



MOHR · RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Mohr Rechtsanwälte Postfach 500929 22709 Hamburg

Landkreis Rotenburg (Wümme)
Der Landrat
Frau Frauke Brummund-Gischow
Hopfengarten 2
27356 Rotenburg (Wümme)

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

Hamburg, 15.02.2019
Az: 00179/16 6/GRN/kr
(Az. bitte stets angeben)

Landkreis Rotenburg/Wümme ./.. Kriete
Rechtliche Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Brummund-Gischow,

auftragsgemäß war zu prüfen, welche Möglichkeiten zur Heilung der vom OVG Lüneburg in seinem Urteil vom 19.04.2018 festgestellten formellen und materiellen Rechtsfehler der Verordnung über das NSG „Haaßeler Bruch“ bestehen.

A. Vorweggenommenes Ergebnis:

- I. Es ist zwar möglich, die NSG-VO unter Einbeziehung der von der Deponieplanung betroffenen Teilflächen in einem erneuten Verfahren unter Schutz zu stellen. Allerdings müsste eine neue Verordnung eine Freistellung von den Verboten für die schon planfestgestellte Abfalldeponie enthalten, zumindest aber eine Ausnahmere-

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

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

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

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

Karen Fock
Rechtsanwältin

Elena Wurster
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Theresa Kösters, lic. en droit ⁴⁾
Rechtsanwältin

Carina Blust
Rechtsanwältin

Anike Zell
Rechtsanwältin

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

¹⁾ Partner im Sinne des PartGG

²⁾ Master in Environmental Law

³⁾ Master of Laws in European Community Law

⁴⁾ Licence en droit

Max-Brauer-Allee 81
22765 Hamburg-Altona

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

Partnerschaft mit
beschränkter Berufshaftung
Sitz Hamburg
AG Hamburg PR 550

Commerzbank
BLZ 200 800 00 – Kto. 502 967 300
IBAN: DE95 2008 0000 0502 9673 00
BIC: DRESDEFF200

Hamburger Sparkasse
BLZ 200 505 50 – Kto. 1268 117 171
IBAN: DE67 2005 0550 1268 1171 71
BIC: HASPDEHHXXX



gelung für die Deponie für den Fall eines auf diese bezogenen Planergänzungsverfahrens.

- II. Eine Neuaufstellung der Verordnung unter Ausklammerung der Teilflächen ist ebenfalls möglich. Verfahrensmäßig ist aber auch für dieses Vorgehen dringend anzuraten, ein vollständig neues Verfahren durchzuführen.

B. Sachverhalt

- I. Das OVG Lüneburg hat die Verordnung über das NSG „Haaßeler Bruch“ im Urteil vom 19.04.2018 zum Aktenzeichen 4 KN 368/15 wegen eines formellen Verkündungsmangels insgesamt für unwirksam erklärt.
- II. Außerdem hat es festgestellt, dass eine Einbeziehung der Flurstücke in den Geltungsbereich der Verordnung, auf denen die Deponie entstehen soll, materiell-rechtlich unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten wegen der zeitlich vorrangigen Deponieplanung zu beanstanden sei. Dies betrifft die Flurstücke 20/3, 20/1 und 13/3 der Flur 2 der Gemarkung Haaßel (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 19.04.2018, S. 2 unten; OVG Lüneburg, Urteil vom 04.07.2017, 7 KS 7/15, S. 61 unten; Katasterkarte aus den Planfeststellungsunterlagen)
- III. Das unter Schutz gestellte Gebiet sei aber schutzwürdig und schutzbedürftig (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 19.04.2018, S. 33 unten).
- IV. Das OVG Lüneburg hatte zuvor im Urteil vom 04.07.2017 zum Aktenzeichen 7 KS 7/15 den Planfeststellungsbeschluss einschließlich der wasserrechtlichen Erlaubnis für die Deponie im Verfahren des NABU gegen das GAA Lüneburg für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt. Die Standortalternativenprüfung sei fehlerhaft, und es liege ein formeller Fehler der wasserrechtlichen Erlaubnis vor.



V. Zeitlicher Ablauf:

04.03.2011:	Antrag Planfeststellung Deponie
28.01.2015:	Erlass des Planfeststellungsbeschlusses
31.01.2015:	Bekanntmachung NSG-VO im Internet
01.02.2015:	Inkrafttreten der NSG-VO gemäß § 8 NSG-VO
Anfang Februar:	Zustellung Planfeststellungsbeschluss an Landkreis und Kriete
15.06.2017:	Bekanntmachung NSG-VO im Amtsblatt
04.07.2017:	OVG erklärt PFB für rechtswidrig und nicht vollziehbar
19.04.2018:	OVG erklärt NSG-VO für unwirksam
12.07.2018:	BVerwG weist die wechselseitig erhobenen Nichtzulassungsbeschwerden gegen das Urteil des OVG zurück
Ende August 2018:	Kriete will die Unterlagen für ein ergänzendes Verfahren nach § 75 Abs. 1a VwVfG einreichen
Dezember 2018:	LK übermittelt vorläufige wasserrechtliche Einschätzung der Kreisverwaltung, die noch vom Kreistag bestätigt werden muss

C. Heilungsmöglichkeiten

Zunächst ist eine Heilungsmöglichkeit unter Einschluss der Deponieflächen zu erörtern (dazu I.). Im Anschluss wird auf eine Heilung unter Ausklammerung der von der Deponieplanung betroffenen Teilfläche eingegangen (dazu II.).

I. Unterschutzstellung mit Deponieflächen

1. Da das OVG die Schutzwürdigkeit und Schutzbedürftigkeit insgesamt auch für die Teilflächen des Schutzgebiets, die von der Deponieplanung betroffen sind, bestätigt hat (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 19.04.2018, S. 33 unten), dürfte eine Unterschutzstellung grundsätzlich möglich sein.



2. Das OVG hat bzgl. der Deponieflächen allerdings die Rechtswidrigkeit der Verordnung wegen eines Verstoßes gegen § 2 Abs. 3 BNatSchG wegen einer im Ergebnis unverhältnismäßigen Berücksichtigung dieser Flächen festgestellt. Die Unverhältnismäßigkeit ergibt sich nach seiner Auffassung aus einer unzureichenden Berücksichtigung der zeitlich vorrangigen Deponieplanung (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 19.04.2018, S. 33, 3. Absatz). Ein zeitlicher Vorsprung ist danach anzunehmen, wenn ein hinreichender Grad der Verfestigung einer Planung vorliegt. Er ist regelmäßig ab der Auslegung der Unterlagen anzunehmen (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 19.04.2018, S. 30).
3. An dem auf dieser Grundlage vom OVG im Streitfall angenommenen zeitlichen Vorsprung der Deponieplanung dürfte sich durch das Urteil zur Deponie nichts geändert haben.
 - a. Zum einen wirkt dieses Urteil nur relativ zwischen dem klagenden NABU, dem GAA Lüneburg und dem Vorhabenträger Kriete. Dem Landkreis gegenüber dürfte der Planfeststellungsbeschluss in seiner ursprünglichen Form durch die Bekanntgabe mittels Zustellung Anfang Februar 2015 wirksam und sogar bestandskräftig geworden sein. Dann dürfte der Landkreis bei dem Erlass einer Verordnung diesen Planfeststellungsbeschluss auch uneingeschränkt zu berücksichtigen haben.
 - b. Wenn man gleichwohl die Tatsache mit einbeziehen würde, dass der Vorhabenträger den Planfeststellungsbeschluss derzeit nicht verwirklichen kann, müsste man aber gleichwohl berücksichtigen, dass der Planfeststellungsbeschluss nicht aufgehoben wurde, sondern „nur“ wegen zweier Fehler für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt wurde.
 - c. An dem mithin vom OVG angenommenen zeitlichen Vorsprung der Deponieplanung dürfte sich durch ein etwaiges ergänzendes Verfahren zur Heilung dieser Fehler nichts mehr ändern. Denn der bereits in der schon erfolgten öffentlichen Auslegung der Planfeststellungsunterlagen dokumentierte Grad der Verfestigung dürfte grund-



sätzlich fortbestehen. Entscheidend ist insoweit, dass es nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG im Fall von späteren Planergänzungsverfahren für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage grundsätzlich weiterhin auf den Zeitpunkt der Ausgangsplanfeststellung angekommen soll (vgl. z.B. BVerwG, Urteil vom 09. Februar 2017 – 7 A 2/15 –, Rn. 21, juris). Anderes gilt nur für die direkt von der Planergänzung betroffenen Themenkreise, hier also eine ggf. nachzuholende erneute Alternativenprüfung und eine erneute Entscheidung über das Erteilen oder Versagen des Einverständnisses der Wasserbehörde.

4. Daher müsste auch bei einem Neuerlass der Verordnung über das NSG der nach wie vor der zeitlich vorlaufenden Deponieplanung angemessene Rechnung getragen werden.
 - a. Dem Urteil des OVG lässt sich entnehmen, dass dies aus seiner Sicht wohl eigentlich nur durch eine Regelung erfolgen kann, die sicherstellt, dass die vorrangige Deponieplanung trotz der NSG-Verordnung errichtet und betrieben werden kann (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 19.04.2018, S. 32, 33), also insbesondere eine Freistellungsregelung, die auch die Deponie erfasst.
 - b. Fraglich ist allerdings, ob sich aufgrund der derzeitigen Nichtvollziehbarkeit des Planfeststellungsbeschlusses auch noch andere Möglichkeiten für eine angemessene Berücksichtigung der Deponieplanung ergeben.

Möglicherweise könnte es zum Beispiel reichen, dass die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahme für die Deponie im Rahmen eines etwaigen Planergänzungsverfahrens normiert wird. Denn zwar hat das OVG in seinem Urteil zur Planfeststellung der Deponie unmittelbar keinen Verstoß gegen die NSG-VO beanstandet, weil es deren Verbote wegen der zeitlichen Abläufe nicht als einschlägig eingestuft hat. Insoweit könnte bei isolierter Betrachtung der Rechtskraftwirkung des Urteils für diese Rüge anzunehmen sein, dass die Frage in einer Planergänzung nicht erneut aufgeworfen werden muss.



Gleichzeitig ist aber zu berücksichtigen, dass eine aktualisierte und die Maßgaben des OVG aufgreifende neue Standortalternativenprüfung eine unterstellt zwischenzeitlich in Kraft getretene NSG-VO deshalb nicht ausklammern dürfte, weil der Vergleich der Standorte die durch die Verordnung zum Ausdruck gebrachte naturschutzfachliche Wertigkeit nicht ausklammern könnte. Beide Rechtsfragen sind insoweit materiellrechtlich untrennbar miteinander verzahnt.

Eine Ausnahmeregelung in der Verordnung für ein unterstellt anlaufendes Planergänzungsverfahren könnte nach hier vertretener Rechtsauffassung der grundsätzlich vom OVG schon bestätigten Schwachwertigkeit und -bedürftigkeit der Flächen Rechnung tragen und würde andererseits der Deponieplanung keine unüberwindbaren Hindernisse entgegenstellen.

II. Unterschutzstellung ohne Deponieflächen

Alternativ wäre eine Unterschutzstellung ohne Deponieflächen denkbar, wenn der Fokus auf die Schwachwertigkeit und -bedürftigkeit der übrigen Teilflächen gerichtet wird. Denn diese Schwachwertigkeit und -bedürftigkeit hat das OVG angenommen. Zugleich spricht nach dem hier bekannten Sachverhalt materiellrechtlich nichts gegen die Annahme, dass auch eine Gebietsabgrenzung ohne die von der Deponieplanung betroffenen Teilflächen rechtskonform gewählt werden kann.

Auch bei diesem Vorgehen dürfte es aber nicht ausreichen, nur den vom OVG festgestellten Verkündungsmangel durch eine neue fehlerfreie Verkündung zu heilen (vgl. dazu u.a. OVG Lüneburg, Urteil vom 30.10.2017, 4 KN 275/17, juris, Rn. 84 aE.; Urteil vom 02.05.2017, 4 KN 318/13, juris, Rn. 39, Urteil vom 10.03.2005, 8 KN 41/02, juris, Rn. 29) und darauf zu setzen, dass das OVG seine Beanstandung ausdrücklich auf die im Fokus stehende Teilfläche beschränkt hat. Denn selbst wenn man insoweit grundsätzlich



von einer Teilunwirksamkeit und von einer Trennbarkeit der Sachverhalte ausgehen würde (vgl. dazu Schoch/Schneider/Bier/ Panzer VwGO § 47 Rn. 110, beck-online), bedürfte es nach hier vertretener Auffassung einer erneuten Abwägung und Beschlussfassung durch den Normgeber, weil sich auch bei bloßen Gebietsverkleinerungen Verschiebungen der Abwägungsgewichte ergeben können.

Mit freundlichen Grüßen


Nebelsieck

Fachanwalt für Verwaltungsrecht