23.08.2007 – 7 C 13.06, BVerwGE 129, 199 Rn. 21;  
BVerwG, Urteil vom 28.05.2014 – 6 A 1.13, BVerwGE 149, 359 Rn. 20;  
OVG Münster, Urteil vom 08.02.2002 – 15 A 4734/01, NVwZ-RR 2003,  
376; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 02.04.2009 – 11 B 7/08, NVwZ-  
RR 2009, 914; ferner statt vieler: Jost Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier,  
a.a.O., § 43 Rn. 5 ff.; Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 43 Rn. 5 ff.

Im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse sind die bezeichneten Voraussetzungen eines Rechtsverhältnisses zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein zweifelsfrei erfüllt. Auf den konkreten und überschaubaren Sachverhalt dieser katalogisierten Bundeswasserstraße und ihrer funktionsnotwendigen Schleuse sowie ihrer situationsbedingt verringerten Verkehrsbedeutung sind die öffentlich-rechtlichen Vorschriften über die vorgegeben Modalitäten einer Bestandsänderung (§ 2 WaStrG) und die wasserstraßenrechtliche Unterhaltungspflicht des Bundes (§§ 7 und 8 WaStrG) anwendbar. Aufgrund der Anwendung dieser Vorschriften auf die aktuelle Konfliktlage des Gieselaukanals und seiner erneuerungsbedürftigen Schleuse stehen der unterhaltungspflichtige Bund und das territorial betroffene Land Schleswig-Holstein in einer konkretisierten und individualisierten Rechtsbeziehung, die – wie oben dargelegt – als besonderes Verwaltungsrechtsverhältnis zu qualifizieren ist und eine subjektiv-rechtliche Unterhaltungspflicht des Bundes gegenüber dem territorial betroffenen Land Schleswig-Holstein sowie einen korrespondierenden Anspruch des Landes gegen den Bund umschließt.

Die aus der Anwendung des Gesetzes (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. der Anlage 1 des WaStrG sowie §§ 2, 7 und 8 WaStrG) und aus den Fallumständen des Gieselaukanals und seiner Schleuse folgende Rechtsbeziehung zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein sowie die hieraus resultierenden subjektiv-rechtlichen Verpflichtungen des Bundes und die korrespondierenden Ansprüche des Landes Schleswig-Holstein sind auch feststellungsfähig. Sie lassen sich unschwer in einen verwaltungsprozessualen Feststellungsantrag fassen.

Die prozessuale Grundsatzfrage, ob das Vorliegen eines Meinungsstreits zwischen den Beteiligten hinsichtlich bestimmter Rechte und Pflichten ein konstitutives und

notwendiges Merkmal eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO ist,

so BVerwG, Urteil vom 14.05.1963 – VII C 33.63, BVerwGE 16, 92 (93);  
BVerwG, Urteil vom 13.10.1971 – VI C 57.66, BVerwGE 38, 346 (347);  
BVerwG, Urteil vom 23.01.1992 – 3 C 50.89, BVerwGE 89, 327 (329 f.);  
BVerwG, Urteil vom 26.01.1999 – 8 C 19.94, BVerwGE 100, 262 (265);  
BVerwG, Urteil vom 28.01.2010 – 8 C 38.09, BVerwGE 136, 75 Rn. 32, 36;  
OVG Münster, Urteil vom 17.09.2013 – 13 A 1100/12, NVwZ 2013, 1553;  
ablehnend dazu die überwiegende Auffassung im Schrifttum, so z.B. Helge  
Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 43 Rn. 55 f. m.w.N.,

kann im vorliegenden Kontext dahingestellt bleiben. Da im Fall des Gieselaukanals und seiner Schleuse ein offener und aktueller Meinungsstreit zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein besteht,

dazu oben Abschnitt A. I. 2. mit Nachweisen zu der hierrüber gewechselten Korrespondenz und den gegensätzlichen Rechtsstandpunkten,

liegt hier auch dieses in der Rechtsprechung geforderte Merkmal eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO vor.

In Fällen des typisierten und abstrahierten Sachverhalts ist, wie oben klargestellt, von einer gleichartigen Sach- und Konfliktlage sowie von einer gleichgelagerten Kontroverse auszugehen, in der von Bundes- und Landesseite gegensätzliche Rechtspositionen eingenommen werden, die den im Fall des Gieselaukanals und seiner Schleuse vertretenen Standpunkten entsprechen.

Dazu oben Abschnitt B. I. 2.

Unter diesen Prämissen liegt daher auch in Fällen des typisierten und abstrahierten Sachverhalts ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis gemäß § 43 Abs. 1 VwGO vor.

#### bb) Feststellungsinteresse

Die Zulässigkeit einer verwaltungsprozessualen Festsetzungsklage setzt des Weiteren voraus, dass der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat (§ 43 Abs. 1 letzter Halbsatz VwGO). Nach allgemein anerkannter Definition umfasst das berechtigte Interesse im Sinne dieser Vorschrift jedes nach vernünftigen Erwägungen durch die Sachlage gerechtfertigte schutzwürdige Interesse

rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, das hinreichend gewichtig ist, um die Position des Betroffenen zu verbessern.

BVerwG, Urteil vom 28.10.1970 – VI C 55.68, BVerwGE 36, 218 (226); BVerwG, Urteil vom 06.02.1986 – 5 C 40.84, BVerwGE 74, 1 (4); BVerwG, Urteil vom 26.01.1996 – 8 C 19.94, BVerwGE 100, 262 (271); BVerwG, Urteil vom 28.01.2010 – 8 C 38.09, BVerwGE 136, 75 Rn. 54 f.; OVG Magdeburg, Beschluss vom 07.12.2015 – 2 L 173/13, NVwZ-RR 2016, 443 Rn. 10; ferner statt vieler: W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, a.a.O., § 43 Rn. 23, 24; Jost Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O., § 43 Rn. 32 ff.; Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 43 Rn. 77.

Das gesetzlich geforderte Feststellungsinteresse des Klägers muss gerade gegenüber dem Beklagten bestehen.

Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 43 Rn. 79.

Im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse ergibt sich das berechnigte, gegenüber dem Bund bestehende Interesse des Landes Schleswig-Holstein an der baldigen gerichtlichen Feststellung hinsichtlich der fortbestehenden Unterhaltungspflicht des Bundes nach Maßgabe der §§ 7 und 8 WaStrG, der gesetzlich vorgegebenen Modalitäten einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG sowie der Rechts- und Pflichtwidrigkeit einer faktischen Nichtunterhaltung der Schleuse seitens des Bundes daraus, dass der drohende Rückzug des Bundes aus der wasserstraßenrechtlichen Unterhaltung des Kanals und der Schleuse die regionale Infrastruktur der Wasserstraßen und des Schiffsverkehrs zerreißen oder zumindest empfindlich beeinträchtigen würde. Betroffen wäre hierdurch das Land in seiner Verantwortung für die regionale Raumordnung und die Gewässerstruktur sowie – infolge einer aufgedrängten Lastenverschiebung – auch in seiner Kompetenz und Regelungsbezugnis für die allgemeine, im Wasserwirtschaftsrecht geregelte Gewässerunterhaltung (§§ 39, 40 WHG und §§ 40 ff. WG SH), die bei Gewässern erster Ordnung (außerhalb der Bundeswasserstraßen) dem Land obliegt.

Vgl. Rüdiger Breuer/Klaus F. Gärditz, a.a.O., Rn. 230; auch Michael Reinhardt, in: Czychowski/Reinhardt, a.a.O., § 39 Rn. 15 (mit Bezug auf Binnenwasserstraßen, die in der Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 WaStrG nicht aufgeführt sind).

Die infrastrukturbezogenen, wasserwirtschaftlichen und finanziellen Folgen des drohenden Rückzugs des Bundes aus der wasserstraßenrechtlichen Unterhaltung

des Kanals und der Schleuse würden mithin das Land nachteilig treffen. In der dargelegten, im Korrespondenzwege ausgetragenen Kontroverse zwischen dem Bund und den Land Schleswig-Holstein,

dazu oben Abschnitt A. I. 2.,

sind die insoweit dem Land drohenden Nachteile deutlich benannt und erläutert worden. Hierauf wird an dieser Stelle Bezug genommen. Für eine verwaltungsprozessuale Feststellungsklage des Landes, welche die fortbestehende Verpflichtung des Bundes zur Unterhaltung des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse, den korrespondierenden Anspruch des Landes, die fehlenden Voraussetzungen einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG sowie die Rechts- und Pflichtwidrigkeit einer faktischen Nichtunterhaltung seitens des Bundes zum Gegenstand hat, verfügt das Land somit über das prozessual erforderliche Feststellungsinteresse nach § 43 Abs. 1 VwGO.

In den Fällen des typisierten Sachverhalts besteht nach den obigen Prämissen eine gleichartige Sach- und Interessenlage. Daher ist davon auszugehen, dass dort – ebenso wie im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse – bei Zugrundelegung der bezeichneten Sachverhaltsprämissen nicht nur ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis, sondern auch ein prozessuales Feststellungsinteresse des territorial betroffenen Bundeslandes gemäß § 43 Abs. 1 VwGO vorliegt.

cc) Ungeschriebenes Erfordernis einer Klagebefugnis?

Ob das in § 42 Abs. 2 VwGO für die Anfechtungs- und die Verpflichtungsklage geregelte Erfordernis einer Klagebefugnis für die Feststellungsklage entsprechend gilt, ist umstritten. In der Rechtsprechung ist diese Frage vielfach bejaht und § 42 Abs. 2 VwGO auf Feststellungsklagen analog angewandt worden. Dies ist mit der Begründung geschehen, dass „die dem Verwaltungsprozeß fremde Popularklage zu vermeiden“ sei; der Kläger müsse in seiner eigenen Rechtsstellung berührt sein.

So zuerst BVerwG, Beschluss vom 09.12.1981 – 7 B 46/81 u. a., NJW 1982, 2205; bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 30.07.1990 – 7 B 71.89, NVwZ 1991, 470 (471).

Demgemäß seien – so das Bundesverwaltungsgericht – die auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses gerichteten Feststellungsklagen nur zulässig, „wenn es dem Kläger dabei um die Verwirklichung eigener Rechte geht, sei es, daß er an dem festzustellenden Rechtsverhältnis selbst beteiligt ist, sei es, daß von dem Rechtsverhältnis immerhin eigene Rechte des Klägers abhängen“.

So BVerwG, Beschluss vom 30.07.1990 – 7 B 71.89, NVwZ 1991, 470 (471) unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschluss vom 09.10.1984 – 7 B 187.84, NVwZ 1985, 112; bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 29.06.1995 – 2 C 32.94, BVerwGE 99, 64 (66); BVerwG, Urteil vom 26.01.1996 – 8 C 19.94, BVerwGE 100, 262 (271 f.); BVerwG, Urteil vom 28.06.2000 – 11 C 13.99, BVerwGE 111, 276 (279 f.); BVerwG, Urteil vom 24.06.2004 – 4 C 11.03., NVwZ 2004, 1229 (1230).

Gegen die Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO auf die Feststellungsklage wird eingewandt, dass die rechtmetho- dischen Voraussetzungen einer Analogie in Gestalt einer planwidrigen Gesetzeslücke bei der verwal- tungsprozessualen Feststellungsklage nicht erfüllt seien.

So Hans-Werner Laubinger, VerwArch. 82 (1991), 459 (491 ff.); Helge So- dan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 42 Rn. 374, § 43 Rn. 72; Andreas Glaser, in: Gärditz, a. a. O., § 43 Rn. 84 ff.

Mit dieser Kritik wird der zutreffende rechtspraktische Hinweis verbunden, dass eine unzulässige, systemwidrige und allgemein abgelehnte Popularklage schon durch das richtig verstandene Erfordernis des Feststellungsinteresses (§ 43 Abs. 1 VwGO) ausgeschlossen wird, demzufolge der Kläger ein berechtigtes eigenes Interesse an der begehrten Feststellung haben muss.

So Hans-Werner Laubinger, VerwArch. 82 (1991), 459 (492 und 494); auch Friedrich Schoch, JuS 1987, 783 (790); Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a. a. O., § 42 Rn. 374.

Zudem wird der Kreis potentieller Kläger bereits durch das konsequent anzuwen- dende Tatbestandsmerkmal des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsver- hältnisses (§ 43 Abs. 1 VwGO) auf Personen beschränkt, die in rechtlichen Bezie- hungen zueinander stehen und deshalb Rechte und Pflichten gegeneinander ha- ben können. Auch dadurch wird eine Popularklage zuverlässig ausgeschlossen, ohne dass es einer analogen Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO bedarf.

So Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a. a. O., § 42 Rn. 374.

Die rechtssystematische Streitfrage, ob das Erfordernis einer Klagebefugnis aufgrund analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO auf die verwaltungsprozessuale Feststellungsklage entsprechend anwendbar ist, braucht indessen im vorliegenden Kontext nicht entschieden zu werden, weil es auf ihre Beantwortung nicht entscheidend ankommt. Wenn man das Erfordernis einer Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO verneint, erübrigt sich dessen Prüfung im Rahmen der Zulässigkeit einer Feststellungsklage; diese ist dann zulässig, wenn – wie hier – die geschriebenen Voraussetzungen des § 43 VwGO erfüllt sind. Wenn man hingegen das gesonderte Erfordernis einer Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO bejaht, sind die Umstände und rechtlichen Betroffenheiten zu berücksichtigen, die im Fall des Gieselaukanals und seiner Schleuse wie auch in den Fallkonstellationen des typisierten und abstrahierten Sachverhalts ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land begründen,

dazu die obigen Ausführungen unter aa),

und das nach § 43 Abs. 1 letzter Halbsatz VwGO erforderliche Feststellungsinteresse tragen,

dazu die obigen Ausführungen unter bb).

Aufgrund dieser Umstände und rechtlichen Betroffenheiten muss dem betroffenen Land für eine auf Feststellung der fortbestehenden Unterhaltungspflicht gerichtete Klage gegen den unterhaltungspflichtigen, aber erklärtermaßen unterhaltungsunwilligen Bund bei analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO die Klagebefugnis wegen der möglichen Verletzung eigener Rechte zuerkannt werden. Maßgebend hierfür ist, dass die Unterhaltungspflicht des Bundes nicht nur objektiv-rechtlichen, sondern auch subjektiv-rechtlichen Charakter hat; mit ihr korrespondiert deshalb ein subjektiv-rechtlicher Anspruch des territorial betroffenen Landes. Wie oben dargelegt, folgt dies im Fall des Gieselaukanals und seiner Schleuse aus dem besonderen Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein.

Dazu oben Abschnitt A. III. 1., Zusammenfassung in Abschnitt A. IV. 1. bis 3.

In Fällen des typisierten Sachverhalts minderfrequenzierter Bundeswasserstraßen folgt die subjektiv-rechtliche Betroffenheit des klagenden Landes aus dem im Bund-Länder-Verhältnis heranzuziehenden Grundsatz der Bundestreue und des bundesfreundlichen Verhaltens.

Dazu oben Abschnitt B. III. 2. c) und d), Zusammenfassung in Abschnitt B. IV. 4. bis 13.

Schon das prozessuale Tatbestandsmerkmal des feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses und das erforderliche Feststellungsinteresse nach § 43 Abs.1 VwGO stellen somit die subjektiv-rechtliche Betroffenheit des Klägers sicher, so dass die gesondert postulierte Klagebefugnis (analog § 42 Abs. 2 VwGO) regelmäßig keine praktische Relevanz entfaltet.

Im gleichen Sinne ist die rechtssystematische Verhältnisbestimmung für die Sachurteilsvoraussetzungen einer Feststellungsklage bei Jost Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, a. a. O., § 43 Rn. 31 zu verstehen: „Richtigerweise ergibt sich das Erfordernis der Betroffenheit in der eigenen Rechtssphäre schon aus dem oben befürworteten Verständnis des Rechtsverhältnisses, das Rechte und Pflichten zwischen Kläger und Beklagten und damit definitionsgemäß die Rechtssphäre des Klägers betreffen muss.“

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass im vorliegenden Kontext die Zulässigkeit einer verwaltungsprozessualen Feststellungsklage des territorial betroffenen Landes (im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse: des Landes Schleswig-Holstein) gegen den Bund nicht von der Beantwortung der rechtssystematischen Streitfrage abhängt, ob es analog § 42 Abs. 2 VwGO einer Klagebefugnis bedarf. Selbst wenn man deren rechtssystematische Erforderlichkeit bejaht, ändert dies nichts an der Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage, weil die unterstellte Voraussetzung der Klagebefugnis, nämlich die mögliche Verletzung des betroffenen und ggf. klagenden Landes in eigenen Rechten, aus eben denjenigen Gründen erfüllt sind, welche – wie zuvor dargelegt – bereits ausschlaggebend dafür sind, dass ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis und das erforderliche Feststellungsinteresse im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO vorliegen.

dd) Subsidiarität der Feststellungsklage – Grundsatz und Ausnahmen

Nach dem Grundsatz des § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann die verwaltungsgerichtliche Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Daraus ergibt sich im vorliegenden Kontext die Frage, ob eine Feststellungsklage des territorial betroffenen Landes gegen den Bund zur Durchsetzung der dem Bund obliegenden Unterhaltungspflicht hinsichtlich einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße und ihrer integrierten Schleuse unstatthaft ist, weil ihr möglicherweise die Subsidiarität nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO entgegensteht. Eine Bejahung dieser Frage wäre indessen voreilig und verfehlt. Zu beachten ist, dass der Grundsatz der Subsidiarität von Feststellungsklagen nach der Rechtsprechung mehrfachen Ausnahmen unterliegt.

Der Grundsatz des § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO beruht darauf, dass der Gesetzgeber unnötige Klagen und nicht vollstreckungsfähige, die bloße gerichtliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses aussprechende Entscheidungen zu vermeiden sucht, wenn dem Kläger eine sachnähere und effektivere Klageart zur Verfügung steht. Gestaltungsklagen (namentlich die Anfechtungsklage) und Leistungsklagen (nämlich Verpflichtungs- und allgemeine Leistungsklagen) sind prinzipiell zur Durchsetzung des klägerischen Begehrens sachnäher und effektiver. Die grundsätzliche Subsidiarität der Feststellungsklage ergibt sich mithin aus dem Leitgedanken der Prozessökonomie.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 18.10.1985 – 4 C 21.80, NJW 1986, 1826 (1829); BVerwG, Urteil vom 29.08.1986 – 7 C 5.85, NVwZ 1987, 216 (217); BVerwG, Urteil vom 07.09.1989 – 7 C 4.89, DVBl. 1990, 155 (156); im Schrifttum zum Ganzen statt vieler: Wolf-Rüdiger Schenke, in: Kopp/Schenke, a. a. O., § 43 Rn. 26; Just Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, a. a. O., § 43 Rn. 40 ff.; Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a. a. O., § 43 Rn. 113 ff.; Andreas Glaser, in: Gärditz, a. a. O., § 43 Rn. 68 ff.

Die Rechtsprechung erkennt jedoch eine Ausnahme vom Grundsatz der Subsidiarität einer Feststellungsklage an, wenn diese sich gegen einen Verwaltungsträger richtet. Auch wenn der Kläger eine (allgemeine) Leistungsklage gegen den betreffenden Verwaltungsträger erheben könnte, sieht die Rechtsprechung eine gegen den Verwaltungsträger gerichtete Feststellungsklage aufgrund einer teleologischen Reduktion als statthaft an. Zur Begründung wird in den gerichtlichen Entscheidungen angeführt, dass der prozessökonomische Gedanke hier nicht durchgreife, weil die (allgemeine) Leistungsklage gegen den Verwaltungsträger nicht effektiver als eine Feststellungsklage sei; von dem beklagten Verwaltungsträger (oder seinen Behörden) sei angesichts der verfassungsmäßig verankerten Bindung an Gesetz

und Recht die Respektierung von Gerichtsurteilen auch ohne formellrechtlichen Vollstreckungsdruck zu erwarten.

So im Anschluss an die zivilgerichtliche Judikatur (vgl. etwa BGH, Urteil vom 09.06.1983 – III ZR 74/82, NJW 1984, 1118, 1119) z. B. BVerwG, Urteil vom 27.10.1970 – VI C 8.69, BVerwGE 36, 179 (181 f.); BVerwG, Urteil vom 02.07.1976 – VII C 71.75, BVerwGE 51, 69 (75); BVerwG, Urteil vom 22.02.2001 – 5 C 34.00, BVerwGE 114, 61 (63); BVerwG, Urteil vom 23.06.2010 – 8 C 20.09, BVerwGE 137, 171 Rn. 19; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 28.10.1999 – 5 S 2149/98, DVBl. 2000, 820 (821).

Im vorliegenden Kontext der wasserstraßenrechtlichen Unterhaltungspflicht sowie der Voraussetzungen und Modalitäten einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG scheint diese Ausnahme von der Subsidiarität der Feststellungsklage zu greifen, da die Klage des betroffenen Bundeslandes gegen den Bund zu richten ist.

Gegen die diesbezügliche Rechtsprechung werden allerdings im Schrifttum Einwände erhoben; sie widerspreche dem Wortlaut des § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO, zudem seien die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion nicht gegeben.

So Wolf-Rüdiger Schenke, in: Kopp/Schenke, a. a. O., § 43 Rn. 28; Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a. a. O., § 43 Rn. 121.

Die Grundsatzfrage dieser Ausnahme von der Subsidiarität der Feststellungsklage braucht indessen im vorliegenden Kontext nicht entschieden zu werden. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Reichweite der aufgezeigten Divergenz zwischen der Rechtsprechung und dem Schrifttum begrenzt ist, weil auch im Schrifttum die Subsidiarität der Feststellungsklage nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO auf Konstellationen beschränkt wird, in denen die Leistungsklage effektiveren Rechtsschutz bietet.

So Jost Pietzcker, in: Schoch/Schneider/Bier, a. a. O., § 43 Rn. 43; Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a. a. O., § 43 Rn. 122 ff.

Wenn umgekehrt die zwischen den Beteiligten streitige, den Kern der Kontroverse bildende Rechtsfrage sachgerecht und in voller Übereinstimmung mit dem Rechtsschutzinteresse der Beteiligten durch Feststellungsurteil geklärt werden kann, darf der Kläger nicht auf eine Leistungsklage verwiesen werden, in deren Rahmen das zur gerichtlichen Feststellung gestellte Rechtsverhältnis eine bloße Vorfrage wäre. Die zentrale und entscheidungsbedürftige Rechtsfrage würde dann durch die wei-

teren Rechtsfragen eines Leistungsbegehrens überlagert. Der Tenor eines Leistungsurteils enthält keine Entscheidung der zentralen, dem Streit der Beteiligten zugrunde liegenden Rechtsfrage, sondern nur einen Ausspruch über das klägerische, typischerweise eng gefasste Leistungsbegehren. Es entspricht – wie das Bundesverwaltungsgericht ausgesprochen hat – „eher dem Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes, die erstrebten Feststellungen in der Urteilsformel zum Ausdruck zu bringen, als sie in den Gründen eines auf eine allgemeine Leistungsklage ergehenden Urteils ‚zu verstecken‘“.

So BVerwG, Urteil vom 04.02.2016 – 5 C 12.15, NVwZ 2016, 1579 f.; zustimmend unter dem Gesichtspunkt der Effektivität des Rechtsschutzes Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a. a. O., § 43 Rn. 123.

Dies gilt auch in der vorliegenden Konfliktkonstellation, in der die fortbestehende Unterhaltungspflicht des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen Zustandes einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße und ihrer integrierten Schleuse den Kern der Kontroverse zwischen dem Bund und dem territorial betroffenen Land bildet.

In der vorliegenden Konfliktkonstellation kommt im Hinblick auf das Verhältnis zwischen der Feststellungsklage und der allgemeinen Leistungsklage hinzu, dass eine vom Bund geschuldete Leistung in Gestalt wasserbaulicher und technischer Unterhaltungsmaßnahmen nur schwer, wenn überhaupt, in einem hinreichend bestimmten und vollstreckungsfähigen Antrag einer verwaltungsgerichtlichen Leistungsklage fixiert werden kann. Dieses Hindernis fällt umso mehr ins Gewicht, als die Planung und Gestaltung der dem Bund obliegenden Unterhaltungsmaßnahmen einschließlich eventuell erforderlicher Sanierungs- und Erneuerungsmaßnahmen sowie die Auswahl unter den alternativ und optional in Betracht kommenden Maßnahmenvarianten der Entscheidungsbefugnis der zuständigen Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes unterliegen. Angesichts dieser Sach- und Entscheidungslage erscheint eine allgemeine Leistungsklage – aus der Perspektive des Rechtsschutzbegehrens des betroffenen Landes betrachtet – nicht sachgerecht und wenig effektiv. Ausschlaggebend hierfür ist, dass in einem entsprechenden Klageantrag die geforderten Leistungen in Gestalt bestimmter Unterhaltungsmaßnahmen präzise bezeichnet werden müssten – eine Aufgabe, deren Lösung, wie dargelegt, weder dem betroffenen Land noch dem angerufenen Verwaltungsgericht zukommt.

Vgl. dazu oben Abschnitt C. I. 4. a im Hinblick auf die Statthaftigkeit sowie die begrenzten Möglichkeiten einer allgemeinen Leistungsklage des betroffenen Landes; zum Verhältnis der Feststellungsklage zur allgemeinen Leistungsklage auch VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 28.10.1999 – 5 S 2149/98, DVBl. 2000, 820 (821); Helge Sodan, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 43 Rn. 125.

Dagegen bietet eine Feststellungsklage dem betroffenen Land – und zwar im Ausgangsfall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse dem Land Schleswig-Holstein – die Möglichkeit, die zwischen Bund und Land umstrittene Rechtsfrage der Unterhaltungspflicht des Bundes für die minderfrequentierte Bundeswasserstraße und deren Schleuse sowie die kontroversen Voraussetzungen und Modalitäten einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG dem Grunde nach zur verwaltungsgerichtlichen Entscheidung zu stellen; diese muss dann in der Gestalt eines Feststellungsurteils ergehen, das die wesentlichen Streitfragen verbindlich klären kann. Somit erweist sich die Feststellungsklage hier als sachgerechte, effektivere und deshalb im Interesse des Rechtsschutzes vorzugswürdige Klageart. Ihr steht mithin die grundsätzliche Subsidiarität der Feststellungsklage (§ 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO) bei Berücksichtigung der hierzu in Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Leitlinien nicht entgegen.

## **II. Rechtsschutzmöglichkeiten betroffener Kommunen**

Die Frage, welche Möglichkeiten Kommunen haben, um eine Pflicht des Bundes zu Erhaltung des widmungsgemäßen Zustandes des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse sowie des ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluss in Gieselaukanal und Gieselauschleuse gerichtlich durchzusetzen,

so zum konkreten Ausgangsfall die obige Fragestellung unter A. I. 3. (8),

oder – bei generalisierter Problemstellung – eine Pflicht des Bundes zur Erhaltung des widmungsgemäßen Zustandes einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße und der integrierten Schleuse sowie des dortigen ordnungsgemäßen Zustandes für den Wasserabfluss gerichtlich durchzusetzen,

so zu dem typisierten und abstrahierten Sachverhalt die obige Fragestellung unter B. I. 3. (8),

liegt am Rand der erörterten Konfliktkonstellationen. Diese beziehen sich zum einen auf die aktuelle Problemlage und die Kontroverse zwischen dem Bund und

dem Land Schleswig-Holstein im Fall des Gieselaukanals und der erneuerungsbedürftig gewordenen Gieselauschleuse,

dazu oben Abschnitt A. I. 2.,

und zum anderen auf die entsprechende Problemlage in dem typisierten Sachverhalt, der durch Änderungen der faktischen Verkehrsbedeutung von Binnenwasserstraßen des Bundes gekennzeichnet ist und auf die Unterhaltungslast für eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße und deren integrierte Schleuse zielt.

Dazu oben Abschnitt B. I. 2.

Sowohl im konkreten Ausgangsfall des Gieselaukanals und seiner Schleuse als auch in dem typisierten und abstrahierten Sachverhalt geht es, wie oben dargelegt, um Rechtsfragen im Bund-Länder-Verhältnis. Kommunen sind an diesem Rechtsverhältnis nicht beteiligt. Daher ist auch keine rechtliche Betroffenheit von Kommunen hinsichtlich der wasserstraßenrechtlichen Unterhaltung erkennbar. Dies liegt im Fall des besonderen Verwaltungsrechtsverhältnisses zwischen dem Bund (als Rechtsnachfolger des Deutschen Reiches) und dem Land Schleswig-Holstein (als Rechtsnachfolger Preußens),

dazu oben Abschnitt A. III. 1.,

auf der Hand. Dort enthält auch der Planfeststellungsbeschluss des Regierungspräsidenten zu Schleswig vom 28.04.1938 für den Bau des Gieselaukanals,

dazu oben Abschnitt A. I. 1. b),

keinen Anhaltspunkt für eine eigene, auf den Bau oder Betrieb des Kanals bezogene Rechtsstellung von Gemeinden, Kreisen oder anderen Kommunen. An diesem Befund ändert auch der Umstand nichts, dass der Bund in der aktuellen Kontroverse dem Land ansinnt, dahin zu wirken, „dass z.B. der Kreis Dithmarschen oder ein anderer Dritter die Schleuse Gieselau, möglichst zusammen mit dem Gieselaukanal, übernimmt“.

So das Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 09.01.2017 – Az.: WS 13 /5221.40, Seite 2; dazu oben Abschnitt A. I. 2.

Dieses Ansinnen des Bundes ist auf die freiwillige Mitwirkung an einer Bestandsänderung im Sinne des § 2 WaStrG sowie auf die Abgabe entsprechender Willenserklärungen der Beteiligten gerichtet. Bisher ist – aus guten, zuvor dargelegten Gründen – weder das Land Schleswig-Holstein noch der Kreis Dithmarschen oder eine andere Kommune auf dieses Ansinnen des Bundes eingegangen. Da das auf Übernahme der Unterhaltungslast gerichtete Ansinnen des Bundes die Rechtsstellung des angesprochenen Kreises nicht berührt und die Rechtsstellung anderer Kommunen erst recht nicht tangiert, fehlt es insoweit an einer rechtlichen Betroffenheit von Kommunen. Da diese, soweit ersichtlich, auch über keine sonstigen wasserstraßenrechtlichen Rechtspositionen hinsichtlich des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse verfügen, werden sie auch durch eine faktische Nichtunterhaltung der Gieselauschleuse nicht in eigenen Rechten beeinträchtigt, welche gerichtlich geltend gemacht werden könnten. Daher verfügen die an den Gieselaukanal angrenzenden Kommunen über keine Rechtsschutzmöglichkeiten zur Durchsetzung der wasserstraßenrechtlichen Unterhaltungspflicht des Bundes für den Gieselaukanal und seine Schleuse.

Entsprechendes gilt auch für die normative Rechtsbeziehung zwischen dem Bund und dem jeweils territorial betroffenen Land in dem typisierten Sachverhalt. Auch an dieser normativen Rechtsbeziehung sind keine Kommunen beteiligt, da die gesetzliche Regelung der Bestandsänderung in § 2 WaStrG ebenso wie das verfassungsrechtliche, ergänzend anzuwendende Gebot der Bundestreue und des bundesfreundlichen Verhaltens auf des Bund-Länder-Verhältnis zugeschnitten ist. Auch in Fällen des typisierten Sachverhalts ist daher keine rechtliche, gerichtlich geltend zu machende Betroffenheit von Kommunen im räumlichen Umfeld einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße ersichtlich. Daher sind auch unter den Prämissen des typisierten Sachverhalts keine Rechtsschutzmöglichkeiten von Kommunen zur Durchsetzung der wasserstraßenrechtlichen Unterhaltungspflicht des Bundes hinsichtlich einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße und ihrer integrierten Schleuse erkennbar.

### **III. Rechtsschutzmöglichkeiten sonstiger Drittbetroffener?**

Rechtsschutzmöglichkeiten sonstiger Drittbetroffener,

die in den obigen Fragestellungen unter A. 1. 3. (8) und B. I. 3. (8) einbezogen sind,

sind weder im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse noch in dem, typisierten Sachverhalt einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße und ihrer integrierten Schleuse ersichtlich. Hierbei ist zu beachten, dass Dritte hinsichtlich der Unterhaltung sowie der Erhaltung der wasserwegerechtlichen Gebrauchstauglichkeit einer Wasserstraße und ihrer Schifffahrtsanlagen (wie Schleusen und Schiffshebewerken) keinen Anspruch haben. Wie oben dargelegt, verfügen Dritte, wie z.B. Eigentümer eines anliegenden oder benachbarten Grundstücks, über keine Ansprüche auf Erhaltung des Bestandes oder der Gebrauchstauglichkeit einer Bundeswasserstraße und ihrer Schifffahrtsanlagen. Falls eine Schifffahrtsanlage wie die funktionsnotwendige Schleuse einer Bundeswasserstraße infolge ihres Alters oder technischer Abnutzung außer Betrieb genommen werden muss, steht Dritten mithin kein Anspruch auf Sanierung oder Erneuerung sowie auf anschließende Wiederinbetriebnahme der betreffenden Anlage zu.

So OVG LSA, Beschluss vom 14.03.2012 – 1 L 123/11, NVwZ-RR 2012 511; dazu die obigen Ausführungen in den Abschnitten A. II. 2. (a.E.) und A. III. 4. b) m.w.N.

Mangels einer rechtlichen Betroffenheit Dritter scheidet Rechtsschutzmöglichkeiten sonstiger Drittbetroffener gegenüber dem unterhaltspflichtigen, aber die Unterhaltung vernachlässigenden Bund aus.

#### **IV. Ergebnis zu Teil C.: Rechtsschutzmöglichkeiten**

##### **1.**

Zur Durchsetzung der Unterhaltungspflicht des Bundes hinsichtlich einer minderfrequentierten Bundeswasserstraße und ihrer integrierten Schleuse verfügt das territorial betroffene Bundesland über Möglichkeiten des gerichtlichen Rechtsschutzes. Hierfür ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

##### **2.**

Da im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse die maßgebende Rechtsgrundlage in dem besonderen, fall- und umständebedingten Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Bund und dem Land Schleswig-Holstein besteht, hat der Streit über die Unterhaltungsverpflichtung des Bundes und den korrespondierenden Anspruch des Landes Schleswig-Holstein keinen verfassungsrechtlichen, sondern verwaltungsrechtlichen Charakter. Hierbei handelt es sich um eine öffentlich-

rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art, für die nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1. Satz 1 VwGO der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

**3.**

Auch in den Fallkonstellationen des typisierten Sachverhalts stellt ein Streit über die Unterhaltungspflicht des Bundes für eine minderfrequentierte Bundeswasserstraße sowie über das Verlangen einer Bestandsänderung im Sinne des § 2 WaStrG eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art dar.

**4.**

Im Fall des Gieselaukanals und seiner Schleuse ebenso wie in den Fallkonstellationen des typisierten Sachverhalts ist für die gerichtliche Auseinandersetzung zwischen dem betroffenen Land (als Kläger) und dem Bund (als Beklagtem) über die Unterhaltungspflicht des Bundes nach Maßgabe der §§ 7 und 8 WaStrG sowie über das Verlangen einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG die erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegeben.

**5.**

Als standhafte Klageart kommt eine allgemeine Leistungsklage oder eine Feststellungsklage des betroffenen Bundeslandes gegen den Bund in Betracht.

**6.**

Angesichts der komplexen Sach- und Entscheidungslage, die Planungs- und Gestaltungselemente enthält und eine Auswahl unter alternativ und optional in Betracht kommenden Maßnahmenvarianten umfasst, erscheint eine allgemeine Leistungsklage – aus der Perspektive des Rechtsschutzbegehrens des betroffenen Landes betrachtet – nicht sachgerecht und wenig effektiv, weil in einem entsprechenden Klageantrag die geforderten Leistungen in Gestalt bestimmter Unterhaltungsmaßnahmen präzise bezeichnet werden müssten. Diese gestalterische Festlegung kommt jedoch weder dem betroffenen Land noch dem angerufenen Verwaltungsgericht zu.

**7.**

Dagegen bietet eine Feststellungsklage, bezogen auf das hier gegebene und feststellungsfähige Rechtsverhältnis und gestützt auf das vorliegende Feststellungsinteresse, dem betroffenen Land die Möglichkeit, die zwischen Bund und Land umstrittene Rechtsfrage der Unterhaltungspflicht des Bundes für minderfrequentierte Bundeswasserstraße und deren Schleuse sowie die Voraussetzungen und Modalitäten einer Bestandsänderung nach § 2 WaStrG dem Grunde nach zur verwaltungsgerichtlichen Entscheidung in der Gestalt eines Feststellungsurteils zu stellen. In diesem Licht erweist sich die Feststellungsklage hier als sachgerechte, effektivere und deshalb im Interesse des Rechtsschutzes vorzugswürdige Klageart. Ihr steht die grundsätzliche Subsidiarität der Feststellungsklage (§ 43 Abs.2 Satz 1 VwGO) nicht entgegen.

**8.**

Weder im Fall des Gieselaukanals und der Gieselauschleuse noch in Fällen des typisierten Sachverhalts sind Rechtsschutzmöglichkeiten von Kommunen zur Durchsetzung der Unterhaltungspflicht des Bundes hinsichtlich der minderfrequentierten Bundeswasserstraße und ihrer integrierten Schleuse erkennbar.

**9.**

Mangels einer rechtlichen Betroffenheit Dritter scheiden Rechtsschutzmöglichkeiten sonstiger Drittbetroffener gegenüber dem unterhaltungspflichtigen, aber die Unterhaltung vernachlässigenden Bund aus.

Köln, im Dezember 2019

Prof. Dr. Rüdiger Breuer  
Rechtsanwalt