

VG 10 K 302/21

Beglaubigte Abschrift



Verkündet am 23. Mai 2023
Kurth, Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

VERWALTUNGSGERICHT BERLIN

URTEIL

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

hat das Verwaltungsgericht Berlin, 10. Kammer, aufgrund
der mündlichen Verhandlung vom 23. Mai 2023 durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Marticke,
die Richterin am Verwaltungsgericht Krisch,
den Richter Key,
den ehrenamtlichen Richter Schubert und

die ehrenamtliche Richterin Dutrannoy

für Recht erkannt:

Der Beklagte wird verpflichtet über den Antrag des Klägers auf Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung vom 30. Juni 2021 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger begehrt mit einer Untätigkeitsklage die Bescheidung seines Antrags auf Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung zur Errichtung eines Anlegers für Fahrgastschiffe im Berliner M_____.

Der Kläger betreibt eine Bootscharteragentur, die Fahrten mit elektrischen Fahrgastschiffen auf der Spree anbietet. Das Gewässer im M_____ ist eine Bundeswasserstraße und steht im Eigentum des Bundes. Die umliegende Uferbefestigung steht im Eigentum des Landes Berlin. Der M_____ ist in der Denkmalschutzliste Berlin eingetragen. Bereits seit Anfang der 2000er Jahre gab es Planungen zur Nutzung des M_____ zum Zwecke der Fahrgastschiffahrt, an der auch die F_____ (im Folgenden: ARGE), eine Interessengemeinschaft von Reedereien der Fahrgastschiffahrt und Klägerin im Verfahren VG 10 K 243/21, interessiert ist.

Der gegenständlichen Klage gehen mehrere Verwaltungs- und Klageverfahren hinsichtlich eines Fahrgastanlegers im M_____ zwischen den drei Beteiligten und auch der ARGE voraus. Am 17. Juli 2017 stellte die ARGE beim Beklagten eine „Voranfrage“ für eine wasserrechtliche Genehmigung am westlichen Ufer des M_____ und bat den Beklagten mit Schreiben vom 27. Oktober 2017 darum, die Voranfrage als Genehmigungsantrag zu behandeln. Der Kläger beantragte am 20. September 2017 beim Beklagten die Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung. Zwischenzeitlich beantragte auch der Q_____, in dem der Kläger Vorstandsmitglied ist, am 31. Mai 2018 eine wasserrechtliche Genehmigung. Der Kläger erhob unter anderem Klage gegen eine der ARGE von der Beigeladenen erteilte strom- und schiffahrtspolizeiliche Genehmigung, die mit Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 19. Mai

2020 im Wesentlichen unter Verweis auf das Prioritätsprinzip abgewiesen wurde (Az. VG 10 K 222/18).

Mit Bescheid vom 1. Juni 2021 lehnte der Beklagte den Antrag der ARGE auf Erteilung der wasserrechtlichen Genehmigung vom 17. Juli 2017 ab. Hiergegen erhob die ARGE am 2. Juli 2021 Klage vor dem Verwaltungsgericht Berlin (VG 10 K 243/21).

Am 30. Juni 2021 beantragte der Kläger beim Beklagten erneut die Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung für die Errichtung eines Fahrgastanlegers mit sechs Liegeplätzen am südlichen Westufer des Berliner M_____ für Fahrgastboote mit Elektroantrieb (streitgegenständlicher Antrag). Nach dem Konzept des Antrags möchte der Kläger anstelle eines Anlegers für große Diesel-Fahrgastschiffe einen sog. „Zukunftshafen“ für elektrisch betriebene Fahrgastboote, Wassertaxis und Charterschiffe entstehen lassen. Ziel sei es, in Ergänzung zu den großen fossilen Schiffen der etablierten Berliner Reedereien auch innovativen Reedern die Möglichkeit zu eröffnen, neue emissionsfreie Schiffe einzusetzen. Der Steg solle jedem Betreiber von emissionsfreien Schiffen zur Verfügung stehen. Die Verwaltung des Anlegers solle in Kooperation mit dem Q_____ abwickelt werden. Der Steg solle von der Uferwand aus ca. 30 m in den M_____ hineinragen. An der nördlichen Stegseite seien vier Liegeplätze für Elektro-Fahrgastboote mit 20 m Länge vorgesehen. Auf der Südseite solle es zwei weitere Liegeplätze für Elektro-Wassertaxis bis 10 m Länge oder alternativ einen Liegeplatz für ein weiteres elektrisches Charterschiff bis max. 20 m Länge geben. Die Steganlage solle statisch für sich alleine stehen und nicht an der denkmalgeschützten Kaimauer befestigt sein. Lediglich für die Installation des Behindertenzugangs an der südlichen Steintreppe seien wenige Bohrungen für das Schienensystem notwendig. Am 1. Juli 2021 stellte der Kläger einen nahezu identischen Antrag nur hinsichtlich des nördlichen Westufers. Mit E-Mail vom 5. August 2021 stellte der Kläger gegenüber dem Beklagten klar, dass es sich bei den Anträgen nicht um eine Präzisierung des Antrags vom 20. September 2017, sondern um Neuanträge handele.

Mit Schreiben vom 28. Juli 2021 erklärte der Beklagte gegenüber dem Q_____, dass dessen Antrag vom 31. Mai 2018 bis auf Weiteres zurückgestellt werde, da wegen der offenen Rechtshängigkeit des Klageverfahrens der ARGE ein Sachbescheidungsinteresse derzeit nicht bestehe. Mit Schreiben vom 10. August 2021 forderte die ARGE den Beklagten auf, etwaige weitere Anträge Dritter auf Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung bis zu einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts Berlin im Verfahren VG 10 K 243/21 zurückzustellen. Daraufhin bestätigte der Be-

klagte mit Schreiben vom 17. August 2021 gegenüber dem Kläger den Eingang seines Antrags und erklärte die Zurückstellung dieses Antrags bis auf Weiteres, solange der vorrangig zu bearbeitende Antrag der ARGE rechtshängig sei.

Am 9. September 2021 erhob der Kläger Untätigkeitsklage und beschränkte diese auf den Antrag zum südlichen Westufer vom 30. Juni 2021.

Der Kläger ist der Ansicht, die Untätigkeitsklage sei aufgrund der Zurückstellung im Schreiben des Beklagten vom 17. August 2021 bereits vor Ablauf von drei Monaten zulässig gewesen. Er sei auch klagebefugt. Er trete sowohl im Verwaltungs- als auch im Klageverfahren als natürliche Person („Q_____“) auf. Die abweichende Bezeichnung im Genehmigungsantrag („Q_____“) sei lediglich eine Geschäftsbezeichnung („Etablissementbezeichnung“), unter der er sein Gewerbe als natürliche Person betreibe. Die Bezeichnung habe darüber hinaus keine Bedeutung.

Der Kläger meint, es gebe keinen zureichenden Grund für die Nichtbearbeitung seines Antrags. Es sei fraglich, ob das Prioritätsprinzip im Rahmen des § 62a Berliner Wassergesetz (BWG) überhaupt Anwendung finde. Es sei nicht Aufgabe des Beklagten, dem Antrag der ARGE mittels des Prioritätsgrundsatzes einen wettbewerblichen Rang zu „sichern“. Das Prioritätsprinzip sei allenfalls eines von mehreren Kriterien im Rahmen des Ermessens. Dies zeige auch ein Vergleich mit § 70 Gewerbeordnung (GewO) und § 13 Abs. 5 Personenbeförderungsgesetz (PeBefG). Der Beklagte könne bei der Ermessensausübung etwa berücksichtigen, dass der von der ARGE geplante Anleger größer als der klägerische sei und dass der Kläger über keinen Anleger in der Innenstadt verfüge, während die Mitglieder der ARGE zahlreiche Anleger besitzen würden. Zudem könne der Beklagte im Ermessen berücksichtigen, dass die ARGE umweltschädlichere Dieselschiffe einsetze, der Kläger hingegen Elektroschiffe. Ein vom Beklagten in Auftrag gegebenes Gutachten vom 13. September 2019 zur Luftschadstoffbelastung durch die Fahrgastschiffahrt zeige, dass Dieselschiffe erheblich zur Luftverschmutzung beitragen würden. Aus diesem Grund habe der Beklagte auch in der Vergangenheit gegenüber dem Berliner Abgeordnetenhaus erklärt, dass geplant sei, durch Auflagen in den wasserbehördlichen Genehmigungen nur noch Schiffe mit Elektroantrieb oder Abgasminderungssystem anlegen zu lassen. Dies sei jedoch bisher in keinem Fall umgesetzt worden, wie aus einem von ihm erwirkten Informationsbescheid des Beklagten vom 25. November 2021 hervorgehe.

Eine etwaige „Sperrwirkung“ durch den Prioritätsgrundsatz für zeitlich nachfolgende Genehmigungsanträge habe jedenfalls in dem Moment geendet, in dem der Beklagte

den Antrag der ARGE abgelehnt habe. Das Prioritätsprinzip gebiete nicht, der ARGE die begehrte Anlegestelle bis zu einem rechtskräftigen Urteil freizuhalten. Im Falle der Ablehnung des vorrangigen Antrags rücke der „wartende“ Genehmigungsantrag nach. Dafür würden auch die gesetzlich normierten Fälle des Prioritätsprinzips sprechen.

Der Kläger ist der Ansicht, die Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung schließe die Erteilung einer weiteren, konfligierenden Genehmigung nicht aus. Die Frage, wer eine Anlegestelle tatsächlich betreiben könne, richte sich nach dem Nutzungsvertrag mit der Beigeladenen. Ein marktgerechtes transparentes Verteilungsverfahren lasse sich nur über die Nutzungsverträge durch den Bund organisieren. Sollten letztlich sowohl er als auch die ARGE eine wasserrechtliche Genehmigung erhalten, entscheide der Abschluss des Pachtvertrags darüber, wer die Genehmigung verwirklichen könne. Da fast sämtliche Anleger in der Innenstadt in den Händen der zwei großen Reedereien der ARGE seien, sei davon auszugehen, dass er unter wettbewerblichen Aspekten gegenüber der ARGE eine größere Chance auf Abschluss eines Pachtvertrags habe. Der Beklagte verhalte sich widersprüchlich, indem er einerseits im Rahmen der wasserrechtlichen Genehmigung keine Auswahlentscheidung treffen wolle, aber andererseits das Prioritätsprinzip anführe, um der ARGE einen wettbewerblichen Rang zu sichern.

Im Ergebnis sei dem Beklagten mit Bescheidungsurteil aufzugeben, seinen Antrag zu bearbeiten und darüber zu entscheiden. Dieser sei auch erfolgversprechend. Sein Antrag sei bereits informell mit der Denkmalschutzbehörde abgestimmt. Er plane im Vergleich zur ARGE eine äußerst filigrane Steganlage.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

den Beklagten zu verpflichten, über seinen Antrag auf Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung vom 30. Juni 2021 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er ist der Ansicht, der Kläger sei nicht klagebefugt. Der Antrag im Verwaltungsverfahren sei nicht vom Kläger, sondern von „Q_____“ gestellt. Der Kläger gebe die Rechtsform seines Unternehmens nicht an. Es sei nicht deutlich, ob er die Rechte einer natürlichen Person oder einer juristischen Person geltend mache.

Er meint, es bestehe aufgrund des Prioritätsprinzips ein zureichender Grund dafür, dass über den Antrag des Klägers noch nicht entschieden worden sei. Es sei sachgerecht, Anträge in der Reihenfolge ihres Eingangs zu bearbeiten. Eine Prüfung und Entscheidung über den Antrag des Klägers könne nicht vor dem Abschluss des Verfahrens der ARGE ergehen. Das Verwaltungsverfahren der ARGE werde fortgesetzt, falls das Gericht den ablehnenden Bescheid der ARGE aufhebe und ihn zur Neubewertung oder Erteilung verpflichte. Der durch den Prioritätsgrundsatz geschützte materielle Vorrang der ARGE würde nachträglich unzulässig vereitelt, wenn die ARGE im Klageverfahren Erfolg habe, ggf. zwischenzeitlich aber dem Kläger eine Genehmigung erteilt worden sei.

Im Rahmen des § 62a BWG seien auch private Rechtspositionen von Belang. Die wasserbehördliche Genehmigung setze ein Nutzungsrecht des Antragstellers voraus. Eine bereits erteilte Genehmigung finde als „Recht eines anderen“ bereits im Genehmigungsverfahren Berücksichtigung, sodass nicht mehrere Genehmigungen parallel erteilt werden könnten.

Der Beklagte ist der Ansicht, er treffe im Rahmen der wasserrechtlichen Genehmigung keine Auswahlentscheidung. Diese obliege der Beigeladenen im Rahmen ihrer Privatautonomie bei der Vergabe des Nutzungsrechts. Die wasserrechtliche Genehmigung werde in der Berliner Verwaltungspraxis nur erteilt, wenn der Antragsteller auch einen Nutzungsvertrag für die Wasserfläche zumindest in Aussicht habe. Sein Ermessen im Rahmen des § 62a BWG beschränke sich auf die jeweils beantragte Anlage, ohne dass eine wettbewerbliche Auswahl erfolge. Er prüfe ausschließlich anlagenbezogene, keine betreiberbezogenen Aspekte. Durch die Erteilung der wasserbehördlichen Genehmigung gegenüber einer Person, die diese zeitlich nach einer anderen Person beantragt habe, greife er der von der Beigeladenen zu treffenden Auswahlentscheidung vor und vereitere die durch eine frühere Antragstellung gesicherte Rechtsposition. Nach der aktuellen Praxis der Beigeladenen habe die Erteilung der wasserbehördlichen Genehmigung unmittelbare Auswirkung auf deren Auswahlentscheidung und somit darauf, wer von der wasserbehördlichen Genehmigung tatsächlich Gebrauch machen könne. Es sei daher im gegenständlichen Verfahren die Frage zu klären, wie er damit umgehen müsse, dass die Beigeladene ihrer Pflicht nicht nachkomme und stattdessen die Einräumung des Nutzungsrechts an die Erteilung einer wasserbehördlichen Genehmigung knüpfe. Solange die Beigeladene nicht ihre Auswahlentscheidung zeitlich vor der Erteilung der wasserbehördlichen Genehmigung treffe, müsse er zur Vermeidung des Vorgriffs der Auswahlentscheidung

nach dem Prioritätsprinzip vorzugehen. Insofern gewährleiste der Prioritätsgrundsatz ein Mindestmaß an Verteilungsgerechtigkeit.

Schließlich meint der Beklagte, selbst bei Bestandskraft des Ablehnungsbescheids der ARGE sei vor dem streitgegenständlichen Antrag nach dem Prioritätsprinzip zunächst über die zeitlich früheren Anträge des Klägers vom 20. September 2017 und des Q_____ vom 31. Mai 2018 zu entscheiden.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Sie ist der Ansicht, die Pflicht zur Durchführung eines Auswahlverfahrens obliege dem Beklagten bei Erteilung der wasserrechtlichen Genehmigung im Rahmen seines Ermessens. Dieser Auswahlentscheidung des Beklagten dürfe sie nicht durch vorzeitigen Abschluss eines Nutzungsvertrags vorgreifen. Bei der strom- und schiffahrtspolizeilichen Genehmigung gehe es ausschließlich um die Sicherheit und Leichtigkeit des Schiffverkehrs. Wasserrechtliche, allgemeinwohlbezogene Belange dürften auch bei der strom- und schiffahrtspolizeilichen Genehmigung nicht berücksichtigt werden. Ihr Eigentumsrecht sei insofern wegen des Föderalismusprinzips öffentlich-rechtlich überprägt. Das Gericht habe im gegenständlichen Verfahren zu prüfen, inwiefern der Beklagte gegen die ihm obliegende Pflicht zur Vornahme einer Auswahlentscheidung verstoßen habe.

Zuletzt trägt die Beigeladene mit Schriftsatz vom 9. Mai 2023 vor, der Beklagte habe bei der Erteilung wasserrechtlicher Genehmigungen in europarechtskonformer Auslegung des § 18 BWG in Verbindung mit Art. 12 der europäischen Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG, im Folgenden DLRL) einen Wettbewerb durchzuführen. Die DLRL sei auf die Fahrgastschiffahrt in Berlin zu touristischen Zwecken anwendbar. Art. 12 DLRL verdränge allgemeines Wettbewerbsrecht, soweit es um die Verpflichtung zur Durchführung von Wettbewerben gehe. Nach einem aktuellen Urteil des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 20. April 2023 – C-348/22) komme Art. 12 Abs. 1 und 2 der DLRL unmittelbare Wirkung zu. Der Anwendungsbereich des Art. 12 DLRL sei bei der wasserrechtlichen Genehmigung eröffnet, da diese im Reflex den Zugang zur Ausübung der Dienstleistung selbst begrenze. Eine solche Reflexwirkung der Genehmigung bzw. „Konzession“ sei laut einer anderen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 14. Juli 2016 - C-458/14 und C-67/15) ausreichend. Insofern sei § 18 BWG europarechtskonform auszulegen bzw. analog anzuwenden. Auf strom- und schiffahrtspolizeiliche Genehmigungen finde Art. 12 DLRL hingegen keine Anwendung, da diese gem. § 31 Bundeswasserstra-

ßengesetz (WaStrG) nur dann nicht erteilt werden dürfe, wenn die Sicherheit und Leichtigkeit des Schiffverkehrs gefährdet sei. Daher seien mehrere strom- und schiffahrtspolizeiliche Genehmigungen nebeneinander möglich und es fehle an einer marktbeschränkenden Wirkung. Auch die Nutzungsverträge seien nicht an Art. 12 DLRL zu messen. Der Nutzungsvertrag sei zwar öffentlich-rechtlich überprägt, aber gleichwohl im zweiseitigen zivilrechtlichen Gleichordnungsverhältnis geschlossen. Die wirtschaftliche Verwertung von Bundeswasserstraßen sei nicht originäre Aufgabe des Bundes. Da die DLRL den Wettbewerb über die wasserrechtliche Genehmigung vorsehe, könne sie nicht gleichzeitig einen dazu in Widerspruch stehenden zivilrechtlichen Wettbewerb durchführen. Daher müsse der Abschluss der Nutzungsverträge den öffentlich-rechtlichen Entscheidungen im Sinne der DLRL unter- bzw. zeitlich nachgeordnet sein. Wäre sie tatsächlich zur Durchführung eines Wettbewerbs verpflichtet, müsse sie unter Umständen von der Vergabe von Nutzungsverträgen insgesamt absehen und allen Fahrgastschiffbetreibern gleichermaßen das Hausrecht an den Anleger-Grundstücken einräumen, da der Ankauf von Anlegern sowie die regelmäßige Durchführung von Wettbewerben in keinem Verhältnis zu den Einnahmen stünden und der Abriss von Anlegern alle vier Jahre nicht nachhaltig sei.

Das Verfahren der ARGE (VG 10 K 243/21) wurde gemeinsam mit dem gegenständlichen Verfahren verhandelt. In der mündlichen Verhandlung hat eine Vertreterin der Landeskartellbehörde, die sich im Klageverfahren auf ihre Rechte aus § 90 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) berufen hat, teilgenommen und zur Frage einer Auswahlentscheidung Stellung genommen.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Streitakte sowie die vom Beklagten und der Beigeladenen übersandten Verwaltungsvorgänge Bezug genommen, die vorgelegen haben und bei der Entscheidungsfindung – soweit erheblich – berücksichtigt worden sind.

Entscheidungsgründe

Die Klage hat Erfolg.

I. Die Klage ist zulässig.

1. Sie ist als Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO statthaft und gemäß § 75 VwGO auch ohne vorherige Durchführung eines Vorverfahrens zulässig (Untätigkeitsklage). Nach § 75 S. 1 VwGO ist eine Klage abweichend von § 68 VwGO zulässig, wenn über einen Antrag auf Vornahme eines Verwaltungsakts ohne zureichenden Grund in angemessener Frist sachlich nicht entschieden worden ist. Die Klage kann gem. § 75 S. 2 VwGO grundsätzlich nicht vor Ablauf von drei Monaten seit dem Antrag auf Vornahme des Verwaltungsakts erhoben werden, außer wenn wegen besonderer Umstände des Falles eine kürzere Frist geboten ist. Die Klage war hier bereits vor Ablauf von drei Monaten seit Antragstellung des Klägers zulässig. Es liegen besondere Umstände vor, da der Beklagte eine Bearbeitung des Antrags von vornherein aus rechtlichen Gründen abgelehnt hat. Weigert sich die Behörde, aus welchen Gründen auch immer, sich mit der Sache zu befassen, so kommt es nicht darauf an, ob auch sachliche Schwierigkeiten einer Entscheidung entgegenstehen; die Regelwartefrist muss nicht abgewartet werden (Kopp/Schenke/Schenke, 28. Auflage 2022, § 75 Rn. 15; VG Kassel, Urteil vom 19. Dezember 1983 - II/V E 1513/83, NVwZ 1985, 217; BeckOK VwGO/Peters, 64. Ed. 1. Januar 2023, VwGO § 75 Rn 10). Der Kläger hat am 30. Juni 2021 beim Beklagten eine wasserbehördliche Genehmigung für die Errichtung eines Fahrgastanlegers mit sechs Liegeplätzen am südlichen Westufer des Berliner M_____ beantragt. Mit Schreiben vom 17. August 2021 bestätigte der Beklagte gegenüber dem Kläger den Antragseingang und erklärte die Zurückstellung des klägerischen Antrags bis auf Weiteres, da der denselben Standort betreffende Antrag der ARGE rechtshängig sei und daher vorgehe. Der Beklagte lehnte damit von Anfang an die Bearbeitung des klägerischen Antrags und die Entscheidung darüber ab. Der Kläger durfte daher bereits am 9. September 2021 die gegenständliche Klage erheben.

Das Gericht war auch nicht gehalten, das Verfahren gem. § 75 S. 3 VwGO auszusetzen und dem Beklagten eine Frist zur Entscheidung über den klägerischen Antrag zu setzen. Nach § 75 S. 3 VwGO setzt das Gericht das Verfahren bis zum Ablauf einer von ihm bestimmten Frist aus, falls ein zureichender Grund dafür vorliegt, dass der beantragte Verwaltungsakt noch nicht erlassen ist. Eine Aussetzung wäre nur dann erforderlich, wenn ein zureichender Grund nach objektiven Gesichtspunkten vorliegt und dieser auch tatsächlich die wesentliche Ursache für die ausgebliebene Behördenentscheidung war (vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 26. November 2010 - VGH 4 S 2071/10 -, juris, Rn. 3; VG Berlin, Urteil vom 9. Juni 2022 – 19 K 664.17 –, Rn. 33, juris). So liegt der Fall hier jedoch nicht. Der Beklagte hat die Bearbeitung

des klägerischen Antrags nicht etwa wegen einer besonderen Schwierigkeit der Sachaufklärung oder einer vorübergehenden Überlastung der Behörde zurückgestellt. Vielmehr geht er davon aus, dass er den klägerischen Antrag so lange nicht bearbeiten muss oder darf, bis eine rechtskräftige Entscheidung im Verfahren der ARGE auf Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung (VG 10 K 243/21) bzw. auch in den Verfahren sonstiger vorrangiger Genehmigungsanträge ergangen ist. Angesichts dieser Rechtsauffassung erschien eine Aussetzung des Verfahrens nicht zweckmäßig. Der Beklagte hat in der Klageerwiderng deutlich gemacht, dass er einer gem. § 75 S. 3 VwGO gesetzten Frist nicht nachkommen wird, bis die Verfahren der nach seiner Auffassung „vorrangigen“ Anträge rechtskräftig beendet sind.

Der vom Kläger gestellte Antrag, den Beklagten zu verpflichten, über seinen Antrag auf Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden, ist statthaft. Er begehrt in der Sache einen Bescheidungsstenor im Sinne des § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO. Die Sache ist noch nicht spruchreif, da dem Beklagten im Rahmen der Erteilung der wasserbehördlichen Genehmigung ein Ermessen zukommt und der Beklagte den Antrag des Klägers bisher weder geprüft noch ein Ermessen ausgeübt hat. Das Gericht kann noch nicht, wie sonst bei der Untätigkeitsklage regelmäßig üblich, in der Sache über den Antrag des Klägers auf Erteilung des begehrten Verwaltungsakts entscheiden, da bis zum gerichtlichen Entscheidungszeitpunkt eine Ausgangsentscheidung nicht ergangen ist. Im Falle einer ablehnenden Entscheidung des Beklagten hätte der Kläger die Klage unter Einbeziehung des ergangenen Bescheids fortführen können. So liegt der Fall hier jedoch nicht. Der Kläger hat auch nicht etwa die Verpflichtung zur Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung beantragt.

2. Der Kläger ist klagebefugt gem. § 42 Abs. 2 VwGO. Er macht geltend, durch die Unterlassung des Verwaltungsakts in seinen Rechten verletzt zu sein. Es ist un-schädlich, dass der Genehmigungsantrag „Q_____“ als Antragsteller bezeichnet. Der Kläger hat klargestellt, dass er sowohl im Verwaltungs- als auch im Klageverfahren als natürliche Person („Q_____“) auftritt. Bei „Q_____“ handelt es sich lediglich um eine Geschäftsbezeichnung, unter der der Kläger sein Gewerbe als natürliche Person betreibt. Dafür spricht auch der Briefkopf im Genehmigungsantrag („Q_____“). Es ist nicht ersichtlich, dass der Genehmigungsantrag von einer juristischen Person gestellt wurde.

II. Die Klage ist begründet.

Der Kläger hat einen Anspruch auf Bescheidung seines Antrags auf Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung vom 30. Juni 2021. Der Beklagte ist weder berechtigt noch verpflichtet, die Bearbeitung des klägerischen Antrags unter Verweis auf das Prioritätsprinzip zurückzustellen. Dies ergibt sich sowohl aus dem Europarecht (dazu unter 1.) als auch aus dem nationalen Recht (dazu unter 2.). Es kann hingegen offenbleiben, welche Behörde für die Auswahlentscheidung zwischen mehreren Interessenten einer Anlegestelle im M_____ zuständig ist (dazu unter 3.).

1. Das Prioritätsprinzip ist im vorliegenden Fall schon aus europarechtlichen Gründen unanwendbar.

a. Ausgangspunkt des Verfahrens sind die begrenzten Kapazitäten im Berliner M_____. Durch den M_____ findet ein Berufsschiffverkehrsverkehr statt, auch wird der Hafen als Wendebereich für Schiffe genutzt. Lediglich das Westufer des Hafenbeckens kommt als Standort für eine Anlegestelle der Fahrgastschiffahrt in Betracht. Hier besteht eine Konkurrenzsituation. Es gibt mehrere Akteure, die derzeit für das Westufer des M_____ einen Antrag auf Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung gestellt haben (der Kläger, die ARGE, der Q_____). Eine Verwirklichung mehrerer Anlegestellen in der von den Antragstellern geplanten Art und Weise der Steganlagen ist nicht möglich.

b. Nach dem im Immissionsschutzrecht entwickelten und insbesondere im Bereich von benachbarten Windkraftanlagen relevanten Prioritätsprinzip ist es bei mehreren konkurrierenden Anlagen regelmäßig sachgerecht, einen früher eingegangenen Antrag grundsätzlich früher zu bearbeiten und dieser Anlage gegenüber späteren Anträgen den Vorrang einzuräumen (siehe insb. BVerwG, Urteil vom 25. Juni 2020 – 4 C 3/19 –, BVerwGE 169, 39-48, Rn. 19 ff.; vgl. auch Thüringer Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 8. März 2021 – 1 EO 439/20 –, Rn. 23, juris; Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 22. Februar 2019 – 8 B 10001/19 –, Rn. 8, juris sowie Beschluss vom 18. Juni 2018 – 8 B 10260/18 –, Rn. 19, juris; Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 18. September 2018 – 8 A 1886/16 –, Rn. 53, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 13. Mai 2014 – 22 CS 14.851 –, Rn. 13, juris). Maßgeblich für den Vorrang ist dabei der Zeitpunkt, zu dem ein prüffähiger Genehmigungsantrag vorliegt. Hintergrund ist, dass das Immissionsschutzrecht nicht regelt, welcher genehmigungspflichtigen Anlage Vorrang vor einer gleichartigen genehmigungspflichtigen Anlage einzuräumen ist, wenn beide Anlagen in einer echten Konkurrenzsituation stehen, sich beide (potentiell) sowohl in der Rolle des Störers als auch des Gestörten befinden und die Art

der Störung übereinstimmt. Die Behörde muss auf einen Antrag hin tätig werden (vgl. § 22 S. 2 Nr. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz - VwVfG), hat jedes Verwaltungsverfahren zügig durchzuführen (§ 10 S. 2 VwVfG) und darf gleichliegende Verfahren nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandeln (Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz - GG). Sie muss daher einen früher eingegangenen Antrag grundsätzlich auch früher bearbeiten. Diese Pflicht ist auch für die materiell-rechtliche Frage von Bedeutung, welcher Anlage der Vorrang zukommt. Der Prioritätsgrundsatz ist ein Ordnungsprinzip, von dem die Behörde nur mit hinreichenden Gründen abweichen darf. Fehlen solche Gründe, gebührt dem früheren Vorhaben der Vorrang. Diese Vorgehensweise soll für die Beteiligten Rechts- und Planungssicherheit schaffen. Ob und mit welchen Maßgaben das Prioritätsprinzip zur Lösung anderer Konflikte sachgerecht ist, lässt das Bundesverwaltungsgericht hingegen offen (BVerwG, Urteil vom 25. Juni 2020, a.a.O., Rn. 21).

c. Das Prioritätsprinzip kommt hier jedoch bereits aufgrund höherrangigen Rechts nicht zur Anwendung. Das bisherige Verwaltungsverfahren des Beklagten verstößt gegen Europarecht. Aus Art. 12 Abs. 1, Abs. 2 der europäischen Dienstleistungsrichtlinie folgt unmittelbar die Pflicht der deutschen Behörden, ein transparentes Auswahlverfahren zwischen den am Betrieb eines Fahrgastanlegers am Westufer des Berliner M_____ interessierten Kandidaten durchzuführen. Ein solches Auswahlverfahren hat im Falle des M_____ nicht stattgefunden. Der Beklagte hätte entweder selbst ein transparentes Auswahlverfahren durchführen müssen, oder darf jedenfalls die Auswahlentscheidung einer anderen Behörde nicht unter Verweis auf das Prioritätsprinzip vereiteln.

Der allgemeine Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ist eröffnet. Gem. Art. 2 Abs. 1 der DLRL ist der Anwendungsbereich für Dienstleistungen eröffnet, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden. Vorliegend geht es um den Transport von Fahrgästen zu touristischen Zwecken durch deutsche Unternehmen. Erwägungsgrund (21) der DLRL, wonach Verkehrsdienstleistungen, einschließlich des Personennahverkehrs, Taxis und Krankenwagen sowie Hafendienste vom Anwendungsbereich ausgenommen sind, ist hier nicht einschlägig. Nach dem Europäischen Gerichtshof stellt der Betrieb von „Vergnügungsschiffen“ (eine Tätigkeit, die darin besteht, für Fahrgäste im Rahmen einer Veranstaltung oder Feier entgeltliche, geführte Bootsrundfahrten durch eine Stadt durchzuführen) keine vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommene „Verkehrsdienstleistung“ im Sinne dieser Bestimmung dar (EuGH, Urteil vom 1. Oktober 2015, C-340/14, Celex-Nr. 62014CJ0340, Rn. 59, juris). Die Fahrgastschiffahrt zu

touristischen Zwecken ist mit dem Betrieb eines „Vergnügungsschiffs“ im Sinne der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vergleichbar. Der Kläger möchte ebenfalls entgeltliche, geführte Bootsrundfahrten für Fahrgäste durchführen.

Gem. Art. 12 Abs. 1 der DLRL wenden die Mitgliedstaaten, wenn die Zahl der für eine bestimmte Dienstleistungstätigkeit verfügbaren Genehmigungen aufgrund der Knappheit der natürlichen Ressourcen oder der verfügbaren technischen Kapazitäten begrenzt ist, ein neutrales und transparentes Verfahren zur Auswahl der Bewerber an und machen insbesondere die Eröffnung, den Ablauf und den Ausgang des Verfahrens angemessen bekannt. Art. 12 Abs. 2 der DLRL sieht vor, dass in den Fällen des Abs. 1 die Genehmigung für einen angemessen befristeten Zeitraum gewährt wird und weder automatisch verlängert werden darf noch dem Dienstleistungserbringer, dessen Genehmigung gerade abgelaufen ist, oder Personen, die in besonderer Beziehung zu diesem Dienstleistungserbringer stehen, irgendeine andere Begünstigung gewährt werden darf.

Art. 12 der DLRL kommt unmittelbare Wirkung zu. Nach einer aktuellen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 20. April 2023 ist Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 der DLRL dahin auszulegen, dass er die Pflicht der Mitgliedstaaten, ein neutrales und transparentes Verfahren zur Auswahl der Bewerber anzuwenden, sowie das Verbot, eine für eine bestimmte Tätigkeit erteilte Genehmigung automatisch zu verlängern, unbedingt und derart hinreichend genau definiert, dass davon ausgegangen werden kann, dass ihnen unmittelbare Wirkung zukommt (EuGH, Urteil vom 20. April 2023, C-348/22, Celex-Nr. 62022CJ0348, Rn. 74, juris). Der Anwendbarkeit der Vorschrift steht nicht entgegen, dass es sich um einen rein innerdeutschen Sachverhalt handelt. Nach dem Europäischen Gerichtshof ist Art. 12 der DLRL dahin auszulegen, dass die Norm unter anderem auf einen Sachverhalt anwendbar ist, bei dem sämtliche erheblichen Merkmale nicht über die Grenzen eines Mitgliedsstaats hinausweisen (EuGH, Urteil vom 20. April 2023, a.a.O., Rn. 40 f. m.w.N., juris). Der EuGH hat gleichzeitig betont, dass die unmittelbare Wirkung keinen Mitgliedsstaat als Rechtfertigung dafür dienen kann, sich von der Verpflichtung zu befreien, rechtzeitig zur Erreichung des Ziels jeder Richtlinie geeignete Durchführungsmaßnahmen zu ergreifen. Daraus folgt, dass der deutsche Gesetzgeber trotz unmittelbarer Wirkung des Art. 12 Abs. 1, Abs. 2 der DLRL verpflichtet bleibt, die Umsetzung der Richtlinie in die deutsche Rechtsordnung sicherzustellen (EuGH, Urteil vom 20. April 2023, a.a.O., Rn. 72, juris).

Die unmittelbar aus Art. 12 der DLRL resultierende Notwendigkeit der Durchführung eines transparenten Auswahlverfahrens gilt auch für die Errichtung und den Betrieb eines Anlegers für Fahrgastschiffe am Westufer des Berliner M_____. Die Voraussetzungen des Art. 12 Abs. 1 der DLRL sind erfüllt. Die Zahl der verfügbaren Genehmigungen sind aufgrund der Knappheit der verfügbaren natürlichen Ressourcen bzw. technischen Kapazitäten begrenzt, da die Ausübung der Fahrgastschiffahrt in Berlin nur mit eigener Anlegestelle möglich ist und im M_____ nur ein Anleger errichtet werden kann. Dies führt dazu, dass eine für Errichtung und Betrieb der Anlegestelle nach deutschem Recht erforderliche Genehmigung den Zugang zur Ausübung der Dienstleistung begrenzt.

Entgegen der Ansicht des Beklagten und der Vertreterin der Landeskartellbehörde in der mündlichen Verhandlung fällt die streitgegenständliche wasserrechtliche Genehmigung auch unter den Begriff der „Genehmigung“ im Sinne des Art. 12 Abs. 1 der DLRL. Der Genehmigungsbegriff im Sinne der DLRL ist weit auszulegen. Er umfasst nicht nur Konzessionen im Sinne des deutschen Rechts, also die behördliche Erlaubnis zur Aufnahme des Betriebs eines Unternehmens oder Gewerbes, sondern erstreckt sich auch auf eine behördliche Erlaubnis zur faktischen Nutzung eines öffentlichen Guts.

Für diese weite Auslegung des Genehmigungsbegriffs spricht zunächst die sogenannte „Promoimpresa“-Entscheidung des EuGH vom 14. Juli 2016 (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016, C-458/14, Celex-Nr. 62014CJ0458, juris). In jenem Verfahren ging es um eine „Konzession“ (Englische Version: „concession“), die der Klägerin gestattete, ein im öffentlichen Eigentum stehendes Gelände am Gardasee für die Verwendung als Kiosk, Veranda, Badestelle und Steg zu belegen. Der EuGH hat in dieser Entscheidung klargestellt, dass Konzessionen, die von den Behörden in Uferzonen am Meer und an Seen zur Nutzung eines im öffentlichen Eigentum stehenden Geländes für Touristik- und Freizeitzwecke erteilt wurden, als „Genehmigungen“ im Sinne der DLRL einzuordnen sind, da es sich unabhängig von ihrer Einstufung im nationalen Recht um förmliche Entscheidungen handelt, die die Dienstleistungserbringer bei den nationalen Behörden erwirken müssen, um ihre wirtschaftliche Tätigkeit ausüben zu können (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016, a.a.O., Rn. 40 f., juris). Diese Konstellation ist mit dem Fall des Klägers vergleichbar. Er begehrt als Dienstleistungserbringer eine wasserrechtliche Genehmigung zur Nutzung eines im öffentlichen Eigentum stehenden Gewässers für Touristik- und Freizeitzwecke. Die Erteilung der wasserrechtlichen Genehmigung ist Voraussetzung dafür, dass der Kläger seine wirtschaftliche Tätigkeit am Standort des M_____ ausüben und tatsächlich ei-

nen Fahrgastanleger errichten und betreiben kann. Es ist unschädlich, dass in dem Urteil teilweise der Begriff „Konzession“ verwendet wird. Denn der Inhalt der Erlaubnis, die Gestattung, das Gelände an dem See zu belegen, gleicht dem Inhalt einer Genehmigung nach deutschem Recht. Nach dem ausdrücklichen Willen des EuGH soll es sich bei einer solchen behördlichen Entscheidung um eine Genehmigung im Sinne der Richtlinie handeln, unabhängig davon, wie sie im nationalen Recht eingestuft wird.

Diese weite Auslegung wird auch gestützt durch die aktuelle Entscheidung des EuGH (EuGH, Urteil vom 20. April 2023, a.a.O., juris). Jenem Verfahren lag die automatische Verlängerung von „Konzessionen“ für die Nutzung im öffentlichen Eigentum stehender Liegenschaften am Meer im Gebiet einer italienischen Gemeinde zugrunde. Der EuGH hat also die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 12 der DLRL zu einem Fall entschieden, bei dem es um die Gestattung der tatsächlichen Nutzung des öffentlichen Eigentums an Küstenabschnitten ging. Es ging der Sache nach ebenfalls um die Berechtigung der Nutzung öffentlicher Liegenschaften, was im deutschen Recht mit einer behördlichen Genehmigung vergleichbar ist. Es ging hingegen nicht um eine behördliche Erlaubnis zum Betrieb eines Unternehmens oder zur Ausübung eines Gewerbes an sich, die mit einer Konzession nach deutschem Recht vergleichbar wäre.

Für diese Auslegung spricht schließlich auch die Begriffsbestimmung in Art. 4 Nr. 6 der DLRL, wonach unter dem Ausdruck „Genehmigungsregelung“ jedes Verfahren zu verstehen ist, das einen Dienstleistungserbringer oder -empfänger verpflichtet, bei einer zuständigen Behörde eine förmliche oder stillschweigende Entscheidung über die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit zu erwirken. Der Begriff der Genehmigung im Sinne der Richtlinie soll danach also nicht nur behördliche Entscheidungen über die Aufnahme, sondern auch über die Ausübung der Dienstleistungstätigkeit umfassen. Dieses Verständnis steht im Einklang mit Erwägungsgrund (39) der Richtlinie, wonach der Begriff der „Genehmigungsregelung“ unter anderem die Verwaltungsverfahren erfassen soll, in denen Genehmigungen, Lizenzen, Zulassungen oder Konzessionen erteilt werden. Es wird also deutlich, dass über klassische Konzessionen hinaus auch weitere Formen von Genehmigungen eingeschlossen sein sollen.

Die unmittelbare Wirkung des Art. 12 der DLRL und damit einhergehend die Verpflichtung zur Durchführung eines transparenten Verfahrens gilt auch für die Fälle des Klägers bzw. der ARGE. Denn nach dem EuGH-Urteil vom 20. April 2023 muss

Art. 12 der DLRL von einem Gericht auch auf Rechtsverhältnisse angewandt werden, die vor dem EuGH-Urteil entstanden oder begründet worden sind (EuGH, Urteil vom 20. April 2023, a.a.O., Rn. 73, juris). Eine europarechtskonforme Auslegung oder analoge Anwendung des § 18 BWG bedarf es hingegen nicht, da sich die einschlägigen Regelungen direkt aus Art. 12 der DLRL ableiten.

Das Prioritätsprinzip ist damit aufgrund der europarechtlichen Vorgaben unanwendbar. Die effektive Wirksamkeit der DLRL darf nicht durch das Prioritätsprinzip umgangen werden. Bei der Vergabe der Möglichkeiten zu Errichtung und Betrieb einer Anlegestelle im Berliner M_____ muss ein neutrales und transparentes Verfahren zur Auswahl der Bewerber durchgeführt und insbesondere die Eröffnung, den Ablauf und der Ausgang des Verfahrens angemessen bekannt gemacht werden. Die Pflicht zur Bekanntmachung setzt ein Zeitfenster voraus, innerhalb dessen Bewerber sich melden und ihr Interesse bekunden können. Alle Bewerber müssen erfasst und es muss nach transparenten Kriterien eine Auswahl getroffen werden. Ein solches Verfahren ist hier nicht durchgeführt worden, sodass der bisherige Ablauf der Verwaltungsverfahren des Beklagten europarechtswidrig war. Hierfür spricht auch die ständige Rechtsprechung des EuGH, wonach die Verwaltung und die nationalen Gerichte verpflichtet sind, unbedingte und hinreichend genaue Bestimmungen einer Richtlinie anzuwenden und diejenigen des nationalen Rechts, die damit unvereinbar sind, unangewendet zu lassen (EuGH, Urteil vom 20. April 2023, a.a.O., Rn. 77 m.w.N., juris). Das Prioritätsprinzip ist ein in der deutschen Rechtsprechung entwickelter Grundsatz, der mit der Richtlinie unvereinbar ist und daher unangewendet bleiben muss. Dies gilt selbst dann, wenn der Beklagte nicht zur Durchführung des Auswahlverfahrens zuständig ist. Denn selbst wenn zum Beispiel die Beigeladene die Auswahlentscheidung zu treffen hätte, würde die praktische Wirksamkeit der Richtlinie unterlaufen, wenn der Beklagte nur einen Mitbewerber bescheiden würde, der zwar zeitlich zuerst den Antrag auf Erteilung einer wasserbehördlichen Genehmigung gestellt hat, nach dem Ergebnis des Auswahlverfahrens jedoch nicht als erstes zum Zug kommen soll.

Vor dem Hintergrund, dass das Prioritätsprinzip aus europarechtlichen Gründen als solches nicht zur Anwendung kommt, kann der Beklagte auch nicht mit dem Argument durchdringen, dass er vor dem Antrag des Klägers vom 30. Juni 2021 zunächst über dessen Antrag vom 20. September 2017 und den Antrag des Q_____ vom 31. Mai 2018 zu entscheiden hätte. Darüber hinaus hat der Kläger aber jedenfalls im Laufe des Klageverfahrens erklärt, dass er die vom 20. September 2017 und 31. Mai 2018 zurückstelle, und hinsichtlich des Antrags vom 31. Mai 2018 eine vom

Q_____ auf den Prozessbevollmächtigten des Klägers ausgestellte Vollmacht vorgelegt.

2. Selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, dass die europarechtlichen Erwägungen nicht zum tragen kommen, dürfte der Beklagte die Bearbeitung und Entscheidung über den Antrag des Klägers auch nach nationalem Recht nicht unter Verweis auf das Prioritätsprinzip ablehnen.

Der Beklagte hat kein Recht bzw. keine Pflicht, der ARGE aufgrund des Prioritätsprinzips einen „Rang zu wahren“. Die Anwendung des Prioritätsprinzips erscheint im vorliegenden Fall nicht sachgerecht. Das Bundesverwaltungsgericht hat offengelassen, ob und mit welchen Maßgaben das Prioritätsprinzip zur Lösung anderer Konflikte als bei Windkraftanlagen überhaupt geeignet ist (siehe oben). Das Prioritätsprinzip soll nach der zitierten Rechtsprechung nur ein „letzter Ausweg“ sein, nämlich für den Fall, dass die Frage des Vorrangs gesetzlich nicht geregelt ist, beide Anlagen in einer „echten Konkurrenzsituation“ stehen und (formuliert in Bezug auf die Fälle der Windkraftanlagen) die „Art der Störung übereinstimmt“. Die Rechtsprechung hält das Prioritätsprinzip also von vornherein nur dann für anwendbar, wenn die Vorhaben identisch sind und keine anderen Differenzierungskriterien als die des früher eingegangenen Antrags existieren. Darüber hinaus darf die Behörde selbst bei Vorliegen dieser Voraussetzungen aus hinreichenden Gründen von diesem Ordnungsprinzip abweichen.

a. Es erscheint bereits fraglich, ob überhaupt eine mit der Situation bei Windkraftanlagen vergleichbare „echte Konkurrenzsituation“ vorliegt, die nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und einiger Oberverwaltungsgerichte die Heranziehung des Prioritätsprinzips rechtfertigt. Die echte Konkurrenzsituation rührt bei den Windkraftanlagen in der Regel daraus, dass sich die Verwirklichung des Vorhabens zweier Antragsteller wegen der Nähe ihrer Standorte gegenseitig ausschließen (vgl. Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 22. Februar 2019, a.a.O., Rn. 8, juris). Im vorliegenden Fall ist die Konkurrenzsituation zwar insoweit vergleichbar, als letztlich nur ein Antragsteller einen Fahrgastanleger am Westufer des M_____ errichten und betreiben können wird. Gegen eine echte Konkurrenzsituation spricht jedoch, dass die geplanten Vorhaben nicht gleichartig sind. Die Vorhaben der Kläger und der ARGE unterscheiden sich schon nach der Gestaltung der geplanten Anlegestellen. Zudem plant der Kläger den Betrieb mit kleineren, ausschließlich elektrisch betriebenen Booten, während die ARGE den Einsatz von größeren Diesel-

schiffen plant. Überträgt man den Gedanken der „Art der Störung“, stimmt diese bei den Vorhaben des Klägers und der ARGE nicht überein.

b. Jedenfalls sind aber hinreichende Gründe im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gegeben, die eine Abweichung vom strikten Ordnungsprinzip der Priorität gebieten.

Hinreichende Gründe für die Abweichung vom Prioritätsprinzip ergeben sich jedenfalls aus den Umständen, die der Beklagte im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens bei der Erteilung der wasserrechtlichen Genehmigung zu berücksichtigen hat. Darunter fallen insbesondere umweltrechtliche Belange. So kann der Beklagte etwa eine wasserrechtliche Genehmigung ablehnen, wenn von einer beantragten Anlage schädliche Umwelteinwirkungen ausgehen. Auch kann er im Rahmen des ihm eröffneten Ermessens berücksichtigen, wenn bei einer Konkurrenzsituation ein Antragsteller ausschließlich Elektroboote nutzt und ein anderer Antragsteller mit Dieselschiffen mehr Lärm- und Schadstoffemissionen verursacht. Der Beklagte geht selbst davon aus, derartige Belange bei der wasserrechtlichen Genehmigung berücksichtigen zu müssen, wie aus einem Schlussbericht der Senatsverwaltung für Umwelt, Mobilität, Verbraucher- und Klimaschutz an das Abgeordnetenhaus von Berlin vom 25. Mai 2020 (Drs. 18/2721) hervorgeht. Darin erkennt der Beklagte selbst an, dass die Fahrgastschiffahrt zu einer Schadstoffbelastung beiträgt, und erklärt, dass emissionsarme Schiffe bei der wasserrechtlichen Genehmigung privilegiert werden sollen. Genauer heißt es auf Seite 7 des Berichts (Hervorhebungen hinzugefügt):

„Für die nachhaltige und möglichst emissionsarme Nutzung von innerstädtischen Häfen, Anlegestellen usw. wurden die rechtlichen Voraussetzungen geprüft, um emissionsarme Schiffe zu unterstützen und/oder Einschränkungen für hoch emittierende Schiffe durchzusetzen.

Als möglicher Anknüpfungspunkt wurde die wasserrechtliche Genehmigung von „Anlagen in Gewässern“ (z. B. Anlegestellen) identifiziert. Bei diesen sind Auflagen möglich, sofern durch die Anlage bzw. ihren Betrieb z. B. Nachteile für öffentliche Interessen oder für Rechte oder Befugnisse anderer zu erwarten sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn - verursacht durch den Betrieb der Schiffe - Grenzwerte für die Luftqualität im Umfeld der Anlegestellen überschritten werden. Es ist bereits jetzt langjährige Praxis, Auflagen in die wasserrechtliche Genehmigung aufzunehmen, wonach eine elektrische

Stromversorgung beim längeren Liegen des Fahrgastschiffes vorzusehen ist. Dieses wird zukünftig auch bei erneuter Genehmigung von Anlegestellen gefordert. Darüber hinaus ist vorgesehen, dass ausschließlich emissionsarme Schiffe (vollelektrischer Antrieb oder mit Abgasminderungssystem) anlegen dürfen.

Um die Anlegestellen mit möglichen Grenzwertüberschreitungen zu identifizieren, wurden eine Modellierung der Auswirkungen der Fahrgastschiffahrt beauftragt. Das Gutachten ist fertiggestellt und veröffentlicht. Zusammengefasst zeigt sich, dass der Stickoxidausstoß der Fahrgastschiffe zu einer deutlichen Erhöhung der Stickstoffdioxidkonzentrationen in Ufernähe führt und in einzelnen Bereichen eine Überschreitung des NO₂-Jahresgrenzwertes nicht ausgeschlossen werden kann. Die Ergebnisse sollen in Zukunft bei wasserrechtlichen Genehmigungen angemessen berücksichtigt werden.

Schließlich ist die Ansicht des Beklagten, wonach von vornherein nur demjenigen eine wasserrechtliche Genehmigung erteilt werden solle, der aufgrund eines zuvor von der Beigeladenen eingeräumten Nutzungsrechts tatsächlich von der Genehmigung Gebrauch machen könnte, nicht nachvollziehbar. Es ergibt sich nicht aus dem Gesetz, weshalb die wasserrechtliche Genehmigung die letzte der für die Nutzungsmöglichkeit notwendigen „Komponenten“ sein soll oder muss. Daher hat der Beklagte auch nicht der ARGE den „Rang“ des Antrags auf wasserrechtliche Genehmigung vom 17. Juli 2017 zu wahren. Das Verhalten des Beklagten erscheint widersprüchlich, indem er einerseits die Verteilungsentscheidung der Beigeladenen zuschreibt, sich aber andererseits unter Berufung auf das Prioritätsprinzip in der Pflicht sieht, der ARGE einen „Rang“ zu wahren. Das Gericht hält es nicht für ausgeschlossen, dass der Beklagte, klammert man die europarechtliche Notwendigkeit zur Durchführung eines Auswahlverfahrens (siehe oben) einmal aus, bei Vorliegen der Voraussetzungen sowohl der ARGE als auch dem Kläger eine wasserrechtliche Genehmigung erteilt. Die tatsächliche Möglichkeit zur Gebrauchmachung hätte dann derjenige, der zuerst alle notwendigen Genehmigungen und den Nutzungsvertrag vorweisen kann.

Soweit Kläger und Beklagter darüber streiten, ob die Geltung des Prioritätsprinzips jedenfalls in dem Moment geendet habe, als eine (ablehnende) Sachentscheidung hinsichtlich des Antrags der ARGE ergangen sei, oder es auf den Zeitpunkt der Rechtskraft ankome-

me, ist diese Frage nicht entscheidungserheblich. Zudem läuft das Verwaltungsverfahren der ARGE vor dem Hintergrund, dass der Beklagte im Verfahren der ARGE mit Urteil der Kammer vom 23. Mai 2023 zur Neubescheidung verpflichtet wurde, weiter.

3. Das Gericht lässt im vorliegenden Fall offen, welche Behörde für die Durchführung des Auswahlverfahrens nach Art. 12 Abs. 1 der DLRL bzw. für die Auswahlentscheidung zuständig ist.

Diese Frage ist hier nicht entscheidungserheblich. Sie stellt sich zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung auch noch nicht, da der Stand des Verwaltungsverfahrens noch keine Auswahlentscheidung zulässt. Das Gericht hat lediglich festgestellt, dass das Prioritätsprinzip nicht anwendbar ist und grundsätzlich eine Auswahlentscheidung getroffen werden muss. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, die Zuständigkeit für die Durchführung des Auswahlverfahrens und die Ausgestaltung generell festzulegen, sondern die des Gesetzgebers. Das Gericht entscheidet den Rechtsstreit nur für den Einzelfall und mit inter-partes-Wirkung. Es sprechen jedoch einige Gründe dafür, dass das Auswahlverfahren beim Beklagten erfolgt.

Mit der Entscheidung des EuGH vom 20. April 2023 ist klargestellt, dass der deutsche Gesetzgeber (weiterhin) die Pflicht hat, die Regelungen aus Art. 12 der DLRL in Rechtsvorschriften umzusetzen. Diese Pflicht gilt ungeachtet der unmittelbaren Anwendbarkeit der Vorschrift. Das bedeutet, dass es eine gesetzliche Regelung dafür geben muss, wie die Pflicht zur Durchführung eines fairen und transparenten Auswahlverfahrens in den einschlägigen Fällen umgesetzt wird.

Nach dem oben Gesagten muss ein Auswahlverfahren beim Zusammentreffen mehrerer konkurrierender Anträge auf Errichtung einer Anlegestelle erfolgen.

Die Idealvorstellung dürfte sein, dass die nach der Richtlinie bzw. nach dem die Richtlinie umsetzenden Gesetz zuständige Behörde beim Zusammentreffen mehrerer Interessenten als erstes und zunächst unabhängig von den nach deutschem Recht notwendigen behördlichen Genehmigungen ein transparentes Auswahlverfahren durchführt, bei dem sich die Interessenten nach den aus der vorherigen Bekanntmachung ersichtlichen Kriterien richten und ihr Interesse anmelden können. Daraufhin trifft diese Behörde unter den Mitbewerbern eine Auswahlentscheidung und legt gegebenenfalls eine Rangfolge unter den Bewerbern fest. Erst im Anschluss würden die Bewerber die notwendigen behördlichen Genehmigungen einholen (wasserrechtliche Genehmigung, strom- und schiffahrtspolizeiliche Genehmigung, gegebenenfalls denkmalschutzrechtliche Genehmigung, Nutzungsvertrag). Hat der Erste aus der Rangfolge alle Genehmigungen inne, darf er davon Ge-

brauch machen und die Anlegestelle nutzen. Wird ihm jedoch eine der Genehmigungen versagt, kommt stattdessen der Zweite aus der Rangfolge zum Zuge, sofern dieser wiederum alle Genehmigungen vorweisen kann. Das Gericht hält es dabei nicht für ausgeschlossen, dass der Beklagte auch mehreren Bewerbern aus der Rangliste bei Vorliegen der Voraussetzungen eine wasserrechtliche Genehmigung erteilt, sofern etwa durch Nebenbestimmungen sichergestellt ist, dass der Erste aus der Rangfolge bei Vorweisung aller erforderlichen Genehmigungen den ersten Zugriff bekommt.

Dieser an sich wünschenswerte Ablauf hat im Falle der laufenden Verfahren zum M_____ nicht stattgefunden. Da die erforderliche gesetzliche Regelung noch nicht existiert und ein Auswahlverfahren bisher nicht durchgeführt wurde, muss die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 der DLRL dennoch gewährleistet und zumindest für eine Übergangszeit, bis zum Erlass entsprechender gesetzlicher Regelungen, dafür gesorgt werden, dass eine Auswahlentscheidung getroffen wird. Es kann nicht sein, dass sowohl der Beklagte als auch die Beigeladene die eigene Zuständigkeit für eine Auswahlentscheidung verneinen, jeweils die andere Behörde in der Verantwortung sehen und die eigene Genehmigung erst erteilen wollen, wenn die andere Behörde die Auswahlentscheidung getroffen hat. Es muss grundsätzlich eine Auswahlentscheidung erfolgen.

Die Frage, ob vorliegend der Beklagte oder die Beigeladene die Auswahlentscheidung zu treffen haben, stellt sich jedoch derzeit (noch) nicht. Die Notwendigkeit einer Auswahlentscheidung besteht erst dann, wenn feststeht, dass auch tatsächlich eine Konkurrenzsituation vorliegt. Dies ist erst der Fall, wenn sowohl im Falle des Klägers als auch der ARGE die Tatbestandsvoraussetzungen des § 62a BWG erfüllt sind. Liegen die Voraussetzungen auf Tatbestandsebene nicht vor, muss der Beklagte schon aus diesem Grund die wasserrechtliche Genehmigung versagen. Im Falle des Klägers hat der Beklagte dessen Genehmigungsantrag noch gar nicht geprüft, sodass zum jetzigen Zeitpunkt unklar ist, ob überhaupt der Tatbestand des § 62a BWG erfüllt ist. Im Falle der ARGE wurde der Beklagte zur Neubescheidung verpflichtet. Auch hier ist es theoretisch möglich, dass neue Umstände hinzukommen, aufgrund derer die Tatbestandsvoraussetzungen nicht (mehr) erfüllt sind. Würde der Beklagte einen der Genehmigungsanträge schon auf Tatbestandsebene ablehnen, würde von vornherein keine Konkurrenzsituation entstehen.

Nur für den Fall, dass der Tatbestand des § 62a BWG sowohl beim Kläger als auch bei der ARGE erfüllt ist, weist die Kammer darauf hin, dass einige Argumente für eine Auswahlentscheidung durch den Beklagten sprechen. Ausgangspunkt der Überlegung ist wiederum, dass eine gesetzliche Regelung, in welcher Reihenfolge die für Errichtung und Betrieb einer Anlegestelle im M_____ erforderlichen Genehmigungen zu erteilen ist, nicht

existiert. Es gibt also keine gesetzliche Vorgabe, welche Genehmigung der Antragsteller zuerst bzw. zuletzt einholen muss.

Die strom- und schiffahrtspolizeiliche Genehmigung, für deren Erteilung die Beigeladene zuständig ist, erscheint für ein Auswahlverfahren nicht geeignet. Es handelte sich um eine schlichte Sondernutzung an der öffentlichen Sache Bundeswasserstraße. Die Anspruchsgrundlage nach § 31 Abs. 5 WaStrG ist als gebundene Erlaubnis ausgestaltet und lässt keinen Raum für eine Versagung bei Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen. Die Erteilung darf nur versagt werden, wenn die Sicherheit und Leichtigkeit des Schiffverkehrs gefährdet ist. Das Prüfprogramm ist damit eingeschränkt.

Es spricht einiges dafür, dass die Auswahlentscheidung im Rahmen der Erteilung der wasserrechtlichen Genehmigung erfolgen sollte. Das Prüfprogramm des § 62a Abs. 1 BWG ist im Vergleich zu den anderen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen für Anlegestellen am weitesten (Wohl der Allgemeinheit, insbesondere öffentliche Sicherheit und Ordnung, sowie Nachteile für Rechte oder Befugnisse anderer). Ein Schwerpunkt der inhaltlichen Prüfung erfolgt damit im wasserrechtlichen Verfahren. Es wäre effizient, wenn aus diesem Grund auch das Auswahlverfahren bei der Wasserbehörde stattfindet. Der Beklagte verwaltet durch die wasserrechtliche Genehmigung ein öffentliches Gut. Dieses öffentliche Gut ist der privaten Eigentumsordnung weitgehend entzogen. Das Bundesverwaltungsgericht hat bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 1978 zur Besonderheit der Gewässerbenutzung betont, dass im Unterschied zum Baurecht kein verfassungsrechtlich gesicherter Anspruch auf Nutzung oder Benutzung von Gewässer besteht. Dies rechtfertigt sich aus der besonderen Bedeutung, die dem Wasser für die Allgemeinheit und den Einzelnen zukommt (vgl. BVerwG, Urteil vom 10. Februar 1978 – IV C 71.75 –, Rn. 26 ff., juris). Zudem kann die Behörde gem. § 62a Abs. 1 S. 3 BWG die Genehmigung davon abhängig machen, dass eine gemeinverträgliche Nutzungsdichte nicht überschritten wird. Sie kann in ihre Entscheidung also einfließen lassen, ob die gemeinverträgliche Nutzung der Gewässerfläche in qualitativer oder quantitativer Weise überschritten wird (vgl. zur gemeinverträglichen Nutzungsdichte das Urteil der Kammer vom 23. November 2021 – 10 K 273/20 – juris). Ist eine gemeinverträgliche Nutzungsdichte überschritten, kann sie die Genehmigung versagen. Auch dürfen Gewässerflächen nur in Anspruch genommen werden, wenn dies unbedingt erforderlich ist, § 62 Abs. 4 S. 3 BWG. Es liegt also in der Kompetenz des Beklagten zu prüfen, ob die Inanspruchnahme einer Wasserfläche unbedingt erforderlich ist. Schließlich erscheint es auch aus einer föderalistischen Perspektive naheliegend, dass die Städte oder Länder im Bundesgebiet selbst entscheiden, wer in ihrer jeweiligen Stadt eine Anlegestelle betreiben soll, und dies nicht durch den Bund geschieht.

Gleichzeitig erscheint es aber nicht ausgeschlossen, dass die Auswahlentscheidung bei der Vergabe des Nutzungsvertrags durch die Beigeladene erfolgt. Davon scheint die Beigeladene teilweise selbst auszugehen, wie aus der Weisung des G_____ an die L_____ vom 19. April 2021 hervorgeht. Die Auffassung des Klägers, des Beklagten und der Vertreterin der Landeskartellbehörde, der Nutzungsvertrag habe Vorrang vor der Erteilung der öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und müsse daher die Auswahlentscheidung beinhalten, findet jedoch im Gesetz keine Stütze. Wie bereits dargelegt, gibt es für die Einholung der notwendigen Genehmigungen und des Nutzungsvertrags keine gesetzlich vorgegebene Reihenfolge. Es erscheint jedoch weniger sinnvoll, das Auswahlverfahren beim Nutzungsvertrag anzusiedeln. Das Auswahlverfahren muss denklogisch vor den behördlichen Prüfungen der öffentlich-rechtlichen Genehmigungen erfolgen. Führt die Beigeladene ein Auswahlverfahren durch, erfolgt jedoch danach erst die schwerpunktmäßige Prüfung der Genehmigungsfähigkeit im Rahmen der wasserrechtlichen Genehmigung, wäre dies nicht praktikabel und könnte das Verfahren unnötig in die Länge ziehen.

Zur Klarstellung weist die Kammer darauf hin, dass sie an der im Urteil des Gerichts vom 19. Mai 2020 (VG 10 K 222/18) vertretenen Rechtsauffassung, wonach die Beigeladene bei auf denselben Standort bezogenen konkurrierenden Anträgen auf Erteilung einer strom- und schiffahrtspolizeilichen Genehmigung nach dem Prioritätsprinzip den zuerst gestellten Antrag vorrangig bearbeiten darf, nicht mehr festhält. Denn ansonsten wäre die Auswahlentscheidung faktisch bei der strom- und schiffahrtspolizeilichen Genehmigung angesiedelt. Nach den obigen Erwägungen ist es sachgerecht, die Auswahlentscheidung entweder bei der wasserrechtlichen Genehmigung oder bei der Vergabe des Nutzungsvertrags anzuknüpfen. Dürfte die Beigeladene die Bearbeitung von Anträgen auf Erteilung einer strom- und schiffahrtspolizeilichen Genehmigung nach dem Prioritätsprinzip durchführen und diese nur einem Mitbewerber erteilen, würde das die Auswahlentscheidung der zuständigen Behörde konterkarieren.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Dabei waren dem Beklagten die Kosten der Beigeladenen nicht gem. § 162 Abs. 3 VwGO aufzuerlegen, da diese keinen eigenen Antrag gestellt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO). Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 1 und 2 VwGO in Verbindung mit § 709 Zivilprozessordnung (ZPO).

Die Berufung war gem. §§ 124a Abs. 1 S. 1, 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen. Der Frage, ob bei mehreren um eine wasserrechtliche Genehmigung für einen Fahrgastanle-

ger konkurrierenden Antragstellern die Notwendigkeit der Durchführung eines Auswahlverfahrens aus Europarecht bzw. nationalem Recht besteht und daher das Prioritätsprinzip keine Anwendung findet, kommt grundsätzliche Bedeutung zu.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zu.

Die Berufung ist bei dem Verwaltungsgericht Berlin, Kirchstraße 7, 10557 Berlin, innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils einzulegen. Sie muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Berufung ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, einzureichen. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe).

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Darüber hinaus können auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen auftreten. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht, ehrenamtliche Richter nicht vor einem Spruchkörper auftreten, dem sie angehören.

Marticke

Krisch

Key