



Institut für Naturschutz und Naturschutzrecht Tübingen
A. & J. Schumacher GbR

Ursrainer Ring 81
72076 Tübingen
Tel: 07071/ 6878160
Fax: 07071/6878162
info@naturschutzrecht.net
Tübingen, den 30.01.2014

und
Prof. h. c. mult. Dr. iur. Hans Walter Louis LL. M.

Gutachten:

Die Verwaltungspraxis des Bundesamts für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) für Offshore- Windenergieanlagen nach Seeanlagenverordnung

Im Auftrag des
NABU – Naturschutzbund Deutschland e. V.
Charitéstraße 3
D-10117 Berlin

Bearbeiter:
Jochen Schumacher
Anke Schumacher
Hans Walter Louis

Inhaltsübersicht

1. Einleitung	5
2. Gesetzliche Regelungen	6
3. Genehmigungsregime nach dem SeeAufgG	6
3.1 Benehmensklausel (§ 58 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG)	8
3.2 Stand der Technik	9
3.3 Standard Konstruktion	10
3.3.1 Bedenken aus rechtlicher Sicht	11
3.3.2 Rechtmäßigkeit des Standards Konstruktion – Stand der Technik als maßgebliches Beurteilungskriterium	12
4. Verstöße gegen den Gebietsschutz nach § 34 BNatSchG	13
5. FFH-Verträglichkeitsprüfung nach § 34 BNatSchG	14
5.1 Allgemeines	14
5.2 Verschlechterungsverbot	14
5.3 Kriterien für die FFH-Verträglichkeitsprüfung	15
5.4 Prüfung von Projekten auf ihre Verträglichkeit (§ 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG)	16
5.4.1 Allgemeines	16
5.4.2 Projektbegriff	16
5.4.3 Durchführung einer FFH-Verträglichkeitsprüfung	17
5.4.4 Anwendungsbereich	17
5.4.5 Summationswirkung mit anderen Projekten und Plänen – Kumulative Wirkung	18
5.4.6 Verträglichkeitsprüfung	20
6. Artenschutz	25
6.1 Verstöße gegen den Artenschutz nach § 44 BNatSchG	25
6.1.1 Tötungsverbot	25
6.1.2 Störungsverbot	27
6.1.3 Lebensstättenschutz (§ 44 Abs. 1 Nr. 3)	29
6.1.4 Gewährleistung der ökologischen Funktion (§ 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG)	30
6.2 Verstöße gegen den Artenschutz nach der Vogelschutz- und FFH-Richtlinie	31
6.2.1 Vogelschutzrichtlinie	31
6.2.2 FFH-Richtlinie	31
6.2.3 Absicht	31
7. Biotopschutz nach § 30 BNatSchG	32
8. Umwelthaftung nach § 19 BNatSchG	33

8.1	Schaden in Form erheblicher nachteiliger Auswirkungen (§ 19 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 BNatSchG)	35
8.2	Umwelthaftung im Bereich der ausschließlichen Wirtschaftszone.....	35
8.2.1	Anwendungsbereich	35
8.2.2	Umweltschäden im Meeresbereich.....	36
8.2.3	Legalausnahmen	40
8.2.4	Der Verantwortliche nach § 2 Nr. 3 USchadG	41
9.	Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses	43
9.1	Hintergrund	43
9.2	Historie	43
9.3	Planfeststellungsverfahren	44
10.	Zusammenfassung der rechtlichen Anforderungen an die Genehmigung eines Offshore-Windparks.....	46
10.1	Rechtliche Anforderungen für die technischen Anlagen an den Stand der Technik	46
10.2	Genehmigungsanforderungen für Windkraftanlagen in Natura 2000-Gebieten	47
10.3	Zusammenfassung der artenschutzrechtlichen Problematik bei der Errichtung von Windkraftanlagen in der AWZ	48
10.4	Zusammenfassung der Anforderungen bzgl. der Umwelthaftung bei der Errichtung von Windkraftanlagen in der AWZ.....	49
10.5	Zusammenfassung der Anforderung des Planfeststellungsbeschlusses nach § 5 Abs. 4 SeeAnIV	49
A.	BSH- Genehmigung „Butendiek“	50
1.	Allgemeines.....	50
2.	Natura 2000-Gebiete	51
2.1	FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“, (DE 1209-301)	51
2.2	Vogelschutzgebiet/NSG „Östliche Deutsche Bucht“, (DE 1011-401)	66
3.	Vogelzug (Seite 30)	71
4.	Zusammenfassende Betrachtung der Genehmigung Butendiek.....	73
	Schweinswale	73
	Seetaucher	74
	Vogelzug	75
	Fazit	76
B.	BSH- Genehmigung „DanTysk“	77
1.	Allgemeines.....	77
2.	Natura 2000-Gebiete	77
2.1	FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“, (DE 1209-301)	77

2.2 Vogelschutzgebiet/NSG Östliche Deutsche Bucht (DE 1011-401)	77
3. Marine Säuger	78
3.1 Schweinswale	78
3.2 Seehunde und Kegelrobben	80
4. Avifauna	80
4.1 Rastvögel.....	80
4.2 Vogelzug.....	83
5. Fische	86
6. Benthoslebensgemeinschaften	86
7. Zusammenfassende Betrachtung der Genehmigung „Dan Tysk“	86
Schweinswale	87
Seetaucher	88
Vogelzug	89
Fazit	90
C. BSH- Genehmigung „Amrumbank West“	91
1. Allgemeines.....	91
2. Marine Säuger	91
2.1 Schweinswale:	91
2.2 Seehunde und Kegelrobben:	92
3. Avifauna:	93
3.1 Rastvögel.....	93
3.2 Vogelzug	94
4. Fische.....	94
5. Benthoslebensgemeinschaften	95
6. Zusammenfassende Betrachtung der Genehmigung „Amrumbank West“	95
Schweinswale	95
Seehunde.....	96
Seetaucher	96
Vogelzug	97
Fazit	98
D. BSH- Genehmigung „Borkum Riffgrund II“	99
1. Allgemeines.....	99
2. Marine Säuger	100
2.1 Schweinswale	100

2.2	Einhaltung artenschutzrechtlicher Bestimmungen (§ 44 BNatSchG / Art. 12 FFH-RL):	101
2.3	Seehunde und Kegelrobben	103
3.	Avifauna	103
3.1	Rastvögel.....	103
3.2	Zugvögel	104
4.	Fledermäuse.....	105
5.	Fische	106
6.	Benthoslebensgemeinschaften	107
7.	Geschützte Biotope nach § 30 BNatSchG	107
8.	Zusammenfassende Betrachtung der Genehmigung „Borkum Riffgrund II“	107
	Schweinswale	107
	Vogelzug	108
	Fledermäuse.....	109
	Fazit	109
E.	Schlussbetrachtung	110
F.	Handlungsmöglichkeiten für NGOs.....	112

1. Einleitung

Die Bundesregierung verfolgt das Ziel, den Anteil der erneuerbaren Energien an der Stromversorgung bis zum Jahr 2020 von 12,7 % auf 35 % zu erhöhen. Im Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD heißt es hierzu: „Orientiert an den realistischen Ausbaumöglichkeiten legen wir den Ausbaupfad 2020 auf 6,5 GW fest. Um anstehende Investitionen mit langen Vorlaufzeiten bei Offshore-Wind nicht zu gefährden, werden die dafür kurzfristig notwendigen Maßnahmen getroffen. Zur Sicherstellung erfolgt eine Verlängerung des Stauchungsmodells bis zum 31. Dezember 2019. Für den weiteren Ausbaupfad bis 2030 gehen wir von durchschnittlich zwei Windparks pro Jahr mit einer Leistung von je ca. 400 MW aus, um einen Ausbau von 15 GW bis 2030 zu erreichen“.

Das Ziel des Ausbaus der erneuerbaren Energien hat eine zentrale Bedeutung im Hinblick auf den Klimaschutz und den Aufbau einer nachhaltigen Energieversorgung. Der Ausbau der Offshore-Windkraft wird dabei als ein wichtiger Schlüssel für das Gelingen der Energiewende gesehen. Um eine zeitnahe Realisierung von Offshore-Windparks zu ermöglichen, wurden verschiedene gesetzgeberische Schritte

unternommen. Gleichwohl ist die Offshore-Windkraft in vielerlei Hinsicht ökologisch problematisch. So können Beeinträchtigungen u. a. durch das Einrammen der Pfähle für die Windenergieanlagen erfolgen, da der dabei entstehende Schall zu einer Gefährdung von z. B. Schweinswalen oder Seehunden führen kann. Ebenso können durch großflächige Windparks Rastvögel verscheucht werden oder sich Windenergieanlagen als Barrieren für Seevögel erweisen. Benthoslebensgemeinschaften auf dem Meeresboden können durch Fundamente oder durch die Gründung vorbereitende Tätigkeiten zerstört werden.

2. Gesetzliche Regelungen

Eine Novelle für die Errichtung und den Betrieb von Offshore-Windparks ist mit dem Erlass der Seeanlagen-Neuregelungs-Verordnung am 31.01.2012 in Kraft getreten.¹ Mit dem Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften am 28.12.2012² soll zusätzliche Rechts- und Planungssicherheit für Vorhabenträger und andere Projektbeteiligte geschaffen werden.³

Neben der Relevanz für Vorhabenträger und andere Projektbeteiligte sind die Fragen der naturschutzrechtlichen Regelungen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens von zentraler Bedeutung.

3. Genehmigungsregime nach dem SeeAufgG

Die Errichtung und der Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen bedürfen der vorherigen Erlaubnis durch die zuständige Behörde (vgl. § 2 Abs. 1 SeeAnIV). Zuständig für die Prüfung, Zulassung und Überwachung von Anlagen im Bereich der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) ist nach dem Seeaufgabengesetz (SeeAufgG) der Bund (vgl. § 1 Nr. 10a SeeAufgG); die ausführende Behörde ist das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 SeeAufgG).

Die bis zum 31.01.2012 gültige Seeanlagenverordnung (SeeAnIV) sah für die Errichtung und den Betrieb einer Offshore-Windkraftanlage den Erlass eines entsprechenden Genehmigungsbescheids vor.⁴ Die Genehmigung konnte u. a. nur aus Gründen der Verschmutzung der Meeresumwelt (§ 3 Satz 2 Nr. 2 SeeAnIV [2008]) oder bei der Gefährdung des Vogelzugs (§ 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV [2008]) versagt werden.

¹ Vgl. zur Novelle der SeeAnIV: *Zabel*, NordÖR 2012, 263.

² BGBl. I 2012, S. 2730.

³ Das Gesetz sieht u. a. die Einführung eines verbindlichen Offshore-Netzentwicklungsplans sowie einer Entschädigungsregelung bei verspäteter Bereitstellung der Netzanbindungsleitungen vor.

⁴ Vgl. dazu *Dannecker/Kerth*, DVBl. 2009, 748, 750 ff.

Eine Verschmutzung der Meeresumwelt dürfte jedenfalls dann vorliegen, wenn durch Druck- oder Schallwellen eine am Anlagenstandort vorkommende Lebensgemeinschaft verdrängt oder in beachtlichem Umfang beeinträchtigt wird oder das betroffene Gebiet seine Funktion als Lebensraum für bestimmte Arten verliert.⁵ Ob es sich dabei um besonders gefährdete Arten oder Lebensgemeinschaften handelt, war aus Sicht von § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV nicht von Belang.⁶ Nach Nr. 3 waren Windparks, deren Errichtung und Betrieb den Vogelzug gefährdeten, nicht genehmigungsfähig. Die Regelung verfolgte also das Ziel, wandernden Vogelarten und ihren Populationen einen gewissen Schutz zukommen zu lassen. Der Schutz kam immer dann zum Tragen, wenn ein Windpark Gefährdungen der Bestandssituation wandernder Vogelarten verursachte.⁷

Nach der Gesetzesänderung bedarf es nunmehr eines Planfeststellungsbeschlusses, vgl. § 2 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SeeAnIV. Das BSH ist zuständig für die Durchführung des Planfeststellungsverfahrens und den Planfeststellungsbeschluss (§ 2 Abs. 2 SeeAnIV). Voraussetzung für den Planfeststellungsbeschluss ist, dass folgende Punkte nicht beeinträchtigt werden:

die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs und die Sicherheit der Landes- und Bündnisverteidigung

die Sicherheit der Meeresumwelt

andere Anforderungen nach der SeeAnIV oder sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften, z. B. das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG, vgl. zur Reichweite auch § 56 Abs. 1 BNatSchG; vgl. auch § 5 Abs. 6 SeeAnIV).

Um sicherzustellen, dass keiner dieser Gründe vorliegt, kann der Planfeststellungsbeschluss mit Auflagen versehen werden, vgl. § 5 Abs. 2 Satz 2 SeeAnIV. Nach § 5 Abs. 2 Satz 3 SeeAnIV kann die Planfeststellungsbehörde den Nachweis über die Erfüllung nach Satz 2 angeordneter Auflagen durch die Vorlage eines Gutachtens eines anerkannten Sachverständigen verlangen.

Die SeeAnIV (2008) sah vergleichbare Kriterien vor (vgl. § 3 SeeAnIV [2008]), für Nebenbestimmungen vgl. § 4 Abs. 1 SeeAnIV (2008). Nach § 4 Abs. 4 SeeAnIV (2008) konnte die Genehmigungsbehörde – unter bestimmten Voraussetzungen – die Einhaltung technischer Standards vorschreiben. Nach der alten Regelung hatte der Antragsteller im Genehmigungsverfahren – auf Verlangen der Behörde – durch ein Sachverständigengutachten nachzuweisen, dass die Anlage den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprach (§ 5 Abs. 4 SeeAnIV [2008]). Auch hatte

⁵ Vgl. dazu *Brandt/Gassner*, SeeAnIV, § 3 Rdnr. 42; *Gellermann/Schreiber*, Artenschutz, S. 133.

⁶ *Gellermann/Schreiber*, Artenschutz, S. 133.

⁷ Vgl. *Gellermann*, NuR 2004, 78.

der Antragsteller einen Anspruch auf Genehmigungserteilung, sofern keine Gründe im Sinne von § 3 Satz 1 SeeAnIV (2008) vorlagen.⁸

Mit der Novellierung wurde dieser Anspruch beseitigt. Jetzt kommt dem BSH ein Ermessen selbst dann zu, wenn alle zwingenden rechtlichen Vorgaben für die Errichtung eines Offshore-Windparks erfüllt sind.⁹ Dabei ist wichtig, dass es durch die Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses nicht zu einer Absenkung der materiellrechtlichen Anforderungen an die Genehmigung kommt.¹⁰ Das BSH kann jetzt im Rahmen seines Ermessens u. a. die Prüfung von sich ernsthaft anbietenden Alternativen (auch bzgl. des Anlagenstandorts) verlangen, wenn dies zur Vermeidung oder Verminderung von nachteiligen Auswirkungen des Offshore-Windparks auf öffentliche oder private Interessen dienlich erscheint.¹¹ Dies gilt auch für Naturschutzinteressen.

3.1 Benehmensklausel (§ 58 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG)

§ 58 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG regelt die Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Behörden bei Eingriffen in der AWZ. Diese Regelung gilt auch für die Zulassung von Windkraftanlagen bis zum 31.12.2016, wengleich bis dahin die Errichtung und der Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen von der Anwendung der Kompensationsfolgen und dem Vermeidungsgebot der Eingriffsregelung nach § 15 BNatSchG ausgenommen sind. Es können zwar keine Vermeidungs-, Ausgleichs- oder Ersatzmaßnahmen festgesetzt werden, aber die verfahrensbezogene Komponente der Eingriffsregelung – also die Herstellung des Benehmens mit der Naturschutzbehörde – ist nicht ausgenommen.

⁸ **§ 3 Versagen der Genehmigung**

Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn

1. die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs beeinträchtigt oder die Meeresumwelt gefährdet wird,
2. die Erfordernisse der Raumordnung nach § 2 Abs. 2 oder sonstige überwiegende öffentliche Belange einer Genehmigung entgegenstehen,

ohne dass dies durch eine Befristung, durch Bedingungen oder Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann. Ein Versagungsgrund liegt insbesondere dann vor, wenn

1. der Betrieb oder die Wirkung von Schifffahrtsanlagen und -zeichen, die Benutzung der Schifffahrtswege oder des Luftraumes oder die Schifffahrt beeinträchtigt würden,
2. eine Verschmutzung der Meeresumwelt im Sinne des Artikels 1 Abs. 1 Nr. 4 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 (BGBl. 1994 II S. 1798) zu besorgen ist,
3. der Vogelzug gefährdet wird oder
4. ein Widerspruch zu den Zielen der Raumordnung vorliegt.

⁹ Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 24.11.1994 – 7 C 25.93, NuR 1995, 348.

¹⁰ *Spieth/Uibeleisen*, NVwZ 2012, 322; BVerwG, Urt. v. 10.01.2006 – 4 A 1075.04, NuR 2006, 766 Rdnr. 448.

¹¹ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 24.04.2009 – 9 B 10.09, NuR 2009, 480; Urt. v. 13.12.2007 – 4 C 9.06, NuR 2008, 334.

Bei Offshore-Windkraftanlagen erfolgt die Beteiligung des Bundesamts für Naturschutz (BfN) durch das BSH unabhängig von § 17 Abs. 1 BNatSchG, um insbesondere artenschutzrechtliche Fragen abzuklären, die für die Erteilung einer Ausnahme oder einer Befreiung durch das BfN erforderlich sind.¹²

Für das BfN bedeutet die Benehmensklausel, dass es an einem vom BSH geführten Verfahren lediglich mitwirkt und die von ihm zu wahrenen Belange in diesem Verfahren zur Geltung bringen muss. Damit sind die meisten Eingriffe im Bereich der AWZ von den Fachbehörden zu genehmigen, die sich notfalls über das Votum des BfN hinwegsetzen können, weil das Gesetz lediglich das Benehmen und nicht das Einvernehmen mit dem BfN verlangt.¹³

Im Vollzug ist festzustellen, dass sich das BSH über die doch zum Teil erheblichen Einwände des BfN bei der Genehmigung von Offshore-Windkraftanlagen hinweggesetzt hat.

3.2 Stand der Technik

Der **Stand der Technik**¹⁴ verlangt strenge Vermeidungsanforderungen. Die rechtlichen Anforderungen orientieren sich am Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen und Betriebsweisen, deren praktische Eignung zur Emissionsbegrenzung gesichert ist.¹⁵ Das setzt zunächst die technische Eignung einer Maßnahme zur Erreichung einer Umweltentlastung voraus. Hierzu genügt es, wenn die Maßnahme zumindest in Versuchen erfolgreich erprobt worden ist.¹⁶ Die praktische Eignung einer technisch geeigneten Maßnahme liegt dann vor, wenn sie sich auch – im Rahmen der Verhältnismäßigkeit – in wirtschaftlicher Hinsicht als geeignet erweist.¹⁷ Der Stand der Technik ist gebietsunabhängig.

Das bedeutet im Einzelnen:¹⁸

Das Verfahren muss eine praktische Eignung als gesichert erscheinen lassen. Dies beinhaltet auch, dass das System für die geforderten Einsatzbedingungen

¹² Lütkes, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 58 Rdnr. 14.

¹³ Czybulka, in Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 58 Rdnr. 15.

¹⁴ Der Stand der Technik wird u. a. im Bundes-Immissionsschutzgesetz (§ 3 Abs. 6 BImSchG) legaldefiniert.

¹⁵ Vgl. z. B. Jarass, BImSchG, 8. Aufl. 2010, § 3 Rdnr. 102 f.

¹⁶ Jarass, BImSchG, 8. Aufl., § 3 Rdnr. 104.

¹⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.06.2001 – 7 C 21.00, NVwZ 2001, 1165.

¹⁸ Vgl. Jarass, BImSchG, 8. Aufl., § 3 Rdnr. 93 ff.

robust genug ist. Die Funktionsfähigkeit muss in Versuchen erprobt sein. Eine Pilotstudie ist für diesen Nachweis ausreichend.

Die Verhältnismäßigkeit zwischen Mitteleinsatz und Effektivität muss gewahrt sein. Das bedeutet, im betrachteten Fall muss die erzielbare Schallminderung in einer vernünftigen Beziehung zum wirtschaftlichen und technischen Aufwand stehen. Die Benutzerfreundlichkeit oder die Möglichkeit der Anpassung an unterschiedliche Offshore-Logistik sind weitere Faktoren, die die Verhältnismäßigkeit betreffen, da Verzögerungen durch einzusetzende Schallminderungsverfahren zum Teil erhebliche Kostensteigerungen bei der Errichtung zur Folge haben können.

Ein Verfahren, das dem Stand der Technik entspricht, muss nicht unbedingt für eine serienmäßige Produktion geeignet sein. Allerdings verbessert eine derartige Eignung die Verhältnismäßigkeit zwischen Mitteleinsatz und Effektivität, da eine serienmäßige Produktion in der Regel die Kosten verringert.

Die gewählte Gründungsvariante muss aber den Immissionsstandard einhalten, ansonsten kann es zu einem Schaden im Sinne des Umweltschadengesetzes (USchadG) kommen. Aus rechtlicher Sicht ist der Stand der Technik hinsichtlich der Schallminderungsmaßnahmen entscheidend. Diese spielt im Zusammenhang mit dem Vermeidungsgebot nach § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG eine tragende Rolle.

Im Falle der Schallminderung bei Rammarbeiten auf See gilt (bislang) der Immissionsstandard von 160 dB (Sound Exposure Level [SEL]) bzw. 190 dB (peak-to-peak) in 750 m Entfernung.¹⁹ Zu berücksichtigen ist aber, dass in besonders sensiblen Lebensräumen, z. B. Schweinswal-Aufzuchtgebieten, dieser Wert selbst noch zu hoch erscheint und in diesem Fall auch ein zeitliches Aussetzen der Rammung in Betracht zu ziehen ist, damit z. B. keine artenschutzrechtliche Regelung (Art. 12 FFH-RL) und keine erhebliche Beeinträchtigung von Arten im Sinne des USchadG/der Umwelthaftungsrichtlinie erfolgt.

3.3 Standard Konstruktion

Rechtsgrundlage für den Standard Konstruktion bildet § 4 Abs. 1 SeeAnIV, danach ist Voraussetzung, dass die Anlagen sowohl in der Konstruktion, der Errichtung als auch im Betrieb den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Daraus folgt, dass der

¹⁹ Vgl. Leitsätze für die Anwendung der Eingriffsregelungen gemäß § 58 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG (BSH 2010).

aufgeführte Standard kein statisches Produkt ist, sondern lediglich den zum Zeitpunkt der Herausgabe gegenwärtigen Stand der Technik und des Wissens darstellt.²⁰ Abweichungen von diesem Standard (neuestens Stuk 4) werden nur im Einzelfall vom BSH zugelassen, und zwar wenn und soweit dies aufgrund von Projektspezifika erforderlich ist, die Abweichung nicht ein geringeres Schutzniveau zur Folge hat und die Abweichung rechtzeitig und mit ausführlicher Begründung beim BSH beantragt wurde.²¹

3.3.1 Bedenken aus rechtlicher Sicht

Die skizzierte Genehmigungspraxis bzgl. des Stands der Technik ist unter verschiedenen Gesichtspunkten rechtlich nicht unproblematisch.

Eine Genehmigung selbst darf nur aus den in § 5 Abs. 6 SeeAnIV (§ 3 Satz 1 SeeAnIV [2008]) aufgeführten Gründen versagt werden (vgl. oben). Das BSH hatte bislang kein Ermessen bei der Genehmigung, anders ausgedrückt, das BSH musste die Genehmigung erteilen, wenn kein Versagungsgrund nach § 3 Satz 1 SeeAnIV (2008) vorlag. Daraus folgte ein Rechtsanspruch für den Antragsteller zur Genehmigung seines Antrags.²² Durch die Novellierung der SeeAnIV kommt dem BSH jetzt ein Ermessen selbst dann zu, wenn alle zwingenden rechtlichen Vorgaben für die Errichtung eines Offshore-Windparks erfüllt sind.²³

Das BSH kann jetzt im Rahmen seines Ermessens u. a. die Prüfung von sich ernsthaft anbietenden Alternativen (auch bzgl. des Anlagenstandorts) verlangen, wenn dies zur Vermeidung oder Verminderung von nachteiligen Auswirkungen der Offshore-Windparks auf öffentliche oder private Interessen dienlich erscheint.²⁴ Dies gilt auch für Naturschutzinteressen.

Das Verfahren selbst ist in ein Genehmigungsverfahren und in ein Vollzugsverfahren getrennt. Dies ist für den Regelungsmechanismus und die Versagungsgründe nicht unproblematisch. Die Genehmigung selbst gestattet noch nicht den Baubeginn des Offshore-Windparks und auch nicht dessen Betrieb.²⁵ Nach der Genehmigung folgt ein

²⁰ Standard Konstruktion, Teil A: Allgemeines, 4 Fortschreibung.

²¹ Standard Konstruktion, Teil A: Allgemeines, 3 Abweichungen.

²² *Dannecker/Kerth*, DVBl. 2009, 748, 750.

²³ Vgl. auch BVerwG, Urt. v. 24.11.1994 – 7 C 25/93, NVwZ 1995, 598.

²⁴ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 24.04.2009 – 9 B 10.09, NuR 2009, 480; Urt. v. 13.12.2007 – 4 C 9.06, NuR 2008, 334.

²⁵ Näher hierzu *Dannecker/Kert*, DVBl. 2011, 1460, 1463.

aufwendiges und komplexes vierstufiges Freigabeverfahren. Dieses Verfahren kann zu unzulässigen Einschränkungen von Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter (z. B. Nichtregierungsorganisationen [NGOs]) führen.²⁶

3.3.2 Rechtmäßigkeit des Standards Konstruktion – Stand der Technik als maßgebliches Beurteilungskriterium

In der SeeAnIV wird davon ausgegangen, dass es zur Erreichung des sich aus dem SeeAufgG ergebenden Gefahrenabwehrzwecks sowie des Vorsorgegebots erforderlich ist, dass Errichtung und Betrieb des Offshore-Windparks und seiner Bestandteile dem Stand der Technik entsprechen.²⁷ Durch die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs des Stands der Technik (vgl. hierzu oben) kann der jeweilige Schutzzweck auch bei fortschreitender technischer Entwicklung im Einzelfall bestmöglich verwirklicht werden. Dies ist vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots zunächst unbedenklich.²⁸

Jedoch erfordert diese Art der dynamischen Regelungstechnik, dass im Einzelfall auch tatsächlich die jeweils aktuellen technischen Entwicklungen Berücksichtigung finden. Anders als bei den allgemein anerkannten Regeln der Technik, bei denen lediglich die herrschende Auffassung unter den technischen Praktikern zu ermitteln wäre, muss bei der Ermittlung des Stands der Technik erforderlichenfalls auch in den Meinungsstreit der Techniker eingetreten werden, um bestimmen zu können, was technisch notwendig, geeignet, angemessen und vermeidbar ist.²⁹

Eine derartige von der SeeAnIV geforderte Auseinandersetzung mit dem jeweils aktuellen Stand der Technik ist im Standard Konstruktion jedoch nicht vorgesehen (und findet in der Praxis des BSH auch nicht statt). Zwar wird in den einschlägigen Nebenbestimmungen zu den bisher erteilten Genehmigungen regelmäßig auf den Stand der Technik als maßgeblichen Standard abgestellt,³⁰ und es wird darüber hinaus im Standard Konstruktion allgemein anerkannt, dass dieser nicht als statisches Produkt verstanden werden dürfe und neue Erkenntnisse und Entwicklungen in dynamischer Art und Weise Berücksichtigung finden müssen, gleichwohl wird davon

²⁶ Im Einzelnen hierzu *Dannecker/Kert*, DVBl. 2011, 1460, 1463.

²⁷ Siehe hingegen § 5 Abs. 2 SeeAnIV (a. F.), wo noch auf die „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ als ein Weniger gegenüber dem „Stand der Technik“ abgestellt wurde. Zu den einzelnen in diesem Zusammenhang relevanten Standards siehe z. B. *Fischer/Lorenzen*, NuR 2004, 766.

²⁸ Vgl. BVerfG, Urt. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359, 362.

²⁹ BVerfG, Urt. v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359, 362.

³⁰ *Dannecker/Kerth*, DVBl. 2011, 1460, 1462 ff.

ausgegangen, dass allein die Einhaltung der im Rahmen der Genehmigung vorgeschriebenen Standards, einschließlich solcher, auf die im Standard Konstruktion selbst verwiesen wird, die Basis für die Feststellung der Rechtmäßigkeit von Konstruktion, Errichtung und Betrieb der Anlage³¹ bildet.

Abweichungen von den darin geregelten Standards sind, wie oben dargestellt, nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich.

4. Verstöße gegen den Gebietsschutz nach § 34 BNatSchG

§ 34 BNatSchG setzt die Vorgaben aus Art. 6 FFH-RL³² und Art. 4 V-RL³³ in nationales Recht um (im Bereich der AWZ in Verbindung mit §§ 56 ff. BNatSchG 2009 und nach der alten Rechtslage i. V. m. § 38 BNatSchG 2002). Das Schutzregime des Art. 6 FFH-RL beschränkt sich flächenmäßig auf das FFH-Gebiet in seinen festgelegten Grenzen. Neben dem Artenschutz (Art. 12 FFH-RL) beruht das Schutzkonzept der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) auf dem besonderen Gebietsschutz (Art. 6 FFH-RL). Dieser bezieht sich auf die Unterschutzstellung einer bestimmten Fläche, vgl. dazu Art. 1 lit. j und I FFH-RL. Das Schutzregime der Vogelschutzrichtlinie (V-RL) beruht auf dem Gebietsschutz nach Art. 4 V-RL und dem Artenschutz nach Art. 5 V-RL. Die Abgrenzung eines Schutzgebiets hat nach fachlichen Gesichtspunkten zu erfolgen und muss ggf. auch Nahrungshabitate umfassen.³⁴

Mit der Ausweisung von Natura-2000-Gebieten soll ein kohärentes Netzwerk von Schutzgebieten geschaffen werden, mit dem Ziel, die Arten und Lebensräume des europäischen Naturerbes langfristig zu sichern. Der angestrebten Vernetzung liegt die Erkenntnis zugrunde, dass geschützte Arten in isolierten Reservaten insbesondere wegen des notwendigen genetischen Austauschs, oft aber auch wegen ihrer Lebensgewohnheiten nicht auf Dauer erhalten werden können. Deshalb ist der Schutz der Austauschbeziehungen zwischen verschiedenen Gebieten und Gebietsteilen unverzichtbar. Beeinträchtigungen dieser Austauschbeziehungen, z. B. durch

³¹ Standard Konstruktion, Teil A: Allgemeines, 2.1 Rechtsgrundlage sowie 2.3.1 Bau und Betrieb von Offshore-Windenergieanlagen (Offshore WEA), Ziffer 3; siehe hierzu auch die Ausführungen des BSH unter <http://www.bsh.de/de/Meeresnutzung/Wirtschaft/Windparks/index.jsp> zur Genehmigung von Offshore-Windparks, wonach der Standard Konstruktion „verbindliche Vorgaben für die Konstruktion der verschiedenen baulichen Komponenten eines Offshore-Windenergieparks“ formuliert.

³² Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wild lebenden Tiere und Pflanzen (ABl. L 206 vom 22.07.1992, S. 7).

³³ Richtlinie 2009/147/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.11.2009 über die Erhaltung der wild lebenden Vogelarten (kodifizierte Fassung, Abl. Nr. L 2010/20, S. 7).

³⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.12.2007 – C-418/04 (Dublin Bay), NuR 2008, 101.

Unterbrechung von Flugrouten und Wanderkorridoren, unterfallen mithin dem Schutzregime des Gebietsschutzes.³⁵

Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 FFH-RL enthalten Vorgaben für den Fall, dass „Pläne“ und „Projekte“ (einzeln oder zusammen mit anderen Plänen und Projekten) ein Natura-2000-Gebiet erheblich beeinträchtigen können. Um Verschlechterungen in den Schutzgebieten zu vermeiden, ist nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL eine Verträglichkeitsprüfung von Plänen und Projekten mit den für diese Gebiete festgelegten Erhaltungszielen durchzuführen. Ausnahmen sind nur aus den Gründen, die in Art. 6 Abs. 4 FFH-RL genannt sind, möglich. In diesem Fall sind zur Sicherung des Zusammenhangs des Netzes Natura 2000 notwendige Maßnahmen vorzusehen (Kohärenzmaßnahmen).

5. FFH-Verträglichkeitsprüfung nach § 34 BNatSchG

5.1 Allgemeines

Nach Art. 2 der FFH-RL sind die natürlichen Lebensräume und die wild lebenden Tier- und Pflanzenarten von gemeinschaftlichem Interesse in einem günstigen Erhaltungszustand zu bewahren oder dieser wiederherzustellen. Neben den hierfür erforderlichen Schutz-, Pflege-, Entwicklungs- oder Wiederherstellungsmaßnahmen und der Förderung der ökologischen Kohärenz von Natura 2000 durch die Erhaltung bzw. Schaffung von Landschaftselementen, die von ausschlaggebender Bedeutung für wild lebende Tiere und Pflanzen sind (Art. 3 Abs. 3 FFH-RL), besteht für die Schutzgebiete ein Verschlechterungsverbot nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL. Art. 6 Abs. 2 und 3 FFH-RL enthalten Vorgaben für den Fall, dass „Pläne“ und „Projekte“ (einzeln oder zusammen mit anderen Plänen und Projekten) ein Natura-2000-Gebiet erheblich beeinträchtigen können.

5.2 Verschlechterungsverbot

Um Verschlechterungen in den Schutzgebieten zu vermeiden, ist nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL eine Verträglichkeitsprüfung (FFH-VP) von Plänen und Projekten mit den für diese Gebiete festgelegten Erhaltungszielen durchzuführen. Ausnahmen sind nur aus den Gründen, die in Art. 6 Abs. 4 der FFH-RL genannt sind, möglich. Prüfgegenstand der FFH-Verträglichkeitsprüfung ist die Feststellung, ob ein Projekt oder Plan mit den für das Gebiet festgelegten Erhaltungszielen vereinbar und damit verträglich ist. Mit

³⁵ BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, NuR 2007, 336, Rdnr. 36; EuGH, Urt. v. 10.01.2006 – C-98/03, NuR 2006, 166 Rdnr. 49 ff.

§ 34 BNatSchG wird die projektbezogene Verträglichkeits- und Ausnahmeprüfung nach Art. 6 FFH-RL in bundesdeutsches Recht umgesetzt.

5.3 Kriterien für die FFH-Verträglichkeitsprüfung

Die FFH-RL selbst legt keine besondere Methode für die Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung fest. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat zu den Anforderungen an eine FFH-VP ausgeführt, dass vor der Genehmigung unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse sämtliche Gesichtspunkte der Pläne oder Projekte zu ermitteln sind, die für sich oder in Verbindung mit anderen Plänen oder Projekten die für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungsziele beeinträchtigen können. Diese Genehmigung darf daher nur unter der Voraussetzung erteilt werden, dass die Behörden zum Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung des Plans oder des Projekts Gewissheit darüber erlangt haben, dass sich dieser bzw. dieses nicht nachteilig auf das betreffende Gebiet als solches auswirkt.³⁶ Dies ist dann der Fall, wenn aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass es keine solchen Auswirkungen gibt.³⁷ Bestehen nach Ausschöpfung aller wissenschaftlichen Mittel und Quellen aus wissenschaftlicher Sicht vernünftige Zweifel daran, dass das Vorhaben die Erhaltungsziele nicht beeinträchtigen wird, so darf die Planfeststellungsbehörde kein positives Ergebnis der Verträglichkeitsprüfung feststellen.³⁸

Sind jedoch erhebliche Beeinträchtigungen des Schutzgebiets schon nach einer Vorprüfung „offensichtlich“ ausgeschlossen, so erübrigt sich nach Art. 6 Abs. 3 Satz 1 FFH-RL eine Verträglichkeitsprüfung.³⁹ Die FFH-VP beschränkt sich somit auf die Frage, ob „nach Lage der Dinge ernsthaft die Besorgnis nachteiliger Auswirkungen“ besteht.⁴⁰ Die Beweislast für die Unschädlichkeit des Plans oder Projekts liegt beim Vorhabens- bzw. Planungsträger sowie der Zulassungsbehörde.⁴¹

Aus Art. 6 Abs. 3 FFH-RL selbst ergibt sich nicht, dass im Rahmen der FFH-VP auch Alternativen zum vorgesehenen Projekt geprüft werden müssen, allerdings empfiehlt

³⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 29.01.2004 – C-209/02, NuR 2004, 656, Rdnr. 26 und 27; Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, NuR 2004, 769, Rdnr. 56 und 59.

³⁷ EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, NuR 2004, 769 Rdnr. 61; Urt. v. 26.10.2006 – C-239/04, NuR 2007, 30; BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06, NuR 2008, 633.

³⁸ Vgl. z. B. *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, BNatSchG, § 34 Rdnr. 25.

³⁹ BVerwG, Beschl. v. 13.08.2010 – 4 BN 6.10.

⁴⁰ BVerwG, Beschl. v. 26.11.2007 – 4 BN 46.07, NuR 2008, 115.

⁴¹ BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, NuR 2007, 336 ff., Rdnr. 62.

die Europäische Kommission eine solche Alternativenprüfung bereits im Rahmen der FFH-VP.⁴²

5.4 Prüfung von Projekten auf ihre Verträglichkeit (§ 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG)

5.4.1 Allgemeines

§ 34 setzt die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Zulässigkeit von Projekten innerhalb und außerhalb eines Natura-2000-Gebiets in nationales Recht um. Pläne und Projekte dürfen nach § 34 Abs. 1 und § 36 nur dann zugelassen werden, wenn sie mit den Erhaltungszielen des jeweiligen Gebiets bzw. mit seinem Schutzzweck verträglich sind, ansonsten könnte eine Unzulässigkeit vorliegen (Abs. 2). Vor der Zulassung und der Durchführung ist für die Projekte eine Verträglichkeitsprüfung durchzuführen. Dabei gilt, dass Projekte, die ein Natura-2000-Gebiet erheblich beeinträchtigen können und für die keine zumutbare Alternative existiert, trotzdem aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses zugelassen werden können (Abs. 3). Sonderregelungen für Gebiete mit prioritären Bestandteilen sieht Abs. 4 vor.

5.4.2 Projektbegriff

Der Projektbegriff ist in der FFH-RL nicht definiert. Es drängt sich jedoch ein Rückgriff auf die entsprechende Definition in der UVP-Richtlinie⁴³ auf. Unter Projekt (bezogen auf die AWZ) ist somit die Errichtung von baulichen oder sonstigen Anlagen (einschließlich des Abbaus von Bodenschätzen) zu verstehen.⁴⁴ Dieser weit gefasste Projektbegriff⁴⁵ erfasst alle Vorhaben, die in irgendeiner Form einen Eingriff in Natur und Landschaft und damit eine irgendwie geartete Modifikation derselben implizieren.⁴⁶ Entscheidend ist deshalb die abstrakte Gefährdung eines Schutzgebiets.⁴⁷ Als Projekt kann daher z. B. in Betracht kommen: die Errichtung von Gebäuden oder anderer bleibender Anlagen.⁴⁸

⁴² Europäische Kommission, Natura 2000 – Gebietsmanagement, 2000, S. 43.

⁴³ Richtlinie 85/337/EWG über die Umweltverträglichkeit bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl. EG 1985 L 175, S. 40.

⁴⁴ Vgl. z. B. v. Keitz, Rechtsschutz Privater gegen FFH-Gebiete, S. 78; Gellermann, Natura 2000, S. 76.

⁴⁵ Vgl. hierzu Jarass, NuR 2007, 371/372 f.; Europäische Kommission, Natura 2000 – Gebietsmanagement, S. 33.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, NuR 2004, 788 Rdnr. 44 f.; Möller/Raschke/Fisahn, EurUP 2006, 203/208 f.

⁴⁷ Epiney, in: Epiney/Gammenthaler, S. 95.

⁴⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, NuR 2004, 788, Rdnr. 27 f.; Urt. v. 14.01.2010 – C-226/08, NuR 2010, 114; Urt. v. 20.10.2005 – C-6/04, NuR 2006, 494.

5.4.3 Durchführung einer FFH-Verträglichkeitsprüfung

Die Verträglichkeitsprüfung nach § 34 ist vor der Projektgenehmigung durchzuführen.⁴⁹ Die Durchführung erfolgt im Hinblick darauf, ob das betreffende Projekt mit den für das jeweilige Gebiet festgelegten Erhaltungszielen vereinbar ist. Dabei reicht es nicht aus, bloße Verpflichtungen, Informationen über die voraussichtlichen erheblichen Auswirkungen eines Plans oder Projekts auf die Umwelt in die Plan- oder die Projektgenehmigung selbst aufzunehmen, dies genügt den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 Satz 1 FFH-RL nicht. In diesen Fällen handelt es sich nicht um eine vor der Genehmigung bzw. dem Beschluss erfolgende Prüfung.⁵⁰

Unter Umständen wirken sich Pläne oder Projekte, die unmittelbar mit der Verwaltung eines Gebiets in Verbindung stehen oder hierfür notwendig sind, jedoch auf ein anderes Natura-2000-Gebiet aus; in diesem Fall hat eine auf dieses Gebiet bezogene Verträglichkeitsprüfung stattzufinden. Eine Prüfung ist ggf. auch grenzüberschreitend zugunsten europäischer Schutzgebiete in anderen Mitgliedstaaten durchzuführen.⁵¹ Die Prüfung nach § 34 ist grundsätzlich auf alle o. g. Vorhaben anwendbar, die erhebliche Auswirkungen auf die Erhaltungsziele des Schutzgebiets haben können.⁵²

5.4.4 Anwendungsbereich

Liegt ein Plan oder ein Projekt vor, so ist eine Verträglichkeitsprüfung dann durchzuführen, wenn ein Gebiet von gemeinschaftlicher Bedeutung oder ein europäisches Vogelschutzgebiet (VSG) von den Auswirkungen „erheblich beeinträchtigt“ sein könnte.⁵³ Die erhebliche Beeinträchtigung kann entweder einzeln oder mit anderen Plänen oder Projekten erfolgen. In Betracht kommen dabei nicht nur die in § 34 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG genannten (förmlich ausgewiesenen) Schutzgebiete nach § 20 Abs. 2 BNatSchG, sondern sämtliche Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung und VSGs im Sinne der Definition des § 7 Abs. 1 Nr. 7 und 8 BNatSchG, d. h. auch noch nicht förmlich geschützte Flächen und Gebiete. Auch ist u. U. der (noch) nicht sehr günstige Erhaltungszustand des betreffenden Lebensraums bzw. der Art zu berücksichtigen, sodass bei der Verträglichkeitsprüfung

⁴⁹ Die FFH-VP ist vor der Projektgenehmigung durchzuführen, vgl. EuGH, Urt. v. 13.12.2007 – C-418/04, NuR 2008, 101, Rdnr. 229; Urt. v. 20.10.2005 – C-6/04, NuR 2006, 494, Rdnr. 57 ff.

⁵⁰ *Epiney*, in: *Epiney/Gammenthaler*, S. 108.

⁵¹ *Fischer-Hüftle*, ZUR 1999, 66/69.

⁵² BVerwG, Urt. v. 19.05.1995 – 4 A 9.97, BVerwGE 107, 1; OVG Lüneburg, Urt. v. 14.09.2000 – 1 L 2153/99, NuR 2001, 333; vgl. auch EuGH, Urt. v. 02.08.1993 – C- 355/90, NuR 1994, 521.

⁵³ A.A. *Epiney*, in: *Epiney/Gammenthaler*, S. 109.

neben den (möglicherweise) negativen Auswirkungen des Projekts auf den aktuellen Gebietszustand auch seine Auswirkungen auf die erforderlichen Entwicklungsmaßnahmen Berücksichtigung finden müssen.⁵⁴

Erst nach Abschluss des Auswahlverfahrens, der Listung und der anschließenden Unterschutzstellung ist die FFH-RL vollständig umgesetzt. Bis dahin sind alle Gebiete, die für den Aufbau des kohärenten Netzes Natura 2000 fachlich geeignet sind, als **potenzielle FFH-Gebiete**⁵⁵ zu betrachten, die dem Regime der FFH-RL unterliegen. Dabei gilt für Gebiete, deren Aufnahme in die Gemeinschaftsliste nicht hinreichend sicher prognostiziert werden kann, ein Verschlechterungsverbot nach Art. 4 Abs. 3 EUV⁵⁶, d. h., sie dürfen nicht so nachhaltig beeinträchtigt werden, dass sie für eine Meldung und Aufnahme in die Gemeinschaftsliste nicht mehr in Betracht kommen. Drängt sich hingegen die Aufnahme eines Gebiets in die Gemeinschaftsliste auf, so sind die unmittelbar geltenden Regelungen des Art. 6 Abs. 2–4 FFH-RL anzuwenden.⁵⁷

Für **faktische VSGe**⁵⁸ gilt § 34 nicht, da diese Gebiete nicht dem Schutzregime des Art. 6 Abs. 2–4 FFH-RL, sondern dem des Art. 4 Abs. 4 V-RL unterliegen. Diese Problematik ist u. a. im Bereich des Offshore-Windparks „Butendiek“ relevant, weil zum Genehmigungszeitpunkt das Gebiet noch nicht als FFH-Gebiet ausgewiesen war. Damit untersteht das Gebiet einem absoluten Verschlechterungs- und Beeinträchtigungsverbot.⁵⁹ Projekte sind demzufolge nur genehmigungsfähig, wenn damit keine erhebliche Beeinträchtigung eines faktischen VSG verbunden ist.

5.4.5 Summationswirkung mit anderen Projekten und Plänen – kumulative Wirkung

Eine erhebliche Beeinträchtigung eines Natura-2000-Gebiets kann sich auch durch eine Summationswirkung verschiedener Projekte und Pläne ergeben. Neue Projekte sind demnach auch dann einer Verträglichkeitsprüfung zu unterziehen, wenn sie für sich allein keine erheblichen Beeinträchtigungen auslösen können, dies aber im

⁵⁴ Lieber, NuR 2008, 597, 598; Epiney, in: Epiney/Gammenthaler, S. 108.

⁵⁵ Vgl. hierzu z. B. Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 31 Rdnr. 80; Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, § 31 BNatSchG Rdnr. 19.

⁵⁶ Vertrag über die Europäische Union (EUV).

⁵⁷ BVerwG, Urt. v. 27.01.2000 – 4 C 2.99; Urt. v. 17.05.2002 – 4 A 28.01; Urt. v. 17.05.2002 – 4 A 28.01, BNatSchG/ES BNatSchG 2002 § 61 Nr. 1.

⁵⁸ Vgl. hierzu z. B. Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 31 Rdnr. 41; Meßerschmidt, Bundesnaturschutzrecht, § 31 BNatSchG Rdnr. 21.

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 07.12.2000 – C-374/98, BNatSchG/ES BNatSchG § 19b Nr. 12.

Zusammenwirken mit anderen Vorhaben nicht auszuschließen ist. Dann unterliegt jedes einzelne Projekt/jeder Plan der Verträglichkeitsprüfung.⁶⁰

Eine Berücksichtigung von kumulativen Effekten setzt voraus, dass deren mögliche Auswirkungen in tatsächlicher Hinsicht absehbar sind. In die Verträglichkeitsprüfung sind daher die Vorhaben einzubeziehen, die bereits existieren, und solche, die bereits genehmigt sind, lediglich geplante Vorhaben können wegen des sog. Prioritätsprinzips nur einbezogen werden, wenn bereits die Planungsunterlagen vollständig der Genehmigungsbehörde vorliegen, lediglich geplante Projekte reichen nicht aus.⁶¹ Auch muss ein „Zusammenwirken“ möglich sein, d. h. ein Wechselspiel zwischen zwei oder mehreren Planungen, deren Auswirkungen gemeinsam zur Folge haben, dass ein Natura-2000-Gebiet beeinträchtigt werden kann.⁶²

Kumulative Umweltwirkungen⁶³ in diesem Sinne werden durch eine Mehrzahl unterscheidbarer anthropogener Belastungsbeiträge bzw. Belastungsfaktoren verursacht. Das Auftreten von Summationseffekten ist insbesondere dann wahrscheinlich, wenn Umwelteinwirkungen und -eingriffe in einem engen räumlichen Zusammenhang und zeitnah zueinander auftreten.⁶⁴ In der deutschen AWZ (mit bisher 30 betriebenen bzw. genehmigten Offshore-Windparks) sind auch weite räumliche Zusammenhänge zu berücksichtigen, ggf. im Bereich der gesamten Nord- und Ostsee. Eine erhebliche Beeinträchtigung der Natura-2000-Gebiete kann durch die additive Wirkung von gleichartigen Umwelteinwirkungen oder durch die synergistische Wirkung verschiedenartiger Belastungsfaktoren entstehen.

Zur Abschätzung von kumulativen Wirkungen sind alle potenziell zusammenwirkenden Projekte zu bestimmen, ebenso ihre Wirkungsarten und die potenziellen kumulativen Wirkungspfade. Die Festlegung der räumlichen Grenzen für die Untersuchung kumulativer Wirkungen richtet sich nach dem räumlichen Wirkungskreis der von den

⁶⁰ J. Schumacher/A. Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 34 Rdnr. 70; Mühlbauer, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 34 Rdnr. 6.

⁶¹ Mühlbauer, in: Lorz/Konrad/Mühlbauer/Müller-Walter/Stöckel, Naturschutzrecht, § 34 Rdnr. 6; vgl. auch Schütte, NuR 2008, 142, 144.

⁶² OVG Saarlouis, Urt. v. 20.07.2005 – 1 M 2/04, Juris.

⁶³ Vgl. hierzu auch Hötter, Tagungsbericht: Vilmer Expertentagung vom 29.09.–01.10.2008: „Bestimmung der Erheblichkeit und Beachtung von Summationswirkungen in der FFH-VP – unter besonderer Berücksichtigung der Artengruppe Vögel“.

⁶⁴ J. Schumacher/A. Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 34 Rdnr. 71.

Projekten oder Plänen ausgehenden (bekannten und vermuteten) Belastungen. Hierunter fallen auch die für die Netzanbindung notwendigen Konverterplattformen.⁶⁵

Die Einbeziehung von bereits abgeschlossenen Projekten und Plänen ist insbesondere dann erforderlich, wenn sie entweder das Gebiet dauerhaft beeinflussen und Anzeichen für eine fortschreitende Beeinträchtigung des Gebiets bestehen oder wenn sich im Zusammenwirken mit dem zu prüfenden Projekt Auswirkungen auf den Zustand der Lebensräume und Arten ergeben können.⁶⁶

Schöpft bereits die Vorbelastung die Belastungsgrenze aus oder überschreitet sie diese sogar, so läuft prinzipiell jede Zusatzbelastung dem Erhaltungsziel zuwider und ist deshalb erheblich im Sinne von Art. 6 Abs. 3 FFH-RL, § 34 Abs. 2 BNatSchG.⁶⁷

5.4.6 Verträglichkeitsprüfung

Aufgrund der spezifischen fachlichen und rechtlichen Anforderungen an die FFH-VP ist eine gesonderte Darstellung des Inhalts und des Ergebnisses dieser Prüfung notwendig.

Die zuständige Behörde hat gemäß dem Untersuchungsgrundsatz aus § 24 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz) den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln sowie Art und Umfang der Ermittlungen zu bestimmen. Zur Beurteilung des Vorhabens ist hinreichend aussagekräftiges Datenmaterial erforderlich, wobei Ermittlungstiefe und -umfang nur einzelfallbezogen bestimmt werden können. Die anzustellenden Ermittlungen sind jedenfalls in dem Umfang durchzuführen, dass eine sachgerechte Entscheidung möglich ist. Nach § 34 Abs. 1 Satz 3 BNatSchG besteht eine Mitwirkungspflicht des Betroffenen.

Die Verträglichkeit eines Projekts mit den Erhaltungszielen des betroffenen Natura-2000-Gebiets ist gegeben, wenn das mögliche Eintreten erheblicher Beeinträchtigungen mit einer ausreichenden Vorhersagegenauigkeit ausgeschlossen werden kann. Verbleiben entscheidungsrelevante Unsicherheiten, die sich mit den im Einzelfall zur Verfügung stehenden Mitteln nicht weiter aufklären lassen, so ist dies

⁶⁵ Vgl. J. Schumacher/A. Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 34 Rdnr. 71.

⁶⁶ Vgl. dazu OVG Münster, Urt. v. 01.12.2011 – 8 D 58/08.AK (Trianel).

⁶⁷ Vgl. J. Schumacher/A. Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 34 Rdnr. 76.

zugunsten der Schutzgebiete (und damit zulasten des Antragstellers) in die Beurteilung einzustellen.⁶⁸

Die Vorhabenbeschreibung hat alle zur Beurteilung möglicher Beeinträchtigungen notwendigen Angaben in einer entsprechenden Detailschärfe zu enthalten. Darzustellen sind der Umfang des Projekts, der gesamte durch das Vorhaben beeinflusste Raum, die Beziehung (z. B. Entfernungen) zwischen dem Projekt und den betroffenen Natura-2000-Gebieten sowie alle weiteren Projektparameter, die zur Ermittlung der bau-, anlagen- und betriebsbedingten Wirkfaktoren notwendig sind.⁶⁹

Ob und in welcher Weise sich die Wirkfaktoren auf die für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteile auswirken können, ist von der Art und Ausprägung dieser Bestandteile abhängig und bei der Festlegung von Untersuchungsumfang und -methodik zu berücksichtigen.⁷⁰

a) Erhaltungsziele und Schutzzweck

Maßstab für die Beurteilung der Auswirkungen eines Projekts sind die Erhaltungsziele der betroffenen Natura-2000-Gebiete. Ist das Gebiet bereits durch eine Natura-2000-Verordnung als Schutzgebiet ausgewiesen, ergeben sich die Maßstäbe für die Verträglichkeit aus dem Schutzzweck und den dazu erlassenen Vorschriften.⁷¹ Als Erhaltungsziele werden in § 7 Abs. 1 Nr. 9 BNatSchG die Ziele, die im Hinblick auf die Erhaltung oder Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands eines natürlichen Lebensraumtyps von gemeinschaftlichem Interesse, einer in Anhang II der FFH-RL oder in Art. 4 Abs. 2 oder Anhang I der V-RL aufgeführten Art für ein Natura-2000-Gebiet festgelegt sind, bezeichnet. Die Erhaltungsziele sind durch Auswertung der zur Vorbereitung der Gebietsmeldung gefertigten Standarddatenbögen zu ermitteln, in denen die Merkmale des Gebiets beschrieben werden, die aus nationaler Sicht erhebliche ökologische Bedeutung für das Ziel der Erhaltung der natürlichen Lebensräume und Arten haben.⁷²

⁶⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02 NuR 2004, 788; *Beckmann/Lamprecht*, ZUR 2001, 1, 2.

⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06, NuR 2008, 633, Rdnr. 72.

⁷⁰ *Baumann et al.*, NuL 1999, 463, 468.

⁷¹ BVerwG, Urt. v. 14.04.2010 – 9 A 5.08, NuR 2010, 558; für die Schutzgebiete der AWZ vgl. unter www.bfn.de/habitamare.

⁷² BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, NuR 2007, 336, Rdnr. 75; Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06, NuR 2008, 633, Rdnr. 72.

b) Erheblichkeit der Beeinträchtigung

Der Begriff der „erheblichen Beeinträchtigung“ wird nicht vom Gesetz definiert, er ist aber für die Beurteilung der Verträglichkeit eines Projekts mit den Erhaltungszielen eines Natura-2000-Gebiets das maßgebliche Kriterium. Entsprechend der allgemeinen Zielsetzung der FFH-RL (Schutz des europäischen Naturerbes durch den Aufbau eines kohärenten Schutzgebietssystems) legt Art. 6 Abs. 2 FFH-RL ein absolutes Verschlechterungsverbot für die natürlichen Lebensräume und die Habitate der Arten sowie ein Störungsverbot für die Arten, für die die Gebiete ausgewiesen worden sind, fest. Wenn § 33 Abs. 1 BNatSchG von der Vermeidung erheblicher Beeinträchtigungen des Gebiets in seinen für die Erhaltungsziele maßgeblichen Bestandteilen spricht, so ist bei einer richtlinienkonformen Auslegung jede Beeinträchtigung als erheblich aufzufassen, die zu einer Verschlechterung der zu schützenden Lebensraumtypen oder Arten führt.⁷³ Als Spezialregelung soll § 34 BNatSchG sicherstellen, dass dieses absolute Verschlechterungsverbot auch bei der Durchführung von Projekten beachtet wird. Eine Beeinträchtigung ist demzufolge nur dann unerheblich, wenn der Zustand der geschützten Lebensräume und der Habitate der geschützten Arten gleich bleibt bzw. sich verbessert oder die Populationsgröße der geschützten Arten nicht abnimmt.⁷⁴ Auch ist nicht jeglicher Flächenverbrauch im Lebensraum geschützter Vogelarten von vornherein als erheblich zu bewerten.⁷⁵ Dagegen muss jede Beeinträchtigung als erheblich eingestuft werden, die sich negativ auf die Lebensräume und Arten, die den Grund der Unterschutzstellung bilden, auswirkt.

Dabei ist auch zu beachten, dass es eindeutig nicht darauf ankommt, ob das Erhaltungsziel selbst erheblich beeinträchtigt wird. Entscheidend ist vielmehr, inwieweit ein für das Erhaltungsziel maßgeblicher Bestandteil einer erheblichen Beeinträchtigung unterliegt.

Grundsätzlich ist jede Beeinträchtigung von Erhaltungszielen erheblich und muss als „Beeinträchtigung des Gebiets als solchen“ gewertet werden. Zu prüfen ist, ob ein günstiger Erhaltungszustand trotz Durchführung des Vorhabens stabil bleiben wird.⁷⁶ Für die Frage, ob dies gewährleistet ist, dürfen zugunsten des zu beurteilenden Projekts die vom Vorhabenträger geplanten oder in der Planfeststellung angeordneten

⁷³ BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, NuR 2007, 336.

⁷⁴ Kokott, Schlussantrag in der Rs. C-127/02, Slg. 2004, I-7405, Nr. 85.

⁷⁵ OVG Koblenz, Urt. v. 08.11.2007 – 8 C 11523/06, NuR 2008, 181.

⁷⁶ BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, NuR 2007, 336.

Schutz- und Kompensationsmaßnahmen berücksichtigt werden; denn es macht aus der Sicht des Habitatschutzes keinen Unterschied, ob durch ein Projekt verursachte Beeinträchtigungen von vornherein als unerheblich einzustufen sind oder ob sie diese Eigenschaft erst durch entsprechende Vorkehrungen erlangen.⁷⁷ Verbleibende Zweifel an der Wirksamkeit von Schutz- und Kompensationsmaßnahmen gehen grundsätzlich zulasten des Vorhabens, vgl. oben.

Auch sind Änderungen, die sich erst im Anschluss an eine durchgeführte Verträglichkeitsprüfung ergeben haben und bekannt geworden sind, zu berücksichtigen. „Vor neuen Erkenntnissen dürfen die Augen nicht verschlossen werden.“⁷⁸

Art. 1 lit. e und i FFH-RL enthalten Legaldefinitionen des günstigen Erhaltungszustands von Lebensräumen und Arten. Daraus lässt sich folgern, dass unterschiedliche naturschutzfachliche Kriterien für den günstigen Erhaltungszustand eine Rolle spielen können. Dementsprechend können für geschützte Arten andere Reaktions- und Belastungsschwellen als für geschützte Lebensraumtypen abgeleitet werden.⁷⁹

c) Reaktions- und Belastungsschwellen der geschützten Arten

Der günstige Erhaltungszustand einer vom Erhaltungsziel des FFH-Gebiets umfassten Tier- oder Pflanzenart betrifft das Verbreitungsgebiet und die Populationsgröße. Sowohl im Verbreitungsgebiet als auch bei der Populationsgröße sollen langfristig Qualitätseinbußen vermieden werden. Einflüsse, die von einem Projekt ausgehen, dürfen die artspezifische Populationsdynamik nicht so weit stören, dass die Art kein „lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraums, dem sie angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird“, vgl. Art. 1 lit. i 1. Spiegelstrich FFH-RL. Die damit beschriebenen Reaktions- und Belastungsschwellen können im Einzelfall gewisse – das Erhaltungsziel nicht nachteilig beeinflussende – Einwirkungen zulassen. Bei einer entsprechenden Standortdynamik der betroffenen Tierart führt nicht jeder Verlust eines lokalen Vorkommens oder Reviers zwangsläufig zu einer Verschlechterung des Erhaltungszustands.⁸⁰

⁷⁷ Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.05.1998 – 4 A 9.97, NuR 1998, 544; Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, NuR 2007, 336, Rdnr. 53; Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06, NuR 2008, 633, Rdnr. 94; Urt. v. 14.04.2010 – 9 A 5.08, NuR 2010, 558.

⁷⁸ BVerwG, Urt. v. 12.03.2008 – 9 A 3.06, NuR 2008, 633, Rdnr. 89.

⁷⁹ BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, NuR 2007, 336, Rdnr. 44 ff.

⁸⁰ BVerwG, Urt. v. 16.03.2006 – 4 A 1075.04, NuR 2006, 766; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, NuR 2007, 336 Rdnr. 45.

Art. 1 lit. i 2. Spiegelstrich FFH-RL nennt als Ziel, dass das natürliche Verbreitungsgebiet dieser Art weder abnimmt noch in absehbarer Zeit vermutlich abnehmen wird. Daraus lässt sich schließen, dass nicht jeder Flächenverlust, den ein FFH-Gebiet durch ein Projekt erleidet, notwendigerweise mit einer Abnahme des Verbreitungsgebiets gleichzusetzen ist. Der Gebietsschutz verfolgt auch ein dynamisches Konzept. Zwar kommt regelmäßig der Erhaltung vorhandener Lebensräume Vorrang vor ihrer Verlagerung zu,⁸¹ doch kann z. B. auch der Klimawandel eine Veränderung der Lebensräume nach sich ziehen.

d) Reaktions- und Belastungsschwellen der geschützten Lebensraumtypen

Ebenso wie bei den Schwellen für Arten gibt es hier erhebliche praktische Probleme für die Ermittlung belastbarer Reaktions- und Belastungsschwellen. Bei den Lebensräumen handelt es sich um biogeografische Systeme, die durch vielfältige Vernetzungen und entsprechende komplexe Wechselbeziehungen gekennzeichnet sind. Wie eine Art kann auch ein natürlicher Lebensraum trotz einer vorübergehenden Störung zumindest dann stabil bleiben, wenn nach kurzer Frist eine Regeneration einsetzt. Zu beachten ist aber, dass der Erhaltungszustand eines Lebensraums nur dann als günstig einzustufen ist, wenn zugleich der Erhaltungszustand der für ihn charakteristischen Arten nach Art. 1 lit. e FFH-RL günstig ist.⁸²

Von den Belastungsschwellen sind die Bagatellschwellen⁸³ zu unterscheiden. Die Bagatellschwellen sind rechtlich wie fachlich nicht unumstritten. Die FFH-RL definiert den günstigen Erhaltungszustand eines Lebensraums so, dass „sein natürliches Verbreitungsgebiet sowie die Flächen, die er in diesem Gebiet einnimmt, beständig sind oder sich ausdehnen“. Danach ist es nicht zweifelsfrei, ob und ggf. in welchem Umfang ein direkter Flächenverlust, den ein Vorhaben für ein Biotop zur Folge hat, unter Berufung auf Bagatellschwellen zu rechtfertigen ist.⁸⁴

⁸¹ Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.06.2006 – 9 A 28.05, NuR 2006, 779.

⁸² BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 – 9 A 20.05, NuR 2007, 336 Rdnr. 48.

⁸³ Vgl. *Lambrecht/Trautner/Kaule/Gassner*, Ermittlung von erheblichen Beeinträchtigungen im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung, 2004.

⁸⁴ Ablehnend deshalb zu Recht *Gellermann*, NuR 2004, 769/772 f.; vgl. aber auch BVerwG, Urt. v. 27.02.2003 – 4 A 59.01, NuR 2003, 686.

6 Artenschutz

6.1 Verstöße gegen den Artenschutz nach § 44 BNatSchG

6.1.1 Tötungsverbot

Vom Tötungsverbot werden alle Tiere und Pflanzen der besonders geschützten Arten (§ 7 Abs. 2 Nr. 13 BNatSchG) erfasst, unabhängig davon, ob sie besonders gefährdet sind.

Bei den geschützten Tieren gelten die Verbotstatbestände der Nr. 1 und 3 für alle besonders geschützten Arten, das Störungsverbot der Nr. 2 dagegen nur für die streng geschützten Arten sowie alle europäischen Vogelarten. Die Verbote gelten unabhängig vom Beweggrund oder der Motivation des Handelnden und greifen somit auch bei Handeln mit „vernünftigem“ Grund ein, soweit nicht ein Ausnahmetatbestand nach Abs. 4 oder 5 gegeben ist. Ob die Handlung absichtlich, zielgerichtet, fahrlässig oder ohne Sorgfaltsverstoß erfolgt, ist nicht von Belang.⁸⁵

Das in § 44 Abs. 1 Nr. 1 festgelegte Tötungsverbot untersagt es, wild lebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen, zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Von diesem Verbot sind u. a. alle europäischen Vogelarten und alle Fledermäuse als Arten des Anhangs IV der FFH-RL umfasst. An Windenergieanlagen kann nicht ausgeschlossen werden, dass es bei Kollisionen von Vögeln oder Fledermäusen zur Tötung von Individuen kommt. Allerdings löst nicht bereits der Tod eines Tieres automatisch den Verbotstatbestand aus. Der Verbotstatbestand greift erst, wenn das Tötungsrisiko signifikant erhöht ist.

Es stellt sich daher die Frage, ab wann mit einem erhöhten Tötungsrisiko zu rechnen ist. Hierzu ist es zunächst erforderlich, dass sich die betrachteten Arten natürlicherweise (zumindest kurzzeitig) im Gefahrenbereich aufhalten. In Bezug auf Windenergieanlagen sind daher die Vögel und Fledermäuse relevant, die sich regelmäßig in Höhe der sich drehenden Rotoren aufhalten. Dies trifft bei Windenergieanlagen an Land z. B. für eine Reihe von Greifvogel- und Fledermausarten (z. B. Großer und Kleiner Abendsegler) zu.

Des Weiteren ist es für eine signifikante Erhöhung des Tötungsrisikos erforderlich, dass sich die Tiere entsprechend häufig oder in entsprechend großen Individuenzahlen

⁸⁵ Vgl. *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, BNatSchG, § 44 Rdnr. 6.

(z. B. bei Zuggeschehen) im Gefährdungsbereich aufhalten, es muss also eine erhöhte Nutzung des Gebiets vorliegen. Bei der Bewertung ist auch einzubeziehen, ob ggf. das Vorhaben die Attraktivität des Gebiets für bestimmte Arten steigern kann. Eine solche Risikoerhöhung liegt (etwa bei einer Straße, gleichermaßen bei Windenergieanlagen) nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) nur vor, wenn es um Tiere solcher Arten geht, die aufgrund ihrer Verhaltensweisen gerade im Bereich des Vorhabens ungewöhnlich stark von den Risiken des dadurch verursachten Straßenverkehrs betroffen sind und sich diese besonderen Risiken durch die konkrete Ausgestaltung des Vorhabens einschließlich der geplanten Vermeidungs- oder Minderungsmaßnahmen nicht beherrschen lassen.⁸⁶ Es wirken also zwei Faktoren zusammen: das Verhalten der Tiere und der Betrieb einer Anlage. Auf die Zahl der Individuen kommt es nicht in erster Linie an. Es sind somit Kenntnisse über die Raumnutzung der relevanten Arten im Umkreis der Windenergieanlagen erforderlich. Allerdings bestehen bei vielen Arten noch große Wissenslücken, sodass sich eine abschätzbare Bestimmung des Tötungsrisikos an einem bestimmten Anlagenstandort häufig nicht seriös bewerkstelligen lässt.

Das BSH schreibt in verschiedenen Genehmigungsbescheiden von Windkraftanlagen⁸⁷ zu Recht: „Der artenschutzrechtliche Verbotstatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG verbietet jede objektiv tatbestandliche Tötungshandlung. [...] Zwar sind kollisionsbedingte Einzelverluste durch die Errichtung einer ortsfesten Anlage in bisher hindernisfreien Räumen nicht gänzlich auszuschließen. Die angeordneten Maßnahmen, wie Minimierung der Lichtemissionen, sorgen aber dafür, dass eine Kollision mit den Offshore-WEA soweit als möglich vermieden oder dieses Risiko zumindest minimiert wird. Zudem wird ein Monitoring in der Betriebsphase durchgeführt, um eine verbesserte naturschutzfachliche Einschätzung des von den Anlagen tatsächlich ausgehenden Vogelschlagrisikos zu ermöglichen. Die Anordnung weiterer Maßnahmen wurde zudem ausdrücklich vorbehalten. Nach dem jetzigen Kenntnisstand wird das Kollisionsrisiko für die o. g. Vogelarten durch den Bau und den Betrieb der Windenergieanlagen nicht signifikant erhöht, insbesondere da die Anlagen sich nicht in einem Zugkorridor für die betroffenen Vogelarten befindet. Das Vorhaben verletzt daher nicht das Tötungsverbot i. S. d. Art. 5 a) V-RL i. V. m. § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG.“

Diese Äußerung kollidiert aber mit der im Genehmigungsbescheid enthaltenen Nebenbestimmung 21, diese lautet wie folgt:

„Soweit besonders intensiver Vogelzug (sog. Massenzugereignis) mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Bereich des Vorhabens vorhersehbar passiert, sind unverzüglich Beweissicherungsmaßnahmen, insbesondere zum Aspekt des etwaigen

⁸⁶ BVerwG, Urt. v. 18.03.2009 – 9 A 39.07, NuR 2009, 776; Urt. v. 12.08.2009 – 9 A 64.07, NuR 2010, 276.

⁸⁷ Vgl. z. B. Genehmigungsbescheid „Borkum Riffgrund II“, S. 124.

Vogelschlages, einzuleiten; sofern in der Nähe des Vorhabens eine geeignete stationäre Einrichtung vorhanden ist, ist diese hierfür zu nutzen. Die hierdurch gewonnenen Erkenntnisse sind der Genehmigungsbehörde innerhalb einer Woche nach dem untersuchten Zugereignis vorzulegen. Eine Entscheidung darüber, die Anlagen für den Fall eines Massenzugereignisses mit Vergrämungsinstallationen auszustatten oder deren vorübergehende Abschaltung anzuordnen, wird ausdrücklich vorbehalten. Auf die weiteren Möglichkeiten nach § 15 Absatz 3 SeeAnIV wird ausdrücklich hingewiesen.“

Aus der Nebenbestimmung 21 lässt sich folgern, dass die Genehmigungsbehörde ein Massenzugereignis im Bereich der Windkraftanlagen zumindest nicht ausschließt. In diesem Fall besteht aber ein erheblich größeres Tötungsrisiko für die einzelnen Vögel. Um dem Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG zu entgehen, reichen Beweissicherungsmaßnahmen (entsprechend der Nebenbestimmung 21) nicht aus. Zumindest bei einem Massenzugereignis muss die Anlage für diese Zeit abgeschaltet werden, ansonsten drohen ein Verstoß gegen das Tötungsverbot nach § 44 Abs. 1 BNatSchG und eine Haftung entsprechend der Umwelthaftungsrichtlinie/des USchadG.

Aus Vorsorgegründen sollten auch diejenigen Bereiche für die Errichtung von Windenergieanlagen tabu sein, bei denen von einer intensiven Nutzung durch planungsrelevante Arten – und damit von der Möglichkeit einer signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos – ausgegangen werden kann. Auch die Abschaltung der Anlagen zu kritischen Zeiten folgt dem Vorsorgegedanken und kann zur Verringerung des Tötungsrisikos eingesetzt werden. Vögel können z. B. bei schlechter Sicht oder zu Zeiten verstärkten Vogelzugs von Abschaltungen profitieren.

Zu der Rechtslage BNatSchG 2002 ist anzumerken, dass die artenschutzrechtlichen Verbote des § 42 Abs. 1 BNatSchG 2002 im Bereich der AWZ keine Geltung hatten.⁸⁸

6.1.2 Störungsverbot

Gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist es verboten, wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören; eine erhebliche Störung liegt vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert.

Es löst somit nicht jede Störung den Verbotstatbestand aus. Einerseits beschränkt sich das Verbot auf sensible Zeiten, andererseits wird die Wirkung der Störung in Bezug zur lokalen Population gesetzt. Als lokale Population ist dabei die Gesamtheit der

⁸⁸ *Lagoni*, NuR 2002, 124 f.

Individuen einer Art anzusehen, die während bestimmter Phasen des jährlichen Zyklus (z. B. Brut-, Rast-, Überwinterungszeit) in einem anhand ihrer Habitatansprüche abgrenzbaren Raum vorkommen. Um die Wirkung der Störung auf die Population bewerten zu können, sind Kenntnisse über die Größe der lokalen Population erforderlich sowie über den Anteil der Population, der durch die Störung beeinträchtigt wird. Insbesondere bei kleinen Populationen gefährdeter Arten kann bereits dann eine signifikante Verschlechterung und damit eine erhebliche Störung vorliegen, wenn die Fortpflanzungsfähigkeit, der Bruterfolg oder die Überlebenschancen einzelner Individuen beeinträchtigt oder gefährdet werden.

Zur Beurteilung der Betroffenheit von Arten müssen zuvor Art und Intensität, räumliche Ausdehnung sowie ggf. die zeitliche Abfolge der Störung(en) ermittelt worden sein. Auch kumulative Effekte sind zu berücksichtigen. In der Planungspraxis besteht das Problem, dass für viele Vogel- und Fledermausarten noch keine genaueren Erkenntnisse über die Störwirkung von Windenergieanlagen vorliegen. Im Falle verbleibender Erkenntnislücken kann eine Worst-Case-Betrachtung der Planungssicherheit dienen.

Der Begriff der Störung setzt vorbeugend schon im Vorfeld der Schädigung an. Eine Störung kann grundsätzlich durch Beunruhigungen und Scheuchwirkungen z. B. infolge von Bewegung, Lärm oder Licht eintreten. Unter das Verbot fallen auch Störungen, die durch Zerschneidungs- oder optische Wirkungen hervorgerufen werden. Erforderlich ist, dass die Handlung geeignet ist, bei den Tieren Reaktionen wie Flucht, Unruhe o. Ä. hervorzurufen.

Störung erfordert nicht ein bewusstes zielgerichtetes Handeln, sondern umfasst jede bewusste Handlung, die in Kauf nimmt, dass Tiere der streng geschützten Arten oder der europäischen Vogelarten beeinträchtigt werden können. Auch in Trennwirkungen kann eine Störung liegen.⁸⁹ Selbst Vergrämungsmaßnahmen, die verhindern sollen, dass Tiere durch die Errichtung oder den Betrieb von Anlagen getötet werden, können den Störungstatbestand erfüllen.⁹⁰ Solche Maßnahmen stellen im Rahmen der Prüfung des § 45 Abs. 7 BNatSchG im Vergleich zur Tötung eine schonendere Alternative dar, bedürfen aber einer Ausnahmegenehmigung. Überschneidungen können sich mit dem Tatbestand des § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG ergeben, wenn die Störung im Bereich der

⁸⁹ BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14.07, NuR 2009, 112/121, Rdnr. 105.

⁹⁰ *Kratsch*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 44 Rdnr. 21.

Fortpflanzungs- und Ruhestätten erfolgt. Eine Beschädigung einer solchen Stätte ist anzunehmen, wenn die Auswirkungen auch nach Wegfall der Störung oder betriebsbedingt (z. B. Geräuschimmissionen) andauern.

Der Begriff „Erhaltungszustand einer Art“ ist nach Art. 1 lit. i FFH-RL wie folgt definiert: „die Gesamtheit der Einflüsse, die sich langfristig auf die Verbreitung und die Größe der Populationen der betreffenden Arten in dem in Art. 2 bezeichneten Gebiet auswirken können“.

Der Erhaltungszustand wird als „günstig“ betrachtet, wenn

aufgrund der Daten über die Populationsdynamik der Art anzunehmen ist, dass diese Art ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraums, dem sie angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird, und

das natürliche Verbreitungsgebiet dieser Art weder abnimmt noch in absehbarer Zeit vermutlich abnehmen wird und

ein genügend großer Lebensraum vorhanden ist und wahrscheinlich weiterhin vorhanden sein wird, um langfristig ein Überleben der Populationen dieser Art zu sichern.

6.1.3 Lebensstättenschutz (§ 44 Abs. 1 Nr. 3)

Die Begriffe „Fortpflanzungsstätten“ und „Ruhestätten“ entsprechen dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 lit. d FFH-RL.

Nach Auffassung des BVerwG wird durch das Beschädigungs- und Zerstörungsverbot nicht der gesamte Lebensraum der Art geschützt, sondern nur selektiv die ausdrücklich bezeichneten Lebensstätten, die durch bestimmte Funktionen für die jeweilige Art geprägt sind. An der damit verbundenen engen räumlichen Begrenzung hat sich durch die Neuregelung nichts geändert. Es handele sich um eine naturschutzfachliche Frage, die je nach den Verhaltensweisen der verschiedenen Arten unterschiedlich beantwortet werden könne.

Zu den Fortpflanzungsstätten zählen alle Bereiche, die für die Fortpflanzung notwendig sind, d. h. die Bereiche, die für die Balz, die Paarung, den Nestbau, die Eiablage und -entwicklung oder für die Nachwuchspflege benötigt werden. Ruhestätten sind Gebiete, die für das Überleben eines Tieres oder einer Gruppe von Tieren während einer nicht aktiven Phase (z. B. Schlaf, Versteck, Mauserung, Überwinterung)

erforderlich sind. Vom Schutz umfasst sind sowohl natürliche als auch künstliche Gegenstände und Bereiche, die derartigen Zwecken dienen.⁹¹

Für die Frage, ob der Verbotstatbestand erfüllt ist, sind diese Lebensstätten bzgl. ihrer ökologischen Funktionalität zu betrachten. Es ist somit auch das räumliche Umfeld in dem Maße umfasst, wie es für den Fortpflanzungserfolg/die erfolgreiche Nutzung der Ruhestätte relevant ist. Dabei können auch mittelbare Auswirkungen auf die Lebensstätten relevant sein.

Bezüglich der zeitlichen Ausdehnung des Schutzes gilt:

Bei nicht standorttreuen Tierarten, die ihre Lebensstätten regelmäßig wechseln und nicht erneut nutzen, erfüllt die Zerstörung außerhalb der Nutzzeiten nicht den Verbotstatbestand.

Bei Vogelarten, die zwar ihre Neststandorte, nicht aber ihre Brutreviere wechseln, liegt ein Verstoß dann vor, wenn das Brutrevier insgesamt betroffen ist. Bei standorttreuen Tierarten, die regelmäßig zu der Lebensstätte zurückkehren, greift der Schutz auch zu den Zeiten, in denen die Lebensstätte nicht besetzt ist. Der Schutz erlischt erst, wenn die Lebensstätte endgültig aufgegeben wurde.⁹² Hierfür bedarf es einer artspezifischen Prognose.

6.1.4 Gewährleistung der ökologischen Funktion (§ 44 Abs. 5 Satz 2 BNatSchG)

Soweit in Anhang IV der FFH-RL aufgeführte Arten, europäische Vogelarten oder Arten nationaler Verantwortung betroffen sind, ist nach Satz 2 der Verbotstatbestand des Abs. 1 Nr. 3 bei der Durchführung von Eingriffen dann nicht verwirklicht, wenn sichergestellt ist, dass trotz Entnahme, Beschädigung oder Zerstörung einzelner Nester, Bruthöhlen, Laichplätze etc. die ökologische Funktion der betroffenen Fortpflanzungs- oder Ruhestätten im räumlichen Zusammenhang weiterhin gewährleistet ist. Nicht ausreichend ist im Regelfall, dass potenziell geeignete Ersatzlebensräume außerhalb des Vorhabensgebiets vorhanden sind, denn es ist davon auszugehen, dass diese schon von der betreffenden Art genutzt werden und ohne gezielte Aufwertungsmaßnahmen keine höhere Siedlungsdichte zu erreichen ist.

⁹¹ Kratsch, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 44 Rdnr. 32.

⁹² Kratsch, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 44 Rdnr. 32 f.

6.2 Verstöße gegen den Artenschutz nach der V-RL und FFH-RL

6.2.1 V-RL

Nach Art. 5 V-RL ist es u. a. verboten, alle unter Anhang I fallenden Vogelarten absichtlich zu töten oder zu fangen. Ebenso ist die absichtliche Störung, insbesondere während der Brut- und Aufzuchtzeit, untersagt.

6.2.2 FFH-RL

Nach Art. 12 FFH-RL treffen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen, um ein strenges Schutzsystem für die in Anhang IV lit. a der Richtlinie genannten Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen; dies verbietet u. a. alle absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten und jede absichtliche Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten.

6.2.3 Absicht

Zur Frage der Absichtlichkeit hat sich der EuGH im sog. *Caretta*-Urteil⁹³ erstmals geäußert. Der Gerichtshof sah die absichtliche Störung als verwirklicht an, als ein Brutstrand von *Caretta*-Meeresschildkröten trotz einer auf das Vorhandensein von Schildkrötenelegen hinweisenden Beschilderung mit Motorrädern befahren und zur Aufstellung von Liegestühlen und Sonnenschirmen genutzt wurde. Offen blieb allerdings noch, ob von Absicht nur gesprochen werden kann, wenn dem Handelnden bewusst ist, dass seine Handlung den artenschutzrechtlich unerwünschten Erfolg zur notwendigen Folge hat,⁹⁴ oder ob es genügt, wenn die Gefährdung bekannt ist und vom Handelnden hingenommen wurde.⁹⁵ Der EuGH hat im Urteil vom 18.05.2006 erneut über die Frage der Absichtlichkeit geurteilt. Nach dem Urteil ist das Tatbestandsmerkmal der Absichtlichkeit dann verwirklicht, wenn der Handelnde die relevante Beeinträchtigung (z. B. Fang, Tötung, Störung) gewollt oder zumindest in Kauf genommen hat.⁹⁶ Das bedeutet, werden Vorhaben zugelassen, obwohl sich mit ihnen die Möglichkeit einer Schädigung der geschützten Tiere und Pflanzen oder ihrer Nist-, Brut-, Wohn- und Zufluchtsstätten verbindet, geschieht dies unter Inkaufnahme der Folgen und damit absichtlich. Inhaltlich vergleichbar ist das in Art. 6 lit. a der

⁹³ EuGH, Urt. v. 30.01.2002 – C-103/00 (Kommission ./ Griechenland) – Slg. 2002, I-1147 Rdnr. 34–36.

⁹⁴ Vgl. *Schumacher/Fischer-Hüftle*, BNatSchG, 1. Aufl. 2003, § 19 Rdnr. 114;

⁹⁵ Generalanwältin *Kokott*, Schlussanträge v. 15.12.2005 – C-221/04 (Kommission ./ Spanien) – Slg. 2006, I-0000 Rdnr. 49.

⁹⁶ EuGH, Urt. v. 18.05.2006 – C-221/04 (Kommission ./ Spanien), NuR 2007, 261 ff.

Berner Konvention enthaltene Verbot der absichtlichen Tötung. Wird danach das Vorhaben zugelassen, obwohl sich mit ihm die Möglichkeit einer Schädigung der geschützten Tiere und Pflanzen oder ihrer Nist-, Brut-, Wohn- und Zufluchtsstätten verbindet, geschieht dies unter Inkaufnahme der Folgen und somit absichtlich. Das Standing Committee der Berner Konvention hat hierzu ausgeführt:⁹⁷ „[...] deliberate damage to or destruction of breeding or resting sites` means, subject to relevant provisions of the law of each Contracting Party, any act committed with the intention of destroying or causing harm to breeding or resting sites as defined in paragraph a above, and any act committed without the intention to cause damage or destruction but in the knowledge that such would probably by the consequences of the act.“

7. Biotopschutz nach § 30 BNatSchG

Biotope, die einem der in § 30 Abs. 1 aufgelisteten Typen entsprechen, genießen einen unmittelbaren gesetzlichen Schutz, dessen rechtliche Auswirkungen mit denen einer Schutzgebietsverordnung vergleichbar sind. Mit dem unmittelbaren Schutz sollten Hemmnisse, die ein förmliches Unterschutzstellungsverfahren regelmäßig begleiten, vermieden werden.

Die nationalen gesetzlichen Schutzvorschriften müssen, soweit sie sich auf Meeresbiotope in der AWZ oder auf dem Festlandsockel beziehen, den Anforderungen des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen (SRÜ) entsprechen (vgl. § 56 Abs. 1), weil in diesem Bereich – anders als in den Küstengewässern – der Küstenstaat keine territoriale („aquitoriale“) Souveränität hat, sondern „nur“ sog. funktionale Hoheitsrechte.⁹⁸ Untersagt werden können vom Gesetzgeber also nur solche Aktivitäten („Handlungen“), die der Küstenstaat aufgrund der ihm seevölkerrechtlich zustehenden „souveränen Rechte“ und „Hoheitsbefugnisse“⁹⁹ regeln darf. Ausnahmen betreffen vor allem den Flugverkehr („Überflug“) und die militärische Nutzung sowie die Schifffahrt.

Der Schutz von Biotopen im Sinne von § 30 BNatSchG wurde bislang selten aufgegriffen. Zum Teil bestand bei der Genehmigung mancher Windenergieanlagen Unklarheit, ob sich solche Biotope in dem beschriebenen Bereich befinden.

⁹⁷ Resolution No. 1 (1989) of the standing committee on the provisions relating to the conservation of habitats.

⁹⁸ Vgl. zu den Meereszonen und den Grundlagen des Meeresnaturschutzrechts im Mehrebenensystem die Kommentierung in *Schumacher/Fischer-Hüftle*, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, vor § 56, Rdnr. 24, 29 ff.

⁹⁹ Vgl. *Schumacher/Fischer-Hüftle*, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, Übersicht dazu vor § 56, Rdnr. 40–46.

8. Umwelthaftung nach § 19 BNatSchG

§ 19 BNatSchG verknüpft das Naturschutzrecht mit dem **USchadG**.¹⁰⁰ Das USchadG begründet eine **öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit des Verursachers** eines Umweltschadens (§ 2 Nr. 3 USchadG) gegenüber den Behörden für die Vermeidung und Sanierung von Schäden an Naturgütern. Das Gesetz dient der Durchsetzung des Verursacherprinzips und damit der Prävention von Umweltschäden.¹⁰¹

Die Haftung erstreckt sich auf alle Vorkommen der in § 19 Abs. 2 BNatSchG genannten Arten und der in § 19 Abs. 3 BNatSchG genannten Lebensräume.¹⁰² Neben der Erfassung der gelisteten Arten und Lebensräume aus der FFH-RL und der V-RL umfasst der Haftungsanspruch auch die charakteristischen Tier- und Pflanzenarten eines Lebensraumtyps.¹⁰³ Daher kann auch die Schädigung von Arten dann einen Umweltschaden begründen, wenn diese zwar nicht dem § 19 Abs. 2 BNatSchG unterfallen, aber für das zum Spektrum der für einen von nach § 19 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG erfassten Lebensraumtyp charakteristisch sind.¹⁰⁴

Nach § 19 Abs. 2 BNatSchG handelt es sich bei Arten im Sinne des USchadG um solche, die in Art. 4 Abs. 2¹⁰⁵ oder Anhang I der V-RL¹⁰⁶ (Nr. 1) oder in den Anhängen II¹⁰⁷ und IV¹⁰⁸ der FFH-RL (Nr. 2) aufgeführt sind. „Natürliche Lebensräume“ sind nach § 19 Abs. 3 Nr. 1 BNatSchG die Lebensräume der Arten, die in Art. 4 Abs. 2 oder Anhang I der V-RL oder in Anhang II der FFH-RL aufgeführt sind. Nach Nr. 2 umfasst das Schutzregime auch die natürlichen Lebensraumtypen von gemeinschaftlichem Interesse. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 BNatSchG sind damit die in Anhang I der FFH-RL aufgeführten Lebensraumtypen gemeint. Die „natürlichen Lebensräume“ nach Abs. 1 umfassen nach Nr. 3 auch die Fortpflanzungs- und Ruhestätten der in Anhang IV der FFH-RL gelisteten Arten.

¹⁰⁰ Gesetz über die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden v. 10.05.2007, BGBl. I, 666.

¹⁰¹ Vgl. *Rebinder*, in: AKUR (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, Teil 3 Rdnr. 328.

¹⁰² *J. Schumacher*, in: Czybulka, Aktuelle Entwicklungen im europäischen Naturschutzrecht, Siebter Warnemünder Naturschutzrechtstag, 2007, S. 158. *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 19 BNatSchG, Rdnr. 9.

¹⁰³ Vgl. *Schumacher/Fischer-Hüftle*, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 34 Rdnr. 42 f.

¹⁰⁴ *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 19 BNatSchG, Rdnr. 10.

¹⁰⁵ Das heißt die regelmäßig auftretenden Zugvogelarten, die nicht in Anhang I der V-RL aufgeführt sind.

¹⁰⁶ Für diese Arten sind besondere Schutzmaßnahmen hinsichtlich ihrer Lebensräume anzuwenden, um ihr Überleben und ihre Vermehrung in ihrem Verbreitungsgebiet sicherzustellen, Art. 4 Abs. 1 V-RL.

¹⁰⁷ Also um Arten von gemeinschaftlichem Interesse, vgl. Art. 1 lit. g FFH-RL.

¹⁰⁸ Arten von gemeinschaftlichem Interesse, vgl. Art. 1 lit. g FFH-RL, und für die die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen treffen, um ein strenges Schutzsystem in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen, Art. 12 Abs. 1.

Die Verantwortlichkeit ist verschuldensunabhängig und knüpft an die bloße Verursachung an, wird aber in Bezug auf Umweltschäden durch eine Verschuldenshaftung für Tätigkeiten begrenzt, die nicht in Anlage 1 USchadG aufgeführt sind, vgl. auch § 3 Abs. 1 Nr. 2 USchadG.

Nach §§ 4, 5 USchadG besteht für die Verantwortlichen eine Informations- bzw. Gefahrenabwehrpflicht. Im Rahmen der Gefahrenabwehrpflicht hat der Verantwortliche unverzüglich die erforderlichen Vermeidungsmaßnahmen zu ergreifen, vgl. § 5 USchadG. Bei eingetretenen Umweltschäden hat der Verantwortliche eine Sanierungspflicht nach § 6 USchadG, er hat dafür die erforderlichen Schadensbegrenzungsmaßnahmen vorzunehmen und die erforderlichen Sanierungsmaßnahmen gemäß § 8 zu ergreifen.

Die zuständige Behörde überwacht nach § 7 Abs. 1 USchadG die Erfüllung der Pflichten aus den §§ 4–6 USchadG, nach § 10 Abs. Satz 1 USchadG wird sie für die Durchsetzung der Sanierungspflichten von Amts wegen tätig. Zuständige Behörde für den Bereich der AWZ und des Festlandssockels ist das BfN, § 58 Abs. 1 BNatSchG.

Die Behörde kann nach § 7 Abs. 2 USchadG dem nach den §§ 4–6 USchadG Verantwortlichen folgende Pflichten auferlegen:

alle erforderlichen Informationen und Daten über eine unmittelbare Gefahr von Umweltschäden, über den Verdacht einer solchen unmittelbaren Gefahr oder einen eingetretenen Schaden sowie eine eigene Bewertung vorzulegen

die erforderlichen Vermeidungsmaßnahmen zu treffen

die erforderlichen Schadensbegrenzungs- und Sanierungsmaßnahmen zu ergreifen.

Kommt der Verantwortliche seinen Pflichten nach §§ 4–6 USchadG nicht nach, so kann die zuständige Behörde ihm die erforderlichen Maßnahmen aufgeben (§ 7 Abs. 2 USchadG).

Die zuständige Behörde wird auch dann von Amts wegen tätig, wenn ein Betroffener oder eine Vereinigung (die nach § 11 Abs. 2 USchadG Rechtsbehelfe einlegen kann) dies beantragt und die zur Begründung des Antrags vorgebrachten Tatsachen den Eintritt eines Umweltschadens glaubhaft erscheinen lassen, vgl. § 10 Satz 2 USchadG.

8.1 Schaden in Form erheblicher nachteiliger Auswirkungen (§ 19 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 BNatSchG)

§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG verweist für die Definition einer Schädigung von Arten und Lebensräumen auf das USchadG. Danach handelt es sich bei einem Schaden oder einer Schädigung um eine direkt oder indirekt eintretende feststellbare nachteilige Veränderung einer natürlichen Ressource (Arten und natürliche Lebensräume, Gewässer und Boden) oder Beeinträchtigung der Funktion einer natürlichen Ressource, vgl. § 2 Nr. 2 USchadG. Diese liegt dann vor, wenn sich die Art oder der Lebensraum als Folge des Schadensereignisses in einem schlechteren, ungünstigeren Zustand befindet als zuvor. Grundsätzlich ist dabei jede Verringerung der Quantität oder der Qualität gegenüber dem Ausgangszustand nachteilig.¹⁰⁹

§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG konkretisiert den Schadensbegriff der nachteiligen Veränderung nach § 2 Nr. 2 USchadG. Danach ist jeder Schaden relevant, der erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Erreichung oder Beibehaltung des günstigen Erhaltungszustands dieser Lebensräume oder Arten hat. Bezugspunkt ist damit nicht eine bestimmte Fläche (eines Lebensraums) oder ein Exemplar (einer Art), sondern der günstige Erhaltungszustand des Lebensraums oder der Art. Die negativen Auswirkungen müssen über der Schwelle der Erheblichkeit liegen.

8.2 Umwelthaftung im Bereich der ausschließlichen Wirtschaftszone

8.2.1 Anwendungsbereich

Der EuGH hat in der „Gibraltar-Entscheidung“¹¹⁰ festgestellt, dass die FFH-RL in der AWZ „unstreitig“ gelte und dass Großbritannien verpflichtet sei, in dieser Meereszone das europäische Naturschutzrecht umzusetzen.

Dies ist nicht selbstverständlich, weil die AWZ nicht zum Staatsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaats zählt.¹¹¹ Im Völkerrecht spricht man von einem „Funktionshoheitsraum AWZ“,¹¹² dem eine Art Zwischenstatus zwischen dem Staatsgebiet und der souveränitätsfreien hohen See zukommt.¹¹³

¹⁰⁹ Gellermann, NVwZ 2008, 829/830.

¹¹⁰ EuGH, Urt. v. 20.10.2005 – C 6/04 (Kommission ./ Vereinigtes Königreich), Rdnr. 117, NuR 2006, 494.

¹¹¹ Vgl. z. B. Lagoni, Völkerrechtliche Vorgaben, S. 32 („Besondere Rechtsordnung der AWZ“).

¹¹² Vgl. Proelß, in: Graf Vitzthum/Proelß (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 381, Rdnr. 51.

¹¹³ So Jarass, Naturschutz in der Ausschließlichen Wirtschaftszone. Völkerrechtliche, EG-rechtliche und verfassungsrechtliche Probleme bei der Ausweisung von Meeresschutzgebieten, Baden-Baden 2002, S. 18, der zutreffend darauf hinweist, dass dies in der Systematik des Seerechtsübereinkommen dadurch zum Ausdruck komme, dass die AWZ gemäß Art. 86 SRÜ nicht zur hohen See zählt.

Das USchadG gilt nach § 56 BNatSchG im Bereich der AWZ (§ 3 Art. 2 USchadG), kann dort aber nur im Rahmen des SRÜ zum Tragen kommen.¹¹⁴

8.2.2 Umweltschäden im Meeresbereich

Die Schutzgüter werden in § 19 Abs. 2 BNatSchG definiert.

a) Arten im Sinne von § 19 Abs. 1 BNatSchG

Nach § 19 Abs. 2 BNatSchG sind Arten im Sinne des Abs. 1 die Arten, die in Art. 4 Abs. 2 (alle Zugvogelarten) oder in Anhang I der V-RL aufgeführt sind.

Für den Bereich der AWZ trifft dies z. B. auf die Seetaucher (z. B. Prachtttaucher *Gavia arctica*, Sterntaucher *Gavia stellata*), zahlreiche Meeresenten (z. B. Eiderente *Somateria mollissima*, Trauerente *Melanitta nigra*, Eisente *Clangula hyemalis*) sowie Eissturmvogel (*Fulmarus glacialis*), Basstöpel (*Sula bassana*) und Trottellumme (*Uria aalge*) zu.

Weiter werden die in den Anhängen II und IV FFH-RL aufgeführten Tier- und Pflanzenarten in den Kreis der Schutzgüter einbezogen.

Hierzu gehören z. B. Seehund (*Phoca vitulina*), Kegelrobbe (*Halichoerus grypus*), Weißschnauzendelfin (*Lagenorhynchus albirostris*) und Schweinswal (*Phocoena phocoena*), der Nordseeschnäpel (*Coregonus oxyrinchus*), der Stör (*Acipenser sturio*) und das Meerneunauge (*Petromyzon marinus*).

Nach § 19 Abs. 3 BNatSchG zählen zu den natürlichen Lebensräumen im Sinne von § 19 Abs. 1 BNatSchG die Lebensräume der Arten, die in Art. 4 Abs. 2 oder Anhang I der V-RL oder in Anhang II der FFH-RL aufgeführt sind, die natürlichen Lebensräume von gemeinschaftlichem Interesse (z. B. Lebensraumtyp 1110 – Sandbänke; Lebensraumtyp 1120 – Posidonia-Seegraswiesen; Lebensraumtyp 1170 – Riffe; Lebensraumtyp 1180 – submarine durch Gasaustritt entstandene Strukturen; Lebensraumtyp 1130 – atlantische Salzwiesen) sowie die Fortpflanzungs- und Ruhestätten der in Anhang IV der FFH-RL aufgeführten Arten.

Vom Schutz mit umfasst sind die für sie charakteristischen Tier- und Pflanzenarten.

Ein Umweltschaden kann sowohl innerhalb als auch außerhalb eines Natura-2000-Gebiets entstehen, die Umwelthaftung ist nicht auf ein Gebiet des Natura-2000-Netzwerks begrenzt.¹¹⁵

¹¹⁴ Ausführlich *Czybulka*, NuR 2008, 304.

¹¹⁵ Vgl. *J. Schumacher*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 19 Rdnr. 3; *Fellenberg*, in: Lütkes/Ewer, BNatSchG, § 19 Rdnr. 12.

b) Erhebliche nachteilige Auswirkungen

Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 ist jeder Schaden relevant, der erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Erreichung oder Beibehaltung des günstigen Erhaltungszustands dieser Lebensräume oder Arten hat. Der Begriff „günstiger Erhaltungszustand“ ist weder in § 19 Abs. 1 BNatSchG noch im USchadG definiert, er erfährt aber in Art. 2 Nr. 4 lit. a der Umwelthaftungsrichtlinie eine Legaldefinition.

aa) Erhaltungszustand eines natürlichen Lebensraums

Danach bezeichnet der Erhaltungszustand, im Hinblick auf einen natürlichen Lebensraum, die Gesamtheit der Einwirkungen, die den natürlichen Lebensraum selbst oder die darin vorkommenden charakteristischen Arten beeinflussen und sich langfristig auf seine natürliche Verbreitung, seine Struktur und seine Funktionen sowie das Überleben seiner Arten auswirken können.

Der Erhaltungszustand eines natürlichen Lebensraums wird als „günstig“ erachtet, wenn

sein natürliches Verbreitungsgebiet sowie die Flächen, die er in diesem Gebiet einnimmt, beständig sind oder sich ausdehnen,

die für seinen langfristigen Fortbestand notwendige Struktur und spezifischen Funktionen bestehen und in absehbarer Zukunft weiterbestehen werden und

der Erhaltungszustand der für ihn charakteristischen Arten im Sinne des lit. b günstig ist.

bb) Erhaltungszustand einer Art

Der Erhaltungszustand im Hinblick auf eine Art ist als „Gesamtheit der Einwirkungen, die die betreffende Art beeinflussen und langfristig auf die Verbreitung und die Größe der Population“ sich auswirken können, definiert, § 2 Nr. 4 lit. b der Umwelthaftungsrichtlinie.

Danach wird der Erhaltungszustand einer Art als „günstig“ betrachtet, wenn

aufgrund der Daten über die Populationsdynamik der Art anzunehmen ist, dass diese Art ein lebensfähiges Element des natürlichen Lebensraums, dem sie angehört, bildet und langfristig weiterhin bilden wird,

das natürliche Verbreitungsgebiet dieser Art weder abnimmt noch in absehbarer Zeit vermutlich abnehmen wird und

ein genügend großer Lebensraum vorhanden ist und wahrscheinlich weiterhin vorhanden sein wird, um langfristig ein Überleben der Populationen dieser Art zu sichern.

c) Erheblichkeit

§ 19 Abs. 5 BNatSchG macht deutlich, dass das Gesetz nicht jeden „Schaden“ an der Umwelt in den Geltungsbereich einbeziehen will. Die Feststellung der Erheblichkeit der Auswirkungen auf den Erhaltungszustand ist der entscheidende Punkt für die Umwelthaftung.

Nachteilig im Sinne des USchadG ist eine Veränderung dann, wenn sich die Art oder der Lebensraum als Folge des Schadensereignisses in einem schlechteren, ungünstigeren Zustand befindet als zuvor. Maßgeblich für die Beurteilung dieser Frage sind der im Zeitpunkt der Schädigung gegebene Erhaltungszustand der jeweiligen Arten und Lebensräume, deren Funktionen im Ökosystem sowie deren natürliche Regenerationsfähigkeit.¹¹⁶ Dabei muss ferner eine Bewertung getroffen werden, ob die Schwelle der Erheblichkeit überschritten wird. Grundsätzlich ist jede Verringerung der Quantität oder der Qualität gegenüber dem Ausgangszustand nachteilig.¹¹⁷

Erscheint die Verschlechterung des Zustands unbedeutend wie etwa der Verlust weniger Individuen einer sehr großen Population oder die geringfügige Schmälerung eines großen Lebensraums, so kann die Bewertung als relevant oder irrelevant nicht bereits im Zusammenhang mit der Feststellung einer nachteiligen Veränderung erfolgen, sondern erst bei der Feststellung der Erheblichkeit in Bezug auf den Erhaltungszustand.¹¹⁸

Da im Einzelfall die Grenzziehung zwischen erheblichen und unerheblichen Auswirkungen schwierig sein kann, schreibt § 19 Abs. 5 Satz 1 vor, dass dies unter Berücksichtigung der Kriterien des Anhangs I der Richtlinie 2004/35/EG zu ermitteln ist, und nennt ferner als maßgeblichen Zeitpunkt den „Ausgangszustand“, d. h. den Zustand im Zeitpunkt der Schädigung und deren Wirkungen.¹¹⁹ Dieser Zustand dürfte regelmäßig in Natura-2000-Gebieten besser dokumentiert sein als in den „restlichen“

¹¹⁶ Schumacher, Der Entwurf des Umweltschadensgesetzes, NRPO 1/2005, 13/15, http://www.naturschutzrecht.net/Online-Zeitschrift/Nrpo_05Heft1.pdf.

¹¹⁷ Gellermann, NVwZ 2008, 829/830.

¹¹⁸ Vgl. J. Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 19 Rdnr. 18.

¹¹⁹ J. Schumacher, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 19 Rdnr. 29.

Gebieten und speziell im Bereich der Nord- und Ostsee fehlen noch immer wichtige Datengrundlagen.

Erhebliche nachteilige Veränderungen gegenüber dem Ausgangszustand sollten gem. Anlage I der Umwelthaftungsrichtlinie mithilfe u. a. der folgenden feststellbaren Daten ermittelt werden:

Anzahl der Exemplare, ihre Bestandsdichte oder ihr Vorkommensgebiet

Rolle der einzelnen Exemplare oder des geschädigten Gebiets in Bezug auf die Erhaltung der Art oder des Lebensraums, Seltenheit der Art oder des Lebensraums (auf örtlicher, regionaler und höherer Ebene einschließlich der Gemeinschaftsebene)

die Fortpflanzungsfähigkeit der Art (entsprechend der Dynamik der betreffenden Art oder Population), ihre Lebensfähigkeit oder die natürliche Regenerationsfähigkeit des Lebensraums (entsprechend der Dynamik der für ihn charakteristischen Arten oder seiner Populationen)

die Fähigkeit der Art bzw. des Lebensraums, sich nach einer Schädigung ohne äußere Einwirkung lediglich mithilfe verstärkter Schutzmaßnahmen in kurzer Zeit so weit zu regenerieren, dass allein aufgrund der Dynamik der betreffenden Art oder des betreffenden Lebensraums ein Zustand erreicht wird, der im Vergleich zum Ausgangszustand als gleichwertig oder besser zu bewerten ist.

Die in Anhang I aufgeführten Kriterien verdeutlichen auch, dass die Beurteilung der Erheblichkeit einer Beeinträchtigung des Erhaltungszustands vorrangig eine naturschutzfachliche Frage ist, die anhand der Umstände des jeweiligen Einzelfalls beantwortet werden muss.¹²⁰ In der Rechtsprechung und der Literatur wurden zu Art. 6 FFH-RL und Art. 4 V-RL allgemeine Leitlinien zum Umgang mit dem Erheblichkeitserfordernis entwickelt. Diese können zu der Bestimmung der Erheblichkeit im Rahmen der Umwelthaftung herangezogen werden. Im Bereich des Artenschutzes besteht diese Möglichkeit nicht, da die artenschutzrechtlichen Verbote der FFH-RL und V-RL meist nicht an eine Erheblichkeit der Beeinträchtigung geknüpft sind. Von einem relevanten Schaden kann daher stets nur dann gesprochen werden,

¹²⁰ Vgl. dazu auch *Kokott*, Schlussantrag zu Rs. C-127/02 (Herzmuschelfischerei), NuR 2004, 587/590.

wenn die naturschutzrechtliche Zielsetzung erheblich in Mitleidenschaft gezogen werden kann.¹²¹

Wie oben ausgeführt, beschränkt sich der Umweltschaden nicht auf die Natura-2000-Gebiete. Gleichwohl soll im Folgenden eine Unterscheidung zwischen Umweltschäden innerhalb von Natura-2000-Gebieten und außerhalb dieser Gebiete erfolgen.

Innerhalb eines Natura-2000-Gebiets

Auch wenn eine haftungsrelevante Schädigung nicht auf ein Natura-2000-Gebiet begrenzt ist, liegt eine solche Schädigung dann nahe, wenn die in § 19 Abs. 2, 3 BNatSchG bezeichneten Schutzgüter in einem Natura-2000-Gebiet geschädigt werden.¹²² Diese Schutzgebiete sind nach Art. 3 Abs. 1 FFH-RL Teil des kohärenten Netzwerks Natura 2000 und sollen den Fortbestand oder die Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands dieser natürlichen Lebensraumtypen und Habitate der Arten in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet gewährleisten.

Kommt es in Natura-2000-Gebieten zu einem Schaden oder einer Schädigung im Sinne von § 2 Nr. 2 USchadG, dürfte regelmäßig von einer erheblichen negativen Auswirkung auf die Schutzziele auszugehen sein.

Außerhalb des Netzes Natura 2000

Gerade im Meeresbereich gibt es nicht unerhebliche Schwierigkeiten für die Feststellung erheblicher nachteiliger Auswirkungen auf die Verwirklichung der naturschutzbezogenen Erhaltungsziele, dies vor allem auch wegen der fehlenden Datengrundlagen. Bekannt ist, dass sich zahlreiche Arten und Lebensräume auf europäischer und nationaler Ebene in einem ungünstigen oder unzureichenden Erhaltungszustand befinden. Dies macht es schwierig, einen Umweltschaden außerhalb von Natura-2000-Gebieten festzustellen.

8.2.3 Legalausnahmen

Sind die Merkmale des § 19 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG erfüllt, liegt ein die Einstandspflicht aktivierender Umweltschaden nach § 19 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG nicht vor, wenn die nachteiligen Auswirkungen der Tätigkeiten eines Verantwortlichen zuvor ermittelt und in Anwendung einschlägiger Bestimmungen des Habitat- und Artenschutzrechts (§§ 34 ff., 45 Abs. 7, 67 Abs. 2 BNatSchG) genehmigt wurden.

¹²¹ Allgemein zur Erheblichkeitsschwelle *Knopp/Wiegleb/Piroch*, NuR 2008, 745 ff.

¹²² *Führ/Lewin/Roller*, NuR 2006, 71; *Gellermann*, NVwZ 2008, 832 f.

Damit soll eine Haftung für Umweltschäden an Arten und natürlichen Lebensräumen ausgeschlossen werden, wenn mögliche Beeinträchtigungen zuvor sorgfältig ermittelt und entsprechende Maßnahmen zur Vermeidung oder zum Ausgleich dieser Beeinträchtigungen ergriffen werden. §§ 45 Abs. 7 und 67 Abs. 2 BNatSchG müssen allerdings „im Lichte“ von Art. 16 FFH-RL gesehen werden. Das bedeutet auch, dass im Genehmigungsverfahren nicht oder nicht richtig erkannte Auswirkungen von der Freistellung nicht profitieren können.

8.2.4 Der Verantwortliche nach § 2 Nr. 3 USchadG

Verantwortlicher nach § 2 Nr. 3 USchadG ist jede natürliche oder juristische Person, die eine berufliche Tätigkeit ausübt oder bestimmt und dadurch unmittelbar einen Umweltschaden oder die unmittelbare Gefahr seines Eintritts verursacht.¹²³ Nach § 2 Nr. 5 versteht das USchadG unter einer beruflichen Tätigkeit jede Tätigkeit, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit, einer Geschäftstätigkeit oder eines Unternehmens ausgeübt wird, unabhängig davon, ob sie privat oder öffentlich und mit oder ohne Erwerbscharakter ausgeübt wird. Den Verantwortlichen treffen die Pflichten nach § 4–6 USchadG.

Einer Gefährdungshaftung unterfallen die in Anlage 1 aufgeführten beruflichen Tätigkeiten. Es handelt sich dabei um Tätigkeiten für den Betrieb von Anlagen, die der Richtlinie 96/61/EG (IVU-RL) unterfallen, die erlaubnispflichtige Einbringung oder Einleitung von Schadstoffen in Oberflächengewässer im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 4, 4a sowie Abs. 2 Nr. 2 WHG und die Beförderung gefährlicher oder umweltschädlicher Güter auf See, soweit sie vom Anwendungsbereich des Gesetzes umfasst sind. Andere berufliche Tätigkeiten können die Einstandspflicht begründen, sofern der Verantwortliche vorsätzlich oder fahrlässig handelt. Unter diese Verschuldenshaftung fallen Private, die einer beruflichen Tätigkeit nachgehen. Diese Haftung kann z. B. den Betreiber eines Windparks oder einer Forschungsplattform betreffen. Behörden, die eine Genehmigung erteilen, sollen dagegen nicht einstandspflichtig sein,¹²⁴ weil es sich hierbei nicht um eine wirtschaftliche, sondern um eine hoheitliche Tätigkeit handelt.

Die unmittelbar kraft Gesetzes begründeten Einstandspflichten für Umweltschäden sind weitreichend, dabei trifft den Verantwortlichen eine Pflichtentrias. Neben den in §§ 4, 5 USchadG normierten Informations- und Gefahrenabwehrpflichten treffen den

¹²³ Vgl. hierzu *Louis*, NuR 2009, 2 ff.

¹²⁴ BR-Drs. 678/06, S. 43 f.; *Cosack/Enders*, DVBl. 2008, 412; *Louis*, NuR 2009, 3.

Verantwortlichen die in § 6 USchadG geregelten Pflichten zur Schadensbegrenzung und zur Sanierung der eingetretenen Schäden. Art und Umfang der Sanierung werden in § 19 Abs. 4 BNatSchG bestimmt, welcher wiederum auf Anhang II Nr. 1 der Umwelthaftungsrichtlinie verweist.

Eine Sanierung von Umweltschäden im Bereich der Gewässer, der geschützten Arten oder natürlichen Lebensräume wird dadurch erreicht, dass die Umwelt durch primäre Sanierung, ergänzende Sanierung oder Ausgleichssanierung in ihren Ausgangszustand zurückversetzt wird. Gefordert sind Maßnahmen der Naturalkompensation, während die finanzielle Abgeltung eines Schadens nicht vorgesehen ist.¹²⁵

Als Maßnahmen zur Sanierung von „ökologischen Schäden“ sieht die Richtlinie die primäre und die ergänzende Sanierung sowie die Ausgleichssanierung vor. Nach Anhang II Nr. 1.1 ist als Sanierungsziel zunächst eine „primäre Sanierung“ vorzunehmen, die es ermöglichen soll, dass „die geschädigten natürlichen Ressourcen und/oder deren Funktionen ganz oder annähernd in den Ausgangszustand“ zurückversetzt werden.

Um das Ausmaß des entstandenen „ökologischen Schadens“ beurteilen zu können, ist es notwendig, den Zustand vor Schadenseintritt anhand der besten verfügbaren Informationen zu ermitteln (Art. 2, 14). Dies dürfte aber regelmäßig ein nicht zu unterschätzendes praktisches Problem sein, da die Datenlage meist nur für die FFH-Gebiete ausreichend sein dürfte.

Für den Fall, dass die primäre Sanierung zu keiner vollständigen Wiederherstellung der geschädigten Ressourcen/Funktionen führt, sind ergänzende Sanierungsmaßnahmen durchzuführen. Diese haben zum Ziel, den „Restschaden“ ggf. an einem anderen Ort (möglichst aber in geografischem Zusammenhang) so zu kompensieren, dass es einer Rückführung des geschädigten Orts in seinen Ausgangszustand gleichkommt (Anhang II Nr. 1.1.2). Die ergänzende Sanierung ist auf den Ausgleich „zwischenzeitlicher Verluste“ abgestimmt (Anhang II Nr. 1 lit. c und d) und greift ausdrücklich auch dann (Anhang II Nr. 1.1.3), wenn gesichert von der Möglichkeit einer Wiederherstellung ausgegangen werden kann. Die Ausgleichssanierung erfolgt zur Kompensation zwischenzeitlicher Verluste. Hier ist die aus dem Kontext der Eingriffsregelung bekannte Thematik des „time lag“ angesprochen. Nimmt die Wiederherstellung des vorherigen Zustands Zeit in

¹²⁵ Diederichsen, NJW 2007, 3381, vgl. auch Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 19 Rdnr. 65 ff.

Anspruch, soll durch Maßnahmen der zusätzlichen Verbesserung des geschädigten Guts eine Kompensation geleistet werden.

Für die Errichtung und den Betrieb von Windparks ist das Umweltschadensrecht vor allem wegen seiner präventiven Funktionen besonders bedeutsam. Die haftungsfreistellende Vorschrift des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNatSchG schützt die Träger solcher Vorhaben zwar vor einer Haftung für erlaubtes Verhalten, setzt aber voraus, dass die Auswirkungen der in Anwendung einschlägiger naturschutzrechtlicher Bestimmungen zugelassenen Handlungen und Tätigkeiten zuvor vollen Umfangs ermittelt wurden. Dagegen werden nachteilige Auswirkungen haftungsrechtlich nicht freigestellt, die im Zulassungsverfahren übersehen, „unter den Teppich gekehrt“ oder leichtfertig für unerheblich erklärt wurden. Defizitäre Ermittlungen der nachteiligen Auswirkungen oder unzutreffende Bewertungen im Hinblick auf die Bedeutung der zu erwartenden Beeinträchtigung der Schutzgüter des § 19 Abs. 2, 3 BNatSchG werden daher haftungsrechtlich sanktioniert.¹²⁶

9. Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses

9.1 Hintergrund

Die Genehmigungsbescheide enthalten regelmäßig die Nebenbestimmung, dass die Genehmigung erlischt, wenn nicht bis zu einem jeweils bestimmten Datum mit den Bauarbeiten für die Installation der Anlage begonnen wird, Grundlage dafür ist § 5 Abs. 3 SeeAnIV (2012). Meist werden die Genehmigungen auf zwei bis drei Jahre befristet; von dem Genehmigungszeitpunkt bis zum Baubeginn können dabei aber oftmals auch über zehn Jahre verstreichen.¹²⁷

9.2 Historie

Für die Errichtung von Windkraftanlagen in der AWZ galt bis zum 30.01.2012 ein Genehmigungsverfahren.

Die Befristung der Genehmigung basierte auf § 4 Abs. 2 Nr. 1 SeeAnIV (2008). Aufgrund eines entsprechenden Antrags konnte das BSH auf der Grundlage von § 4 Abs. 3 SeeAnIV (2008) die Fristen und Zeiträume im Sinne des Abs. 1 und des Abs. 2 Satz 1 wiederholt verlängern.

Nach der früheren Rechtslage ist die seeanlagenrechtliche Genehmigung nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 SeeAnIV (2008) von Gesetzes wegen erloschen, wenn innerhalb einer von der Genehmigungsbehörde gesetzten angemessenen Frist nicht mit der

¹²⁶ Gellermann, Handbuch des Meeresnaturschutzrechts in Nord- und Ostsee, S. 162.

¹²⁷ So z. B. beim Offshore-Windpark „Butendiek“ – hier basiert die Genehmigung auf einem Bescheid aus dem Jahr 2002 und Baubeginn soll im Jahr 2014 sein; Vgl. hierzu Schütz, Die Verlängerung von Planfeststellungsbeschlüssen, UPR 2002, 172 ff.

Errichtung oder dem Betrieb der Anlage begonnen wurde. Entsprechendes galt nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 SeeAnIV mit Ablauf einer auf der Grundlage des § 4 Abs. 1 SeeAnIV angeordneten Befristung. Diese Frist konnte das BSH auf der Grundlage von § 4 Abs. 3 SeeAnIV wiederholt verlängern, Abs. 3.

Während § 4 Abs. 1 Satz 2 SeeAnIV (2006) die Möglichkeit zur wiederholten Verlängerung der Genehmigung davon abhängig machte, dass dieser auch weiterhin keine Versagungsgründe im Sinne des § 3 SeeAnIV (2006) entgegenstehen, stellt § 4 Abs. 3 SeeAnIV (2008) die Entscheidung über eine beantragte Verlängerung in das pflichtgemäße Ermessen der Genehmigungsbehörde, ohne die diesbezügliche Entscheidung von der Erfüllung materieller Voraussetzungen abhängig zu machen.

9.3 Planfeststellungsverfahren

Seit dem 31.01.2012 gilt für die Errichtung von Windkraftanlagen in der AWZ ein Planfeststellungsverfahren. Danach kann die Planfeststellungsbehörde nach § 5 Abs. 4 SeeAnIV (2012) den Planfeststellungsbeschluss ganz oder teilweise aufheben, wenn innerhalb einer von der Planfeststellungsbehörde gesetzten Frist nach Eintritt der Unanfechtbarkeit nicht mit der Errichtung oder dem Betrieb des Vorhabens begonnen worden ist (Nr. 1).

§ 5 Abs. 4 SeeAnIV (2012) stellt die Entscheidung, den Planfeststellungsbeschluss ganz oder teilweise aufzuheben, in das pflichtgemäße Ermessen der Planfeststellungsbehörde. Die Entscheidung der Behörde wird dabei nicht von der Erfüllung materieller Voraussetzungen abhängig gemacht.

Nach § 5 Abs. 3 SeeAnIV (2012) kann die Planfeststellungsbehörde im Planfeststellungsbeschluss zur Sicherstellung einer zügigen Errichtung und Inbetriebnahme des Vorhabens unter Berücksichtigung des vom Träger des Vorhabens vorgelegten Zeit- und Maßnahmenplans Maßnahmen bestimmen und für deren Erfüllung Fristen vorgeben, bis zu deren Ablauf die Maßnahmen erfüllt sein müssen.

Das Tätigwerden steht auch nach § 5 Abs. 4 SeeAnIV (2012) im Ermessen der Behörde. Für das Tätigwerden der Behörde kann aber eine Situation entstehen, in der die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten auf eine einzige Rechtsfolge verkürzt werden, weil nur diese Entscheidung von der Behörde rechtmäßig getroffen werden kann – in diesem Fall spricht man von einer Ermessensreduzierung auf null. Bei einer solchen Ermessensreduzierung darf die Behörde lediglich die übrig gebliebene, allein rechtmäßige Entscheidungsalternative ergreifen.¹²⁸ Die Ermessensreduzierung kann sich auch auf einen Teil einer mehrgliedrigen Ermessensentscheidung beschränken.

¹²⁸ Vgl. dazu Ziekow, VwVfG Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 36.

Voraussetzung für eine Ermessensreduzierung ist, dass die Gefährdung eines wesentlichen Rechtsguts oder einer Störung mit hoher Intensität vorliegt. Eine Ermessensreduzierung kann z. B. durch das Einwirken höherrangigen Rechts über dessen dirigierende Kraft indiziert werden, so beim Vorrang des EU-Rechts.¹²⁹

Für die behördliche Entscheidung bedeutet dies, dass sie unter Würdigung der gesetzlichen Intentionen – nämlich einer „zügigen Errichtung und Inbetriebnahme insbesondere von Offshore-Windfarmen“ – darüber entscheiden muss, ob sie die Rechtsfolge nach § 5 Abs. 4 SeeAnIV (2012), also das Erlöschen der Genehmigung, eintreten lassen will. Daraus lässt sich schließen, dass die Vorschrift nicht den Antragsteller vor den Folgen des Erlöschens der Genehmigung (komplette oder teilweise Aufhebung) und dem daraus folgenden Verlust seiner Baugenehmigung bewahren will, wenn das Vorhaben zum jetzigen Zeitpunkt nicht mehr zulassungsfähig wäre.¹³⁰

Die Behörde muss vielmehr bei ihrer Ermessensausübung auch darüber entscheiden, ob die ursprüngliche Abwägungsentscheidung das Vorhaben immer noch trägt. Dabei dürfte wie folgt zu unterscheiden sein: Hat sich lediglich die rechtliche Beurteilung einer bereits bei der ursprünglichen Abwägungsentscheidung erkannten und gewichteten Tatsache geändert, so dürfte dies irrelevant sein. Über diesen Punkt wurde bereits bestandskräftig entschieden. Hat sich aber die tatsächliche Situation – aus welchen Gründen auch immer (z. B. klimabedingte Änderungen in der Artenzusammensetzung oder neue Forschungserkenntnisse) – verändert oder sind nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des Planfeststellungsbeschlusses Rechtsvorschriften in Kraft getreten, die zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führen, so muss dies berücksichtigt werden. Die Behörde darf hier nicht an die ursprüngliche Abwägungsentscheidung gebunden sein. Der „alte“ Planfeststellungsbeschluss tritt dann außer Kraft.

Ein Beispiel dafür ist die Erstreckung des BNatSchG auf den Bereich der AWZ, vgl. §§ 56 ff. BNatSchG, oder wenn der Standort einer Seeanlage erst nach der Genehmigungserteilung in das Natura-2000-Gebietsnetz einbezogen wurde.

Das europäische Recht verlangt nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL (§ 34 Abs. 1 i. V. m. § 56 BNatSchG), dass Projekte vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre

¹²⁹ Vgl. *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow, VwGO, Kommentar*, 3. Aufl. 2010, § 114, Rdnr. 135; *Lutter*, JZ 1992, 593, 609 f.

¹³⁰ *Schütz*, Die Verlängerung von Planfeststellungsbeschlüssen, UPR 2002, 172, 176.

Verträglichkeit zu überprüfen sind. Wurde im Genehmigungsverfahren keine Verträglichkeitsprüfung durchgeführt, muss eine entsprechende Prüfung durchgeführt werden. Aber selbst wenn im damaligen Genehmigungsverfahren eine Verträglichkeitsprüfung im Hinblick auf eine bereits absehbare Einbeziehung des betroffenen Gebiets in das Netz Natura 2000 erfolgte, muss der Planfeststellungsbeschluss aufgehoben werden, soweit sich erst im Nachhinein herausstellt, dass die im Genehmigungsverfahren für unerheblich erachteten Auswirkungen tatsächlich eine Verschlechterung oder erhebliche Störung hervorrufen. Der EuGH hat u. a. in der sog. Herzmuschel-Entscheidung entschieden, dass die Mitgliedstaaten in einer solchen Lage – wie soeben geschildert – verpflichtet sind, alle Auswirkungen zu vermeiden, die sich auf die Ziele der FFH-RL erheblich auswirken.¹³¹ Zu den Verpflichtungsadressaten gehören sämtliche staatlichen Stellen,¹³² so muss auch das BSH von dem durch § 5 Abs. 4 Nr. 1 SeeAnIV eröffneten Ermessensspielraum in entsprechender Weise Gebrauch machen.

Für die Behörde lässt sich daraus folgern, dass sie einschreiten und den Plan aufheben muss, wenn im Zeitpunkt des Fristablaufs absehbar ist, dass die genehmigte Anlage Verschlechterungen des Gebiets oder Störungen der Arten hervorrufen, die es aus Gründen des Art. 6 Abs. 2 FFH-RL zu verhindern gilt.¹³³

Die Ermessensentscheidung, dass die Genehmigungsbehörde die Fristen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 SeeAnlV (2008) wiederholt verlängern konnte, § 4 Abs. 3 SeeAnIV (2008), betrifft ausschließlich Genehmigungen nach der alten Rechtslage (SeeAnIV [2008]). Diese Regelungen finden heute wegen einer fehlenden Übergangsregelung keine Anwendung mehr. Befristete Genehmigungen können nach der geltenden Rechtslage nach Fristablauf nicht mehr verlängert werden. Für diese Anlagen müssen zukünftig also Planfeststellungsverfahren eingeleitet werden.

10. Zusammenfassung der rechtlichen Anforderungen an die Genehmigung eines Offshore-Windparks

10.1 Rechtliche Anforderungen für die technischen Anlagen an den Stand der Technik

Die rechtlichen Anforderungen bei technischen Anlagen an den Stand der Technik orientieren sich am Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen und

¹³¹ EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-127/02, Slg. 2004, I-7405 Rdnr. 37 f.; kritisch *Gellermann*, NuR 2004, 770.

¹³² Vgl. nur *Hatje*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, EUV Art. 4 Rdnr. 24.

¹³³ Vgl. auch *Gellermann*, Handbuch Meeresnaturschutzrecht, S. 207 f.

Betriebsweisen, deren praktische Eignung zur Emissionsbegrenzung gesichert ist. Aus rechtlicher Sicht ist der Stand der Technik insbesondere hinsichtlich der Schallminderungsmaßnahmen entscheidend. Diese spielen im Zusammenhang mit dem Vermeidungsgebot nach § 34 Abs. 3 Nr. 2 BNatSchG eine tragende Rolle. Die Anforderungen an die Errichtung der Anlage können mit dem Stand der Technik auch nach der Rechtskraft des Genehmigungsbescheids verändert werden.

Mit der Novellierung der SeeAnIV kommt dem BSH jetzt ein Planungsermessen selbst dann zu, wenn alle zwingenden rechtlichen Vorgaben für die Errichtung eines Offshore-Windparks erfüllt sind.

Der bei Rammarbeiten einzuhaltende Immissionsstandard von 160 dB (SEL) in einer Entfernung von 750 m soll sicherstellen, dass es z. B. bei Schweinswalen zu keiner Hörschwellenverschiebung kommt. Wird dieser Wert nicht eingehalten, so kann dies zu einer Verletzung von artenschutzrechtlichen Regelungen führen. Auch kann eine erhebliche Beeinträchtigung der Arten im Sinne des USchadG/der Umwelthaftungsrichtlinie drohen mit der Folge einer Haftung des Anlagenbetreibers. In besonders sensiblen Lebensräumen, z. B. Schweinswal-Aufzuchtgebieten, kann dieser Wert selbst noch zu hoch sein, in diesem Fall muss dann ein zeitliches Aussetzen der Rammung erfolgen.

10.2 Genehmigungsanforderungen für Windkraftanlagen in Natura-2000-Gebieten

Die FFH-RL will die natürlichen Lebensräume und die wild lebenden Tier- und Pflanzenarten von gemeinschaftlichem Interesse in einem günstigen Erhaltungszustand bewahren oder diesen wiederherstellen. Neben den hierfür erforderlichen Schutz-, Pflege-, Entwicklungs- oder Wiederherstellungsmaßnahmen und der Förderung der ökologischen Kohärenz von Natura 2000 besteht für die Schutzgebiete ein Verschlechterungsverbot nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL. Art. 6 Abs. 2 und 3 FFH-RL enthält Vorgaben für „Pläne“ und „Projekte“, wenn diese (einzeln oder zusammen mit anderen Plänen und Projekten) ein Natura-2000-Gebiet erheblich beeinträchtigen können. Um Verschlechterungen in den Schutzgebieten zu vermeiden, ist nach Art. 6 Abs. 3 FFH-RL eine Verträglichkeitsprüfung (FFH-VP) von Plänen und Projekten mit den für diese Gebiete festgelegten Erhaltungszielen durchzuführen. Vor der Genehmigung sind dabei unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse sämtliche Gesichtspunkte der Pläne oder Projekte zu ermitteln, die für sich oder in Verbindung mit anderen Plänen oder Projekten die für

dieses Gebiet festgelegten Erhaltungsziele beeinträchtigen können. Dies wurde bei der Genehmigung von verschiedenen Offshore-Windparks so nicht eingehalten, vgl. unten die Ausführungen bzgl. der Genehmigung des Offshore-Windparks „Butendiek“.

Die Genehmigung von Offshore-Windparks darf nur unter der Voraussetzung erteilt werden, dass die Behörden zum Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung des Plans oder des Projekts Gewissheit darüber erlangt haben, dass sich dieser bzw. dieses nicht nachteilig auf das betreffende Gebiet als solches auswirkt.

Unter Umständen wirken sich Offshore-Windkraftanlagen auf mehrere Natura-2000-Gebiete aus; in diesem Fall hat eine auf alle diese Gebiete bezogene Verträglichkeitsprüfung stattzufinden. Eine Prüfung ist ggf. auch grenzüberschreitend zugunsten europäischer Schutzgebiete in anderen Mitgliedstaaten durchzuführen.

10.3 Zusammenfassung der artenschutzrechtlichen Problematik bei der Errichtung von Windkraftanlagen in der AWZ

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG greift ein Störungsverbot für wild lebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während sensibler Zeiten. Diese Arten dürfen während dieser Zeit nicht erheblich gestört werden; eine solche erhebliche Störung liegt dann vor, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer Art verschlechtert. Um die Wirkung der Störung auf die Population bewerten zu können, sind Kenntnisse über die Größe der lokalen Population erforderlich sowie über den Anteil der Population, der durch die Störung beeinträchtigt wird. Schwierig ist die Bestimmung der Signifikanzschwelle einzelner Arten, weil meist keine genaueren Erkenntnisse über die Störwirkung von Windkraftanlagen vorliegen. Verbleiben Erkenntnislücken, so kann u. U. die sog. Worst-Case-Betrachtung zur Planungssicherheit beitragen. In jedem Fall dürfen aber bestehende Erkenntnislücken nicht zum Nachteil der einzelnen Arten angewandt werden.

Der Begriff der Störung setzt vorbeugend schon im Vorfeld der Schädigung an. Eine Störung kann grundsätzlich durch Beunruhigungen und Scheuchwirkungen z. B. infolge von Bewegung, Lärm oder Licht eintreten. Unter das Verbot fallen auch Störungen, die durch Zerschneidungs- oder optische Wirkungen hervorgerufen werden. Erforderlich ist, dass die Handlung geeignet ist, bei den Tieren Reaktionen wie Flucht, Unruhe o. Ä. hervorzurufen.

10.4 Zusammenfassung der Anforderungen bzgl. der Umwelthaftung bei der Errichtung von Windkraftanlagen in der AWZ

Für die europäisch geschützten Arten und Lebensräume steht mit der Umwelthaftungsrichtlinie/dem USchadG eine eigene Grundlage für deren Schutz zur Verfügung. Dieser Schutz beschränkt sich nicht auf die ausgewiesenen Natura-2000-Gebiete, sondern gilt darüber hinaus. Neben der Erfassung der in der FFH-RL und V-RL gelisteten Arten und Lebensräume umfasst der Haftungsanspruch auch die charakteristischen Tier- und Pflanzenarten eines Lebensraumtyps.

Das USchadG begründet eine öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit des Verursachers eines Umweltschadens gegenüber den Behörden für die Vermeidung und Sanierung von Schäden an Naturgütern.

Für die Verantwortlichen eines drohenden Umweltschadens besteht eine Informations- bzw. Gefahrenabwehrpflicht gegenüber der Behörde.

Im Rahmen der Gefahrenabwehrpflicht hat der Verantwortliche unverzüglich die erforderlichen Vermeidungsmaßnahmen zu ergreifen, hierzu reicht es z. B. nicht aus, wenn der Betreiber einer Windkraftanlage mit dem Genehmigungsbescheid verpflichtet wird, bei besonders starkem Vogelzug Beweissicherungsmaßnahmen zu ergreifen. Wenn es zu einer Schädigung der Vögel kommen kann, kommt als Vermeidungsmaßnahme nur die rechtzeitige Abschaltung der Anlage in Betracht.

Bei eingetretenen Umweltschäden hat der Verantwortliche eine Sanierungspflicht, er hat dafür die erforderlichen Schadensbegrenzungsmaßnahmen vorzunehmen und die erforderlichen Sanierungsmaßnahmen zu ergreifen.

Die zuständige Behörde wird für die Durchsetzung der Sanierungspflichten von Amts wegen tätig.

10.5 Zusammenfassung der Anforderungen des Planfeststellungsbeschlusses nach § 5 Abs. 4 SeeAnIV

Seit dem 31.01.2012 gilt für die Errichtung von Windkraftanlagen in der AWZ ein Planfeststellungsverfahren. Danach kann die Planfeststellungsbehörde nach § 5 Abs. 4 SeeAnIV (2012) den Planfeststellungsbeschluss ganz oder teilweise aufheben, wenn innerhalb einer von der Planfeststellungsbehörde gesetzten Frist nach Eintritt der Unanfechtbarkeit nicht mit der Errichtung oder dem Betrieb des Vorhabens begonnen worden ist.

Das Tätigwerden steht nach § 5 Abs. 4 SeeAnIV (2012) im Ermessen der Behörde. Für das Tätigwerden der Behörde kann aber eine Situation entstehen, in der die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten auf eine einzige Rechtsfolge verkürzt werden, weil nur diese Entscheidung von der Behörde rechtmäßig getroffen werden kann (Ermessensreduzierung auf null). Bei einer solchen Ermessensreduzierung darf die Behörde lediglich die übrig gebliebene, allein rechtmäßige Entscheidungsalternative ergreifen. Eine Ermessensreduzierung kann z. B. durch das Einwirken höherrangigen Rechts über dessen dirigierende Kraft indiziert werden, so beim Vorrang des EU-Rechts.

Für die behördliche Entscheidung bedeutet dies, dass sie unter Würdigung der gesetzlichen Intentionen – nämlich einer „zügigen Errichtung und Inbetriebnahme insbesondere von Offshore-Windfarmen“ – darüber entscheiden muss, ob sie die Rechtsfolge nach § 5 Abs. 4 SeeAnIV (2012), also das Erlöschen der Genehmigung, eintreten lassen will. Weiter muss die Behörde bei ihrer Ermessensausübung auch darüber entscheiden, ob die ursprüngliche Abwägungsentscheidung das Vorhaben immer noch trägt.

Die Ermessensentscheidung, dass die Genehmigungsbehörde die Fristen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 SeeAnIaV (2008) wiederholt verlängern konnte, § 4 Abs. 3 SeeAnIV (2008), betrifft ausschließlich Genehmigungen nach der alten Rechtslage (SeeAnIV 2008). Diese Regelungen finden heute wegen einer fehlenden Übergangsregelung keine Anwendung mehr. Befristete Genehmigungen können nach der geltenden Rechtslage nach Fristablauf nicht mehr verlängert werden. Für diese Anlagen müssen zukünftig also Planfeststellungsverfahren eingeleitet werden.

A. BSH-Genehmigung „Butendiek“

1. Allgemeines

- 1) Antrag vom 27.09.2000, Genehmigungsbescheid vom 18.12.2002 zur Errichtung von 80 Windenergieanlagen
- 2) In Anspruch genommene Fläche: 37 km², Nordsee westlich Sylt, West, 34 km vom Festland entfernt, Wassertiefe ca. 20 m
- 3) Gebiet: innerhalb des FFH-Gebiets „Sylter Außenriff“ (DE 1209-301) und des VSG/NSG „Östliche Deutsche Bucht“ (DE 1011-401).

2. Natura-2000-Gebiete

2.1 FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ (DE 1209-301)

2.1.1 Allgemeines

Gebietsgröße: 531.428 ha, Aufnahme in die Liste der Europäischen Kommission der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung für die atlantische biogeografische Region 2008 (Entscheidung 2008/23/EG, ABl. EG L 12 vom 15.01.2008, S. 1–117) mit teilweiser Überschneidung mit dem europäischen VSG „Östliche Deutsche Bucht“ (DE 1011-401).

Zum Zeitpunkt der Genehmigung des Windparks „Butendiek“ wurde von einem potenziellen FFH-Gebiet ausgegangen („[...] ist eine Einbeziehung des beplanten Bereiches in ein etwaiges Schutzgebiet aus Gründen der Kohärenz eher wahrscheinlich [...]“, Genehmigungsbescheid, S. 40).

Allgemeine Erhaltungsziele für das Gebiet „Sylter Außenriff“ sind:

Erhaltung und Wiederherstellung der spezifischen ökologischen Funktionen, der biologischen Vielfalt und der natürlichen Dynamik des Gebiets

Erhaltung und Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands der Lebensraumtypen „Sandbänke mit nur schwacher ständiger Überspülung durch Meerwasser“ (Code 1110) und „Riffe“ (Code 1170) mit ihren charakteristischen und gefährdeten Lebensgemeinschaften und Arten

Erhaltung und Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands folgender FFH-Arten und ihrer Habitate: Schweinswal, Seehund, Kegelrobbe, Flussneunauge und Finte

Es wird davon ausgegangen, dass die durch das FFH-Gebiet geschützten FFH-Lebensraumtypen im Vorhabensgebiet nicht vorkommen (vgl. Genehmigungsbescheid, S. 37: „[...] hat das BfN mit Schreiben vom 18.11.2002 mitgeteilt, dass sich hieraus keine weiterführenden Hinweise auf das Vorkommen von FFH-Lebensraumtypen im aktuellen Planungsgebiet ergeben hätten“). Ebenfalls für das Vorhabensgebiet nicht nachgewiesen wurden die Fischarten Flussneunauge und Finte. Dagegen kommen im geplanten Windpark Schweinswale, Seehunde und Kegelrobben vor. Auf die spezifischen Erhaltungsziele für diese Arten wird bei der Betrachtung der Gefährdung des Schutzzwecks näher eingegangen.

2.1.2 Gefährdung des Schutzzwecks

Im Vorhabensgebiet kommen nach dem Genehmigungsbescheid (S. 28 f., 38 ff.) bzw. dem Fachgutachten Meeressäuger¹³⁴ regelmäßig **Schweinswale** und **Seehunde** vor. Kegelrobben wurden dagegen nur als ganz seltene Einzelbeobachtung festgestellt. Es ist daher insbesondere zu überprüfen, ob in Bezug auf die Schutzgüter Schweinswale und Seehunde eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele im FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ auftreten kann.

¹³⁴ Zwischenbericht 2004.

a) Schweinswale

Bestandssituation

Der Genehmigungsbescheid führt aus, dass **Schweinswale** in unerwartet hoher Anzahl vorkommen. Die Tiere bewegen sich im Vorhabensgebiet in fischreichen und nur mäßig schadstoffbelasteten Gewässern.

Zeitliches Vorkommen

Die Schweinswale wandern verstärkt im März und April in den Bereich westlich von Sylt ein, wobei das Bestandsmaximum Ende April/Anfang Mai festgestellt wurde. Kälber wurden vereinzelt Ende Mai, gehäuft ab Juni und mit einem Spitzenwert im Juli festgestellt. Die Mehrzahl der Wale wandert offenbar im September/Okttober aus dem Bereich heraus. Alttiere und auch Mutter-Kalb-Paare wurden bis zur Grenze des Untersuchungsgebiets 90 km westlich von Sylt in relativ gleichen – hohen – Dichten wahrgenommen.

Maximalwerte traten in den Untersuchungsjahren 2002 und 2003 jeweils im Juni auf mit Dichten von 3,9 Tieren/km² (Juni 2002) bzw. 5,6 Tieren/km² (Juni 2003). Im Juli gingen die Sichtungsraten für Schweinswale zurück, um im August wieder deutlich anzusteigen. Die Untersuchungen zeigten, dass das Seegebiet westlich von Sylt regelmäßig von Schweinswalen genutzt wird, wobei die Tiere lokal in hohen Konzentrationen auftreten. Derartige Konzentrationsbereiche sind jedoch nicht beständig und können in allen Teilbereichen des untersuchten Gebiets auftreten. Dem Gebiet kommt eine hohe Bedeutung für die Reproduktion (Kalbung und Aufzucht) zu. Im Sommer 2001 wurde ein Kälberanteil von 27 % festgestellt, in den Sommern 2002 und 2003 Kälberanteile von maximal 17 %. Damit beträgt der Kälberanteil im Mittel der drei Untersuchungsjahre 20 %.

Die hohe Bedeutung des FFH-Gebiets „Sylter Außenriff“ und der angrenzenden Meeresgebiete konnte in den letzten Jahren im Rahmen des Schweinswalmonitorings¹³⁵ bestätigt werden: Die Dichte von Schweinswalen zählt zu den höchsten Dichten in der deutschen Nordsee. Im Gebiet befindet sich die größte stetig nachgewiesene Konzentration von Schweinswalen in der Deutschen Bucht mit einem hohen Anteil an Mutter-Kalb-Gruppen. Die außerordentlich hohe Anzahl an Mutter-Kalb-Paaren macht die Wichtigkeit dieses Gebiets für Schweinswale für die

¹³⁵ Gilles, A.,; Siebert, U. (2011): Monitoringbericht 2010–2011. Marine Säugetiere und Seevögel in der deutschen AWZ von Nord- und Ostsee. Teilbericht marine Säugetiere – Visuelle Erfassung von Schweinswalen.

Nordseepopulation insgesamt deutlich. Die Mutter-Kalb-Paare nutzen dabei das gesamte Gebiet ohne erkennbar bevorzugte Bereiche. Auch im Rahmen des Monitorings wurden viele – örtlich wechselnde – Aggregationen („Hotspots“) von Schweinswalen festgestellt, die wohl mit dem Auftreten von Fischschwärmen zusammenhängen.

Erhaltungsziele im FFH-Gebiet

Die spezifischen für den Schweinswal formulierten Erhaltungsziele im FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ spiegeln diese Bedeutung wider:

Schweinswal (*Phocoena phocoena*) (Code 1351)

Schweinswale gelten in der südlichen und zentralen Nordsee als stark gefährdet (ICES ACE 2003). Im Gebiet wurden die höchsten Konzentrationen von Schweinswalen in der gesamten deutschen Nordsee nachgewiesen, wodurch das Gebiet des „Sylter Außenriffs“ im deutschen Meeresgebiet eine zentrale Rolle für die Erhaltung dieser Art hat. Die hohen Schweinswaldichten lassen Rückschlüsse auf ein gutes Vorkommen potenzieller Beutefische zu. Die hohe Anzahl der Mutter-Kalb-Paare belegt zudem die wichtige Funktion des Gebiets als Aufwachs- und auch als Paarungshabitat.

Erhaltung und Wiederherstellung

Folgende Erhaltungsziele lassen sich derzeit formulieren:

Mindestens Erhaltung des zum Zeitpunkt der Meldung vorliegenden qualitativen und quantitativen Zustands des Schweinswalbestands im gesamten Schutzgebiet unter Berücksichtigung der natürlichen Populationsdynamik und Unterstützung natürlicher Bestandsentwicklungen

Erhaltung der ökologischen Qualität der Nahrungshabitate, Migrations- und Reproduktionsräume des Gebiets für Schweinswale in der südlichen und zentralen Nordsee

Erhaltung der aktuellen Populationsstrukturen und -dynamik, der reproduktiven Fitness sowie der natürlichen genetischen Vielfalt innerhalb des Bestands im Schutzgebiet sowie Erhaltung der genetischen Austauschmöglichkeiten mit Beständen außerhalb des Gebiets

Erhaltung des unzerschnittenen Habitats der Art im gesamten Schutzgebiet sowie Erhaltung der Verbindung zu dem unmittelbar angrenzenden FFH-Gebiet des Landes Schleswig-Holstein „NTP S-H Wattenmeer und angrenzender

Küstenstreifen“ (Code 0916-303), in dem sich das unmittelbar angrenzende Schweinswalschutzgebiet befindet

5) Erhaltung der räumlichen und zeitlichen Verbreitungsmuster und der Bestandsdichten der natürlichen Nahrungsgrundlage der Schweinswale (z. B. *Ammodytidae*, *Clupea harengus*, *Soleidae*, *Gobiidae*, *Merlangius merlangus*, *Limanda limanda*)

Folgende Wiederherstellungs- und Entwicklungsziele lassen sich derzeit formulieren:

Vor dem Hintergrund der anhaltenden Gefährdung in weiten Teilen des Gesamtareals der zentralen Nordseepopulation sollen im Schutzgebiet die für die Schweinswale wichtigen Habitate qualitativ verbessert, quantitativ soweit möglich entwickelt und eine ungestörte Nutzung durch die Tiere gewährleistet werden.

Die abiotischen und biotischen Faktoren im Gebiet sollen einen Zustand erreichen, der es den vorhandenen Beständen ermöglicht, sich hin zu einem guten Erhaltungszustand zu entwickeln und diesen dauerhaft zu erhalten. Besonderes Augenmerk ist auf die Entwicklung eines mindestens guten Gesundheitszustands, einer hohen Vitalität der Individuen, einer langfristig erfolgreichen Reproduktion und einer arttypischen Altersstruktur des Bestands zu legen.

„Ruhezonen“ für Mutter-Kalb-Gruppen sind besondere Schutzbemühungen zu widmen, da diese höhere Anforderungen an eine Störungsfreiheit stellen.

Die Bestände der den Schweinswalen als Nahrungsgrundlage dienenden Fischarten sollen natürliche Bestandsdichten, Altersklassenverteilungen und Verbreitungsmuster erreichen.

Beeinträchtigung der Erhaltungsziele

Negative Effekte auf die Schweinswalpopulation im Vorhabensgebiet sind vor allem durch Schallemissionen zu erwarten. Auch die Genehmigungsbehörde führt aus, dass insbesondere die schallsensitiven **Schweinswale** sowohl beim Bau als auch beim Betrieb der Anlagen nachteilig beeinträchtigt werden können. In der Begründung des Genehmigungsbescheids heißt es (S. 40): „Aufgrund ihrer sensiblen Navigations- und Kommunikationstechnik sind Schweinswale – insbesondere in der Fortpflanzungs- und Gebärphase – sehr störanfällig gegen bestimmte Lärmimmissionen.“

Zum Zeitpunkt der Genehmigung war noch kein FFH-Schutzgebiet mit Schutzzweck und Erhaltungszielen für den Schweinswal in der AWZ ausgewiesen, daher wurde das Gebiet als sog. potenzielles FFH-Gebiet behandelt und untersucht, ob das Projektgebiet in einem Gebiet liegt, das aus fachwissenschaftlicher Sicht zweifelsfrei die von der Richtlinie vorausgesetzten Merkmale eines Natura-2000-Gebiets erfüllt. Merkmale sind in Anhang III der FFH-RL unter Phase 1, Punkt B, genannt. Dies sind die Populationsgröße und -dichte in diesem Gebiet, der Erhaltungsgrad der für die betreffende Art wichtigen Habitatselemente, der Isolierungsgrad der vorkommenden Population sowie eine Gesamtbeurteilung des Werts des Gebiets für die Arterhaltung. Die Prüfung kommt zu dem Ergebnis, dass „eine Einbeziehung des beplanten Bereiches in ein etwaiges Schutzgebiet aus Gründen der Kohärenz eher wahrscheinlich ist, sodass aus Gründen der Rechtssicherheit eine Prüfung an den Maßstäben nach FFH-RL erfolgt“.

Im Anschluss daran erfolgt eine Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 BNatSchG analog für ein etwaiges FFH-Schutzgebiet nach § 38 BNatSchG 2002 für Schweinswale. Dabei hat richtigerweise die Prüfung am Maßstab von Schutzzweck und den daraus abgeleiteten Erhaltungszielen zu erfolgen (S. 40). Schutzzweck und Erhaltungsziele dürften ganz allgemein (so das BSH) mit den Stichworten „Erhalt und Entwicklung der ökologischen Funktionen des Gebiets sowie Vermeidung und Verminderung von negativen Auswirkungen menschlicher Aktivitäten“ in Bezug auf die Schweinswalpopulation beschrieben werden. Richtigerweise differenziert die Behörde zwischen einer temporären Bau- und einer dauerhaft vorgesehenen Betriebsphase.

Einem Projekt ist die Zulassung nach § 34 Abs. 2 BNatSchG dem Grunde nach zu versagen, wenn das Gebiet „in seinen für die Erhaltungsziele oder den Schutzzweck maßgeblichen Bestandteilen“ erheblich beeinträchtigt zu werden droht; Art. 6 Abs. 3 Satz 2 FFH-RL verlangt die Versagung, wenn ein Projekt oder Plan „das Gebiet als solches“ beeinträchtigen kann bzw. solche Beeinträchtigungen nicht ausgeschlossen werden können.¹³⁶

Auswirkungen baubedingter Schallemissionen

Bei baubedingten Schallemissionen, z. B. durch das Rammen von Fundamenten, ist von sehr großen Reichweiten auszugehen. Beim Bau des dänischen Windparks „Horns

¹³⁶ Vgl. *Gellermann et al. (2007): Nutzungsbeschränkungen in geschützten Meeresflächen im Bereich der Ausschließlichen Wirtschaftszone und des Festlandssockels. BfN-Skripten 194, S. 77.*

Rev“ (Nennleistung 2 MW) wurden Verhaltensänderungen von Schweinswalen in einer Entfernung von bis zu 20 km festgestellt, die drei bis vier Stunden nach Beendigung des Rammens normale Werte erreichten.¹³⁷ Auch andere Studien belegen weiträumige Auswirkungen von Rammarbeiten auf das Verhalten von Schweinswalen; der Schwellenwert für die Meidung eines Gebiets lag demnach bei 155 dB re 1 μPa , was einem Abstand zur Rammstelle von 20 km entsprach.¹³⁸ Verhaltensänderungen, die nicht zu einer Meidung des Gebiets führten, waren aber noch bis in 70 km Entfernung zur Rammstelle und für Schallwerte bis 90 dB re 1 μPa feststellbar.¹³⁹ Erst in 80 km Entfernung konnten die Rammgeräusche nicht mehr von Hintergrundgeräuschen unterschieden werden.¹⁴⁰ Untersuchungen beim Bauvorhaben „Borkum West II“ ermittelten während der Rammstunden Störungen von Schweinswalen bei bis zu 144 dB re 1 $\mu\text{Pa}^2 \text{ s}$ (SEL) und für die nachfolgenden 24 Stunden eine hoch bis höchst signifikante Störung bei bis zu 140 dB re 1 $\mu\text{Pa}^2 \text{ s}$ (SEL).¹⁴¹ Zu zeitweisen hoch signifikanten Störungen kam es zwischen 135 und 140 dB re 1 $\mu\text{Pa}^2 \text{ s}$ (SEL).¹⁴²

Aufgrund der Größe des geplanten Windparks von 80 Anlagen werden die Rammarbeiten mehrere Monate in Anspruch nehmen. Somit ist während des Baus der Windenergieanlagen mit mehrmonatigen Beeinträchtigungen der Habitatsfunktionen des FFH-Gebiets für Schweinswale auszugehen. Da das Gebiet von besonderer Bedeutung für die Fortpflanzung und Jungenaufzucht der Schweinswale ist, besteht in den Sommermonaten eine erhöhte Empfindlichkeit gegenüber Störwirkungen. Es ist daher sicherzustellen, dass es durch die Bautätigkeit nicht zu Auswirkungen auf die Reproduktion der Schweinswale kommt. Dabei ist es auch erforderlich, dass „Ruhezonen“ für Mutter-Kalb-Gruppen zur Verfügung stehen.

¹³⁷ *Tougaard, J. et al. (2003): Short-term effects of the construction of wind turbines on harbour porpoises at Horns Reef, Technical Report to TechWise A/S. HME/362-02662, Hedeselskabet, Roskilde.*

¹³⁸ *Southall, B. L. et al. (2007): Marine mammal noise exposure criteria: initial scientific recommendation. Aquatic Mammals 33: 411–521; Bailey, H. et al. (2010): Assessing underwater noise levels during pile-driving at an offshore windfarm and its potential effects on marine mammals. Marine Pollution Bulletin 60: 888–897.*

¹³⁹ *Southall, B. L. et al. (2007): Marine mammal noise exposure criteria: initial scientific recommendation. Aquatic Mammals 33: 411–521; Bailey, H. et al. (2010): Assessing underwater noise levels during pile-driving at an offshore windfarm and its potential effects on marine mammals. Marine Pollution Bulletin 60: 888–897.*

¹⁴⁰ *Bailey, H. et al. (2010): Assessing underwater noise levels during pile-driving at an offshore windfarm and its potential effects on marine mammals. Marine Pollution Bulletin 60: 888–897.*

¹⁴¹ *Pehlke, H. et al. (2013): Entwicklung und Erprobung des Großen Blasenschleiers zur Minderung der Hydroschallemissionen bei Offshore-Rammarbeiten: Hydroschall-OFF BWII. Abschlussbericht zum gleichnamigen BMU-Vorhaben (FKZ 0325309A/B/C), S. 162.*

¹⁴² *Pehlke, H. et al. (2013): Entwicklung und Erprobung des Großen Blasenschleiers zur Minderung der Hydroschallemissionen bei Offshore-Rammarbeiten: Hydroschall-OFF BWII. Abschlussbericht zum gleichnamigen BMU-Vorhaben (FKZ 0325309A/B/C), S. 165.*

Für die Beurteilung des Ausmaßes der Beeinträchtigung der Habitatsfunktion des Gebiets ist daher entscheidend, welchen Beitrag die Durchführung von Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen zur Reduktion des Schalleintrags leisten können. Da für die Errichtung des Windparks „Butendiek“ laut Genehmigungsbescheid eine „nachweislich schallminimierende Baumethode“ gewählt werden muss, lässt sich noch nicht abschließend abschätzen, wie groß das tatsächlich von den Schweinswalen gemiedene Gebiet bzw. der weniger stark frequentierte Bereich rund um die Rammstellen sein wird. Doch selbst unter der Annahme, dass sich der Meidungsabstand dadurch auf 8 km¹⁴³ um die Rammstelle verringern ließe, wäre aufgrund der Bauarbeiten ein Gebiet von über 200 km² Größe nicht von den Schweinswalen nutzbar. Dies entspricht ca. 3,8 % der Fläche des FFH-Gebiets.

Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen zum Schutz der Schweinswale sind auch aus Gründen des Artenschutzes nach Art. 12 FFH-RL zwingend erforderlich, da bereits bei einem SEL von 164 dB mit einem damit verbundenen Sound Pressure Level (SPL) von 199 dB mit einer temporären Hörschwellenverschiebung (Temporary Threshold Shift [TTS]), also einem schallinduzierten akustischen Trauma, zu rechnen ist.¹⁴⁴

Auswirkungen betriebsbedingter Schallemissionen

Beim Betrieb der Windenergieanlagen treten ebenfalls Schallemissionen auf, deren Auswirkungen auf Schweinswale bisher jedoch noch nicht ausreichend bekannt sind. Aufgrund der Reichweite des Unterwasserschalls sind – in Abhängigkeit von Bauausführung und Leistung der installierten Windenergieanlagen – Reichweiten von mehreren Hundert Metern möglich.¹⁴⁵ Die gemessenen Schallemissionen lagen zwischen 150 und 120 dB re 1µPa.¹⁴⁶ Es ist daher nicht auszuschließen, dass durch die Schallemissionen beim Betrieb der Windenergieanlagen Scheuchwirkungen auftreten, die zum Verlust von Nahrungshabitaten führen könnten.

¹⁴³ Von diesem Störradius ist bei Einhaltung des 160-dB-Grenzwerts (SEL), gemessen in 750 m Entfernung, auszugehen, vgl. BMU (2013): Konzept für den Schutz der Schweinswale vor Schallbelastungen bei der Errichtung von Offshore-Windparks in der deutschen Nordsee (Schallschutzkonzept), S. 21.

¹⁴⁴ UBA (2011): Empfehlung von Lärmschutzwerten bei der Errichtung von Offshore-Windenergieanlagen (OWEA).

¹⁴⁵ Knust, R.; Dalhoff, P.; Gabriel, J.; Heuers, J.; Hüppop, O.; Wendeln, H. (2003): Untersuchungen zur Vermeidung und Verminderung von Belastungen der Meeresumwelt durch Offshore-Windenergieanlagen im küstenfernen Bereich der Nord- und Ostsee – Offshore WEA. – Abschlussbericht zum FuE-Vorhaben 200 97 106, UBA.

¹⁴⁶ Andersson, M. H. (2011): Offshore wind farms – ecological effects of noise and habitat alteration on fish. Department of Zoology, Stockholm University, <http://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:391860/FULLTEXT01>.

Mögliche kumulative Auswirkungen mit anderen Projekten

Sofern der Bau weiterer Windparks in der Nähe zum FFH-Gebiet zeitgleich erfolgt – infrage kommen die Vorhaben „DanTysk“ (im Bau), „Nördlicher Grund“ (Baubeginn ab 2015), „Sandbank 24“ (Baubeginn ab 2015), „Amrumbank West“ (Baubeginn ab 2013) und „Nordsee Ost“ (im Bau) –, können sich die Schalleinträge während des Rammens und durch die Versorgungsschiffe entsprechend verstärken und kumulierend auf das FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ wirken. Gleiches gilt für den Fall, dass im Vorhabensgebiet mehrere Gründungen zeitgleich erfolgen. Weitere Beeinträchtigungen können mit Sand- und Kiesabbauvorhaben sowie mit der Verlegung der Netzanbindung verbunden sein und sind daher ebenfalls in die Betrachtung einzubeziehen.

In der Betriebsphase des Windparks ist zudem die mögliche kumulative Wirkung des dänischen Windparks „Horns Rev“ zu berücksichtigen.

Die Genehmigungsbehörde formuliert zur Vermeidung erheblicher Beeinträchtigungen des Schutzguts Schweinswal (Genehmigungsbescheid, S. 40) zwei Umsetzungsgebote:

Umsetzungsgebot 1:

- Erhalt dauerhaft ausreichender Fischbestände als Nahrungsgrundlage und der Wasserqualität durch weitgehende Vermeidung von Schadstoffeinträgen

Umsetzungsgebot 2:

- Vermeidung und Verminderung von erheblichen Störungen durch Lärm/Vibrationen von Offshore-Installationen sowie Vermeidung und Verminderung des Entstehens elektromagnetischer Felder durch Elektroinstallationen (z. B. Kabel).

Zum Umsetzungsgebot 1 wird ausgeführt, dass mit einer Beeinträchtigung dieses Umsetzungsgebots nicht zu rechnen sei, weil weder mit der Bautätigkeit noch mit der Betriebsphase eine Einbringung von Schadstoffen verbunden sein dürfe, was durch entsprechende Nebenbestimmungen – siehe Schutzgut Wasser – sichergestellt sei. In der Betriebsphase würde nach den Prognosen zum Schutzgut Fisch der schleppnetzfreie Bereich des Vorhabens eine Zunahme der fischereilichen Biomasse zu verzeichnen haben, die auch dem Erhalt der Nahrungsgrundlage für den Schweinswal dienen könne.

In Bezug auf die Fischbestände geht die Genehmigungsbehörde davon aus, dass sich weder die bau- noch die betriebsbedingten Schallemissionen negativ auswirken. Da Fische eine artspezifische Sensitivität gegenüber Schall aufweisen,¹⁴⁷ erscheint diese Aussage zu pauschalisiert und nicht durch entsprechende Untersuchungsergebnisse unterlegt zu sein. Eine Bewertung, ob die Nahrungsgrundlage der Schweinswale beeinträchtigt oder, wie vom BSH angenommen, durch den Bau der Windenergieanlagen sogar verbessert wird, kann unseres Erachtens derzeit nicht abschließend erfolgen.

Zum Umsetzungsgebot 2 wird von der Genehmigungsbehörde Folgendes ausgeführt: Durch den Bau der Anlagen, und hier insbesondere durch die lärmintensive Einbringung der Gründungselemente in den Seeboden, könnte das Umsetzungsgebot einer erheblichen Beeinträchtigung ausgesetzt sein. Der Schweinswal und der Seehund erlitten spätestens ab einem Wert von 200 dB eine Hörschwellenverschiebung, die zu Schädigungen des lebenswichtigen Sinnesorgans führen könne. Diese Werte würden beim Einbringen der Fundamente zumindest in einem Nahbereich um die Baustelle überschritten, sodass die Bauarbeiten zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Erhaltungsziele des Gebiets führten, sofern keine ausreichenden auswirkungsmindernden Maßnahmen getroffen würden. Daher müsse bei der Errichtung eine nachweislich schallminimierende Baumethode gewählt werden – Nebenbestimmung Ziffer 14. Ferner sei diese Anordnung eine schadensbegrenzende Maßnahme, mit der die unerwünschten Immissionen für den Bereich außerhalb der konkreten Einbringungsstelle und jenseits des Blasenschleiers in einer Weise reduziert würden, dass von einer erheblichen Beeinträchtigung nicht mehr auszugehen sei und die schallintensiven Gründungsarbeiten für die Zeit der sensiblen Mutter-Kalb-Beziehung von Mai bis September nicht unterbrochen werden müssten (S. 41 f.).

Schließlich wurden Vergrämungsmaßnahmen vor unvermeidlich lärmemittierenden Bauverfahren angeordnet, um sicherzustellen, dass sich im Nahbereich der potenziell schädigenden Lärmquelle keine Tiere aufhalten. Die systematische Erfüllung des in Ziffer 14 angeordneten Maßnahmenpakets stelle – so das BSH – sicher, dass mit dem Bau keine erheblichen Auswirkungen auf das Umsetzungsgebot 2 verbunden seien.

Es finden sich im Genehmigungsbescheid keine Ausführungen dazu, ob in den anderen Gebieten (Ausweichgebieten) ausreichend Nahrung für die Schweinswale zur

¹⁴⁷ Vgl. *Andersson, M. H.* (2011): Offshore wind farms – ecological effects of noise and habitat alteration on fish. Department of Zoology, Stockholm University, <http://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:391860/FULLTEXT01>.

Verfügung steht oder ob die während der Bauphase zumindest temporär vorhandenen Verluste von Habitaten nicht zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Schweinswalpopulation führen können.

Besonders kritisch ist die Tatsache zu sehen, dass es sich bei dem FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ um ein bedeutendes Aufzuchtsgelände innerhalb des Hauptkonzentrationsgebiets für Schweinswale handelt, in dem sich regelmäßig zahlreiche Mutter-Kalb-Paare aufhalten, dies jedoch im Genehmigungsbescheid nicht thematisiert wird. Es ist bekannt, dass Mutter-Kalb-Paare sich bei Fluchtbewegungen mit deutlich geringeren Schwimgeschwindigkeiten fortbewegen und somit auftretenden Lärmemissionen länger ausgesetzt sind als einzelne adulte Tiere;¹⁴⁸ zudem können Fluchtreaktionen bei Mutter-Kalb-Paaren zu einem Verlust des Kontakts zwischen Mutter und Kalb führen.¹⁴⁹ Auch ist über das Hörvermögen und die Empfindlichkeit der Kälber gegenüber Lärm noch kein Wissen verfügbar.

Ebenso ist zu berücksichtigen, dass durch Fluchtreaktionen die Paarung aufgrund der relativ kurzen Empfängniszeit von nur wenigen Tagen erheblich gestört werden oder erfolglos verlaufen kann.¹⁵⁰

Auch die Frage, ob die benötigten Ruhezeiten während der Bauphase in ausreichendem Maße vorhanden sind, wird im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung nicht geprüft. Angesichts der bekanntermaßen größeren Störeffektivität von Mutter-Kalb-Paaren und der großen Reichweite von Schallemissionen (s. o.) wäre dies unseres Erachtens zwingend zu betrachten gewesen, bevor auf einen Baustopp während der Aufzuchtzeit der Kälber verzichtet werden kann.

Im Weiteren gibt es auch keine artenschutzrechtliche Prüfung nach Art. 12 Abs. 1 FFH-RL und § 42 BNatSchG a. F. analog. Eine solche Bewertung und Prüfung fehlt im gesamten Genehmigungsbescheid. Beim Schweinswal handelt es sich um eine Anhang-IV-Art, daher wäre die artenschutzrechtliche Frage (unabhängig von der FFH-VP) zu prüfen gewesen.

Bezüglich betriebsbedingter Lärmemissionen sind die Auswirkungen bzw. deren potenzielle Intensität derzeit aufgrund von Wissens- und Erkenntnislücken noch nicht

¹⁴⁸ UBA (2011): Empfehlung von Lärmschutzwerten bei der Errichtung von Offshore-Windenergieanlagen (OWEA).

¹⁴⁹ BMU (2013): Konzept für den Schutz der Schweinswale vor Schallbelastungen bei der Errichtung von Offshore-Windparks in der deutschen Nordsee (Schallschutzkonzept), S. 15.

¹⁵⁰ BMU (2013): Konzept für den Schutz der Schweinswale vor Schallbelastungen bei der Errichtung von Offshore-Windparks in der deutschen Nordsee (Schallschutzkonzept), S. 16.

abschließend bekannt. Gleichwohl geht die Behörde davon aus, dass sich aus dem Betrieb der Anlage keine dauerhaften erheblichen Lärmimmissionen für das Gebiet ergeben, da die Konstruktion und Verwendung nachweisbar schallminimiert konstruierter Anlagen und eine demselben Zweck dienende, nicht schallpotenzierende Konfigurationen zulassende Auflage angeordnet worden seien (Ziffer 4, 4.3). Auch eine Barrierewirkung auf das Wanderverhalten der Tiere könne durch die Anlage nicht verursacht werden, da der Abstand zwischen den potenziellen Lärmquellen mindestens 500 m betrage.

Ergebnis

Die durchgeführte Prüfung analog zu § 34 BNatSchG ist unzureichend, da sie wesentliche mögliche Beeinträchtigungen nicht betrachtet. So wird auf eine Betrachtung einer möglichen Beeinträchtigung der Habitatsqualität verzichtet, obwohl die Habitate des Schweinswals zu den „maßgeblichen Bestandteilen“ des Schutzgebiets „Sylter Außenriff“ zählen.¹⁵¹ „Da für den Schutzzweck ‚maßgebliche Bestandteile‘ des über 5.000 qkm großen Gebiets nach den bisherigen Untersuchungen nicht definiert werden konnten und hiermit in näherer Zukunft auch nicht zu rechnen ist, erübrigt sich eine nähere Prüfung dieses Tatbestandsmerkmals des § 34 Abs. 2 BNatSchG“ (Genehmigungsbescheid, S. 42). Aufgrund des vorhandenen Wissens (u. a. aus dem Fachgutachten Meeressäuger, das eine starke Nutzung des gesamten Untersuchungsgebiets durch die Schweinswale nachgewiesen hat) lässt sich jedoch eindeutig ableiten, dass das gesamte Gebiet als „maßgeblicher Bestandteil“ zu betrachten gewesen wäre. Die Auswirkungen eines temporären Habitatsverlusts von ca. 3,8 % der Fläche des FFH-Gebiets (unter der Annahme eines Meidungsradius von 8 km, s. o.) hätten in der FFH-VP auf ihre Erheblichkeit geprüft werden müssen.

Gleichfalls unterblieb die Beurteilung, ob sich der Wirkfaktor „Schallemissionen“ negativ auf den Reproduktionserfolg der Schweinswale auswirken kann, obwohl das FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ als Aufzuchs- und Paarungsgebiet von hoher Bedeutung ist.

Eine Bewertung durch die Genehmigungsbehörde, inwieweit Erhaltungsziele erheblich beeinträchtigt werden, war auf Grundlage der erfolgten unvollständigen Verträglichkeitsprüfung somit nicht abschließend möglich. Bestehende Wissenslücken über die Erheblichkeit der auftretenden Beeinträchtigungen werden zwar zum Teil genannt, wirkten sich aber nicht auf die Einschätzung der Erheblichkeit aus. Dies widerspricht den Vorgaben der FFH-RL, die ein Versagen der Genehmigung bereits dann verlangt, wenn erhebliche Beeinträchtigungen nicht ausgeschlossen werden können.¹⁵² Eine Genehmigung hätte unseres Erachtens auf der vorliegenden Basis nicht erteilt werden dürfen.

¹⁵¹ Zu den maßgeblichen Bestandteilen zählen auch die Arten nach Anhang II der FFH-RL bzw. Anhang I und Art. 4 Abs. 2 V-RL einschließlich ihrer Habitate, zu deren Erhalt das Gebiet geschützt, entwickelt oder wiederhergestellt werden soll; vgl. *Schumacher/Fischer-Hüftle*, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 34 BNatSchG, Rdnr. 49.

¹⁵² Vgl. *Schumacher/Fischer-Hüftle*, BNatSchG, 2. Aufl. 2011, § 34 BNatSchG.

Auch werden durch die aufgenommenen Nebenbestimmungen nicht alle erheblichen Beeinträchtigungen sicher ausgeschlossen:

Durch die Aufnahme von Nebenbestimmungen im Genehmigungsbescheid, insbesondere durch die Festlegung der Bau- und Anlagenausführung auf den Stand der Technik, soll gewährleistet werden, dass baubedingte Schallemissionen so weit wie möglich vermieden bzw. minimiert werden. Hierzu ist ein entsprechendes Schallschutzkonzept erforderlich, das nachweislich den Aufenthalt von Schweinswalen in der Nähe der Rammungen ausschließt und den Schallpegel auf ein Niveau absenkt, das (außerhalb der Aufzuchtzeit) einen maximalen SEL von 160 dB in 750 m zur Rammstelle gewährleistet.¹⁵³ Bis zum Nachweis, dass Mutter-Kalb-Paare auch in der Bauphase genügend Ruhezeiten haben und der Reproduktionserfolg der Schweinswale nicht beeinträchtigt wird, wird ein Baustopp in den Sommermonaten für erforderlich gehalten. Da erhebliche Beeinträchtigungen des FFH-Gebiets durch kumulative Auswirkungen bei Überschneidung der Bauzeiten mehrerer Vorhaben nicht ausgeschlossen werden können, ist eine Koordination der Ausführung genehmigter Vorhaben erforderlich.

b) Seehunde (S. 43)

Seehunde sind im Frühjahr regelmäßig im Untersuchungsbereich und im Bereich des Vorhabens in einer nicht unerheblichen Anzahl anzutreffen, da diese Bereiche vermutlich ein Nahrungshabitat darstellen.

Für den Seehund sind im FFH-Gebiet folgende spezifische Erhaltungsziele benannt:

Seehund (*Phoca vitulina*) (Code 1365)

Der Seehundbestand des niederländischen, deutschen und dänischen Wattenmeers wurde aufgrund des zweiten Ausbruchs der Seehundstaupe (innerhalb von 15 Jahren) im Jahr 2002 auf ca. die Hälfte des gerade wieder angewachsenen Bestands reduziert. Die Bestandsgröße der Seehunde wird für 2003 mit ca. 10.800 Individuen im gesamten trilateralen Wattenmeerbereich angegeben (COMMON WADDEN SEA SECRETARIAT 2003).

Seehunde nutzen den SCI (Site of Community Importance) „Sylter Außenriff“ als Nahrungshabitat bzw. durchschwimmen das Gebiet auf dem Weg von ihren Fressplätzen zu ihren Ruhe- und Reproduktionsgebieten. Diese befinden sich u. a. im

¹⁵³ Vgl. UBA (2011): Empfehlung von Lärmschutzwerten bei der Errichtung von Offshore-Windenergieanlagen (OWEA).

Schutzgebiet des Landes Schleswig-Holstein SPA (Special Protection Area) „Helgoländer Düne“ (Code P1813-304) und im unmittelbar angrenzenden SCI „NTP S-H Wattenmeer und angrenzender Küstenstreifen“ (Code 0916-303) im Bereich der Nordfriesischen Inseln. Eine Nutzung des Gebiets als Nahrungshabitat findet vor allem in einem Umkreis von 50 bis 250 km um die Liegeplätze bis in eine Wassertiefe von ca. 35 m statt.

Erhaltung

Folgende Erhaltungsziele lassen sich derzeit formulieren:

Mindestens Erhaltung des zum Zeitpunkt der Meldung vorliegenden qualitativen und quantitativen Zustands des Seehundbestands im Schutzgebiet unter Berücksichtigung der natürlichen Populationsdynamik und Unterstützung natürlicher Bestandsentwicklungen

Erhaltung der ökologischen Qualität der Nahrungshabitate und Migrationsräume des Gebiets für Tiere der Seehundkolonien auf den Nordfriesischen Inseln und Helgoland (Düne)

Erhaltung des unzerschnittenen Habitats der Art im Schutzgebiet sowie Erhaltung der Verbindung zum unmittelbar angrenzenden Schutzgebiet des Landes Schleswig-Holstein SCI „NTP S-H Wattenmeer und angrenzender Küstenstreifen“ (Code 0916-303) und den Liegeplätzen auf den Nordfriesischen Inseln; Erhaltung der Möglichkeit für Seehunde, das Gebiet entsprechend ihren natürlichen räumlichen und zeitlichen Verbreitungsmustern zu nutzen

Erhaltung der räumlichen und zeitlichen Verbreitungsmuster, Altersklassenverteilung und Bestandsdichten der natürlichen Nahrungsgrundlagen der Seehunde (z. B. *Pleuronectidae*, *Gadus morhua*, *Ammodytidae*, *Gobiidae*)

Wiederherstellung

Folgende Wiederherstellungs- und Entwicklungsziele lassen sich derzeit formulieren:

Vor dem Hintergrund der starken krankheitsbedingten Dezimierung der Seehundbestände im Bereich des gesamten Wattenmeers ist es erforderlich, die Nahrungshabitate und Migrationsräume der Seehunde zu entwickeln und eine weitgehend ungestörte Nutzung durch die Tiere zu gewährleisten.

Die abiotischen und biotischen Faktoren im Gebiet sollen einen Zustand erreichen, der es den vorhandenen Beständen ermöglicht, sich hin zu einem guten Erhaltungszustand zu entwickeln und diesen dauerhaft zu erhalten. Besonderes Augenmerk ist auf die Entwicklung eines mindestens guten Gesundheitszustands, einer hohen Vitalität der Individuen, einer langfristig erfolgreichen Reproduktion und einer arttypischen Altersstruktur des Bestands zu legen.

Die Bestände der den Seehunden als Nahrungsgrundlage dienenden Fischarten sollen natürliche Bestandsdichten, Altersklassenverteilungen und Verbreitungsmuster erreichen.

Um eine Schädigung von Seehunden durch Lärmemissionen zu vermeiden, sind Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen notwendig.

2.2 VSG/NSG „Östliche Deutsche Bucht“ (DE 1011-401)

Gebietsgröße: 313.513 ha, als NSG ausgewiesen durch die Verordnung über die Festsetzung des Naturschutzgebiets (NSG) „Östliche Deutsche Bucht“ vom 15.09.2005 (BGBl. I, S. 2782).

Schutzzwecke sind nach § 3 Abs. 1 der Verordnung die dauerhafte Erhaltung und Wiederherstellung des Meeresgebiets in seiner Funktion als Nahrungs-, Überwinterungs-, Mauser-, Durchzugs- und Rastgebiet für die dort vorkommenden Arten des Anhangs I der Richtlinie 79/409/EWG (V-RL), insbesondere für Sterntaucher, Prachtaucher, Zwergmöwe, Brandseeschwalbe, Flusseeeschwalbe, Küstenseeschwalbe, und für die regelmäßig auftretenden Zugvogelarten, insbesondere für Sturmmöwe, Heringsmöwe, Eissturmvogel, Basstölpel, Dreizehenmöwe, Trottellumme und Tordalk.

Der Genehmigungsbescheid geht davon aus, dass Zwerg- und Sturmmöwe sowie Brandseeschwalbe, Pracht- und Sterntaucher „häufiger und in bedeutenderen Dichten vorkommende Arten“ sind (S. 29).

Der Standarddatenbogen weist das VSG als „wichtigstes Gebiet für Stern- und Prachtaucher in der Nordsee“ aus, das sich durch eine große Habitat- und Strukturvielfalt mit sehr reichhaltigem Nahrungsangebot für Seevögel und eine hohe Vielfalt benthischer Organismen auszeichnet. Im Folgenden soll daher auf die beiden Seetaucherarten Sterntaucher und Prachtaucher (*Gavia stellata* und *Gavia arctica*) näher eingegangen werden. Für die deutsche Nordsee war 2002 von

13.700 Individuen (12.600 Sterntaucher, 1.100 Prachtttaucher) im Winter, 8.600 Individuen (7.700 Sterntaucher, 900 Prachtttaucher) im Frühjahr auszugehen.¹⁵⁴

Der Genehmigungsbescheid führt zu Seetauchern aus:

Die im Vorhabensgebiet anzutreffenden **Rastvögel** können durch die Errichtung und insbesondere den Betrieb der Anlagen sowie durch den hiermit verbundenen zusätzlichen Verkehr im Rahmen von Wartungsarbeiten in diesem Bereich gestört und verschreckt werden (**Scheuchwirkung**). Störanfällige Arten könnten einen **Habitatsverlust** erleiden.

Bei den Untersuchungen wurden insgesamt 1.527 Seetaucher mit dem Schiff sowie 3.282 Seetaucher bei den Flügen gezählt. Insbesondere bei den Seetauchern, die für die Bereiche der IBA (Important Bird Area) Nr. 123 in der AWZ die Wert gebenden Arten darstellen dürften, wurde eine flächige Verbreitung festgestellt, die zumindest in den Monaten März und April die bisher bekannte westliche Begrenzung der IBA in nahezu gleichmäßig hohen Dichten deutlich überschritt und dabei über die westliche Grenze des Fluguntersuchungsgebiets 90 km von Sylt hinausreichte.

Das Vorhabensgebiet war zum Zeitpunkt der Genehmigung Teil eines sog. faktischen VSG, da es unzweifelhaft die Anforderungen an ein solches Gebiet erfüllte. Das Gebiet wurde der Europäischen Kommission im Mai 2004 als VSG „Östliche Deutsche Bucht“ mit einer Ausdehnung von 313.513 ha gemeldet.

In einem faktischen VSG gilt ein Verschlechterungsverbot mit der Folge, dass dort keine Aktivitäten möglich sind, die sich nachteilig auf das Gebiet auswirken können.¹⁵⁵ Die Möglichkeit, bei Vorliegen nachteiliger Auswirkungen von einer Ausnahme nach § 34 Abs. 3 BNatSchG Gebrauch zu machen, besteht für ein faktisches VSG nicht. Die FFH-VP kann erst nach der Ausweisung als VSG und dem anschließenden Wechsel in das FFH-Regime zur Anwendung kommen. Eine Genehmigung des Windparks „Butendiek“ ist daher nur unter der Voraussetzung möglich, dass keine nachteiligen Beeinträchtigungen der Schutzgüter drohen. Für die Rastvogelpopulation der Seetaucher wurde eine Prüfung analog § 34 Abs. 1 BNatSchG für ein etwaiges Schutzgebiet nach § 38 BNatSchG a. F. durchgeführt, um mögliche Beeinträchtigungen festzustellen.

¹⁵⁴ Garthe, S. (2003): Erfassung von Rastvögeln in der deutschen AWZ von Nord- und Ostsee. Abschlussbericht für das F+E-Vorhaben FKZ: 802 85 280 – K 1 (Bundesamt für Naturschutz).

¹⁵⁵ Faktische Vogelschutzgebiete dürfen nicht „zerstört oder anderweitig so nachhaltig beeinträchtigt“ werden, dass sie für eine Meldung nicht mehr in Betracht kommen (BVerwG, Urt. v. 27.10.2000, NuR 2001, 216, 221).

Der Winterbestand der nordwesteuropäischen Population von Seetauchern beträgt ca. 110.000 Exemplare. Die Tiere bewegen sich bevorzugt in fischreichen Gewässern der östlichen Deutschen Bucht in mäßigen Wassertiefen von der Küste bis regelmäßig zum Bereich der 40-m-Tiefenlinie. Im Verlauf der Wintermonate wandern die Seetaucher von küstennahen Bereichen im Frühling in küstenfernere Bereiche der nördlichen deutschen AWZ, wo sie im März/April die höchsten Dichten aufweisen und sich abschließend Fettreserven für den ab April/Mai folgenden Zug in die arktischen Brutgebiete zulegen.

Für Schutzzweck und Erhaltungsziele geht die Genehmigungsbehörde davon aus, dass diese ganz allgemein mit den Stichworten „Erhalt und Entwicklung der ökologischen Funktionen des Gebiets sowie Vermeidung und Verminderung von negativen Auswirkungen menschlicher Aktivitäten“ in Bezug auf die Seetaucherpopulation beschrieben werden dürften. Auch für die Seetaucher werden zwei Umsetzungsgebote formuliert:

Umsetzungsgebot 1:

- Erhalt dauerhaft ausreichender Fischbestände als Nahrungsgrundlage und der Wasserqualität durch weitgehende Vermeidung von Schadstoffeinträgen

Umsetzungsgebot 2:

- Vermeidung und Verminderung von Scheuchwirkungen von Offshore-Installationen

Das BSH geht davon aus, dass das Umsetzungsgebot 2 „nach derzeitigem Wissensstand nachteilig beeinträchtigt“ wird. Seetaucher zählen zu den empfindlichsten Seevogelarten in Bezug auf Störungen durch jegliche Art menschlicher Nutzung; aufgrund dieser hohen Empfindlichkeit meiden sie z. B. viel befahrene Schifffahrtsstraßen und fliegen bereits in 1–2 km Entfernung vor Schiffen auf.¹⁵⁶ Inzwischen ist auch belegt, dass Seetaucher Offshore-Windparks mit einem großen Abstand meiden.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Mendel, B.; Garthe, S. (2010): Kumulative Auswirkungen von Offshore-Windkraftnutzung und Schiffsverkehr am Beispiel der Seetaucher in der Deutschen Bucht. *Coastline Reports* 15: 31–44; Garthe, S. (2003): Erfassung von Rastvögeln in der deutschen AWZ von Nord- und Ostsee. Abschlussbericht für das F+E-Vorhaben FKZ: 802 85 280 – K 1 (Bundesamt für Naturschutz).

¹⁵⁷ Mendel, B.; Garthe, S. (2010): Kumulative Auswirkungen von Offshore-Windkraftnutzung und Schiffsverkehr am Beispiel der Seetaucher in der Deutschen Bucht. *Coastline Reports* 15: 31–44.

Die Genehmigungsbehörde ging aufgrund der Empfindlichkeit der Seetaucher von einem generellen Scheuchabstand von 2 km zu den Anlagen – und damit von einem Verlust von „Nahrungs- und Rasthabitaten“ für Seetaucher – aus. Dies bedeutet einen Verlust von ca. 101 km² Lebensraum. Bezogen auf die Größe des inzwischen ausgewiesenen VSG „Östliche Deutsche Bucht“ sind dies ca. 3 % der Schutzgebietsfläche.

Zur Einschätzung der Erheblichkeit der Beeinträchtigung legte das BSH das 1%-Kriterium bezogen auf die biogeografische (Winter-)Population zugrunde. Diese beträgt für die Seetaucher ca. 110.000 Tiere. Der artenspezifische Grenzwert für die Erheblichkeit des Habitatsverlusts würde danach 1.100 vertriebene Tiere betragen. Berücksichtigt man den Umstand, dass der Sterntaucher gegenüber dem Prachttaucher die deutlich überwiegende Art darstelle, wäre auf der Grundlage der biogeografischen Population des Sterntauchers (75.000) eine Erheblichkeitsschwelle bei 750 Tieren anzunehmen. Legt man den vom Gutachter der Antragstellerin höchsten beobachteten Wert der Seetauchersichtungen mit 1,9 Seetauchern/km² zugrunde, ergibt sich ein rechnerischer Vertreibungseffekt von 192 Tieren.

Das BSH geht aufgrund dieser Zahlen davon aus, dass keine nachteiligen Auswirkungen auf das Schutzgut Seetaucher im faktischen VSG durch das Vorhaben zu erwarten sind.

Diese Einschätzung ist aus folgenden Gründen zu hinterfragen.

Zum einen wurden für das Vorhabensgebiet deutlich höhere Abundanzen festgestellt. Die genehmigten Windparks im Nordosten der Deutschen Bucht befinden sich genau in den Seetaucher-Hotspots.¹⁵⁸ Würde man der Rechnung eine Abundanz von mehr als fünf Seetauchern/km² zugrunde legen, wie sie sich z. B. der Verbreitungskarte in *Mendel & Garthe* (2010) entnehmen lässt, müsste mit einer Vertreibung von mindestens 505 Tieren gerechnet werden. Dieser ist – für sich allein genommen – zwar ebenfalls noch unter der vom BSH angenommenen Erheblichkeitsschwelle von 1.100 Tieren, unter Berücksichtigung der kumulativen Auswirkungen durch den Schiffsverkehr und durch die anderen gebauten oder genehmigten Windparks im

¹⁵⁸ *Mendel, B.; Garthe, S.* (2010): Kumulative Auswirkungen von Offshore-Windkraftnutzung und Schiffsverkehr am Beispiel der Seetaucher in der Deutschen Bucht. *Coastline Reports* 15: 31–44.

Rastgebiet der Seetaucher ist aber mit Sicherheit von einer erheblichen Überschreitung des Schwellenwerts auszugehen.¹⁵⁹

Die Sichtweise des BSH, für das Erreichen dieses Schwellenwerts nur das geplante Vorhaben des Windparks „Butendiek“ heranzuziehen und andere Beeinträchtigungen außer Acht zu lassen, ist nicht nachvollziehbar.

Für Rastgebiete von Wasservögeln legt die Ramsar-Konvention fest, dass sie internationale Bedeutung erlangen, wenn sie regelmäßig mindestens 1 % der biogeografischen Population einer Art beherbergen. Eine daran orientierte Betrachtungsweise wurde auch für Seevögel vorgeschlagen,¹⁶⁰ wobei für die Bewertung von Störungen aufgrund der deutlich besseren Datenlage die nationalen Bestände herangezogen werden sollten. Wenn 1 % des nationalen Bestands einer Seevogelart in mindestens einer Jahreszeit durch eine Störung betroffen ist, so ist mit Auswirkungen auf Populationsniveau zu rechnen. Demnach wäre für das Genehmigungsjahr 2002 bei 1 % von 13.700 Seetauchern und mithin bereits bei 137 Tieren die Erheblichkeitsschwelle überschritten gewesen. Diese wird auch ohne die Betrachtung kumulativer Wirkungen durch das Vorhaben deutlich überschritten.

Der Genehmigungsbescheid legt in seiner Beurteilung der Auswirkungen auf den Seetaucherbestand im VSG keinen anderen Maßstab an als bei der Beurteilung von Projekten, die nicht in ein VSG hineinwirken können. Das VSG „Östliche Deutsche Bucht“ dient jedoch ausdrücklich dem Schutz von Seetauchern, ein dauerhafter Habitatsverlust von ca. 3 % der Schutzgebietsfläche durch die von den Windenergieanlagen ausgehenden Scheuchwirkungen liegt deutlich über dem Schwellenwert von 1 % Habitatsverlust, bei dessen Überschreitung in der Regel von einer erheblichen Beeinträchtigung des Gebiets ausgegangen werden muss.¹⁶¹

Von nachteiligen Auswirkungen auf den Seetaucherbestand im (zum Genehmigungszeitpunkt faktischen) VSG ist mithin auszugehen. Eine Genehmigung des Windparks hätte daher nicht erfolgen dürfen.

¹⁵⁹ Da die genannten für Seetaucher störenden Nutzungen nicht einzeln, sondern gleichzeitig auf die Vögel einwirken, ergibt sich die Notwendigkeit, die negativen Auswirkungen kumulativ zu betrachten, um das Ausmaß der Störungen bewerten zu können; *Mendel & Garthe* (2010).

¹⁶⁰ *Dierschke, V.; Hüppop, O.; Garthe, S.* (2003): Populationsbiologische Schwellen der Unzulässigkeit für Beeinträchtigungen der Meeresumwelt am Beispiel der in der deutschen Nord- und Ostsee vorkommenden Vogelarten. *Seevögel* 24: 61–72.

¹⁶¹ Vgl. *Lambrecht et al.* (2004): Ermittlung von erheblichen Beeinträchtigungen im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsuntersuchung; F+E-Vorhaben; Endbericht 2004, S. 33.

3. Vogelzug (S. 30)

Ziehende Vögel können durch Existenz, Beleuchtung und allgemein in Betrieb befindliche Windenergieanlagen beschädigt, getötet (Vogelschlag) oder von ihrem Zugweg mit der Folge eines Energieverlusts abgelenkt oder umgelenkt werden.

Die schiffsgebundene Ermittlung des Zugvogelgeschehens gestaltete sich technisch wie methodisch schwierig. Der Vorhabensträger hat deswegen Radargeräte angeschafft und testete diese auf ihre Verwendbarkeit. Zusätzlich wurden für die Erfassung des Zugvogelgeschehens Verhöre und visuelle Beobachtungen durchgeführt. Ob sich diese zusätzlichen Aktivitäten auf die Ergebnisse ausgewirkt haben, geht aus der Genehmigung nicht hervor. Insgesamt ist die Erfassung des Zugvogelgeschehens sehr komplex, dies betrifft sowohl die Frage des Tag-/Nachtzugs als auch der jeweiligen Wetterverhältnisse.

Eine Gefährdung des Vogelzugs liegt, wie auch das BSH ausführt, nicht schon dann vor, wenn die abstrakte Gefahr besteht, dass einzelne Individuen bei ihrem Durchzug durch das Vorhabensgebiet zu Schaden kommen, sondern erst, wenn ausreichende Erkenntnisse die Prognose rechtfertigen, dass die Anzahl der möglicherweise betroffenen Vögel so groß ist, dass unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Populationsgröße von einer signifikanten Beeinträchtigung einzelner oder mehrerer verschiedener Populationen mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann. Abstrakte Befürchtungen im Sinne eines strengen Vorsorgemaßstabs reichen daher in diesem Zusammenhang für die Erfüllung des Tatbestands dieses Versagungsgrunds nicht aus.

Zur Gefährdung des Vogelzugs ist Folgendes zu beachten: Nach § 5 Abs. 6 Nr. 2 SeeAnIV darf eine Planfeststellung für einen Offshore-Windpark nicht erfolgen, wenn der Vogelzug gefährdet ist. Der Versagungsgrund ist vor allem mit Blick auf Gefährdungen des Zugeschehens formuliert worden.¹⁶² Wie das BSH richtig erkannt hat, kommt das Regelbeispiel zwar nicht schon zum Tragen, wenn ein solcher Park einzelne Exemplare ziehender Vogelarten gefährdet,¹⁶³ es greift aber auch nicht erst dann ein, wenn negative Einflüsse auf den jährlichen Vogelzug vorliegen. Zweck der Regelung in § 5 Abs. 6 Nr. 2 SeeAnIV ist, wandernden Vogelarten und ihren Populationen einen gewissen Schutz zu gewähren, und genau dies bringt es mit sich, dass die Vorschrift zur Versagung einer beantragten Genehmigung zwingt, wann

¹⁶² Vgl. *Gellermann*, Handbuch, S. 201.

¹⁶³ *Brandt/Gaßner*, SeeAnIV, § 3 Rdnr. 52.

immer ein Windpark Gefährdungen der Bestandssituation wandernder Vogelarten verursacht.¹⁶⁴ In Abhängigkeit von der jeweils betroffenen Vogelart und ihrer Erhaltungssituation kann dies namentlich dann anzunehmen sein, wenn Offshore-Einrichtungen wegen ihrer Lage auf einer traditionellen Zugroute besonders hohe Verluste durch Vogelschlag befürchten lassen, kommt daneben aber auch dann in Betracht, wenn durch den Bau oder Betrieb einer Seeanlage die ökologische Qualität der für die Erhaltung der Vogelarten wichtigen Rast-, Mauser- oder Überwinterungsplätze in Mitleidenschaft gezogen wird.¹⁶⁵

Die Gesamtschau der dargestellten Kernaussagen begründet nach dem Genehmigungsbescheid die Prognose (vgl. S. 61), dass von einer Gefährdung des Vogelzugs – auch im Hinblick auf § 2 Satz 2 Nr. 4 SeeAnIV – durch Errichtung und Betrieb der Windenergieanlagen im Vorhabensgebiet nicht auszugehen ist. Es ist allerdings einzuräumen, dass diese Prognose nach dem bisherigen Stand von Wissenschaft und Technik unter Prämissen abgegeben wird, die noch nicht die Grundlage für eine das Schutzgut in jeglicher Hinsicht befriedigende Weise abzusichern vermögen. Hierdurch sind der explizite Verweis auf § 15 SeeAnIV sowie die speziell hierfür angeordnete strengere Beweissicherung – Anordnung Ziffer 21 – gerechtfertigt.

Hierzu ist vor allem die Nebenbestimmung Ziffer 21 von Interesse:

Soweit **besonders intensiver Vogelzug** mit hinreichender Wahrscheinlichkeit den Bereich des Vorhabens vorhersehbar passiert, sind unverzüglich Beweissicherungsmaßnahmen, insbesondere zum Aspekt des etwaigen Vogelschlags, einzuleiten. Die hierdurch gewonnenen Erkenntnisse sind der Genehmigungsbehörde innerhalb einer Woche nach dem untersuchten Zugereignis vorzulegen. Eine Entscheidung darüber, die Anlagen für gleichgelagerte Vorkommen von Zugereignissen mit Vergrämungsinstallationen auszustatten, wird ausdrücklich vorbehalten. Auf die weiteren Möglichkeiten nach § 15 Abs. 3 SeeAnIV wird ausdrücklich hingewiesen.

Es ist nicht ersichtlich, warum hier nicht von vornherein eine Abschaltung der Anlage angeordnet wurde. Diese wäre eine adäquate Maßnahme gewesen, um dem artenschutzrechtlichen Vermeidungsgebot nachzukommen. An dieser Stelle fehlt

¹⁶⁴ *Czybulka*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 56 Rdnr. 59; *Gellermann*, NuR 2004, 78.

¹⁶⁵ Vgl. *Gellermann*, Handbuch, S. 201; *Gellermann/Schreiber*, Schutz wildlebender Tiere, S. 134; *Reshöft/Dreher*, ZNER 2002, 97.

insgesamt eine entsprechende Auseinandersetzung mit dem Artenschutzrecht nach Art. 12 und 16 FFH-RL und Art. 5 und 9 V-RL sowie dem nationalen Artenschutz, § 42 BNatSchG a. F. analog.

4. Zusammenfassende Betrachtung der Genehmigung „Butendiek“

Das Vorhabensgebiet „Butendiek“ liegt innerhalb des FFH-Gebiets „Sylter Außenriff“ (DE 1209-301) und des VSG/NSG „Östliche Deutsche Bucht“ (DE 1011-401).

Von besonderer Relevanz für die Erteilung der Genehmigung waren die Auswirkungen des Vorhabens auf marine Säuger (insbesondere Schweinswale), Seetaucher sowie auf den Vogelzug. Das BSH als Genehmigungsbehörde kam zu der Einschätzung, dass von dem Bau und dem Betrieb des Windparks keine erheblichen Beeinträchtigungen auf die o. g. Schutzgüter ausgehen, und erteilte eine entsprechende Genehmigung zur Errichtung des Windparks. Aus rechtlicher Sicht muss dieser Einschätzung aus mehreren Gründen widersprochen werden.

Schweinswale

Für die Beurteilung der Auswirkungen des Vorhabens auf Schweinswale lässt sich Folgendes zusammenfassend aussagen:

Dem Gebiet kommt eine hohe Bedeutung für die Reproduktion (Kalbung und Aufzucht) zu.

Negative Effekte auf die Schweinswalpopulation im Vorhabensgebiet sind vor allem durch Schallemissionen zu erwarten.

Zum Zeitpunkt der Genehmigung lag ein potenzielles FFH-Gebiet vor. Das BSH führte daher eine Verträglichkeitsprüfung nach § 34 Abs. 1 BNatSchG analog für ein etwaiges FFH-Schutzgebiet nach § 38 BNatSchG 2002 für Schweinswale durch. Die durchgeführte Prüfung analog zu § 34 BNatSchG ist jedoch unzureichend, da sie wesentliche mögliche Beeinträchtigungen wie Habitatsverlust und Auswirkungen auf den Reproduktionserfolg nicht betrachtet.

Unter der Annahme eines Meidungsradius von 8 km um die Rammstelle ist von einem temporären Habitatsverlust von ca. 3,8 % der Fläche des FFH-Gebiets auszugehen. Dies liegt deutlich über der 1%-Schwelle, die das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) in seinem Schallschutzkonzept als unerheblich – in der für die Schweinswale sensiblen Zeit – festlegt. Der Genehmigungsbescheid geht auf die Frage des Flächenverlusts nicht ein, da die

maßgeblichen Bestandteile des potenziellen FFH-Gebiets nicht identifiziert werden könnten. Tatsächlich ist aber davon auszugehen, dass aufgrund der Lage des Vorhabensgebiets im Hauptkonzentrationsgebiet für Schweinswale und der großen Bedeutung des FFH-Gebiets für ihre Reproduktion das gesamte Gebiet als maßgeblicher Bestandteil betrachtet werden muss.

Es ist nicht auszuschließen, dass die durch die Rammarbeiten hervorgerufenen Schallemissionen zu einer Minderung der Reproduktionsrate der Schweinswale führen können. Dies betrifft sowohl den Aufzucht- als auch den Paarungserfolg. Eine Prüfung dieses Sachverhalts durch die Genehmigungsbehörde BSH erfolgte nicht.

Bestehende Wissenslücken wirkten sich nicht auf die Einschätzung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen aus. Eine Genehmigung darf aber dann nicht erteilt werden, wenn erhebliche Beeinträchtigungen nicht ausgeschlossen werden können.

Da insbesondere erhebliche vorhabensbedingte Beeinträchtigungen der Reproduktion der Schweinswale nicht ausgeschlossen werden können, hätte das BSH hier zumindest einen Baustopp während der sensiblen Phase der Aufzucht und Paarung aussprechen müssen.

Da der Schweinswal in Art. 4 FFH-RL aufgeführt ist, gelten unabhängig von Schutzgebietsausweisungen die artenschutzrechtlichen Verbote. Der Genehmigungsbescheid enthält hierzu keine Ausführungen. Neben dem Verbot der Tötung von Tieren ist hier insbesondere die Störung während der sensiblen Zeiten von Bedeutung.

Seetaucher

Das VSG „Östliche Deutsche Bucht“ dient auch dem Schutz der Seetaucherarten Sterntaucher und Prachtttaucher. Nach Ansicht des BSH tritt keine erhebliche Beeinträchtigung der Seetaucher durch das Vorhaben auf. Diese Einschätzung ist nach dem Ergebnis des Gutachtens nicht zu teilen:

Der Standarddatenbogen weist das VSG als „wichtigstes Gebiet für Stern- und Prachtttaucher in der Nordsee“ aus. Damit kommt dem Gebiet im Vergleich zu anderen Teilen der Nordsee eine erhöhte Bedeutung für den Seetaucher zu.

Das Vorhabensgebiet war zum Zeitpunkt der Genehmigung Teil eines sog. faktischen VSG.

Für die Rastvogelpopulation der Seetaucher wurde eine Prüfung analog § 34 Abs. 1 BNatSchG für ein etwaiges Schutzgebiet nach § 38 BNatSchG a. F. durchgeführt, um mögliche Beeinträchtigungen festzustellen.

Aufgrund der Empfindlichkeit der Seetaucher ist von einem generellen Scheuchabstand von 2 km zu den Anlagen – und damit von einem Verlust von „Nahrungs- und Rasthabitaten“ für Seetaucher – auszugehen. Dies bedeutet einen Verlust von ca. 101 km² Lebensraum. Bezogen auf die Größe des inzwischen ausgewiesenen VSG „Östliche Deutsche Bucht“ sind dies ca. 3 % der Schutzgebietsfläche. Dieser Habitatsverlust liegt deutlich über dem Schwellenwert von 1 %, bei dessen Überschreitung in der Regel von einer erheblichen Beeinträchtigung des Gebiets ausgegangen werden muss.

Das BSH beurteilt die Auswirkungen auf den Seetaucherbestand im VSG ausschließlich anhand der Zahl der möglicherweise verdrängten Individuen und legt damit den gleichen Maßstab an wie bei der Beurteilung von Projekten, die nicht in ein VSG hineinwirken können. Dies wird der herausgehobenen Bedeutung eines VSG für die Erhaltung von Vogelarten nicht gerecht.

Auch die Zugrundelegung relativ niedriger Abundanzzahlen für die Berechnung der vertriebenen Individuen ist nicht nachvollziehbar, da sich das Vorhabensgebiet in einem „Seetaucher-Hotspot“ befindet, in dem zum Teil deutlich höhere Abundanzen festgestellt wurden. Unter Zugrundelegung einer Abundanz von fünf Seetauchern/km² und unter Berücksichtigung der kumulativen Auswirkungen durch den Schiffsverkehr und durch die anderen gebauten oder genehmigten Windparks im Rastgebiet der Seetaucher ist von einer erheblichen Überschreitung des vom BSH angenommenen Schwellenwerts von 1.100 Individuen auszugehen. Damit wäre selbst nach den kritisch zu betrachtenden Maßstäben des BSH eine Genehmigung des Windparks „Butendiek“ abzulehnen.

Eine Genehmigung des Windparks hätte nicht erfolgen dürfen.

Vogelzug

Eine Gefährdung des Vogelzugs liegt dann vor, wenn ausreichende Erkenntnisse die Prognose rechtfertigen, dass die Anzahl der möglicherweise betroffenen Vögel so groß ist, dass unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Populationsgröße von einer signifikanten Beeinträchtigung einzelner oder mehrerer verschiedener Populationen mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann.

Des Weiteren sind jedoch die Vorgaben der V-RL einzuhalten, welche das absichtliche Töten von Tieren verbietet. Der Absichtsbegriff greift bereits dann, wenn man bewusst die Tötung von Tieren in Kauf nimmt, sofern also ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht. Dabei ist es nicht relevant, ob dies auch zu einer signifikanten Beeinträchtigung der Population führen kann.

Nebenbestimmung 21 legt fest, dass bei besonders intensivem Vogelzug im Bereich des Vorhabens unverzüglich Beweissicherungsmaßnahmen durchzuführen sind.

Diese Nebenbestimmung trägt den artenschutzrechtlichen Bestimmungen (Art. 5 und 9 V-RL) nicht in ausreichendem Maße Rechnung, da gerade bei Massenzugereignissen und ungünstigen Wetterverhältnissen nachweislich ein „signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“ besteht.

Bei einem entsprechenden Massenzugereignis ist aus Vermeidungsgründen das Abschalten der Rotoren erforderlich.

Fazit

Der Windpark „Butendiek“ hätte in der vorliegenden Form nicht genehmigt werden dürfen, da erhebliche Beeinträchtigungen des FFH-Gebiets „Sylter Außenriff“ sowie des VSG „Östliche Deutsche Bucht“ durch den Bau und den Betrieb des Windparks „Butendiek“ nicht auszuschließen sind.

Können erhebliche Beeinträchtigungen nicht ausgeschlossen werden, so darf die Genehmigung nur erteilt werden (§ 34 Abs. 3 BNatSchG), soweit es

aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses, einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art, notwendig ist und

zumutbare Alternativen, den mit dem Projekt verfolgten Zweck an anderer Stelle ohne oder mit geringeren Beeinträchtigungen zu erreichen, nicht gegeben sind.

Soll ein Projekt nach § 34 Abs. 3 BNatSchG zugelassen oder durchgeführt werden, sind die zur Sicherung des Zusammenhangs des Netzes Natura 2000 notwendigen Maßnahmen vorzusehen (Kohärenzmaßnahmen). Die zuständige Behörde unterrichtet in diesem Fall die Kommission über das BMU über die getroffenen Maßnahmen (§ 34 Abs. 5 BNatSchG).

B. BSH-Genehmigung „DanTysk“

1. Allgemeines

Antrag vom 07.03.2000 in der Fassung vom 15.08.2003; Genehmigungsbescheid vom 23.08.2005 zur Errichtung von 80 Windenergieanlagen mit einer Leistung von maximal je 5 MW

In Anspruch genommene Fläche: 71 km², 70 km westlich von Sylt, Wassertiefen zwischen 21 und 33 m

Gebiet: Das VSG/NSG „Östliche Deutsche Bucht“ (DE 1011-401) schließt sich direkt an die östliche Grenze des Vorhabensgebiets „DanTysk“ an. In unmittelbarer Nähe des Vorhabensgebiets befindet sich auch das FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“.

2. Natura-2000-Gebiete

2.1 FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ (DE 1209-301)

Das FFH-Gebiet dient u. a. der Erhaltung und Wiederherstellung eines günstigen Erhaltungszustands folgender FFH-Arten und ihrer Habitate: Schweinswal, Seehund, Kegelrobbe, Flussneunauge und Finte.

Im Vorhabensgebiet kommen regelmäßig Schweinswale vor. Seehunde und Kegelrobben wurden vereinzelt gesichtet. Es ist daher insbesondere zu überprüfen, ob in Bezug auf das Schutzgut Schweinswal eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele im FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ auftreten kann.

Das FFH-Gebiet selbst weist den Schweinswal (*Phocoena phocoena*) mit einem geschätzten Bestand von 12.148 bis 13.360 Tieren, den Seehund (*Phoca vitulina*) mit mehreren Tausend nahrungssuchenden Tieren und die Kegelrobbe (*Halichoerus grypus*) mit einigen Dutzend ebenfalls nahrungssuchenden Tieren auf (www.habitatmarenatura2000.de; Genehmigungsbescheid, S. 32).

2.2 VSG/NSG „Östliche Deutsche Bucht“ (DE 1011-401)

Das Vorhabensgebiet grenzt an das VSG/NSG „Östliche Deutsche Bucht“ (DE 1011-401) an. Das VSG dient insbesondere dem Schutz von Sterntauchern, Prachttauchern, Zwergmöwen, Brandseeschwalben, Flusseeeschwalben, Küstenseeschwalben sowie der regelmäßig auftretenden Zugvogelarten, insbesondere Sturmmöwe, Heringsmöwe, Eissturmvogel, Basstölpel, Dreizehenmöwe, Trottellumme und Tordalk.

3. Marine Säuger

3.1 Schweinswale

Bestandssituation

Laut Genehmigungsbescheid betrug die höchste beobachtete relative Häufigkeit im gesamten Untersuchungsgebiet 0,067 Tiere/Transektkilometer (Mai 2002); bei den restlichen Erfassungen belief sich die relative Häufigkeit insgesamt auf 0 bis 0,033 Individuen/Transektkilometer.

Im Rahmen des MINOS-Projekts wurde das Schweinswalvorkommen in der deutschen AWZ erfasst. Das Vorhabensgebiet „DanTysk“ liegt hierbei im MINOS-Gebiet B und grenzt östlich direkt an das MINOS-Gebiet C an, welches insbesondere westlich von Sylt durch hohe Schweinswaldichten und einen hohen Kälberanteil gekennzeichnet ist. Dieses Gebiet wird von den Schweinswalen sowohl als Nahrungsgrund wie auch als Aufzuchtgebiet genutzt. Das MINOS-Gebiet B weist vergleichsweise hohe Konzentrationen im nordöstlichen Bereich auf, in dem auch das Vorhabensgebiet „DanTysk“ liegt (Genehmigungsbescheid, S. 48).

Der Genehmigungsbescheid hebt demzufolge auch hervor, dass von einer hohen Bedeutung des Vorhabensgebiets für Schweinswale auszugehen ist.¹⁶⁶ Das Gebiet wird sowohl als Nahrungs- als auch als Aufzuchtgebiet von Schweinswalen genutzt.

Das BSH führt aus, dass bisherige Untersuchungen beim Bau von Windenergieanlagen gezeigt hätten, dass Verhaltensänderungen von Schweinswalen im Umkreis von bis zu 20 km aufgetreten seien. Allerdings sei im Offshore-Windpark „Horns Rev“ die Signalaktivität (Schweinswalklicks) in durchschnittlich 4,5 Stunden nach Beendigung der Rammarbeiten wieder feststellbar gewesen, während beim Bau des Offshore-Windparks „Nysted“ eine sechsfache Verlängerung der Wartezeit bis zur erneuten Aufnahme von Signalen nach Beendigung des Rammens und eine Reduzierung der Signale im Windpark während der Bauphase insgesamt aufgetreten seien (Genehmigungsbescheid, S. 50).

Bezüglich der Auswirkungen auf das Hörvermögen mariner Säuger führt das BSH aus, dass nur lückenhafte Kenntnisse vorhanden seien. Unstreitig sei jedoch, dass Schweinswale spätestens ab einem Wert von 200 dB eine Hörschwellenverschiebung erleiden, die zu Schädigungen der lebenswichtigen Sinnesorgane führen könne. Aus

¹⁶⁶ Genehmigungsbescheid vom 23.08.2005, S. 49.

diesem Grund werden Maßnahmen zu Vermeidung und Verminderung der Auswirkungen von Lärm während der Bauphase **nach dem Stand der Technik** festgelegt und bei der Errichtung eine nachweislich schallminimierende Baumethode vorgeschrieben. Mithilfe einer Soft-Start-Methode sei sicherzustellen, dass Tiere, die sich im Nahbereich der Rammarbeiten aufhielten, Gelegenheit fänden, rechtzeitig wegzuschwimmen. Die Anordnung zusätzlicher schallvermindernder Maßnahmen, z. B. Blasenschleier, müsse sich am Stand der Technik und am aktuellen Kenntnisstand zu Beginn der Bauarbeiten orientieren.

Das BSH weist zwar darauf hin, dass das Umweltbundesamt (UBA) die Einhaltung von Werten unter 160 dB außerhalb eines Kreises mit einem Radius von 750 m um die Ramm- bzw. Einbringungsstelle fordert, schreibt die Einhaltung dieses Werts im Genehmigungsbescheid selbst jedoch nicht fest.

Das BSH geht davon aus, dass mit Errichtung und Betrieb der Windenergieanlagen nach Umsetzung der angeordneten Maßnahmen und Konstruktionsstandards allenfalls nicht erhebliche nachteilige Auswirkungen auf marine Säuger verbunden sein werden (Genehmigungsbescheid, S. 52).

FFH-Verträglichkeitsprüfung

Aufgrund der unmittelbaren Nähe des Vorhabensgebiets zum (zu diesem Zeitpunkt bereits gemeldeten) FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ führt das BSH zudem eine Verträglichkeitsprüfung nach dem Maßstab von Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bzw. § 34 BNatSchG durch.

Das BSH stellt richtigerweise fest, dass für eine erhebliche Beeinträchtigung des gemeldeten FFH-Gebiets „Sylter Außenriff“ insbesondere die lärmintensive Einbringung der Gründungselemente in den Seeboden in Betracht kommt (Genehmigungsbescheid, S. 53). Mit Verweis auf die bereits zuvor im Genehmigungsbescheid zitierten Publikationen beschränkt sich das BSH im Folgenden jedoch darauf, festzustellen, dass „die möglichen Auswirkungen auf Schweinswale jedenfalls nur vorübergehender Natur sind“. Eine dauerhafte Schädigung von Schweinswalen könne nicht eintreten, da die Lärmentwicklung in der Bauphase „darüber hinaus durch die schallminimierenden Anordnungen unter Ziffer 14 beschränkt“ würden (Genehmigungsbescheid, S. 53).

Aus dem Genehmigungsbescheid ist nicht ersichtlich, inwieweit das BSH überhaupt eine Betrachtung der in das FFH-Gebiet hineinwirkenden Schallemissionen

vorgenommen hat. Die zum Zeitpunkt der Genehmigung vorliegenden wissenschaftlichen Untersuchungen zu Auswirkungen des Windenergieanlagenbaus auf Schweinswale belegen, dass durch die Rammarbeiten Schallemissionen in das FFH-Gebiet erfolgen werden, die zu einer Meidung der Schweinswale von Teilen des FFH-Gebiets führen werden. Damit ist mit – temporären – Beeinträchtigungen der Habitatsfunktion für Schweinswale im FFH-Gebiet zu rechnen.

Ebenfalls nicht thematisiert wird die Tatsache, dass das FFH-Gebiet ein wichtiges Aufzuchtsgelände für Schweinswale ist, in dem sich sehr häufig Mutter-Kalb-Paare aufhalten. Aufgrund ihrer höheren Störepfindlichkeit können sich die Lärmemissionen negativ auf die Reproduktionsraten auswirken. Eine erhebliche Beeinträchtigung des FFH-Gebiets ist damit nicht auszuschließen, wenn die Gründungen in der Aufzuchtzeit der Schweinswale erfolgen. Sind negative Auswirkungen nicht mit Sicherheit auszuschließen, so darf eine Genehmigung nicht erfolgen.¹⁶⁷ Zur Vermeidung möglicher Beeinträchtigungen des Reproduktionserfolgs hätte das BSH ein Bauzeitenfenster in der Aufzuchtzeit festlegen müssen.¹⁶⁸ Dies ist ebenso wenig erfolgt wie die Anordnung von Monitoringmaßnahmen im FFH-Gebiet, die Aufschluss über das Ausmaß der Schalleinträge und die Verhaltensänderungen der Schweinswale ermöglichen würden.

3.2 Seehunde und Kegelrobben

Das BSH geht nicht von einer Beeinträchtigung der Seehunde und Kegelrobben aus, die das Vorhabensgebiet als Nahrungshabitat nutzen.

4. Avifauna

4.1 Rastvögel

Hinsichtlich der Rastvögel, so das BSH, sei der Bestand insgesamt als durchschnittlich zu bewerten (Genehmigungsbescheid, S. 54). Besonders betrachtet der Genehmigungsbescheid Seetaucher (Stern- und Prachttaucher), Zwergmöwen und Sturmmöwen.

¹⁶⁷ Zur Rechtsprechung des EuGH vgl. oben.

¹⁶⁸ Vgl. *Czybulka*, in: Schumacher/Fischer-Hüftle, BNatSchG, § 15 Rdnr. 173: „Zu den Vermeidungsmaßnahmen im marinen Bereich gehört auch die adäquate Festlegung von Bauzeiten im Genehmigungsbescheid. Bei der Errichtung von Anlagen ist darauf zu achten, dass besonders empfindliche Phasen (z. B. Vogelrast- und -zugzeiten, Reproduktionszeiten von Fischen und Meeressäugtieren) von Bauaktivitäten möglichst freigehalten werden.“

Seetaucher

BSH und BfN gehen von sehr unterschiedlichen Dichten an Seetauchern im Vorhabensgebiet aus. Während das BSH aufgrund der schiffsgestützten Beobachtungen der Antragstellerin unter Verwendung eines Korrekturfaktors seinen Berechnungen eine maximale mittlere Dichte von 0,61 Individuen/km² zugrunde legt, geht das BfN aufgrund der Ergebnisse aus dem MINOS-Projekt von stark schwankenden Seetaucherdichten mit einer maximalen Dichte von 3,7 Seetauchern/km² aus.

Seetaucher weisen ein ausgeprägtes Meideverhalten gegenüber Offshore-Windparks auf. Im Offshore-Windpark halten sich keine, in einem Scheuchabstand von 2 km nur sehr vereinzelt Seetaucher auf. Bei Untersuchungen im Offshore-Windpark „Horns Rev“ ließ sich des Weiteren im Umkreis von 2–4 km eine deutlich reduzierte Nutzung durch Seetaucher feststellen (Rückgang um über 50 %).

Die Fläche des Baugebiets (etwa 71 km²) inklusive eines Scheuchabstands von 2 km beträgt bei den genehmigten 80 Windenergieanlagen ca. 168 km². Das BSH rechnet daher mit einer maximalen Vertreibung von 102,5 Seetauchern. Das BfN ist der Auffassung, dass der Berechnung zumindest die maximale Dichte von 0,82 Individuen/km² und nicht die maximale mittlere Dichte zugrunde gelegt werden müsse. Damit wären bis zu 191 Seetaucher im 4-km-Radius betroffen; führte man die Berechnung auf Basis der bei MINOS im Vorhabensgebiet gefundenen maximalen Bestandsdichten von 3,7 Seetauchern/km² durch, würde sich die Anzahl sogar auf bis zu 867 Seetaucher erhöhen. Das BSH selbst führt im Genehmigungsbescheid aus, dass im April bei flugzeuggestützten Zählungen sogar Dichten von über fünf Individuen/km² im Bereich des Vorhabensgebiets gefunden wurden (Genehmigungsbescheid, S. 55). Das BSH berücksichtigt die flugzeuggestützten Untersuchungen jedoch nicht, da sie – besonders bei Seevogelarten, die fliegend Nahrung suchen – lediglich Momentaufnahmen mit Konzentrationspunkten darstellten, die nur für den Tag der Erfassung galten. Aus fachlicher Sicht erscheint eine saisonale Mittelung über mehrere Jahre hinweg dem Habitatnutzungsverhalten der Seetaucher am besten gerecht zu werden.¹⁶⁹

¹⁶⁹ Zur Ermittlung des Frühjahrsbestands wird inzwischen der Zeitraum von 01.03. bis 15.05. herangezogen und mehrjährige Datenreihen verwendet, vgl. z. B. *Dierschke et al. (2012): Gefährdung von Sterntaucher *Gavia stellata* und Prachtttaucher *G. arctica* in Brut-, Zug- und Überwinterungsgebieten – eine Übersicht mit Schwerpunkt auf den deutschen Meeresgebieten. Vogelwelt 133: 163–194.*

Da bereits zum Zeitpunkt der Genehmigung davon auszugehen war, dass das Vorhabensgebiet sich an den Verbreitungsschwerpunkt der Seetaucher in der AWZ im SPA „Östliche Deutsche Bucht“ zumindest anschließt¹⁷⁰ und damit regelmäßig während des Frühjahrs auch höhere Seetaucherdichten beobachtet werden können, scheint das Zugrundelegen einer mittleren Dichte von 0,61 Individuen/km² den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht zu werden. Nach flugzeuggestützten Transektzählungen in den Jahren 2002–2010 liegt das Vorhabensgebiet innerhalb eines Großraums, der im Frühjahr eine mittlere Seetaucherdichte von 1,66 Individuen/km² aufweist.¹⁷¹

Das BSH geht davon aus, dass ein Eingriff zu untersagen ist, wenn (bei kumulativer Betrachtung) 1 % oder mehr der biogeografischen Population von einem Lebensraumverlust betroffen ist. Dieser 1%-Wert findet sich in der Ramsar-Konvention zur Bewertung von Wasservogel-Rastgebieten (ein Rastgebiet ist dann von internationaler Bedeutung, wenn es mindestens einmal pro Jahr 1 % der biogeografischen Population einer Wasservogelart beherbergt) und bei Birdlife International zur Bewertung der Bedeutung von Gebieten (ein Gebiet wird von Birdlife International als IBA bezeichnet, wenn sich dort mehr als 1 % der biogeografischen Population aufhält). Das BSH verweist auf die Problematik der Übertragung dieses Kriteriums auf die Beurteilung eines Eingriffs, da dies wegen der sehr unterschiedlichen Intentionen fachlich und wissenschaftlich nicht begründbar sei. Gleichwohl scheine das 1%-Kriterium mangels anderer, verlässlicherer Kriterien zumindest geeignet, sich der Quantifizierung eines Eingriffs zu nähern (Genehmigungsbescheid, S. 57).

Bezugsgröße ist hierbei der nordwesteuropäische Winterbestand von Stern- und Prachtauchern, der auf 110.000 Vögel geschätzt wird. Der Schwellenwert für die Erheblichkeit von Eingriffen liegt demnach bei 1.100 Individuen. Für diesen Schwellenwert sind alle kumulativ auftretenden Faktoren zu berücksichtigen. Der Genehmigungsbescheid bezieht daher die Projekte „Butendiek“, „Horns Rev“, „Sandbank 24“, „Nordsee Ost“ und „Amrumbank West“ in die Berechnung des Schwellenwerts ein. Kumuliert ergäbe sich aus den betrachteten Vorhaben eine Betroffenheit von insgesamt 755,18 Seetauchern, was noch unter dem o. g.

¹⁷⁰ Im Frühjahr erstreckt sich das Vorkommen bis zu einer Entfernung von 100 km von der Küste, wobei sich die höchsten Konzentrationen im SPA „Östliche Deutsche Bucht“ und der sich westlich anschließenden Gebiete finden (Mendel et al. [2008]: Artensteckbriefe von See- und Wasservögeln der deutschen Nord- und Ostsee. Bundesamt für Naturschutz).

¹⁷¹ Dierschke et al. (2012), Vogelwelt 133: 163/178.

Grenzwert von 1.100 läge (Genehmigungsbescheid, S. 60). Weiter entfernte Windparks wurden aufgrund geringer Seetaucherdichten als nicht relevant eingestuft, das Vorhaben zum Sand- und Kiesabbau „OAM III“ wurde nicht berücksichtigt, da es nur zu einer kleinräumigen Störung komme. Für die Schifffahrt wurden nur geringfügige kumulative Effekte angenommen.

Diese Sichtweise des BSH ist auch aus juristischer Sicht als bedenklich einzustufen. Wenn ein 1%-Kriterium als für die Genehmigungspraxis maßgeblicher Schwellenwert bezogen auf den nordwesteuropäischen Winterbestand der Seetaucher definiert wird, sind auch alle Habitatsverluste des nordwesteuropäischen Winterbestands in die Betrachtung einzubeziehen. Es ist bekannt, dass Seetaucher zu den empfindlichsten Seevogelarten in Bezug auf Störungen durch jegliche Art menschlicher Nutzung zählen.¹⁷² So ist auch in Bezug auf die Schifffahrt inzwischen bekannt, dass Seetaucher viel befahrene Schifffahrtsstraßen meiden, diese somit zu nicht unerheblichen Habitatsverlusten führen können.¹⁷³ Es ist somit festzustellen, dass im Rahmen der Genehmigung nicht alle für das 1%-Kriterium maßgeblichen Habitatsverluste berücksichtigt wurden.

Prüfung analog § 34 Abs. 1 BNatSchG bzw. Art. 4 V-RL hinsichtlich des zum Genehmigungszeitpunkt als VSG gemeldeten SPA „Östliche Deutsche Bucht“

Da das Vorhabensgebiet direkt an das gemeldete SPA „Östliche Deutsche Bucht“ angrenzt, sind Auswirkungen des Vorhabens auf das SPA möglich. Das BSH geht davon aus, dass die Scheuchwirkung durch den Offshore-Windpark zwar zu einer erhöhten Konzentration von Seetauchern im gemeldeten Schutzgebiet führen könne, die Auswirkungen seien aber nicht als erheblich einzustufen.

Zwergmöwen und Sturmmöwen

Nach Angaben des BSH kommen Zwergmöwen nur mit geringen Abundanzen, Sturmmöwen ganzjährig im Untersuchungsgebiet vor. Beide Arten weisen eine relative Unempfindlichkeit gegenüber Windenergieanlagen auf. Das BSH geht daher nicht von einer Gefährdung aus.

4.2 Vogelzug

Insgesamt wird von einer mittleren Bedeutung des Vorhabensgebiets für den Vogelzug ausgegangen. Über der Nordsee erfolgt der Vogelzug in Form eines Breitfrontzugs, der

¹⁷² Mendel & Garthe (2010), 31.

¹⁷³ Vgl. z. B. Mendel & Garthe (2010), Dierschke et al. (2012).

an einigen wenigen Tagen im Jahr stattfindet, wobei von Massenzugereignissen mit mehreren Millionen Tieren auszugehen ist. Der Vogelzug konzentriert sich auf wenige Tage bzw. Nächte mit günstigen Zugbedingungen jeweils im Herbst bzw. Frühjahr. Aufzeichnungen von der ehemaligen Forschungsplattform Nordsee und der Insel Helgoland ergaben, dass im Durchschnitt etwa die Hälfte des gesamten Vogelzugs in ca. 7–8 % des untersuchten Zeitraums erfasst wurde. Auch die Antragstellerin stellte im Vorhabensgebiet eine Konzentration des Zugs auf wenige ausgeprägte Zugtage (bzw. -nächte) fest (Genehmigungsbescheid, S. 38). Eine potenzielle Gefährdungssituation, so das BSH, stellten überraschend auftretende Nebellagen und Regen dar, die zu schlechter Sicht und niedrigen Flughöhen führten. Problematisch sei insbesondere das Zusammentreffen von Schlechtwetterlagen mit sog. Massenzugereignissen (Genehmigungsbescheid, S. 62).

Das BSH geht davon aus, dass eine Gefährdung des Vogelzugs nicht schon dann vorliegt, wenn die abstrakte Gefahr besteht, dass einzelne Individuen bei ihrem Durchzug durch das Vorhabensgebiet zu Schaden kommen. Vielmehr sei von einer Gefährdung des Vogelzugs im Sinne der SeeAnIV erst dann auszugehen, wenn ausreichende Erkenntnisse die Prognose rechtfertigten, dass die Anzahl der möglicherweise betroffenen Vögel so groß sei, dass unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Populationsgröße von einer signifikanten Beeinträchtigung einzelner oder mehrerer verschiedener Populationen mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden könne. Dabei sei die biogeografische Population der jeweiligen Zugvogelart Bezugsgröße für die quantitative Betrachtung. Hierzu ist zu bemerken, dass eine Quantifizierung der Vogelverluste kaum vorgenommen werden kann, weshalb auch Aumüller et al. (2011) darauf hinweisen, dass „insbesondere Langzeitfolgen keinesfalls abzuschätzen und daher auch nicht zu negieren sind“.¹⁷⁴

Die Feststellung des BSH, dass die artspezifische Einzelbetrachtung ergeben habe, dass für die im Vorhabensgebiet auftretenden Zugvogelarten bzw. deren biogeografische Populationen keine Gefährdung bestehe (Genehmigungsbescheid, S. 65), beruht dementsprechend lediglich auf Schlussfolgerungen aus einer unzureichenden Wissenslage. Dies räumt das BSH selbst ein (Genehmigungsbescheid, S. 66): „Es ist allerdings einzuräumen, dass diese Prognose nach dem bisherigen

¹⁷⁴ Aumüller et al. (2011): Beschreibung eines Vogelschlagereignisses und seiner Ursachen an einer Forschungsplattform in der Deutschen Bucht. *Vogelwarte* 49: 9/9.

Stand von Wissenschaft und Technik unter Prämissen abgegeben wird, die noch nicht geeignet sind, die Grundlage für das Schutzgut auf befriedigende Weise abzusichern.“

Ebenso lässt das BSH bei seinen Ausführungen außer Acht, dass die V-RL auch in der AWZ gilt, ihre Vorgaben also bei der Genehmigung einzuhalten sind. Gemäß der V-RL ist das absichtliche Töten von Tieren verboten. Seit der Entscheidung des EuGH zu *Caretta caretta* im Jahr 2002 ist klar, dass der Absichtsbegriff auch dann greift, wenn man bewusst die Tötung von Tieren in Kauf nimmt, sofern also ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht. Dabei ist nicht erforderlich, dass es zu einer signifikanten Beeinträchtigung der Population führen kann. Vielmehr ist das Tötungsverbot individuenbezogen zu betrachten.

Ein „signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“ kann jedoch, wie Ergebnisse der Forschungsplattform FINO 1¹⁷⁵ zeigen, gerade bei Massenzugereignissen und ungünstigen Wetterverhältnissen nicht ausgeschlossen werden. Dabei stellen bereits die Vertikalstrukturen der Masten – auch durch die vorgeschriebene Beleuchtung – ein Hindernis dar, welches durch sich drehende Rotoren erhöht wird.

Das BSH hat zwar mit der Nebenbestimmung 21 den Handlungsspielraum geschaffen, um auch im Nachhinein weitere Auflagen bis hin zur Abschaltung anordnen zu können, die Behörde scheint diesen jedoch erst nutzen zu wollen, wenn die bei besonders intensivem Vogelzug im Bereich des Vorhabens durchzuführenden Beweissicherungsmaßnahmen¹⁷⁶ (ebenfalls in Nebenbestimmung 21 festgelegt) Hinweise auf ein erhöhtes Kollisionsrisiko ergeben sollten.

Wie dargelegt, gibt es bereits deutliche Hinweise auf ein erhöhtes Kollisionsrisiko bei ungünstigen Wetterlagen, das sich auf wenige Tage im Jahr beschränkt. Für diese Tage sind in jedem Fall ein Abstellen der Rotoren und weitere Minimierungsmaßnahmen (z. B. eine Nachtbefeuerng mit deutlich längeren Intervallen zwischen den einzelnen Lichtsignalen) anzuordnen, da ansonsten gegen das Tötungsverbot des Art. 5 a) V-RL verstoßen wird.

¹⁷⁵ Das BfN weist in seiner Stellungnahme vom 20.06.2006 auf 442 Totfunde auf der Plattform hin. Diese wurden bei 44 Besuchen der Plattform zwischen Oktober 2003 und Dezember 2004 dokumentiert (*Hüppop et al. [2006]: Bird migration studies and potential collision risk with offshore wind turbines, Ibis 90–109*), wobei von einer deutlich höheren Zahl Kollisionsopfer auszugehen ist, da sicher nur ein Teil der kollidierten Vögel gefunden wurde. Weiter wurden am 05.11.2010 insgesamt 88 tote Vögel auf FINO 1 aufgefunden, *Aumüller et al. (2011): Beschreibung eines Vogelschlagereignisses und seiner Ursachen an einer Forschungsplattform in der Deutschen Bucht. Vogelwarte 49: 9–16*.

¹⁷⁶ Auf die Schwierigkeiten, eine aussagekräftige Beweissicherung nachts und bei ungünstigen Sichtverhältnissen durchzuführen, soll hier nicht näher eingegangen werden.

5. Fische

Im Untersuchungsgebiet wurden die als gefährdet eingestufteten Arten Ornament-Leierfisch (*Callyonimus reticulatus*) und Kleines Petermännchen (*Echiichthys vipera*) sowie die stark gefährdete Grasnadel (*Syngnathus typhle*) nachgewiesen. Das Vorhabensgebiet stelle aber für keine der geschützten Fischarten ein ausgesprochenes Rückzugsgebiet dar. Arten des Anhangs II der FFH-RL wurden nicht gefunden.

Bezüglich der Schallemissionen führt das BSH aus, dass Rammschläge unter Wasser im niederfrequenten Bereich hohe Schalldrücke produzieren und lauter niederfrequenter Schall Fische physisch schädigen oder eine Fluchtreaktion auslösen kann. Dabei werden Schall- bzw. Druckwellen artspezifisch verschieden wahrgenommen. Das BSH verallgemeinert die Ergebnisse einiger wissenschaftlicher Arbeiten zu wenigen Fischarten und schließt daraus, dass es zwar zu Fluchtreaktionen während der Bauphase kommen könne, die baubedingten Auswirkungen auf die Fischfauna insgesamt aber nicht erheblich seien. Bezüglich der betriebsbedingten Schallemissionen der Windenergieanlagen postuliert das BSH, dass die festgestellten Fischarten, abgesehen von einer kurzen Gewöhnungsphase, keine Fluchtreaktion zeigen werden. Gleichzeitig stellt die Antragstellerin in ihrem Fachgutachten fest, dass die Auswirkungen betriebsbedingten Schalls auf die Fischfauna noch nicht bekannt sind. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass aufgrund des Wissensstands keine abschließende Beurteilung der Auswirkungen des Vorhabens auf Fische möglich war. Die Einschätzung des BSH, es komme zu keiner erheblichen Beeinträchtigung, fußte nicht auf einer wissenschaftlich fundierten Datenbasis.

6. Benthoslebensgemeinschaften

Im Vorhabensgebiet kommen die *Fabulina (Tellina) fabula*-Gemeinschaft sowie die in der Deutschen Bucht seltenere *Goniadella-Spisula*-Gemeinschaft vor. Aufgrund der kleinräumigen Auswirkungen gehen weder das BSH noch das BfN von einer erheblichen Beeinträchtigung der beiden Gemeinschaften aus.

7. Zusammenfassende Betrachtung der Genehmigung „DanTysk“

Das VSG/NSG „Östliche Deutsche Bucht“ (DE 1011-401) schließt sich direkt an die östliche Grenze des Vorhabensgebiets „DanTysk“ an. In unmittelbarer Nähe des Vorhabensgebiets befindet sich auch das FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“.

Von besonderer Relevanz für die Erteilung der Genehmigung waren die Auswirkungen des Vorhabens auf marine Säuger (insbesondere Schweinswale), Seetaucher sowie auf den Vogelzug. Das BSH als Genehmigungsbehörde kam zu der Einschätzung, dass von

dem Bau und dem Betrieb des Windparks keine erheblichen Beeinträchtigungen auf die o. g. Schutzgüter ausgehen, und erteilte eine entsprechende Genehmigung zur Errichtung des Windparks.

Schweinswale

Für die Beurteilung der Auswirkungen des Vorhabens auf Schweinswale ist festzustellen:

Das Vorhabensgebiet liegt innerhalb des Hauptkonzentrationsgebiets für Schweinswale. Ihm kommt eine hohe Bedeutung als Nahrungs- und Aufzuchtgebiet zu.

Negative Effekte auf die Schweinswalpopulation im Vorhabensgebiet sind vor allem durch Schallemissionen zu erwarten. Das BSH weist zwar darauf hin, dass das UBA die Einhaltung von Werten unter 160 dB außerhalb eines Kreises mit einem Radius von 750 m um die Ramm- bzw. Einbringungsstelle fordert, schreibt die Einhaltung dieses Werts im Genehmigungsbescheid selbst jedoch nicht fest.

Da das Vorhabensgebiet in unmittelbarer Nähe zum FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ liegt, führte das BSH eine Verträglichkeitsprüfung gemäß Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bzw. § 34 BNatSchG durch.

Die durchgeführte Prüfung analog zu § 34 BNatSchG ist unzureichend, da sie wesentliche mögliche Beeinträchtigungen wie temporäre Habitatsverluste und Auswirkungen auf den Reproduktionserfolg nicht betrachtet.

Es ist nicht auszuschließen, dass die durch die Rammarbeiten hervorgerufenen Schallemissionen zu einer Minderung der Reproduktionsrate der Schweinswale führen können. Dies betrifft sowohl den Aufzucht- als auch den Paarungserfolg. Eine Prüfung dieses Sachverhalts durch die Genehmigungsbehörde BSH erfolgte nicht.

Bestehende Wissenslücken wirkten sich nicht auf die Einschätzung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen aus. Eine Genehmigung darf aber dann nicht erteilt werden, wenn erhebliche Beeinträchtigungen nicht ausgeschlossen werden können.

Da insbesondere erhebliche Beeinträchtigungen durch das Vorhaben auf die Reproduktion der Schweinswale nicht ausgeschlossen werden können, hätte das BSH hier zumindest einen Baustopp während der sensiblen Phase der Aufzucht und Paarung festlegen müssen.

Da der Schweinswal in Art. 4 FFH-RL aufgeführt ist, gelten unabhängig von Schutzgebietsausweisungen die artenschutzrechtlichen Verbote. Der Genehmigungsbescheid enthält hierzu keine Ausführungen. Neben dem Verbot der Tötung von Tieren ist hier insbesondere die Störung während der sensiblen Zeiten von Bedeutung. Auch aufgrund des artenschutzrechtlichen Störungsverbots hätte die Genehmigungsbehörde daher prüfen müssen, ob ein Bauzeitenfenster zum Schutz der Schweinswale erforderlich ist.

Seetaucher

Das BSH geht davon aus, dass es durch das Vorhaben nicht zu erheblichen Beeinträchtigungen der Seetaucherpopulation kommt. Hierzu ist Folgendes festzustellen:

Das Vorhabensgebiet grenzt unmittelbar an das VSG „Östliche Deutsche Bucht“ an. Nach flugzeuggestützten Transektzählungen in den Jahren 2002–2010 liegt das Vorhabensgebiet innerhalb eines Großraums, der im Frühjahr eine mittlere Seetaucherdichte von 1,66 Individuen/km² aufweist. Die Zugrundelegung einer mittleren Dichte von 0,61 Individuen/km² unterschätzt damit die Zahl der vom Vorhaben betroffenen Seetaucher wohl deutlich.

Aufgrund der Empfindlichkeit der Seetaucher ist von einem generellen Scheuchabstand von 2 km zu den Anlagen – und damit von einem Verlust von „Nahrungs- und Rasthabitaten“ für Seetaucher – auszugehen. Dies bedeutet einen dauerhaften Verlust von ca. 168 km² Lebensraum durch die Errichtung des Windparks „DanTysk“.

Das BSH beurteilt die Auswirkungen auf den Seetaucherbestand anhand der Zahl der möglicherweise verdrängten Individuen. Es geht davon aus, dass – unter Berücksichtigung aller kumulativen Auswirkungen – insgesamt ein Schwellenwert von 1.100 verdrängten Individuen nicht überschritten werden dürfe, da dies 1 % der biogeografischen Population (nordwesteuropäischer Winterbestand: 110.000 Stern- und Prachtaucher) darstelle. Diesen Beurteilungsmaßstab legte das BSH allen im Rahmen dieses Gutachtens überprüften Genehmigungsbescheiden zugrunde. Aus mehreren Gründen ist diese Genehmigungspraxis bedenklich:

Das BSH legt der Berechnung, wie viele Seetaucher durch das Vorhaben „DanTysk“ (und durch andere Windparks) verdrängt werden, relativ niedrige Abundanzzahlen zugrunde, die zumindest nach neueren Erkenntnissen aus dem Seevogelmonitoring

nach oben korrigiert werden müssten. Damit werden rechnerisch weniger Individuen betroffen, als dies wohl de facto der Fall ist.

Im Rahmen der Genehmigung wurden nicht alle für das 1%-Kriterium maßgeblichen Habitatsverluste berücksichtigt. Der Genehmigungsbescheid bezieht nur die Projekte „Butendiek“, „Horns Rev“, „Sandbank 24“, „Nordsee Ost“ und „Amrumbank West“ in die Berechnung des Schwellenwerts ein, während weiter entfernte Windparks als nicht relevant eingestuft wurden. Weitere Vorhaben wie der Sand- und Kiesabbau „OAM III“ oder die bekanntermaßen auftretenden Auswirkungen durch die Schifffahrt wurden nicht ausreichend einbezogen. Da sich das 1%-Kriterium als für die Genehmigungspraxis maßgeblicher Schwellenwert auf den gesamten nordwesteuropäischen Winterbestand der Seetaucher bezieht, müssten alle Habitatsverluste des nordwesteuropäischen Winterbestands in die Betrachtung einbezogen werden.

Für die Rastvogelpopulation der Seetaucher wurde eine Prüfung analog § 34 Abs. 1 BNatSchG für das an das Vorhabensgebiet angrenzende VSG „Östliche Deutsche Bucht“ durchgeführt. Allerdings wird nicht betrachtet, dass es durch die Scheuchwirkung auch zu einem Habitatsverlust für Seetaucher im VSG kommt. Daher unterbleibt auch die Bewertung, ob es sich hierbei um eine erhebliche Beeinträchtigung handeln kann. Das BSH geht lediglich davon aus, dass die Scheuchwirkung durch den Offshore-Windpark zu einer erhöhten Konzentration von Seetauchern im gemeldeten Schutzgebiet führen könne, diese Auswirkungen aber nicht als erheblich einzustufen seien. Die Verträglichkeitsprüfung wurde somit nicht umfassend durchgeführt.

Vogelzug

Ziehende Vögel können durch Existenz, Beleuchtung und allgemein in Betrieb befindliche Windenergieanlagen beschädigt, getötet (Vogelschlag) oder von ihrem Zugweg mit der Folge eines Energieverlusts abgelenkt oder umgelenkt werden. Eine Gefährdung des Vogelzugs liegt dann vor, wenn ausreichende Erkenntnisse die Prognose rechtfertigen, dass die Anzahl der möglicherweise betroffenen Vögel so groß ist, dass unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Populationsgröße von einer signifikanten Beeinträchtigung einzelner oder mehrerer verschiedener Populationen mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann.

Des Weiteren sind jedoch die Vorgaben der V-RL einzuhalten, welche das absichtliche Töten von Tieren verbietet. Der Absichtsbegriff greift bereits dann, wenn man bewusst

die Tötung von Tieren in Kauf nimmt, sofern also ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht. Dabei ist es nicht relevant, ob dies auch zu einer signifikanten Beeinträchtigung der Population führen kann.

Nebenbestimmung 21 legt fest, dass bei besonders intensivem Vogelzug im Bereich des Vorhabens unverzüglich Beweissicherungsmaßnahmen durchzuführen sind.

Diese Nebenbestimmung trägt den artenschutzrechtlichen Bestimmungen (Art. 5 und 9 V-RL) nicht in ausreichendem Maße Rechnung, da gerade bei Massenzugereignissen und ungünstigen Wetterverhältnissen nachweislich ein „signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“ besteht.

Bei einem entsprechenden Massenzugereignis sind aus Vermeidungsgründen das Abschalten der Rotoren sowie weitere Minimierungsmaßnahmen (z. B. eine Nachtbefeuerung mit deutlich längeren Intervallen zwischen den einzelnen Lichtsignalen) anzuordnen, da ansonsten gegen das Tötungsverbot des Art. 5 a) V-RL verstoßen wird.

Fazit

Die Genehmigung des Windparks „DanTysk“ hätte in der vorliegenden Form nicht erteilt werden dürfen. Im Bescheid fehlt eine Prüfung, ob die artenschutzrechtlichen Verbote der FFH-RL und V-RL eingehalten werden. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich Lärmemissionen während der sensiblen Phase (Aufzucht und Paarung) negativ auf die Reproduktion der Schweinswale auswirken, hätte zwingend ein Baustopp für diese Zeit angeordnet werden müssen.

Bezüglich der Seetaucher ist festzustellen, dass die Anwendung des 1%-Kriteriums durch das BSH nicht alle kumulativen Beeinträchtigungen berücksichtigt, sodass erhebliche Beeinträchtigungen der Seetaucherpopulation ebenfalls nicht ausgeschlossen werden können.

Außerdem ist für den Fall von Massenzugereignissen aus artenschutzrechtlichen Gründen das Abschalten der Rotoren zwingend erforderlich, wenn ein erhöhter Vogelschlag droht.

C. BSH-Genehmigung „Amrumbank West“

1. Allgemeines

Antrag vom 16.06.2000 in der aktualisierten Fassung vom 21.11.2002; Antrag auf Genehmigung der Messplattform vom 27.11.2003; Genehmigungsbescheid vom 09.06.2004 zur Errichtung von 80 Windenergieanlagen mit einer Leistung von maximal je 5 MW sowie einer Messplattform

In Anspruch genommene Fläche: 32 km², 35 km nordwestlich von Helgoland und 36 km südwestlich von Amrum, Wassertiefe ca. 20–25 m

Gebiet: Der genehmigte Offshore-Windpark „Amrumbank West“ grenzt direkt an zwei Natura-2000-Gebiete an, nämlich an das VSG/NSG „Östliche Deutsche Bucht“ sowie an das FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“.

Bei der Bewertung der Auswirkungen des Vorhabens wird vorab darauf hingewiesen, dass es sich um eine mit Unsicherheiten verbundene Prognose handelt und dass der Offshore-Windpark „Amrumbank West“ Pilotcharakter habe, auch „zur Erlangung von dringend erforderlichen Erkenntnissen über eine Technologie“ (Genehmigungsbescheid, S. 45).

2. Marine Säuger

Die Ausdehnung der Schallemissionen ist aufgrund der sehr guten Schallleitung im Wasserkörper nicht auf die Fläche des Windparks beschränkt, sondern großräumig (Genehmigungsbescheid, S. 54).

2.1 Schweinswale

Das BfN geht im südlichen Bereich von einer mittleren, im nördlichen Bereich von einer zunehmenden, eher hohen Bedeutung aus. Die Antragstellerin geht insgesamt von einer mittleren Bedeutung aus.

Um Hörschwellenverschiebungen zu vermeiden, legt der Genehmigungsbescheid fest, dass diejenige Arbeitsmethode nach dem Stand der Technik zu wählen ist, die so geräuscharm wie möglich ist. Auch sind etwaige immissionsmindernde und/oder schadensverhütende Maßnahmen vorzusehen. Durch geeignete Vergrämungsmaßnahmen soll sichergestellt werden, dass Schweinswale nicht durch plötzliche Lärmentwicklung geschädigt werden (Genehmigungsbescheid, S. 55).

Da zum Zeitpunkt der Genehmigung keine Erkenntnisse darüber vorlagen, inwieweit Schweinswale in Betrieb befindliche Offshore-Windparks meiden, wird von einer

möglichen Verdrängung von 28,8 Schweinswalen durch den Offshore-Windpark „Amrumbank West“ ausgegangen, wobei ein „Wirkradius“ von 2 km angenommen wird (Genehmigungsbescheid, S. 41).

Wie in den zuvor behandelten Offshore-Windparks „Butendiek“ und „DanTysk“ erfolgt im Genehmigungsbescheid keine Auseinandersetzung mit der Frage, ob sich die großräumige Ausdehnung der Schallemissionen, auf die der Genehmigungsbescheid auf S. 54 selbst hinweist, in einem deutlich größeren Umkreis störend auf Schweinswale auswirkt. Diese Frage wäre jedoch aus artenschutzrechtlichen Gründen zu behandeln gewesen (Art. 12 lit. b FFH-RL verbietet jede absichtliche Störung, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten).

Der Genehmigungsbescheid kommt – ohne sämtliche Belange des europäischen Artenschutzes in seine Entscheidung einzubeziehen – zu der Aussage, dass mit dem Vorhaben allenfalls minimierte und nicht nachteilige Auswirkungen auf marine Säuger verbunden seien.

Gleiches gilt für die Bewertung des Vorhabens in Bezug auf das (damals noch zukünftige) FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“, welche ebenfalls nur die direkte Schädigung des Gehörs und nicht die großräumigen zeitweiligen Habitatsverluste und die möglichen Auswirkungen auf Mutter-Kalb-Paare in die Betrachtung einbezieht. Es liegt somit wiederum keine vollständige Verträglichkeitsprüfung vor. Dennoch kommt die Genehmigungsbehörde zu der Auffassung, dass keine erheblichen Beeinträchtigungen zu befürchten seien.

2.2 Seehunde und Kegelrobben

Dem Gebiet kommt nach Einschätzung des BSH eine mittlere Bedeutung für Seehunde zu. Diese suchen das Gebiet regelmäßig und mit mittlerer Häufigkeit auf. Für Kegelrobben hat das Gebiet eine geringe Bedeutung (Sichtung einer einzigen Kegelrobbe).

Die Empfindlichkeit von Seehunden gegenüber den durch die Rammarbeiten in der Bauphase vorwiegend im niedrigen Frequenzbereich verursachten Schallemissionen wird als höher erachtet als die der Schweinswale (Genehmigungsbescheid, S. 54). Dennoch richtet sich das Augenmerk der Aussagen zu vorgesehenen Schallminimierungs- und Vergrämungsmaßnahmen an der Hörempfindlichkeit der Schweinswale aus (Genehmigungsbescheid, S. 54 f.). Ob dies auch für Seehunde

ausreichend ist, wird nicht thematisiert. Dennoch geht das BSH nicht von nachteiligen Auswirkungen auf Seehunde aus. Wie bei den Schweinswalen, so wird auch hier eine potenzielle Entwertung eines größeren Umkreises um die Rammstellen während der Bauarbeiten nicht im Genehmigungsbescheid thematisiert, obwohl die höhere Empfindlichkeit der Seehunde gegenüber den baubedingten Schallemissionen dem BSH bekannt ist. Die im Genehmigungsbescheid enthaltene Bewertung der Auswirkungen des Vorhabens auf Seehunde lässt damit artenschutzrechtliche Erfordernisse nach Art. 12 lit. b FFH-RL ebenso ungeprüft wie die Frage der Auswirkungen durch zeitweilige Habitatsverluste im FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“.

3. Avifauna

3.1 Rastvögel

Seetaucher

Das BSH geht unter Einbeziehung einer Scheuchwirkung von 2 km von einem Habitatsverlust für Seetaucher von 95,04 km² und dadurch von maximal 82 vertriebenen Seetauchern aus. Kumulativ mit „Butendiek“, „Nordsee Ost“ und „Horns Rev“ wird ein Habitatsverlust für maximal 557 Individuen errechnet. Nicht berücksichtigt wurde die Störwirkung der geplanten Offshore-Windparks „DanTysk“, „Sandbank“ und „Meerwind“, da die Antragsunterlagen zu diesen Vorhaben erst deutlich später als die Unterlagen der Antragstellerin eingereicht wurden.

Da das BSH bei seiner Bewertung wieder auf das 1%-Kriterium zurückgreift, kann an dieser Stelle auf die zum Offshore-Windpark „DanTysk“ gemachten Ausführungen zu dieser Problematik verwiesen werden.

Bezüglich der Auswirkungen auf das VSG „Östliche Deutsche Bucht“ geht das BSH von einem Habitatsverlust von ca. 24 km² im südlichen Randbereich des (geplanten) Schutzgebiets aus, wovon 30 Seetaucher betroffen wären. Es könne daher nicht von einer erheblichen Beeinträchtigung ausgegangen werden. Nicht thematisiert wird, dass z. B. bereits das Vorhaben „Butendiek“, inmitten des VSG gelegen, zu Habitatsverlusten führen wird, weshalb eine kumulative Betrachtung erforderlich gewesen wäre. Nicht thematisiert wurde auch die Frage, ob es sich bei den beeinträchtigten Habitaten um „maßgebliche Bestandteile“ des Gebiets nach § 34 BNatSchG handelt, denn diese dürfen nicht erheblich beeinträchtigt werden. Dabei ist es nicht maßgeblich, ob das Erhaltungsziel des gesamten Gebiets durch die Inanspruchnahme der Fläche beeinträchtigt wird.

Weitere Arten

Bei den ebenfalls auf Artniveau betrachteten Arten Sturmmöwe, Zwergmöwe, Seeschwalbe und Trauerente werden keine nachteiligen Auswirkungen erwartet.

3.2 Vogelzug

Das Gebiet hat nach Einschätzung der Antragstellerin nur eine mittlere Bedeutung für den Vogelzug, das BfN geht dagegen von einer hohen Bedeutung aus (Genehmigungsbescheid, S. 62 f.). Über die Hälfte des Vogelzugs ist während weniger Tage/Nächte zu erwarten (Genehmigungsbescheid, S. 65). Das BSH geht sicher davon aus, dass es zu Vogelverlusten an den Windenergieanlagen durch Kollision, Vogelschlag oder durch Schwächung von Tieren, die den Anlagen ausweichen, kommen wird. Eine Quantifizierung sei aber schwierig (Genehmigungsbescheid, S. 65). Insbesondere beim Zusammenkommen von Schlechtwetterlagen und Massenzugereignissen ist von einem höheren Risiko auszugehen (Genehmigungsbescheid, S. 66). Es sei jedoch auch bei kumulativer Betrachtung nicht von einer Gefährdung des Vogelzugs auszugehen.

Wie bereits bei den zuvor untersuchten Genehmigungen zu „Butendiek“ und „DanTysk“ fällt das Fehlen der artenschutzrechtlichen Betrachtung zum Tötungsverbot nach Art. 5 V-RL auf (siehe dort). Die Anordnung der Nebenbestimmung 1.21 ist nicht ausreichend.

4. Fische

Im Untersuchungsgebiet wurde mit 41 Arten eine relativ hohe Diversität nachgewiesen. Als Rote-Liste-Arten wurden Viperqueise, Fleckengrundel und Große Schlangennadel gefunden, keine der Arten trat jedoch regelmäßig in den Fängen auf; der Fischbestand im Untersuchungsgebiet habe daher im Vergleich zum angrenzenden Meeresgebiet keine ökologisch herausgehobene Bedeutung (Genehmigungsbescheid, S. 50).

Bezüglich der Frage der Beeinträchtigung von Fischen durch die Geräusche, die vom Bau und Betrieb der Windenergieanlagen ausgehen werden, erfolgt die gleiche Argumentation wie für den Offshore-Windpark „DanTysk“ dargestellt. Die zum Zeitpunkt der Genehmigung vorhandenen großen Wissenslücken bzgl. der Empfindlichkeit von Fischarten gegenüber Schallemissionen lassen keine wissenschaftlich fundierte Bewertung des Vorhabens zu, gleichwohl geht das BSH davon aus, dass es zu keiner Beeinträchtigung kommen wird.

5. Benthoslebensgemeinschaften

Das Vorhabensgebiet besteht vor allem aus Feinsanden mit geringen Schlickanteilen. Es kommen die *Fabulina (Tellina) fabula*-Gemeinschaft sowie die *Goniadella-Spisula*-Gemeinschaft vor. Von einer erheblichen Beeinträchtigung der Gemeinschaften wird nicht ausgegangen.

6. Zusammenfassende Betrachtung der Genehmigung „Amrumbank West“

Der genehmigte Offshore-Windpark „Amrumbank West“ grenzt an das VSG/NSG „Östliche Deutsche Bucht“ sowie an das FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ an.

Schweinswale

Für die Beurteilung der Auswirkungen des Vorhabens auf Schweinswale ist festzustellen:

Negative Effekte auf die Schweinswalpopulation im Vorhabensgebiet sind vor allem durch Schallemissionen zu erwarten. Das BSH hat Vergrämungs- und Schallminderungsmaßnahmen angeordnet, um Hörschwellenverschiebungen bei Schweinswalen zu vermeiden.

Aussagen über mögliche weiter reichende Beeinträchtigungen der Schweinswale durch Verhaltensänderungen enthält der Genehmigungsbescheid nicht. Diese Frage wäre jedoch aus artenschutzrechtlichen Gründen zu behandeln gewesen, da Art. 12 lit. b FFH-RL jede absichtliche Störung, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten, verbietet.

Da das Vorhabensgebiet in unmittelbarer Nähe zum FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ liegt, führte das BSH eine Verträglichkeitsprüfung gemäß Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bzw. § 34 BNatSchG durch.

Die durchgeführte Prüfung analog zu § 34 BNatSchG ist unzureichend, da sie wesentliche mögliche Beeinträchtigungen wie temporäre Habitatsverluste und Auswirkungen auf den Reproduktionserfolg nicht betrachtet.

Es ist nicht auszuschließen, dass die durch die Rammarbeiten hervorgerufenen Schallemissionen zu einer Minderung der Reproduktionsrate der Schweinswale führen können. Dies betrifft sowohl den Aufzucht- als auch den Paarungserfolg. Eine Prüfung dieses Sachverhalts durch die Genehmigungsbehörde BSH erfolgte nicht.

Bestehende Wissenslücken wirkten sich nicht auf die Einschätzung der Erheblichkeit von Beeinträchtigungen aus. Eine Genehmigung darf aber dann nicht erteilt werden, wenn erhebliche Beeinträchtigungen nicht ausgeschlossen werden können.

Da insbesondere erhebliche vorhabensbedingte Beeinträchtigungen der Reproduktion der Schweinswale nicht ausgeschlossen werden können, hätte das BSH hier zumindest einen Baustopp während der sensiblen Phase der Aufzucht und Paarung festlegen müssen.

Seehunde

Dem Gebiet kommt nach Einschätzung des BSH eine mittlere Bedeutung für Seehunde zu. Diese suchen das Gebiet regelmäßig und mit mittlerer Häufigkeit auf.

Obwohl Seehunde eine höhere Empfindlichkeit gegenüber den durch die Rammarbeiten verursachten Schallemissionen aufweisen, prüft das BSH nicht, ob weiter reichende Schallminimierungs- und Vergrämungsmaßnahmen notwendig sind.

Die artenschutzrechtlichen Erfordernisse nach Art. 12 lit. b FFH-RL werden nicht geprüft. Auch die Auswirkungen durch zeitweilige Habitatsverluste im FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ werden keiner Prüfung unterzogen.

Seetaucher

Das BSH geht davon aus, dass es durch das Vorhaben nicht zu erheblichen Beeinträchtigungen der Seetaucherpopulation kommt. Hierzu ist Folgendes festzustellen:

Das Vorhabensgebiet grenzt an das VSG „Östliche Deutsche Bucht“ an.

Aufgrund der Empfindlichkeit der Seetaucher ist von einem generellen Scheuchabstand von 2 km zu den Anlagen – und damit von einem Verlust von „Nahrungs- und Rasthabitaten“ für Seetaucher – auszugehen. Dies bedeutet einen dauerhaften Verlust von ca. 24 km² Lebensraum durch die Errichtung des Windparks „Amrumbank West“.

Das BSH beurteilt die Auswirkungen auf den Seetaucherbestand anhand der Zahl der möglicherweise verdrängten Individuen. Es geht davon aus, dass – unter Berücksichtigung aller kumulativen Auswirkungen – insgesamt ein Schwellenwert von 1.100 verdrängten Individuen nicht überschritten werden dürfe, da dies 1 % der biogeografischen Population (nordwesteuropäischer Winterbestand: 110.000 Stern- und Prachtaucher) darstelle. Wie bereits für den Windpark „DanTysk“ dargelegt,

werden aber nicht alle kumulativ auftretenden Auswirkungen tatsächlich in die Berechnung einbezogen, sodass die Berechnung der Gesamtzahl der verdrängten Individuen fehlerhaft erfolgt.

Für die Rastvogelpopulation der Seetaucher wurde eine Prüfung analog § 34 Abs. 1 BNatSchG für das an das Vorhabensgebiet angrenzende VSG „Östliche Deutsche Bucht“ durchgeführt. Bei der Prüfung beurteilte das BSH die Auswirkungen auf den Seetaucherbestand im VSG ausschließlich anhand der Zahl der möglicherweise verdrängten Individuen und legte damit den gleichen Maßstab an wie bei der Beurteilung von Projekten, die nicht in ein VSG hineinwirken können. Dies wird der herausgehobenen Bedeutung eines VSG für die Erhaltung von Vogelarten nicht gerecht.

Für die Betrachtung des Habitatsverlusts im VSG hätten zwingend die kumulativen Flächenverluste durch den Bau der Windparks „Butendiek“ und „Amrumbank West“ bewertet werden müssen. Bereits das Vorhaben „Butendiek“ nimmt mehr als 1 % der Schutzgebietsfläche in Anspruch und übersteigt damit die Erheblichkeitsschwelle, ab der von erheblichen Beeinträchtigungen eines Schutzgebiets auszugehen ist.

Vogelzug

Ziehende Vögel können durch Existenz, Beleuchtung und allgemein in Betrieb befindliche Windenergieanlagen beschädigt, getötet (Vogelschlag) oder von ihrem Zugweg mit der Folge eines Energieverlusts abgelenkt oder umgelenkt werden. Eine Gefährdung des Vogelzugs liegt dann vor, wenn ausreichende Erkenntnisse die Prognose rechtfertigen, dass die Anzahl der möglicherweise betroffenen Vögel so groß ist, dass unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Populationsgröße von einer signifikanten Beeinträchtigung einzelner oder mehrerer verschiedener Populationen mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann.

Des Weiteren sind jedoch die Vorgaben der V-RL einzuhalten, welche das absichtliche Töten von Tieren verbietet. Der Absichtsbegriff greift bereits dann, wenn man bewusst die Tötung von Tieren in Kauf nimmt, sofern also ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht. Dabei ist es nicht relevant, ob dies auch zu einer signifikanten Beeinträchtigung der Population führen kann.

Nebenbestimmung 21 legt fest, dass bei besonders intensivem Vogelzug im Bereich des Vorhabens unverzüglich Beweissicherungsmaßnahmen durchzuführen sind.

Diese Nebenbestimmung trägt den artenschutzrechtlichen Bestimmungen (Art. 5 und 9 V-RL) nicht in ausreichendem Maße Rechnung, da gerade bei Massenzugereignissen und ungünstigen Wetterverhältnissen nachweislich ein „signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“ besteht.

Bei einem entsprechenden Massenzugereignis sind aus Vermeidungsgründen das Abschalten der Rotoren sowie weitere Minimierungsmaßnahmen (z. B. eine Nachtbefeuerng mit deutlich längeren Intervallen zwischen den einzelnen Lichtsignalen) anzuordnen, da ansonsten gegen das Tötungsverbot des Art. 5 a) V-RL verstoßen wird.

Fazit

Auch die Genehmigung des Windparks „Amrumbank West“ hätte in der vorliegenden Form nicht erteilt werden dürfen. Im Bescheid fehlt wiederum eine Prüfung, ob die artenschutzrechtlichen Verbote der FFH-RL und V-RL eingehalten werden. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich Lärmemissionen während der sensiblen Phase (Aufzucht und Paarung) negativ auf die Reproduktion der Schweinswale auswirken, hätte zwingend ein Baustopp für diese Zeit angeordnet werden müssen. Die Auswirkungen auf Seehunde werden weder aus artenschutzrechtlicher Sicht noch in Bezug auf das FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ ausreichend betrachtet und bewertet.

Bezüglich der Seetaucher ist festzustellen, dass die Anwendung des 1%-Kriteriums durch das BSH nicht alle kumulativen Beeinträchtigungen berücksichtigt, sodass erhebliche Beeinträchtigungen der Seetaucherpopulation ebenfalls nicht ausgeschlossen werden können. Die Bewertung der Auswirkungen auf das VSG „Östliche Deutsche Bucht“ erfolgt nicht kumulativ mit dem Vorhaben „Butendiek“, infolgedessen werden keine erheblichen Beeinträchtigungen vom BSH angenommen, obwohl dies bei kumulativer Betrachtung der Projekte notwendig gewesen wäre.

Außerdem ist für den Fall von Massenzugereignissen aus artenschutzrechtlichen Gründen das Abschalten der Rotoren zwingend erforderlich, wenn ein erhöhter Vogelschlag droht.

D. BSH-Genehmigung „Borkum Riffgrund II“

1. Allgemeines

Antrag vom 25.07.2006 in der Fassung der am 22.12.2008, 31.08.2009, 29.06.2010, 29.11.2010, 02.08.2011, 05.08.2011 und 27.10.2011 eingereichten überarbeiteten Unterlagen; Genehmigungsbescheid vom 30.12.2011 zur Errichtung von 97 Windenergieanlagen mit einer Leistung von 3,6–6 MW

In Anspruch genommene Fläche: 43 km², zwei Teilflächen (38 km² westlicher Teil, 5 km² östlicher Teil), ca. 37 km bzw. 40 km nordwestlich der Insel Borkum, Wassertiefe ca. 25–30 m. Zwischen beiden Teilflächen liegt der bereits genehmigte Offshore-Windpark „Borkum Riffgrund I“ (77 Windenergieanlagen, 35 km²).

Gebiet: innerhalb des besonderen Eignungsgebiets für Windenergieanlagen „Nördlich Borkum“ und im Vorranggebiet Windenergie des Raumordnungsplans vom 21.09.2009. Das Vorhabensgebiet grenzt unmittelbar an das FFH-Gebiet „Borkum Riffgrund“ an. Das FFH-Gebiet „Nationalpark Niedersächsisches Wattenmeer“ liegt 18,8 km entfernt. Das FFH-Gebiet „Sylter Außenriff“ liegt über 65 km, das VSG/NSG „Östliche Deutsche Bucht“ knapp 90 km entfernt.

Die Genehmigung wurde erteilt, weil das BSH als Genehmigungsbehörde aufgrund der im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) vorgenommenen Darstellung und Bewertung der möglichen Auswirkungen des Projekts auf Mensch und (Meeres-)Umwelt zu der Einschätzung gelangt ist, dass durch die Realisierung des Projekts keine zur Versagung führende Gefährdung der Meeresumwelt im Sinne von § 3 Satz 1 Nr. 1 Alt. 2 SeeAnIV zu erwarten sei.

Bei der Bewertung möglicher kumulativer Auswirkungen in Verbindung mit anderen Vorhaben wurden die Vorhaben „Borkum Riffgrund I“, „alpha ventus“, „Borkum West II“, „MEG Offshore I“, „Borkum Riffgrund West“, „Innogy 1“ (jetzt „Innogy 1–3“), „Delta Nordsee 1“, „Delta Nordsee 2“, „Gode Wind I“ und „Gode Wind II“ betrachtet, da diese Vorhaben zum Zeitpunkt der Einreichung der Unterlagen durch die Antragstellerin bereits genehmigt bzw. planungsrechtlich verfestigt waren. Hinsichtlich der kumulativen Auswirkungen auf den Vogelzug wurden auch weiter entfernte Vorhaben einbezogen.

Bezüglich der Konstruktion und der Gestaltung der baulichen Anlagen legt Nebenbestimmung 4.1 fest, dass die baulichen Anlagen in einer Weise konstruiert werden müssen, dass weder bei der Errichtung noch bei dem Betrieb nach dem Stand der Technik vermeidbare Emissionen von Schadstoffen, Schall und Licht in die Meeresumwelt auftreten oder – soweit diese durch Sicherheitsanforderungen des Schiffs- und Luftverkehrs geboten und unvermeidlich sind – möglichst geringe Beeinträchtigungen hervorgerufen werden; dies schließt bei Errichtung und Betrieb eingesetzte Fahrzeuge ein.

Auf folgende Schutzgüter soll im Folgenden näher eingegangen werden:

marine Säuger (insbesondere Schweinswale)

Avifauna

Fledermäuse

Fische

Benthoslebensgemeinschaften

2. Marine Säuger

2.1 Schweinswale

Die in deutschen und benachbarten Gewässern der südlichen Nordsee vorkommenden Schweinswale werden einer einzigen Population zugeordnet. Im Untersuchungsgebiet kommen Schweinswale ganzjährig, in variierender Anzahl, vor, mit einem Maximum im Frühjahr: Im März 2003 wurde mit 3,59 Individuen/km² die höchste Dichte festgestellt, im April wurden 2,4 Individuen/km² und im Mai 1,03 Individuen/km² beobachtet. In den Sommermonaten lag die Dichte bei 0,3 Individuen/km² (UVS, „Borkum Riffgrund II“, 2009, S. 346). Berechnet auf der Grundlage der Daten der Basisaufnahme im Frühjahr 2008 für das Vorhaben „alpha ventus“, variierte die Dichte der Schweinswale zwischen 1,4 und 2,7 Individuen/km². Gelegentlich durchqueren auch Mutter-Kalb-Paare die Umgebung des Vorhabensgebiets.

Während der Rammarbeiten im Vorhaben „alpha ventus“ trat eine Meidung des Baugebiets und seiner Umgebung durch marine Säuger auf. Die im Rahmen des Monitorings durchgeführten Untersuchungen aus 2010 weisen darauf hin, dass sich die Verteilungsmuster und Abundanzen wieder den Werten vor dem Bau des Offshore-Windparks „alpha ventus“ angeglichen haben.

Die Genehmigungsbehörde geht von einer mittleren Bedeutung des Vorhabensgebiets für die Schweinswale aus; eine besondere Funktion als Aufzuchtgebiet des Schweinswals könne derzeit mit ziemlicher Sicherheit ausgeschlossen werden (Genehmigungsbescheid, S. 86).

Weiter führt das BSH aus, dass durch eine Beschallung mit einem maximalen Empfangspegel von 200 pk-pk dB re 1 μ Pa und einer Energieflussdichte von 164 dB re 1 μ Pa²/Hz eine temporäre Hörschwellenverschiebung (TTS) auftreten und mehr als 24 Stunden anhalten kann. Verhaltensänderungen treten bereits bei niedrigeren Empfangspegeln auf (174 pk-pk dB re 1 μ Pa¹⁷⁷). Auch sinkt die Belastungsgrenze mit zunehmender Dauer des Signals, d. h., bei dauerhafter Belastung kann es auch bei niedrigeren Lautstärken zu einer Schädigung des Gehörs der Tiere kommen. Spätestens ab einem Wert von 200 dB können Hörschwellenverschiebungen auftreten, die möglicherweise auch zu Schädigungen von lebenswichtigen Sinnesorganen führen (Genehmigungsbescheid, S. 87).

2.2 Einhaltung artenschutzrechtlicher Bestimmungen (§ 44 BNatSchG/Art. 12 FFH-RL)

2.2.1 Tötungs- und Verletzungsverbot, § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG/Art. 12 Abs. 1 a) FFH-RL

Um mit ausreichender Sicherheit zu gewährleisten, dass es nicht zur Verwirklichung des Tötungs- und Verletzungstatbestands nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG kommt, wird in der Nebenbestimmung 14 festgelegt, dass bei der Gründung und Installation der Anlagen diejenige Arbeitsmethode nach dem Stand der Technik zu verwenden ist, die nach den vorgefundenen Umständen so geräuscharm wie möglich ist. Dabei ist durch ein geeignetes Schallschutzkonzept **sicherzustellen**, dass die Schallemission (SEL) in einer Entfernung von 750 m den Wert von 160 dB (dB re 1 μ Pa² s) und der Spitzenschalldruckpegel (peak-to-peak) den Wert von 190 dB (dB re 1 μ Pa) nicht überschreitet. Sprengungen sind zu unterlassen.

Rechtzeitig vor der Durchführung nicht zu vermeidender schallintensiver Arbeiten ist das mit der Genehmigungsbehörde abgestimmte Schallschutzkonzept einschließlich der Minimierungs- und/oder Vergrämungsmethoden zum Schutz geräuschempfindlicher Meeressäuger einzusetzen. Während der Durchführung der schallintensiven Arbeiten sind Messungen des Unterwasserschalls an der Emissionsstelle

¹⁷⁷ Lucke, K.; Siebert, U.; Lepper, P. A.; Blanchet, M.-A. (2009). J. Acoust. Soc. Am. 125: 4060–4070.

sowie in Entfernungen von 750 bis 5.000 m und im angrenzenden Schutzgebiet „Borkum Riffgrund“ vorzunehmen und in geeigneter Weise zu dokumentieren.

Erfahrungen aus dem Vorhaben „BARD Offshore I“ zeigen, dass sich mittels der Vergrämung und des Soft Starts Schweinswale aus dem Gefährdungsbereich bis 750 m sowie aus dem erweiterten Kreis bis zu 2 km vertreiben lassen. Das BSH geht daher davon aus, dass die von ihm angeordneten Maßnahmen genügen, um die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände des § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG nicht zu verletzen (Genehmigungsbescheid, S. 92).

2.2.2 Störungsverbot, § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG/Art. 12 Abs.1 b) FFH-RL

BSH wie BfN gehen davon aus, dass das „Eintreten einer erheblichen Störung durch baubedingten Unterwasserschall nicht zu erwarten ist, wenn schallintensive Tätigkeiten verschiedener Vorhabensträger in der südlichen Nordsee koordiniert und der Schallereignispegel von 160 dB und der Spitzenpegel von 190 dB jeweils in 750 m Entfernung zur Emissionsstelle nicht überschritten wird“. Auch vom Betrieb der Windenergieanlagen gehe keine Störung gemäß Art. 12 Abs. 1 b) FFH-RL i. V. m. § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG aus. Betriebsbedingte negative Langzeiteffekte durch Lärmimmissionen der Turbinen seien nach heutigem Kenntnisstand nicht zu erwarten und etwaige Auswirkungen auf die direkte Umgebung der Anlage beschränkt (Genehmigungsbescheid, S. 95).

2.2.3 FFH-Verträglichkeitsprüfung

Nach § 34 Abs. 1 BNatSchG sind Projekte vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Natura-2000-Gebiets zu überprüfen, wenn sie einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten oder Plänen geeignet sind, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen, und nicht unmittelbar der Verwaltung des Gebiets dienen. Aufgrund der unmittelbaren Nähe zum FFH-Gebiet „Borkum Riffgrund“ erfolgte eine FFH-VP. Bezogen auf das Schutzgut Schweinswal ist laut Standarddatenbogen von einem geschätzten Bestand von 51 bis 100 Individuen auszugehen (Genehmigungsbescheid, S. 99).

Das BfN geht aufgrund bisheriger Untersuchungen davon aus, dass ein Flucht- und Meideverhalten der Schweinswale im Umkreis von 10 km um die Rammstelle auftreten wird. Damit erleiden 21,7 % des FFH-Gebiets während der Rammarbeiten einen Funktionsverlust. Das BfN geht deshalb von einer erheblichen Beeinträchtigung des für die Erhaltungsziele des FFH-Gebiets maßgeblichen Bestandteils aus, weshalb weitere schallmindernde Maßnahmen zu treffen seien. Das BSH führt hierzu aus, dass die Zahl

der Schweinswale im Gebiet gering sei, genügend Ausweichflächen zur Verfügung ständen und dem FFH-Gebiet für die Schweinswale keine besondere Funktion als Aufzucht- oder Rückzugsgebiet zukomme. Eine erhebliche Beeinträchtigung sei daher nicht anzunehmen. Um sicherzustellen, dass jederzeit ausreichend Ausweichmöglichkeiten für die Tiere vorhanden sind, ermöglicht Nebenbestimmung 15.1 es der Genehmigungsbehörde, eine Koordinierung von Bauvorhaben vorzunehmen.

Weitere Anordnungen in den Nebenbestimmungen sollen ebenfalls zur Vermeidung erheblicher Beeinträchtigungen beitragen. Durch die Berücksichtigung der Reihenfolge der Rammung der Fundamente bei der Aufstellung des Bauplans beginnend mit den Anlagen im am weitesten vom FFH-Gebiet entfernten Bereich des Vorhabensgebiets sowie eines begleitenden Monitorings auch im FFH-Gebiet sollen ggf. auftretende Auswirkungen auf das FFH-Gebiet frühzeitig erkannt werden. Sollten sich die angeordneten Schallminderungsmaßnahmen als unzureichend erweisen, besteht nach Nebenbestimmung 14 die Möglichkeit, zusätzliche schallmindernde Maßnahmen anzuordnen.

2.3 Seehunde und Kegelrobben

Es ist davon auszugehen, dass Seehunde die Rammgeräusche noch in einer Entfernung von mehr als 100 km und die Betriebsgeräusche von 1,5- bis 2-MW-Windenergieanlagen noch in 5–10 km Entfernung wahrnehmen können.

Das Vorhabensgebiet liegt jedoch in einem Bereich, in dem Seehunde und Kegelrobben nur gelegentlich gesichtet wurden. Von einer erheblichen Beeinträchtigung geht das BSH aufgrund der Vorgaben zur Schallminimierung nicht aus.

3. Avifauna

3.1 Rastvögel

Als geschützte oder gefährdete Rastvögel wurden im Vorhabensgebiet folgende 14 Arten in geringer bis mittlerer Anzahl nachgewiesen: Stern- und Prachtttaucher, Eissturmvogel, Basstölpel, Trauerente, Zwergmöwe, Sturmmöwe, Dreizehenmöwe, Mantelmöwe, Brandseeschwalbe, Flusseeeschwalbe, Küstenseeschwalbe, Trottellumme und Tordalk.

3.1.1 Einhaltung artenschutzrechtlicher Bestimmungen (§ 44 BNatSchG/Art. 12 FFH-RL)

3.1.1.1 Tötungs- und Verletzungsverbot, § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG/Art. 12 Abs. 1 a) FFH-RL

Bezüglich des Tötungs- und Verletzungsrisikos durch Vogelschlag gehen sowohl das BSH als auch das BfN davon aus, dass nicht von einer Verwirklichung des Tatbestands auszugehen ist.

3.1.1.2 Störungsverbot, § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG/Art. 12 Abs. 1 b) FFH-RL

Eine Störung durch Windenergieanlagen kann insbesondere in der Betriebsphase bei Arten auftreten, die gegenüber Windenergieanlagen ein Meideverhalten aufweisen. Ein derartiges Verhalten zeigen von den im Vorhabensgebiet relevanten Arten Seetaucher (Stern- und Prachtttaucher), Basstölpel, Tordalk, Trottellumme und Eissturmvogel.

3.2 Zugvögel

Die Deutsche Bucht liegt auf dem Zugweg zahlreicher Vogelarten. Im Vorhabensgebiet „Borkum Riffgrund II“ wurden durch Sichtbeobachtungen in der Hellphase im Untersuchungszeitraum August 2001 bis August 2003 rund 37.218 Individuen aus 122 Arten und 19 Sammelgruppen beobachtet; die höchsten Anteile entfielen auf Möwen (61,5 %), Singvögel (14,8 %) und Seevögel (9 %). Die fünf häufigsten Arten waren Heringsmöwe, Dreizehenmöwe, Feldlerche, Mantelmöwe und Sturmmöwe. Das ermittelte Nachtzuggeschehen wird im Wesentlichen von den Artengruppen der Singvögel, Watvögel und Möwen bestimmt (Genehmigungsbescheid, S. 66).

Dem Vorhabensgebiet kommt auch nach Ansicht des BfN nur eine mittlere Bedeutung für den Vogelzug zu. Gleichwohl sind kollisionsbedingte Verluste nicht auszuschließen. Hierzu könnte auch beitragen, dass die Beleuchtung der Anlagen eine anlockende Wirkung insbesondere auf nachts ziehende Vögel ausübt und diese in die Anlagen hineinfliegen oder zumindest durch Blendwirkungen beeinträchtigt werden. Zur Vermeidung bzw. Minimierung dieses Risikos wurde in Nebenbestimmung 4.1 angeordnet, dass die Anlagen so konstruiert werden, dass bei Errichtung und Betrieb Lichtemissionen vermieden werden, soweit diese nicht durch Sicherheitsanforderungen des Schiffs- und Luftverkehrs geboten und unvermeidlich sind (Genehmigungsbescheid, S. 130 f.).

Ein erhöhtes Kollisionsrisiko kann dann bestehen, wenn es zu Massenzugereignissen kommt. Das BSH ordnet in der Nebenbestimmung 21 für den Fall eines vorhersehbaren Massenzugereignisses im Vorhabensgebiet an, dass unverzüglich

Beweissicherungsmaßnahmen, insbesondere zum Aspekt des etwaigen Vogelschlags, einzuleiten und die gewonnenen Erkenntnisse innerhalb einer Woche der Genehmigungsbehörde vorzulegen sind. Das BSH behält sich eine Entscheidung darüber vor, die Anlagen für den Fall eines Massenzugereignisses mit Vergrämungsinstallationen auszustatten oder deren vorübergehende Abschaltung anzuordnen.

4. Fledermäuse

Bislang ist nur wenig über die Zugbewegungen von Fledermäusen über die Nordsee bekannt. Sicher ist, dass insbesondere langstreckenziehende Arten die Nordsee überqueren. Das Risiko vereinzelter Kollisionen sei nach fachlichen Erkenntnissen nicht auszuschließen, so der Genehmigungsbescheid (S. 133). Der Genehmigungsbescheid hebt – wie bereits in den Ausführungen zum Vogelschlag – darauf ab, dass es sich dabei jedoch nicht um eine absichtliche Tötung handle, sodass der Tatbestand der absichtlichen Tötung nach Art. 12 Abs. 1 Nr. 1a FFH-RL nicht gegeben sei. Die Genehmigungsbehörde verkennt, dass hier die rechtliche Vorgabe aus § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG maßgeblich ist, die keine absichtliche Verletzung oder Tötung von Tieren voraussetzt.

Um den Anforderungen aus Art. 12 Abs. 4 FFH-RL gerecht zu werden, sind Monitoringmaßnahmen, insbesondere auch die Registrierung von Totfunden auf Anlagen und Plattformen, durchzuführen (Genehmigungsbescheid, S. 134). Ergibt das Monitoring, dass Fledermäuse regelmäßig im Bereich der Windenergieanlagen anzutreffen sind, kann es erforderlich sein, geeignete Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen zur Verringerung des Kollisionsrisikos durchzuführen. Das BSH führt aus: „Künftige Erkenntnisse zu den Auswirkungen von Windenergieanlagen aus dem Onshore- wie auch aus dem Offshore-Bereich werden von der Genehmigungsbehörde für das verfahrensgegenständliche Vorhaben aufgenommen werden und ggf. durch schadensbegrenzende Maßnahmen umgesetzt“ (Genehmigungsbescheid, S. 73 f.).

Sollte sich herausstellen, dass das Tötungsrisiko für Fledermäuse signifikant erhöht und keine wirksamen Vermeidungs- und Verminderungsmaßnahmen durchführbar sind, würde ein Verstoß gegen § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG vorliegen.

5. Fische

Im Untersuchungsgebiet „Borkum Riffgrund II“ wurden gemäß UVS insgesamt 33 Fischarten nachgewiesen, darunter vier Arten der Roten Liste:¹⁷⁸ der stark gefährdete Gefleckte Lippfisch (*Labrus bergylta*), die gefährdete Viperqueise (*Echiichthys vipera*) und der Nagelrochen (*Raja clavata*) sowie die potenziell gefährdete Große Schlangennadel (*Entelurus aequoreus*).

Das BSH geht davon aus, dass es während der Bau- und Betriebsphase durch die Erhöhung der Sedimentation sowie die Bildung von Trübungsfahnen zu Beeinträchtigungen der Fischfauna kommen kann. Lärm und Vibrationen können zu einer vorübergehenden Vergrämung von Fischen führen. Weitere Auswirkungen können von den zusätzlich eingebrachten Hartsubstraten ausgehen (Genehmigungsbescheid, S. 80).

Wie das BSH ausführt, sind schallemissionsbedingte Verletzungen oder Tötungen von Fischen mehrfach nachgewiesen worden, wobei es sehr große artspezifische Unterschiede in der Empfindlichkeit gegenüber Schallemissionen gibt. Verallgemeinernde Aussagen sind daher kaum möglich. Allerdings ergaben die begleitenden Untersuchungen beim Bau des Offshore-Windparks „alpha ventus“ keine Hinweise auf eine schädigende Wirkung baubedingter Lärmemissionen oder signifikante Änderungen der Fischzönose. Das BSH geht daher davon aus, dass es durch die in Nebenbestimmung 14 angeordneten Schallminderungsmaßnahmen (Schallpegel unter 160 dB außerhalb eines Kreises mit einem Radius von 750 m um die Ramm- bzw. Einbringungsstelle) lediglich im Nahbereich zu einem Tötungs- und Verletzungsrisiko kommt. Die in Nebenbestimmung 14 genannten zusätzlichen Vergrämungsmaßnahmen vor Beginn der Rammung sollen auch dazu beitragen, die aus der Literatur bekannten Fluchtreaktionen von Fischen bei plötzlich auftretenden Schallemissionen auszulösen und das Risiko weiter zu minimieren. BSH wie BfN gehen daher nicht von negativen Effekten auf das Schutzgut Fisch durch die Rammarbeiten aus.

Eine Beeinträchtigung von Fischen durch die Betriebsgeräusche von Windenergieanlagen ist allenfalls in einem Abstand von wenigen Metern um die Windenergieanlagen zu erwarten.

¹⁷⁸ Fricke et al. (1995): Rote Liste der Rundmäuler und Meeresfische des deutschen Wattenmeer- und Nordseebereichs – mit Anhängen: nicht gefährdete Arten. Schriftenreihe für Landschaftspflege und Naturschutz 44: 101–113.

6. Benthoslebensgemeinschaften

Im Vorhabensgebiet wurden 33 Arten (UVS 2011, Tab. 21, S. 58) der „Roten Liste der bodenlebenden wirbellosen Meerestiere“ nachgewiesen. Arten mit einem Schutzstatus nach Bundesartenschutzverordnung (BArtSchV) oder in den Anhängen II und IV der FFH-RL wurden nicht festgestellt.

Festgestellt wurden sowohl die *Tellina-fabula*-Gemeinschaft als auch die *Goniadella-Spisula*-Gemeinschaft. Als Hauptlebensgemeinschaft tritt eine Übergangsgemeinschaft zwischen den genannten Gemeinschaften auf.

Durch die Einbringung von Anlagen und Fundamenten sind sowohl in der Bau- als auch in der Betriebsphase Auswirkungen zu erwarten (Genehmigungsbescheid, S. 53). Da die Flächenverluste durch die Verwirklichung des Vorhabens gering sind und keine besonders oder streng geschützten Arten nachgewiesen wurden, die ein artenschutzrechtliches Verbot auslösen könnten, gehen BSH und BfN nicht von einer Gefährdung des Benthos aus.

7. Geschützte Biotop nach § 30 BNatSchG

Handlungen, die zu einer Zerstörung oder einer sonstigen erheblichen Beeinträchtigung von gesetzlich geschützten Biotopen führen können, sind verboten (§ 30 Abs. 2 BNatSchG).

Im Vorhabensgebiet kommen als geschützte Biotop nach § 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 BNatSchG sublitorale Sandbänke (zugleich FFH-Lebensraumtyp 1110) vor. Nach Einschätzung von BfN und BSH liegen die Standorte aller geplanten Windenergieanlagen des Vorhabens „Borkum Riffgrund II“ zwar auf der Sandbank „Borkum Riffgrund“, eine erhebliche Beeinträchtigung sei bei der Verwendung von geramten Fundamenten jedoch nicht zu erwarten.

8. Zusammenfassende Betrachtung der Genehmigung „Borkum Riffgrund II“

Der Windpark „Borkum Riffgrund II“ liegt innerhalb des besonderen Eignungsgebiets für Windenergieanlagen „Nördlich Borkum“ und im Vorranggebiet Windenergie des Raumordnungsplans vom 21.09.2009. Das Vorhabensgebiet grenzt unmittelbar an das FFH-Gebiet „Borkum Riffgrund“ an.

Schweinswale

Für die Beurteilung der Auswirkungen des Vorhabens auf Schweinswale ist festzustellen:

Die Genehmigungsbehörde geht von einer mittleren Bedeutung des Vorhabensgebiets für die Schweinswale aus; eine besondere Funktion als Aufzuchtgebiet des Schweinswals könne derzeit mit ziemlicher Sicherheit ausgeschlossen werden.

Negative Effekte auf die Schweinswalpopulation im Vorhabensgebiet sind vor allem durch Schallemissionen zu erwarten. Das BSH hat Vergrämungs- und Schallminderungsmaßnahmen angeordnet, um Hörschwellenverschiebungen bei Schweinswalen zu vermeiden. Damit soll dem Tötungs- und Verletzungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG/Art. 12 Abs. 1 lit. a) FFH-RL Rechnung getragen werden. Zur Einhaltung des Störungsverbots gemäß Art. 12 Abs. 1 b) FFH-RL i. V. m. § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG sollen verschiedene schallintensive Vorhaben koordiniert werden.

Da das Vorhabensgebiet in unmittelbarer Nähe zum FFH-Gebiet „Borkum Riffgrund“ liegt, führte das BSH eine Verträglichkeitsprüfung gemäß Art. 6 Abs. 3 FFH-RL bzw. § 34 BNatSchG durch.

Das BfN ging zum Genehmigungszeitpunkt davon aus, dass die Schweinswale einen Meideabstand zur Rammstelle von 10 km einhalten, was einen temporären Flächen- und Funktionsverlust von über 20 % des FFH-Gebiets während der Rammarbeiten ausmacht.

Die Ansicht des BSH, dass für die Schweinswale genügend Ausweichmöglichkeiten vorhanden seien, wird von der Genehmigungsbehörde fachlich nicht präzisiert. Das Schallschutzkonzept des BMU geht von einer erheblichen Beeinträchtigung aus, wenn ein temporärer Habitatsverlust von mindestens 10 % der Schutzgebietsfläche eintritt. Daher ist davon auszugehen, dass das Vorhaben das FFH-Gebiet erheblich beeinträchtigen kann. Daraus folgt, dass ein Ausnahmeverfahren nach § 34 Abs. 3 BNatSchG notwendig gewesen wäre.

Vogelzug

Ziehende Vögel können durch Existenz, Beleuchtung und allgemein in Betrieb befindliche Windenergieanlagen beschädigt, getötet (Vogelschlag) oder von ihrem Zugweg mit der Folge eines Energieverlusts abgelenkt oder umgelenkt werden. Eine Gefährdung des Vogelzugs liegt dann vor, wenn ausreichende Erkenntnisse die Prognose rechtfertigen, dass die Anzahl der möglicherweise betroffenen Vögel so groß ist, dass unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Populationsgröße von einer

signifikanten Beeinträchtigung einzelner oder mehrerer verschiedener Populationen mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann.

Des Weiteren sind jedoch die Vorgaben der V-RL einzuhalten, welche das absichtliche Töten von Tieren verbietet. Der Absichtsbegriff greift bereits dann, wenn man bewusst die Tötung von Tieren in Kauf nimmt, sofern also ein signifikant erhöhtes Tötungsrisiko besteht. Dabei ist es nicht relevant, ob dies auch zu einer signifikanten Beeinträchtigung der Population führen kann.

Nebenbestimmung 21 legt fest, dass bei besonders intensivem Vogelzug im Bereich des Vorhabens unverzüglich Beweissicherungsmaßnahmen durchzuführen sind.

Diese Nebenbestimmung trägt den artenschutzrechtlichen Bestimmungen (Art. 5 und 9 V-RL) nicht in ausreichendem Maße Rechnung, da gerade bei Massenzugereignissen und ungünstigen Wetterverhältnissen nachweislich ein „signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“ besteht.

Bei einem entsprechenden Massenzugereignis sind aus Vermeidungsgründen das Abschalten der Rotoren sowie weitere Minimierungsmaßnahmen (z. B. eine Nachtbefeuerng mit deutlich längeren Intervallen zwischen den einzelnen Lichtsignalen) anzuordnen, da ansonsten gegen das Tötungsverbot des Art. 5 lit. a) V-RL verstoßen wird.

Fledermäuse

Im Gegensatz zu älteren Genehmigungsbescheiden werden im vorliegenden Bescheid auch die Auswirkungen auf Fledermäuse einer Bewertung unterzogen. Aufgrund des geringen Wissensstands ist hier eine abschließende Bewertung bzgl. der Einhaltung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände noch nicht möglich, weshalb das BSH Monitoringmaßnahmen anordnet, um ggf. nachträgliche Anordnungen treffen zu können.

Fazit

Die Genehmigung des Windparks „Borkum Riffgrund II“ ist nach § 34 Abs. 2 BNatSchG unzulässig, da erhebliche temporäre Beeinträchtigungen des FFH-Gebiets „Borkum Riffgrund“ durch die Errichtung des Windparks nicht ausgeschlossen werden können. Eine Genehmigung hätte erst nach einer Abweichungsprüfung nach § 34 Abs. 3 BNatSchG erfolgen dürfen, sofern die hierfür erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.

Bezüglich des Vogelzugs ist für den Fall von Massenzugereignissen aus artenschutzrechtlichen Gründen das Abschalten der Rotoren zwingend erforderlich, wenn ein erhöhter Vogelschlag droht.

E. Schlussbetrachtung

Im Rahmen des Gutachtens wurden die Genehmigungsbescheide der vier Offshore-Windparks „Butendiek“, „DanTysk“, „Amrumbank West“, „Borkum Riffgrund II“ auf ihre Gesetzmäßigkeit untersucht.

Bei allen untersuchten Windparks fällt auf, dass die bestehenden Wissenslücken stets pro Windparkbau interpretiert werden. Liegen keine Untersuchungen bzgl. möglicher Beeinträchtigungen vor, so wird daraus geschlossen, dass keine Beeinträchtigung des betreffenden Schutzguts vorliegt. Sind von diesen Wissenslücken FFH- oder Vogelarten betroffen, so können Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Bestimmungen oder den Gebietsschutz nicht ausgeschlossen werden. In diesem Fall ist aus Gründen des Vorsorgeprinzips und der Rechtssicherheit (u. a. auch wegen der Umwelthaftung, s. u.) von einer Beeinträchtigung auszugehen.

Die uns vorliegenden Stellungnahmen des BfN finden nur dann einen Niederschlag im Genehmigungsbescheid, wenn diese dem Bau des Windparks nicht entgegenstehen. Ist hingegen das BfN der Auffassung, dass eine erhebliche Beeinträchtigung droht, wird dieser Einwand vom BSH nicht berücksichtigt. Dies zeigt sich z. B. auch bei der Frage eines Baufensters für Rammarbeiten, durch welches die sensible Aufzuchszeit der Schweinswale von Bauarbeiten ausgespart werden könnte. Das BSH muss bei der Genehmigung der Windparks nur das Benehmen mit dem BfN herstellen, ein Einvernehmen mit dem BfN ist nicht erforderlich.

Bei den drei erstgenannten, älteren Genehmigungsbescheiden wurde die artenschutzrechtliche Problematik aus der FFH-RL und V-RL nicht berücksichtigt. Dies hat zur Folge, dass z. B. das Kollisionsrisiko von Vögeln an den Windenergieanlagen erst dann als relevant eingestuft wird, wenn dies zu Auswirkungen auf die Population führt bzw. führen kann. Dem steht das europäische Recht mit seinem Individuenbezug entgegen. Die Nebenbestimmung 21 der Genehmigungen ist hier nicht ausreichend. Diese Betrachtungsweise findet sich auch in jüngeren Genehmigungsbescheiden mit der Folge, dass weiterhin das erhöhte Tötungsrisiko während des Vogelzugs nicht zu einer zwingenden Abschaltung der Anlagen führt. An Tagen mit hohem Kollisionsrisiko sind die Anlagen nach europäischem Recht (sowie nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG) abzuschalten. Sollte dies nicht geschehen, kann dies zu einem Fall der Umwelthaftung

nach der Umwelthaftungsrichtlinie führen. Auch das Störungsverbot wurde in den älteren Genehmigungen nicht vollumfänglich berücksichtigt. So wurden die weitreichende Schallausbreitung und die damit verbundene Meidung größerer Gebiete durch Schweinswale nicht berücksichtigt. Bezogen auf die Seetaucher wird die Scheuchwirkung von Offshore-Windparks anhand der potenziellen Vertreibung von Individuen bewertet, wobei das sog. 1%-Kriterium dabei Anwendung findet. Die mit diesem Kriterium verbundene Problematik wurde im Gutachten ausführlich dargestellt und bewertet. Es ist davon auszugehen, dass durch die mangelnde Berücksichtigung aller kumulativ wirkenden Vorhaben/Faktoren die vom BSH festgesetzte 1%-Erheblichkeitsschwelle längst überschritten ist.

Die FFH-Gebiete und VSGs wurden im Rahmen der Genehmigungen einer Verträglichkeitsprüfung unterzogen. Es fällt auf, dass die Bewertung der Auswirkungen des Vorhabens auf geschützte Arten seitens der Genehmigungsbehörde nach den gleichen Maßstäben geschieht wie außerhalb der Schutzgebiete. Der hervorgehobenen Bedeutung der Schutzgebiete, die letztlich auch zu ihrer Ausweisung geführt hat, wird nicht Rechnung getragen. Wissenslücken dürfen in Natura-2000-Gebieten nicht zulasten der Natur gehen. Auch der Frage der maßgeblichen Bestandteile eines Gebiets wird nicht ausreichend Rechnung getragen. Im Falle der Betroffenheit eines Natura-2000-Gebiets durch mehrere Vorhaben müssen auch die kumulativen Effekte bei der Genehmigung berücksichtigt werden. Diese kumulative Betrachtung findet z. B. in Bezug auf die Habitatsverluste des Seetauchers im VSG „Östliche Deutsche Bucht“ nicht statt.

Im Gutachten wird auch dargelegt, dass bei der Erteilung eines Verlängerungsbescheids der Genehmigung auf eine neue Sach- und Rechtslage einzugehen ist. Soweit ersichtlich, ist dies bei den überprüften Genehmigungen nicht geschehen.

Bei der Genehmigung der Offshore-Windparks wurde bislang häufig gegen europäisches Recht verstoßen. Mit der Umwelthaftungsrichtlinie/dem USchadG steht ein Instrument zur Verfügung, das im Falle von nicht genehmigten eingetretenen oder drohenden erheblichen Beeinträchtigungen an europäisch geschützten Arten und Lebensräumen eine Haftung des Betreibers infrage kommt.

F. Handlungsmöglichkeiten für NGOs

Neben der bisherigen **Vereinsklage** nach § 64 BNatSchG und §§ 1, 2 UmwRG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz) hat gerade für NGOs die EuGH-Entscheidung¹⁷⁹ zum slowakischen Braunbären eine neue Klagemöglichkeit eröffnet (in diesem Fall über die Anwendung der Aarhus-Konvention [AK]).

Die Kernaussagen dieser EuGH-Entscheidung lauten:

Art. 9 Abs. 3 AK ist Unionsrecht und ist von den Mitgliedstaaten zu berücksichtigen.

Art. 9 Abs. 3 AK verpflichtet die Mitgliedstaaten, Zugang zu behördlichen oder gerichtlichen Überprüfungsverfahren für die Öffentlichkeit zu eröffnen, die nach innerstaatlichen Kriterien hierzu befugt ist (hier also NGOs). Das Ziel das mit Art. 9 Abs. 3 AK verfolgt wird ist, dass die betr. Öffentlichkeit die Einhaltung des Unionsumweltschutzrechts (hier z. B. FFH-Recht) effektiv kontrollieren kann.

In diesem Urteil vom 08.03.2011 (C-240/09) hat sich der EuGH zu den Rechtswirkungen des Art. 9 Abs. 3 AK geäußert. Er hat zunächst festgestellt, dass die EU und damit der Gerichtshof jedenfalls dann für die Umsetzung und Auslegung von Art. 9 Abs. 3 AK zuständig ist, wenn es um Fragen der Beteiligung und des Rechtsschutzes in Verfahren geht, die inhaltlich die Durchsetzung des EU-Umweltschutzrechts zum Gegenstand haben. Weiter hat er ausgeführt, dass Art. 9 Abs. 3 AK wegen des darin enthaltenen Ausgestaltungsvorbehalts derzeit keine unmittelbare Wirkung zukommt. Die nationalen Gerichte sind gleichwohl verpflichtet, ihr nationales Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht so weit wie möglich im Einklang sowohl mit den Zielen von Art. 9 Abs. 3 AK als auch mit dem Ziel eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes für die durch das Unionsrecht verliehenen Rechte auszulegen, um es einer Umweltschutzvereinigung zu ermöglichen, eine Entscheidung, die am Ende eines Verwaltungsverfahrens ergangen ist, das möglicherweise in Widerspruch zum Umweltschutzrecht der Union steht, vor einem Gericht anzufechten. Die nationalen Gerichte sind gehalten, die Entscheidung als Teil des

¹⁷⁹ EuGH, Urt. v. 08.03.2011 – C-240/09 („slowakischer Braunbär“), NuR 2011, 346.

Unionsrechts bei ihren rechtlichen Erwägungen zu beachten. Dieser Rechtsansicht hat sich mittlerweile auch das BVerwG angeschlossen.¹⁸⁰

Über diese Klagemöglichkeit könnten die NGOs gegen die Verlängerung der Genehmigungsbescheide für Offshore-Windparks klagen. Voraussetzung dafür ist die Geltendmachung der Verletzung europäischen Rechts.

Eine Schädigung von Arten und natürlichen Lebensräumen, die sich erheblich auf die Erreichung oder Beibehaltung des günstigen Erhaltungszustands europäischer geschützter Arten und Lebensräume auswirkt, kann einen Umweltschaden nach dem USchadG darstellen.

Droht ein **Umweltschaden** nach der Umwelthaftungsrichtlinie/dem USchadG oder ist dieser bereits eingetreten, so kann eine NGO dies der zuständigen Behörde (für die AWZ also das BfN) melden. Nach § 7 USchadG ist die zuständige Behörde zur Überwachung der erforderlichen Vermeidungs-, Schadensbegrenzungs- und Sanierungsmaßnahmen verpflichtet. Sie muss von Amts wegen tätig werden oder wenn eine NGO dies beantragt und die zur Begründung des Antrags vorgebrachten Tatsachen den Eintritt eines Umweltschadens glaubhaft erscheinen lassen, § 10 USchadG. Wurden z. B. im Genehmigungsbescheid erhebliche Beeinträchtigungen eines Natura-2000-Gebiets ausgeschlossen oder nicht berücksichtigt und legen Untersuchungsergebnisse eine mögliche Schädigung nahe, so kann dies die NGO der Behörde gegenüber darlegen und entsprechende Vermeidungsmaßnahmen einfordern.

¹⁸⁰ BVerwG, Urt. v. 05.09.2013 – 7 C 21.12, NuR 2013, Heft 12.