

**Oktober 2023**

# ***Gutachterliche Stellungnahme zum deutsch-polnischen Abkommen über die gemeinsame Verbesserung der Situation an den Wasserstraßen im deutsch-polnischen Grenzgebiet***

***Gutachterliche Stellungnahme von  
Baumann Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB***

***Auftraggeber\*innen:***

***Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Brandenburger Landtag***

***Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag***

***Von der Fraktion Die Grünen/EFA im Europäischen Parlament:***

- Ska Keller, MdEP***
- Dr. Sergey Lagodinsky, MdEP***
- Dr. Hannah Neumann, MdEP***
- Jutta Paulus, MdEP***



# Impressum

Baumann Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB

Gutachterliche Stellungnahme für die Fraktionen BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Brandenburger Landtag und im Deutschen Bundestag sowie die Fraktion Die Grünen/EFA im Europäischen Parlament

Herausgeberin:

Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Brandenburger Landtag

Alter Markt 114467 Potsdam

Tel. 0332-966 1700

Fax 0331-966 1702

E-Mail: [info@gruene-fraktion.brandenburg.de](mailto:info@gruene-fraktion.brandenburg.de)

[www.gruene-fraktion-brandenburg.de](http://www.gruene-fraktion-brandenburg.de)

Potsdam, den 16. October 2023

Die Aufteilung der Auftraggeber\*innen dieses Gutachtens ist wie folgt dargestellt:

Verantwortlich für Ziffer B, D, F:

The Greens/EFA in the European Parliament

Paul Henri Spaak building

Office PHS02C11

60, rue Wiertz

1047 Brüssel

Belgien

[www.greens-efa.eu](http://www.greens-efa.eu)

Verantwortlich für Ziffer C:

Bündnis 90/Die Grünen Bundestagsfraktion

Platz der Republik 1

11011 Berlin

Tel.: +49 (0) 30 - 227 567 89

Fax: +49 (0) 30 - 227 565 52

E-Mail: [info@gruene-bundestag.de](mailto:info@gruene-bundestag.de)

Verantwortlich für Ziffer E:

Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Brandenburger Landtag

Alter Markt 114467 Potsdam

Tel. 0332-966 1700

Fax 0331-966 1702

E-Mail: [info@gruene-fraktion.brandenburg.de](mailto:info@gruene-fraktion.brandenburg.de)

[www.gruene-fraktion-brandenburg.de](http://www.gruene-fraktion-brandenburg.de)

Diese Publikation enthält Informationen über die parlamentarische Arbeit der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Brandenburger Landtag, der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im deutschen Bundestag, und der obengenannten Mitglieder des Europäischen Parlament und ist nicht zum Zweck der Wahlwerbung bestimmt.

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autoren.



Würzburg<sup>1</sup>

Annastraße 28 • 97072 Würzburg  
Telefon 0931-46046-0  
Telefax 0931-46046-70  
[info@baumann-rechtsanwaelte.de](mailto:info@baumann-rechtsanwaelte.de)

Leipzig<sup>2</sup>

Harkortstraße 7 • 04107 Leipzig  
Telefon 0341-149697-60  
Telefax 0341-149697-58  
[leipzig@baumann-rechtsanwaelte.de](mailto:leipzig@baumann-rechtsanwaelte.de)

Hannover<sup>2</sup>

Lavesstraße 79 • 30159 Hannover  
Telefon 0511-220053-46  
Telefax 0511-220053-47  
[hannover@baumann-rechtsanwaelte.de](mailto:hannover@baumann-rechtsanwaelte.de)

1 Hauptsitz 2 Zweigstelle

Kanzlei-Homepage

[www.baumann-rechtsanwaelte.de](http://www.baumann-rechtsanwaelte.de)

## Gutachterliche Stellungnahme

zum deutsch-polnischen Abkommen über die gemeinsame Verbesserung der Situation an den Wasserstraßen im deutsch-polnischen Grenzgebiet (Hochwasserschutz, Abfluss- und Schifffahrtsverhältnisse) vom 12. Juni 2015 (BGBl. 2015 Teil II Nr. 17, 22. Juni 2015, S. 845 ff.)

## A. Prüfauftrag

Die Kanzlei Baumann Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB wurde mit einer gutachterlichen Stellungnahme zum

*deutsch-polnischen Abkommen über die gemeinsame Verbesserung der Situation an den Wasserstraßen im deutsch-polnischen Grenzgebiet vom 12. Juni 2015*

beauftragt.

Hintergrund der Begutachtung ist der Umstand, dass die im zwischenstaatlichen Abkommen vereinbarten Maßnahmen, insbesondere die vorgesehenen Ausbaumaßnahmen und Vertiefungen der Grenzoder von der deutschen Politik nicht mehr vollumfänglich getragen bzw. begrüßt werden.

Die polnischen Behörden haben auf Grundlage des Abkommens bereits mehrere Genehmigungsbescheide für Ausbaumaßnahmen auf der polnischen Seite der Grenzoder erteilt. Im Rahmen der Verwaltungsverfahren hat insbesondere das Land Brandenburg im Jahr 2020 gegen eines dieser Vorhaben Widerspruch eingelegt und im November 2022 gegen den Widerspruchsbescheid geklagt. Denn anders als die polnischen Behörden geht das Land Brandenburg davon aus, dass die grenzüberschreitenden Auswirkungen des Vorhabens auf die Umwelt, einschließlich Natura-2000-Gebiete und die Oder, nicht nachvollziehbar und hinreichend untersucht wurden. Die Klage des Landes Brandenburg wurde zwar im Februar 2023 aus formalen Gründen abgewiesen. Es ist jedoch im April 2023 einer gegen das Vorhaben vor einem polnischen Gericht weiterhin anhängigen Klage von Umweltverbänden beigetreten.

Im nachfolgenden Gutachten spielen die materiellrechtlichen Aspekte dieses Gerichtsverfahrens nur eine untergeordnete Rolle. Vielmehr soll aus einer völkerrechtlichen Perspektive geprüft werden, ob

**erstens**, das deutsch-polnische Abkommen aufgrund verschiedener Entwicklungen als verletzt oder gegenstandslos anzusehen ist,

**zweitens**, für den Fall einer Verletzung oder Ungültigkeit des Abkommens, welche Handlungsmöglichkeiten bestehen und

**drittens**, wie das Abkommen im Lichte dieser Entwicklungen sowie aufgrund der nicht nachgewiesenen Hochwasserneutralität beispielsweise zeitweise oder ganz ausgesetzt, nachverhandelt oder gekündigt werden kann.

Ausgehend von der vorbezeichneten Gliederung werden zunächst der Inhalt des zwischenstaatlichen Abkommens und etwaige Pflichten der Vertragsparteien aufgezeigt (**B.**). Ausgehend hiervon werden dann die vorbezeichneten Fragen beantwortet und Handlungsmöglichkeiten identifiziert (**C. bis E.**).

## B. Rechtsqualität und Inhalt des Abkommens

Für die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen bedarf es in einem ersten Schritt der Klärung der Rechtsqualität des Abkommens (I.).

In einem zweiten Schritt sind dann die Inhalte zu ermitteln und der Frage nachzugehen, ob und inwieweit das Abkommen konkrete Rechte und Pflichten regelt (II.).

### I. Rechtsqualität des Abkommens und Verbindlichkeit

Die Übereinkunft zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen über die gemeinsame Verbesserung der Situation an den Wasserstraßen im deutsch-polnischen Grenzgebiet stellt ein Verwaltungsabkommen im Sinne von Art. 59 Abs. 2 Grundgesetz (GG) dar. Der Begriff des Verwaltungsabkommens erfasst

*„alle völkerrechtlichen Verträge der Bundesrepublik Deutschland, die weder die politischen Beziehungen des Bundes regeln noch für ihren innerstaatlichen Vollzug eines Gesetzes bedürfen. Sie betreffen alle Gegenstände die in den Handlungsformen des Verwaltungsrechts (Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften, Verwaltungsakte) geregelt werden dürfen.“*

(Heun, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Band 2, Art. 59 Rn. 48). Nach deutschem Recht bedarf es für die innerstaatliche Wirkung des Abkommens nach Art. 59 Abs. 2 S. 2 GG anders als bei völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG keines weiteren Umsetzungsaktes (vgl. auch Artikel 18 S. 3 des Abkommens), zumal für die Durchführung des Abkommens der Bund nach Art. 89, 87 Abs. 1 GG als Eigentümer der Bundeswasserstraße Oder in eigener Verwaltung zuständig ist.

Das Abkommen ist damit nach innerstaatlichem Recht verbindlich und von der Verwaltung zu beachten bzw. umzusetzen (vgl. Pieper in: BeckOK, GG, Art. 59 Rn. 48). Die Rechtsqualität des Verwaltungsabkommens *„nimmt einen Rang unterhalb der Gesetze, Rechtsverordnungen und Satzungen des Bundes ein“* (Nettesheim in: Dürig/Herzog/ Scholz (Hrsg.), GG, Art. 59 Rn. 193).

### II. Inhalt des Abkommens, Rechte und Pflichten

Das Abkommen verfolgt im Wesentlichen drei Ziele, die sich als solches unter anderem aus den Erwägungsgründen des Abkommens ergeben:

1. Eine Verbesserung des Hochwasserschutzes, indem es den Eisaufbruch an der Grenzoder und die Eisabfuhr aus der Grenzoder in die Ostsee sicherstellen möchte (Erwägungsgrund Nr. 4),
2. Eine zwischenstaatliche Abstimmung der Stromregelungskonzeption entlang der Grenzoder und eine verbesserte Unterhaltung, sowie ein Ausbau der

Stromregelungsbauwerke (Erwägungsgründe Nr. 5 bis 7), sowie

3. die Ermöglichung von Fahrten von Küstenmotorschiffen zwischen dem Hafen Schwedt und der Ostsee (Erwägungsgrund Nr. 8).

Die wesentlichen inhaltlichen Regelungen sind in den Artikeln 3 bis 11 enthalten und konkretisieren diese Ziele.

Für die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen kommt es wesentlich darauf an, ob und inwieweit das Abkommen verbindliche Pflichten regelt und welche Rechtsfolgen an einen etwaigen Pflichtverstoß zu knüpfen sind. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzustellen, dass das Abkommen an keiner Stelle explizit auf den Begriff der „Pflicht“ abstellt oder darlegt, dass sich eine der Vertragsparteien zu etwas „verpflichtet“. Vielmehr enthält das Abkommen „weichere“ Formulierungen wie *„die Vertragsparteien stimmen darin überein“*, die *„Vertragsparteien legen (...) fest“*, *„die Vertragsparteien tragen dafür Sorge“*. Mit diesen Formulierungen sollen jedoch Pflichten begründet werden, wie sich unter anderem aus § 41 Abs. 2 der Richtlinie für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge (RvV) nach § 72 Absatz 6 GGO ergibt. Die Vorschrift legt dar, dass für nichtvertragliche Instrumente auf Formulierungen wie sie vorstehend beschrieben wurden verzichtet werden sollte, da diese der Vertrags- und Rechtssprache entstammen und eine *„rechtliche Verbindlichkeit zum Ausdruck“* bringen würden. Diese Formulierungen entsprechen dem deutschen „Vertragspräsenz“, der üblicherweise in Vertragstexten Verwendung findet und ebenfalls die Verbindlichkeit der Regelungen belegt (vgl. auch § 4 Abs. 2 RvV).

Das Abkommen enthält neben verbindlichen Regelungen auch zahlreiche „Sollvorschriften“. Hierbei handelt es sich um keine strengen Pflichten, sondern lediglich um Zielbestimmungen, die die Vertragsparteien anstreben.

Die Differenzierung zwischen Pflichten und bloßen Zielbestimmungen ist für die Frage einer etwaigen Pflichtverletzung wichtig, da die Zielbestimmungen im Gegensatz zu den verpflichtenden Regelungen gerade keine exakte Einhaltung oder Zielerreichung erfordern.

Nachfolgend werden daher die für die Fragestellung zentralen Pflichten herausgearbeitet (1.) und diese von den bloßen Zielbestimmungen abgegrenzt (2.).

## 1. Pflichten

Die am stärksten formulierte Pflicht des Abkommens findet sich in **Artikel 3 Absatz 1**, wonach die in der Anlage zum Abkommen aufgeführten Schwachstellen *„beseitigt werden müssen“*. Ziel dieser Schwachstellenbeseitigung ist die Gewährleistung des Eisauflaufs, der Eisabfuhr sowie der Binnenschifffahrt.

Eine weitere bedeutsame Verpflichtung enthält **Artikel 3 Absatz 6**, wonach die Vertragsparteien sicherstellen müssen („*tragen dafür Sorge*“), „dass die Maßnahmen im Einklang mit den im Hoheitsgebiet ihres Staates jeweils geltenden Rechtsvorschriften stehen“ und die Verwaltungsverfahren für die Maßnahmen entsprechend dieser geltenden Rechtsvorschriften durchgeführt werden. Dabei ist zu beachten, dass innerhalb der jeweiligen Hoheitsgebiete nicht nur die nationalen Regelungen Geltung beanspruchen, sondern auch europarechtliche Vorgaben wie die FFH-Richtlinie (RL 92/43/EWG) oder die Wasserrahmenrichtlinie (RL 2000/60/EG) und die von den Staaten vereinbarten völkerrechtlichen Übereinkommen (z.B. die Aarhus-Konvention).

Die Einhaltung der jeweils anwendbaren Gesetze wurde von den Vertragsparteien auch für die Durchführung der Baumaßnahmen in **Artikel 3 Absatz 7 Satz 1** verpflichtend festgelegt. Zusätzlich müssen auch die Bauablaufpläne organisatorisch zwischen den Vertragsparteien abgestimmt werden.

**Artikel 6** enthält eine Konkretisierung für die Schwachstellenbeseitigung der nicht unter Artikel 4 und 5 fallenden Schwachstellen. Die Bestimmung lautet:

*„Die Vertragsparteien streben an, die Beseitigung aller in der Anlage zu diesem Abkommen aufgeführten Schwachstellen mit dem Ziel, eine Wassertiefe von 1,80 Meter mit einer mittleren jährlichen Überschreitungswahrscheinlichkeit von mindestens 80 % oberhalb und mindestens 90 % unterhalb der Warthemündung zu erreichen, bis zum Jahr 2028 schrittweise abzuschließen. Artikel 4 und 5 bleiben unberührt.“*

Fraglich ist zunächst, ob es sich hierbei um eine Pflicht oder eine bloße Zielbestimmung handelt. Für eine Zielbestimmung könnte sprechen, dass die in Artikel 6 dargestellte Schwachstellenbeseitigung durch die Parteien lediglich angestrebt wird („*die Vertragsparteien streben an*“). Eine ähnliche Formulierung findet sich bereits in **Artikel 3 Absatz 3 Satz 2 und 3**. Danach soll sich die von der Bundesanstalt für Wasserbau Karlsruhe (BAW) in Abstimmung mit den Behörden der Vertragsparteien erarbeitete Stromregelungskonzeption „*an den Erfordernissen für den Eisbrechereinsatz*“ orientieren und „*möglichst zuverlässig gewährleistet werden*.“ Ausgehend von diesem Ziel wird sodann „*eine Wassertiefe von 1,80 Meter mit einer mittleren jährlichen Überschreitungswahrscheinlichkeit von mindestens 80 % oberhalb und mindestens 90 % unterhalb der Warthemündung*“ als zielkonform erachtet. Diese Wassertiefe wurde der Stromregelungskonzeption als zentrales Projektziel und nach Abstimmung mit den Behörden der Vertragsparteien auch zugrunde gelegt (siehe BAW, Aktualisierung der Stromregelungskonzeption für die Grenzoder, Kurzfassung zum Gutachten, Mai 2014, 3.02.10132.4., S. I, online abrufbar unter: <https://www.wsa-oder->

[havel.wsv.de/Webs/WSA/Oder-Havel/DE/Wasserstrassen/Bauwerke/Anlagen/SRK\\_Grenzoder/BAW\\_Gutachten\\_kurz\\_DE.pdf?blob=publicationFile&v=1](https://www.havel.wsv.de/Webs/WSA/Oder-Havel/DE/Wasserstrassen/Bauwerke/Anlagen/SRK_Grenzoder/BAW_Gutachten_kurz_DE.pdf?blob=publicationFile&v=1)). Unter Berücksichtigung der Zielstellung des Abkommens, wie sie sich aus dem historischen Kontext ergibt und auch in den Erwägungsgründen dokumentiert ist, enthalten Artikel 3 Absatz 3 S. 3 und Artikel 6 lediglich eine Zielbestimmung, die sich jedoch an der Pflicht des Artikel 3 Absatz 1 auszurichten hat. Dieser normiert – wie bereits dargelegt – die Pflicht der Schwachstellenbeseitigung dergestalt, dass insbesondere Eisaufruch und Eisabfuhr „gewährleistet“ werden. Die Wassertiefe von 1,80 Meter ist dabei lediglich ein Anhaltspunkt bzw. eine grobe Größe, auf den sich die Vertragsparteien im Rahmen des Abkommens und bei dessen Umsetzung geeinigt haben. Dem folgend kommt es bei der Umsetzung des Abkommens jedoch nicht auf die konkrete Wassertiefe von 1,80 Meter an, sondern darauf, dass mit der Umsetzung die Zielstellung, wie sie in Artikel 3 Absatz 1 verpflichtend geregelt ist, erreicht werden kann. Ob hierfür eine Wassertiefe von 1,80 Metern wirklich notwendig ist oder ggf. bereits geringere Wassertiefen die Zielerreichung gewährleisten, wie ein Gutachten im Auftrag des Deutschen Naturschutzring darlegt (siehe Gerstgraser, Wirksamkeit des geplanten Flutpolders Międzyodrze und der Stromregelungskonzeption für den Hochwasserschutz der Unteren Oder", vom 05.03.2018, online abrufbar unter: [https://www.dnr.de/sites/default/files/Positionen/2018\\_06\\_20\\_Oderbericht\\_Gerstgraser\\_final\\_Errata.pdf](https://www.dnr.de/sites/default/files/Positionen/2018_06_20_Oderbericht_Gerstgraser_final_Errata.pdf)), kann als vordergründig fachliche Frage juristisch nicht weiter bewertet werden. Allerdings spricht auch die Historie des Abkommens dafür, dass jedenfalls für den Einsatz von Eisbrechern auch geringere Tiefen zum Hochwasserschutz ausreichend wären. So wird beispielsweise aus der Dokumentation des Ausschusses für Europaangelegenheiten und Entwicklungspolitik im Landtag Brandenburg deutlich, dass von deutscher Seite eine Wassertiefe von 1,60 Meter als ausreichend erachtet wurde (Landtag Brandenburg, Ausschussprotokoll 4/171, S. 4). Darüber hinaus hat die Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Abgeordneten Steffi Lemke, Annalena Baerbock, Lisa Badum und weiterer Abgeordneter der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Jahr 2021 mitgeteilt, dass *"in den Jahren 2014 bis 2020 (...) durch die Wassertiefe keine kritischen Zustände aufgetreten [sind], welche einen Eisbrechereinsatz scheitern ließen"* (BT-Drs. 19/28110, S. 7, online abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btd/19/281/1928110.pdf>). Auch die Äußerungen polnischer Vertreter in der Presse deuten darauf hin, dass das mit dem Abkommen verfolgte Ziel des Eisaufruchs zum Zwecke des Hochwasserschutzes nur vorgeschoben ist und das Abkommen eigentlich anderen Zwecken auf polnischer Seite dienen soll (Gazeta Wyborcza – Online vom 20.07.2020, Zbudowaliśmy dwa za duże statki, więc orzemy całą Odrę, żeby mogły pływać. Brzmi głupio? To posłuchajcie, online abrufbar unter: <https://wyborcza.pl/duzyformat/7,127290,26133979,zbudowalismy-dwa-za-duze-statki-wiec-orzemy-cala-odre-zeby.html>). Einer weiteren Vertiefung bedarf es zur Gewährleistung des Eisaufruchs somit nicht. Dieser Umstand ist rechtlich von erheblicher Relevanz. Denn aus naturschutzrechtlicher und wasserwirtschaftsrechtlicher Sicht stellen Veränderungen

der Natur und der Oberflächenwasserkörper grundsätzlich Eingriffe im Sinne von § 14 Bundesnaturschutzgesetz dar und sind insoweit auch gemäß § 13 Bundesnaturschutzgesetz vorrangig zu vermeiden. Insoweit sprechen rechtliche Gründe dafür, dass sich die zur Gewährleistung der Ziele des Abkommens notwendigen Eingriffe auf das notwendige Maß beschränken müssen und hierüber nicht hinausgehen dürfen. Daher müssten die Zielvorgaben ggf. auch auf Grundlage inzwischen modernerer Eisbrecher mit geringerer Wassertiefe überprüft und angepasst werden.

Eine weitere Pflicht normiert **Artikel 7**, wonach „von den zuständigen Behörden der Vertragsparteien in einem Abstand von jeweils fünf Jahren eine gemeinsame Erfolgskontrolle durchgeführt“ wird. Hierbei sollen insbesondere die hydraulischen und morphologischen Wirkungen der durchgeführten Maßnahme betrachtet und ökologische Auswirkungen einbezogen werden.

Weitere konkrete Pflichten enthält **Artikel 8** in Bezug auf die Baggerung (Vertiefung) des Dammschen Sees und **Artikel 10** für Maßnahmen zur Sicherung der Fahrt von Küstenmotorschiffen durch die Klützer Querfahrt (Baggerungen – Vertiefungen, Anpassungsmaßnahmen). Hier werden jeweils konkrete Wassertiefen und finanzielle Erstattungsfragen verbindlich festgelegt.

Schließlich legt **Artikel 11** verbindlich fest, dass sich die Vertragsparteien bei allen Maßnahmen nach diesem Abkommen „im Rahmen der grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfungen gemäß den im Hoheitsgebiet ihrer Staaten geltenden Rechtsvorschriften“ beteiligen. Ebenso wie bei der Verpflichtung nach Artikel 3 Absatz 6 sind insoweit nicht nur die nationalen Regelungen einzuhalten, sondern auch die jeweils einschlägigen europarechtlichen und völkerrechtlichen Bestimmungen.

Auf die weiteren Verpflichtungen des Abkommens soll hier nicht näher eingegangen werden. Neben Grenzfragen (Artikel 12) und Zahlungsmodalitäten (Artikel 13) ist auch die Einrichtung eines gemeinsamen Ausschusses (Artikel 14) Gegenstand des Abkommens. Auf die Regelungen zur Klärung von Meinungsverschiedenheiten (Artikel 15), die Möglichkeit der Änderung des Abkommens (Artikel 16) und Kündigungsmöglichkeiten (Artikel 17) wird noch an späterer Stelle eingegangen (Ziff. **D. I.**).

## 2. Sollvorschriften und Zielbestimmungen

Unter Ziff. 1. wurden die zentralen Pflichten des Abkommens herausgearbeitet und näher erläutert. Über diese Pflichten hinaus enthält das Abkommen die bereits angesprochenen Sollvorschriften oder Zielbestimmungen, die gerade keine strenge Pflicht auslösen und damit grundsätzlich auch keine Pflichtverletzung im Falle einer Abweichung auslösen können. Sie sind daher für das vorliegende Gutachten von untergeordneter Bedeutung.

Eine Verletzung des Abkommens könnte sich aus einer Verletzung einer Zielbestimmung nur dann ergeben, wenn die Abweichung so groß ist, dass in der Folge die mit dem Abkommen verfolgten Ziele nicht mehr erfüllt werden können oder sich aus der Abweichung schließen lässt, dass die Ziele des Abkommens von den Vertragsparteien nicht mehr nachhaltig angestrebt werden.

Wie bereits dargelegt handelt es sich bei den Vorgaben zur Wassertiefe in Artikel 3 Absatz 3 Satz 3 und Artikel 6 um solche Zielbestimmungen. Darüber hinaus sind auch die im Abkommen vereinbarten Zeithorizonte als Zielbestimmungen ausgestaltet, wobei diese teilweise bereits nicht mehr eingehalten werden können bzw. ein bereits mehrjähriger Verzug vorliegt. So geht beispielsweise aus einer Antwort der Bundesregierung vom 06.07.2023 im Rahmen einer Kleinen Anfrage hervor, dass die Schwachstellenbeseitigung bei Hohenwutzen noch nicht begonnen hat, obwohl Artikel 4 Absatz 3 Satz 2 des Abkommens vorgibt, dass die planerischen Arbeiten im Jahr 2015 und die Durchführung der Maßnahmen im Jahr 2018 abgeschlossen werden „sollen“ (BT.-Drs. 20/7639, S. 1). Gleiches gilt für die in Artikel 5 vereinbarte Schwachstellenbeseitigung bei „Stubice, Kostrzyn nad Odrą, Gozdowice – Rudnica und Rudnica – Osinów Dolny“, welche ebenfalls bis Ende 2018 abgeschlossen sein sollte. Auch dies ist bislang noch nicht erfolgt (BT.-Drs. 20/7639, S. 1).

### **III. Zwischenergebnis**

Das Abkommen ist rechtlich verbindlich und damit von der Verwaltung zu beachten. Dabei haben sich die Vertragsparteien gegenseitig zu bestimmten Maßnahmen verpflichtet, die unter Ziff. 1 näher dargelegt wurden und Gegenstand der nachfolgenden rechtlichen Prüfung und Bewertung einer potentiellen Pflichtverletzung sind. Demgegenüber kann sich aus den Zielbestimmungen und Sollvorschriften des Abkommens, wie sie beispielhaft in Ziff. 2. Erwähnt, wurden keine Pflichtverletzung ergeben, so dass diese auch im Fortgang der Untersuchung keine weitere Berücksichtigung mehr finden.

### **C. Ist das deutsch-polnische Abkommen aufgrund verschiedener Entwicklungen als verletzt oder gegenstandslos anzusehen**

Das vorliegende Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Polen ist seit mehreren Jahren Gegenstand erheblicher Kontroversen und in Form seiner Umsetzung auch Gegenstand von Rechtsgutachten und Gerichtsverfahren. Diese Entwicklungen werden zunächst skizziert (I.) um ausgehend vom konkreten Sachverhalt rechtlich bewerten zu können, ob das Abkommen infolge dieser Ereignisse möglicherweise verletzt wurde (II.) oder sogar ungültig oder nichtig geworden ist (III.).

## I. Sachverhalt und Grundlage der rechtlichen Prüfung

Grundsätzliche Kritik am Abkommen und speziell an der von der BAW vorgelegten Stromregelungskonzeption äußerten zunächst die Umweltverbände. Der Deutsche Naturschutzring legte unter anderem mit dem bereits genannten Fachgutachten von Gerstgraser vom 05.03.2018, sowie dem Abschlussbericht zum Forschungsprojekt Ökologischer Hochwasserschutz im Einzugsgebiet der Oder mit Schwerpunkt auf die Modellregion Unteres Odertal (Abschlussbericht, DBU-AZ: 33605/01, vom 25.07.2019, online abrufbar unter: [https://www.dbu.de/OPAC/ab/DBU-Abschlussbericht-AZ-33605\\_01-Hauptbericht.pdf](https://www.dbu.de/OPAC/ab/DBU-Abschlussbericht-AZ-33605_01-Hauptbericht.pdf)) fachlich begründet dar, weshalb die Annahmen der BAW aus naturschutzfachlicher und hochwasserschutztechnischer Sicht nicht belastbar sind und daher keine ausreichende Grundlage für eine darauf aufbauende Maßnahmenplanung und -zulassung bieten.

Das Abkommen kann als zwischenstaatliches Abkommen die Umsetzung der Maßnahmen nicht selbst verfügen. Vielmehr gestaltet der völkerrechtliche Vertrag einen Rahmen, der durch innerstaatliche Umsetzungsakte zur Zielerreichung vollzogen werden muss. Es bedarf damit auf innerstaatlicher Ebene sowohl in der Republik Polen als auch in der Bundesrepublik Deutschland entsprechender fachrechtlicher Genehmigungsverfahren um die in Artikel 3 Absatz 1 des Abkommens vereinbarte Schwachstellenbeseitigung umzusetzen.

Anlass zu Kritik lieferte im Zuge dieser innerstaatlichen Genehmigungsverfahren vor allem die Verfahrensgestaltung der Verwaltungsverfahren der Republik Polen. Im Speziellen die Maßnahme „1B.2 Etappe I und Etappe II Modernisierungsarbeiten an der Oder als Grenzfluss im Rahmen des Projekts des Hochwasserschutzes im Einzugsgebiet der Oder und Weichsel“ des Regionaldirektors für Umweltschutz in Stettin. In diesem Verfahren kritisierten einerseits die Umweltverbände bereits im Beteiligungsverfahren eine unzureichende Beteiligung und Mängel der Umweltverträglichkeitsprüfung, sowie die FFH-Verträglichkeitsprüfung und die fehlende Vereinbarkeit des Vorhabens mit der EU-Wasserrahmenrichtlinie. Dieser Auffassung schlossen sich auch verschiedene Stellen des Landes Brandenburg an. Sowohl die Nationalparkverwaltung Unteres Odertal, als auch der Vorstand der Nationalparkverwaltung Unteres Odertal, sowie das Ministerium für Ländliche Entwicklung, Umwelt und Landwirtschaft äußerten massive Bedenken der geplanten Maßnahmenumsetzung im Hinblick auf den Artenschutz, die in Brandenburg befindlichen Schutzgebiete, sowie die Auswirkungen der Maßnahme auf den Wasserkörper (siehe Anhang Nr. 3 zum Beschluss Nr. 5/2020 über die Umweltbedingungen vom 18. März 2020 Zeichen: WONS-OS.4233.1.2017, online abrufbar unter: [https://www.gdws.wsv.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Planfeststellungsverfahren/700\\_UVP\\_Polen\\_Modernisierungarbeiten\\_Oder/Deutsch/Juli\\_2020/Anhang\\_3\\_zum\\_Beschluss.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.gdws.wsv.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Planfeststellungsverfahren/700_UVP_Polen_Modernisierungarbeiten_Oder/Deutsch/Juli_2020/Anhang_3_zum_Beschluss.pdf?__blob=publicationFile&v=2)).

Mangels Berücksichtigung dieser Einwände durch die Genehmigungsbehörde, das Regionaldirektorat für Umweltschutz (RDOŚ) in Stettin, legte das Land Bran-

denburg über das Ministerium für Landwirtschaft, Umwelt und Klimaschutz gegen die Entscheidung zunächst Widerspruch ein und erhob später Klage. Trotz der eingelegten Rechtsmittel begannen in Polen unmittelbar nach der behördlichen Entscheidung bereits die Baumaßnahmen. Diese liefen ungeachtet der Einwände des Landes Brandenburg und der Naturschutzverbände weiter, wobei die Fristen zur Entscheidung über die Widersprüche mehrfach verschoben wurden. Damit wurden von polnischer Seite aus bereits vollendete Tatsachen geschaffen, noch bevor sich die Betroffenen überhaupt an die Gerichte wenden konnten.

Als Einwände gegen die Maßnahmen trug die vom MLUK beauftragte Rechtsanwaltskanzlei Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung im Rahmen des Widerspruchsverfahrens mit Schriftsatz vom 13.08.2020 unter anderem vor, dass die konkrete Ausbaumaßnahme gegen polnisches Verwaltungsprozessrecht, gegen die EU-Wasserrahmenrichtlinie, gegen die Habitatrichtlinie, sowie gegen Artikel 3 Abs. 1 i.V.m. der Anlage des hier untersuchten Abkommens verstoße (siehe Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung, Widerspruch vom 13.08.2020, online abrufbar unter: <https://mluk.brandenburg.de/sixcms/media.php/9/Oderausbau%20-%20MLUK%20Bbg%20Widerspruch%20v.%2013.8.2020%20gegen%20poln.%20Umweltbeschluss%20-%20DE.pdf>).

Ebenso kam die Kanzlei Baumann Rechtsanwälte PartG mbB auf Grundlage eines Rechtsgutachtens für die Fraktion DIE GRÜNEN/EFA im Europäischen Parlament zu der Auffassung, dass die Entscheidung des Regionaldirektorats für Umweltschutz in Stettin mit europäischem Recht unvereinbar ist (siehe ausführlich, Heß/Weiser-Saulin/Wulff, Gutachterliche Stellungnahme vom 19.01.2022, online abrufbar unter: [https://www.skakeller.de/fileadmin/user\\_upload/Gutachten-Oder\\_GrueneEFA-Baumann.pdf](https://www.skakeller.de/fileadmin/user_upload/Gutachten-Oder_GrueneEFA-Baumann.pdf)).

Auf eine Anfrage der Europaabgeordneten Jutta Paulus und Sergey Lagodinsky hat der EU Kommissar Virginijus Sinkevičius mit Schreiben vom 04.05.2022 (Ref. Ares(2022)2665749) geantwortet, dass die EU Kommission die Verwaltungsverfahren und die Situation in Polen genau beobachte, auch wenn ihr keinerlei Kompetenz zum Eingriff in die Verwaltungsverfahren zukomme. Gleichwohl sei gegen die Republik Polen aufgrund fehlerhafter Anwendung von Artikel 4 Absatz 7 der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL) in Bezug auf Infrastrukturprojekte durch die Kommission bereits ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV eingeleitet worden (Schreiben vom 04.05.2022, online abrufbar unter: [https://www.skakeller.de/fileadmin/user\\_upload/220517\\_Brief\\_Sinkevicius\\_DE.pdf](https://www.skakeller.de/fileadmin/user_upload/220517_Brief_Sinkevicius_DE.pdf)).

Weitere Kontroversen zum geplanten Ausbau der Oder gab es infolge des massiven Fischsterbens in der Oder im Sommer 2022. In diesem Zusammenhang wird insbesondere die deutsche Umweltministerin Steffi Lemke in der Presse mit den Worten zitiert:

*„Das Gift der Alge hat außer Fischen auch andere Tiere wie Muscheln und Wasserschnecken getötet. Die Artenvielfalt in der Oder ist schwer beschädigt und es wird noch lange dauern, bis sich das Ökosystem erholt hat.“*

*Deshalb wird es zukünftig darauf ankommen, die Nutzung der Oder mit ihrer Gesundheit in Einklang zu bringen. Nach der Katastrophe vom letzten Jahr muss sich die Oder erholen können auch als wichtiger Faktor für den Tourismus regenerieren.*

*Daher sehe ich den Oderausbau auf der polnischen Seite kritisch, ebenso wie die geplanten Maßnahmen auf der deutschen Seite. Das deutsch-polnische Regierungsabkommen zur Oder von 2015 gehört aus meiner Sicht auf den Prüfstand. Das spreche ich gegenüber dem Bundesverkehrsminister und gegenüber der polnischen Seite immer wieder an. Polen vertritt hier bisher eine andere Sichtweise.“*

(BMUV, Rede der Bundesumweltministerin Steffi Lemke zur Oderkonferenz: "Die Oder – wertvolles Ökosystem unter Stress" vom 06.06.2023, online abrufbar unter: <https://www.bmu.de/rede/rede-der-bundesumweltministerin-steffi-lemke-zur-oderkonferenz-die-oder-wertvolles-oekosystem-unter-stress>).

Mit Beschluss vom 9. Dezember 2022 (Az. IV SA/Wa 2239/22) hat das Woiwodschaftsverwaltungsgericht in Warschau die Vollstreckung des Beschlusses des Generaldirektors für Umweltschutz vom 16. August 2022 über die Festlegung der Umweltbedingungen für das Vorhaben: „1B.2 Etappe I und Etappe II Modernisierungsarbeiten an der Oder als Grenzfluss im Rahmen des Projekts des Hochwasserschutzes im Einzugsgebiet der Oder und Weichsel“ (Az. DOOŚ-WDŚZOO.420.24.2020.aka.132) ausgesetzt. Zur Begründung führte das Gericht an, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass der vom Generaldirektorat erlassene Umweltbescheid fehlerhaft sei und es durch den Vollzug zu schweren und irreversiblen Eingriffen in die Umwelt kommen könne. Die gegen diese Entscheidung von der Generaldirektion gerichtete Beschwerde wies das Oberste Verwaltungsgericht in Warschau mit Entscheidung vom 07.03.2023 (Az. III OZ 78/23 zurück und bestätigte die Entscheidung des Woiwodschaftsverwaltungsgerichts in Warschau (online abrufbar unter: <https://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/CDE5CB8780>). Trotz dieser Entscheidung ignorierten Vorhabenträger und Behörden die Aussetzung des Vollzugs des Genehmigungsbescheides und setzten die Bauarbeiten fort. Dabei äußerte der für die Ausbaumaßnahmen zuständige Staatssekretär Marek Grobarczyk in der Presse, dass er die Entscheidungen der Gerichte ignorieren werde (RBB24 – Online vom 09.05.2023: Polnische Regierung ignoriert gerichtlichen Stopp für Oder-Ausbau, abrufbar unter: <https://www.rbb24.de/studiofrankfurt/panorama/2023/05/brandenburg-oder-ausbau-polen-hochwasserschutz-buhnen-gericht.html>). Die Umweltorganisation EKO-Unia versuchte daraufhin den Baustopp auf allen Ebenen durchzusetzen. Wie die Tagesschau berichtete, weigerten sich jedoch sämtliche staatlichen Akteure, das Verbot einzuhalten oder durchzusetzen:

*„Der staatliche Wasserkonzern Wody Polskie weigert sich, den Baustopp umzusetzen. Die Bauaufsicht weigert sich gegen Wody Polskie vorzugehen. Und die zuständige Staatsanwaltschaft weigert sich, gegen die Bauaufsicht vorzugehen, obwohl es eine Anzeige der polnischen Umweltorganisation EKO-Unia gab.“*

Das Bezirksgericht in Gorzów Wielkopolski (Sąd Rejonowy w Gorzowie Wielkopolskim) hat daraufhin die Staatsanwaltschaft verpflichtet, eine Untersuchung gegen den zuständigen Bauinspekteur einzuleiten (Tagesschau – Online vom 24.07.2023: Gericht in Polen weist Staatsanwaltschaft an, Oder-Ausbau vorläufig zu stoppen, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/regional/brandenburg/rbb-gericht-in-polen-weist-staatsanwaltschaft-an-oder-ausbau-vorlaeufig-zu-stoppen-102.html>). Ob die Ausbaumaßnahmen nun tatsächlich bis zu einer abschließenden gerichtlichen Entscheidung im Hauptsacheverfahren unterlassen werden, bleibt abzuwarten.

Die Entscheidung des Obersten Verwaltungsgerichts in Warschau vom 07.03.2023 hat jedenfalls bereits dazu geführt, dass die Weltbank ihre Kredite für den Ausbau der Oder durch Polen zurückgezogen hat. Dies äußerte Marina Wes, die Länderdirektorin der Weltbank für die Europäische Union, gegenüber der Abgeordneten von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im brandenburgischen Landtag, Sahra Damus, mit Schreiben vom 04.08.2023. Darin stellte die Weltbank auch klar, dass jegliche Verwendung von Darlehensmitteln für Zahlungen, die nach dem Datum des Obersten Verwaltungsgerichts in Warschau im Zusammenhang mit den Ausbaurbeiten der Oder geleistet wurden, nicht für eine Finanzierung im Rahmen des Darlehensvertrags für das Hochwasserschutzprojekt Oder-Weichsel (Odra Vistula) in Betracht kommen. Damit zog schon das zweite Finanzinstitut seine Finanzierung für das Projekt zurück. Im Juni 2023 hatte bereits die Entwicklungsbank des Europarats (CEB) ihren Kredit aufgrund der Entscheidungen der polnischen Verwaltungsgerichte ausgesetzt (siehe Tagesschau – Online vom 23.06.2023: Europäische Entwicklungsbank stoppt Kredit für Oder-Ausbau, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/regional/brandenburg/rbb-europaeische-entwicklungsbank-stoppt-kredit-fuer-oder-ausbau-102.html>).

## II. Mögliche Verletzungen des Abkommens

Ausgehend von den vorstehend dargestellten Sachverhalten könnte das Verhalten der Republik Polen geeignet sein, eine Verletzung von Pflichten aus dem Abkommen zu begründen.

### 1. Artikel 3 Absatz 6

Nach hiesiger Bewertung liegt eine **Verletzung von Artikel 3 Absatz 6** des Abkommens vor. Denn die Vertragsparteien sind verpflichtet sicherzustellen, „*dass die [jeweiligen Umsetzungs-] Maßnahmen im Einklang mit den im Hoheitsgebiet ihres Staates jeweils geltenden Rechtsvorschriften stehen*“. Dies ist bezogen auf die Maßnahme „1B.2 Etappe I und Etappe II Modernisierungsarbeiten an der Oder als Grenzfluss im Rahmen des Projekts des Hochwasserschutzes im Einzugsgebiet der Oder und Weichsel“ des Regionaldirektors für Umweltschutz in Stettin offensichtlich nicht der Fall. Die polnischen Gerichte haben sich insoweit der Auffassung der klagenden Naturschutzverbände angeschlossen, dass eine Durchführung der

Bauarbeiten, d.h. die Umsetzung der Maßnahmen zum Oderausbau, die Gefahr einer erheblichen Schädigung der Lebensräume von Arten hervorrufen könne, die nach polnischem und EU-Recht geschützt sind (siehe Woiwodschaftsverwaltungsgericht Warschau, Beschluss vom 9. Dezember 2022, Az. IV SA/Wa 2239/22). Sie haben zudem festgestellt, dass irreversible Eingriffe in die Umwelt zu befürchten sind und daher aufgrund der in Artikel 74 der Verfassung der Republik Polen verankerten Ziele des Umweltschutzes sowie dem in Artikel 192 AEUV vorgegeben und vom EuGH in ständiger Rechtsprechung geforderten Leitziel der „Gewährleistung eines hohen Umweltschutzniveaus“ und schließlich aufgrund des Vorsorgeprinzips als allgemeinem Rechtsgrundsatz des Unionsrechts eine Durchführung der Maßnahmen so lange zurückgestellt werden muss, bis sichergestellt ist, dass durch die Ausbaumaßnahmen keine schädlichen Umweltauswirkungen hervorgerufen werden können. Dies sei aktuell nicht der Fall (siehe ausführlich Oberstes Verwaltungsgericht in Warschau, Entscheidung vom 07.03.2023, Az. III OZ 78/23 Randnummern IV.10 bis IV.12).

Einer Verletzung des Abkommens steht nicht entgegen, dass es sich bei dem in Polen anhängigen Rechtsstreit zunächst nur um einen Einzelfall eines Genehmigungsverfahrens handelt. Die Gesamtumstände der Verfahrensführung bis hin zum prozessualen Verhalten der polnischen Behörden und der für die Umsetzung der Maßnahmen verantwortlichen Entscheidungsträger lassen die Bewertung zu, dass die Maßnahmenumsetzung unter Beachtung der nationalen polnischen und europarechtlich geforderten Umweltbestimmungen und Beteiligungsrechte, wie insbesondere auch die Einhaltung der Vorgaben der grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfung kategorisch missachtet wird. Zur Begründung dieser Bewertung wird hinsichtlich der Verfahrensführung der Genehmigungsbehörde und der unzureichenden Beteiligung der Umwelt- und Naturschutzverbände sowie des Landes Brandenburg und der Öffentlichkeit in Deutschland im Rahmen der grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfung sowohl auf die Defizite verwiesen, die das MLUK über die Kanzlei Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung mit Widerspruch vom 13.08.2020 vorgebracht hat, als auch auf die Mängel, die die Kanzlei Baumann Rechtsanwälte PartG mbB in ihrem Gutachten vom 19.01.2022 im Auftrag der Fraktion DIE GRÜNEN/EFA im europäischen Parlament aufgezeigt hat. Danach verletzt die weitgehend unterlassene FFH-Verträglichkeitsprüfung der FFH-Gebiete auf deutscher Seite die Beteiligungsrechte, wie sie vom EUGH speziell in seinem Urteil „Slowakischer Braunbär II“ vom 08.11.2016, RS C-243/15 (Rn. 45 ff.) als europarechtlich erforderlich erachtet wurden. Eine angemessene Beteiligung war auch wegen zahlreicher erheblicher Übersetzungsmängel von Auslegungsunterlagen (Antrag, Fachgutachten, Umweltbericht etc.), Einwendungen und Stellungnahmen sowie Erwiderungen nicht möglich. Insoweit verletzt die Verfahrensgestaltung auch Artikel 2 Ziff. 6 des Übereinkommens von Espoo (siehe Heß/Weiser-Saulin/ Wulff, a.a.O., S. 84 f.). Neben Verfahrensrechten haben sowohl die Kanzlei Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung für das MLUK Brandenburg als

auch die Kanzlei Baumann Rechtsanwälte PartG mbB bezüglich des behördlichen Genehmigungsbescheides erhebliche Verstöße gegen die FFH-Richtlinie und die EU-Wasserrahmenrichtlinie und den Artenschutz festgestellt. Auf die jeweiligen ausführlichen Begründungen der Kanzleien wird entsprechend verwiesen. Die polnischen Gerichte haben die Auffassung der Kanzleien letztlich im Eilverfahren bis in die oberste Instanz bestätigt und den Baustopp für die Maßnahmenumsetzung angeordnet. Trotz dieser Anordnung haben sich die polnischen Behörden und die behördlichen sowie politischen Entscheidungsträger bewusst über ihre eigene Rechtsordnung hinweggesetzt und die Umsetzung der Maßnahmen im Wissen um die Rechtswidrigkeit fortgeführt.

Dem folgend hat die Republik Polen als Vertragspartei nicht - wie von Artikel 3 Absatz 6 Satz 1 gefordert - dafür Sorge getragen, dass die Maßnahmen im Einklang mit den im polnischen Hoheitsgebiet geltenden Rechtsvorschriften stehen. Die Gesamtumstände legen dabei eine bewusste Missachtung der geltenden Rechtsvorschriften offen. (Es sei darauf hingewiesen, dass der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages entgegen der vorstehenden Bewertung im Mai 2021 die Auffassung vertreten hat, es gäbe abseits von Artikel 11 im Abkommen „keine weiteren umweltrechtbezogenen Abreden“, siehe WD 8 - 3000 - 048/21, Ziff. 3.1, online abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/850676/7501200f665c2fdde63d830df5f3b7b2/WD-8-048-21-pdf-data.pdf>. Diese Auffassung wird auf Grundlage der dargestellten Auslegung des Abkommens, insbesondere dem klaren Wortlaut von Artikel 3 Absatz 6, jedoch abgelehnt).

## 2. Artikel 11

Darüber hinaus kann ein Verstoß gegen **Artikel 11** des Abkommens angenommen werden. Wie bereits vorstehend aufgezeigt verstößt die von den polnischen Behörden durchgeführte grenzüberschreitende Umweltverträglichkeitsprüfung im Genehmigungsverfahren der Maßnahme „1B.2 Etappe I und Etappe II Modernisierungsarbeiten an der Oder als Grenzfluss im Rahmen des Projekts des Hochwasserschutzes im Einzugsgebiet der Oder und Weichsel“ gegen Artikel 2 Ziff. 6 des Übereinkommens von Espoo. Dieses Übereinkommen ist von der Republik Polen zu beachten, denn die Europäische Gemeinschaft hat das Übereinkommen von Espoo genehmigt, sodass dessen Vorschriften nach Artikel 216 Abs. 2 AEUV integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung sind (siehe Schlussanträge der Generalwältin Juliane Kokott, vom 29. November 2018(1), RS C-411/17, Rz. 70 unter Verweis auf EuGH Urteil vom 8. März 2011, Lesoochranárske zoskupenie (C-240/09, EU:C:2011:125, Rn. 30), vom 15. März 2018, North East Pylon Pressure Campaign und Sheehy (C-470/16, EU:C:2018:185, Rn. 46), und vom 11. Juli 2018, Bosphorus Queen Shipping (C-15/17, EU:C:2018:557, Rn. 44)). Die Missachtung dieser Bestimmung führt damit auch grundsätzlich zu einer Verletzung von Artikel 11 des Abkommens, da

eine Beteiligung gerade nicht „gemäß den im Hoheitsgebiet (...) geltenden Rechtsvorschriften“ durchgeführt wurde. Zu beachten ist jedoch, dass eine grenzüberschreitende Umweltverträglichkeitsprüfung mit der Möglichkeit der Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland bzw. der betroffenen Behörden, Träger öffentlicher Belange und der Öffentlichkeit stattgefunden hat. Differenzen bestehen daher nicht hinsichtlich des „Ob“ einer grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfung mit Beteiligungsmöglichkeit, sondern alleine hinsichtlich des „Wie“ der Beteiligungsmöglichkeit und der Berücksichtigung der vorgebrachten Einwände. Dabei hat insbesondere das MLUK Brandenburg über die Kanzlei Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung geltend gemacht, dass die im Rahmen des Beteiligungsverfahrens vorgebrachten Einwendungen und Stellungnahmen „völlig außer Acht“ gelassen wurden. Auch nach hiesiger Bewertung war die Beteiligung im Rahmen der grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfung nicht geeignet, die Funktion einer solchen Umweltverträglichkeitsprüfung zu gewährleisten (Information der Öffentlichkeit über die Auswirkungen des Vorhabens, umfassende Ermittlung, Beschreibung und Bewertung der Umweltauswirkungen als Grundlage behördlicher Bewertung), da einerseits die Umweltauswirkungen des Vorhabens – speziell auf der deutschen Seite der Grenzoder, z.B. im Zusammenhang mit den Auswirkungen auf Schutzgebiete (Natura-2000) – nur unzureichend ermittelt, beschrieben und bewertet wurden und andererseits die Verfahrensgestaltung eine umfassende und effektive Beteiligung am Verfahren nicht zuließ. Ohne dies im Einzelnen nochmals darzulegen wird auf das Gutachten der Kanzlei Baumann Rechtsanwälte PartG mbB vom 19.01.2022 verwiesen, in dem ausführlich dargelegt wird, dass im Rahmen des dort zugrundeliegenden Genehmigungsverfahrens die UVP mangel- und lückenhaft durchgeführt wurde und somit nicht den in der Republik Polen geltenden Rechtsvorschriften, insbesondere den Vorgaben des Artikel 5 Absatz 1 i.V.m. Anhang IV UVP-Richtlinie entspricht. Mängel wurden unter anderem dabei festgestellt, dass die UVP die fortlaufende und vier Jahrzehnte währende Ausbaggerung als Unterhaltungsmaßnahme nicht berücksichtigt und die damit verbundenen Auswirkungen weder ermittelt noch bewertet; dass die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände nach Art. 12 FFH-RL unzureichend abgearbeitet und damit auch die Auswirkungen der Maßnahmen auf das Schutzgut Tiere unzureichend ermittelt und bewertet wurden und dass das Schutzgut Wasser auf Grundlage eines unzureichenden Fachbeitrags zur EU-WRRL nicht ausreichend betrachtet wurde (ausführlich Heß/Weiser-Saulin/Wulff, a.a.O., S. 30). Insoweit sprechen trotz Durchführung einer grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfung deren erhebliche Mängel dafür, dass diese nicht zur Einhaltung der Verpflichtung aus Artikel 11 des Abkommens genügt. Hinsichtlich der Schwere der Pflichtverletzung ist jedoch zu beachten, dass die Republik Polen bzw. die polnischen Behörden davon ausgehen, dass die grenzüberschreitende Umweltverträglichkeitsprüfung ordnungsgemäß erfolgte (siehe die Stellungnahme der Republik Polen zur grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfung vom 27.02.2019, online abrufbar unter:

[https://www.gdws.wsv.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Planfeststellungsverfahren/700\\_UVP\\_Polen\\_Modernisierungsarbeiten\\_Oder/Deutsch/Juli\\_2019/Anmerkungen3.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.gdws.wsv.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Planfeststellungsverfahren/700_UVP_Polen_Modernisierungsarbeiten_Oder/Deutsch/Juli_2019/Anmerkungen3.pdf?__blob=publicationFile&v=2)). Anders als bei der Pflichtverletzung des Artikel 3 Absatz 6 des Abkommens besteht insoweit keine offene Missachtung des Abkommens, sondern eine Meinungsverschiedenheit über die gesetzlichen Anforderungen und die Frage, ob diese eingehalten sind (so die Republik Polen) oder nicht (so z.B. die Naturschutzverbände und das MLUK Brandenburg).

### 3. Artikel 3 Absatz 1 in Verbindung mit der Anlage

Fraglich ist, ob auch ein Verstoß gegen **Artikel 3 Absatz 1** in Verbindung mit der Anlage des Abkommens dadurch festzustellen ist, dass der Genehmigungsbescheid für die Maßnahme „1B.2 Etappe I und Etappe II Modernisierungsarbeiten an der Oder als Grenzfluss im Rahmen des Projekts des Hochwasserschutzes im Einzugsgebiet der Oder und Weichsel“ auch Maßnahmen enthält, die nicht im Abkommen vereinbart wurden. Dies hatte die Kanzlei Piotr Kozłowski Rechts- und Steuerberatung im Widerspruch für das MLUK Brandenburg vom 13.08.2020 entsprechend geltend gemacht. Eine derartige Pflichtverletzung setzt voraus, dass entweder die in der Anlage zu Artikel 3 Absatz 1 des Abkommens aufgelisteten und von den Vertragsparteien anerkannten Schwachstellen entlang der Grenzoder abschließend und auch mit Ausschlusswirkung für andere Maßnahmen vereinbart wurden, oder die Durchführung zusätzlicher Maßnahmen durch eine der Vertragsparteien (hier: die Republik Polen) dazu führen würde, dass die in Artikel 3 Absatz 1 festgelegten Ziele (Gewährleistung des Eisabbruchs, der Eisabfuhr sowie der Binnenschifffahrt) konterkariert würden. Für beides sind auf Grundlage der herangezogenen Unterlagen keine ausreichenden Anzeichen ersichtlich. Das Abkommen selbst äußert sich nicht dahingehend, dass die Vertragsparteien mit der Festlegung der in der Anlage aufgelisteten Schwachstellen gleichzeitig vereinbaren wollten, dass weitere (zusätzliche) Maßnahmen des Gewässerausbaus oder des Hochwasserschutzes rechtsverbindlich unterlassen werden sollten. Insoweit können zusätzliche Maßnahmen zwar nicht mit dem Abkommen begründet oder gerechtfertigt werden, stehen diesem jedoch auch nicht zwingend entgegen. Etwas anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn die einseitig geplanten Maßnahmen Auswirkungen auf die Durchführbarkeit des Abkommens im Übrigen hätten. So ist unter anderem zu beachten, dass im Anwendungsbereich des Abkommens nach Artikel 3 Absatz 2 eine zwischen den Vertragsparteien abgestimmte Stromregelungskonzeption entwickelt wurde und diese nach Artikel 3 Absatz 4 Grundlage für die „Maßnahmen zur Beseitigung der in der Anlage zu diesem Abkommen aufgeführten Schwachstellen“ ist. Insoweit müsste bei jedem zusätzlichen Vorhaben speziell im oberen (polnischen) Bereich der Grenzoder geprüft werden, ob sich bei Durchführung der Maßnahme Auswirkungen auf die Annahmen der im Abkommen vereinbarten Stromregelungskonzeption erge-

ben. Daher kann grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden, dass einzelne weitere Maßnahmen oder gar ein Bündel von mehreren zusätzlichen Maßnahmen an der Oder auf polnischem Gebiet derartige Auswirkungen auf die Fließgeschwindigkeit oder andere Parameter haben, die wiederum für die Stromregelungskonzeption als Grundlage der Schwachstellenbeseitigung nach Artikel 3 Absatz 1 des Abkommens bedeutsam sind. Im Ergebnis kann im Rahmen dieses Rechtsgutachtens nicht festgestellt werden, dass eine Pflichtverletzung des Artikel 3 Absatz 1 vorläge. Diese Frage müsste fachgutachterlich geprüft werden bzw. müsste die BAW gemeinsam mit den Vertragsparteien unter Einbeziehung der Auswirkungen von zusätzlichen Maßnahmen (kontinuierlich) prüfen, ob die dem Abkommen zugrunde gelegte Stromregelungskonzeption noch möglich und belastbar ist oder zusätzliche Maßnahmen den Vollzug des Abkommens gefährden.

### III. Keine Ungültigkeit oder Nichtigkeit des Abkommens

Trotz der unter Ziff. C. II. aufgezeigten Verletzung des Abkommens ist dieses nicht als „gegenstandslos“ anzusehen. Das Abkommen selbst regelt keine Nichtigkeits- oder Ungültigkeitsgründe. Insoweit ist auf das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (sogenannte Wiener Vertragsrechtskonvention – WVK) vom 23. Mai 1969 abzustellen. Sowohl die Bundesrepublik Deutschland als auch die Republik Polen haben das WVK ratifiziert, so dass dieses gemäß Art. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a) WVK auf das deutsch-polnische Abkommen als „Vertrag“ zwischen den beiden Staaten anwendbar ist.

Damit können sich Nichtigkeitsgründe oder die Ungültigkeit des Abkommens nur aus Abschnitt 2 (§ 46 bis 53) WVK ergeben. Die dort genannten Nichtigkeitsgründe wie z.B. Irrtum (§ 48 WVK), Betrug (§ 49 WVK), Bestechung (Art. 50 WVK) oder Zwang (Art. 51 und 52 WVK) scheiden jedoch offensichtlich aus bzw. liegen hierfür keine Anhaltspunkte vor. Ebenso ist nicht ersichtlich, dass das Abkommen selbst „*im Widerspruch zu einer zwingenden Norm des allgemeinen Völkerrechts (ius cogens)*“ steht (Art. 53 WVK).

Dem folgend ist das Abkommen mangels Vorliegens eines Ungültigkeitsgrundes gültig und daher von den Vertragsparteien auch einzuhalten. Eine andere Frage ist, ob die vorstehend dargelegten Verletzungen des Abkommens die Bundesrepublik Deutschland zu einer Beendigung oder Suspendierung des Abkommens berechtigen. Dies wird im Rahmen der nachfolgenden Frage unter Ziff. D. beantwortet.

### D. Welche Handlungsbedarfe und -möglichkeiten ergeben sich aus der festgestellten Verletzung

Sowohl aus der festgestellten Verletzung des Abkommens durch die Republik Polen als auch aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Ereignisse könnten sich Gründe

für eine (einseitige) Beendigung oder Suspendierung des Abkommens ergeben.

## I. Regelungen im Abkommen selbst

Das Abkommen selbst enthält keinerlei Rechtsfolgen, die an die Nichteinhaltung der im Abkommen vereinbarten Verpflichtungen geknüpft sind. Die Vertragsparteien gehen damit grundsätzlich von einer gegenseitigen Beachtung der vertraglich vereinbarten Regelungen aus. Allein **Artikel 15** des Abkommens enthält einen Mechanismus, der bei „*Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung oder die Anwendung*“ des Abkommens eingreift. Dieser besteht darin, dass nach Artikel 15 Abs. 1 des Abkommens die Meinungsverschiedenheit in einem Gemeinsamen Ausschuss oder über Gespräche zwischen den zuständigen Behörden der Vertragsparteien ausgeräumt werden soll und wenn dies nicht gelingt, nach Artikel 15 Absatz 2 des Abkommens eine Entscheidung durch ein Schiedsgericht herbeigeführt werden kann. Damit ergibt sich aus dem Abkommen selbst außerhalb des Streitschlichtungsmechanismus des Artikel 15 keine Möglichkeit zur einseitigen Vertragsbeendigung oder Suspendierung infolge einer Vertragsverletzung.

Die Möglichkeit zur Änderung des Abkommens besteht gemäß **Artikel 16** nur im gegenseitigen Einvernehmen. Ob ein solches Einvernehmen gerade bei Differenzen über die Anwendung des Abkommens realistischerweise zu erwarten ist, darf bezweifelt werden. Grundsätzlich muss jedoch am Abkommen nicht zwingend festgehalten werden. Die Beendigung des Abkommens kann als sogenannter *actus contrarius* zu seinem Abschluss nur vom BMDV vorgenommen werden (siehe auch Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 3 - 3000 - 027/23 (15.03.2023), S. 2; § 40 Abs. 2 RvV).

Schließlich besteht ebenfalls unabhängig von einer Vertragsverletzung mit **Artikel 17** die Möglichkeit zur Kündigung des Abkommens. Dies ist allerdings erst nach 20 Jahren seit dem Inkrafttreten des Abkommens möglich, d.h. frühestens im Jahr 2035, wobei das Abkommen gemäß Artikel 17 Satz 2 erst 5 Jahre nach dem Zugang der Kündigungsnote außer Kraft tritt, d.h. frühestens im Jahr 2040.

## II. Beendigung und Suspendierung auf Grundlage der WVK

Wie bereits eingangs erläutert ist die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) auf das deutsch-polnische Abkommen anwendbar. Ungeachtet entsprechender Regelungen im Abkommen selbst können sich Suspendierungs- und Beendigungsgründe damit aus der WVK ergeben.

Für die nachfolgende Prüfung ist zu beachten, dass völkerrechtliche Verträge dem Grundsatz der Vertragsfreiheit unterliegen und den Vertragsparteien damit beim Abschluss der Verträge – innerhalb der rechtlichen Grenzen – eine weitgehende Autonomie hinsichtlich der Vertragsinhalte zukommt (Krajewski, Völkerrecht, 3. Aufl. 2023, § 4 Rn. 18). Damit korrespondierend bestimmt Artikel 26

WVK, dass einmal in Kraft getretene Verträge die Vertragsparteien binden und von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen sind (Prinzip des *pacta sunt servanda*). Ausgehend von diesen Grundsätzen sind die Möglichkeiten der einseitigen Vertragsbeendigung oder Suspendierung grundsätzlich eng auszulegen und Streitigkeiten über die Vertragsauslegung, die Umsetzung des Vertrages oder die Beendigung des Vertrages (siehe Artikel 54 Buchst. b), Artikel 57 Buchst. b) WVK) weitestgehend im gegenseitigen Einvernehmen zu lösen.

#### 1. Art. 60 WVK (Vertragsverletzung)

Nach Artikel 60 Absatz 1 WVK berechtigt eine erhebliche Verletzung eines zweiseitigen Vertrags durch eine Vertragspartei die andere Vertragspartei, die Vertragsverletzung als Grund für die Beendigung des Vertrages oder für seine gänzliche oder teilweise Suspendierung geltend zu machen. Nach Artikel 60 Absatz 3 WVK ist eine Verletzung dann erheblich, wenn sie eine Bestimmung betrifft, die für die Erreichung des Vertragsziels oder den Vertragszweck wesentlich ist.

Die Vertragsziele bzw. -zwecke beschränken sich – wie bereits dargelegt – auf die Verbesserung des Hochwasserschutzes durch Sicherstellung von Eisaufruch und Eisabfuhr (Artikel 3 Absatz 1 und Erwägungsgrund Nr. 4), die Gewährleistung der Binnenschifffahrt von Küstenmotorschiffen zwischen dem Hafen Schwedt und der Ostsee (Artikel 3 Absatz 1 und Erwägungsgrund Nr. 8) sowie die zwischenstaatliche Abstimmung einer Stromregelungskonzeption entlang der Grenzoder und einer entsprechenden Schwachstellenbeseitigung (Artikel 3 Absatz 1 bis 3, Erwägungsgründe Nr. 5 bis 7). Die Verletzung von Rechtsvorschriften beim Vollzug der Maßnahmen, seien diese nationales Recht oder innerstaatlich geltendes Unionsrecht, stehen diesen Zielen nicht unmittelbar entgegen. Insoweit liegt zwar eine vertragliche Pflichtverletzung vor, die jedoch kein solches Gewicht erreicht, dass sie eine einseitige Vertragsbeendigung zuließe. Bei dieser Bewertung ist auch zu berücksichtigen, dass gegen die Rechtsverletzungen vor polnischen Gerichten noch Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen und die Bundesrepublik Deutschland als milderes Mittel zunächst den Weg über den Streitbeilegungsmechanismus des Artikel 15 des Abkommens anstreben müsste, um ggf. eine gütliche Streitbeilegung anzustreben oder eine Klärung über ein Schiedsgericht zu erzielen (Artikel 15 Absatz 3).

Zusammenfassend liegen die Voraussetzungen von Artikel 60 Absatz 1, 3 WVK nicht vor. Eine einseitige Vertragsbeendigung ist auf dieser Rechtsgrundlage nicht möglich.

## 2. Art. 62 WVK (Grundlegende Änderung der Umstände)

Artikel 62 Absatz 1 ermöglicht eine Vertragsbeendigung, wenn eine grundlegende Änderung der beim Vertragsabschluss gegebenen Umstände eingetreten ist. Einen solchen Umstand könnte das massenhafte Fischsterben in der Oder im Jahr 2022 darstellen. Der Internationale Gerichtshof hat sich in seiner Entscheidung zum Staudammprojekt Gabčíkovo-Nagymaros (ICJ 25.07.1997, Rep. 1997, Seite 7, online abrufbar unter: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>) auf Grundlage eines diesbezüglichen völkerrechtlichen Vertrages zwischen Ungarn und der Slowakei zu den Voraussetzungen nach Artikel 62 WVK wie folgt geäußert (a.a.O., Seite 62 zu Rz. 104 (deutsche Übersetzung des englischen Originaltextes)):

*„Eine grundlegende Änderung der Umstände muss unvorhersehbar gewesen sein; das Vorhandensein der Umstände zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses muss eine wesentliche Grundlage für die Zustimmung der Parteien, durch den Vertrag gebunden zu sein, dargestellt haben. Der negative und bedingte Wortlaut von Artikel 62 der Wiener Konvention Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge ist zudem ein deutlicher Hinweis darauf, dass die Stabilität der vertraglichen Beziehungen erfordert, dass die Einrede der grundlegenden der Umstände nur in Ausnahmefällen angewandt werden darf.“*

Ausgehend von dieser strengen Auslegung erscheint zwar das Fischsterben in der Oder im Jahr 2022 als unvorhersehbare Entwicklung. Die Vertragsparteien haben sich jedoch innerhalb des Abkommens nicht auf die Einhaltung bestimmter Umweltziele verständigt, sondern lediglich Ziele in Bezug auf Hochwasserschutz und Binnenschifffahrt vereinbart. Umweltgesichtspunkte spielen daher nur insoweit eine Rolle, als die Umsetzung des Abkommens nur dann an umweltrechtlichen Normen scheitern darf, wenn diese einer Zielverwirklichung entgegenstehen (vgl. Artikel 3 Absatz 6 des Abkommens mit der Sicherstellung der Umsetzung der Maßnahmen auf Grundlage der jeweils geltenden Rechtsvorschriften). Insoweit ist auch trotz dieses Ereignisses nicht ausgeschlossen, dass die Umsetzung des Abkommens – ggf. in reduzierter Form oder mit erheblichen Begleitmaßnahmen bzw. Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen – grundsätzlich noch im Einklang mit den geltenden umweltrechtlichen Bestimmungen möglich ist.

Im Ergebnis liegt damit aktuell kein Grund vor, das Abkommen auf Grundlage von Artikel 62 WVK einseitig zu beenden.

## E. Auswirkungen der nicht nachgewiesenen Hochwasserneutralität.

Es soll zudem geprüft werden, wie das Abkommen im Lichte dieser Entwicklungen (siehe Ziff. C. I.) sowie aufgrund der nicht nachgewiesenen Hochwasserneutralität beispielsweise zeitweise oder ganz ausgesetzt, nachverhandelt oder gekündigt werden kann.

Das Abkommen bzw. die Stromregelungskonzeption der BAW und damit die darauf aufbauende Maßnahmenumsetzung könnte gegen das Gebot der Hochwasserneutralität verstoßen.

Für die deutsche Rechtsordnung regelt § 68 Abs. 3 Wasserhaushaltsgesetz, dass ein Ausbau von Gewässern nicht zu einer nicht ausgleichbaren Erhöhung der Hochwasserrisiken oder zu einer Zerstörung natürlicher Rückhalteflächen, vor allem in Auwäldern, führen darf. Darüber hinaus sind auch bei Unterhaltung und Ausbau von Bundeswasserstraßen (siehe § 8 Absatz 1 Satz 5 und § 12 Absatz 7 Satz 1 Bundeswasserstraßengesetz) die Bewirtschaftungsziele für Oberflächenwasserkörper nach den §§ 27 bis 31 WHG zu berücksichtigen. Unter einem Hochwasserrisiko versteht man die *„Kombination der Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Hochwasserereignisses mit den möglichen nachteiligen Hochwasserfolgen für die menschliche Gesundheit, die Umwelt, das Kulturerbe, wirtschaftliche Tätigkeiten und erhebliche Sachwerte“* (§ 73 Abs. 1 S. 2 WHG, ebenso Artikel 2 Nr. 2 Richtlinie 2007/60/EG vom 23. Oktober 2007 über die Bewertung und das Management von Hochwasserrisiken). Demgegenüber sind natürliche Rückhalteflächen solche Bereiche, *„die Hochwasser durch ihre seitliche Ausdehnung über das Ufer hinaus Ausbreitungsmöglichkeiten geben und dadurch einen beschleunigten, stromabwärts gerichteten Abfluss des gesamten Wassers verhindern“* (BeckOK UmweltR/Spieth WHG § 67 Rn. 2; VGH München, Urteil vom 18.12.2012 - 8 B 12.431 -, juris Rn. 48).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts stellt eine bloß lokale Erhöhung des Hochwasserrisikos noch keine Beeinträchtigung im Sinne von § 68 Absatz 3 WHG dar, wenn durch die Maßnahme insgesamt eine Verringerung der Gefahr erreicht wird und die lokale Erhöhung durch Schutzmaßnahmen bewältigt werden kann (BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 7 C 15/13 –, juris Rn. 41). Demgegenüber sind Zerstörungen von natürlichen Rückhalteflächen grundsätzlich zu unterlassen, so dass auch kleinräumige Zerstörungen eine Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit im Sinne von § 68 Absatz 3 WHG darstellen (BVerwG, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 7 C 15/13 –, juris Rn. 41).

Ausgehend von diesen gesetzlichen Vorgaben sind jedenfalls die deutschen Behörden verpflichtet, bei der Umsetzung des Abkommens in Form der wasserrechtlichen Planfeststellungsverfahren zum Gewässerausbau die gesetzlichen Vorgaben des § 68 Abs. 3 WHG einzuhalten. Da nach Artikel 3 Absatz 4 des Abkommens die zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Stromregelungskonzeption der BAW Grundlage für die Maßnahmenumsetzung ist, müsste bereits sichergestellt sein, dass diese mit den gesetzlichen Vorgaben des § 68 Absatz 3 WHG vereinbar ist.

Die BAW erläutert in ihrer im Jahr 2014 vorgelegten Aktualisierung der Stromregelungskonzeption für die Grenzoder (a.a.O., Seite 4), dass sie als Nebenziel innerhalb der Projektgruppe die Gewährleistung der Hochwasserneutralität festgelegt habe. Daraus leitet sie die Vorgabe ab, dass *„der Scheitel des Bemessungshochwassers für die Deiche (...) durch die geplanten Maßnahmen nicht signifikant erhöht werden (darf)“*. Wie sich aus der Stromregelungskonzeption ergibt, ist diese jedoch nicht durchgehend vollständig hochwasserneutral ausgestaltet. Vielmehr lässt die Stromregelungskonzeption es ausreichen, dass die Hochwasserneutralität weitgehend gewährleistet wird (BAW, a.a.O., Seite 88):

*„Bei den Varianten ist neben der Erreichung des Regelungsziels auch eine weitgehende Gewährleistung der Hochwasserneutralität anzustreben.“*

Auch im Rahmen der Variantenprüfung wird deutlich, dass eine absolute Hochwasserneutralität nicht als Grundlage für die Stromregelungskonzeption herangezogen wurde. So führt die BAW auf Seite 139 aus:

*„Mit den begleitenden Baggerungen weist die Variante SRK-V2b\_RT\_Bagg für den Abschnitt 2 nahezu Hochwasserneutralität auf, lediglich unmittelbar unterhalb der Warthemündung beträgt die Anhebung noch etwa 5 cm.“*

Und:

*„Das Szenario einer verstärkten Baggerung im Abschnitt 1 zur Gewährleistung einer vollständigen Hochwasserneutralität im gesamten Untersuchungsgebiet wurde nicht untersucht.“*

Dass eine vollständige Hochwasserneutralität in der Stromregelungskonzeption bislang nicht angestrebt wurde, ergibt sich auch aus dem Abschlussbericht des DNR (Ökologischer Hochwasserschutz im Einzugsgebiet der Oder mit Schwerpunkt auf die Modellregion Unteres Odertal, Abschlussbericht, DBU-AZ: 33605/01 vom 25.07.2019, a.a.O., Seite 18). Hier wird insbesondere auf eine Schwachstelle am „Krummen Ort“ bei "Hohenwutzen (Oder-km 661)" verwiesen. An dieser soll mittelfristig, d.h. im Simulationszeitraum von vierzig Jahren laut der Stromregelungskonzeption der Wasserspiegel auch bei Hochwasser um bis zu 12 cm ansteigen. Aber auch im Übrigen, d.h. über den gesamten Verlauf der Oder, wird es von Oder-km 540 bis km 670 auf einer Länge von 130 km zu Erhöhungen der Hochwasserwelle kommen und lediglich zwischen Oder-km 670 und km 690 auf einer Länge von 20 km zu einer geringfügigen Verringerung um ca. zwei bis drei Zentimeter (siehe BAW, Aktualisierung der Stromregelungskonzeption für die Grenzoder, Kurzfassung zum Gutachten, Mai 2014, 3.02.10132.4., a.a.O., Seite 13, Abbildung 2-8). Damit stellt sich infolge der Erhöhung durch die Umsetzungsmaßnahmen grundsätzlich die Frage, ob die aktuelle Gesamtkonzeption der Stromregelung mit den Anforderungen des § 68 Absatz 3 WHG übereinstimmen.

Ob die Stromregelungskonzeption den Anforderungen des § 68 Absatz 3 WHG genügt, kann im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht bewertet werden. Aufgrund der dargestellten Sachverhalte ergeben sich hieran jedoch Zweifel. Zum einen ist der Begriff der Hochwasserneutralität, wie er sich aus der Stromregelungskonzeption der

BAW ergibt, nicht deckungsgleich mit den Anforderungen, die § 68 Absatz 3 WHG aufstellt. Zum anderen äußert sich die Stromregelungskonzeption an zahlreichen Stellen dahingehend, dass die Hochwasserneutralität nicht (vollständig) eingehalten würde. Dies ist jedoch bei Umsetzung der Maßnahmen in Deutschland gesetzlich erforderlich und insoweit auch nach Artikel 3 Absatz 6 des Abkommens für die BRD verpflichtend. Insoweit kann aktuell nicht festgestellt werden, dass die gesetzlichen Vorgaben des § 68 Absatz 3 WHG eingehalten sind und Maßnahmenumsetzungen in Form von Planfeststellungsverfahren auf Grundlage dieser Stromregelungskonzeption umsetzbar wären. Es wäre insoweit zu empfehlen, dass nicht erst im Zuge von Planfeststellungsverfahren, sondern bereits bei der gemeinsamen Einigung auf die Stromregelungskonzeption eine Prüfung der Umsetzbarkeit der daran anknüpfenden Ausbaumaßnahmen entsprechend den Vorgaben des § 68 Absatz 3 WHG erfolgt. Eine solche Vereinbarkeitsprüfung liegt bislang nicht vor.

Bedenken im Hinblick auf die Hochwasserneutralität ergeben sich auch durch die Ausbaumaßnahmen auf polnischer Seite. Zweifel hieran hat unter anderem der Minister für Landwirtschaft, Umwelt und Klimaschutz, Axel Vogel, in einer Stellungnahme im Brandenburger Landtag geäußert, konkret bezogen auf die Bewertung der polnischen Ausbaupläne wie folgt: (Landtag Brandenburg - PIPr 7/49 - 25. August 2021, Seite 2, online abrufbar unter: <https://www.parlamentsdokumentation.brandenburg.de/starweb/LBB/ELVIS/parladoku/w7/plpr/49-035.pdf>):

*„Es ist von polnischer Seite geplant, nicht nur die Buhnen auszubauen, sondern auch Quer- und Parallelwerke einzubauen. Die Folge ist: Das abfließende Wasser hat dadurch weniger Raum, wird zusammengedrängt, beschleunigt sich, was wiederum zu einer Eintiefung der Flusssohle führt. Der dadurch stärkere und beschleunigte Wasserabfluss verursacht eine größere Hochwassergefahr flussabwärts, da sich das Wasser in der Breite nicht mehr wie vorhergesehen ausdehnen kann.“*

Die hier dargestellten Auswirkungen wären mit dem Gebot der Hochwasserneutralität nicht vereinbar, wobei § 68 Absatz 3 WHG als nationale deutsche Rechtsnorm in Polen keine Geltung beansprucht. Inwieweit das innerstaatliche Recht der Republik Polen eine solche vorschreibt, ist nicht bekannt. Sollte es eine dem § 68 Absatz 3 WHG entsprechende Regelung geben, wäre über Artikel 3 Absatz 6 des Abkommens auch für die Maßnahmenumsetzung auf polnischem Gebiet eine solche Regelung zwingend zu beachten.

Eine europarechtliche Regelung, die explizit und zwingend eine Hochwasserneutralität auch für die Republik Polen festlegt, ist nicht ersichtlich. Allerdings könnte sich eine Rücksichtnahmepflicht aus Artikel 7 Absatz 4 der Richtlinie 2007/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Bewertung und das Management von Hochwasserrisiken ableiten lassen (Abl. 2007 L 288/27). Danach müssen Mitgliedstaaten bei der Erstellung von Hochwasserrisikomanagementplänen darauf achten, dass die in ihren Plänen bestimmten Maßnahmen nicht aufgrund ihres Umfangs und ihrer Wirkung das Hochwasserrisiko anderer Länder flussaufwärts oder flussabwärts im selben Einzugsgebiet oder Teileinzugsgebiet erheblich erhöhen, es sei denn diese Maßnahmen wurden koordiniert und es wurde im Rahmen des Artikel 8 der

Richtlinie zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten eine gemeinsame Lösung gefunden. Aus dieser Vorschrift lässt sich nicht unmittelbar eine Pflicht zur Vermeidung der erheblichen Erhöhung des Hochwasserrisikos für Polen gegenüber Deutschland auch bei der Bestimmung und Durchführung von solchen Maßnahmen und Vorhaben ableiten, die nicht mit der Erstellung eines Hochwasserrisikomanagementplans einhergehen. Allerdings kommt in der Bestimmung zum Ausdruck, dass die Mitgliedstaaten aufeinander Rücksicht zu nehmen haben und nicht Vorhaben vornehmen sollen, die in einem anderen Mitgliedstaat das Hochwasserrisiko erheblich erhöhen. Soweit Maßnahmen in der gemeinsamen Stromregelungskonzeption der BAW zwischen den Vertragsparteien vereinbart wurden ist davon auszugehen, dass eine ausreichende Abstimmung (auch zur Hochwasserneutralität) stattgefunden hat. Soweit jedoch weitere Maßnahmen durch die Republik im Bereich der Grenzoder geplant werden, die nicht Gegenstand des Abkommens sind, müssten diese nicht nur im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Abkommen und dessen Zielen geprüft werden, sondern auch hinsichtlich der daraus resultierenden Veränderungen für das Hochwasserrisiko mit den deutschen Behörden abgestimmt werden. Dies ist auch zur Umsetzung der Ausbaumaßnahmen auf deutscher Seite der Grenzoder notwendig, da ein veränderter Abfluss im Oberlauf der Oder möglicherweise eine Umplanung der Maßnahmen auf deutscher Seite im Unterlauf der Oder erforderlich macht, um die innerstaatlichen Verpflichtungen – wie beispielsweise § 68 Abs. 3 WHG – einhalten zu können. Mit anderen Worten dürfen Ausbaumaßnahmen auf polnischer Seite der Grenzoder nicht verhindern, dass Maßnahmen auf deutscher Seite der Grenzoder nicht mehr durchgeführt werden dürfen oder können.

Für diese Auffassung sprechen neben dem deutsch-polnischen Abkommen auch weitere völkerrechtliche Gründe. Sowohl Polen als auch Deutschland sind jeweils Unterzeichnerstaaten des UN-Abkommens über den Schutz und die Nutzung grenzüberschreitender Fließgewässer und internationaler Seen (UN Convention on the protection and use of transboundary watercourses and international lakes, 17.3.1992 (in Kraft seit 6.10.1996), UNTS 1936, 269). Nach Art. 2 Abs. 1 dieses Abkommens sollen die Vertragsparteien alle angemessenen Mittel vornehmen, um grenzüberschreitende Auswirkungen zu vermeiden, zu kontrollieren und zu vermindern. Zwar stehen im Vordergrund des Abkommens nach seinem Wortlaut Umweltauswirkungen und als konkrete Pflicht ist etwa die Bemühung um bilaterale und multilaterale Abkommen untereinander zur gemeinsamen Abstimmung und Erreichung der Abkommensziele bestimmt. Dennoch deuten mehrere Regelungen innerhalb des Vertrags darauf hin, dass auch die Vermeidung von Hochwasser und damit verbundenen Risiken vom Vertragsgegenstand und Abkommensziel erfasst ist. Zunächst definiert Art. 1 Abs. 2 des Abkommens grenzüberschreitende Auswirkungen („transboundary impact“ als jede erhebliche Beeinträchtigung der Umwelt, wobei in Satz 2 erläutert wird, dass Beeinträchtigungen der Umwelt u.a. nachteilige Auswirkungen auf die Gesundheit und Sicherheit des Menschen sowie andere physische Strukturen sind. Auch schreibt Art. 11 des Abkommens vor, dass die Vertragsstaaten in ihren Vereinbarungen bzw. ihrer Zusammenarbeit gemeinsame Maßnahmenprogramme erstellen sollen u.a. für die Überwachung der Bedingungen grenzüberschreitender Fließgewässer und grenzüberschreitender Auswirkungen, einschließlich Überschwemmungen. Deshalb fällt auch der Schutz vor Hochwasser in den Gegenstand dieses Abkommens (vgl. Rieu-Clarke, Allistair S., A Survey

of International Law Relating to Flood Management: Existing Practices and Future Prospects, Vol. 48(3) Natural Resources 2008, 649 (662 ff.)). Daher kann auf völkerrechtlicher Ebene auch hieraus eine gegenseitige Rücksichtnahmepflicht und ein Gebot zur Vermeidung von Hochwasserrisikoerhöhungen von erheblichem Maße im Nachbarstaat hergeleitet werden.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass die mit dem Abkommen verbundenen Hochwasserrisiken auf Grundlage der einzuhaltenden rechtlichen Vorgaben bislang nur unzureichend in der Praxis untersucht und bewertet wurden. Das Abkommen selbst zielt auf die Reduzierung von Risiken für Winterhochwasser ab, indem es vor allem den Eisauflbruch und die Eisabfuhr ermöglichen bzw. verbessern möchte. Demgegenüber erfordert jedenfalls die deutsche Rechtslage eine Gesamtbetrachtung der Hochwasserrisiken auf Grundlage des § 68 Absatz 3 WHG. Die Planung und Durchführung von Maßnahmen zur „Behebung“ von Risiken für Winterhochwasser darf daher nicht dazu führen, dass insgesamt der Wasserspiegel in der Oder derart ansteigt oder sich die Fließgeschwindigkeit oder andere Parameter derart verändern, dass mit der Maßnahmenumsetzung das Risiko von Hochwasser in anderen Jahreszeiten (insbesondere im Frühjahr und Sommer) steigt. Nach hiesiger Bewertung hat eine solche Prüfung bislang nicht stattgefunden und müsste entsprechend vorgelegt werden. Gleichzeitig müssten auch die weiteren Ausbaupläne der Vertragsparteien in die Stromregelungskonzeption bzw. die zugrundeliegenden Modelle mit aufgenommen werden, die nicht Gegenstand des Abkommens sind, auf dieses jedoch Einfluss haben können. Andernfalls kann nicht sichergestellt werden, dass die dem Ausbau als Grundlage dienende Stromregelungskonzeption überhaupt belastbar und umsetzbar ist und in der Folge die in Artikel 3 Absatz 1 des Abkommens vereinbarten Ziele auf dieser Grundlage erreicht werden können. Die Prüfung der Hochwasserneutralität erst im Zeitpunkt der Maßnahmenplanung, wie sie aktuell praktiziert wird (siehe BT-Drs. 19/19427, S. 3 (zu Fragen 5 bis 5d)), kann letztlich nicht sicherstellen, dass das Abkommen in der vereinbarten Form umsetzbar ist.

Aufgrund des bislang fehlenden Nachweises der Hochwasserneutralität stellt sich auch für Deutschland die Problematik einer Vertragsverletzung. Sollten die Indizien zutreffen die sich insbesondere aus der Erhöhung der Hochwasserwelle in der Stromregelungskonzeption ergeben, so würde bei einem Verstoß der Ausbaumaßnahmen auf deutscher Seite gegen § 68 Absatz 3 WHG zugleich eine Verletzung von Artikel 3 Absatz 6 des Abkommens folgen. Zugleich muss die Frage aufgeworfen werden, ob das Abkommen in der vereinbarten Form überhaupt umsetzbar ist oder der Umsetzung dauerhaft Rechtsgründe entgegenstehen. In Bezug auf die WVK könnte damit im Extremfall die nachträgliche Unmöglichkeit der Erfüllung nach Artikel 61 WVK eintreten, die im Falle einer dauerhaften Unmöglichkeit (Artikel 61 Absatz 1 Satz 1) die einseitige Beendigung des Abkommens ermöglicht, bei lediglich vorübergehender Unmöglichkeit eine Suspendierung, d.h. die vorübergehende Aussetzung des Vertrages (zu den Rechtsfolgen siehe § 72 WVK). Hierfür müsste eine solche Unmöglichkeit jedoch erst „positiv“ festgestellt werden. Insoweit erscheint es unumgänglich, die Stromregelungskonzeption und die Durchführbarkeit der Baumaßnahmen auf deutschem Hoheitsgebiet anhand der zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen zu überprüfen.

## F. Bewertung und Handlungsmöglichkeiten

Das deutsch-polnische Abkommen über die gemeinsame Verbesserung der Situation an den Wasserstraßen im deutsch-polnischen Grenzgebiet zielt seiner Historie und seinem Sinn und Zweck nach auf eine gemeinsame und einvernehmliche Verbesserung des Hochwasserschutzes an der Oder ab. Es ist von dem Gedanken getragen, dass die Ausbaumaßnahmen in den jeweiligen Mitgliedstaaten Auswirkungen im jeweils anderen Staat hervorrufen und daher im Interesse beider Vertragsparteien gemeinsam abgestimmt werden sollen.

Die zwischenzeitlichen Entwicklungen lassen Zweifel darüber aufkommen, dass das Abkommen in diesem Geiste noch von beiden Vertragsparteien getragen wird. So ist aufgrund der Wirkzusammenhänge offensichtlich, dass einseitige Zusatzmaßnahmen, wie zusätzliche Vertiefungen zum Beispiel auf Grundlage des polnischen Nationalen Binnenschiffahrtsprogramm 2030 (über die vereinbarten 1,80 Meter hinaus, siehe polnisches Gesetzblatt, Ustawa z dnia 13 lipca 2023 r. o rewitalizacji rzeki Odry / Dz.U. z 2023 r. poz. 1963, online abrufbar unter: <https://monitorpolski.gov.pl/DU/2023/1963>), zusätzliche Querbauwerke und Staustufen oder einseitige nationale Vorgaben wie im Sondergesetz zur Revitalisierung der Oder, ohne Abstimmung mit der anderen Vertragspartei die Erfüllung der gemeinsam vereinbarten Ziele gefährden können, die Zielerreichung jedenfalls nicht fördern.

Ausgehend hiervon sollte zunächst eine Bestandsaufnahme der zwischenzeitlich von den Vertragsparteien durchgeführten und geplanten Maßnahmen entlang der Grenzoder bzw. mit Einfluss auf die Grenzoder vorgenommen werden. Dies gilt insbesondere für die inzwischen zusätzlich errichteten und geplanten Staustufen auf polnischer Seite, sowie die durchgeführten und geplanten Ausbaggerungen, die das im Abkommen vereinbarte (Maximal-) Ziel von 1,80 Metern teilweise erheblich überschreiten. Ausgehend von dieser Bestandsaufnahme sollte insbesondere die gemeinsame Stromregelungskonzeption dahingehend untersucht werden, ob die getroffenen Annahmen unter Berücksichtigung der veränderten Rahmenbedingungen noch belastbar sind. Hierdurch kann auch festgestellt werden, ob und inwieweit das Abkommen und die darin vereinbarte Schwachstellenbeseitigung speziell am Mittel- oder Unterlauf der Oder (noch) durchführbar ist.

Die vorliegende Prüfung hat eine Verletzung vertraglicher Pflichten durch die Republik Polen aufgezeigt. Auch wenn diese nach hiesiger Bewertung nicht von einem solch erheblichen Gewicht sind, dass sie die Beendigung des Vertrages nach Artikel 60 WVK rechtfertigen, sollte der Verstoß gegenüber der Republik Polen durch eine entsprechende Notifikation gerügt werden. Darüber hinaus sollte sowohl im gemeinsamen Ausschuss nach Artikel 14 Absatz 2 des Abkommens als auch im Wege von Gesprächen zwischen den zuständigen Behörden eine Klärung und gütliche Beilegung angestrebt werden (Artikel 15 Absatz 1). Ein aktives Vorgehen über den Streitbeilegungsmechanismus wird auch deshalb empfohlen, weil eine mögliche gerichtliche Durchsetzung der eigenen rechtlichen Interessen nach Artikel 15 Absatz 2 des Abkommens erst dann möglich ist, wenn die Einigungsversuche im Wege des Artikel 15 Absatz 1 gescheitert sind. Ob ein solcher gerichtlicher Schritt schließlich in Erwägung gezogen

wird, ist nicht nur mit Blick auf das hier untersuchte Abkommen, sondern auch mit Blick auf die gesamtpolitischen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien zu entscheiden.

Darüber hinaus erscheint es aufgrund der vorstehend aufgezeigten Entwicklungen geboten, das Abkommen zu ergänzen oder nachzuverhandeln (siehe Artikel 16 des Abkommens). Anlass hierfür gibt insbesondere das Verhalten der Polnischen Behörden und Entscheidungsträger im oben genannten polnischen Genehmigungsverfahren, sowie die Verfahrensgestaltung der grenzüberschreitenden Umweltverträglichkeitsprüfung und die aus hiesiger Sicht unzureichende Behandlung der Stellungnahmen und Einwendungen deutscher Fachbehörden und Naturschutzverbände.

Grundsätzlich widersprüchlich ist, dass das Abkommen nur die Winterhochwasser und die hierfür relevanten Eisaufrüche und Eisabfuhrer berücksichtigt, nicht aber den Hochwasserschutz insgesamt aktiv verfolgt. Nach seinem Titel soll das deutsch-polnische Abkommen (eigentlich) auf eine „Verbesserung der Situation an den Wasserstraßen im deutsch-polnischen Grenzgebiet“ abzielen und sollte insoweit allgemein dem „Hochwasserschutz“ dienen. Aktuell führt das Abkommen jedoch mit seiner Zielrichtung und Umsetzung abseits des Eisaufruchs sogar zu einer Verschlechterung der Hochwassersituation. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die aktuelle Stromregelungskonzeption weiterverfolgt wird. Denn wie in der Stromregelungskonzeption dargelegt, wird die Hochwasserwelle nicht nur punktuell, sondern insgesamt durchgehend um rund 10 Zentimeter erhöht (siehe BAW, Aktualisierung der Stromregelungskonzeption für die Grenzoder, Kurzfassung zum Gutachten, Mai 2014, 3.02.10132.4., Seite 13, Abbildung 2-8). Ob das Ziel des Eisaufruchs und der Eisabfuhr überhaupt sinnvoll ist, ist darüber hinaus sehr fraglich. Es wurde bereits dargelegt, dass in der Vergangenheit keine Fälle aufgetreten sind, in denen ein Eisbrechereinsatz an der Oder an mangelnder Schiffbarkeit oder wegen Untiefen gescheitert ist und dass auch von polnischer Seite die Vertiefungen nicht dem Eisaufruch, sondern vor allem der Erhöhung der Binnenschiffahrt dienen sollen (siehe oben Ziff. **B. II. 1.**). Damit steht nach hiesiger Auffassung das grundsätzliche Festhalten am Ziel der Gewährleistung des Eisaufruchs und der Eisabfuhr in Frage.

Anlass zur Nachverhandlung sollten auch die von Polen zusätzlich vorgenommenen Maßnahmen wie die Errichtung von Staustufen, weitere Querbauwerke und die zusätzlichen Vertiefungen geben. Insoweit müsste sichergestellt werden, dass die Interessenlage der Bundesrepublik Deutschland und des Landes Brandenburg von der polnischen Vertragspartei wieder mehr berücksichtigt werden und der Sinn und Zweck des Abkommens in Form einer „gemeinsamen“ Verbesserung der Situation an der Oder auch in dieser Form zukünftig weiterverfolgt wird.

Im Ergebnis bestehen damit zahlreiche Handlungsmöglichkeiten von denen bislang soweit ersichtlich noch kein Gebrauch gemacht worden ist, die jedoch zur Durchsetzung der Interessen der Bundesrepublik Deutschland, der deutschen Öffentlichkeit und des Landes Brandenburg als betroffenem Bundesland erheblich stärker als bisher Geltung verschafft werden könnte.

Würzburg, den 11.10.2023

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Eric Weiser-Saulin', is written over a light grey rectangular background.

Dr. iur. Eric Weiser-Saulin  
Rechtsanwalt