

# Die Genehmigung von Offshore-Windenergieanlagen in der AWZ

unter besonderer Berücksichtigung des  
Gesetzes zur Neuregelung  
des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege  
und zur Anpassung anderer  
Rechtsvorschriften (BNatSchGNeuregG)



## **Die Genehmigung von Offshore-Windenergieanlagen in der AWZ**

**unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften  
(BNatSchGNeuregG)**

Erstattet im Auftrag des

NABU Schleswig-Holstein  
WWF Deutschland, Fachbereich Meere und Küsten

von

Rechtsanwalt Rüdiger Nebelsieck, LL.M.\*  
Sozietät v. Doehren Mohr, Hamburg

unter Mitarbeit von

Jan Reshöft, LL.M.\*  
Jörg Dreher, LL.M.\*

\*Master in Environmental Law

Hamburg, den 31.05.2002

## Gliederung

<b>1.</b>	<b>Einleitung und Gang der Darstellung</b>	6
<b>2.</b>	<b>Stand der Entwicklung und zu lösende Problembereiche</b>	7
<b>3.</b>	<b>Grundlagen der Regelungskompetenz</b>	8
<b>3.1</b>	<b>Regelungskompetenz aus dem Völkerrecht</b>	8
<b>3.2</b>	<b>Umsetzung des einschlägigen Völkerrechts in Deutschland</b>	10
<b>3.3</b>	<b>Zwischenergebnis</b>	11
<b>4.</b>	<b>Voraussetzungen der Anlagenzulassung seit Inkrafttreten des BNatSchGNeuregG und Folgeverfahren</b>	12
<b>4.1</b>	<b>Genehmigungsvoraussetzungen nach der SeeAnIV</b>	12
4.1.1	Antrag	13
4.1.2	Beteiligungsverfahren gemäß SeeAnIV	14
4.1.3	Versagungsgründe	15
4.1.3.1	Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs	16
4.1.3.2	Gefährdung der Meeresumwelt	17
4.1.4	Umweltverträglichkeitsprüfung	19
4.1.5	Einfluß der Festlegung von Eignungsgebieten	20
4.1.5.1	Zielsetzung und Ausgestaltung	20
4.1.5.2	Kritische Würdigung	21
4.1.5.2.1	Verhältnis von § 3 a SeeAnIV zu § 3 SeeAnIV	21
4.1.5.2.2	Verhältnis von § 3 a SeeAnIV zu § 38 BNatSchG	23
4.1.5.2.3	Angestrebte Verfahrensbeschleunigung	23
4.1.4.2.4	Zwischenergebnis Eignungsgebiete	24
<b>4.2</b>	<b>Einfluss der Festsetzung von Meeresschutzgebieten</b>	24
<b>4.3</b>	<b>Anforderungen nach dem Bergrecht</b>	25
<b>4.4</b>	<b>Verkabelungs- und Netzeinspeisungsproblematiken i.R.d. Anlagenzulassung</b>	26
4.4.1	Raumordnung	27
4.4.2	Wasserrecht	27
4.4.3.	Sonstige relevante Rechtsvorschriften	28
<b>4.5</b>	<b>Zwischenergebnis zu 4.</b>	28

<b>5.</b>	<b>Kritische Würdigung der Neuregelung vor dem Hintergrund höherrangigen Rechts</b>	<b>29</b>
<b>5.1</b>	<b>Völkerrechtlich gebotener Meeresschutz</b>	<b>29</b>
<b>5.2</b>	<b>EU-Vogelschutzrichtlinie</b>	<b>30</b>
5.2.1	Anwendbarkeit der Vogelschutzrichtlinie	31
5.2.2	Anforderungen der Richtlinie	31
5.2.2.1	Rechtsfolgenregime vor Ausweisung von besonderen Vogelschutzgebieten	32
5.2.2.2	Rechtsfolgenregime nach Ausweisung von Schutzgebieten aber vor vollständiger Umsetzung der FFH-RL	33
5.2.2.3	Rechtsfolgenregime nach Ausweisung von Schutzgebieten und nach vollständiger Umsetzung der FFH-RL	34
5.2.2.3.1	Vorzugswürdige Alternativlösungen	35
5.2.2.3.2	Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses	35
5.2.2.3.3	Sicherung der Kohärenz des Netzes Natura 2000	36
5.2.2.3.4	Zwischenergebnis zu 5.2.2.3	37
5.2.3	Umsetzung der Richtlinie durch das BNatSchGNeuregG	38
5.2.4	Zusammenfassung zu 5.2	38
<b>5.3</b>	<b>Anforderungen der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie</b>	<b>39</b>
5.3.1	Anwendbarkeit der FFH-RL	39
5.3.2	Anforderungen der Richtlinie	39
5.3.2.1	Rechtsfolgenregime vor Meldung von FFH-Gebieten	40
5.3.2.2	Rechtsfolgenregime nach Meldung von FFH-Vorschlagsgebieten	42
5.3.2.3	Rechtsfolgenregime nach Ausweisung von FFH-Gebieten	42
5.3.2.4	Zwischenergebnis zu 5.3.2	42
5.3.3	Umsetzung der Richtlinie durch das BNatSchGNeuregG	43
5.3.4	Zusammenfassung zu 5.3	43
<b>5.4</b>	<b>Anforderungen der UVP-RL</b>	<b>43</b>
5.4.1	Anwendbarkeit der UVP-RL	44
5.4.2	Anforderungen der Richtlinie	44
5.4.3	Umsetzung der Richtlinie	44
5.4.4	Zusammenfassung zu 5.4	45
<b>5.5</b>	<b>Weitergehende Anforderungen aus dem BNatSchG</b>	<b>45</b>
5.5.1	Direkte Anwendbarkeit der Eingriffsregelung?	45
5.5.2	Berücksichtigung der Standards der Eingriffsregelung im Rahmen des § 3 SeeAnIV	46
5.5.3	Zwischenergebnis zu 5.5	48
<b>5.6</b>	<b>Zwischenergebnis zu 5.</b>	<b>48</b>

<b>6.</b>	<b>Beteiligungs- und Klagerechte anerkannter Naturschutzverbände</b>	49
<b>6.1</b>	<b>Beteiligungsrechte der Naturschutzverbände</b>	49
6.1.1	Beteiligungspflicht im Genehmigungsverfahren gemäß SeeAnlV	49
6.1.2	Beteiligungspflicht bei der Festlegung von Eignungsgebieten	50
6.1.3	Beteiligungspflicht bei der Festsetzung von Meeresschutzgebieten	50
<b>6.2</b>	<b>Klagerechte der Naturschutzverbände</b>	51
6.2.1	altruistische Verbandsklagebefugnis aus dem BNatSchG	51
6.2.2	Klagebefugnis wegen Verletzung des Mitwirkungsrechts der Verbände aus § 58 BNatSchG und aus § 5 Abs. 3 SeeAnlV	52
6.2.3	Klagebefugnis wegen Verstoßes gegen individualrechtsbegründende Normen des Gemeinschaftsrechts	53
6.2.3.1	Grundlagen zur Klagebefugnis aus Gemeinschaftsrecht	53
6.2.3.2	Entstehungsvoraussetzungen der Rügebefugnis aus Gemeinschaftsrecht	54
6.2.3.2.1	UVP-Richtlinie	55
6.2.3.2.2	Vogelschutz- und FFH-Richtlinie	56
6.2.4	Zusammenfassung zu 6.2	56
<b>7.</b>	<b>Zusammenfassung</b>	56

## 1. Einleitung und Gang der Darstellung

Am 04.04.2002 ist das "Gesetz zur Neuregelung des Rechts des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften" (im folgenden: BNatSchGNeuregG) in Kraft getreten.<sup>1</sup> Mit dem Gesetz werden u.a. die rechtlichen Voraussetzungen der Nutzung der Windenergie im Gebiet der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) novelliert.

Die Neuregelung will einem von vielen erkannten und beklagten Zustand der Rechtsunsicherheit abhelfen.<sup>2</sup> Durch die Schaffung von Meeresschutzgebieten (§ 38 BNatSchG) einerseits sowie Eignungsgebieten (§ 3 a SeeAnlV) andererseits soll "Wildwuchs" vermieden werden. Der Genehmigungstatbestand des § 3 SeeAnlV wurde darüber hinaus modifiziert, die Vorgehensweise bei mehreren Anträgen für dasselbe Gebiet normiert (§ 5 SeeAnlV) und zudem eine UVP-Pflicht in § 2 a SeeAnlV eingefügt.

Die vorliegende Arbeit untersucht im Auftrag des WWF Deutschland und des NABU Schleswig-Holstein die seit dem Inkrafttreten des BNatSchG bestehende Rechtslage bei der Genehmigung von Offshore-Windenergieanlagen in der AWZ. Die Rechtslage einschließlich seiner völkerrechtlichen Grundlagen wird dargelegt, schwerpunktmäßig allerdings der Frage nachgegangen, ob die gesetzliche Neuregelung alle formellen und materiellen Vorgaben höherrangigen Rechts ausreichend umsetzt, den Belangen des Meeresschutzes gerecht wird und die in sie gesetzte Hoffnung der Planungs- und Rechtssicherheit erfüllen kann.

Zu diesem Zweck wird im Kapitel 2 kurz der Stand der tatsächlichen Entwicklung und Verfahren mit den bestehenden Konfliktbereichen aufgezeigt. Da die AWZ nicht zum originären Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland gehört und der nationale Gesetzgeber daher hinsichtlich der Steuerungsmöglichkeiten eine Sondersituation zu beachten hat, werden im 3. Kapitel die Grundlagen der Regelungskompetenz kurz aufgezeigt. Im anschließenden 4. Kapitel werden die formellen und materiellen Voraussetzungen der Anlagenzulassung seit Inkrafttreten des BNatSchGNeuregG dargelegt. Dabei werden nicht nur die sich unmittelbar aus der SeeAnlV ergebenden Anforderungen behandelt, sondern auch der Einfluß der Festsetzung von Meeresschutzgebieten und die sich aus der notwendigen Verkabelung ergebenden Rechtsfragen einbezogen. Im Kapitel 5 erfolgt dann eine kritische Würdigung der Neuregelung vor dem Hintergrund der Anforderungen aus Völker-, Gemeinschafts- und Bundesrecht. Untersucht wird insbesondere die Frage des Einflusses europäischen Rechts auf die Anlagenzulassung. Im Kapitel 6 werden die Beteiligungs- und Klagerechte der Naturschutzverbände einer gesonderten Betrachtung unterzogen, da diese zumeist nicht unerheblichen Einfluß auf die Qualität der Zulassungsentscheidung haben. Im Kapitel 7 schließt eine Zusammenfassung in Thesenform die Arbeit ab.

---

*Fußnoten siehe S. 60*

## 2. Stand der Entwicklung und zu lösende Problembereiche

Im Folgenden soll nur auf die Offshore-Windparks innerhalb der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) eingegangen werden, die sich in der Regel auf den Bereich jenseits der 12-Seemeilen-Zone bis zu maximal 200 Seemeilen erstreckt. Zwar werden auch innerhalb der 12-Seemeilen-Zone Offshore-Windparks geplant, für sie gilt aber das bekannte bundes- und landesrechtliche Genehmigungsregime. Die *Hohe See* ist nicht in den Untersuchungsrahmen einzubeziehen, weil eine Errichtung von Windenergieanlagen dort wegen zu großer Wassertiefen in absehbarer Zukunft ausscheidet.

Spätestens mit dem EEG vom 1.4.2000<sup>3</sup> ist eine Rechtsgrundlage geschaffen worden, die die Abnahme und Vergütung des *offshore* erzeugten Stroms bis in die Gebiete der ausschließlichen deutschen Wirtschaftszone (AWZ) regelt und damit finanziell interessant macht.<sup>4</sup> Allein für die Ausschließliche deutsche Wirtschaftszone (AWZ) liegen der Genehmigungsbehörde (dem Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie) bisher insgesamt 31 Anträge vor.<sup>5</sup> Hinzu kommen Windparks, die im Gebiet der Küstenmeere (innerhalb der 12 Seemeilen-Zone) von Nord- und Ostsee geplant sind und für deren Genehmigung die an die Küste angrenzenden Bundesländer zuständig sind.

Die Anträge sind auf die Genehmigung von Parks mit bis zu 1000 Anlagen, einer Flächenausdehnung von zum Teil über tausend Quadratkilometern und einer installierten Gesamtleistung von jeeils 1,5 – 5 GW gerichtet.

Am 9. November 2001 hat das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie erstmals eine Teilerrichtungsgenehmigung erteilt. Danach dürfen zwölf des mit insgesamt 208 Einzelanlagen beantragten Windparks "Borkum West" errichtet werden. Anhand der Erfahrungen, die mit dem sogenannten Pilotprojekt gemacht werden, sollen Erkenntnisse für das Genehmigungsverfahren des Projekts "Borkum-West" und für die weiteren beantragten Offshore-Windparks gewonnen werden.<sup>6</sup>

Die Errichtung von Offshore-Windenergieparks stellt sich als großflächiger und langfristiger Eingriff in die Meeresumwelt dar, dessen Ausmaß derzeit nur mit Unsicherheiten prognostizierbar ist.<sup>7</sup>

Schädigungen der Meeresumwelt könnten während der Errichtungsphasen der Windkraftanlagen entstehen, in der der Meeresumwelt Stoffe zugeführt werden, etwa wenn Bauschutt Sediment aufwirbelt und das zu einer Zerstörung von Fischlaich führt. In diesen Punkten besteht noch Klärungsbedarf. Die Genehmigungsbehörde kann vom Antragsteller die Durchführung der erforderlichen Untersuchungen verlangen (§ 5 Abs. 1) und ggf. anordnen, dass bestimmte Bautätigkeiten nur außerhalb bestimmter Zeiten durchgeführt werden.

Weitgehend ungeklärt sind auch die Auswirkungen der errichteten Anlagen auf die Vogelwelt, die marinen Pflanzen, die Fische und die Meeressäuger sowie das Makrozoobenthos etwa durch Schall und elektromagnetische Strahlung. Für Rast-, Überwinterungs- und Zugvögel bestehen Belastungsrisiken insbesondere durch Scheueffekte, Kollisionsrisiken oder sogar Barrierewirkungen.

### **3. Grundlagen der Regelungskompetenz**

Jenseits der 12 Seemeilen-Zone endet das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Da die AWZ kein Teil des Hoheitsgebietes der Küstenstaaten ist, leiten sich die Hoheitsrechte der Küstenstaaten gerade nicht aus der Gebietshoheit ab, die im Völkerrecht sonst für die Begründung von Hoheitsgewalt angeführt wird. Eine Kompetenz für den Erlass von Normen innerhalb der AWZ ist daher nicht selbstverständlich und bedarf näherer Begründung.

#### **3.1 Regelungskompetenz aus dem Völkerrecht**

Die Regelungskompetenz für die Genehmigung von Offshore-Windenergieanlagen in der AZW ergibt sich aus völkerrechtlichen Regelungen, insbesondere aus dem VN Seerechtsübereinkommen (SRÜ).

Auch das SRÜ geht zunächst von dem Grundsatz aus, dass die Hoheitsgewalt der Staaten an den Grenzen des Hoheitsgebiets und seewärts an den Grenzen des Küstenmeeres endet (vgl. Art. 2 Abs. 1 SRÜ). Die Wahrnehmung eigener Rechte und Befugnisse in der AWZ begründet sich auch danach ausschließlich auf völkervertraglichen Sonderregelungen. Das SRÜ selbst gewährt solche völkerrechtlich begründeten Hoheitsrechte und Befugnisse.<sup>8</sup> Demzufolge ist jede küstenstaatliche Regelung in Bezug auf die AWZ von einer Legitimation im SRÜ oder anderen völkerrechtlichen Übereinkommen abhängig. Die Mitgliedstaaten des VN SRÜ dürfen also in ihren AWZ nur solche Regelungen treffen, zu denen sie im Seerechtsübereinkommen oder anderen völkerrechtlichen Übereinkommen ermächtigt werden.

1994 hat die Bundesrepublik Deutschland die Einrichtung einer Ausschließlichen Wirtschaftszone in der Nord- und Ostsee auf der Basis der Kompetenzzuweisungen in Art. 55, 57 SRÜ proklamiert, das seinerseits 1982 ratifiziert worden ist.<sup>9</sup> Mit der AWZ wird nach Art. 57 SRÜ das Gebiet bezeichnet, das sich seewärts der 12-Seemeilen-Zone bis maximal 200 Seemeilen in das Meer hinein erstreckt.

Wesentliche anlagenbezogene Regelungen für das Gebiet der AWZ sind in Teil V (Art. 55 ff.) des SRÜ aufge-



führt. Nach Art. 56 hat der Küstenstaat *souveräne Rechte* zum Zweck der Energieerzeugung aus Wasser, Strömung und Wind in seiner AWZ sowie *Hoheitsbefugnisse* in Bezug auf die Errichtung und Nutzung der dafür erforderlichen Anlagen. Der Bereich der Errichtung und Genehmigung von Anlagen in der AWZ, die der Energiegewinnung dienen sollen, ist dem Küstenstaat nach Art. 60 Abs. 1 als *ausschließliches Recht* zugewiesen. Gemäß Art. 60 Abs. 2 hat der Küstenstaat *ausschließliche Hoheitsbefugnisse* für die auf den Anlagen zur Geltung gelangenden Sicherheitsgesetze. Erfaßt hiervon ist dabei auch der Meeresumweltschutz.<sup>10</sup> Damit untersteht auch der Bereich der Sicherheit der Umwelt vor Gefahren von Anlagen wie Windparks in der AWZ der *ausschließlichen Hoheitsbefugnis* des Küstenstaates.<sup>11</sup>

Eine Einschränkung der Befugnis zur Genehmigung ergibt sich aus Art. 60 Abs. 7 SRÜ, wonach Anlagen dort nicht errichtet werden dürfen, wo dies die Benutzung anerkannter und für die internationale Schifffahrt wichtiger Schifffahrtswege behindern kann. Aus der Vorschrift wird deutlich, dass das SRÜ die Schifffahrt vor anderen Meeresnutzungen privilegiert. Angesichts der Risiken, die von Kollisionen etwa von Tankschiffen mit Windparks für die Meeresumwelt ausgehen, und der Erkenntnis, dass die Errichtung von Windparks auf dem Meer die Schifffahrt nicht von dort verdrängen soll, ist eine solche Privilegierung auch sachgerecht.

Umweltbezogene Anforderungen ergeben sich zudem aus Teil XII (Art. 192 ff.) SRÜ. Art. 192 SRÜ verpflichtet die Staaten zum Schutz und zur Bewahrung der Meeresumwelt. Art. 194 gebietet, dass die Staaten zu dem Zweck der Verhütung, der Verringerung und der Überwachung der Verschmutzung der Meeresumwelt die notwendigen Maßnahmen ergreifen. Sie haben zu diesem Zweck die geeignetsten ihnen zur Verfügung stehenden Mittel einzusetzen.

Bei der Frage, was unter Verschmutzung der Meeresumwelt zu verstehen ist, ist auf die Legaldefinition in Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ abzustellen:

“(1) *Im Sinne dieses Übereinkommens*

(...)

*bedeutet Verschmutzung der Meeresumwelt die unmittelbare oder mittelbare Zuführung von Stoffen oder Energie durch den Menschen in die Meeresumwelt einschließlich der Flussmündungen, aus der sich abträgliche Wirkungen wie eine Schädigung der lebenden Ressourcen sowie der Tier- und Pflanzenwelt des Meeres, eine Gefährdung der menschlichen Gesundheit, eine Behinderung der maritimen Tätigkeiten einschließlich der Fischerei und der sonstigen rechtmäßigen Nutzung des Meeres, eine Beeinträchtigung des Gebrauchswerts des Meerwassers und eine Verringerung der Annehmlichkeiten der Umwelt ergeben oder ergeben können.”*

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang ferner die Regelung des Art. 194 Abs. 5 SRÜ. Dort heißt es:

*”Zu den in Übereinstimmung mit diesem Teil ergriffenen Maßnahmen gehören die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz und zur Bewahrung seltener oder empfindlicher Ökosysteme sowie des Lebensraums gefährdeter, bedrohter oder vom Aussterben bedrohter Arten und anderer Formen der Tier- oder Pflanzenwelt des Meeres.”*

Flankiert werden diese aus dem SRÜ folgenden Verpflichtungen durch zahlreiche, hier nicht vertieft zu behandelnde weitere völkerrechtliche Abkommen. So ist Deutschland u.a. durch Art. 15 S. 1 des Übereinkommens von 1992 über den Schutz der Meeresumwelt des Ostseegebiets (Helsinki-Übereinkommen) und Anlage 5 zum Übereinkommen von 1994 über den Schutz der Meeresumwelt des Nordostatlantiks (Oslo-Paris Übereinkommen) sowie das – allerdings ausfüllungsbedürftige - Übereinkommen zur Erhaltung der wandernden wildlebenden Tierarten (Bonner Konvention) verpflichtet, Maßnahmen zum Schutz der Ökosysteme, natürlichen Lebensräume und der biologischen Vielfalt zu treffen. Dieser ökosystemare Ansatz korrespondiert zudem mit Art. 8 lit. a) der Biodiversitätskonvention (CBD), der die Einrichtung von Meeresschutzgebieten nicht nur im Küstenmeer, sondern auch im Bereich der AWZ verlangt. In diesem Sinne umfasst die ”Meeresumwelt” auch die wandernden Arten und hier insbesondere den Vogelzug.<sup>12</sup> Eine solche weitgehende Verpflichtung steht im Einklang mit dem SRÜ. Dieses enthält in Art. 237 Abs. 1 SRÜ und Art. 311 Abs. 2 SRÜ für diesen Fall einschlägige Kollisionsregelungen. Nach Art. 237 Art. 1 SRÜ werden Pflichten aus bereits bestehende internationale Verträgen nicht berührt. Das betrifft hier die Bonner Konvention, die 1979 verabschiedet wurde und 1984 in Kraft getreten ist. Darüber hinaus sind danach weitere Übereinkommen möglich, um die im SRÜ enthaltenen allgemeinen Grundsätze auszugestalten. Das betrifft hier das Helsinki- und das Oslo-Paris-Übereinkommen. Mit Blick auf Art. 311 Abs. 2 SRÜ schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Rechte und Pflichten anderer Mitgliedstaaten aus dem SRÜ durch die Verpflichtung zum Vogelschutz in den genannten Übereinkommen nicht beeinträchtigt werden. Es werden lediglich die sich aus dem SRÜ ergebenden Handlungsspielräume für den Küstenstaat durch die genannten Übereinkommen begrenzt und eine bestimmte Nutzung der Befugnisse aus dem SRÜ in Hinblick auf den Meeresumweltschutz verpflichtend gemacht.<sup>13</sup>

In vereinfachender aber prägnanter Weise hat Czybulka<sup>14</sup> die völkerrechtlichen Verpflichtungen wie folgt zusammengefasst: *”Wer das Meer nutzt, muss es auch schützen”.*

### **3.2 Umsetzung des einschlägigen Völkerrechts in Deutschland**

Die Bundesrepublik Deutschland hat das SRÜ durch das Ausführungsgesetz zum VN Seerechtsübereinkommen vom 6.6.1995 umgesetzt (AusfG-SRÜ).<sup>15</sup> Mit dem AusfG-SRÜ wurde u.a. das Seeaufgabengesetz (SeeAufG) geändert und dabei folgende erweiterte Aufgabenzuweisung in § 1 Nr. 10a eingefügt.

§ 1 *”Dem Bund obliegt auf dem Gebiet der Seeschifffahrt*

*(...)*

*unbeschadet der Vorschriften des Bundesberggesetzes die Prüfung, Zulassung und Überwachung der Anlagen, einschließlich Bauwerken und künstlicher Inseln, seewärts der Begrenzung des Küstenmeeres auf ihre Eignung im Hinblick auf den Verkehr und die Abwehr von Gefahren für die Meeresumwelt.”*

Zudem wurde in § 9 Nr. 4a SeeAufgG eine Ermächtigung zu Gunsten des Bundesverkehrsministers eingefügt, wonach er zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Seeverkehrs Rechtsverordnungen erlassen kann, die die Prüfung, Zulassung und Überwachung von Anlagen im Sinne des § 1 Nr. 10a SeeAufgG regeln.

Auf Grund der Verordnungsermächtigung in § 9 Nr. 4a SeeAufgG erließ der Bundesverkehrsminister die - jetzt modifizierte - Seeanlagenverordnung (SeeAnlV) vom 23.1.1997.<sup>16</sup> Für die Errichtung und den Betrieb von Anlagen in der AWZ der Bundesrepublik Deutschland gilt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 die SeeAnlV. Kompetenzrechtliche Bedenken gegen eine umfassende Regelungsbefugnis der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der Beschränkungen zum Schutz der Meeresumwelt bestehen nicht.<sup>17</sup>

Schließlich wurde das Bundesberggesetz, auf das bereits die eingefügte Aufgabenzuweisung in § 1 Nr. 10a SeeAufgG hinweist (*”unbeschadet der Vorschriften des Bundesberggesetzes”*), geändert. Nach § 133 Abs. 4 BBergG bedarf es für die Unterwasserkabel, die einen Offshore-Windpark in der AWZ mit dem Verknüpfungspunkt an Land verbinden, einer bergrechtlichen Genehmigung durch das zuständige Landesbergamt.<sup>18</sup>

### **3.3. Zwischenergebnis**

Die umfassende Regelungsbefugnis der Bundesrepublik Deutschland für die Genehmigung von Offshore-Windenergieanlagen in der AZW ergibt sich aus dem Völkerrecht. Auch gegen die hiermit einhergehenden Regelungen zum Schutz der Meeresumwelt ist kompetenzrechtlich nichts einzuwenden.

#### 4. Voraussetzungen der Anlagenzulassung seit Inkrafttreten des BNatSchGNeuregG und Folgeverfahren

Nachfolgend werden die Voraussetzungen der Anlagenzulassung auf Grundlage der für alle zukünftigen und derzeit laufenden<sup>19</sup> Verfahren geltenden gesetzlichen Neuregelung einschließlich der Folgeverfahren aufgezeigt. Zunächst werden im Abschnitt 4.1 die formellen und materiellen Genehmigungsvoraussetzungen nach der SeeAnIV einschließlich des Einflusses der Festsetzung von Eignungsgebieten vorgestellt. Anschließend wird im Abschnitt 4.2 ein Blick auf § 38 BNatSchG geworfen und der Frage nachgegangen, welchen Einfluß die Festsetzung von Meeresschutzgebieten auf die Anlagenzulassung hat. Im Abschnitt 4.3 werden die Anforderungen nach dem Bergrecht und anschließend im Abschnitt 4.4 die Verkabelungs- und Netzeinspeisungsprobleme dargelegt. Im Abschnitt 4.5 findet sich ein kurzes Zwischenergebnis.

##### 4.1 Genehmigungsvoraussetzungen nach der SeeAnIV

Windkraftanlagen unterfallen dem Anlagenbegriff aus § 1 Abs. 2 Nr. 1 SeeAnIV, der *Bauwerke und künstliche Inseln zur Energieerzeugung aus Wind* ausdrücklich nennt.

§ 2 SeeAnIV bestimmt, dass *die Errichtung, der Betrieb und die wesentliche Änderung* solcher Anlagen einer *Genehmigung* durch das *Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie* (BSH) bedürfen, soweit sie nicht gemäß § 10 SeeAnIV von der Genehmigungspflicht befreit sind. Eine Befreiung von der Genehmigungspflicht gemäß § 10 SeeAnIV verlangt, dass das BSH die Entscheidung trifft, einzelne Anlagentypen von der Genehmigungspflicht zu befreien, und diese Befreiung, nach der Zustimmung der zuständigen Wasser- und Schifffahrtsdirektion (WSD), im Verkehrsblatt (Amtsblatt des Bundesministeriums für Verkehr) bekannt gemacht hat. Eine solche Befreiung ist für Windkraftanlagen nicht erteilt worden. Es bleibt also bei der Genehmigungsbedürftigkeit.

Gemäß § 3 Satz 3 SeeAnIV darf die Genehmigung nicht versagt werden, wenn keiner der Versagungsgründe des § 3 Satz 1 SeeAnIV vorliegt. Es handelt sich mithin um eine gebundene Entscheidung.<sup>20</sup> Abwägende Elemente – etwa raumordnerische – sind der Struktur des § 3 SeeAnIV fremd.

Die Versagungsgründe dienen den Schutzgütern der SeeAnIV, also der Sicherheit und Leichtigkeit des Schiffs- und Luftverkehrs sowie dem Schutz der Meeresumwelt. § 3 Satz 2 benennt Regelbeispiele für Versagungsgründe. Danach liegen solche regelmäßig dann vor, wenn der Betrieb oder die Wirkung von Schifffahrtsanlagen und -zeichen (§ 3 Nr. 1) bzw. die Benutzung der Schifffahrtswege oder des Luftraumes oder die Schifffahrt beeinträchtigt würden (§ 3 Nr. 2), wenn eine Verschmutzung der Meeresumwelt im Sinne des Artikels 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ<sup>21</sup> zu besorgen (§ 3 Nr. 3) oder wenn der Vogelzug gefährdet ist (§ 3 Nr. 4). Die Versagungsgründe greifen aber nur dann, wenn eine Beeinträchtigung der Schutzgüter nicht durch Nebenbestimmungen (Befristungen, Bedingungen oder Auflagen) zu der Genehmigung verhütet oder ausgeglichen werden kann.

#### 4.1.1 Antrag

Die Genehmigung für die Errichtung von Anlagen in der AWZ setzt gemäß § 5 Abs. 1 SeeAnIV einen schriftlichen Antrag beim BSH voraus. Dem Antrag ist *eine Darstellung der Anlage und ihres Betriebs einschließlich der Sicherheits- und Vorsorgemaßnahmen mit Zeichnungen, Erläuterungen und Plänen beizufügen*. Das BSH kann nach § 5 Abs. 1 Satz 2 SeeAnIV eine Ergänzung der Anträge innerhalb einer angemessenen Frist verlangen. Werden die nachgeforderten Unterlagen von dem Antragsteller nicht innerhalb dieser Frist vorgelegt, verfällt der Antrag.

Unübersichtlich ist die Rechtslage, wenn für einen Standort mehrere Anträge vorliegen. Eine zivilrechtliche Verfügungsgewalt, die solche Probleme an Land quasi "automatisch" beantwortet, existiert in der AWZ nicht. Ebenso wenig kennt die Seeanlagenverordnung eine gebietsbezogene Konzessionierung oder einen Ausschreibungstatbestand zum Umgang mit konkurrierenden Anträgen.<sup>22</sup> Mit der neuen Rechtslage ist das "Prioritätsprinzip" in § 5 Abs. 1 Satz 4 SeeAnIV eingefügt worden. Danach ist über den Projektantrag zuerst zu entscheiden, der zuerst genehmigungsfähig ist. Das stellt sich als bewusste Abkehr von dem Prinzip dar, die Anträge in der Reihenfolge des Einganges zu bearbeiten. Mit dieser Neuerung soll verhindert werden, dass nach dem "Windhund-Prinzip" von Investoren großflächig und "auf Vorrat" Genehmigungen beantragt werden, ohne gleichzeitig auch auf diesen Standorten Projekte voranzutreiben.<sup>23</sup> Mit der neuen Regelung werden damit Investoren geschützt, die bereits vor der Antragstellung umfangreiche Untersuchungen durchführen und deshalb die Anträge später stellen. Jedoch ergeben sich aus der neuen Rechtslage auch neue Schwierigkeiten. Insbesondere die Begriffe "benachbarte Projekte" und "Genehmigungsfähigkeit" werfen terminologische Schwierigkeiten auf.

Eine besondere Bedeutung kommt dabei der "Genehmigungsfähigkeit" zu, da zunächst über den Antrag zu entscheiden ist, der als erster das Stadium der "Genehmigungsfähigkeit" erreicht hat. Ist ein Antrag nicht vollständig und werden die nachgeforderten Unterlagen nicht vorgelegt, erreicht dieser Antrag das Stadium der Genehmigungsfähigkeit nicht und verfällt nach § 5 Abs. 1 S. 3 SeeAnIV. Alle vollständigen Anträge und solche, die noch vervollständigt werden können, sind mit gleichem Verwaltungsaufwand vorzubringen. Das schließt ggf. auch die Verpflichtung ein, die erforderlichen Öffentlichkeits- und Behördenbeteiligungen sowie Fachuntersuchungen (wie z.B. eine Umweltverträglichkeitsuntersuchung) durchzuführen bzw. durchführen zu lassen.<sup>24</sup> Sobald das BSH ausreichend Informationen hat, um festzustellen, dass ein Antrag beschieden werden kann, hat dieser Antrag das Stadium der Genehmigungsfähigkeit erreicht und muss nach dem Prioritätsprinzip aus § 5 Abs. 1 S. 4 beschieden werden.

Die Bescheidung des ersten genehmigungsfähigen Antrages hat Auswirkungen auf die anderen Anträge für das betreffende Gebiet. Wird dem ersten Antrag stattgegeben, scheiden andere Windparks in dem betreffenden Gebiet ohnehin aus. Sofern der Bescheid negativ ausfällt, hat er auf alle anderen Anträge, die auf dasselbe Gebiet gerichtet sind und keine abweichenden Merkmale aufweisen, präjudizierende Wirkung. Sprechen beim abgewiesenen Erstantrag grundsätzliche standortspezifische Gründe gegen die Genehmigungsfähigkeit, scheidet eine positive Entscheidung über weitere Anträge für denselben Standort im Regelfall von vornherein aus. Anderes könnte nur dann gelten, wenn ein fortgeschrittener Erkenntnisstand ursprüngliche, einer früheren Genehmigung entgegenstehende Besorgnisse (etwa i.S.d. § 3 Abs. 1 Nr. 3 SeeAnIV) ausgeräumt hat.

Unklar bleibt, welche Unterlagen bzw. welche Handlungen von dem ersten Antragsteller zu erwarten sind, um davor geschützt zu sein, im Prüfverfahren von dem Antragsverfahren eines anderen Antragstellers "überholt" zu werden. Angesichts des insoweit anzunehmenden Entscheidungsspielraums des BSH wird konkurrierenden Antragstellern nichts anderes übrigbleiben, als das BSH in stetem Kontakt immer wieder um Sachstandsmitteilungen zu bitten.

#### **4.1.2 Beteiligungsverfahren gem. SeeAnIV**

Das BSH muss nach § 5 Abs. 3 SeeAnIV im Rahmen der Genehmigung eines Offshore-Windparks die Stellungnahmen der Behörden und sonstigen Stellen *berücksichtigen*, deren Aufgabenbereiche durch den Offshore-Windpark berührt werden. Für die beantragten Windparks holt das BSH u.a. Stellungnahmen vom Bundesamt für Naturschutz, vom Umweltbundesamt und von der Bundesmarine ein.

§ 5 Abs. 3 SeeAnIV stellt eine Beteiligungsvorschrift innerhalb des Genehmigungsverfahrens mit dem Ziel dar, dem BSH als Genehmigungsbehörde die Sachkenntnis der durch ein Vorhaben berührten Behörden und sonstigen Stellen zu erschließen. Auf eine Zustimmung der Behörden oder sonstigen Stellen kommt es dagegen nicht an. Das gilt auch für die Stellungnahmen der Bundeswehr, die, vertreten durch die Wehrbereichsverwaltungen, in der Regel zum Ausdruck bringen, dass sie den beantragten Vorhaben aufgrund befürchteter Nutzungskonflikte nicht zustimmen. Auch Fischereivertreter äußern sich bisweilen derartig.

Angesichts der in § 3 SeeAnIV genannten Versagungsgründe sind die Einwände zum großen Teil unbeachtlich und dürfen vom BSH nicht in der Weise berücksichtigt werden, dass es eine Versagung der Genehmigung auf die Einwände der zu beteiligenden Gruppen stützt. Da die Stellungnahmen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens abgegeben werden, sind sie auch nur soweit zu berücksichtigen, wie sie die Genehmigung beeinflussen können, also Aspekte der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs und des Schutzes der Meeresumwelt betreffen.

Die Stellungnahmen der beteiligten Umwelt- und Naturschutzverbände sind zu berücksichtigen, weil sie sich direkt auf einen möglichen Versagungsgrund beziehen, sofern sich aus den Stellungnahmen ergibt, dass eine Verschmutzung der Meeresumwelt gemäß § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV zu besorgen ist bzw. von einer Gefährdung des Vogelzuges gemäß § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV auszugehen ist.

Nach § 6 SeeAnIV muss das BSH die *Zustimmung* der örtlichen Wasser- und Schifffahrtsdirektion (WSD) einholen, die diese ihrerseits nur dann versagen darf, *wenn eine Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu besorgen ist, die nicht durch Bedingungen oder Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann*. Auch die Beteiligung der WSD dient damit ausschließlich der hinreichenden Beachtung der Versagungsgründe aus § 3 SeeAnIV.

Zu den Hauptschifffahrtsrouten ist im Regelfall ein Sicherheitsabstand von 500 m einzuhalten (§ 7 SeeAnIV). Die Einhaltung des Mindestabstands führt aber noch nicht zwingend zu einer Zustimmung der WSD, da auch außerhalb der Hauptschifffahrtsrouten Schiffsbewegungen stattfinden. Ein Umkehrschluss ist insoweit also nicht möglich. Insbesondere erscheint die großflächige Abriegelung bestimmter Regionen durch mehrere nebeneinander zu errichtende Windparks problematisch, wenn das dazu führt, dass die Schiffe die Windparks weiträumig umfahren müssen. Eine Lösung könnte in der Schaffung von Durchfahrtskorridoren für die Fischerei und die Sportbootschifffahrt liegen.

#### **4.1.3 Versagungsgründe**

Die Genehmigung eines Windparks ist nach § 3 Satz 1 SeeAnIV zu versagen, wenn die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs beeinträchtigt oder die Meeresumwelt gefährdet wird.

Aus dem Wortlaut von § 3 Satz 1 lässt sich dabei eine Rangordnung der Schutzgüter nicht ableiten. Die Formulierung *„dient der Abwehr“* in § 2 Satz 2 SeeAnIV verdeutlicht dabei allerdings, dass kein absoluter Schutz für jede Beeinträchtigung eines der Schutzgüter bezweckt ist. Ein solcher absoluter Schutz könnte auch nur durch ein absolutes Verbot der Anlagenerrichtung bewirkt werden. Eine sehr hohe Bedeutung wird der Sicherheit und Leichtigkeit des Schiffsverkehrs beizumessen sein. Dies wird durch das Zustimmungserfordernis der WSD verdeutlicht, das über das Berücksichtigungsgebot aus § 5 Abs. 3 bzgl. sonstiger Stellungnahmen hinausgeht.

#### 4.1.3.1 Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs

Fraglich ist, wann die Sicherheit und Leichtigkeit des Schiffsverkehrs beeinträchtigt ist.<sup>25</sup> Schiffsrouten entstehen im Bereich der Hohen See und der AWZ durch völkerrechtliche Vereinbarungen (z.B. COLREG 1972<sup>26</sup> und SOLAS-Ü 1974<sup>27</sup>) oder durch Festlegung und Bekanntgabe im IMO-Handbuch "Ships Routeing" durch die IMO<sup>28</sup>. Darüber hinaus entstehen Schifffahrtsrouten durch häufig benutzte Wege. Innerhalb der Routen sind Verkehrstrennungsgebiete und Sicherheitszonen von besonderer Relevanz.

Die Sicherheit des Schiffsverkehrs ist gewährleistet, wenn der Verkehrsablauf für Teilnehmer und Außenstehende keine Schäden für Leben, Gesundheit und Vermögen mit sich bringt. Die Sicherheit des Verkehrs ist beeinträchtigt, wenn bei gegebener Sachlage das größte noch vertretbare (zumutbare) Risiko eines Schadenseintrittes überschritten wird. Die Sicherheit ist dabei nicht mehr gewährleistet, wenn Schädigungen anderer Fahrzeugführer oder deren Fahrzeuge eintreffen können.<sup>29</sup> Ein Versagungsgrund für Genehmigungen ist die Gefährdung der Sicherheit des Schiffsverkehrs aber nur, wenn sie nicht durch Nebenbestimmungen, also Befristungen, Bedingungen und Auflagen, verhütet oder ausgeglichen werden kann.

Es sind daher im wesentlichen drei Konstellationen zu unterscheiden. Im Bereich von völkervertraglich festgelegten Schifffahrtswegen könnten Windparks nur nach Änderung der völkerrechtlichen Verträge genehmigt werden. Ein Änderung der Verträge erscheint jedoch als wenig wahrscheinlich, so dass diese Bereiche von Planungen frei bleiben müssen. Im Bereich von Verkehrstrennungsgebieten und Haupt-Schifffahrtsrouten sind Offshore-Windparks aus Sicherheitsgründen nicht genehmigungsfähig. Besonders die Verkehrstrennungsgebiete sind aus Sicherheitsgründen für die (Berufs-)Schifffahrt reservierte Gebiete. In den übrigen Gebieten schließlich sind potentielle Gefährdungen der Sicherheit des Schiffsverkehrs durch Nebenbestimmungen zu verhüten.

Die Leichtigkeit des Verkehrs ist beeinträchtigt, wenn sein flüssiger Ablauf nicht mehr gewährleistet ist. Die Begriffe der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs sind eng miteinander verknüpft. Mit zunehmendem Verkehrsaufkommen entwickelt sich eine Beeinträchtigung der Leichtigkeit des Verkehrs zu einer zusätzlichen Beeinträchtigung seiner Sicherheit.<sup>30</sup> Die Leichtigkeit des Verkehrs ist danach nicht mehr gewährleistet, wenn ein anderer Fahrzeugführer vermeidbar behindert wird, also z.B. zum Verlangsamen der Geschwindigkeit oder sogar zum Aufstoppen gezwungen wird, ohne dass er bereits geschädigt oder gefährdet wird.

Eine generelle Aussage, wann die Leichtigkeit des Schiffsverkehrs unzumutbar beeinträchtigt wird und nicht mehr durch Nebenbestimmungen ausgeglichen werden kann, ist jedoch nicht möglich. Das kann nur in einer Einzelfallabwägung festgestellt werden. Dabei sind für das jeweilige Seegebiet Befahrungshäufigkeiten,



Routenverlängerungen durch Umwege, die Möglichkeit des Querverkehrs und andere Faktoren zu berücksichtigen, ggf. sind in flächenmäßig sehr großen Windparks Durchfahrungs-schneisen vorzusehen.

#### 4.1.3.2 Gefährdung der Meeresumwelt

Wie im Kapitel 2 bereits aufgezeigt wurde, ist auch die Nutzung der Windenergie auf See keineswegs konfliktfrei, sondern stellt sich ihrerseits als großflächiger und langfristiger Eingriff in die Meeresumwelt dar. Das Ausmaß der anlagebedingten Auswirkungen von Offshore-Windparks auf die Meeresumwelt kann mangels praktischer Erfahrungen zudem nur mit Unsicherheiten prognostiziert werden.<sup>31</sup> Den Belangen des Umwelt- und Naturschutzes soll aus Sicht der Bundesregierung – neben der noch zu erörternden Festlegung von Meeresschutzgebieten – dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass der Errichtung von Windparks keine Versagungsgründe i.S.d. § 3 SeeAnlV entgegenstehen dürfen.<sup>32</sup>

Als Oberbegriff der auf den Meeresumweltschutz bezogenen Hinderungsgründe nennt § 3 Satz 1 die nicht durch Bedingungen oder Auflagen zu verhütenden oder auszugleichenden Gefährdungen der Meeresumwelt. Als Regelbeispiele führt Satz 2 dann – wie bisher schon – die Besorgnis von Verschmutzungen der Meeresumwelt i.S.d. Artikels 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ sowie – neu – Gefährdungen des Vogelzuges auf.

Fraglich ist, in welchem Verhältnis der Tatbestand der Gefährdungen von Meeresumwelt und Vogelzug einerseits sowie derjenige der Besorgnis einer Verschmutzung der Meeresumwelt andererseits zueinander stehen. Legt man nämlich den Begriff der Gefährdung als Gefahr nach herkömmlichem Verständnis aus, so ergibt sich ein Widerspruch. Der Begriff der Gefahr ist bekanntlich enger als der Begriff der Besorgnis. Eine Gefahr für die Umwelt liegt vor, wenn ein grundsätzlich missbilligter Zustand bei ungehindertem Geschehensablauf tatsächlich eintreten kann. Der Besorgnistatbestand verlangt demgegenüber ein sehr hohes Schutzniveau. Es darf keine auch noch so fern liegende Wahrscheinlichkeit bestehen, dass der unerwünschte Zustand sich realisiert.<sup>33</sup> Die Gefahr der Verschmutzung der Meeresumwelt muss also nach aller menschlichen Erfahrung auszuschließen sein.

Dies zugrundegelegt, erweist sich das Tatbestandsmerkmal der Gefährdung des Vogelzuges noch als unproblematische Konkretisierung des § 3 Satz 1. Hinsichtlich § 3 Satz 1 Nr. 3 hingegen bleibt problematisch, dass ein Besorgnistatbestand schlechterdings nicht friktionslos als Regelbeispiel eines Gefahren-tatbestandes verstanden werden kann.

Bereits Klinski<sup>34</sup> hat auf dieses Problem aufmerksam gemacht und bezogen auf die insoweit identische Rechtslage vor Inkrafttreten des BNatSchGNeuregG angenommen, dass sich der Verordnungsgeber über

die Relevanz der Differenzierung zwischen Gefahr und Besorgnis bei der Bildung des Obersatzes in § 3 Satz 1 SeeAnIV "nicht ganz im Klaren gewesen sei", dass aber die Bestimmung in ihrem materiell-rechtlichen Kern wohl darauf gerichtet gewesen sei, den Besorgnismaßstab auch im Rahmen der Generalklausel zur Anwendung zu bringen.

In der Neufassung der SeeAnIV hat sich insoweit trotz dieser Kritik an der Unschärfe der Formulierungen nichts geändert. Auch fehlt es an einer Begründung der Vorschrift, so dass die gesetzgeberische Intention nicht völlig zweifelsfrei ermittelt werden kann.

Für die von Klinski aufgestellte Vermutung, dass der Besorgnistatbestand die Generalklausel in § 3 Satz 1 SeeAnIV mit erfassen soll, spricht indes viel. So hält die Bundesregierung in ihrem Strategiepapier aus dem Januar 2002 an dem Plan fest, den Ausbau der Offshore-Windparks stufenweise vorzunehmen. Klinski<sup>35</sup> hatte bereits auf Grundlage der Vorgängerregelung darauf hingewiesen, dass eine solche Vorgehensweise sich allenfalls dann gegenüber dem auf Genehmigung drängenden Antragsteller rechtfertigen läßt, wenn der Besorgnismaßstab insgesamt zur Anwendung gelangt. Die Bundesregierung betont nun in ihrem Strategiepapier erneut das Vorsorgeprinzip und stützt den Plan der stufenweisen Realisierung ausdrücklich hierauf.<sup>36</sup> Dies kann nach diesseitiger Überzeugung nur dahingehend gedeutet werden, dass nicht der Besorgnistatbestand dem Gefahrenbegriff der Generalklausel "zugeschlagen" und dementsprechend restriktiv interpretiert wird, sondern der unscharfe Begriff der Gefährdung so ausgelegt wird, dass er Vorsorgeelemente beinhaltet.

Alles andere würde nach diesseitigem Verständnis auch den Verpflichtungen aus dem SRÜ zuwiderlaufen. Denn gemäß Artikel 194 Abs. 1 SRÜ ergreifen die Staaten unter Einsatz der "geeignetsten" ihnen zur Verfügung stehenden Mittel alle mit diesem Übereinkommen übereinstimmenden Maßnahmen, die notwendig sind, um die Verschmutzung der Meeresumwelt ungeachtet ihrer Ursache zu verhüten, zu verringern und zu überwachen. Als weitreichend und eher in Richtung Vorsorge zielend erweist sich dabei schon der Begriff der "Verhütung" der Verschmutzung. Der Begriff der Verschmutzung der Meeresumwelt selbst wird in Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ definiert. Die dortigen Formulierungen beinhalten ihrerseits über den Gefahrenbegriff hinausgehende, in Richtung Vorsorge zielende Elemente.<sup>37</sup> Das Vorsorgeprinzip findet sich zudem auch in Art. 3 des Helsinki-Übereinkommens und in Art. 2 des OSPAR-Übereinkommens.

Eine Auslegung der Versagungsgründe des § 3 SeeAnIV, die allein auf die Gefahr abstellte, würde danach den völkerrechtlich gebotenen Mindestschutz unterschreiten und verstieße gegen das Untermaßverbot.

Entsprechendes wird auch für das neu eingeführte Regelbeispiel des § 3 Nr. 4 gelten müssen, wonach ein Versagungsgrund insbesondere bei einer Gefährdung des Vogelzuges vorliegt. Grundsätzlich wird – wie

oben schon kurz dargelegt - der Vogelzug gefährdet, wenn durch den Bau und vor allem den Betrieb der Windkraftanlagen die Routen von Zugvögeln unterbrochen werden und die Vögel an ihren Wanderungen zwischen Winter- und Sommerquartier gehindert oder zumindest deutlich behindert werden. Scheuchwirkungen oder Gefahren, die von den Rotorblättern für Vögel ausgehen (Vogelschlaggefahr), können daher zur Versagung einer Genehmigung führen. Jedoch bestehen derzeit noch große Unsicherheiten allgemein über das Zugverhalten von Vögeln über dem Meer und speziell über die Auswirkungen von Windkraftanlagen. Ebenso wenig ist bisher bekannt, ob und ggf. auf welche Art und Weise solche Auswirkungen verhindert bzw. vermindert werden können.

Der von der Bundesregierung betonte Vorsorgegedanke gebietet es, im Rahmen der derzeit laufenden Verfahren vor etwaigen Genehmigungen die bestehenden Beurteilungsunsicherheiten zunächst weiter zu verringern. Die laufenden Forschungsvorhaben sind zunächst abzuschließen.

Dabei geht es – wie vorsorglich anzumerken ist - nicht allein um die projektbezogenen Untersuchungen anhand von Pilotanlagen, sondern allgemein um die schon für deren Errichtung unabdingbaren Standards. Zu berücksichtigen sind bei alledem insbesondere auch die kumulativen Wirkungen der Anlagen.

#### **4.1.4 Umweltverträglichkeitsprüfung**

Die Frage der UVP-Pflichtigkeit von Offshore-Windparks war nach der alten Rechtslage streitig. Sie ist inzwischen durch die Änderung der SeeAnIV entschieden. Danach unterliegen Vorhaben, die der Genehmigungspflicht nach § 2 SeeAnIV unterfallen und die gleichzeitig Vorhaben nach § 3 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung sind, einer UVP-Pflicht. Dies ist hinsichtlich aller derzeit geplanten Offshore-Windenergieanlagen in der AZW der Fall. Einschlägig ist § 3 UVP-Gesetz i. V.m. Ziff. 1.6 der Anlage 1 zum UVPG. Danach ist bei Windparks mit 20 oder mehr Einzelanlagen und einer Anlagenhöhe von 35 Metern oder einer Leistung von je mind. 10 KW zwingend eine UVP durchzuführen. Alle Offshore-Windparks in der endgültigen Ausbaustufe unterliegen demnach der Pflicht zur Durchführung einer UVP.

Nichts anderes gilt im Ergebnis für die derzeit geplanten Pilotanlagen. Für Windparks mit 6 bis 19 Anlagen und gleicher Anlagenspezifikation besteht zwar eine UVP-Pflicht nur nach einer allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalles. Einschlägig ist diese Regelung aber – soweit ersichtlich – allein für die schon genehmigte Pilotanlage "Borkum-West". Alle derzeit geplanten Anlagen überschreiten die Grenze von 20 Einzelwindrädern deutlich.

Bei der Anlagenzulassung ist das Ergebnis der UVP zu berücksichtigen. Sofern - wie in der SeeAnIV - eine gebundene Entscheidung vorgesehen ist, ist das Ergebnis der UVP bei der Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Genehmigungsstatbestand zu beachten. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

#### **4.1.5 Einfluß der Festlegung von Eignungsgebieten**

Untersuchungsbedürftig ist, welche Rolle der durch § 3 a SeeAnlV ermöglichten Festlegung von Eignungsgebieten im Anlagengenehmigungsverfahren zukommt.

##### **4.1.5.1 Zielsetzung und Ausgestaltung**

Der neu eingefügte § 3a SeeAnlV ermöglicht die Festlegung besonderer Eignungsgebiete für Windkraftanlagen innerhalb der AWZ. Die alte Rechtslage kannte derartige Eignungsgebiete nicht. Mit der neuen Regelung soll ausweislich der Ausführungen im Strategiepapier der Bundesregierung eine Steuerungsmöglichkeit geschaffen werden, eine strukturierte bauliche Entwicklung von Winkparks in der AZW möglich gemacht und zudem "insbesondere" ein beschleunigter Ausbau von Offshore-Windparks herbeigeführt werden.<sup>38</sup> Die Festlegung von Eignungsgebieten soll gleichzeitig zu einer Verfahrenserleichterung für alle Beteiligten im Genehmigungsverfahren führen. Sie sollen davon ausgehen können, dass gegen einen Standort innerhalb eines solchen besonderen Eignungsgebietes in der Regel Bedenken aus Sicht der Meeresumwelt, der Sicherheit des Schiffsverkehrs und der Benutzung des Luftraums oder anderer Nutzungen, die bereits bei der Festlegung von Eignungsgebieten berücksichtigt wurden, nicht bestehen.<sup>39</sup>

Zuständig für die Ausweisung der Eignungsgebiete ist das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, das seine Befugnisse auf eine nachgeordnete Behörde seines Geschäftsbereiches übertragen kann. Dafür kommt nur das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie in Frage. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit und andere fachlich betroffene Bundesministerien sind vor Festlegung der Eignungsgebiete zu beteiligen, die Öffentlichkeit ist einzubeziehen und die Ländern sind anzuhören. Die Festlegung eines besonderen Eignungsgebietes ist nur zulässig, wenn innerhalb dieses Gebietes der Wahl von Standorten für Windkraftanlagen keine Versagungsgründe nach § 3 SeeAnlV und kein marines Schutzgebiet nach § 38 BNatSchG entgegenstehen. Die besonderen Eignungsgebiete werden nach ihrer Erstfestlegung nach vorhandenen Erfahrungen und wissenschaftlichen Erkenntnissen fortgeschrieben und bekannt gemacht.<sup>40</sup> Im Genehmigungsverfahren haben die Eignungsgebiete für die Wahl des Standortes die Wirkung eines Sachverständigengutachtens. Auf das Erfordernis der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung haben sie keinen Einfluss.

Außerhalb der Eignungsgebiete verbleibt es uneingeschränkt und ohne Erleichterungen bzgl. der Darlegungs- und Beweislast der Antragsteller bei der Prüfung der Genehmigungshindernisse des § 3 SeeAnlV, ohne dass auf derartige "normale" Gebiete bezogenen Anträgen damit von vornherein die Ungeeignetheit entgegengehalten werden könnte.

#### 4.1.5.2 Kritische Würdigung

Ob es dem Normgeber durch die konkrete Ausgestaltung des § 38 BNatSchG und der §§ 3, 3 a SeeAnIV gelungen ist, die wünschenswerte Rechtssicherheit und Steuerung der Windenergienutzung tatsächlich zu erreichen, erscheint allerdings in mehrfacher Hinsicht fraglich.

So zeichnet sich in tatsächlicher Hinsicht ab, dass die meisten Genehmigungsanträge ohnehin außerhalb potentieller Eignungsgebiete liegen und der Regelung daher nur geringe praktische Bedeutung zukommen dürfte.

In der hier vorrangig interessierenden rechtlichen Hinsicht bestehen Bedenken bzgl. des Verhältnisses von § 3 a und § 3 SeeAnIV ebenso wie hinsichtlich des Verhältnisses von § 3 a SeeAnIV und § 38 BNatSchG. Schließlich ist auch die vom Gesetzgeber beabsichtigte Verfahrensbeschleunigung nicht unproblematisch. Ein insoweit zugleich bestehendes gemeinschaftsrechtliches Problem wird hier zunächst des Zusammenhanges wegen nur angerissen und im 5. Kapitel abgehandelt.

##### 4.1.5.2.1 Verhältnis von § 3 a und § 3 SeeAnIV

Das BSH hat im Genehmigungsverfahren bekanntlich zu prüfen, ob dem Vorhaben Versagungsgründe i.S.d. § 3 SeeAnIV entgegenstehen. Die Festlegung eines besonderen Eignungsgebietes soll diese Prüfung nach der Formulierung des § 3 a Abs. 2 Satz 1 SeeAnIV nicht entbehrlich machen, sondern im Genehmigungsverfahren (nur) die Wirkung eines Sachverständigengutachtens haben.

Gleichwohl heißt es in § 3 a Satz 4 SeeAnIV wörtlich:

*„Die Festlegung eines besonderen Eignungsgebietes ist nur zulässig, wenn der Wahl von Standorten für Windkraftanlagen in dem betreffenden Gebiet keine Versagungsgründe im Sinne des § 3 und keine Schutzgebietsausweisungen nach Maßgabe von § 38 Bundesnaturschutzgesetz entgegenstehen.“*

Beides steht nach diesseitiger Überzeugung in einem unauflösbaren Widerspruch. Zwar scheinen die beteiligten Ressorts der Bundesregierung davon auszugehen, dass die Festlegung eines besonderen Eignungsgebietes nur dazu führe, dass *„in der Regel“* davon ausgegangen werden könne, dass Bedenken gegen einen Standort nicht bestünden.<sup>41</sup> Seinen Ausdruck in der Verordnung indes hat dies nicht gefunden. Denn wenn eine Eignungsgebietsfestlegung stets und uneingeschränkt nur dann erfolgen darf, wenn keine Hinderungsgründe i.S.d. § 3 SeeAnIV bestehen, so ist nicht ersichtlich, was dem Antragsteller einer im Eignungsgebiet

beantragten Anlage nach dem Wortlaut der SeeAnV im Genehmigungsverfahren noch entgegengehalten werden könnte. Denn die Versagungsgründe des § 3 SeeAnV betreffen im Ergebnis primär standortbezogene Kriterien. Anlagenspezifische Besonderheiten demgegenüber können im Regelfall durch Nebenbestimmungen verhütet oder ausgeglichen werden. Verweist ein Antragsteller auf die Eignungsgebietsfestlegung und die Formulierung des § 3 a Satz 4 SeeAnV, verbleibt dem BSH jedenfalls nach dem Wortlaut des § 3 a SeeAnV im Rahmen der Genehmigung nach diesseitiger Überzeugung keine Befugnis mehr, den Antrag abzulehnen. Ist dies wiederum so, laufen die Beteiligungs- und Zustimmungserfordernisse im Genehmigungsverfahren leer. Die stets vorzulegende UVP kann zudem insgesamt ihren Zweck nicht mehr erfüllen. Hierauf wird unter gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten noch zurückzukommen sein.

Als problematisch erweisen sich diese Zusammenhänge insbesondere auch vor dem Hintergrund des Ansinns der Bundesregierung, die Festlegung besonderer Eignungsgebiete äußerst zügig voranzutreiben.<sup>42</sup> Gemäß § 3 a Satz 5 SeeAnV erfolgen Festlegung und Fortschreibung *„nach dem Stand der vorhandenen Erfahrungen und wissenschaftlichen Erkenntnisse“*. Diese sind - wie bereits dargelegt - derzeit verhältnismäßig dürftig. Genau aus diesem Grunde sind umfangreiche Forschungsvorhaben in Auftrag gegeben worden, die die notwendigen Fachinformationen, die zur Ausweisung von Schutzgebieten nach § 38 BNatSchG und zur Ausweisung und Fortschreibung von besonderen Eignungsgebieten nach § 3 a SeeAnV erforderlich sind, erst noch liefern sollen.<sup>43</sup> Nimmt eine Eignungsgebietsfestlegung jedoch, wie dies angesichts der Formulierung in § 3 a Satz 4 SeeAnV angenommen werden muß, die Prüfung der Versagungsgründe – vorbehaltlich anlagenspezifischer Auflagen - bereits vorweg, müssen sehr kurzfristige Festlegungen ausscheiden. Der hinsichtlich der Versagungsgründe einschlägige Vorsorgegrundsatz gebietet es, vor Genehmigungserteilung derzeit unstrittig noch vorhandene Wissenslücken zu schließen, jedenfalls aber nennenswert zu verringern. Koppelt man – wie der Ordnungsgeber dies vielleicht unbewußt getan hat – Eignungsgebietsfestlegung und Genehmigungsvoraussetzungen so eng miteinander, wie dies dem Wortlaut nach geschehen ist, kann hinsichtlich der Eignungsgebietsfestlegung nichts anderes gelten als hinsichtlich der Versagungsgründe des § 3 SeeAnV.

#### **4.1.5.2.2 Verhältnis von § 3 a SeeAnV und § 38 BNatSchG**

Gemäß § 3 a Satz 5 SeeAnV ist eine Eignungsgebietsfestlegung nur dann zulässig, wenn keine Schutzgebietsausweisungen nach Maßgabe des § 38 BNatSchG entgegenstehen. Dies ist für sich gesehen nicht nur unproblematisch, sondern geradezu selbstverständlich.

Als problematisch hingegen könnte sich auch insoweit die zeitliche Abfolge von Meeresschutzgebietsfestsetzung und Eignungsgebietsfestsetzung erweisen. Derzeit gibt es bekanntlich noch keine ausgewiesenen Meeresschutzgebiete. Die Ermittlung der hierfür geeigneten Flächen ist noch nicht abgeschlossen. Zugleich erlaubt § 3 a SeeAnV die Festlegung von Eignungsgebieten bereits nach dem Stand der vorhandenen Erfah-

rungen und wissenschaftlichen Erkenntnisse, *”insbesondere auch im Hinblick auf nach § 38 des Bundesnaturschutzgesetzes auszuweisende Gebiete”*. Der letzte Halbsatz verdeutlicht immerhin, dass bei der Festlegung von Eignungsgebieten nicht allein auf die bereits festgesetzten Gebiete Rücksicht genommen werden soll, sondern auch auf diejenigen, deren Ausweisung sich abzeichnet. Problematisch bleibt selbst dies allerdings dann, wenn dem Wunsch der Bundesregierung nach zügiger Eignungsgebietsfestlegung so vehement Folge geleistet wird, dass aufgrund der zu diesem Zeitpunkt noch vorhandenen Wissenslücken nicht einmal ausgeschlossen werden kann, dass sich vermeintlich besonders geeignete Flächen im nachhinein sogar als FFH-relevant erweisen.

#### **4.1.5.2.3 Angestrebte Verfahrensbeschleunigung**

Fraglich erscheint schließlich, ob die mit der Neuregelung bezweckte Verfahrensbeschleunigung tatsächlich erreichbar ist. Hintergrund der Problematik ist es, dass die Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens nicht im freien Belieben des Gesetzgebers steht, sondern zum einen geeignet sein muß, dem materiellen Recht effektiv zur Durchsetzung zu verhelfen, zum anderen die sich aus höherrangigem Recht ergebenden Verfahrensvorgaben berücksichtigen muß.

Als zumindest problematisch erweist sich dabei das Verhältnis von Eignungsgebietsfestlegung und ordnungsgemäßer Ermittlung der Umweltauswirkungen. Einerseits nämlich soll Eignungsgebietsfestlegungen – wie schon dargelegt – die Wirkung eines Sachverständigengutachtens zukommen, andererseits aber die UVP-Pflicht unberührt bleiben. Die Bundesregierung<sup>44</sup> bezeichnet die Eignungsgebiete als Investitionsanreiz insofern, als auf vom Bund bei der Eignungsgebietsfestlegung erhobene Daten zurückgegriffen werden könne und *”in der Regel keine weiteren Ermittlungen mehr nötig seien”*.

Ein Zugriff auf vorab staatlich erhobene Daten im Rahmen der vom Antragsteller stets vorzulegenden UVP erscheint dabei noch unproblematisch. Ob dies allerdings so weit reichen kann, Antragsteller *“im Regelfall”* von weiteren Ermittlungen zu entbinden, begegnet Bedenken. Denn der Festlegung von Eignungsgebieten geht weder eine förmliche UVP voraus, noch kann sie anlagenspezifische Besonderheiten berücksichtigen. Bezieht man zugleich in die Erwägungen mit ein, dass besondere Eignungsgebiete zum einen gem. § 3 a Abs. 1 Satz 5 SeeAnIV nach dem Stand der vorhandenen (noch dürftigen) Erfahrungen und zum anderen nach dem Willen der Bundesregierung sehr zügig festgesetzt werden, so birgt dies zumindest die Gefahr, dass die inhaltlichen Anforderungen an die UVP ebensowenig eingehalten werden könnten wie die materiellen Anforderungen des § 3 Abs. 1 SeeAnIV und höherrangigen Rechts

#### **4.1.5.2.4 Zwischenergebnis Eignungsgebiete**

Die durch § 3 a SeeAnIV erstmalig ermöglichte Festlegung von Eignungsgebieten erweist sich bei genauerer

Betrachtung als wenig geeignet, "Wildwuchs" zu verhindern und eine Beschleunigung von Genehmigungsverfahren zu erreichen. Der Steuerungskraft steht dabei schon in tatsächlicher Hinsicht entgegen, dass nahezu alle derzeit geplanten Anlagen außerhalb potentieller Eignungsgebiete liegen. Auch in rechtlicher Hinsicht ergibt sich kein positiveres Bild. Dies ist zunächst dadurch bedingt, dass Anlagengenehmigungen auch außerhalb von Eignungsgebieten genehmigungsfähig sind, den Festlegungen also keine negative Steuerungskraft zukommt. Hinzu kommt, dass die Festlegung von Eignungsgebieten weder formal noch materiellrechtlich dazu führen darf, zwingendes höherrangiges Recht zu unterlaufen. Diese Gefahr wird durch § 3 a Satz 4 SeeAnIV ebenso begründet wie durch die beabsichtigte sehr kurzfristige Festlegung (nur) auf Grundlage des derzeitigen Wissensstandes.

Im Ergebnis werden Eignungsgebietsfestlegungen daher die ihnen zgedachten Steuerungsfunktionen ebensowenig erfüllen können, wie sie Rechts- und Investitionssicherheit begründen können. Nach diesseitiger Auffassung werden vielmehr zusätzliche rechtliche Probleme heraufbeschworen.

#### **4.2 Einfluß der Festsetzung besonderer Meeresschutzgebiete gemäß § 38 BNatSchG**

Wie eingangs dargelegt, erkennt die Bundesregierung inzwischen die Notwendigkeit der Schaffung von Meeresschutzgebieten zur Umsetzung des gemeinschaftlichen Habitatschutzrechts an.<sup>45</sup> Der neu geschaffene § 38 BNatSchG dient ausweislich des § 32 BNatSchG dem Aufbau und dem Schutz des Europäischen ökologischen Netzes "Natura 2000", insbesondere dem Schutz der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und der Europäischen Vogelschutzgebiete. Fraglich ist, welchen Einfluß diese Norm auf die Zulassung von Windenergieanlagen hat.

Gemäß § 38 Abs. 1 S. BNatSchG gelten in (noch festzusetzenden) Meeresschutzgebieten die auf die Schutzgebietsmeldung und das Schutzregime bezogenen §§ 33 und 34 BNatSchG mit der Maßgabe der aus Abs. 1 Ziff. 1 – 5 geltenden Besonderheiten. Diese basieren offenbar auf dem Hinweis von Jarass<sup>46</sup> zum Rangverhältnis zwischen dem SRÜ und gemeinschaftlichem Sekundärrecht mit den daraus nach dessen Auffassung folgenden Einschränkungen der Anwendbarkeit des gemeinschaftlichen Habitatschutzrechts. § 38 Abs. 1 Ziff. 5 BNatSchG betrifft die Offshore-Windenergieparks. Die Norm regelt, dass u.a. Beschränkungen bei der Energieerzeugung aus Wasser, Strömung und Wind nur nach § 34 zulässig sind, der die grundsätzliche Unzulässigkeit der die Natura 2000-Gebiete erheblich beeinträchtigenden Projekte sowie die an Art. 6 Abs. 4 FFH-RL angelegten Ausnahmegründe regelt.<sup>47</sup>

Bemerkenswert ist, dass in § 3 SeeAnIV eine ausdrückliche Verknüpfung mit den §§ 32 ff. BNatSchG fehlt. Wie in Ziff. 4.1. dargelegt, besteht eine Versagungsmöglichkeit ausweislich der Formulierung des § 3 S. 3 SeeAnIV nur beim Vorliegen der in § 3 normierten Versagungsgründe. Ein Hinweis zum Einfluß der in § 38 BNatSchG



geregelten Festsetzungen sowie auf das Rechtsregime des § 34 BNatSchG fehlt hingegen.

Eine Gesetzesbegründung für den erst spät im Gesetzgebungsverfahren eingefügten § 38 BNatSchG gibt es nicht. Sollte der Gesetzgeber die Absicht gehabt haben, das für Natura 2000 Gebiete geltende Schutzregime einschließlich etwaiger Ausnahmemöglichkeiten auch im Rahmen des Genehmigungsverfahrens gemäß § 2 SeeAnIV zur Anwendung gelangen zu lassen<sup>48</sup>, so hat dieser in § 3 SeeAnIV jedenfalls keinen Niederschlag gefunden. Diese Norm erhebt ausweislich ihrer Formulierung den Anspruch, die Versagungsgründe exklusiv zu regeln. Gemäß § 3 S. 2 SeeAnIV darf die Genehmigung nicht versagt werden, wenn keine Versagungsgründe im Sinne des Satzes 1 vorliegen.

Der Versagungsgrund der Gefährdung der Meeresumwelt ist dabei einer gemeinschaftrechtskonformen Auslegung noch zugänglich. Projekte, die Natura 2000 Schutzgebiete erheblich beeinträchtigen, müssen zugleich auch als Gefährdungen der Meeresumwelt i.S.d. § 3 Satz 1 SeeAnIV eingestuft werden.

Die Grenzen der Auslegung sind jedoch nach diesseitiger Auffassung überschritten, wenn man in den § 3 SeeAnIV zugleich auch die nach FFH-Recht ggf. bestehenden Ausnahmemöglichkeiten (dazu unten mehr) mit hineinlesen versuchte. Die Versagungsgründe in § 3 einschließlich der aufgeführten Regelbeispiele sind allesamt ausnahmslos formuliert. Ausnahmemöglichkeiten widersprechen der Normstruktur des § 3 SeeAnIV insgesamt.

Insgesamt ist festzuhalten, dass projektbedingte erhebliche Beeinträchtigung europäischer Meereschutzgebiete als Gefährdungen der Meeresumwelt i.S.d. § 3 SeeAnIV zu gelten haben. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, aus dem Gemeinschaftsrecht folgende Ausnahmegründe in den § 3 SeeAnIV zu übernehmen. Eine derartige Verschärfung des gemeinschaftsrechtlich normierten Schutzes von Natura 2000 Gebieten ist rechtlich sowohl vor dem dargelegten völkerrechtlichen als auch vor gemeinschaftsrechtlichem Hintergrund unbedenklich, in der Sache allerdings bemerkenswert.

Projektbetreiber können sich daher nach geltender Rechtslage bei Projekten, die erhebliche Beeinträchtigungen auf Meeresschutzgebiete haben, nicht auf etwaige Ausnahmegründe nach Art. 6 Abs. 4 FFH-RL berufen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass erheblich schutzgebietsbeeinträchtigende Offshore-Windenergieanlagen in der AWZ nicht genehmigungsfähig sind.

#### **4.3 Anforderungen nach dem Bergrecht**

§ 1 Nr. 10a AusfG-SRÜ bestimmt, dass die Verordnungsermächtigung zum Erlass der SeeAnIV *„unbeschadet der Vorschriften des Bundesberggesetzes“* (BBergG) gilt.

Gemäß § 133 Abs. 4 BBergG unterliegen Unterwasserkabel am deutschen Festlandssockel, der für die Bundesrepublik Deutschland mit dem Gebiet der AWZ identisch ist, der Genehmigungspflicht nach dem Bergrecht.

Mit Blick auf das Bergrecht könnte eine Differenzierung zwischen energiezuführenden und energieableitenden Kabeln erforderlich sein. Der Begründung zum Erlass der SeeAnIV durch das BMV ist zu entnehmen, dass die *„Energieversorgungssysteme der Anlagen wie z.B. Unterwasserkabel und Transformatoren ... Zubehör“* der Anlage sind und dem Genehmigungsregime des BSH unterliegen.<sup>49</sup> Da Windparks keine Gewähr dafür bieten, zu jedem Zeitpunkt Strom zu erzeugen, ist eine Energieversorgung zur Sicherstellung des Betriebs von Warnleuchten o.ä. vorzusehen.

§§ 2, 133 BBergG differenzieren indes nicht zwischen energiezuführenden und energieableitenden Kabeln. § 133 Abs. 4 ist durch das AusfG-SRÜ in das BBergG eingefügt worden. Demnach hat der Gesetzgeber bei der Umsetzung des SRÜ die Genehmigungszuständigkeit für Unterwasserkabel unabhängig von der Frage, ob sie der Versorgung der Anlage dienen oder der Ableitung des erzeugten Stroms, dem Landesbergamt zugewiesen.

Aus dem AusfG-SRÜ geht hervor, dass das Bergrecht bei der Verlegung von Unterwasserkabeln herangezogen werden soll. Damit hat der Parlamentsgesetzgeber eine Entscheidung getroffen, die vom verordnungsermächtigten Bundesverkehrsminister beim Erlass der SeeAnIV zu beachten war. Der Interpretation des Bundesverkehrsministeriums, dass das BSH Unterwasserkabel als Bestandteil der Energieversorgungssysteme und damit als Zubehör der Anlage mitgenehmigt, steht die Entscheidung des Gesetzgebers entgegen.

Daher gilt, dass für alle Kabel, die einen Windpark mit dem Festland verbinden, eine bergrechtliche Genehmigung durch das zuständige Landesbergamt einzuholen ist.

#### **4.4 Verkabelungs- und Netzeinspeisungsproblematiken i.R.d. Anlagenzulassung**

Sowohl an die Ableitung des erzeugten Stroms aus den geplanten Offshore-Windparks als auch an die gleichermaßen erforderliche Einspeisung des Stroms in die Stromversorgungsnetze an Land werden rechtliche Zulassungsvoraussetzungen geknüpft, die – vorbehaltlich noch zu erörternder Besonderheiten in gemeinschaftsrechtlich beeinflussten Fällen - unabhängig von der Frage der Genehmigung des Windparks nach der SeeAnIV zu beantworten sind.

Dass für die Zulassung des Stromkabels, das den erzeugten Strom in der AWZ zum Land führen soll, eine bergrechtliche Genehmigung erforderlich ist, wurde bereits dargelegt.<sup>50</sup> Sobald das zu verlegende Kabel das Gebiet des Küstenmeeres erreicht, gelangt es zudem in das Landesgebiet eines der Küstenbundesländer, und

dessen Raumhoheit tritt hinzu. Dort bedarf es aufgrund verschiedener Rechtsgrundlagen weiterer (baurechtlicher / bergrechtlicher / wasserrechtlicher) Genehmigungen. Diese werden – nach Maßgabe des einschlägigen formellen und materiellen Rechts – ggf. nach Durchführung eines Raumordnungsverfahrens nach den Landesraumordnungsgesetzen der Küstenländer erteilt.

#### **4.4.1 Raumordnungsverfahren**

Die Windparks werden in der letzten Ausbaustufe jeweils über mehrere stromabführende Kabel verfügen. Angesichts des Umstandes, dass eine größere Anzahl von Windparks beantragt ist, könnte daher eine Vielzahl von stromabführenden Kabeln in den Küstenmeeren verlegt werden. Derartige Kabeltrassen können ohne weiteres als raumbedeutsam und überregional eingestuft werden. Demzufolge planen die Küstenländer die Durchführung von Raumordnungsverfahren (ROV), mit denen die raumgerechte Anordnung der Stromkabeltrassen vorbereitet werden soll. Dabei wird es auch zu einer Abstimmung mit den entgegenstehenden Nutzungsinteressen des Umweltschutzes, aber auch der Fischerei, der Schifffahrt und der Marine kommen.

#### **4.4.2 Wasserrecht**

§ 1 Abs. 1 Nr. 1a Wasserhaushaltsgesetz (WHG) bestimmt, dass das WHG auch für das Gebiet des Küstenmeeres Anwendung findet.<sup>51</sup> § 2 WHG verlangt, dass eine wasserrechtliche Erlaubnis oder Bewilligung einzuholen ist, wenn es sich bei der Kabelverlegung im Küstenmeer um eine wasserrechtlich relevante Benutzung nach § 3 Abs. 1 oder 2 WHG handelt. Hierzu zählt gem. § 3 Abs. 1 Nr. 4 a das Einbringen oder Einleiten von Stoffen. Das Einleiten umfaßt dabei flüssige und gasförmige Stoffe<sup>52</sup>, das Einbringen nur feste Stoffe.<sup>53</sup> Für die Frage der Erlaubnispflichtigkeit ist es nicht von Bedeutung, ob das Kabel den Gewässerzustand günstig oder nachteilig verändert.<sup>54</sup>

Bei der Verlegung des Kabels wird ein fester Stoff, nämlich das Kabel, in das Küstenmeer eingebracht. In Rechtsprechung und Literatur wird zwar kontrovers diskutiert, ob das Errichten orsfester Anlagen in einem Gewässer oder das Verlegen von Dükern, Rohren und Kabeln als "Einbringen von Stoffen" bewertet werden kann.<sup>55</sup> Ein überzeugender Grund für die einschränkende Auslegung des Begriffs des "Einbringens" allerdings ist nicht ersichtlich. Da sich zugleich weder aus dem Dritten Teil (§§ 32a und 32b) des WHG, der besondere Bestimmungen für Küstengewässer enthält, noch aus einschlägigen landeswasserrechtlichen Regelungen ergibt, dass die Kabelverlegung im Küstenmeer eine erlaubnisfreie Nutzung ist, handelt es sich bei der Verlegung von Kabeln mithin um eine Benutzung nach § 3 Abs. 1 Nr. 4a WHG, die gemäß § 2 Abs. 1 WHG dazu führt, dass eine Erlaubnis nach § 7 WHG oder Bewilligung nach § 8 einzuholen ist.

Die hier einschlägige wasserrechtliche Erlaubnis ist u.a. dann gem. § 6 Abs. 6 WHG zu versagen, wenn die beabsichtigte Nutzung gegen die zwingenden Vorgaben der Vogelschutz- und FFH-RL verstößt. Insoweit wird z.B. die Frage relevant sein, ob die von stromabführenden Kabeln ausgehenden elektromagnetischen Strahlungen und die insoweit befürchteten negativen Auswirkungen auf das Orientierungsverhalten von marinen Säugern und Fischen als erhebliche Beeinträchtigungen i.S.d. Art. 6 Abs. 3 FFH-RL zu bewerten sind.

#### **4.4.3 Sonstige relevante Rechtsvorschriften**

Darüber hinaus sind für das Gebiet des Küstenmeeres weitere Genehmigungen einzuholen. Namentlich bedarf es einer strom- und schiffahrtspolizeilichen Genehmigung nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 2 Bundeswasserstraßengesetz, wenn Stromkabel in, über oder unter einer Seewasserstraße verlegt werden. Auch eine Deichkreuzungsgenehmigung ist nach den Landesgesetzen zum Deichrecht einzuholen.

Von Bedeutung sind hier aber insbesondere die erforderlichen Genehmigungen nach dem Landesnaturschutzrecht. In Niedersachsen etwa sind die Eingriffsregelung nach § 7 NNatSchG und bei einer Kreuzung des Nationalparks Wattenmeer auch die Vorschriften des Gesetzes über den Nationalpark "Niedersächsisches Wattenmeer (NNPG)<sup>56</sup> zu berücksichtigen. In Schleswig-Holstein sind die §§ 7 ff. LNatSchG sowie ggf. das dortige Nationalparkgesetz<sup>57</sup> einschlägig. Hinsichtlich der Eingriffsqualität der Verlegung von Kabeln wird es dabei insbesondere auf die Einbringungsverfahren, die Übertragungsart, den Verlauf der Trassen und deren Auswirkungen auf die Meeresumwelt ankommen.

Weitere rechtliche Verfahren und tatsächliche Probleme werden mit dem für die Einspeisung des Stroms notwendigen Ausbau der Stromnetze einhergehen. Sie darzustellen, würde allerdings den Rahmen dieses Gutachtens sprengen.

#### **4.5 Zwischenergebnis zu 4.**

Die formellen und materiellen Genehmigungsvoraussetzungen für Offshore-Windenergieanlagen in der AWZ bestimmen sich nach der SeeAnIV. Hinsichtlich der notwendigen Folgeeinrichtungen (wie Zu- und Ableitungskabeln) in der AWZ ist eine weitere Genehmigung nach dem Bergrecht erforderlich, deren notwendige Führung durch das Hoheitsgebiet des jeweils betroffenen Bundeslandes zusätzlich das Genehmigungsregime des Landesrechts nach sich zieht.

Die unscharf formulierten Genehmigungshindernisse in § 3 SeeAnIV wurden vom Normgeber nur hinsichtlich

der Gefährdungen des Vogelzuges ergänzt, im übrigen aber unverändert gelassen. Die Ergänzung erweist sich dabei nach diesseitiger Auffassung allein als klarstellender Hinweis zur Generalklausel des § 3 Satz 1 SeeAnlV, der wiederum aus völker- und gemeinschaftsrechtlichen Gründen so zu interpretieren ist, dass er Vorsorgeelemente beinhaltet. Anlagen, die erheblich beeinträchtigend auf gemeinschaftsrechtlich relevante Vogel- schutz- und FFH-Gebiete einwirken, müssen stets als die Meeresumwelt gefährdend eingestuft werden. Von der Möglichkeit, gemeinschaftsrechtlich eingeräumte Ausnahmemöglichkeiten auch für erhebliche Schutzgebietsbeeinträchtigungen durch Offshore-Windenergieanlagen in der AWZ zulassen zu dürfen, hat der Normgeber in § 3 SeeAnlV keinen Gebrauch gemacht.

Die vom Normgeber offenbar beabsichtigte Steuerung der Planung in der AWZ durch zügige Festlegung von Eignungsgebieten erweist sich nach diesseitiger Überzeugung als mißglückt. Die konkrete Ausgestaltung der Eignungsgebietsfestlegung beinhaltet eine vielleicht ungewollte Vorwegnahme der Prüfung von Versagungsgründen, die wiederum formelle Anforderungen des Genehmigungsverfahrens leerlaufen läßt. Sofern der Festlegung von Eignungsgebieten zudem keine ausreichende Ermittlung von Gebietswertigkeiten sowie drohenden Gefährdungen der Meeresumwelt vorausgeht, könnte es sogar zu Konflikten mit dem gemeinschaftlichen Habitatschutzrecht kommen.

## **5. Kritische Würdigung der Neuregelung vor dem Hintergrund höherrangigen Rechts**

Die bisherigen Ausführungen haben die aktuelle Rechtslage dargelegt und Unklarheiten aufgezeigt . Damit ist aber noch nichts zur eingangs aufgeworfenen Frage gewonnen, ob die Neuregelung als ausreichende Umsetzung zwingenden Rechts angesehen werden kann. Dieser Frage wird im folgenden nachzugehen sein. Nach einem kurzen Blick in Abschnitt 5.1 auf das Völkerrecht folgt im Kapitel 5.2. schwerpunktmäßig ein intensiverer Blick auf das europäische Recht und sodann die Prüfung der Anwendbarkeit der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung (Abschnitt 5.3.).

### **5.1 Völkerrechtlich gebotener Meeresschutz**

Wie im Kapitel 3 in den Grundzügen aufgezeigt wurde, ergeben sich aus dem Völkerrecht nicht nur Kompetenzen, sondern auch Pflichten zum Schutz der Meeresumwelt. Das BNatSchGNeuregG hat weniger diese völkerrechtlichen Verpflichtungen als die offenkundig gewordenen gemeinschaftsrechtlichen Defizite im Bereich des Meeresschutzes im Blick. So bezieht sich § 38 BNatSchG seinem Wortlaut nach nur auf die Umsetzung von Vogelschutz- und FFH-RL, nicht aber auf die sich aus dem Völkerrecht unabhängig hiervon ergebenden Verpflichtungen zur Ausweisung von Meeresschutzgebieten.

Gegenstand dieser Untersuchung ist jedoch nicht der Meeresumweltschutz allgemein, sondern die Anlagenzulassung von Offshore-Windenergieanlagen. Nimmt man diese in den Blick, so hängt die Frage der Völkerrechtskonformität entscheidend von der Auslegung und Anwendung der Versagungsgründe des § 3 SeeAnlV ab. Löst man die im Kapitel 4 aufgezeigten Unklarheiten im hier vertretenen Sinne auf, kann den aus dem SRÜ und dem sonstigen Völkerrecht folgenden Verpflichtungen ausreichend Rechnung getragen werden.

Stellte man sich hingegen – entgegen der hier vertretenen Auffassung – auf den Standpunkt, dass den Versagungsgründen in § 3 SeeAnlV Elemente der Vorsorge und des Systemschutzes fremd sind, gelangte man zu völkerrechtswidrigen Ergebnissen. Dies in erster Linie deshalb, weil einerseits der Festlegung von Eignungsgebieten und Meeresschutzgebieten gerade bezogen auf das Völkerrecht allenfalls zufällige und sehr eingeschränkte Steuerungskraft zukommt, andererseits eine nur am Gefahrbegriff orientierte Auslegung der Versagungsgründe des § 3 SeeAnlV dem sich aus dem Völkerrecht ergebenden Vorsorge- bzw. Vorsichtsprinzip nicht ausreichend Rechnung trägt.

## 5.2 EU-Vogelschutzrichtlinie

Wie oben (Kap. 4.2) schon dargelegt, hat der Gesetzgeber mit § 38 BNatSchG zwar eine Umsetzung der Vorgaben der V-RL in den Blick genommen, allerdings den maßgeblichen § 3 SeeAnlV nicht hieran angepaßt. Folge ist, dass Anlagen, die Meeresvogelschutzgebiete erheblich beeinträchtigen, auch nicht ausnahmsweise genehmigungsfähig sind.

Unabhängig hiervon stellt sich allerdings angesichts der vieldiskutierten Problematik der unmittelbaren Richtlinienanwendung die Frage, welche Folgerungen sich schon derzeit und damit vor der Ausweisung von Meeresschutzgebieten aus dieser unmittelbaren Richtlinienanwendung ergeben. Die Vorschriften der europäischen Vogelschutzrichtlinie nämlich erweisen sich immer wieder als "scharfes Schwert" mit weitreichenden Folgen auf die Anlagen- und Projektzulassung. Dies gilt im besonderen Maße für Projekte in oder in der Nähe pflichtwidrig nicht gemeldeter und ausgewiesener sogenannter "faktischer" Vogelschutzgebiete.

Angesichts der schon beschriebenen möglichen Einflüsse von Offshore-Windenergieanlagen insbesondere auf den Vogelzug sollen daher die möglichen Einflüsse der Richtlinie auf die Anlagengenehmigung einer näheren Betrachtung unterzogen werden. Erweist sich nämlich bei den unabdingbaren weiteren Forschungen, dass die Beeinträchtigungen die gemeinschaftsrechtliche Erheblichkeitsschwelle überschreiten, hat dies ganz erhebliche Auswirkungen auf die Anlagenzulassung. Die bisherige defizitäre Schutzgebietsmeldung und –ausweisung sowohl von Vogelschutz- wie auch von FFH-Gebieten bedingt zusätzliche Komplikationen und macht es notwendig, das Rechtsfolgenregime einer differenzierten und zeitlich gestaffelten Betrachtung zu unterziehen.

### 5.2.1 Anwendbarkeit der Vogelschutzrichtlinie

Der Gesetzgeber hat die Anwendbarkeit der Vogelschutzrichtlinie in der AWZ inzwischen anerkannt und mit § 38 BNatSchG eine die AWZ betreffende Sonderregelung für die Auswahl und Meldung von Meereschutzgebieten als Teil des Netzes Natura 2000 geschaffen. Zu Recht hatte zuvor die Auffassung an Oberhand gewonnen, dass die Vogelschutzrichtlinie auch den Bereich der AWZ umfasse und dass auch dort besondere Vogelschutzgebiete (SPA) auszuweisen seien. Die Europäische Kommission hat eine entsprechende Rechtsauffassung seit langem öffentlich kundgetan.<sup>58</sup> Namentlich Czybulka<sup>59</sup> hat unter Hinweis auf eine Entscheidung des englischen High Court of Justice<sup>60</sup> und nach deren gründlicher Analyse den Meinungsstreit mit zutreffenden Argumenten "für beendet erklärt". Er muß hier angesichts der zwischenzeitlichen Klärung nicht erneut im Detail aufgegriffen werden. Genügen soll der Hinweis, dass sich zwar der örtliche Anwendungsbereich des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts nach Art. 299 Abs. 1 EGV grundsätzlich nur auf das Staatsgebiet der Mitgliedstaaten erstreckt<sup>61</sup>, dass aber der Europäische Gerichtshof sehr weitgehend entschieden hat, dass *jede Ausdehnung der der mitgliedstaatlichen Souveränität oder Hoheitsgewalt unterliegenden Meeresgebiete ohne weiteres eine gleiche Ausdehnung des Geltungsbereichs des Gemeinschaftsrechts zur Folge hat*.<sup>62</sup> Sie richtet sich dabei nach der sachlichen Regelungsbefugnis der Gemeinschaft.<sup>63</sup>

Der örtliche Anwendungsbereich des EG-Vertrages und der darauf gestützten Verordnungen und Richtlinien erweitert sich mithin ohne eine förmliche Veränderung der Rechtsakte, sobald die Mitgliedstaaten einen Zuwachs an Rechten in einem Gebiet außerhalb ihres Hoheitsgebiets erfahren, wenn das Gemeinschaftsrecht bezüglich der hinzugekommenen Rechte Regelungen enthält. Dies ist bzgl. der Vogelschutzrichtlinie der Fall, wie insbesondere Jarass und Czybulka bereits herausgearbeitet haben und deshalb hier nicht wiederholt werden muß.

### 5.2.2 Anforderungen der Richtlinie

Die Vogelschutzrichtlinie dient gemäß deren Art. 1 der Erhaltung sämtlicher wildlebender Vogelarten, die im europäischen Gebiet der Mitgliedstaaten, auf welches der Vertrag Anwendung findet, heimisch sind.

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert nicht so sehr die allgemeine Erhaltungsverpflichtung aus Art. 3 V-RL sowie der artenschutzrechtliche Teil, sondern die aus Art. 4 V-RL folgende Verpflichtung zur Ausweisung besonderer Vogelschutzgebiete. Art. 4 Abs. 1 V-RL bezieht sich auf die im Anhang I der Richtlinie aufgeführten Arten und verpflichtet zur Schutzgebietserklärung der zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete. Dabei sind die Erfordernisse des Schutzes dieser Arten in dem geographischen Meeres- und Landgebiet, in dem

diese Richtlinie Anwendung findet, zu berücksichtigen. Art. 4 Abs. 2 V-RL verpflichtet zu entsprechenden Maßnahmen für die nicht im Anhang I aufgeführten, regelmäßig auftretenden Zugvogelarten hinsichtlich ihrer Vermehrungs-, Mauser- und Überwinterungsgebiete sowie der Rastplätze in ihren Wanderungsgebieten.

Die Identifizierung der geeignetsten Meeresvogelschutzgebiete bereitet durchaus Schwierigkeiten, die ungeachtet bestehender naturfachlicher Beurteilungsspielräume der Mitgliedsstaaten durch weitere Forschungen ausgeräumt werden müssen. Derzeit kommt zumindest den "Important Bird Areas"<sup>64</sup> die Qualität "faktischer" Vogelschutzgebiete zu. Der Europäische Gerichtshof hat dieses Verzeichnis nichtstaatlicher Organisationen als geeignetes wissenschaftliches Instrument zur Auswahl der "geeignetsten" Gebiete angesehen.<sup>65</sup> Auch in der bundesdeutschen Rechtsprechung und Literatur wird das IBA-Verzeichnis als "wichtiges Indiz" für die Qualität als "faktisches Vogelschutzgebiet" bewertet.<sup>66</sup> Soweit vereinzelt darauf hingewiesen wird, dass die Mitgliedstaaten dem IBA-Verzeichnis andere wissenschaftlich geeignete Auswahlkriterien entgegensetzen können<sup>67</sup>, ist dies zwar grundsätzlich richtig aber derzeit unmaßgeblich, weil es bezogen auf den Meeresvogelschutz momentan andere und ebenfalls geeignete Erkenntnisse und Methoden nicht gibt.

#### **5.2.2.1 Rechtsfolgenregime vor Ausweisung besonderer Vogelschutzgebiete (SPA)**

Besondere Vogelschutzgebiete gemäß Art. 4 V-RL (SPA) wurden in der AWZ bislang nicht ausgewiesen. Dies ändert angesichts der Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie jedoch nichts an ihrer Relevanz für die derzeit schon laufenden Antragsverfahren. Denn aus der V-RL folgt nicht nur die Verpflichtung zur schnellstmöglichen Schutzgebietsausweisung, sondern auch derzeit schon die Verpflichtung zur Vermeidung von Verschmutzungen und Beeinträchtigungen der geeignetsten Lebensräume sowie der Belästigung der Vögel, sofern sich diese auf die Zielsetzungen der Richtlinie erheblich auswirken. Dies steht in der Rechtsprechung des EuGH seit langem fest<sup>68</sup> und bedarf hier keiner weiteren Vertiefung. Ebenfalls fest steht, dass es insoweit nicht darauf ankommt, ob sich ein potentiell beeinträchtigendes Projekt innerhalb oder außerhalb des Schutzgebietes selbst befindet. Maßgeblich sind allein die durch das Projekt verursachten Beeinträchtigungen im "faktischen" Schutzgebiet.

Fraglich und umstritten war lange, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise auch erheblich beeinträchtigende Projekte in "faktischen" Vogelschutzgebieten (bzw. in deren Nähe) zulassungsfähig sind. Der EuGH hat bezogen auf die V-RL nur die Gesundheit des Menschen, die öffentliche Sicherheit bzw. maßgebliche günstige Auswirkungen auf die Umwelt selbst als Ausnahmegründe anerkannt. Hieran gemessen, erweisen sich Ausnahmen für Offshore-Windparks bei unmittelbarer Richtlinienanwendung als nicht genehmigungsfähig.

Art. 7 FFH-RL allerdings lockert das Rechtsfolgenregime für die zu besonderen Schutzgebieten erklärten bzw.



anerkannten Gebiete, indem er den weiterreichenden Ausnahmekatalog des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL "ab dem Datum für die Anwendung der vorliegenden Richtlinie" für anwendbar erklärt. Nach lange überwiegender Meinung<sup>69</sup> sollte Art. 7 FFH-RL spätestens mit normativer Umsetzung der FFH-RL durch das 2. BNatSchG-Änderungsgesetz Wirkung entfalten und so weiterreichende Ausnahmen ermöglichen.

Seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache "Basses Corbières" vom 07.12.2000<sup>70</sup> steht allerdings fest, dass für pflichtwidrig nicht gemeldete und ausgewiesene "faktische" Vogelschutzgebiete nach wie vor das strenge Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 V-RL zur Anwendung gelangt.

Erreichen die von Offshore-Windenergieparks in "faktischen Vogelschutzgebieten" ausgehenden Beeinträchtigungen der Vogelwelt die Erheblichkeitsschwelle des Art. 4 Abs. 4 V-RL<sup>71</sup>, steht dies der Genehmigung mit hin zwingend entgegen.

#### **5.2.2.2 Rechtsfolgenregime nach Ausweisung von Schutzgebieten aber vor vollständiger Umsetzung der FFH-RL**

Fraglich ist, ob aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht etwas anderes dann gelten wird, wenn in Kürze Meeresvogelschutzgebiete gemeldet und ausgewiesen<sup>72</sup> sein werden<sup>73</sup>.

Das soeben zitierte Urteil des EuGH vom 07.12.2000 wird dann unmittelbar keine Wirkung mehr entfalten, und nach wohl überwiegender Meinung in der Literatur soll das gelockerte Schutzregime des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL für gemeldete und ausgewiesene Schutzgebiete bereits jetzt zur Anwendung gelangen.

Eine derartige Betrachtungsweise greift jedoch zu kurz. Richtigerweise bedarf es weitergehender Differenzierung dahingehend, dass zunächst die Rechtslage bis zur Existenz einer vollständigen FFH-Gebietskulisse und erst im Anschluß der dann maßgebliche Zustand untersucht wird.

Art. 7 FFH-RL nämlich stellt ab auf das "Datum für die Anwendung der vorliegenden Richtlinie". In der ersten Ostseeautobahnentscheidung zur Wakenitz vom 19.05.1998<sup>74</sup> hat das BVerwG seine "Neigung" erkennen lassen, insoweit nicht auf die (1998 erfolgte) normative Umsetzung der FFH-RL, sondern auf die ordnungsgemäße Gebietsmeldung abzustellen. Verschiedene Mitglieder des für das Fachplanungsrecht zuständigen 4. Senates des BVerwG haben dies seitdem auf verschiedenen Veranstaltungen und in Veröffentlichungen unterstrichen<sup>75</sup> und sich darauf berufen, dass es das Netz von Natura 2000-Gebieten, dessen Teil die besonderen Vogelschutzgebiete werden sollen, wegen defizitärer Umsetzung der Meldepflichten noch immer nicht gibt. Die Mitgliedstaaten – so RiBVerwG Halama<sup>76</sup> – dürften nicht einerseits den süßen Tropfen der erleichterten Ausnahmemöglichkeiten auskosten, solange sie sich nicht auch zu dem bitteren Tropfen bequemen, der ihm

mit den übrigen Regelungen der FFH-RL kredenzt werde. Sowohl das VG als auch das OVG Schleswig haben sich jüngst<sup>77</sup> in Eilentscheidungen betreffend die geplante Ausgleichsmaßnahme Haseldorfer Marsch zur Airbus-Erweiterung in Hamburg-Finkenwerder dieser Sichtweise angeschlossen und die ihrerseits ein Vogelschutzgebiet tangierende Kompensationsplanung als offensichtlich rechtswidrig verworfen.

Diese Sichtweise mit dem ihr innewohnenden Sanktionsgedanken entspricht derjenigen in der Entscheidung des EuGH vom 07.12.2000 in Sachen "Basses Corbières". Folgt man ihr richtigerweise, so können erheblich schutzgebietsbeeinträchtigende Projekte bis zu einer bundesweit vollständigen und von der Kommission unbeanstandeten FFH-Gebietsmeldung auch nicht ausnahmsweise unter den Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL zugelassen werden. Wie die vom BfN teilweise bereits fertiggestellten, teilweise noch in Bearbeitung befindlichen länderbezogenen "FFH-Defizitlisten"<sup>78</sup> in aller Deutlichkeit aufzeigen, hat die Bundesrepublik Deutschland bis zur Schaffung eines richtlinienkonformen Meldezustandes noch eine gute Wegstrecke vor sich.

### **5.2.2.3 Rechtsfolgenregime nach Ausweisung besonderer Vogelschutzgebiete und nach vollständiger Umsetzung der FFH-RL**

Anders könnte sich die Rechtslage nach Europäischem Recht allerdings darstellen, wenn vollständige Vogelschutz- und FFH-Meldungen und Ausweisungen an Land und auf See vorliegen werden, sofern der nationale Gesetzgeber § 3 SeeAnIV den gemeinschaftsrechtlichen Ausnahmemöglichkeiten noch öffnet. Dann würde über Art. 7 FFH-RL das Rechtsfolgenregime des Art. 6 Abs. 2 – 4 FFH-RL auch für besondere Vogelschutzgebiete gelten. Fraglich ist, ob erheblich beeinträchtigende Projekte – zu ihnen könnten Offshore-Windenergieparks gehören - dann ausnahmsweise unter den in Art. 6 Abs. 4 FFH-RL genannten Bedingungen genehmigungsfähig sein könnten.<sup>79</sup>

Eine derartige Entscheidung bedürfte – so sie sich denn überhaupt jemals praktisch stellt - sorgfältiger einzelfallbezogener Prüfung und Abwägung, die insbesondere das genau zu ermittelnde Maß an Beeinträchtigung den geltend gemachten Gründen des öffentlichen Interesses gegenüberzustellen hätte. Die nachfolgenden Überlegungen können diese Prüfungen nicht ersetzen, sondern sollen nur die aus diesseitiger Perspektive zu berücksichtigenden Probleme kurz anreißen.

### 5.2.2.3.1 Vorzugswürdige Alternativlösungen

Art. 6 Abs. 4 FFH-RL gestattet Ausnahmeerteilungen für erheblich beeinträchtigende Projekte von vornherein nur, wenn eine das Netz Natura 2000 nicht oder weniger beeinträchtigende Alternativlösungen nicht vorhanden ist. Solange alternative Standorte zur Verfügung stehen, werden sich etwaige auf Vogelschutzgebiete bezogene Anträge als gemeinschaftsrechtswidrig erweisen.<sup>80</sup>

Sollten die technisch nach derzeitigem Stand der Technik unproblematisch erschließbaren und wirtschaftlich attraktiven Standorte vollständig überplant und erschöpft sein, wird ggf. der Frage nachzugehen sein, ob und ggf. in welchem Ausmaß sich Anlagenbetreiber darauf verweisen lassen müssen, vor einer Inanspruchnahme besonderer Vogelschutzgebiete zunächst weniger attraktive neue Standorte unter Vorantreiben des Standes der Technik zu "erschließen". Einer allgemeingültigen Betrachtung allerdings entzieht sich dies, da im Rahmen der ggf. anzustellenden Verhältnismäßigkeitsprüfung die sich konkret gegenüberstehenden Belange einzelfallbezogen abzuwägen sind. Weitere Klärung wird zunächst auf tatsächlicher Ebene stattfinden müssen.

### 5.2.2.3.2 Zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses

Eine Ausnahmeerteilung kommt ferner nur in Betracht, wenn "zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" für das erheblich beeinträchtigende Vorhaben streiten. Maßgeblich sind insoweit unstreitig allein öffentliche Interessen, so dass diejenigen der Anlagenbetreiber nicht in die Abwägung einfließen können.

Der Umstand, dass Offshore-Windenergieanlagen primär den wirtschaftlichen Interessen der Anlagenbetreiber dienen, steht der Genehmigungsfähigkeit im Wege der Ausnahme jedoch nicht von vornherein entgegen. Denn berücksichtigungsfähige öffentliche Interessen eines primär privatnützigen Projektes können sich generell auch aus mittelbaren und hinreichend konkret gesicherten wirtschaftlichen Effekten sowie einem im öffentlichen Interesse stehenden Unternehmensgegenstand ergeben. Letzteres wird hinsichtlich der Offshore-Windenergie ggf. zu prüfen sein, da diese der Erreichung der Klimaziele der Bundesregierung dienen soll und ihre Förderung zudem im EEG ihren Ausdruck gefunden hat.<sup>81</sup>

Ob diese Ziele – ihre generelle Berücksichtigungsfähigkeit hier einmal unterstellt - diejenigen am Erhalt der Artenvielfalt und eines Netzes Natura 2000 "zwingend überwiegen" könnten, ist einer allgemeinen Betrachtung kaum zugänglich. Eine solche müsste gegenwärtig schon deshalb scheitern, weil derzeit weder die tatsächliche Situation des Energiemarktes nach Ausschöpfung aller gemeinschaftsrechtlich unproblematischen Standorte einerseits noch die tatsächlich drohenden Gefährdungen der Vögel andererseits zuverlässig

beurteilbar bzw. prognostizierbar sind.

Da es im Rahmen der Prüfung der zwingenden Gründe des öffentlichen Interesses – wie dargelegt – nur um öffentliche Interessen geht, stellt sich für deren Gewichtung die Frage der dauerhaften Sicherung geltend gemachter Gemeinwohlbelange. Ist auch die Genehmigung von Offshore-Windenergieparks generell als gebundene "Unternehmergenehmigung" ausgestaltet und deshalb eine Rechtfertigung der Planung entbehrlich, so stellt sich dies vor dem Hintergrund der hier in Rede stehenden öffentlichen Interessen anders dar. Nach diesseitiger Überzeugung hat eine im Wege der Ausnahme begehrte Genehmigung erheblich beeinträchtigender Offshore-Anlagen in Meeresschutzgebieten zur Folge, dass die Genehmigungsbehörde im Rahmen ihrer Prüfung des Vorliegens "zwingender Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" auch die dauerhafte Sicherung des verfolgten energiepolitischen Belanges mit einbeziehen muß. Hierbei können Verkabelungs- und Netzeinspeisungsprobleme – anders als bei sonstigen Genehmigungsanträgen (s.o.) – nicht ausgeklammert werden.

#### **5.2.2.3.3 Sicherung der Kohärenz des Netzes Natura 2000**

Werden erheblich beeinträchtigende Projekte ausnahmsweise zugelassen, ergreift der Mitgliedstaat gemäß Art. 6 Abs. 4 FFH-RL alle notwendigen Ausgleichsmaßnahmen, um sicherzustellen, dass die globale Kohärenz von Natura 2000 geschützt ist. Das Netz Natura 2000 darf insgesamt keinen Schaden nehmen. Erweist sich eine Beeinträchtigung als nicht kompensierbar, ist das Projekt nach – soweit ersichtlich – einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtsprechung zu unterlassen<sup>82</sup>. Tatsächlich handelt es sich bei dem Merkmal der Kohärenzsicherung nicht nur um eine Rechtsfolge der Genehmigung, sondern um deren Voraussetzung.

Dieses Tatbestandsmerkmal des Art. 6 Abs. 4 FFH-RL erweist sich hinsichtlich der hier in Rede stehenden Beeinträchtigung der Vogelwelt als problematisch. Denn erweist sich ein Offshore-Windenergiepark mit seiner erheblichen Flächenausdehnung auch nach Ausschöpfung aller Minimierungspotentiale noch immer als erheblich beeinträchtigend, ist nicht ersichtlich, mit welchen Kompensationsmaßnahmen die Kohärenz des Netzes Natura 2000 insoweit sicherbar sein könnte.<sup>83</sup> Soweit sich derartige kohärenzsichernde Maßnahmen nicht zukünftig noch finden lassen, müßten Anlagengenehmigungen mithin am Gemeinschaftsrecht scheitern.

#### 5.2.3.4 Zwischenergebnis zu 5.2.2.3.

Die V-RL ist in der AWZ unmittelbar anwendbar und erzwingt die Ermittlung und Ausweisung der geeignetsten besonderen Vogelschutzgebiete ebenso wie den Schutz bislang pflichtwidrig nicht gemeldeter "faktischer" Vogelschutzgebiete.

Offshore-Windenergieparks sind in "faktischen Vogelschutzgebieten", zu denen zumindest die derzeitigen "IBA-Gebiete" gehören, nicht genehmigungsfähig, sofern sich die derzeit diskutierten Beeinträchtigungen der Vögel im Rahmen der unentbehrlichen weiteren Forschungen als erheblich i.S.d. Art. 4 Abs. 4 V-RL erweisen. Bereits die derzeit diskutierten möglichen Beeinträchtigungen von IBA-Gebieten begründen dabei die Notwendigkeit umfassender Verträglichkeitsprüfungen.

Eine ausnahmsweise Zulassung von die Vogelwelt erheblich beeinträchtigenden Offshore-Windenergieanlagen gemäß Art. 6 Abs. 4 FFH-RL kommt nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben theoretisch frühestens nach Meldung und innerstaatlicher Ausweisung der marinen Vogelschutzgebiete und vollständiger Umsetzung der FFH-RL in Betracht. Nach derzeitiger Fassung des § 3 SeeAnlV scheiden Projektzulassungen insofern allerdings – wie oben dargelegt – ohnehin aus.

Solange mit verhältnismäßigem Mehraufwand auf nicht bzw. weniger beeinträchtigende Alternativstandorte ausgewichen werden kann, sind diese zwingend vorzuziehen. Die Existenz derartiger Alternativen steht der Projektzulassung im besonderen Vogelschutzgebiet unüberwindbar entgegen.

Sollte sich nach Ausschöpfung aller nicht gemeinschaftsrelevanten Standorte in der AWZ die Frage nach der Genehmigung einer erheblich schutzgebietsbeeinträchtigenden Windenergieanlage stellen, bedarf es der sorgfältigen Abwägung der dann maßgeblichen Energie- und Habitatschutzbelange, sofern man die verfolgten energiepolitischen Zielsetzungen generell als "zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" anerkennt

Sollten sich schließlich keine naturfachlichen Methoden finden lassen, etwaige erhebliche Beeinträchtigungen der gemeinschaftsrechtlich relevanten Vogelarten zu kompensieren und die Kohärenz des Netzes Natura 2000 zu sichern, steht auch dies aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive der ausnahmsweisen Anlagenzulassung von Offshore-Windenergieparks in bzw. in der Nähe von besonderen Vogelschutzgebieten dauerhaft entgegen.

### **5.2.3 Umsetzung der Richtlinie durch das BNatSchGNeuregG**

Wie bereits oben unter 4. ausgeführt, trägt § 38 BNatSchG der Meldeverpflichtung Rechnung und ermöglicht Beschränkungen der Windenergienutzung nach Maßgabe des an Art. 6 Abs. 4 FFH-RL angelehnten § 34 BNatSchG. In § 3 SeeAnIV, der die Genehmigungshindernisse seiner Formulierung nach "exklusiv" normiert, findet sich keinerlei Hinweis auf materielle Anforderungen der Vogelschutzrichtlinie, ebenso wenig ein Hinweis auf sonstige der Genehmigung ggf. entgegenstehende Vorschriften. Allenfalls die Aufnahme des Regelbeispiels der Gefährdung des Vogelzuges weist einen erkennbaren aber wenig differenzierten Bezug zu den Anforderungen des Art. 4 V-RL auf. Hieran ändert auch der Hinweis in § 3 a Satz 5 SeeAnIV nichts, der allein klarstellt, dass Eignungsgebiete nicht in ausgewiesenen Meeresschutzgebieten festgelegt werden sollen und die im Entstehen befindlichen Schutzgebiete zu berücksichtigen sind.

Nach der hier vertretenen Auffassung kann das Verdikt der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des § 3 SeeAnIV nur im Wege gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung abgewendet werden. Dies, indem erhebliche Beeinträchtigungen ausgewiesener und "faktischer" besonderer mariner Vogelschutzgebiete stets als der Genehmigung entgegenstehende Gefährdungen der Meeresumwelt i.S.d. § 3 SeeAnIV angesehen werden.

Auffällig ist allerdings, dass der Normgeber in § 38 BNatSchG eine Berechtigung zur Beschränkung der Windenergienutzung nach Maßgabe des § 34 BNatSchG erteilt, diese aber hinsichtlich der danach bestehenden Ausnahmemöglichkeiten in § 3 SeeAnIV nicht umgesetzt hat.

### **5.2.4 Zusammenfassung zu 5.2.**

Die V-RL ist in der AWZ unmittelbar anwendbar, gebietet die Meldung der geeignetsten Schutzgebiete und den Schutz "faktischer" Vogelschutzgebiete, zu denen die "IBA-Gebiete" gehören. Sollten sich bau- und betriebsbedingte Beeinträchtigungen von Offshore-Windenergieparks als erheblich schutzgebietsbeeinträchtigend herausstellen, scheidet eine Genehmigung im Wege der Ausnahme nach europäischem Recht auf absehbare Zeit, ggf. auch auf Dauer aus. Dies bedarf jedoch derzeit ohnehin keiner weiteren Diskussion, weil die SeeAnIV die in Umsetzung der V-RL geschaffenen Normen des BNatSchG nicht in die Versagungsgründe des § 3 mit einbezieht und der Normgeber es unterlassen hat, mögliche Ausnahmemöglichkeiten nach europäischem Recht in die SeeAnIV zu übernehmen.

Bereits für die derzeit laufenden Verfahren ergibt sich aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie die Notwendigkeit, sowohl die Eigenschaft betroffener Gebiete als "faktische" Vogelschutzgebiete sorgfältig zu prüfen, als auch bejahendenfalls eine Prüfung vorzunehmen, ob die Anlage zu erheblichen Schutzgebietsbeeinträchtigungen führen würde. Ist dies der Fall, ist die Anlage nicht genehmigungsfähig.

### **5.3 Anforderungen der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie**

Hinsichtlich der FFH-RL kann teilweise auf die Ausführungen zur V-RL verwiesen werden. Auch insoweit stellt sich die Frage, ob das BNatSchGNeuregG als ausreichende Umsetzung anzusehen ist und welche Auswirkungen die Richtlinie derzeit auf die schon laufenden Antragsverfahren hat. Wie schon bei der Untersuchung der V-RL verkompliziert sich die Lage dadurch, dass es noch immer an einer vollständigen Richtlinienumsetzung fehlt und daher die unmittelbare Anwendung der Richtlinie bzw. ihre Vorwirkung zur Geltung kommen können.

#### **5.3.1 Anwendbarkeit der Richtlinie**

Hinsichtlich der Anwendbarkeit der FFH-RL kann weitestgehend auf die obigen Ausführungen zur V-RL verwiesen werden. Der Umstand, dass auch die FFH-RL von ihren Ansatz her marine Lebensraumtypen und –arten erfaßt, ergibt sich zunächst aus Art. 1 lit. b mit den dort erwähnten "aquatischen Gebieten" sowie den in Art. 4 erwähnten "im Wasser lebenden Tierarten". Darüber hinaus enthalten die Anhänge zur FFH-RL zahlreiche marine Lebensraumtypen, von denen in der AWZ z.B. "Riffe" (Code Nr. 1170) und "Sandbänke mit nur schwacher ständiger Überspülung durch Meerwasser" (Code 1110) relevant sein können.<sup>84</sup> Schließlich finden sich im Anhang II der FFH-RL neben diversen in der AWZ vorkommenden Fischarten die ebenfalls relevante Kegelrobbe (Code Nr. 1364), der Schweinswal (Code Nr. 1351), der Seehund (Code Nr. 1365) und der Große Tümmler (Code Nr. 1349).<sup>85</sup>

#### **5.3.2 Anforderungen der Richtlinie**

Hinsichtlich aller in der AWZ relevanten Lebensraumtypen und –arten der Anhänge zur FFH-RL gebieten Art. 3 und 4 FFH-RL die Auswahl, Meldung und Ausweisung der naturfachlich i.S.d. Kriterien des Anhanges III FFH-RL geeigneten Schutzgebiete.

Da es derzeit vor dem Hintergrund staatlicher Meldedefizite noch immer keine Kommissionsliste i.S.d. Art. 4 Abs. 2 FFH-RL, erst recht keine ausgewiesenen FFH-Gebiete gibt, stellt sich die Frage, welche rechtlichen Folgen sich derzeit aus diesem richtlinienwidrigen Zustand für die Genehmigung von Offshore-Anlagen ergeben. Hintergrund dieser Notwendigkeit ist die Rechtsprechung des BVerwG, derzufolge die FFH-RL hinsichtlich "potentieller" FFH-Gebiete Vorwirkungen entfaltet. Diese gilt es bereits vor Ausweisung von Meereschutzgebieten zu berücksichtigen.

### 5.3.2.1 Rechtsfolgenregime vor Meldung von FFH-Meeresschutzgebieten

Das BVerwG bezeichnet naturfachlich hochwertige Gebiete, deren Meldung als FFH-Gebiet "naheliege oder sich aufdränge", als "potentielle FFH-Gebiete".<sup>86</sup> In seinem jüngsten Urteil zur Wakenitzquerung der Ostseeautobahn A 20 (Urt. v. 31.01.2002, 4 A 15/01, Umdruck S. 31, noch unveröffentlicht) erweitert das BVerwG den Kreis der potentiellen FFH-Gebiete auf alle Gebiete, "die aus fachwissenschaftlicher Sicht zweifelsfrei die von der Richtlinie vorausgesetzten Merkmale erfüllen".

Hinsichtlich dieser potentiellen Schutzgebiete treffe – so das BVerwG – die Mitgliedstaaten eine vorgezogene Verhaltenspflicht. Während das Gericht in früheren Entscheidungen insoweit noch Art. 6 Abs. 2 – 4 FFH-RL zur Anwendung brachte, ist es hiervon in jüngeren Entscheidungen wieder abgerückt, beruft sich auf eine angebliche Fehlinterpretation der früheren Entscheidungen<sup>87</sup> und statuiert für potentielle FFH-Gebiete ein sich allein auf die Vorwirkung stützendes, weniger strenges Schutzregime. Beeinträchtigende Projekte sollen in potentiellen Schutzgebieten danach soweit und solange zulässig sein, bis das betroffene Schutzgebiet für eine Ausweisung als FFH-Gebiet ungeeignet ist.<sup>88</sup>

Es ist anzunehmen, dass die Realisierung der hier in Rede stehenden großräumigen Offshore-Windparks in potentiellen marinen FFH-Gebieten deren Eignung als Meeresschutzgebiet im Regelfall von vornherein entfallen läßt. Die Zulassung erheblich beeinträchtigender Windenergieparks in potentiellen Schutzgebieten scheidet deshalb auch nach der jüngeren, "zurückrudern" Rechtsprechung des BVerwG grundsätzlich aus.

Gleichwohl soll diese Rechtsprechung im folgenden einer näheren Betrachtung unterzogen werden, da im Einzelfall – z.B. bei einer nur partiellen Inanspruchnahme potentieller Schutzgebiete – unterschiedliche Ergebnisse nicht auszuschließen sind.

Auffällig an der jüngeren Rechtsprechung des BVerwG zum Schutzregime für "potentielle" FFH-Gebiete ist es, dass diese einem im Vergleich zum richtlinienkonformen Ausweisungszustand weniger strengen Schutzregime unterliegen sollen, während für "faktische" Vogelschutzgebiete nach der schon zitierten Rechtsprechung des EuGH ein strengeres Schutzregime als für ordnungsgemäß gemeldete und ausgewiesene Gebiete gilt. Legte man den vom EuGH hinsichtlich "faktischer" Vogelschutzgebiete bemühten Sanktionsgedanken auch hinsichtlich der "potentiellen" FFH-Gebiete an, so wäre es folgerichtig, eine auf Art. 6 Abs. 2 FFH-RL gestützte Veränderungssperre anzunehmen und die Berufung auf Ausnahmemöglichkeiten generell zu verwehren. Ein derartiger Sanktionsgedanke liegt im übrigen auch der oben zitierten Erwägung des BVerwG zum Schutzregime aller Vogelschutzgebiete vor vollständiger Umsetzung der FFH-RL zugrunde.<sup>89</sup>

Selbst wenn man diesen Sanktionsgedanken aber einmal ausblendet, fällt an der Rechtsprechung des BVerwG



auf, dass diese im Ergebnis den säumigen Mitgliedstaat "belohnt", wenn dieser selbst den unabdingbaren Kern naturfachlich geeigneter Gebiete schlicht nicht meldet und diese Gebiete ungeachtet der beschränkenden Ausnahmevoraussetzungen des Art. 6 Abs. 2- 4 FFH-RL bis zur Grenze der "Meldegeeignetheit" beeinträchtigen darf. Ganz besonders geeignete Gebiete dürften danach auch ganz besonders stark beeinträchtigt werden.<sup>90</sup>

Die Entscheidungen des Gerichts vom 21.01.2000 und vom 27.10.2000 begründen die diesbezügliche Interpretation des Schutzregimes nur äußerst knapp. Etwas weitergehende Begründungsansätze finden sich immerhin in einer Veröffentlichung des seinerzeitigen Senatsvorsitzenden Gaentzsch<sup>91</sup>. Er begründet seine Auffassung damit, hinsichtlich des Kreises der zu schützenden Gebiete fehle es der FFH-RL an der für die unmittelbare Anwendung erforderlichen hinreichenden Bestimmtheit. Diese fehle erstens wegen des naturfachlichen Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten und zweitens "erst recht" wegen des vor allem von der Kommission zu beurteilenden Kriteriums europäischer ökologischer Kohärenz.

Dem ersten, auf die Phase 1 der Gebietsauswahl abhebenden Argument ist zunächst entgegenzuhalten, dass auch bei der Ausweisung der "geeignetsten" Gebiete i.S.d. Art. 4 V-RL ein naturfachlicher Beurteilungsspielraum existiert, der den EuGH indes nicht davon abgehalten hat, die Existenz "faktischer" Vogelschutzgebiete anzunehmen und das Schutzregime des Art. 4 Abs. 4 V-RL unmittelbar zur Anwendung zu bringen. Der naturfachliche Beurteilungsspielraum bei der Ausweisung von FFH-Gebieten weicht von dem bei der Ausweisung von besonderen Vogelschutzgebieten auch nicht maßgeblich ab, sondern wird durch den Anhang III zur FFH-RL sogar weitergehend konkretisiert und genügt den Bestimmtheitsanforderungen von daher noch eher. Insoweit ist deshalb für eine Abweichung von den bzgl. der Vogelschutzrichtlinie statuierten Kriterien der unmittelbaren Anwendung kein Grund ersichtlich.

Gewichtiger erscheint indes auf den ersten Blick das zweite Argument, dass die in der Ebene 2 der Gebietsauswahl vorzunehmende europaweite Beurteilung der Kohärenz zu anderen Ergebnissen gelangen kann als bei rein nationaler Betrachtung. Letztlich steht auch dies jedoch der Direktwirkung des Art. 6 FFH-RL in potentiellen Schutzgebieten nicht entgegen. Versteht man nämlich den Begriff der potentiellen FFH-Gebiete wie das BVerwG nur sehr restriktiv dahingehend, dass er allein Gebiete erfaßt, deren Meldung sich fachlich "geradezu aufdrängt", so ist die Kommission in Phase 2 der Gebietsausweisung an eben diese materiellen Kriterien gleichfalls gebunden. Dies hat zur Folge, dass der so umrissene Kern sich eignender Gebiete nach den Kriterien des Anhangs III Phase 2 auch bei Betrachtung der europaweiten Kohärenz nicht mehr "aussortiert" werden kann.

Für "potentielle" FFH-Gebiete muss es danach jedenfalls bei dem durch Art. 6 Abs. 3, 4 FFH-RL statuierten Schutzniveau verbleiben. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb nach der Rechtsprechung des EuGH im

Falle pflichtwidrig nicht gemeldeter Vogelschutzgebiete ein im Vergleich zu ordnungsgemäßer Meldung strengeres Schutzregime anzunehmen ist, während im Falle pflichtwidrig nicht gemeldeter FFH-Gebiete ein gegenüber Art. 6 Abs. 2- 4 FFH-RL sogar noch gelockertes Schutzregime zur Anwendung gelangen sollte.<sup>92</sup>

### **5.3.2.2 Rechtsfolgenregime nach Meldung von FFH-Vorschlagsgebieten**

In der Literatur wird verschiedentlich darauf hingewiesen, dass nach erfolgter Meldung von FFH-Vorschlagsgebieten an die Europäische Kommission der jeweilige Mitgliedstaat den ihm zukommenden naturfachlichen Beurteilungsspielraum ausgefüllt habe und zumindest für die bereits vorgeschlagenen Gebiete das Rechtsfolgenregime des Art. 6 Abs. 2 – 4 FFH-RL bereits unmittelbar zur Anwendung kommen müsse.<sup>93</sup> Als Begründung wird insbesondere angeführt, der Wille des Mitgliedstaates stehe der Ausweisung nicht entgegen, und angesichts zumeist ohnehin defizitärer Gebietsmeldungen der Mitgliedstaaten sei es eine nur theoretisch denkbare Variante, dass ein vorgeschlagenes Gebiet in Phase II der Gebietsauswahl noch verworfen werde.

Folgt man nicht bereits der hier vertretenen Rechtsauffassung, so ist jedenfalls diesem Ansatz beizutreten. Für die bereits vorgeschlagenen FFH-Gebiete darf es mithin keinen hinter dem Schutzregime des Art. 6 Abs. 2 – 4 FFH-RL zurückbleibenden Schutz geben.

### **5.3.2.3 Rechtsfolgenregime nach Ausweisung von FFH-Meeresschutzgebieten**

Sobald alle naturfachlich geeigneten FFH-Meeresschutzgebiete ausgewählt und innerstaatlich ausgewiesen sein werden, ergibt sich aus gemeinschaftsrechtlicher Perspektive das Rechtsregime unzweifelhaft aus Art. 6 Abs. 2 – 4 FFH-RL. Insoweit kann vollständig auf die obigen Ausführungen in Kapitel 5.2.2.3 verwiesen werden.

### **5.3.2.4 Zwischenergebnis zu 5.3.2.**

Die FFH-Richtlinie ist in der AWZ anwendbar, gebietet die Meldung aller naturfachlich geeigneten Gebiete zum Schutz der marinen Lebensraumtypen und –arten der FFH-RL und erfordert in unmittelbarer Richtlinienanwendung bereits jetzt den Schutz derjenigen Gebiete, die die fachlichen Ausweiskriterien des Anhangs III FFH-RL unzweifelhaft erfüllen.

Die Fragen nach der Notwendigkeit einer Verträglichkeitsprüfung, nach der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen sowie nach der Möglichkeit ausnahmsweiser Projektzulassung richten sich auch hinsichtlich pflichtwidrig nicht gemeldeter ”potentieller” FFH-Gebiete nach den Maßstäben des Art. 6 Abs. 3 u. 4 FFH-RL. Eine Genehmigung erheblich beeinträchtigender Anlagen scheidet danach im Falle der Existenz weniger belastender, ver-

hältnismäßiger Alternativstandorte ebenso aus wie im Falle fehlender Sicherungsmöglichkeiten der Kohärenz des Netzes Natura 2000. Ob im Falle von Offshore-Windenergieanlagen die verfolgten energiepolitischen Zielsetzungen "zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" zu begründen vermögen, muss derzeit offen bleiben.

### **5.3.3 Umsetzung der Richtlinie durch das BNatSchGNeuregG**

Hinsichtlich der Richtlinienumsetzung kann vollumfänglich auf die obigen Ausführungen in Kapitel 5.2. zur V-RL verwiesen werden. Auch hinsichtlich der FFH-RL zeigt es sich, dass der Normgeber eine ausreichende Anpassung der SeeAnIV an das gemeinschaftliche Habitatschutzrecht unterlassen hat und diese der richtlinienkonformen Interpretation bedarf. Erhebliche Beeinträchtigungen ausgewiesener bzw. pflichtwidrig nicht ausgewiesener FFH-Meeresschutzgebiete sind stets als zur Versagung der Genehmigungen führende Gefährdungen der Meeresumwelt i.S.d. § 3 Satz 1 SeeAnIV anzusehen. Der Normgeber hat die oben diskutierten Ausnahmemöglichkeiten nicht übernommen und insoweit einen – rechtlich zulässigen – höheren Schutz als das unmittelbar geltende Gemeinschaftsrecht statuiert.

### **5.3.4 Zusammenfassung zu 5.3.**

Die in der AWZ anwendbare FFH-RL fordert neben der Ausweisung naturfachlich geeigneter Meeresschutzgebiete bereits derzeit den Schutz potentieller FFH-Gebiete. Da der Normgeber es unterlassen hat, die Normen des gemeinschaftlichen Habitatschutzrechts bzw. der ihrer Umsetzung dienenden Vorschriften des BNatSchG in § 3 SeeAnIV in Bezug zu nehmen, bedarf die Norm gemeinschaftsrechtskonformer Interpretation. Dabei ergeben sich für pflichtwidrig nicht gemeldete FFH-Gebiete keine anderen Schutzmaßstäbe als für ordnungsgemäß gemeldete Gebiete. Sowohl für potentielle wie für gemeldete und ausgewiesene Gebiete gilt, dass erheblich beeinträchtigende Anlagen zugleich als Gefährdungen der Meeresumwelt einzustufen sind, die gemäß § 3 SeeAnIV nicht –auch nicht im Wege der Ausnahme – genehmigt werden dürfen.

### **5.4 Anforderungen der UVP-RL**

Die Frage, ob im Rahmen der Anlagenzulassung die Anforderungen der UVP-RL ausreichend umgesetzt wurde, erweist sich vor dem Hintergrund des neu eingefügten § 2 a SeeAnIV nur auf den ersten Blick als beantwortet.

#### **5.4.1 Anwendbarkeit der UVP-RL**

Die Seeanlagenverordnung schrieb vor ihrer Novellierung keine UVP-Pflichtigkeit für Offshore-Windparks fest. Das BSH als Genehmigungsbehörde empfahl zwar den Projektträgern, die Standards der UVP einzuhalten und entsprechende Studien durchzuführen, hielt sie jedoch nicht für zwingend erforderlich.<sup>94</sup> Nach richtiger Auffassung war jedoch auch nach bisherigem Recht die Durchführung einer UVP erforderlich. Die UVP-Pflicht ergab sich dabei aus der unmittelbaren Anwendung der UVP-RL. Dies ergibt sich auch aus einer eigenständigen Erstreckung des örtlichen Anwendungsbereichs der UVP-ÄndRL 97/11/EG nach den schon hinsichtlich der V-RL und FFH-RL aufgezeigten Grundsätzen. Danach erstreckt sich der Anwendungsbereich der RL 97/11/EG auch auf das Gebiet der AWZ.<sup>95</sup> Auch das europäische Recht schrieb und schreibt daher für Maßnahmen in der AWZ eine UVP-Pflicht fest<sup>96</sup>.

#### **5.4.2 Anforderungen der Richtlinie**

Die UVP-RL erfordert ausweislich deren Art. 2 für die nach der Richtlinie UVP-pflichtigen Projekte, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit vor der Erteilung der Genehmigung die mit erheblichen Umweltauswirkungen verbundenen Projekte einer Prüfung in bezug auf ihre Auswirkungen nach näherer Maßgabe der Richtlinie unterzogen werden. Ausweislich des 11. Erwägungsgrundes der Richtlinie dient die Beurteilung der Umweltauswirkungen dabei dazu, die menschliche Gesundheit zu schützen, durch eine Verbesserung der Umweltbedingungen zur Lebensqualität beizutragen, für die Erhaltung der Artenvielfalt zu sorgen und die Reproduktionsfähigkeit des Ökosystems als Grundlage allen Lebens zu erhalten. Am Ende der Prüfung steht dabei gemäß Art. 8 UVP-RL nicht nur eine Bewertung der Ergebnisse und deren Kenntnisnahme durch die Entscheidungsbehörde, sondern es ist vielmehr EG-rechtlich geboten, dass die aus der UVP gewonnenen Erkenntnisse auch für die Entscheidungsfindung von Bedeutung sein können. Es muß dabei auch möglich sein, die Zulassung aus Gründen der Umweltverträglichkeit zu verweigern.<sup>97</sup>

#### **5.4.3 Umsetzung der Richtlinie**

Wie oben bereits ausgeführt, regelt § 2 a SeeAnIV die UVP-Pflicht von Offshore-Windenergieparks in einer grundsätzlich nicht zu beanstandenden und gemeinschaftsrechtskonformen Art und Weise.

Problematisch allerdings erweist sich auch insoweit die Festlegung besonderer Eignungsgebiete mit ihrer bereits in anderem Zusammenhang problematisierten Formulierung in § 3 Satz 4 SeeAnIV. Danach kann die auch in diesen Gebieten formal erforderliche Ermittlung der Umweltauswirkungen durch die UVP den ihr zugedachten, soeben kurz angesprochenen Zweck gar nicht mehr erfüllen. Eine Festlegung von Eignungsgebieten näm-

lich darf nur erfolgen, wenn keine Hinderungsgründe gemäß § 3 SeeAnlV entgegenstehen. Zu diesen aber gehören Gefährdungen der Meeresumwelt, deren Ermittlung die UVP im Genehmigungsverfahren ja erst dienen soll.

Erfolgt die Festlegung der Eignungsgebiete – wie offenbar vorgesehen – ohne förmliche UVP, läuft die im nachfolgenden Genehmigungsverfahren ungeachtet der Festlegung geforderte UVP jedenfalls hinsichtlich aller standortspezifischen Auswirkungen leer. Die Genehmigungsbehörde nämlich wäre nach der Formulierung in § 3 a Satz 4 SeeAnlV hinsichtlich der Gefährdungen der Meeresumwelt an die vorherige Eignungsgebietsfestlegung gebunden und daran gehindert, die UVP angemessen zu berücksichtigen. Eine derart verstandene UVP würde ihrem Schimpfnamen („unheimlich viel Papier“) gerecht und könnte die im 11. Erwägungsgrund der Richtlinie verfolgten Ziele nicht mehr erreichen. Auch die Öffentlichkeitsbeteiligung wäre eine Farce.

#### **5.4.4 Zusammenfassung zu 5.4**

Die Pflicht zur Durchführung einer in der Entscheidung über die Projektzulassung zu berücksichtigenden UVP folgt aus der unmittelbar anwendbaren UVP-RL. Diese Pflicht setzt § 2 a SeeAnlV hinsichtlich der Offshore-Anlagen um. Hinsichtlich der Genehmigung von in Eignungsgebieten belegenen Anlagen allerdings kann die vorzulegende UVP nach dem Wortlaut der SeeAnlV den ihr zugedachten Zweck hinsichtlich der standortspezifischen Umweltauswirkungen nicht mehr vollumfänglich erreichen und ist insoweit gemeinschaftsrechtswidrig.

#### **5.5 Weitergehende Anforderungen an die Anlagenzulassung aus dem BNatSchG**

Fraglich ist, ob das nationale Naturschutzrecht in der AWZ nicht nur im Bereich zwingend umzusetzender gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben Anwendung finden muß, sondern auch im übrigen. Interessant ist diese Frage im Zusammenhang mit der Zulassung von Offshore-Windenergieanlagen in erster Linie mit Blick auf die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung (§§ 18, 19 BNatSchG) und die sich hieran vor allem anschließende Frage, ob Anlagenbetreiber die nicht vermeidbaren Eingriffe physisch-real kompensieren müssen.

##### **5.5.1 Direkte Anwendbarkeit der Eingriffsregelung?**

In der SeeAnlV selbst findet sich kein ausdrücklicher Hinweis auf eine etwaige Anwendbarkeit der Eingriffsregelung. Insoweit weicht die Gesetz gewordene Fassung von vorherigen Entwürfen ab, die entsprechende Hinweise noch enthielten. So fanden sich in den Entwurfss Fassungen vom 02.02.2001 und vom 12.04.2001 zu Art. 2 § 3 BNatSchGNeuRegG ausdrückliche Hinweise auf eine unmittelbare bzw. eine entsprechende An-

wendbarkeit der Eingriffsregelung.

Von der Anwendbarkeit der Eingriffsregelung kann vor diesem Hintergrund nur dann ausgegangen werden, wenn es ihrer ausdrücklichen Erwähnung in § 3 SeeAnlV deshalb nicht bedurfte, weil sich ihre Anwendbarkeit bereits aus zwingenden Vorschriften des BNatSchG oder allgemeinen Grundsätzen ergibt.

Im BNatSchG findet sich eine Regelung, kraft derer der Anwendungsbereich des Naturschutzgesetzes insgesamt oder jedenfalls hinsichtlich der Eingriffsregelung ausdrücklich auf die AWZ erstreckt wird, nicht. Die Regelung in § 38 BNatSchG, die hinsichtlich der Meeresschutzgebiete in der AWZ eine gegenständlich begrenzte Sonderregelung beinhaltet und auch insoweit nur von einer *entsprechenden* Anwendung der §§ 33, 34 BNatSchG spricht, deutet zudem darauf hin, dass der Gesetzgeber nicht von einer generellen Anwendbarkeit des BNatSchG auf die AWZ ausgeht.

Folgt man diesbezüglich der nicht unbestrittenen aber wohl überwiegenden Rechtsauffassung, dass die Grenze des Hoheitsgebietes zugleich auch die Grenze des örtlichen Anwendungsbereichs nationaler Gesetze darstellt<sup>98</sup> und jede Abweichung einer Erstreckungsklausel bedarf<sup>99</sup>, spricht dies gegen die direkte Anwendbarkeit der Eingriffsregelung. Gleiches gilt, wenn man in § 1 Nr. 10a SeeAufgG eine *Ausschlussklausel* für die Anwendbarkeit sonstiger Vorschriften des nationalen Rechts erblickt.<sup>100</sup>

Ob die genannten Rechtsauffassungen zutreffend sind oder der sich auf Art. 20 a GG stützenden Gegenauffassung<sup>101</sup> zu folgen ist, bedarf allerdings keiner Entscheidung. Denn gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit der Eingriffsregelung spricht nach diesseitiger Auffassung, dass die §§ 18, 19 BNatSchG nicht zu den gem. § 11 BNatSchG ausnahmsweise unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Bundes(rahmen)rechts gehören.<sup>102</sup>

### **5.5.2 Berücksichtigung der Standards der Eingriffsregelung im Rahmen des § 3 SeeAnlV**

Auch wenn die Eingriffsregelung in der AWZ nach hier vertretener Rechtsauffassung nicht unmittelbar anwendbar ist, so folgt hieraus noch nicht, dass die mit Errichtung und Betrieb von Offshore-Windenergieanlagen verbundenen unvermeidbaren Eingriffe unkompensiert bleiben dürften. Zu prüfen nämlich bleibt, ob das BSH durch § 3 Satz 1 SeeAnlV nicht nur berechtigt, sondern aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland auch verpflichtet ist, physisch-reale Kompensation anzuordnen.

Ausgangspunkt der Überlegung ist es, dass sich die Bundesrepublik Deutschland mit der Unterzeichnung und Umsetzung des Seerechtsübereinkommens verbindlich verpflichtet hat, die *„geeignetsten“* ihr zur Verfügung stehenden Mittel einzusetzen, um die Verschmutzung der Meeresumwelt zu verhüten oder zu verringern.

Aus der Systematik des SRÜ wird deutlich, dass den Staaten – wie schon dargelegt - nicht etwa eine einseitige Kompetenz zur Nutzung der AWZ eingeräumt werden sollte, sondern dass die Nutzung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Schutz der Meeresumwelt steht.<sup>103</sup> Die Wahrnehmung der Nutzungsrechte korrespondiert unmittelbar mit der Pflicht zum Schutz der Meeresumwelt im Rahmen ihrer Inanspruchnahme.<sup>104</sup> Der XII. Teil des SRÜ verpflichtet die Mitgliedstaaten unmissverständlich dazu, die Meeresumwelt zu schützen und zu bewahren. Die in Art. 192 SRÜ bezeichnete Pflicht findet in Art. 194 ihre Konkretisierung in Hinblick auf Maßnahmen zur Verhütung, Verringerung und Überwachung der Verschmutzung der Meeresumwelt. Art. 194 Abs. 1 SRÜ bestimmt dazu, dass die Mitgliedstaaten zu diesem Zweck *die geeignetsten ihnen zur Verfügung stehenden Mittel einsetzen müssen*. Die Verwendung des Superlativs ist dabei zwingend zu beachten.<sup>105</sup> Es dürfen nicht irgendwelche geeigneten Mittel zur Anwendung gelangen, sondern es müssen – allerdings nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Möglichkeiten - die am besten geeigneten Mittel sein.<sup>106</sup>

Dazu darf ein Staat - und muss das ggf. sogar - Regelungen erlassen, die wegen der Besonderheiten der Meeresumwelt ein höheres Schutzniveau gebieten als die Regelungen, die innerhalb des Küstenmeeres und an Land gelten. Unter keinen Umständen darf ein Mitgliedstaat des SRÜ jedoch das innerhalb seines Hoheitsgebietes bestehende Schutzniveau unterschreiten.<sup>107</sup>

Das generelle naturschutzrechtliche Schutzniveau wird im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland – losgelöst vom schutzgebietsbezogenen Naturschutzrecht – maßgeblich durch die Eingriffsregelung einschließlich seines gestuften Folgenbewältigungsprogramms bestimmt. Die Abarbeitung der Eingriffsregelung einschließlich der Verpflichtung zur Kompensation wird vom BVerwG<sup>108</sup> als zwingend angesehen.

Hält man – wie der Unterzeichner – die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung in der AWZ nicht für unmittelbar anwendbar, wird die Frage der Kompensation nicht zu vermindernder Eingriffe bei Anlagenzulassungen allein über § 3 SeeAnlV gesteuert<sup>109</sup>. Diese Regelung bleibt hinter dem geeigneten Instrument der Eingriffsregelung ihrem Wortlaut nach zurück. Sie eröffnet aber die Möglichkeit, die Genehmigung mit Nebenbestimmungen zu versehen, wenn nur durch sie ein Gefährdung der Meeresumwelt verhütet oder ausgeglichen werden können.

Berücksichtigt man insoweit die völkerrechtliche Verpflichtung Deutschlands zum Einsatz der *geeignetsten* Mittel, so darf das BSH das Schutzniveau der Eingriffsregelung auch im Rahmen der (alleinigen) Anwendung des § 3 SeeAnlV nicht unberücksichtigt lassen. Es hat daher die durch § 3 Satz 1 SeeAnlV eingeräumte Befugnis zum Erlaß von Nebenbestimmungen in völkerrechtskonformer Art und Weise dergestalt auszufüllen, dass nicht mehr weiter zu vermindernde Eingriffe vom Anlagenbetreiber physisch-real zu kompensieren sind. Dies betrifft jedenfalls alle von Art. 194 Abs. 1 SRÜ erfassten Meeresverschmutzungen.

### 5.5.3 Zwischenergebnis zu 5.5

Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung ist zwar in der AWZ nicht unmittelbar anwendbar, doch verpflichten völkerrechtliche Mindeststandards aus Art. 194 Abs. 1 SRÜ das BSH dazu, das durch die Eingriffsregelung bekannte Folgenbewältigungsprogramm im Rahmen der Anwendung des § 3 Satz 1 SeeAnlV inhaltlich nicht zu unterschreiten. Den Anlagenbetreibern sind danach für die von den Offshore-Windenergieanlagen ausgehenden Eingriffe Kompensationsverpflichtungen aufzuerlegen.

### 5.6 Zwischenergebnis zu 5.

Hinsichtlich der hier (nur) zu untersuchenden Anlagenzulassungen von Offshore-Windenergieparks bestehen unter Zugrundelegung der hier vertretenen Auslegungskriterien der SeeAnlV keine Bedenken gegen die Einhaltung völkerrechtlicher Standards.

Die V-RL und die FFH-RL sind in der AWZ unmittelbar anwendbar und erzwingen die Meldung und Ausweisung naturfachlich geeigneter Schutzgebiete. Bereits in den laufenden Antragsverfahren ist hinsichtlich möglicher Beeinträchtigungen gemeinschaftsrechtlich relevanter Schutzgebiete das Rechtsfolgenregime des Art. 4 Abs. 4 V-RL bzw. des Art. 6 Abs. 2 – 4 FFH-RL zu beachten.

In faktischen Vogelschutzgebieten, zu denen jedenfalls die IBA-Gebiete gehören, kommt eine Anlagenzulassung im Wege der Ausnahme nicht in Betracht. Soweit sich solche Ausnahmemöglichkeiten nach vollständiger Umsetzung von V-RL und FFH-RL jedenfalls theoretisch aus Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ergeben könnten, bedarf es näherer Problematisierung der Einschlägigkeit der Ausnahmegründe derzeit schon deshalb nicht, weil der Normgeber sie hinsichtlich der Anlagenzulassung gemäß § 2 SeeAnlV nicht aufgegriffen und insoweit ein über das Gemeinschaftsrecht noch hinausgehendes Schutzregime geschaffen hat. Unabhängig hiervon bestehen derzeit erhebliche Zweifel daran, ob Ausnahmeerteilungen in der Sache nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben jemals in Betracht kommen können.

In potentiellen FFH-Gebieten darf das Schutzregime des Art. 6 Abs. 2 – 4 FFH-RL nicht unterschritten werden. Dies bedingt die Notwendigkeit einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des § 3 SeeAnlV dahingehend, dass erheblich beeinträchtigende Anlagen stets als Gefährdungen der Meeresumwelt i.S.d. § 3 Satz 1 SeeAnlV eingestuft werden. Ausnahmemöglichkeiten, die Art. 6 Abs. 4 FFH-RL zulässt, hat der Normgeber nicht eingeräumt. Sie wären unabhängig hiervon hinsichtlich der Offshore-Windenergieparks nach derzeitiger



Einschätzung nicht einschlägig.

Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung ist bei der Anlagenzulassung zwar nicht unmittelbar anwendbar, doch muß das BSH vor dem Hintergrund völkerrechtlicher Verpflichtungen, deren Umsetzung § 3 SeeAnIV dienen soll, die in § 3 Satz 1 SeeAnIV eingeräumte Möglichkeit der Erteilung von Befristungen, Bedingungen und Auflagen zur Verhütung bzw. zum Ausgleich von Gefährdungen der Meeresumwelt dahingehend ausüben, dass der Schutzstandard der Eingriffsregelung in der Sache nicht unterschritten wird.

## **6. Beteiligungs- und Klagerechte anerkannter Naturschutzverbände**

Der Beteiligung von Naturschutzverbänden sowie deren Klagemöglichkeiten kommt angesichts der bekannt großen Vollzugsdefizite im Bereich des Naturschutzrechts große Bedeutung zu, wie z.B. die Begründungen zum 7. Abschnitt des BNatSchG- Referentenentwurfes aus dem Mai 2001 ebenso verdeutlichen wie der Umstand, dass die Bundesrepublik die sogenannte Aarhus-Konvention<sup>110</sup> unterzeichnet hat.

Im folgenden wird der Frage nachgegangen, ob und ggf. in welchem Ausmaß der Gesetzgeber den Naturschutzverbänden im Zusammenhang mit der Planung und Genehmigung von Offshore-Windenergieanlagen in der AWZ Beteiligungs- und Klagerechte eingeräumt hat. Ausgeklammert bleiben dabei etwaige Beteiligungs- und Klagerechte der Verbände hinsichtlich der im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland belegenen Folgeeinrichtungen, da diese sich aus dem einschlägigen Landesrecht ergeben. Absehbar ist allerdings, dass den Verbänden über bestehende landesrechtliche Regelungen sowie über die auf die Landesverbandsklagemöglichkeiten bezogenen Neuregelungen im BNatSchG jedenfalls dann eine Kontrollmöglichkeit zustehen dürfte, wenn die Kabelanbindung durch bestehende Nationalparks verläuft.

### **6.1 Beteiligungsrechte der Naturschutzverbände**

Der Stellenwert der Mitwirkung anerkannter Naturschutzverbände wird in der Rechtsprechung des BVerwG immer wieder ausdrücklich betont.<sup>111</sup> Sie sollen ihr Fachwissen der Verwaltung als deren "Helfer" zur Verfügung stellen und so dazu beitragen, dass naturschutzrechtskonforme Entscheidungen zustandegekommen. Fraglich ist, ob und ggf. in welcher Form dieses in Antragsverfahren zu Offshore-Windenergieparks möglich ist.

#### **6.1.1 Beteiligungspflicht gemäß SeeAnIV und UVPG**

Das Genehmigungsverfahren gemäß SeeAnIV gehört nicht zu denjenigen, für die § 58 BNatSchG ein besonde-

res Mitwirkungsrecht der Verbände normiert. Gemäß § 5 Abs. 3 SeeAnIV allerdings berücksichtigt die Genehmigungsbehörde die Stellungnahmen der Behörden und sonstiger Stellen, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird. Dies impliziert, dass die Stellungnahmen der in ihrem Aufgabenbereich berührten Behörden und sonstigen Stellen auch einzuholen sind.

Fraglich ist, ob die Vorschrift auch die Beteiligung der anerkannten Naturschutzverbände gebietet. Immerhin erfaßt § 5 Abs. 3 SeeAnIV neben Behörden auch "sonstige Stellen". Vieles spricht dafür, dass zu diesen in ihrem Aufgabenbereich betroffenen "Stellen" auch anerkannte Naturschutzverbände gehören, da unter "sonstigen Stellen" in Abgrenzung zum vorher verwendeten Behördenbegriff auch nichtstaatliche Institutionen zählen dürften.

Unabhängig hiervon ergibt sich ein Beteiligungsrecht auch aus der gemäß § 2 a SeeAnIV zwingend vorgeschriebenen UVP, in deren Erstellung gemäß § 9 UVPG die Öffentlichkeit einzubeziehen ist. Den anerkannten Verbänden als Teil der betroffenen Öffentlichkeit steht schon unter diesem Gesichtspunkt ein Mitwirkungsrecht zu.<sup>112</sup> Klarstellend führt insoweit § 2 Abs. 5 der sogenannten Aarhus-Konvention<sup>113</sup> aus, dass der Begriff der "betroffenen Öffentlichkeit" die von umweltbezogenen Entscheidungsverfahren betroffene und wahrscheinlich betroffene Öffentlichkeit oder die Öffentlichkeit mit einem Interesse daran bedeutet. Im Sinne dieser Begriffsbestimmung – so die Aarhus-Konvention – "*haben nichtstaatliche Organisationen, die sich für den Umweltschutz einsetzen und alle nach innerstaatlichem Recht geltenden Voraussetzungen erfüllen, ein Interesse*". In dem der Umsetzung der Konvention dienenden Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie "über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der Richtlinien 85/337/EWG und 91/61/EG des Rates" findet sich eine wörtliche Übernahme obiger Klarstellung im neu einzufügenden Art. 1 Abs. 2 UVP-RL.

### **6.1.2 Beteiligungspflicht bei der Festlegung von Eignungsgebieten**

Auch hinsichtlich der Festlegung von Eignungsgebieten gemäß § 3 a SeeAnIV vermittelt § 58 BNatSchG den Verbänden hinsichtlich der Mitwirkung keine Sonderposition. Das Mitwirkungsrecht der Verbände folgt demnach allein aus § 3 a Abs. 1 S. 1 SeeAnIV, demzufolge die Festlegung u.a. unter Einbeziehung der Öffentlichkeit zu erfolgen hat, deren Teil die Verbände sind.

### **6.1.3 Beteiligungspflicht bei der Festsetzung von Meeresschutzgebieten**

Hinsichtlich der Festsetzung von Meeresschutzgebieten ergibt sich ein Beteiligungsrecht der Verbände in zweifacher Hinsicht: Zum einen erfolgt die Auswahl der geschützten Meeresflächen gemäß § 38 Abs. 2 S. 3

BNatSchG *”unter Einbeziehung der Öffentlichkeit”*, deren Teil die Verbände sind. Zum anderen wird den Verbänden in § 58 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zusätzlich ein Mitwirkungsrecht *”bei der Vorbereitung von Verordnungen und anderen im Range unter dem Gesetz stehenden Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Naturschutzes und der Landschaftspflege durch die Bundesregierung oder das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit”* eingeräumt. Hierunter fällt die gemäß § 38 Abs. 3 BNatSchG vom BMU vorzunehmende Erklärung der Meeresschutzgebiete zu geschützten Teilen von Natur und Landschaft durch Rechtsverordnung.

## **6.2 Klagerechte der Naturschutzverbände**

Wie oben schon angerissen, kommt dem Klagerecht anerkannter Naturschutzverbände angesichts unbestreitbarer Defizite in der Anwendung des Naturschutzrechts erhebliche Bedeutung zu. Für die AWZ gilt dies noch im gesteigerten Maße. Denn soweit ersichtlich kommt – abgesehen von Konkurrentenklagen - neben den Naturschutzverbänden niemand in Betracht, der eine gerichtliche Kontrolle von Anlagengenehmigungen erreichen kann.

Klagemöglichkeiten für Naturschutzverbände könnten sich im hier interessierenden Zusammenhang aus einer vom Gesetzgeber eingeräumten altruistischen *”echten”* Verbandsklagemöglichkeit ergeben, darüber hinaus aus der Verletzung von Mitwirkungsrechten und schließlich aus der Verletzung einschlägiger europäischer Vorschriften, die ihrerseits auch für Verbände klagfähige Positionen begründen können. Nicht relevant sind vorliegend demgegenüber die sich auf Grundeigentum stützenden Klagemöglichkeiten von Verbänden (*”Schutzgrundstücke”*).

### **6.2.1 Altruistische Verbandsklagebefugnis aus dem BNatSchG**

Fraglich ist, ob die vom Bundesgesetzgeber in § 61 BNatSchG erstmalig auf Bundesebene geregelte altruistische Verbandsklagemöglichkeit die Genehmigungen von Offshore-Windenergieanlagen umfaßt. Da das Genehmigungsverfahren gemäß § 2 ff. SeeAnlV unzweifelhaft nicht unter die in § 61 Abs. 1 Ziff. 2 BNatSchG geregelten Planfeststellungsbeschlüsse und –genehmigungen fällt, käme vorliegend allein eine ggf. notwendige Befreiung von einer gemäß § 38 Abs. 3 BNatSchG zu erstellenden Schutzgebietsverordnung für Meeresschutzgebiete als Anknüpfungspunkt einer altruistischen Verbandsklage in Betracht.

Der altruistischen Verbandsklagemöglichkeit steht jedoch nach dem Wortlauf des § 61 die einschränkende Voraussetzung in Abs. 2 Nr. 3 entgegen. Danach ist ein Rechtsbehelf nach Absatz 1 unter anderem nur zulässig, wenn der Verein zur Mitwirkung nach § 58 Abs. 1 Nr. 2 und 3 oder nach landesrechtlichen Vorschriften im Rahmen des § 60 Abs. 2 Nr. 5 bis 6 berechtigt war. Wie unter 6.1. ausgeführt, besteht zwar ein Mitwirkungs-

recht der Naturschutzverbände hinsichtlich des hier zu untersuchenden Genehmigungsverfahrens, jedoch folgt dieses gerade nicht aus § 58 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 BNatSchG. Auch landesrechtliche Regelungen sind vorliegend nicht einschlägig.

Der Gesetzgeber hat mithin eine inhaltliche Kontrolle der Offshore-Genehmigungen durch Naturschutzverbände dem Wortlaut der Vorschrift nach nicht eingeräumt.

Fraglich ist allerdings, ob der Gesetzgeber sich auf einen sachlichen Differenzierungsgrund stützen kann, der die Ungleichbehandlung der AWZ rechtfertigt. Auch wenn man dem Gesetzgeber generell ein weites Ermessen hinsichtlich der Einführung der altruistischen Verbandsklage zubilligt, befreit ihn dies nicht von der Einhaltung des aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Gebots der System- und Normstrukturgleichheit. Er darf nicht ohne sachlichen Differenzierungsgrund Verbandsklagemöglichkeiten einführen, sie in anderen Fällen aber verweigern.<sup>114</sup>

Die Klagemöglichkeiten der Verbände dürften hieran gemessen hinsichtlich der Befreiung von Verboten und Geboten der betroffenen Schutzgebietsverordnungen in der AWZ (Naturschutzgebiete, Nationalparks und sonstige Schutzgebiete im Rahmen des § 33 Abs. 2 BNatSchG) nicht ausgeschlossen werden. Denn die in der AWZ belegenen besonderen Vogelschutzgebiete und FFH-Gebiete sind nicht weniger schutzbedürftig als die innerhalb des Hoheitsgebietes belegenen Natura 2000 Gebiete<sup>115</sup>. Räumt der Bundesgesetzgeber aber zur Absicherung und Flankierung des durch die Schutzgebietsverordnungen sowie das aus § 34 BNatSchG folgenden Schutzregimes eine Verbandsklagemöglichkeit für jene Gebiete ein, so muß sich diese in verfassungskonformer, an Art. 3 Abs. 1 GG orientierter Auslegung auch auf die in der AWZ belegenen Gebiete erstrecken.

### **6.2.2 Klagebefugnis wegen Verletzung des Mitwirkungsrechts der Verbände aus § 58 BNatSchG und aus § 5 Abs. 3 SeeAnlV**

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist seit längerem anerkannt, dass anerkannte Naturschutzverbände Verwaltungsakte auch dann unter alleinigem Hinweis auf die Verletzung ihres Mitwirkungsrechts aus § 29 BNatSchG (alt) in der Sache angreifen können, wenn ihnen eine altruistische Verbandsklagebefugnis nicht zusteht.<sup>116</sup>

Wie oben ausgeführt, besteht ein dem alten § 29 BNatSchG entsprechendes Mitwirkungsrecht der Verbände hinsichtlich der hier zu erörternden Problembereiche allein im Rahmen der Schutzgebietserklärung gemäß § 38 Abs. 3 BNatSchG (vgl. § 58 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG).

Legt man insoweit die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 29 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (alt) zugrunde, so wird man bei einer Verletzung des aus § 58 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG folgenden Mitwirkungsrechts ebenfalls annehmen müssen, dass einem Verband die Antragsbefugnis im Normenkontrollverfahren zusteht, wenn eine

Rechtsvorschrift unter Verletzung seines Mitwirkungsrechts erlassen wird.<sup>117</sup>

Die Verbände könnten sich zudem auf mögliche Verletzungen des ihnen durch die SeeAnlV eingeräumten Mitwirkungsrechts berufen. Grundsätzlich kann die Verletzung auch von Verfahrensrechten klagweise geltend gemacht werden. Allerdings ist dieser "Rechtsschutz durch Verfahren" im Fachplanungsrecht nicht als eigenständiges Element ausgestaltet. Vielmehr vertritt das BVerwG in ständiger Rechtsprechung die These, dass die klagweise Geltendmachung von Verfahrensfehlern – abgesehen von den hier nicht relevanten Fällen der Enteignungsbetroffenheit bzw. sog. absoluten Verfahrensfehlern - nur erfolgreich sein kann, wenn sich der gerügte Verfahrensfehler auf eine materielle Rechtsposition ausgewirkt haben kann.<sup>118</sup> Hieraus folgt, dass derartige Klagen nur (aber immerhin dann) erfolgversprechend sind, wenn sich die Verbände auch auf materielle Positionen stützen können.

### **6.2.3 Klagebefugnis aus individualrechtsbegründenden Normen des Gemeinschaftsrechts**

Deutlich komplexer und hier nur in den Grundzügen darstellbar ist die Frage, ob sich Naturschutzvereine vor nationalen Gerichten auf die Verletzung unmittelbar anwendbarer Normen des Gemeinschaftsrechts berufen dürfen, die klagfähige Rechtspositionen für Betroffene vermitteln. In Frage kommen hier Verstöße gegen die einschlägigen Vorschriften der UVP-RL, der FFH-RL und der Vogelschutz-RL.

#### **6.2.3.1 Grundlagen zur Klagebefugnis aus Gemeinschaftsrecht**

Die Einflüsse des Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsprozeßrecht werden seit Jahren zunehmend konstatiert und diskutiert. Als geklärt kann dabei gelten, dass sich aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht individuelle Rechte ergeben, auf die sich Betroffene<sup>119</sup> gegenüber den Mitgliedstaaten eher als nach den Maßstäben der deutschen Schutznormlehre berufen können. Als geklärt darf auch die Frage angesehen werden, dass es dann, wenn gemeinschaftsrechtlich fundierte Rechte nachweisbar sind, den nationalen Gerichten obliegt, für deren effektive Durchsetzung zu sorgen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes<sup>120</sup> obliegt es primär den mitgliedstaatlichen Gerichten, den aus Art. 10 EGV folgenden Anspruch auf effektiven Rechtsschutz hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlich begründeten Rechte zu gewährleisten. Dabei richtet es sich ausschließlich nach EU-rechtlichen Grundsätzen, wann das Gemeinschaftsrecht klagfähige Positionen<sup>121</sup>. Die deutsche Schutznormtheorie ist "*nicht exportfähig*"<sup>122</sup>

Fraglich ist, ob Naturschutzverbände nach europäischen Maßstäben befugt sind, etwaige Verstöße gegen die oben genannten Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts im Verwaltungsprozeß zu rügen. Die genannten Vorschriften könnten auch für Verbände individuelle Rechte i.S.d. Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes begründen, die – entweder als subjektive Rechte i.S.d. § 42 Abs. 2 VwGO<sup>123</sup> in einem

gemeinschaftsrechtlich ausgelegten Sinn<sup>124</sup> oder als "anderweitige gesetzliche Bestimmung" i.S.d. § 42 Abs. 2, 1. Hs VwGO<sup>125</sup> – vor deutschen Verwaltungsgerichten von den Verbänden einklagbar sind.<sup>126</sup>

Die Beantwortung der hier in Rede stehenden Frage nach der individualrechtsbegründenden Richtlinienwirkung ist – wie vorsorglich noch einmal betont werden soll – zu unterscheiden von der Frage, ob Naturschutzverbänden unmittelbar aus dem Europäischen Gemeinschaftsrecht eine altruistische Verbandsklagebefugnis eingeräumt ist. Der gelegentlich aus der noch nicht gemeinschaftsrechtlich umgesetzten "Aarhus-Konvention" gezogene Umkehrschluß auf die derzeitige Gesetzeslage kann sich – wenn überhaupt – nur auf diese von der Verletzung individueller Rechtspositionen losgelöste altruistische Verbandsklagebefugnis beziehen.

### **6.2.3.2 Entstehungsvoraussetzungen der Rügebefugnis aus dem Gemeinschaftsrecht**

Als gesichert darf gelten, dass nicht jede Norm des Gemeinschaftsrechts klagfähige Rechtspositionen vermitteln kann. Dies können vielmehr nur solche, die unmittelbar anwendbar sind. Hinsichtlich der hier in Rede stehenden Richtlinien, die im Normalfall zu ihrer Wirksamkeit der vollen innerstaatlichen Umsetzung bedürfen (Art. 249 Abs. 3 EGV), ist hierfür strukturelle Grundvoraussetzung, dass die Richtlinie

- innerstaatlich nicht bzw. defizitär umgesetzt worden ist und
- inhaltlich unbedingte sowie hinreichend genau und bestimmt ist.

Diese Voraussetzungen liegen sowohl hinsichtlich des hier maßgeblichen UVP-RL, FFH-RL und Vogelschutz-RL vor.<sup>127</sup> Art. 4 Abs. 4 V-RL sowie Art. 6 Abs. 3, 4 FFH-RL sind insbesondere inhaltlich unbedingte sowie hinreichend genau und bestimmt. Sie sind derart regelungsintensiv, dass sich eine nähere Diskussion dieses normstrukturellen Kriteriums erübrigt. Hinsichtlich der UVP-RL hat der EuGH die hinreichende Genauigkeit und Bestimmtheit bereits angenommen.<sup>128</sup>

Fraglich und umstritten ist es, ob und ggf. welche weiteren Voraussetzungen nötig sind, um gemeinschaftsrechtlich begründete Klagebefugnisse zu bejahen. Die Rechtsprechung des EuGH bietet derzeit kein ganz einheitliches Bild. Während einige Entscheidungen den Eindruck erwecken, bereits die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie begründe zugleich die Möglichkeit zur ihrer klagweisen Geltendmachung, wird in anderen Entscheidungen zusätzlich ein personale Element beinhaltendes Kriterium der Betroffenheit geprüft.<sup>129</sup>

Die hiermit zusammenhängenden komplexen Einzelfragen können im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht umfassend beantwortet werden. Im folgenden soll daher nur kurz ein Blick auf die sich aus den unterschiedlichen Anforderungen ergebenden Konsequenzen geworfen werden.

### 6.2.3.2.1 UVP-RL

Hinsichtlich möglicher Verstöße gegen die UVP-RL im Rahmen der Anlagenzulassung von Offshore-Windenergieparks wirken sich die Meinungsunterschiede zur klagrechtsbegründenden Wirkung europäischer Richtlinien nach diesseitiger Überzeugung nicht aus.

Folgt man zunächst den Vertretern der Auffassung, die die Klagrechtsbegründung allein an dem Erfordernis der unmittelbaren Richtlinienwirkung festmachen, kann an der auf das UVP-Recht gestützten Klagemöglichkeit kein ernsthafter Zweifel erhoben werden, nachdem der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit der UVP-RL mehrfach bejaht hat.

Folgt man der Gegenauffassung, die eine sich aus dem Schutzzweck der Norm ergebende Betroffenheit fordert, ergibt sich im Ergebnis nichts anderes. Die UVP-RL nämlich dient – wie oben schon ausgeführt – ausweislich ihres 11. Erwägungsgrundes u.a. dem Gesundheitsschutz. Der EuGH hat in verschiedenen Entscheidungen gerade auf dieses Kriterium abgehoben und es bereits ausdrücklich hinsichtlich der UVP-RL bejaht. Nach diesseitiger Überzeugung kann es insbesondere nach den Entscheidungen des Gerichtshofes in Sachen "Linster"<sup>130</sup> und "WWF/. Bozen"<sup>131</sup> keinen Zweifel mehr daran geben, dass Verstöße gegen die UVP-RL klagweise gerügt werden können.<sup>132</sup>

### 6.2.3.2.2 V-RL und FFH-RL

Komplexer stellt sich die Rechtslage hinsichtlich möglicher Verstöße von Offshore-Windenergiezulassungen gegen gemeinschaftliches Habitatschutzrecht dar. Eine Klagebefugnis ist insoweit nur dann unproblematisch zu bejahen, wenn man der oben zitierten Rechtsprechung allein das Erfordernis der unmittelbaren Richtlinienanwendbarkeit entnimmt.

Schwieriger indes ist es, das in einigen Entscheidungen des Gerichtshofes angelegte Kriterium des aus der Norm erkennbaren Individualbezuges im Zusammenhang mit dem gemeinschaftlichen Habitatschutzrecht zur Anwendung zu bringen. Namentlich Gellermann<sup>133</sup> ist nach detaillierter und überzeugender Analyse der aus der Rechtsprechung des EuGH ableitbaren Kriterien zu dem Ergebnis gelangt, dass sowohl betroffenen Privaten als auch hinter ihnen stehenden Naturschutzverbänden Klagemöglichkeiten zustehen müssen.<sup>134</sup> Ob sich diese aus diesseitiger Sicht überzeugende Rechtsauffassung durchsetzen wird, ist gegenwärtig noch offen. Hinsichtlich der Offshore-Problematik wird zusätzlich darüber zu befinden sein, ob die von Gellermann<sup>135</sup> vor-

nehmlich auf die im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland bezogene Interessenprüfung uneingeschränkt auch für die AWZ Geltung beanspruchen kann.

#### **6.2.4 Zusammenfassung zu 6.2**

Eine altruistische Verbandsklagemöglichkeit gegen die Genehmigung von Offshore-Windenergieanlagen in der AWZ ist vom Gesetzgeber nicht vorgesehen. Sie ergibt sich aber aus der an Art. 3 Abs. 1 GG orientierten verfassungsrechtskonformen Auslegung des § 61 BNatSchG jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen die Anlagenzulassung Befreiungen von Verboten und Geboten zum Schutz von Meeresschutzgebieten i.S.d. § 38 BNatSchG erfordert.

Darüber hinaus ergibt sich eine Klagemöglichkeit anerkannter Verbände bei Verletzungen ihres aus § 58 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG folgenden Mitwirkungsrechts bei der Schutzgebietserklärung gem. § 38 Abs. 3 BNatSchG.

Eine Klagemöglichkeit der Verbände ergibt sich auch bei Verstößen gegen die UVP-Pflicht. Schließlich spricht einiges dafür, dass sich Verbände gegen die Verletzung des gemeinschaftlichen Habitatschutzrechts klageweise zur Wehr setzen können.

### **7. Zusammenfassung**

1. Die Überplanung großräumiger Flächen der AWZ mit Offshore-Windenergieanlagen stellt sich im Hinblick auf den Meeresschutz als nicht unproblematisch dar. Das genaue Ausmaß der von Offshore-Windenergieanlagen ausgehenden Beeinträchtigungen der Meeresumwelt ist noch nicht bekannt. Unstreitig besteht die Möglichkeit erheblicher Beeinträchtigungen der Meeresumwelt, ebenso unstreitig bedarf es erheblicher weiterer Sachverhaltsaufklärung.

2. Mit dem BNatSchGNeuregG hat der Gesetzgeber sich bezogen auf den hier interessierenden Bereich darauf beschränkt, die besonders augenfälligen gemeinschaftsrechtlichen Defizite der bisherigen Regelung anzugehen. Eine weitergehende Umsetzung der intensiv diskutierten schutzgebietsbezogenen völkerrechtlichen Verpflichtungen zum Meeresumweltschutz fehlt.

3. Der gesetzgeberische Ansatz, mit der Festlegung von Meeresschutzgebieten einerseits und von Eignungsgebieten andererseits Steuerungsinstrumentarien zu schaffen und Wildwuchs in der AWZ zu verhindern, muß jedenfalls hinsichtlich der Eignungsgebiete als verunglückt bezeichnet werden. Ihre praktische Relevanz dürfte äußerst gering sein und angesichts einer zweifelhaften gesetzgeberischen Ausgestaltung eher Rechtsunsi-



cherheit neu begründen als bisher vorhandene zu beseitigen. Der Steuerungskraft steht zudem entgegen, dass der Eignungsgebietsfestlegung keinerlei negative Steuerungskraft für Anträge außerhalb der Eignungsgebiet zukommt.

4. Auch nach der Änderung des § 5 Abs. 1 Satz 4 SeeAnIV verbleibt bei konkurrierenden Anträgen mehrerer Betreiber für dasselbe Gebiet für die Antragsteller die Unsicherheit, von Konkurrenten “überholt” zu werden. Um dies und etwaige Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, bedarf es steter Abstimmung zwischen Antragstellern und BSH.

5. Sowohl der Festsetzung von Meeresschutz- und Eignungsgebieten als auch der Anlagenzulassung müssen weitergehende Erkenntnisse über die zum Meeresschutz geeignetsten Gebiete und über das Ausmaß der mit Offshore-Windenergieanlagen einhergehenden Beeinträchtigungen der Meeresumwelt zugrundeliegen. Dies ist schon deshalb unabdingbar, weil das gemeinschaftliche Habitatschutzrecht bereits derzeit und damit vor Ausweisung von Meeresschutzgebieten den Schutz faktischer bzw. potentieller Natura 2000 Gebiete vor erheblichen Beeinträchtigungen zwingend gebietet.

6. Vor dem Hintergrund der aus dem gemeinschaftlichen Habitatschutzrecht folgenden Schutzverpflichtungen bedürfen die in § 3 SeeAnIV normierten, wenig aussagekräftigen Versagungsgründe zum Schutz vor Gefährdungen der Meeresumwelt gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung dergestalt, dass erhebliche Beeinträchtigungen von ausgewiesenen bzw. faktischen und potentiellen Meeresschutzgebieten stets als der Genehmigung entgegenstehende Gefährdungen der Meeresumwelt eingestuft werden.

7. Die derzeit bekannten bzw. diskutierten Beeinträchtigungen der Meeresumwelt durch Offshore-Windenergieanlagen ziehen in allen gemeinschaftsrechtlich relevanten Fallkonstellationen die Notwendigkeit einer FFH-Verträglichkeitsprüfung nach sich. Stellen sich die festgestellten Beeinträchtigungen von Vögeln bzw. von FFH-relevanten Lebensraumtypen und Arten als erheblich heraus, steht dies der Anlagengenehmigung nach derzeitiger Rechtslage zwingend entgegen. Eine Genehmigung kann auch nicht im Wege der Ausnahme erteilt werden.

8. Auch nach vollständiger innerstaatlicher Umsetzung des europäischen Habitatschutzrechts und etwaiger Änderung des § 3 SeeAnIV wird die Zulassung von das Netz Natura 2000 erheblich beeinträchtigenden Offshore-Windenergieanlagen aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen jedenfalls solange ausscheiden, wie nicht bzw. weniger beeinträchtigende Alternativstandorte vorhanden sein werden. Sobald derartige, mit verhältnismäßigem Aufwand erschließbare Standorte nicht mehr vorhanden sein werden, wird sich die Frage nach den Möglichkeiten der Sicherung des Netzes Natura 2000 durch geeignete physisch-reale Kompensationsmaßnahmen stellen. Nur wenn sich derartige Sicherungsmöglichkeiten naturfachlich als tragfä-

hig erweisen sollten, wird eine Prüfung der darüber hinaus vorausgesetzten "zwingenden Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses" eröffnet sein. Ob die primär der Gewinnerzielungsabsicht von Anlagenbetreibern dienenden Anlagen generell geeignet sein können, das Habitatschutzrecht zwingend überwiegende öffentliche Interessen darzustellen, muß derzeit offenbleiben.

9. Auch unabhängig von möglichen Beeinträchtigungen des im Aufbau befindlichen Netzes Natura 2000 bedarf die mögliche Gefährdung der Meeresumwelt eingehender Prüfung, um dem aus dem Völkerrecht folgenden Vorsorge- bzw. Vorsichtsprinzip Rechnung zu tragen. Die Brüche in § 3 SeeAnIV zwischen Generalklausel und Regelbeispielen in den Formulierungen des Schutzmaßstabes sind dahingehend aufzulösen, dass das Vorsorge- bzw. Vorsichtsprinzip auf den Meeresumweltschutz insgesamt zur Anwendung gebracht wird. Dabei sind kumulative Einwirkungen mehrerer Anlagen besonders zu berücksichtigen.

10. Die Ermittlung der bau- und betriebsbedingten Auswirkungen der Offshore-Windenergieanlagen hat durch eine der UVP-RL genügende formalisierte Umweltverträglichkeitsprüfung stattzufinden, wie § 2 a SeeAnIV nunmehr klarstellt. Dies gilt uneingeschränkt auch in Eignungsgebieten und "potentiellen" Eignungsgebieten. Soweit § 3 a Satz 4 SeeAnIV seinem Wortlaut nach eine vollständige Vorwegnahme der Prüfung der Hinderungsgründe des § 3 SeeAnIV suggeriert und damit der Berücksichtigungsfähigkeit einer nach Gebietsfestlegung vorzulegenden UVP entgegensteht, erweist sich dies als gemeinschaftsrechtswidrig.

11. Die naturschutzrechtliche Eingriffsregelung ist im Bereich der AWZ zwar nicht unmittelbar anwendbar, doch darf das BSH aus völkerrechtlichen Gründen im Rahmen der Anwendung des § 3 Satz 1 SeeAnIV für die von Art. 194 Abs. 1 SRÜ erfaßten Auswirkungen materiell nicht hinter dem Schutzniveau der Eingriffsregelung zurückbleiben.

12. Die Anlagenzulassung von Offshore-Windenergieanlagen erfolgt nach derzeitiger Rechtslage unter weitgehender Ausklammerung der Zu- und Ableitungsproblematiken. Die für eine Netzanbindung unabdingbaren Kabel ziehen zahlreiche weitere Genehmigungsnotwendigkeiten und -probleme nach sich. Dies betrifft neben den bergrechtlichen Voraussetzungen in der AWZ selbst vor allem die aus dem jeweiligen Bundes- und Landesrecht folgenden raumordnerischen, wasserrechtlichen und naturschutzrechtlichen Anforderungen. Der von der Bundesregierung erstrebten Beschleunigung der Genehmigungsverfahren dürfte dies ebensowenig dienlich sein wie der Erreichbarkeit der verfolgten energiewirtschaftlichen Zielsetzungen insgesamt.

13. Anerkannte Naturschutzverbände sind im Genehmigungsverfahren gem. § 2 SeeAnIV ebenso zu beteiligen wie in den Verfahren zur Auswahl und Festsetzungen von Meeresschutz- und Eignungsgebieten. Ihnen steht jedenfalls gegen diejenigen Genehmigungsentscheidungen, die Befreiungen von Verboten und Geboten von Meeresschutzgebietsverordnungen erfordern, eine altruistische Verbandsklagemöglichkeit zu. Eine Klage-

möglichkeit wegen Verletzung des Mitwirkungsrechts der Verbände kann sich bei defizitären Schutzgebietsausweisungen i.S.d. § 38 Abs. 3 BNatSchG aus § 58 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ergeben. Unmittelbar aus Gemeinschaftsrecht ergibt sich darüber hinaus die Möglichkeit, Verstöße gegen die Anforderungen der UVP-RL zu rügen. Vieles spricht schließlich dafür, dass den Verbänden nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben auch Klagemöglichkeiten gegen Verstöße gegen individualrechtsbegründendes gemeinschaftliches Habitatschutzrecht eröffnet sind.

## Literaturverzeichnis

1. Bender, Bernd / Sparwasser, Reinhard / Engel, Rüdiger "Umweltrecht", 4. Aufl., 2000
2. Brandt, Edmund / Reshöft, Jan "Rechtsprobleme bei der Planung und Errichtung von Offshore-Windparks in der AWZ" Handbuch Energiemanagement (HbE) 3. Erg.-Lfg. Juni 2001
3. Brandt, Edmund / Runge, Karsten Kumulative und grenzüberschreitende Umweltwirkungen im Zusammenhang mit Offshore-Windparks, 2002
4. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Hrsg.) "Tagungsband Kongress: "Offshore-Windenergienutzung – Integration von Klimaschutz, Naturschutz, Meeresschutz und zukunftsfähiger Energieversorgung" am 14./15. Juni 2001
5. Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit u.a. "Strategie der Bundesregierung zur Windenergienutzung auf See, Stand: Januar 2002
6. Czybulka, Detlef "Naturschutzrecht im Küstenmeer und in der Ausschließlichen Wirtschaftszone" NuR 1999, S. 562 - 570
7. Czybulka, Detlev "Geltung der FFH-Richtlinie in der Ausschließlichen Wirtschaftszone" NuR 2001, 19 ff.
8. Czybulka, Detlev "Das Rechtsregime der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) im Spannungsfeld von Nutzungs- und Schutzinteressen" NuR 2001, 367 ff.
9. Czychowski, Manfred "Wasserhaushaltsgesetz" 7. Aufl. 1998
10. Ellwanger, Götz "Verpflichtung zur Durchführung und Umfang der FFH-Verträglichkeitsprüfung am Beispiel" NuL 1999, 478 ff.
11. Epiney, Astrid "Gemeinschaftsrecht und Verbandsklage" NVwZ 1999, 485 ff.
12. Erbguth, Wilfried/Schink, Alexander "UVPG" 2. Aufl. 1996
13. Fouquet, Dörte "Naturschutz und Offshore Windenergieanlagen in der AWZ", Rechtsgutachten April 2001
14. Friesecke, Albrecht "BWStrG" 4. Auf. 1999
15. Gaentzsch, Günter "Zur Entwicklung des Bauplanungsrechts in der Rechtsprechung des BVerwG", NVwZ 2001, 990 ff.
16. Geiger, Rudolf, EUV/EGV, 3. Aufl., 2000
17. Gellermann, Martin "Natura 2000, 2. Aufl. Berlin, Wien 2001
18. Götz, Volkmar "Europarechtliche Vorgaben für das Verwaltungsprozeßrecht" DVBl. 2002, 1 ff.
19. Gündling, Lothar "Die 200 Seemeilen-Zone", 1983
20. Halama, Günter "Die FFH-Richtlinie – unmittelbare Auswirkungen auf das Planungs- und Zulassungsrecht", NVwZ 2001, 506 ff.
21. Heath/Evans "Important Bird Areas in Europa. Priority sites for conservation", Cambridge (Birdlife International)
22. Hübner, Hendrik "Offshore-Windenergieanlagen", ZUR 2000, S. 137 - 144
23. Jarass, Hans D. "Schutzgebiete in der Ausschließlichen Wirtschaftszone", Februar 2001
24. Jarass, Hans D. / Pieroth, Bodo Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl., 1994

25. Jenisch, Uwe "Offshore-Windenergieanlagen im Seerecht", NuR 1997, S. 373 - 381
26. Kirchhof, Florian "Welches Schutzregime gilt in potenziellen FFH-Gebieten?", NuR 2001, 666 ff.
27. Klinski, Stefan, "Rechtliche Probleme der Zulassung von Windkraftanlagen in der AWZ", Gutachten im Auftrag des Umweltbundesamtes, UBA-Texte 62/01
28. Koch, Hans-Joachim/Lagoni, Rainer (Hrsg.) "Meeresschutz für Nord- und Ostsee", Schriftenreihe der Forschungsstelle Umweltrecht der Universität Hamburg, Band 19, 1996
29. Koch, Thorsten "Europäisches Habitatschutzrecht und Rechte von Planungs- und Vorhabensträgern" 2000
30. Koch, Thorsten "Die Regulierung des Zielkonflikts zwischen Belangen des Naturschutzes und anderen öffentlichen Interessen durch § 19 c BNatSchG in der gerichtlichen Praxis" NuR 2000, 374 ff.
31. Kopp, Ferdinand/Schenke, Wolf-Rüdiger "VwGO", 12. Aufl. 2000
32. Lagoni, Rainer "Die Errichtung von Schutzgebieten in der ausschließlichen Wirtschaftszone aus völkerrechtlicher Sicht, NuR 2002, 121 ff.
33. Louis, Walter/Engelke, Annegret "BNatSchG" 1. Teil, 2. Aufl. 2000
34. Moench, Christoph/Sander, Wolfram "Rechtsschutz vor deutschen Gerichten" in: Rengeling (Hrsg.), Hnadbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. I, 1998
35. Rengeling, Hans-Werner/Middeke, Andreas/Gellermann, Martin "Rechtsschutz in der Europäischen Union" 1994
36. Schink, Alexander "Auswirkungen der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (EG) auf die Bauleitplanung, GewArch 1998, 41 ff.
37. Schink, Alexander "Die Verträglichkeitsprüfung nach der Flora-Fauna-Habitat Richtlinie der EG, DÖV 2002, 45 ff.
38. Schoch, Friedrich "Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts" NordÖR 2002, 1 ff.
39. Schoch, Friedrich "Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts" NVwZ 1999, 457 ff.
40. Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Pietzner, Rainer "VwGO", 5. Erg.-Lief., Stand Januar 2000
41. Schröder, Meinhard in: von der Groeben, Hans / Thiesing, Jochen / Ehlermann, Claus-Dieter Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997
42. Schrödter, Wolfgang "Aktuelle Fragen der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie und der Vogelschutz-Richtlinie – dargestellt am Beispiel der Bauleitplanung, NdsVBl. 1999, 201 ff.
43. Schrödter, Wolfgang "Bauleitplanung in FFH-Gebieten und Vogelschutzgebieten" NuR 2001, 8 ff.
44. Spannowsky, Willi/Krämer, Tim "Die Neuregelung im Recht der Bauleitplanung aufgrund der Änderungen des BauGB, UPR 1998, 44 ff.
45. Sparwasser, Reinhard in: Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.) "Umweltrecht im Wandel" 2001, S. 1017 ff.: "Gerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht"
46. Stoll, Tobias "Meeresschutz im Küsten- und Offshore-Bereich im Hinblick auf nicht-stoffliche Einflüsse, NuR

1999, 666 ff.

47. Storm, Peter-Christoph "Zum rechtlichen Entwicklungsstand der Umweltverträglichkeitsprüfung" HdUVP (Std. 44. EL II/2001) 0506
48. Wegener, Bernhard W. "Rechte des Einzelnen" 1998
49. Wiese, Andreas / Kaltschmitt, Martin "Stand und Perspektiven der Windkraftnutzung in Deutschland" in Brauch, Hans-Günter (Hrsg.) "Energiepolitik" 1997 S. 87 - 100.

#### Fußnoten

- <sup>1</sup> BGBl. 2002 Teil 1 Nr. 22 v. 03.04.2002, S. 1193 ff.
- <sup>2</sup> Vgl. jüngst: Strategiepapier S. 7, 8; Rainer Baake, Tagungsband Offshore a.a.O.
- <sup>3</sup> BGBl. 2000 I, S. 305.
- <sup>4</sup> Brandt/Reshöft/Steiner, Hk-EEG, § 2 Rn. 27ff.
- <sup>5</sup> Stand Anfang März 2002
- <sup>6</sup> vgl. zur geplanten stufenweisen Vorgehensweise unter Vorsorgegesichtspunkten auch das Strategiepapier der Bundesregierung, S. 8 Ziff. 6
- <sup>7</sup> Strategiepapier der Bundesregierung, S. 8 Ziff. 6
- <sup>8</sup> Klinski, Rechtliche Probleme der Zulassung von Windkraftanlagen in der AWZ, S. 9.
- <sup>9</sup> Vgl. BGBl. 1994 II S. 1798 - 2018 und BGBl. 1994 II S. 3679.
- <sup>10</sup> Gündling, S. 221.
- <sup>11</sup> So auch Jenisch NuR 1997, 373, 375.
- <sup>12</sup> BT-Drs. 14/ 7490, Anhang 1, S. 72, Änderungsantrag Nr. 63.
- <sup>13</sup> Vergl. dazu auch Jarass, Schutzgebiete in der AWZ, S. 43; zurückhaltend Lagoni, NuR 2002, 121 ff.
- <sup>14</sup> NuR 2001, 367 ff.
- <sup>15</sup> BGBl. I 1995, S. 778.
- <sup>16</sup> BGBl. I 1997, S. 57f.
- <sup>17</sup> vgl. Jarass, Schutzgebiete, S. 37
- <sup>18</sup> Klinski, S. 14.
- <sup>19</sup> Das Gesetz tritt – insoweit – gem. Art. 5 ohne Überleitungsregelung in Kraft, erfasst also auch laufende Verfahren. Da – wie diese Arbeit aufzeigt – die Neuregelung materiellrechtlich nicht über den ohnehin schon bislang geltenden Stand hinausgeht, bedarf es keiner Prüfung etwaiger Vertrauensschutzgesichtspunkte für schon laufende Verfahren, denen ohnehin- worauf Kuhbier/Fouquet (Rechtsgutachten 2001, S. 20) hinweisen – entgegenzuhalten wäre, dass die Diskussion über die zu beachtenden naturschutzrechtlichen Bestimmungen die laufenden Verfahren von Beginn an bestimmt hat.

<sup>20</sup> So auch Klinski, S. 15.

<sup>21</sup> Es wird auf die Legaldefinition auf S. 6 verwiesen.

<sup>22</sup> So auch Klinski, S. 63.

<sup>23</sup> Klinski, S. 65; Brandt/ Runge, S. 78 ff.

<sup>24</sup> Klinski, S. 66.

<sup>25</sup> Der theoretisch ebenfalls erfasste Luftverkehr dürfte durch Offshore-Windenergieanlagen regelmäßig nicht beeinträchtigt werden und bleibt daher hier ausgeklammert

<sup>26</sup> Collision Regulations 1972, Internationale Regeln von 1972 zur Verhütung von Zusammenstößen auf See, Küsten-Almanach I. A. 1 a.

<sup>27</sup> Internationales Übereinkommen von 1974 zum Schutz des menschlichen Lebens auf See (SOLAS-Ü) in Kraft getreten für die BRD am 25. Mai 1980 (Bekanntmachung vom 30. April 1980, BGBl. II S. 717; In der Fassung der Bekanntmachung des Internationalen Übereinkommens von 1974 zum Schutz des menschlichen Lebens auf See und des Protokolls von 1978 zu diesem Übereinkommen vom 18. September 1998 (BGBl. II S. 2579), zuletzt geändert durch die 11.SOLAS-ÄndV vom 18. September 1998 (BGBl. II S. 2549); Küsten-Almanach I. B. 8. Insbesondere Kapitel V, Regel 8 enthält Bestimmungen über Schiffswegeföhrung.

<sup>28</sup> International Maritim Organisation – IMO.

<sup>29</sup> Friesecke, § 30, Rn. 4.

<sup>30</sup> *Friesecke*, § 30 Rn. 4.

<sup>31</sup> vgl. Strategiepapier der Bundesregierung, S. 8 Ziff. 6

<sup>32</sup> Strategiepapier der Bundesregierung, S. 12 Kap. 3.3.

<sup>33</sup> Bender/Sparwasser/Engel, Kapitel 6 Rn. 171.

<sup>34</sup> UBA-Gutachten S. 59 ff.

<sup>35</sup> a.a.O., S. 59 ff., 63

<sup>36</sup> Strategiepapier S. 7 Ziff. 2.1.1., S. 8 Ziff. 2.1.6, S. 13

<sup>37</sup> vgl. z.B. die Formulierung zur Energiezuföhrung, aus der sich abträgliche Wirkungen wie eine Geföhrdung der menschlichen Gesundheit ergeben oder ergeben können.

<sup>38</sup> vgl. Strategiepapier der Bundesregierung, S. 11.

<sup>39</sup> vgl. Strategiepapier der Bundesregierung, S. 12.

<sup>40</sup> der sich in § 3 a Abs. 1 Satz 6 SeeAnIV anschließende Halbsatz, dass besondere Eignungsgebiete “*im Anhang zu dieser Verordnung*” aufgeföhrte würden, erweist sich dabei mangels Anhang zur Verordnung bezogen auf die derzeitige Verordnungsfassung offenkundig als gesetzgeberisches Redaktionsversehen.

<sup>41</sup> vgl. Strategiepapier der Bundesregierung, S. 12

<sup>42</sup> vgl. Strategiepapier der Bundesregierung, S. 8 Ziff. 2.1.5., S. 10

<sup>43</sup> vgl. Strategiepapier der Bundesregierung, S. 22 ff., 23

- <sup>44</sup> vgl. Strategiepapier, S. 14
- <sup>45</sup> vgl. Strategiepapier, S. 10 Ziff. 3; dazu im einzelnen unten Kap. 5.
- <sup>46</sup> Jarass, Schutzgebiete, Gutachten 2001
- <sup>47</sup> vgl. zu diesen Ausnahmegründen Kap. 5.2.2.3
- <sup>48</sup> in diese Richtung ließe sich jedenfalls die Begründung des Änderungsantrages Nummer 29 zum damaligen § 37 a des Entwurfes (BT-Drs. 14/7490) deuten
- <sup>49</sup> Jenisch NuR 1997, 373, 377.
- <sup>50</sup> Siehe unter 3.2. Anforderungen nach dem Bergrecht.
- <sup>51</sup> Bender/Sparwasser/Engel, Kapitel 6 Rn. 84.
- <sup>52</sup> vgl. Czychowski, WHG, 7. Aufl. § 3 Rdnr. 32 m.w.N.
- <sup>53</sup> ders., a.a.O., Rdnr. 25 m.w.N.
- <sup>54</sup> OVG Lüneburg v. 28.6.1979 in ZfW 1980, 315.
- <sup>55</sup> vgl. z.B. Czychowski, WHG, 7. Aufl. § 3 Rdnr. 30 m.w.N.
- <sup>56</sup> Gesetz zur Neufassung des Gesetzes über den Nationalpark "Niedersächsisches Wattenmeer" vom 11.07.2001, Nds.GVBl. S. 443
- <sup>57</sup> Gesetz zur Neufassung des Gesetzes zum Schutze des schleswig-holsteinischen Wattenmeeres vom 17.12.1999
- <sup>58</sup> Vgl. z.B. O'Brian & José Rizo-Martin, Vilm Workshop on the Application of NATURA 2000 in the Marine Environment, Annex 4, S. 47 ff; Krämer in: Koch/Lagoni "Meeresumweltschutz in Nord- und Ostsee" S. 129 ff., 171
- <sup>59</sup> NuR 2001, 19 ff.
- <sup>60</sup> Nachweis bei Jarass a.a.O. S. 55 Fn. 22.
- <sup>61</sup> Jarass, Schutzgebiete in der AWZ, S. 49 / Schröder in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann Art. 227 Rn. 3f und 6.
- <sup>62</sup> EuGH - Kommission/Irland, 61/77 - Slg. 1978, S. 417 (447f.) / EuGH Rs 3, 4, 6/76 Kramer, Slg. 1976, S. 1279.
- <sup>63</sup> Schröder in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann Art. 227 Rn. 70.
- <sup>64</sup> "IBA 89", abgedruckt in Grimmet/Jones, Important Bird Areas in Europe, ICBP Techn. Publ. No 9, Cambridge 1989, aktualisierte Fassung Heath/Evans, Important Bird Areas in Europe, Priority sites for conservation, Cambridge 2000
- <sup>65</sup> Urt. v. 19.05.1998 – C 3/96 – EuGHE I, 3031, Rn. 68 ff.
- <sup>66</sup> vgl. OVG Münster, Beschl. v. 11.05.1999, NuR 2000, 165; OVG Lüneburg, Urt. v. 14.09.2000, 1 L 2153/99, Umdruck S. 23; jüngst BVerwG, Beschl. v. 21.11.2001, 4 VR 13.00, NuR 2002, 153 ff.; Urteil zur Ostseeautobahn vom 31.01.2002 4 A 15/01, noch unveröffentlicht
- <sup>67</sup> so insbesondere Dahlke, in: BMU: Tagungsband Kongress: "Offshore-Windenergienutzung und Um-



weltschutz", 14./15.Juni 2001, V-11

<sup>68</sup> vgl. Nachweise bei Gellermann, Natura 2000, S. 110 f.

<sup>69</sup> vgl. Nachweise bei Gellermann, Natura 2000, S. 113 Fn 21

<sup>70</sup> EuGH, Rs C-374/98; Kommission ./ Frankreich

<sup>71</sup> vgl. ausführlich Gellermann, Natura 2000, S. 116 ff. m.w.N.

<sup>72</sup> "faktische" Vogelschutzgebiete werden erst durch Meldung und innerstaatliche Ausweisung zu SPA, vgl. insbesondere Gellermann, Natura 2000,

<sup>73</sup> dabei wird hier erneut nur auf das Gemeinschaftsrecht selbst, nicht aber auf die derzeitige Fassung des § 3 SeeAnlV abgestellt.

<sup>74</sup> NVwZ 1998, 961 ff.

<sup>75</sup> so RiBVerwG Prof. Dr. Dr. Jörg Berkemann am 27.06.2001 im Rahmen eines Vortrages anlässlich des Vieten Schleswiger Forums für Öffentliches Recht

<sup>76</sup> NVwZ 2001, 506 ff., 513

<sup>77</sup> vgl. VG Schleswig, Beschluß vom 13.10.2001, 12 B 10/01; OVG Schleswig, Beschluß vom 12.02.2002, 4 M 93/01; beide zur kurzfristigen Veröffentlichung in der ZUR vorgesehen

<sup>78</sup> offizieller Titel der Liste: "Erläuterungsbericht zu den fachlichen Hinweisen des BfN und zur Analyse der Meldevorschläge" als Vorstufe einer in Erarbeitung befindlichen länderübergreifenden Liste

<sup>79</sup> ausgeklammert soll hier die strittige Frage bleiben, ob es prioritäre Vogelarten gibt und ob auch hinsichtlich prioritärer Lebensraumtypen und -arten nach Stellungnahme der Kommission wirtschaftliche Gründe Ausnahmeerteilungen rechtfertigen können.

<sup>80</sup> So auch die Bundesregierung in ihrem Strategiepapier, S. 12 Ziff. 3.3.

<sup>81</sup> ablehnend Schink, DÖV 2002, 45 ff., 55, der die Interessen an der Nutzung der Windenergie als "reine wirtschaftliche Interessen" bezeichnet; ferner OVG Lüneburg, ZfBR 2001, S. 208 ff., 211.; ablehnend für die Zeit vor Entscheidung über den Atomenergieausstieg auch Hübner, ZUR 2000, 137 ff., 142

<sup>82</sup> vgl. z.B. OVG Lüneburg, Urt. v. 18.11.1998, NuR 1999, 522 ff., 524; Ramsauer, NuR 2000, 601 ff., Halama, NVwZ 2001, 506 ff., 512; Gellermann, Natura 2000, 2. Aufl. 2001, S. 94 ff., Louis, BNatSchG, 2. Aufl. 2000, § 19 c Rdnr. 33; Koch, NuR 2000, 374 ff.; Ellwanger, NuL 1999, 478; Schink, GewArch 1998, 52; Spannowsky/Krämer, UPR 1998, 46; Schrödter, NdsVBl. 1999, 201; ders., NuR 2001, 8 ff., 17

<sup>83</sup> vgl. auch die Formulierung in BfN: Vilm Workshop on the Application of Natura 2000 in the Marine Environment S. 37: "The question remained open, which compensation measures can be applied when a Natura 2000 site is affected by newly planned hum impacts (e.g. construction, exploitation of natural resources etc.)."

<sup>84</sup> vgl. näher Boedeker "German biotope mapping in the Baltic Sea according to Annex I Habitats Directive", Vilm Workshop on the Application of Natura 2000 in the Marine Environment, Annex 8 S. 61 ff.

<sup>85</sup> die Aufzählung berücksichtigt nur die FFH-relevanten Lebensraumtypen und -arten, also keineswegs alle schutzbedürftigen.

<sup>86</sup> in diese Richtungweisend bereits im Ostseeautobahnurteil vom 19.05.1998, NVwZ 1998, 961 ff.; klar gestellt im Hildesheim-Urteil vom 27.01.2000, 4 C 2/99; ZUR 2000, 331 ff.; ferner im A-71-Urteil vom

27.10.2000, 4 A 18/99, DVBl. 2001, 386 ff.,

<sup>87</sup> so Gaentzsch, NVwZ 2001, 990 ff., 992

<sup>88</sup> BVerwG, Urt. v. 27.10.2000, 4 A 18/99, DVBl. 2001, 386 ff.

<sup>89</sup> vgl. Halama, NVwZ 2001, 506 ff., 513

<sup>90</sup> von einer Aushöhlung bis auf ein Minimum spricht auch Schink, DÖV 2002, 45 ff., 52

<sup>91</sup> NVwZ 2001, 990 ff., 992 f.

<sup>92</sup> kritisch zur Rechtsprechung des BVerwG auch Kirchhof, NuR 2001, 666 ff.

<sup>93</sup> vgl. Apfelbacher/Adenauer/Iven, NuR 1998, 73 ff.; Iven, UPR 1998, 363 ff; Niederstadt, NuR 1998, 520 f.; Schink, GewArch 1998, 48 ff., ders., DÖV 2002, 45 ff., 52; Louis, BNatSchG, 2. Aufl. 2000, § 19 c Rdnr. 2 ff., 5; OVG NW, ZuR 2000, 155, 160; wohl auch Schrödter, NuR 2001, 19

<sup>94</sup> Ehlers, Tagungsband zum Offshore-Kongreß Berlin 2001, S. I-14 / so auch Jenisch, NuR 1997, 373, 377 / Hübner, ZUR 2000, 137, 138.

<sup>95</sup> So auch Jarass a.a.O. S. 61.

<sup>96</sup> die bereits vor Inkrafttreten des BNatSchGNeuregG vorgenommene Genehmigung der Pilotanlage (vgl. Kap. 2) dürfte danach mangels förmlicher UVP gemeinschaftsrechtswidrig sein.

<sup>97</sup> vgl. z.B. Erbguth/Schink, UVPG, 2. Aufl. 1996, § 12 Rdnr. 18, 19 mit zahlreichen weiteren Nachweisen

<sup>98</sup> Jenisch, NuR 1997, 373, 377 / Hübner, ZUR 2001, 137, 138.

<sup>99</sup> Eine solche Erstreckungsklausel findet sich etwa in § 2 Abs. 1 Satz 1 EEG, wonach die Abnahme- und Vergütungspflicht für Strom aus Erneuerbaren Energien sich auch auf Anlagen erstreckt, die in der AWZ Strom gewinnen.

<sup>100</sup> Klinski, S. 21.

<sup>101</sup> Czybulka, NuR 1999, 562, 564 / ders., NuR 2001 367, 369.; dagegen Klinski, 19 ff.

<sup>102</sup> vgl. zu den kompetenziellen Bedenken Czybulka, NuR 1999, 562 ff., 567 f., der –bezogen auf die inhaltlich nicht relevant abweichende alte Gesetzeslage – von der Notwendigkeit einer “doppelt analogen” Anwendung spricht.

<sup>103</sup> Brandt/Reshöft, HbE, OZ 5304, 3. Erg.-Lfg., Juni 2001, S. 16ff.

<sup>104</sup> Gündling, Die 200 Seemeilen-Zone, 1983, S. 221.

<sup>105</sup> Czybulka (in NuR 1999, 562 ff., 564) verweist auf Art. 194 SRÜ, leitet daraus aber allein eine Verpflichtung zum Einsatz geeigneter Mittel ab.

<sup>106</sup> Brandt/Reshöft, a.a.O., S. 18f.

<sup>107</sup> Czybulka (in NuR 2001, 367 ff., 368) verweist zutreffend darauf, dass ein sachlicher Differenzierungsgrund zwischen beiden Schutzniveaus angesichts zumindest vergleichbarer Schutzbedürftigkeit nicht ersichtlich ist.

<sup>108</sup> vgl. z.B. BVerwG, Urt. v. 27.10.2000, 4 A 18/99, LS 2, NVwZ 2001, 673

<sup>109</sup> wobei hier der Sonderfall der sich aus Art. 6 Abs. 4 FFH-RL ergebenden Kohärenzsicherung einmal ausgeblendet wird

<sup>110</sup> UNECE "Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten vom 26.06.1998

<sup>111</sup> vgl. z.B. BVerwG, Urt. v. 12.12.1996, 4 C 19.95, E 102, 358 ff.

<sup>112</sup> vgl. Erbguth/Schink, UVPg, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 35 m.w.N.

<sup>113</sup> Übereinkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten vom 25.06.1998, In Kraft getreten am 30.10.2001

<sup>114</sup> vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.05.2001, 1 BvR 481/01, Umdruck S. 9; ähnlich schon VG Hamburg, Beschl. v. 15.01.2001, 15 VG 3932/2000, Umdruck S. 36 o., hinsichtlich der Differenzierung zwischen Naturschutzgebieten und Landschaftsschutzgebieten Differenzierungsgrund bejahend.

<sup>115</sup> vgl. zur Vergleichbarkeit der Schutzbedürftigkeiten Czybulka, NuR 2001, 367 ff., 368.

<sup>116</sup> Grundlegend BVerwGE 87, 62 ff., 70 ff.

<sup>117</sup> vgl. zu § 29 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG (alt) und § 47 VwGO (alt) : BVerwG, DVBl. 1996, 46 ff.

<sup>118</sup> vgl. BVerwG, NVwZ 1993, 572; 1996, 1011 ff., 1012; 1999, 67.

<sup>119</sup> zu denen nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben unproblematisch auch Verbände zählen können, vgl. Epiney, NVwZ 1999, 490; Beckmann, DVBl. 1991, 364 sowie Gellermann, Natura 2000, 2. Aufl. 2001, S. 264 m.w.N.

<sup>120</sup> EuGH, Urt. vom 19.06.1990 – Rs. C-213/89, "Factortame", E 1991, I-2433, Rdnr. 19

<sup>121</sup> vgl. z.B. Kopp/Schenke, § 42 Rdnr. 153 m.w.N.; Moench/Sandner in: Handbuch des deutschen und europäischen Umweltrechts, Bd. I, § 46 Rdnr. 65; Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der Europäischen Union, Rdnr. 1081 ff; Ruffert, DVBl. 1998, 72, Schoch, NVwZ 1999, 463; Wegener, Rechte des Einzelnen, S. 160 ff.

<sup>122</sup> Schoch, a.a.O.

<sup>123</sup> so z.B. Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 42 Rdnr. 153

<sup>124</sup> "gemeinschaftsrechtlich aufgeladene Schutznormtheorie", vgl. Schoch, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, Berlin, New York 2000, S. 37 m.w.N.

<sup>125</sup> so Schoch-Wahl/Schütz Rdnr. 127 f vor § 42 Abs. 2 VwGO; Rdnr. 37 zu § 42 Abs. 2

<sup>126</sup> vgl. aktuell zum Stand der Diskussion: Sparwasser: "Gerichtlicher Rechtsschutz im Umweltrecht" in Gesellschaft für Umweltrecht (Hrsg.), "Umweltrecht im Wandel", S. 1017 ff., insb. 1040 ff.; ferner Schoch, NordÖR 2002, 1 ff.; Götz, DBVI. 2002, 1 ff.

<sup>127</sup> vgl. näher Gellermann, Natura 2000, 2. Aufl. 2001, S. 248 ff., 251 für das Habitatschutzrecht

<sup>128</sup> vgl. z.B. Urteil vom 19.09.2000, Rs C – 287/98 Rn 31 ff.

<sup>129</sup> vgl. umfassend Gellermann, a.a.O. mit zahlreichen weiteren Nachweisen

<sup>130</sup> Urteil vom 19.09.2000, Rs C – 287/98

<sup>131</sup> Urt. v. 16.09.1999, Rs C – 435/97, Rn 68 ff.

<sup>132</sup> die einschränkende Formulierung in Fn 39 des Urteils "Linster", dass ein nationales Gericht die Einhal