

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz  
und Reaktorsicherheit

Dr. Reiner Geulen  
Dr. Remo Klinger

10719 Berlin, Schaperstraße 15

Telefon: +49 / 30 / 88 47 28 - 0  
Telefax: +49 / 30 / 88 47 28 - 10  
e-mail: [klinger@geulen.com](mailto:klinger@geulen.com)

<http://www.geulenklinger.com>

08. Dezember 2004

**Gutachterliche Stellungnahme  
zu dem Bestehen von Kostenpflichten des Bundes  
bei dem Ausbau von Wasserstraßen aus dem Gesetz über  
den Staatsvertrag vom 29. Juli 1921 sowie der Nachträge  
vom 18. Februar 1922 insbesondere mit Hamburg**

Im Folgenden wird aus rechtlicher Sicht erörtert, ob insbesondere die Freie und Hansestadt Hamburg Ansprüche gegen den Bund geltend machen kann für die Kosten, die eine Vertiefung der Fahrrinne der Unter- und Außenelbe als Zufahrt zum Hamburger Hafen verursacht. Gleiches gilt für mögliche Ansprüche Bremens wegen einer Vertiefung der Außenweser.

Die gutachterliche Stellungnahme gelangt im Wesentlichen zu dem Ergebnis, dass der Bund die Kosten für diese Ausbaumaßnahmen nicht zu tragen hat.

**Gliederung:**

	Seite
<b>I. Rechtsgrundlagen.....</b>	<b>03</b>
<b>II. Kostentragungspflicht für die geplanten Vertiefungen.....</b>	<b>04</b>
1. Fortgeltung von Staatsvertrag und Nachtrag?.....	04
2. Verhältnis des Staatsvertrags zum Nachtrag.....	07
3. Wille der Vertragspartner.....	08
4. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Wandel von Rechtsbegriffen im Wasserrecht.....	10
5. Überlagerndes nachkonstitutionelles Recht.....	12
<b>III. Prozessrechtliche Fragen.....</b>	<b>15</b>
<b>IV. Zusammenfassung.....</b>	<b>15</b>

## I. Rechtsgrundlagen

Die wesentlichen rechtlichen Regelungen zur Unterhaltung und zum Ausbau von Bundeswasserstraßen (siehe für die Elbe die Nr. 9 der Anlage zu § 1 Abs. 1 Satz 1 WaStrG) finden sich im Bundes-Wasserstraßengesetz (WaStrG) sowie im Binnenschiffahrtsgesetz (BinSchAufgG). Im besonderen Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern sind darüber hinaus das Gesetz über den Staatsvertrag, betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 29. Juli 1921 (im Folgenden: Staatsvertrag 1921) sowie die Nachträge zu dem Gesetz über den Staatsvertrag, betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 18. Februar 1922 (im Folgenden: Nachtrag 1922) zu beachten. Der Staatsvertrag 1921 regelt in § 19 Folgendes:

„Das Reich wird den Bau neuer, dem allgemeinen Verkehr dienenden Wasserstraßen sowie den Um- und Ausbau der bestehenden Anlagen nach Maßgabe der verkehrs- und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Länder und der verfügbaren Mittel ausführen.“

Im Nachtrag 1922 (Hamburg) heißt es „zu §§ 18 und 19“ wie folgt:

„Hamburg hat bisher in der Elbe für ein derartiges Fahrwasser gesorgt, dass in der Regel die größten Seeschiffe Hamburg unter Ausnutzung des Hochwassers erreichen konnten. Das Reich wird das Gleiche tun. Zunächst soll die Elbe auf eine Tiefe von 10 m bei mittlerem Niedrigwasser oberhalb Cuxhavens und von 11 m unterhalb Cuxhavens gebracht werden.“

Eine ähnliche Regelung - jedoch beschränkt auf „das jeweilige Regelfrachtschiff“ - findet sich in einem Zusatzvertrag mit Bremen.

Das WaStrG regelt in § 12 Abs. 4 WaStrG der geltenden Fassung 1998:

„Ausbauverpflichtungen des Bundes nach dem Nachtrag zu dem Gesetz über den Staatsvertrag betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 18. Februar 1922 bleiben unberührt.“

## II. Kostentragungspflicht für geplante Vertiefungen

### 1. Fortgeltung von Staatsvertrag und Nachtrag?

Es ist bereits fraglich, ob der Staatsvertrag 1921 und der Nachtrag 1922 formell überhaupt noch rechtswirksam sind.

Beide Verträge wurden mit Zustimmung von Reichstag und Reichsrat als Vertragsgesetze verabschiedet und haben Gesetzesrang (vgl. zum Staatsvertrag 1921 das RGBl. S. 961 und zum Nachtrag 1922 das RGBl. I S. 222).

Durch § 6 Satz 3 der Wasserstraßenverordnung vom 15. April 1943 (RGBl. II – 131 (132)) wurden diese Vertragsgesetze aber aufgehoben.

Darin ist Folgendes geregelt:

„Sie [die Verordnung – Anm. des Verf.] tritt mit Wirkung vom 01. April 1943 in Kraft. Mit dem gleichen Zeitpunkt treten das Gesetz über den Staatsvertrag, betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich, vom 29. Juli 1921 (Reichsgesetzbl. S. 961), die Nachträge hierzu vom 18. Februar 1922 (Reichsgesetzbl. I S. 222) und vom 22. Dezember 1928 (Reichsgesetzbl. 1929 II S. 1) sowie die entsprechenden Gesetze der Länder außer Kraft.“

Drei Wochen später wurden bestimmte Regelungen der Vertragsgesetze trotz vorangegangener Aufhebung bis zu einer anderweitigen Regelung wieder für wirksam erklärt (Ziffer II. der Ersten Durchführungsverordnung zur Verordnung über die Reichswasserstraßen vom 06. Mai 1943 (RGBl. II, S. 149)). Diese Regelung bezieht sich jedoch nur auf bestimmte Nutzungsrechte und nicht auf die hier in Rede stehenden Bestimmungen zu Ausbautvorhaben:

„Trotz Aufhebung des Reichsgesetzes über den Staatsvertrag, betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich, vom 29. Juli 1921 (Reichsgesetzbl. S. 961), der Nachträge dazu und der entsprechenden Ländergesetze gemäß § 6 der Verordnung bleiben bis zu einer anderweitigen Regelung folgende Nutzungsrechte der an den Staatsverträgen beteiligten Länder und der Hansestadt Hamburg in dem Umfang aufrechterhalten, in dem sie solche an den

am 1. April 1921 von ihnen auf das Reich übergegangenen Wasserstraßen gehabt haben:

[es folgen einzelne näher bezeichnete Nutzungsrechte – Anm. des Verf.]“

Die Verordnung hat daher die Aufhebung der Ausbauverpflichtungen in den Zusatzverträgen nicht rückgängig gemacht.

Bundesrechtlich hat sodann das Wasserstraßenvermögensgesetz (WaStrVermG) in § 1 Abs. 1 Satz 4 die sinngemäße Fortgeltung der Regelungen des Staatsvertrags 1921 und des Nachtrags 1922 vorgesehen. Nach seinem Regelungsgegenstand betrifft dies jedoch nur Vorschriften mit vermögensrechtlichem Inhalt (siehe hierzu im Einzelnen *Friesecke*, Bundeswasserstraßengesetz - Kommentar, 5. Aufl. 2004, Einleitung Rdnr. 26).

Durch die Rechtsprechung wurde dies bestätigt. So hat das Bundesverfassungsgericht bereits frühzeitig entschieden, dass das WaStrVermG „nur die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundeswasserstraßen“ regelt; dies gelte auch für den Staatsvertrag 1921 nebst Nachträgen (BVerfG, Beschl. v. 11. April 1967 - 2 BvG 1/62 - BVerfGE 21, 312 (322 f.)).

Soweit der Bundesgerichtshof in mehreren Entscheidungen von der grundsätzlichen formellen Fortgeltung des Staatsvertrags 1921 und des Nachtrags 1922 ausgegangen ist, beziehen sich diese Entscheidungen ebenfalls nur auf den vermögensrechtlichen Status der Wasserstraßen (BGH, Urt. v. 28.05.1976 - III ZR 186/72 - NJW 1977, 31 (32); BGH, Urt. v. 13.05.1982 – III ZR 160/80 – NJW 1983, 994 (995)).

In BGH NJW 1983, 994 ff. führte der Bundesgerichtshof zunächst aus, dass aufgrund des § 1 WaStrVermG bestimmt sei, „dass die in dem Staatsvertrag vom 29.07.1921 nebst zwei Nachträgen getroffene Regelung sinngemäß weiter gilt“ (BGH NJW 1983, 994 (995)); allerdings geht auch der BGH davon aus, dass dies lediglich die vermögensrechtlichen Regelungen betrifft (siehe hierzu auch *Friesecke*, Bundeswasserstraßengesetz - Kommentar, 5. Aufl. 2004, Einleitung Rdnr. 26).

Grundsätzlich nicht mehr gelten die Vorschriften des Staatsvertrags und der Zusatzverträge, die das verfassungsrechtliche Verhältnis des Bundes und der Länder betreffen oder die Durchführung hoheitlicher Aufgaben regeln (*Friesecke*, Bundeswasserstraßengesetz - Kommentar, 5. Aufl. 2004, Einleitung Rdnr. 26).

Da die Ausbauverpflichtungen auf der Grundlage der Zusatzverträge eben dieses verfassungsrechtliche Verhältnis und die Durchführung hoheitlicher Befugnisse regeln, wurde auch durch § 1 Abs. 1 WaStrVermG keine Rechtsgrundlage zur Fortgeltung der Staatsverträge geschaffen.

In dem hier interessierenden Zusammenhang könnte sich jedoch durch § 12 Abs. 4 WaStrG eine andere Rechtslage ergeben. Die Vorschrift regelt Folgendes:

„Ausbauverpflichtungen des Bundes nach dem Nachtrag zu dem Gesetz über den Staatsvertrag betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 18. Februar 1922 (RGBl. S. 222) bleiben unberührt.“

In der Rechtsliteratur wird die Auffassung vertreten, dass durch § 12 Abs. 4 WaStrG eine Fortgeltung der Regelungen angeordnet wurde, die Ausbauverpflichtungen betreffen (*Friesecke*, Bundeswasserstraßengesetz - Kommentar, 5. Aufl. 2004, Einleitung Rdnr. 26; *Wirth/Schulze*, Bundeswasserstraßengesetz, 2. Aufl. 1998, § 12 Abs. 4).

Ob dies zutrifft ist in Zweifel zu ziehen. § 12 Abs. 4 WaStrG spricht nach seinem Wortlaut davon, dass „Ausbauverpflichtungen des Bundes nach dem Nachtrag ( ... ) unberührt“ bleiben. Soll eine Vorschrift „unberührt“ bleiben, setzt dies gemeinhin voraus, dass sie als solche wirksam ist. Dies ist die Vorschrift nach bisheriger Prüfung aber nicht.

Zweifel an der Formulierung in § 12 Abs. 4 WaStrG ergeben sich auch daraus, dass die durch das BVerfG und den BGH anerkannte Inkorporationsvorschrift des § 1 Abs. 1 Satz 4 WaStrVermG im Gegensatz zu § 12 Abs. 4 WaStrG davon spricht, dass die in den Verträgen getroffene-

ne Regelung „sinngemäß weiter gilt“. Die Vorschrift unterscheidet sich daher in ihrem Wortlaut von § 12 Abs. 4 WaStrG. Eine sinngemäße Fortgeltung hat der Bundesgesetzgeber – möglicherweise in Verken- nung der Rechtslage – für die die Ausbaupflichtungen betreffenden Regelungen nicht angeordnet. Ob der Gesetzgeber letztlich etwas an- deres regeln wollte, ist für die Frage der Rechtsanwendung unerheb- lich. Grenze jeder Auslegung ist der eindeutige Wortlaut. Dieser Wort- laut lässt hier Regelungen „unberührt“, die seit langem aufgehoben wa- ren. Die Vorschriften konnten auf diese Weise nicht wieder in Kraft ge- setzt werden.

## **2. Verhältnis des Staatsvertrags zum Nachtrag**

Selbst wenn man jedoch unterstellt, dass der Staatsvertrag 1921 und der Nachtrag 1922 in den hier einschlägigen Regelungen formell fort gilt, ergibt sich, dass eine Kostentragungspflicht des Bundes grund- sätzlich nicht besteht.

Dazu ist zunächst das Verhältnis zwischen dem Staatsvertrag 1921 und dem Nachtrag 1922 zu bestimmen.

Beide Verträge haben Gesetzesrang, da sie vom Reichstag mit Zu- stimmung des Reichsrats als Gesetz verabschiedet wurden.

In dem Beschluss des Reichstags zum Nachtrag 1922 (RGBl. 1922, 222) heißt es eingangs, dass der Reichstag die Zusatzvereinbarung mit den Ländern Preußen, Hamburg und Bremen „als dessen Anlage“ beschlossen hat. Der Nachtrag 1922 ist mithin durch gesetzlichen Be- schluss als „Anlage“ zu dem Staatsvertrag 1921 zu betrachten.

Grundsätzlich bedeutet die „Anlage“ zu einem Gesetz, dass diese das Gesetz konkretisiert. In einer Anlage werden Details der grundlegen- den gesetzlichen Vorschrift geregelt. Das Verhältnis zwischen dem Staatsvertrag 1921 und dem Nachtrag 1922 als Anlage zu diesem Staatsvertrag ist mithin bereits nach der Methodik der beiden Verträge und der Entscheidung des Gesetzgebers nicht durch ein Verhältnis von lex speciales zu lex generales anzusehen mit der Folge einer Deroga-

tion der entsprechenden Bestimmungen des Staatsvertrages 1921. Eine „Anlage“ zu einem Gesetz kann bereits nach der Methodik der Gesetzesauslegung die grundsätzliche Verpflichtung nicht derogieren; vielmehr begründet der Nachtrag lediglich eine Konkretisierung der Verpflichtungen des Reiches (Bundes) gegenüber den Ländern. Die Vertragsgesetze geben keinen Anhaltspunkt dafür, dass der Nachtrag die grundlegende Regelung in allen in dem Nachtrag geregelten Fragen ersetzen sollte.

Dies hat der nachkonstitutionelle Gesetzgeber dadurch bekräftigt, dass er in § 12 Abs. 4 WaStrG vorgesehen hat, dass Ausbauverpflichtungen des Bundes aus dem Nachtrag unberührt bleiben. Unabhängig von der oben dargestellten Frage der Wirksamkeit dieser Inkorporation, spricht die Vorschrift selbst bei einer unterstellten Inkorporation dafür, dass damit nicht nur auf die Anlage zu dem Vertragsgesetz (Nachtrag 1922), sondern auch auf das Vertragsgesetz als solches verwiesen wird. Damit stehen die Vorschriften ebenfalls unter dem allgemeinen Vorbehalt des § 19 des Staatsvertrages 1921, also unter dem Vorbehalt „der verkehrs- und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Länder“ sowie „der verfügbaren Mittel“.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass auch der Nachtrag nach seinem Wortlaut Beschränkungen für das zu schaffende Fahrwasser regelt. Zum einen sollen „die größten Seeschiffe Hamburgs“ den Hamburger Hafen nur „unter Ausnutzung des Hochwassers“ erreichen; zum andern soll dies nur „in der Regel“ der Fall sein. Auch die Vorschriften zu Bremen enthalten Einschränkungen, die den bisher geplanten Ausbauvorhaben entgegenstehen dürften.

### **3. Wille der Vertragspartner**

Unabhängig davon ist auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts die Frage zu prüfen, wie vorkonstitutionelle Gesetze, Staatsverträge oder rechtliche Regelungen, die formell fortgelten, heute auszulegen sind.

Konkret gilt dies insbesondere für die Frage, wie die Vereinbarungen „zu §§ 18 und 19“ des Nachtrags 1922 auszulegen sind, der zu Folge das Reich (der Bund) „das Gleiche tun“ wird, nämlich: für ein „derartiges Fahrwasser“ zu sorgen, „das in der Regel die größten Seeschiffe Hamburgs unter Ausnutzung des Hochwassers erreichen“ können.

Hierbei ist zunächst zu prüfen, welche Rechte und Pflichten die Vertragsparteien im Jahre 1922 überhaupt eingehen wollten.

Der Hamburger Hafen hat – soweit ersichtlich – in der Zeit seit 1922 eine grundsätzliche Veränderung seines Konzepts erfahren. Insbesondere in den letzten Jahrzehnten wurde der Hamburger Hafen zu einem großen Containerhafen ausgebaut; die streitige Elbvertiefung wird insbesondere deshalb für geboten gehalten, damit größere Containerschiffe der nächsten und übernächsten Generation den Hamburger Hafen erreichen können.

Es ist bereits aus diesem Grund zweifelhaft, ob die Vertragsparteien mit dem Begriff „die größten Seeschiffe“ seinerzeit eine so weit reichende Verpflichtung begründen wollten, dass bis ins nächste Jahrhundert hinein das Reich (der Bund) die Verpflichtung übernehmen wollte, die Kosten für einen Elbausbau zur Benutzung für derart große Containerschiffe zu tragen, deren Größe man sich seinerzeit schlechterdings nicht vorstellen konnte. Die Auffassung der Vertragsparteien des Jahres 1922 könnte sich mithin derart von der heutigen Realität unterscheiden, dass die Vertragspartner bei Kenntnis solcher Entwicklungen im Jahr 1922 eine derartige Verpflichtung nicht eingegangen wären.

Hierfür spricht im Übrigen auch, dass bereits die Vertragspartner 1921 und 1922 die Vereinbarung lediglich als eine vorläufige verstanden haben. § 30 des Staatsvertrags 1921 regelt ausdrücklich, dass sich die Parteien darüber einig sind,

„dass dieser Vertrag den Übergang der Wasserstraßen nur vorläufig und nicht vollständig regelt und der endgültigen Regelung nicht vorgeht. Die notwendigen Ergänzungen und Änderungen werden im Wege weiterer Vereinbarungen getroffen.“.

Es begegnet erheblichen rechtlichen Zweifeln, eine ausdrücklich als vorläufig angesehene vertragliche Regelung noch über 80 Jahre später als zwischen den Parteien verbindlich anzusehen (vgl. auch *Hoog*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz – Kommentar, 5. Aufl. 2003, Art. 89 Rn. 8).

#### **4. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Wandel von Rechtsbegriffen im Wasserrecht**

Unabhängig davon, dass es zweifelhaft ist, dass die Vertragsparteien (Reich und Freie und Hansestadt Hamburg) mit den „größten Seeschiffen“ auch die 80 bis 100 Jahre später fahrenden groß dimensionierten Containerschiffe mit entsprechendem Tiefgang gemeint haben, ist auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu fragen, inwieweit vertragliche oder gesetzliche Regelungen des vorkonstitutionellen Rechts durch den inzwischen erfahrenen Bedeutungswandel der einschlägigen Begriffe und Regelungen einer neuen zeitgemäßen Auslegung bedürfen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat insbesondere für den Bereich der Wasserwirtschaft entschieden, dass Vorstellungen über eine geordnete Wasserwirtschaft einem zeitlichen Wandel unterliegen und dass Normen und Verträge – insbesondere Regelungen des vorkonstitutionellen Rechts – unter Berücksichtigung dieses Wandels auszulegen sind:

„Das Instrumentarium für eine geordnete Wasserwirtschaft stellt in erster Linie das Wasserrecht zur Verfügung. Dort finden sich die meisten Regelungen für die verschiedenen Wassernutzungen, also für gezielte menschliche Eingriffe in den Wasserhaushalt (vgl. §§ 2 ff. WHG). Dort kommen auch die Vorstellungen darüber zum Ausdruck, was für den Wasserhaushalt schädlich oder gemeinverträglich ist. Diese Vorstellungen unterliegen einem zeitlichen Wandel. Der Wasserhaushalt gehört – wie andere Umweltmedien – zu den natürlichen Grundlagen des menschlichen Lebens. Diese anthropozentrische Sicht mag den Verfassungsgeber dazu bewogen haben, die Begriffe „Wasserhaushalt“ und „Wasserwirtschaft“ in das Grundgesetz einzuführen. In der Zwischenzeit hat sich das Wasserrecht aber zunehmend auch für eine ökologische Sicht geöffnet.“

(BVerwG, Urt. v. 17. April 2002 - BVerwG 9 A 24.01 - Schriftliche Fassung, S. 14).

Hieraus folgt, dass Rechte und Pflichten aus dem Nachtrag 1922 über den Wortlaut der jeweiligen Vereinbarungen hinaus auf der Grundlage der gesamten Rechtsordnung zu definieren sind, die für die Frage des Ausbaus der deutschen Seehäfen von Bedeutung ist. Neben der in § 1 Abs. 1 Satz 1 BinSchAufG geregelten Verpflichtung des Bundes, die Förderung des Binnenschiffsverkehrs „im allgemeinen deutschen Interesse“ zu gewährleisten, gehören hierzu die gesamten rechtlichen Regelungen und rechtsverbindlichen Planungen der Seehäfen und ihrer Hinterlandanbindungen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BinSchAufG, Bundesverkehrswegeplan etc.), die so genannte Göteborg-Conclusions des Europäischen Rats vom 15./16. Juni 2001 (insbesondere die Entkopplung von Wirtschaftswachstum und Verkehrswachstum), die nationalen deutschen sowie die europarechtlichen Vorschriften des Verkehrsrechts sowie des Umweltrechts oder die durch Haushaltsgesetz geregelten und begrenzten Zahlungsmöglichkeiten des Bundes.

Die Frage, welche Verpflichtung das Reich (der Bund) durch den Nachtrag 1922 und die dort verwendeten Formulierungen („... in der Regel die größten Seeschiffe ...“) eingegangen ist, lässt sich daher nicht durch eine einfache semantische Subsumtion leisten. Unter Berücksichtigung des in den letzten 80 Jahren erfolgten zeitlichen Wandels, der in einer Vielzahl von gesetzlichen Regelungen des nachkonstitutionellen Rechts Ausdruck gefunden hat, spricht daher nichts dafür, dass der Bund aufgrund des Nachtrags 1922 verpflichtet sein soll, unabhängig von dem zeitlichen Wandel der Funktion der einzelnen deutschen Seehäfen und ihres Verhältnisses untereinander allen deutschen Seehäfen jeweils unabhängig voneinander und unabhängig von „verkehrs- und wirtschaftlichen Bedürfnissen der einzelnen Länder“ und insbesondere den „verfügbaren Mitteln“ des Bundes jeweils einen uneingeschränkt optimalen Ausbau ihrer Häfen zu gewährleisten.

## 5. Überlagerndes nachkonstitutionelles Recht

- a) Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass der Nachtrag 1922 „Ausbauverpflichtungen“ nicht nur gegenüber Hamburg, sondern auch gegenüber den Ländern Bremen und Preußen begründete; der Nachtrag 1922 ist sowohl vertragsrechtlich als auch gesetzestechnisch als Einheit zu betrachten. Auch gegenüber Bremen hat sich das Reich in dem Nachtrag „zu §§ 18 und 19“ verpflichtet, „das Gleiche“ zu tun, d. h. eine bestimmte Fahrwassertiefe oberhalb und unterhalb Bremerhavens herzustellen. Ferner hat sich das Reich in dem Nachtrag 1922 verpflichtet, die Fahrwasser zu den Seehäfen Preußens in einer bestimmten Weise auszubauen; von besonderer Bedeutung ist hierbei die Erwähnung des Seehafens Emden (siehe hierzu im Nachtrag 1922 den „Zusatzvertrag mit Preußen“ „zu §§ 18 und 19“).

Dem trägt § 19 des Staatsvertrages dadurch Rechnung, dass der Vorbehalt des Ausbaus nicht nur die „verfügbaren Mittel“ (des Reiches bzw. des Bundes) betrifft, sondern auch die „verkehrs- und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Länder“ zu berücksichtigen sind. Unter Zugrundelegung dieser Vorbehalte spricht nichts dafür, dass die Nachträge jedem einzelnen Land und jedem einzelnen Seehafen des jeweiligen Landes kumulativ einen uneingeschränkten Anspruch auf die entsprechenden Ausbaumaßnahmen des Reiches (Bundes) gewährleisten sollten. Die „verkehrs- und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Länder“ schließen im föderalen Staat, wie er 1921 und 1922 bestand und seit 1949 wieder besteht, ein, dass die Länder ihre Interessen in Hinblick auf die verkehrs- und wirtschaftlichen Bedürfnisse zur Ertüchtigung der Seehäfen im Bund nur mit Rücksicht aufeinander sowie mit Rücksicht auf den Bund geltend machen können.

- b) Diese Vorbehalte ergeben sich auch daraus, dass der Staatsvertrag 1921 und der Nachtrag 1922 einer Auslegung im Lichte des nachkonstitutionellen Rechts (insbesondere des Verfassungsrechts) bedarf.

*Friesecke* hat im Anschluss an die höchstrichterliche Rechtsprechung zutreffend darauf hingewiesen, dass die Ausbauverpflichtung des Nachtrags 1922 wie alle vorkonstitutionellen Rechte und Pflichten nachkonstitutionell dem Regime des Grundgesetzes und hier insbesondere den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Verhältnisses zwischen den Ländern bzw. dem Bund und den Ländern unterliegt (*Friesecke*, Bundeswasserstraßengesetz - Kommentar, 5. Aufl. 2004, § 12 Rdnr. 15 sowie § 24 Rdnr. 18). Wörtlich heißt es bei *Friesecke*, dass die Verpflichtungen des Bundes aus dem Nachtrag 1922 verfassungsrechtlich durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingeschränkt werden:

„Die diesem Grundsatz zugehörigen Gebote der Geeignetheit und der Erforderlichkeit des Mittels verlangen unter anderem, dass im Einzelfall das Ergebnis einer Nutzen-Kosten-Untersuchung in die Entscheidung einfließen muss, ob das Bauvorhaben verwirklicht werden kann.“

Ausbauverpflichtungen ergäben sich nur „nach Maßgabe der verfügbaren Mittel“ (*Friesecke*, Bundeswasserstraßengesetz - Kommentar, 5. Aufl. 2004, § 12 Rdnr. 15).

Es kann hier dahinstehen, ob der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verfassungsrechtlich die *sedes materiae* ist. Da im vorliegenden Fall nicht nur das Verhältnis eines Bundeslandes zum Bund, sondern auch das Verhältnis mehrerer Bundesländer untereinander sowie die Berücksichtigung nationaler Interessen des Bundes unter Berücksichtigung der Rechte der Länder in Rede stehen, liegt es näher, die gegenseitigen Pflichten des Bundes und der Länder aus dem verfassungsrechtlichen Gebot der Bundestreue herzuleiten. Dieses legt den Ländern untereinander sowie den Ländern im Verhältnis zum Bund und dem Bund im Verhältnis zu den Ländern gegenseitige Rücksichtnahme auf (vgl. BVerfG, Urt. v. 07.04.1976 – 2 BvH 1/75 – BVerfGE 42, 103 (118); BVerfG, Beschl. v. 05.12.2001 – 2 BvG 1/00 – NVwZ 2002, 591 m.w.N.).

Dass der Bund bei seiner Entscheidung über einen Ausbau der deutschen Seehäfen auch die verkehrspolitischen und wirtschaftlichen Interessen anderer Bundesländer, darüber hinaus die allgemeinen deutschen Interessen und schließlich seine fiskalischen Möglichkeiten zu beachten hat, ergibt sich mithin nicht nur aus § 19 des Staatsvertrages 1921, sondern auch aus dem nachkonstitutionellen Grundsatz der Bundestreue, der gegenseitige Verpflichtungen zwischen dem Bund und den Bundesländern mit Seehäfen akzessorisch bestimmt.

- c) Schließlich wird diese Überlegung gestützt durch eine Betrachtung des nachkonstitutionellen einfachen Rechts. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 BinSchAufG obliegt dem Bund auf dem Gebiet der Binnenschifffahrt „die Förderung der Binnenflotte und des Binnenschiffsverkehrs im allgemeinen deutschen Interesse“ (zum räumlichen Geltungsbereich der Binnenwasserstraßen vgl. *Friesecke*, Recht der Bundeswasserstraßen, Diss. 1962, S. 57). Hieraus ist zu folgern, dass der Bund bei seinen Entscheidungen über den Ausbau der deutschen Seehäfen verpflichtet ist, die „allgemeinen deutschen Interessen“ zu wahren, nicht jedoch die jeweiligen Interessen eines Bundeslandes (bzw. eines bestimmten Seehafens) gegen andere Bundesländer (Seehäfen) uneingeschränkt zu optimieren. Maßstab des Bundes ist hierbei in erster Linie das „allgemeine deutsche Interesse“, d. h. die Förderung der deutschen Häfen nach Maßgabe eines – in Planungshoheit des Bundes zu entscheidenden – „deutschen Interesses“, nicht des Interesses jeweils eines der Bundesländer, die aus dem Nachtrag 1922 Kostentragungspflichten herleiten möchten.

Hätte der Gesetzgeber des BinSchAufG, das zuletzt im Jahre 2001 neu bekannt gemacht wurde, neben dem „allgemeinen deutschen Interesse“ den vorhandenen Ausbaupflichtungen insbesondere gegenüber den Ländern Hamburg, Bremen und Niedersachsen ein jeweils ausschließliches – und unabhängig von den Interessen anderer Bundesländer und dem „allgemeinen deutschen Interesse“ – geltendes Partialinteresse eines einzelnen

Bundeslandes zum uneingeschränkten Ausbau seines Hafens begründen wollen, hätte er dies gesetzlich geregelt.

### III. Prozessrechtliche Fragen

Obgleich prozessrechtliche Fragen nicht Gegenstand dieser gutachterlichen Stellungnahme sind, sei darauf hingewiesen, dass nach übereinstimmender Auffassung im Fachplanungsrecht kein Anspruch auf bestimmte Planungen oder Maßnahmen besteht und dass insbesondere kein prozessualer Rechtsbehelf gegeben ist, Zahlungsansprüche eines Landes gegenüber dem Bund zur Erzwingung einer Planung durchzusetzen.

So schreibt *Friesecke* in Hinblick auf den Nachtrag 1922, dass es „keinen Rechtsanspruch“ gegen den Bund gibt und dass sich aus einer Verpflichtung des Bundes kein prozessual durchsetzbarer Anspruch eines Landes auf Zahlung bestimmter Ausbaukosten folgt (*Friesecke*, Bundeswasserstraßengesetz - Kommentar, 5. Aufl. 2004, § 12 Rdnr. 4 und 15). Insbesondere wird ausgeführt, dass Ausbauentscheidungen des Bundes immer in der Planungshoheit des Bundes liegen, dass kein Anspruch auf konkrete Ausbaumaßnahmen besteht und dass Ausbaupflichtungen immer unter dem Vorbehalt planungsrechtlicher und fiskalischer Entscheidungen des Bundes stehen.

### IV. Zusammenfassung

Die vorliegende gutachterliche Stellungnahme stellt eine erste kurze Prüfung der angesprochenen Rechtsprobleme dar. Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten:

1. Die Wirksamkeit des Staatsvertrags 1921 und des Nachvertrags 1922 kann bereits grundsätzlich in Frage gestellt werden. Die Verordnung über die Reichswasserstraßen vom 15. April 1943 hat die entsprechenden Vertragsgesetze aufgehoben. Ob § 12 Abs. 4 WaStrG die Vertragsgesetze tatsächlich neu in das Bundesrecht inkorporiert, ist zu verneinen.

2. Unterstellt man die Wirksamkeit der Vertragsgesetze, wird die rechtliche Verpflichtung des Bundes zum Ausbau im Wesentlichen bestimmt durch § 19 des Staatsvertrages 1921; hiernach führt der Bund den „Ausbau der bestehenden Anlagen nach Maßgabe der verkehrs- und wirtschaftlichen Bedürfnisse der Länder“ und der „verfügbaren Mittel“ aus. Der Nachtrag 1922 hat an diesem grundsätzlichen Vorbehalt nichts geändert; der Nachtrag ist durch den Gesetzgeber 1922 als Anlage zu dem Staatsvertrag bezeichnet worden und kann dessen Regelungen mithin nicht als lex specialis derogieren. Vielmehr begründet der Nachtrag eine Konkretisierung der Verpflichtung des Bundes gegenüber dem Land Hamburg unter dem Vorbehalt des § 19 des Staatsvertrages 1921.
  
2. Der Hamburger Hafen hat seit Vertragsschluss vor über 80 Jahren ein wesentlich neues Konzept erhalten und ist inzwischen zu einem großen Containerhafen ausgebaut worden. Aus dem erklärten Willen der damaligen Vertragspartner ist nichts dafür zu entnehmen, dass das Reich sich bis ins kommende Jahrhundert dahingehend binden wollte, dass der Hamburger Hafen jeweils für die größten auf den Weltmeeren fahrenden Containerschiffe offen stehen sollte.
  
3. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist insbesondere im Wasserrecht geboten, vorkonstitutionelles Recht unter Berücksichtigung des inzwischen erfolgten Bedeutungswandels auszulegen; dies gilt auch für gesetzlich beschlossene vorkonstitutionelle Staatsverträge. Ausbauverpflichtungen des Bundes gegenüber einem Bundesland bedürfen daher auch über die Vorbehalte der Verkehrsbedürfnisse und finanziellen Mittel hinaus einer Auslegung im Hinblick auf gegenwärtige Rechtsvorschriften des Bundes sowie der Europäischen Union auf dem Gebiet des Verkehrsrechts, Planungsrechts und Naturschutzrechts.
  
4. Auf der Grundlage der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass vorkonstitutionelles Recht wie der Staatsvertrag 1921 und der Nachtrag 1922 von nachkonstitutionellem Recht – insbesondere Verfassungsrecht – überlagert werden. Ins-

besondere der Grundsatz der Bundestreue setzt Ansprüchen der Länder gegen den Bund eine Grenze soweit hierdurch das vom Bund vorrangig zu beachtende „allgemeine deutsche Interesse“ an der Stärkung der deutschen Seehäfen entgegensteht. Der Grundsatz der Bundestreue verbietet es, dass ein Bundesland gegen die Interessen anderer Bundesländer (anderer Seehäfen) bzw. die Interessen des Bundes einen uneingeschränkten Ausbau seines Seehafens verlangen kann. Vertragliche oder gesetzliche Regelungen sind in diesem Sinne zu interpretieren. Das gleiche folgt nach einfachem Recht aus § 1 Abs. 1 Satz 1 BinSchAufgG.

5. Unabhängig davon dürfte der von der Freien und Hansestadt Hamburg geltend gemachte Anspruch auf Kostenerstattung für den weiteren Ausbau der Elbe prozessual nicht durchsetzbar sein. Wasserrechtliche Ausbauentscheidungen sind immer Planungsentscheidungen auf die ein Bundesland keinen Anspruch gegen den Bund hat.

Dr. Reiner Geulen  
(Rechtsanwalt)

Dr. Remo Klinger  
(Rechtsanwalt)