



NABU-Bundesgeschäftsstelle · Charitéstraße 3 · 10117 Berlin

Europäische Kommission
Directorate General of Environment
B.3 Natura 2000
BU-506/123
B-1049 Brussels

Bundesgeschäftsstelle

Leif Miller
NABU Bundesgeschäftsführer

Tel. +49 (0)30.28 49 84-11 10
Fax +49 (0)30.28 49 84-21 10
Leif.Miller@NABU.de

CHAP(2019)02496

Beschwerde wegen Nichtbeachtung des EU-Naturschutzrechts durch die Bundesrepublik Deutschland

Berlin, den 14. September 2022

Beschwerdeführer: NABU – Naturschutzbund Deutschland e.V. wegen Windpark Butendiek und weiterer Windparks

Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 FFH-RL, Schädigung eines Europäischen Vogelschutzgebietes, Verstoß gegen das artenschutzrechtliche Störungsverbot, Unzureichende Umsetzung der UH-RL durch den Mitgliedstaat, Klagebefugnis von Umweltverbänden gegen Gefahrenabwehrmaßnahmen nach der UH-RL, Unzureichende Umsetzung der UH-RL für Seeanlagen durch § 16 Abs. 3 Satz 1 Seeanlagenverordnung (SeeAnIV)

Aktualisierung des Sachstandes und Vorbringen weiterer Beschwerdegründe

NABU – Naturschutzbund Deutschland e.V.

Charitéstraße 3
10117 Berlin
Telefon +49 (0)30.28 49 84-0
Fax +49 (0)30.28 49 84-20 00
NABU@NABU.de
www.NABU.de

Sehr geehrte Damen und Herren,

in vorbezeichneter Angelegenheit möchten wir unser Beschwerdevorbringen aus dem März 2019 aktualisieren, die Kommission über aktuelle Entwicklungen unterrichten und ergänzende Beschwerdegründe (vgl. 5.1 und 5.2) vorbringen. Insbesondere haben sich aus den vom Beschwerdeführer in dieser Angelegenheit geführten nationalen Rechtsverfahren neue Erkenntnisse ergeben. Eines dieser Rechtsverfahren ist hinsichtlich zweier Beschwerdegründe durch eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts abgeschlossen und mit innerstaatlichen Rechtsmitteln insoweit nicht mehr anfechtbar.

Geschäftskonto

Bank für Sozialwirtschaft
IBAN DE06 3702 0500 0008 0518 00
BIC BFSWDE33XXX
UST-IdNr. DE 155765809

Spendenkonto

Bank für Sozialwirtschaft
IBAN DE65 3702 0500 0008 0518 05
BIC BFSWDE33XXX

Der NABU ist ein staatlich anerkannter Naturschutzverband (nach § 63 BNatSchG) und Partner von Birdlife International. Spenden und Beiträge sind steuerlich absetzbar. Erbschaften und Vermächtnisse an den NABU sind steuerbefreit.



1. Gegenstand der Beschwerde

Der Beschwerdeführer wendet sich in der Beschwerde dagegen, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen die Verschlechterung des Vogelschutzgebiets „Östliche Deutsche Bucht“ durch den Windpark Butendiek in der AWZ sowie weiterer Windparks gemäß § 6 Abs. 2 FFH-RL nicht in ausreichendem Maße eingeschritten, nicht die Sanierung des hierdurch entstandenen Umweltschadens im Sinne von §§ 6, 7 UH-RL veranlasst und auch nicht die erforderlichen Vermeidungsmaßnahmen oder Gefahrenabwehrmaßnahmen für den durch den fortlaufenden Betrieb der Windparks auch zukünftig zu erwartenden Umweltschäden i. S. von § 5 UH-RL vorgenommen oder angeordnet hat.

2. Zum Sachverhalt

Wie in der Beschwerde vom 20. März 2019 dargelegt, war bereits bei Genehmigungserteilung 2002 bekannt, dass der Windpark mit einer Fläche von rund 101 qkm eine erhebliche Scheuchwirkung auf die beiden durch das Vogelschutzgebiet geschützten Arten *Gavia arctica* und *Gavia stellaris* hat, die durch die Errichtung und den Betrieb des Windparks ihre zentralen Nahrungshabitate im Schutzgebiet verloren haben. Die Vögel meiden den Windpark bis in eine Entfernung von 21 Kilometern und haben so während der Winter- bzw. Frühjahrsrast keinen Zugang zum fischreichen Jütlandstrom mehr.

Heute ist unstrittig, dass die Scheuchwirkung tatsächlich um ein Vielfaches größer ist als zum Zeitpunkt der Genehmigungserteilung vermutet. Im Jahr 2021 hat das BfN eine Verletzung der Erhaltungsziele für die vorgenannten Arten und die Erfüllung des artenschutzrechtlichen Störungsverbot festgestellt und erste, aber nach Überzeugung des Beschwerdeführers



unzureichende Kohärenzsicherungsmaßnahmen eingeleitet. Statt der Rechtsprechung des EuGH folgend aufgrund der festgestellten Verschlechterung nach Art. 6 Abs. 2 FFH-RL eine aktuelle FFH-Verträglichkeitsprüfung mit Abweichungsentscheidung durchzuführen, was im Rahmen des Art. 6 Abs. 2 möglich gewesen wäre (vgl. das Urteil des EuGH zur Waldschlößchenbrücke), wurde mittels einer rechtlich unzulässigen, isolierten Abweichungsentscheidung allein für die Seeraucherarten ein nicht europarechtskonformer Dispens erteilt. Eine Abweichungsentscheidung ohne die zugehörige vollständige aktuelle FFH-Verträglichkeitsprüfung ist jedoch nicht möglich. Die im Rahmen dieses Dispenses angeordneten Kohärenzmaßnahmen entsprechen ebenfalls nicht den Anforderungen. Denn anstatt der Neuausweisung von Nahrungsflächen mit vergleichbarer Qualität wie die verlorengelassenen Flächen für die Seetaucher oder der Veranlassung von wirksamen Maßnahmen zur Regulierung der Berufsfischerei oder der Schifffahrt, sieht der Dispensbescheid lediglich vor, das Vogelschutzgebiet als Teilfläche 2 des Naturschutzgebietes „Sylter Außenriff – Östliche Deutsche Bucht“ auf die Teilfläche 1 des FFH-Gebietes 2 „Sylter Außenriff“ zu erweitern. Dies ist naturschutzfachlich ein Nullsummenspiel ohne Entlastung bzw. Gewinn für die verdrängten Vogelarten.

Darüber hinaus zeigen jüngste Untersuchungen des Forschungs- und Technologiezentrum (FTZ) der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (CAU), dass weitere im Vogelschutzgebiet geschützte und in Deutschland zum Teil seltene Seevogelarten ebenfalls durch den Windpark erheblich beeinträchtigt werden. Neben den beiden genannten Seetaucherarten gehören dazu nach Standarddatenbogen 2020 (<https://www.bfn.de/bereich-ii-das-vogelschutzgebiet-oestliche-deutsche-bucht#anchor-4343>) unter anderem:



- Dreizehenmöwe (*Rissa tridactyla*) mit 1500 Individuen des Winterbestands,
- Eissturmvogel (*Fulmaris glacialis*) mit 130 Individuen im Winter,
- Basstölpel (*Morus bassanus*) mit 420 Individuen im Durchzug,
- Tordalk (*Alca torda*) mit 1400 Individuen im Winter und
- Trottellumme (*Uria aalge*) mit 1700 Individuen im Winter.

Die fünf Arten wurden in den vergangenen Jahren durch das FTZ u.a. im Rahmen des Ressortforschungsplans „OWP-Seevögel“ des Bundesamtes für Naturschutz auf ihre Reaktionen gegenüber den Offshore-Windparks im Schutzgebiet und daran angrenzend untersucht. Der Projektleiter Prof. Stefan Garthe hat erste Ergebnisse am 19. Mai 2022 auf dem Meeresumweltsymposium des Bundesamtes für Seeschifffahrt und Hydrografie (BSH) in Hamburg vorgestellt

https://www.bsh.de/DE/PRESSE/Veranstaltungen/Termine/MUS/MUS_Nachklapp/Anlagen/Downloads/MUS-2022/Vortraege/Vortrag_Garthe.pdf?blob=publicationFile&v=3

Alle fünf Arten zeigen erhebliche, in Teilen saisonal variable Meidereaktionen. Neben der bekannten Sensibilität der Seetaucher zeigen die Trottellummen die stärkste Verdrängung mit großen Effektradien von 18-21 Kilometern, woraus ein Habitatverlust im Radius von fünf Kilometern um die Windparks im Sommer von 80 Prozent und im Winter von 54 Prozent der Individuen resultiert. Drei weitere Arten zeigen eine starke Verdrängung mit geringeren Distanzen. 32 Prozent der Basstölpel werden im Sommer im Umkreis von fünf Kilometern vertrieben, bei einem Kilometer sind es 75 Prozent. Beim Tordalk werden 47 Prozent und beim Eissturmvogel 43 Prozent der Individuen im Umkreis von fünf Kilometern um die Windparke vertrieben. Variable Reaktionen zeigen die Dreizehenmöwe und Heringsmöwe mit einem Mix aus Vertreibung und



Attraktion, woraus ein erhöhtes Kollisionsrisiko mit den Windturbinen resultieren kann.

In Summe wird deutlich, dass der Windpark Butendiek im Zusammenwirken mit den an das Vogelschutzgebiet angrenzenden Windparks massive Verdrängungseffekte auf die Seevogelgemeinschaft im Schutzgebiet hat, die über die isolierte Abweichungsentscheidung ohne zugehörige Abweichungsprüfung allein für die Seetaucher nicht ansatzweise dargelegt, untersucht und kompensiert wurden.

3. Nationalstaatliche Gerichtsverfahren

Der Beschwerdeführer hat in nationalstaatlichen Gerichtsverfahren zunächst die Sanierung des durch den Windpark Butendiek bereits verursachten Umweltschadens am Vogelschutzgebiet und den beiden vorgenannten Arten und die Gefahrenabwehr der durch den Weiterbetrieb zu erwartenden zukünftigen Umweltschäden geltend gemacht.

Aufgrund der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland kann sich die Zuständigkeit für die Sanierung von Umweltschäden und der Gefahrenabwehr desselben Umweltschadens auf unterschiedliche Behörden und damit auch auf unterschiedliche Gerichtswege aufspalten. Denn gemäß § 1 USchadG findet das Umweltschadensgesetz nur Anwendung, soweit Rechtsvorschriften des Bundes oder der Länder die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden nicht näher bestimmen oder in ihren Anforderungen diesem Gesetz nicht entsprechen, so dass hierdurch eine Rechtsaufspaltung erfolgen kann.

Laut dem Urteil des VG Köln vom 09.07.2014, 11 K 2359/14, dem sich die nachfolgenden Gerichte angeschlossen habe, enthält die für Offshore-Windenergieanlagen einschlägige Seeanlagenverordnung (SeeAnIV)



hinsichtlich der Gefahrenabwehr von Umweltschäden alle den Anforderungen des Umweltschadengesetzes genügende Regelungen. Für die Gefahrenabwehr von Umweltschäden auf der Grundlage der SeeAnIV ist daher das für die Seeanlagenverordnung zuständige Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrogeografie (BSH) in Hamburg zuständig. Der Rechtszug läuft hier über das VG Hamburg, OVG Hamburg und das Bundesverwaltungsgericht.

Mangels einer entsprechenden Spezialregelung für die Sanierung von Umweltschäden verbleibt es hingegen hinsichtlich der Sanierung von Umweltschäden durch Windkraftanlagen in der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) nach Auffassung der deutschen Rechtsprechung bei der Zuständigkeit des Bundesamtes für Naturschutz in Bonn gemäß § 58 Abs. 1 S. 1 BNatSchG. Dieser durch den NABU beklagte Rechtszug für die Sanierung verläuft vom VG Köln über das OVG Münster ebenfalls zum Bundesverwaltungsgericht.

Auf die sich durch die Zuständigkeitsaufspaltung ergebenden Verfahrenswidersprüche soll an dieser Stelle trotz eines offensichtlichen Konflikts mit dem Effizienzgrundsatz europäischen Rechts nicht eingegangen werden.

4. Klage zur Gefahrenabwehr weiterer Umweltschäden

Der Beschwerdeführer hat dementsprechend das BSH vor dem VG Hamburg auf Gefahrenabwehr- bzw. Vermeidungsmaßnahmen bezüglich der durch den Betrieb der Windparks in Zukunft weiterhin zu erwartenden Umweltschäden in Anspruch genommen und das BfN vor dem VG Köln auf die Anordnung von Sanierungsmaßnahmen verklagt.

Die Klage vor dem VG Hamburg wurde mit Urteil vom 18.09.2015, 7 K 2983/14, abgewiesen, weil der Beschwerdeführer keine Klagebefugnis für



die Geltendmachung von Gefahrenabwehrmaßnahmen nach dem USchadG bzw. der UH-RL habe. Die zugelassene Berufung wies das OVG Hamburg mit Urteil vom 08. April 2019, 1 Bf 200/15, aus demselben Grunde ab, ließ allerdings die Revision zum Bundesverwaltungsgerichts wegen einer der Anträge zu, weil der Beschwerdeführer während des Verfahrens durch eine Änderung des Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) mittlerweile eine Klagebefugnis hinsichtlich der einschlägigen Vorschriften der SeeAnIV erhalten habe.

Das Bundesverwaltungsgericht hob das Urteil des OVG Hamburg mit Urteil vom 29.04.2021, 4 C 2.19, auf und verwies das Verfahren zur erneuten Entscheidung an das OVG Hamburg zurück, weil es anders als das OVG Hamburg einen durchsetzbaren Anspruch des Beschwerdeführers auf bestimmte Gefahrenabwehrmaßnahmen nach der SeeAnIV für möglich hält.

Über die Frage der Klagebefugnis des Beschwerdeführers auf Gefahrenabwehrmaßnahmen nach der UH-RL entschied das BVerwG nicht, weil es davon ausging, dass die Vorschriften des Umweltschadensgesetzes und der UH-RL vollständig von der deutschen Seeanlagenverordnung verdrängt werden (s. u.).

Die Entscheidungen der deutschen Gerichtsbarkeit sind damit sowohl rechtskräftig und mit innerstaatlichen Rechtsmitteln nicht mehr angreifbar, soweit die Klagebefugnis von Umweltverbänden auf Gefahrenabwehrmaßnahmen nach der UH-RL als auch die vom BVerwG festgestellte Vorrangigkeit der Vorschriften der Seeanlagenverordnung gegenüber den Vorschriften der UH-RL insgesamt betroffen ist (Vgl. 5.1 und 5.2).

An dieser Stelle sei bemerkt, dass sich das OVG Hamburg laut Hinweisbeschluss vom 27.12.2021 an einer Weiterverhandlung des zurückverwiesenen Rechtsstreits zurzeit dadurch gehindert sieht, weil das Bundesamt für Naturschutz am 09.03.2021 gegenüber dem Betreiber des Windparks Butendiek den oben erwähnten „Dispens“ hinsichtlich der habitatschutzrechtlichen und artenschutzrechtlichen Beeinträchtigungen der Arten *Gavia arctica* und *Gavia stellata* erteilt hat. Allerdings liegt die hierfür nach der Rechtsprechung des EuGH (vgl. EuGH, Urt. v.16.1.2016 – C-399/14, Waldschlösschenbrücke) erforderliche FFH-Verträglichkeitsprüfung nicht vor und hinreichende Kohärenzmaßnahmen werden ebenfalls nicht vorgesehen, wie der Beschwerdeführer zu Beginn kurz dargestellt hat. Über die Rechtmäßigkeit dieses Dispenses zu entscheiden, sieht sich das OVG Hamburg infolge der gerichtlichen Zuständigkeitsordnung nicht berufen. Stattdessen wurde der Beschwerdeführer darauf verwiesen, zunächst beim dafür zuständigen VG Köln, um Rechtsschutz gegen den Dispensbescheid nachzusuchen. Ein entsprechender Rechtsschutzantrag wurde mittlerweile gestellt. Gefahrenabwehrmaßnahmen gegen den Betrieb des Windparks werden damit erneut auf unabsehbare Zeit verschoben. Der Beschwerdeführer wird die Kommission über den diesbezüglichen Fortgang unterrichten.

5. Weitere Beschwerdegründe

Der Beschwerdeführer erstreckt seine Beschwerde nun aufgrund der Erkenntnisse aus der vorgenannten Rechtsprechung auf zwei weitere Umstände.

5.1. Ausschluss der Klagebefugnis für die unmittelbare Gefahr eines Umweltschadens



Der Ausschluss der Klagebefugnis der Umweltverbände für Fälle einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr eines Umweltschadens i. S. von Art. 3 Abs. 1 UH-RL durch den deutschen Gesetzgeber in §§ 10, 11 USchadG verstößt gegen europäisches Recht

Der innerstaatliche Rechtsweg zu dieser Frage ist aufgrund der abschließenden Entscheidung des BVerwG mittlerweile ausgeschöpft. Weitere innerstaatliche Rechtsmittel stehen nicht zur Verfügung. Der Verstoß ergibt sich aus Folgendem:

Die nach Art. 12 Abs. 1 UH-RL genannten Personen, zu denen auch die anerkannten Umweltverbände gehören, haben das Recht der zuständigen Behörde Bemerkungen zu ihnen bekannten Umweltschäden oder einer ihnen bekannten unmittelbaren Gefahr solcher Schäden zu unterbreiten und die zuständige Behörde aufzufordern, gemäß dieser Richtlinie tätig zu werden. Gemäß Art. 12 Abs. 5 UH-RL können die Mitgliedstaaten beschließen, den Absatz 1 auf die Fälle der unmittelbaren Gefahr eines Schadens nicht anzuwenden. Von dieser Einschränkungsmöglichkeit hat die Bundesrepublik Deutschland mit § 10 USchadG Gebrauch gemacht, da sich danach die Möglichkeit, die Behörde zum Tätigwerden aufzufordern, auf eingetretene Umweltschäden beschränkt.

Nach Art. 13 Abs. 1 UH-RL haben die in Artikel 12 Abs. 1 genannten Personen die Möglichkeit ein Gericht oder eine andere unabhängige und unparteiische öffentliche Stelle anzurufen, um Entscheidungen, Handlungen oder die Untätigkeit der nach dieser Richtlinie zuständigen Behörde auf formelle und materielle Rechtmäßigkeit überprüfen zu lassen. Zu den in Art. 12 Abs. 1 UH-RL genannten Personen gehören auch die anerkannten Umweltverbände wie der hiesige Beschwerdeführer. Eine Einschränkung der Klagebefugnis auf bereits eingetretene Umweltschäden enthält Art. 13 Abs. 1 UH-RL nicht.

Der deutsche Gesetzgeber ist davon ausgegangen, die Möglichkeit die in Art. 12 Abs. 1 UH-RL genannten Personen dahingehend zu beschränken, dass sie nicht berechtigt seien eine zuständige Behörde wegen der unmittelbar bevorstehenden Gefahr eines Umweltschadens zur Tätigkeit aufzufordern, würde auch implizit dazu führen, dass eine Klagebefugnis nach Art. 13 Abs. 1 UH-RL für sämtliche Fälle der unmittelbaren Gefahr vollständig entfällt (§§ 10, 11 USchadG).

Diese Umsetzung und Interpretation – wie sie auch vom OVG Hamburg jetzt für dieses Verfahren letztinstanzlich entschieden wurde - ist mit europäischem Recht unvereinbar.

Zunächst gibt es keinen belastbaren Hinweis aus der Gesetzgebungsgeschichte, dem Wortlaut, dem grammatikalischen Zusammenhang oder dem Sinn der Regelung des Art. 13 UH-RL, dass die Klagebefugnis der anerkannten Umweltverbände nach dieser Vorschrift eingeschränkt werden sollte. Im europäischen Recht gibt es auch kein Erfordernis einer Beteiligung im Verwaltungsverfahren als Voraussetzung einer gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeit. Sondern die Beteiligung im Verwaltungsverfahren und der gerichtliche Rechtsschutz unabhängig nebeneinander. Folglich kann aus der Beteiligungseinschränkung in Art. 12 UH-RL kein Rückschluss auf die Klagebefugnis gezogen werden.

Art. 13 UH-RL ist stattdessen vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention zu interpretieren. Bereits aus dem Protect-Urteil des EuGH ergibt sich, dass Umweltverbände die Möglichkeit haben müssen, die Beachtung der aus dem Unionsumweltrecht hervorgegangenen nationalen Rechtsvorschriften überprüfen zu lassen und damit erst recht jede unmittelbar anwendbare Vorschrift des Gemeinschaftsrechts. Rn. 48 des Protect-Urteils ist im Zusammenhang der Ausführungen des EuGH zu lesen und kann aus diesem Zusammenhang nicht herausgerissen werden.

Gemeint ist offensichtlich, dass die Kriterien nicht so streng sein dürfen, dass es für den Umweltverband unmöglich ist, Handlungen und Unterlassungen im Sinne von Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention bezüglich einer (individuellen und konkreten) Vorschrift des Unionsrechts oder seine nationalen Umsetzungsvorschriften anzufechten. Die entsprechenden umweltrechtlichen Vorschriften in ihrer Gesamtheit müssen klagbar und rügefähig sein.

Für einen Ausschluss einzelner Vorschriften des Umweltgemeinschaftsrechts oder des daraus hervorgegangenen nationalen Rechts aus der Klagemöglichkeit lässt die Rechtsprechung des EuGH keinen Raum. Auch die österreichischen Gerichte haben dies im Nachgang der „Protect“-Entscheidung so akzeptiert. Es gibt keine Hierarchie oder Subsidiarität von Klagegründen oder Anspruchsgrundlagen, die sich bei der Klagebefugnis gegenseitig ausschließen könnten. Stattdessen ergibt sich aus dem „Protect“-Urteil in großer Klarheit, dass die gerichtliche Geltendmachung von Verstößen gegen jedwede individuelle Vorschrift des Gemeinschaftsrechts wie Art. 6 Abs. 2 FFH-RL und den entsprechenden nationalen Umsetzungsvorschriften möglich sein muss und nicht durch Kriterien behindert werden darf, die ihre Geltendmachung praktisch unmöglich macht. Bereits eine verwaltungsverfahrensrechtliche Präklusion hat der EuGH im entschiedenen Fall als ein solches Kriterium angesehen. Das vom EuGH angesprochene Kriterium der praktischen Unmöglichkeit der Klage bezieht sich also nicht auf nationale Regelungen, die die Klagegegenstände einschränken (was zumindest bei im Europarecht wurzelnden Regelungen – wie hier – ohnehin nicht zulässig ist), sondern auf solche nationalen Regelungen, welche Anforderungen ein Verein erfüllen muss, um ein Klagerecht zu haben, z.B. Rechtsform, Mitgliederzahl usw.

Damit verstößt die Umsetzung in §§ 10, 11 USchadG, die eine Klagebefugnis von Umweltverbänden für unmittelbar bevorstehende

Gefahren eines Umweltschadens pauschal ausschließt (wie das VG Hamburg und das OVG Hamburg in den oben genannten Urteilen bestätigt haben) gegen die europarechtlichen Vorgaben des Art. 13 Abs. 1 UH-RL i. V. m. Art. 9 Abs. 3 Aarhus-Konvention. Da gegen das Urteil des OVG Hamburg insoweit kein Rechtsmittel mehr zulässig ist, ist der innerstaatliche Rechtsweg abgeschlossen, so dass jetzt eine Weiterverfolgung durch die Europäische Kommission angezeigt sein dürfte.

5.2 Unzureichende Umsetzung der UH-RL durch § 16 Abs. 3 S. 1 SeeAnIV

Das Bundesverwaltungsgericht hat ferner mit Urteil vom 29. April 2021, 4 C 2.19, rechtskräftig festgestellt, dass die Vorschriften der Umwelthaftungsrichtlinie – soweit die Gefahrenabwehr betroffen ist – vollständig von den Vorschriften der Seeanlagenverordnung verdrängt werden. Wie nachfolgend dargelegt wird, folgt hieraus ebenfalls, dass die Vorschriften der Umwelthaftungsrichtlinie von der Bundesrepublik im Widerspruch zum geltenden Europarecht nicht hinreichend umgesetzt wurden.

Das BVerwG hat die Frage, ob die Verneinung der Klagebefugnis nach dem Umweltschadensgesetz durch die Vorgerichte hier zutreffend war, offengelassen (Rn. 47). Denn die Entscheidung sei im Ergebnis deshalb zutreffend, weil die Vorschriften der Gefahrvermeidungsmaßnahmen nach § 7 Abs. 2 Nr. 2, § 6 USchadG wegen der in § 1 Satz 1 USchadG angeordneten Subsidiarität nicht anwendbar seien. Danach fände das Umweltschadensgesetz Anwendung, soweit Rechtsvorschriften des Bundes oder der Länder die Vermeidung und Sanierung von Umweltschäden nicht näher bestimmen oder in ihren Anforderungen dem Umweltschadensgesetz nicht entsprechen (Rn: 48).

Nach Auffassung des BVerwG wäre die Anordnungsbefugnis zur Gefahrenabwehr nach § 16 Abs. 3 Satz 1 SeeAnIV weitergehend als das Umweltschadensgesetz (Rn. 51).

Diese Auffassung ist jedoch offensichtlich unzutreffend. Denn gemäß Art. 2 Nr. 6 UH-RL kann auch der Inhaber einer (bestandskräftigen) Genehmigung Verantwortlicher eines bevorstehenden oder eingetretenen Umweltschadens sein und gemäß Art. 3 Abs. 1 UH-RL zur Abwehr von drohenden Gefahren oder Sanierung von Umweltschaden herangezogen werden.

Diese Möglichkeit besteht jedoch nach § 16 Abs. 3 Satz 1 SeeAnIV gerade nicht hinreichend. Denn im Rahmen des § 16 Abs. 3 Satz 1 SeeAnIV ist eine Haftung für durch den bestandskräftig genehmigten Anlagenbetrieb verursachte Schäden auch in solchen Fällen nicht möglich, in denen die UH-RL dies explizit vorsieht (z. B. wenn die Genehmigungsbehörde das Habitatschutzrecht in der Genehmigung sehr fehlerhaft angewendet hat). Demgegenüber beschränkt die SeeAnIV nach der Rechtsprechung des BVerwG die Haftung des Verantwortlichen auf solche Schäden, die im Zeitpunkt der Genehmigung nicht vorhersehbar oder erkennbar waren.

Dass die Haftung sowohl des Genehmigungsinhabers als auch des ohne Genehmigung handelnden Verantwortlichen nach der UH-RL bestimmten Einschränkungen wie z. B. dem Verschuldenserfordernis des Art. 3 Abs. 1 b) UH-RL unterliegt, ändert daran nichts. Auch die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses nach Art. 2 Nr. 1 a) UH-RL, § 19 Abs. 1 S. 2 BNatSchG für solche Umstände, die in einem Genehmigungsvorhaben bereits korrekt abgeprüft worden sind, vermag die unzureichende Umsetzung des europäischen Rechts in den deutschen Vorschriften nicht auszugleichen. Denn nach der UH-RL haftet der Genehmigungsinhaber jedenfalls dann, wenn (wie im hiesigen Fall) z. B. eine ordnungsgemäße FFH-



Verträglichkeitsprüfung im Genehmigungsverfahren gar nicht stattgefunden hat oder diese Prüfung zwar durchgeführt wurde, aber mit erheblichen Fehlern behaftet ist. Für diese Fallkonstellationen scheidet nach § 16 Abs. 3 SeeAnIV jedwede Umwelthaftung aus. Diesen Umstand blendet das BVerwG aus (Rn. 51).

Festzuhalten bleibt: Das Bundesverwaltungsgericht hat rechtskräftig festgestellt, dass die Regelungen des USchadG und damit der UH-RL hinsichtlich der Fälle der unmittelbar bevorstehenden Gefahr eines Umweltschadens gemäß der deutschen gesetzlichen Umsetzung in § 1 USchadG vollständig von § 16 Abs. 3 Satz 1 SeeAnIV verdrängt werden. Dies stünde allerdings nur mit europäischem Recht in Einklang, wenn die Vorgaben des § 16 Abs. 3 Satz 1 SeeAnIV nicht hinter den Vorgaben der UH-RL zurückbleiben. Dies ist jedoch der Fall.

§ 16 Abs. 3 Satz 1 SeeAnIV genügt den Anforderungen der UH-RL (Art. 2 Nr. 1a, Nr. 6, Art. 3 Abs. 1) gerade nicht, weil nach den Vorschriften der SeeAnIV der Genehmigungsinhaber einer bestandskräftigen Genehmigung auch dann nicht in Anspruch genommen werden kann, wenn die Prüfung der Biodiversitätsvorschriften des Habitatschutzes und des Artenschutzes in der Genehmigung mit erheblichen Mängeln behaftet ist (also der hiesige Fall). Eine Umwelthaftung nach § 16 Abs. 3 Satz 1 SeeAnIV ist für diese Konstellation im deutschen Recht ausgeschlossen, weil dem die Bestandskraft der Genehmigung unverrückbar entgegensteht. Bei Lichte betrachtet, wird damit eine Kernbestimmung der Umwelthaftungsrichtlinie für Seeanlagen in Deutschland außer Anwendung gesetzt. Die deutsche Regelung bedeutet in der Ausgestaltung durch das BVerwG: Der Inhaber einer bestandskräftigen Genehmigung haftet für einen für ihn verursachten Umweltschaden durch eine Schädigung geschützter Arten und geschützter natürlicher Lebensräume auch dann nicht, wenn im Genehmigungsverfahren keine Genehmigung dieser Schädigungen im

Sinne des Art. 2 Nr. 1 a UAbs. 2 UH-RL erfolgt ist. Diese Rechtsfolge gilt nicht nur für § 16 Abs. 3 Satz 1 SeeAnIV sondern in allen Fällen, in denen eine Verdrängung des Umweltschadensgesetzes bzw. der UHRL durch deutsche Vorschriften nach § 1 UmwSchG angenommen wird. Denn die deutsche Rechtsordnung schließt bei bestandskräftigen Genehmigungen eine Verantwortlichkeit des Genehmigungsinhabers für von der Behörde fehlerhaft geprüfte Genehmigungsinhalte anders als die UH-RL generell aus.

Der Beschwerdeführer rügt ausdrücklich die hierin liegende Verletzung europäischen Rechts. Da dem Beschwerdeführer – wie dargestellt – auch generell die Klagebefugnis für Konstellationen des Vorliegens der unmittelbaren Gefahr eines Umweltschadens vom deutschen Gesetzgeber verwehrt wird, sind entsprechende Umweltrechtsverletzungen der Kontrolle durch die Gerichtsbarkeit nunmehr vollständig entzogen.

Beide Rechtsumsetzungsfehler sind hinsichtlich der Umwelthaftungsrichtlinie von deutschlandweiter Bedeutung. Sofern den Umweltverbänden die Klagebefugnis hinsichtlich der unmittelbaren Gefahr eines Umweltschadens fehlt, muss zunächst der Eintritt eines Schadens abgewartet werden bevor dann in einem langwierigen Verfahren Sanierungsmaßnahmen eingeklagt werden können, die oft in zufriedenstellendem Umfang gar nicht möglich sein werden. Die vorbeugende Schadensabwehr ist dann unmöglich. Dies erscheint weder mit dem effet-utile der UH-RL noch mit den hier zu beachtenden Vorgaben der Aarhus-Konvention vereinbar.

Die haftungsrechtliche Unbeachtlichkeit von selbst schweren Fehlern der Genehmigung bei bestandskräftigen Genehmigungen im deutschen Recht, ist mit den Vorgaben der UH-RL - wie dargestellt - unvereinbar. Da nach Auffassung des BVerwG die entsprechenden Vorgaben der UH-RL durch

deutsche Vorschriften wie § 16 Abs. 3 S. 1 SeeAnIV verdrängt werden, wird damit eine weitere Kernvorgabe der UH-RL in Deutschland außer Anwendung gesetzt. Dies gilt für alle Vorschriften in Deutschland bei denen unter Missachtung dieses Defizits von einem Vorrang des deutschen Rechts ausgegangen werden könnte.

6. Zweiter Klagestrang

Die Vollständigkeit halber sei überdies zum Stand des zweiten Klagestrangs berichtet:

Im zweiten Klagestrang hat der Beschwerdeführer Klage auf Anordnung der erforderlichen Sanierungsmaßnahmen für den am Vogelschutzgebiet „Östliche Deutsche Bucht“ und den Arten *Gavia arctica* und *Gavia stellata* entstandenen Umweltschaden geltend gemacht. Die Klage wurde in erster Instanz vom VG Köln (Urteil v. 29.11.2016, 2 K 6873/15) und in zweiter Instanz vom OVG Münster Urteil vom 11. März 2021, 21 A 49/17) mit sehr unterschiedlichen Begründungen abgewiesen.

Das VG Köln war im Wesentlichen im Widerspruch zur UH-RL davon ausgegangen, dass durch genehmigte Anlage keine Verantwortlichkeit für einen Umweltschaden ausgelöst werden kann, weil dessen schuldhaftes Handeln im Sinne von Art. 3 Abs. 1 b) UH-RL eine rechtswidrige Handlung voraussetze. Eine solche könne bei genehmigten Tätigkeiten jedoch nicht vorliegen. Die Begründung des VG Köln ist mittlerweile durch eine anderslautende Entscheidung des BVerwG (Urteil vom 21.09.2017, 7 C 29.15) erledigt und gegenstandslos geworden.

Die Abweisung der vom VG Köln zugelassenen Berufung hat das OVG Münster nun damit begründet, dass der Beschwerdeführer das Vorliegen eines Umweltschadens nicht glaubhaft gemacht habe (Art. 12 Abs. 3 UH-RL,



§ 10 2. Alt. USchadG), ohne dass sich die Vorinstanz oder eine der Parteien in dem bisherigen sechsjährigen Verfahren auf diesen Gesichtspunkt berufen hätte. Dass das BfN mittlerweile überdies zur Abwehr des festgestellten Umweltschadens auch tatsächlich mittels des oben erwähnten und in einem neuen Verwaltungsgerichtsverfahren befindlichen Dispens tätig geworden sei, spiele insoweit keine Rolle. Zur Glaubhaftmachung hätten u. a. Daten durch den Umweltverband vorgelegt werden müssen, die den Zustand der betroffenen Vogelpopulationen und ihrer natürlichen Lebensräume zumindest in der ganzen deutschen Nordsee, wenn nicht im gesamten biogeografischen Verbreitungsgebiet der Arten vor dem Bau des Windparks aufzeigen. Ferner seien zur Glaubhaftmachung Daten über die Auswirkungen der späteren Inbetriebnahme des Windparks auf die Vogelpopulationen und ihre natürlichen Lebensräume in Bezug auf die vorgenannten geografischen Regionen vom Umweltverband zu präsentieren gewesen. Es reiche nach Auffassung des OVG Münster nicht, auf relevante Publikationen und wissenschaftliche Erkenntnisse hinzuweisen, sondern es müsse sich um eigene Monitoringtätigkeiten des klagenden Umweltverbandes handeln. Da sich allerdings derartige Daten von Umweltverbänden wegen des Ermittlungsaufwands insbesondere im marinen Bereich praktisch nie beschaffen lassen, wird die Glaubhaftmachung eines Umweltschadens im Ergebnis in vielen Fällen nach der Auffassung des OVG Münster generell ausgeschlossen. Beiläufig sei ergänzt, dass sich der Beschwerdeführer vorhandene Behördendaten in diesem Bereich noch durch einen bereits seit dem Jahr 2016 laufenden UIG-Prozess erstreiten muss.

Trotz der Verzahnung der Natura-2000-Richtlinien und der Umwelthaftungsrichtlinie könne nach dem OVG Münster zudem nicht davon ausgegangen werden, dass die Verletzung der Erhaltungsziele eines europäischen Vogelschutzgebietes oder die Verletzung des artenschutzrechtlichen Störungsverbot auf der Populationsebene bei



den hiesigen Arten einen Umweltschaden im Sinne der UH-RL darstelle. Stattdessen sei für die Feststellung eines Umweltschadens bei den hier vorliegenden Arten und ihren natürlichen Lebensräumen von einem großräumigeren Maßstab als einem einzigen Vogelschutzgebiet auszugehen, ohne dass dieser Maßstab in seinen Einzelheiten im Urteil präzisiert wurde. Jedenfalls könne die Verletzung der Erhaltungsziele des einzigen Vogelschutzgebietes in der deutschen AWZ für die wichtigsten Schutzgüter des Gebietes, nämlich die Seetaucherarten *Gavia arctica* und *Gavia stellata*, auch dann keinen Umweltschaden darstellen, wenn die beiden Arten damit in der deutschen Nordsee ihres wichtigsten Nahrungsgebietes zur Vorbereitung der anschließenden Brutzeit beraubt würden. Denn hierfür wäre der Nachweis der Auswirkungen dieser Beeinträchtigung auf die biografisch betroffene Seetaucherpopulation relevant.

Es versteht sich von selbst, dass der Bestand dieser Rechtsprechung den effet-utile der Umwelthaftungsrichtlinie in der Bundesrepublik massiv in Frage stellt.

Am 01. März 2022 hat das BVerwG auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Beschwerdeführers (7 B 12.21) die Revision (7 C 2.22) gegen das Urteil des OVG Münster zugelassen. Ein Entscheidungstermin ist noch nicht bekannt.

7. Fazit

Mit der vorliegenden Aktualisierung trägt der Beschwerdeführung jüngste wissenschaftliche Erkenntnisse zum Konflikt des Offshorewindparks (OWP) Butendiek mit den Schutz- und Erhaltungszielen des EU-Vogelschutzgebietes „Östliche Deutsche Bucht“ vor. Weiterhin informiert er über die zum Teil abgeschlossenen nationalen Rechtsverfahren und zeigt



die unionsrechtlich nicht konforme Umsetzung der Umwelthaftungs-RL in Deutschland an.

Es wurde aufgezeigt, a) dass die Beschwerde aktuell und berechtigt ist. Außerdem weisen wir b) erneut nochmal darauf hin, dass das in Rede stehende Vorhaben mit deutschlandweit übergeordneter Bedeutung die Population von schwerpunktmäßig nur im betroffenen Schutzgebiet vorkommenden geschützten Arten beeinträchtigt (hat), und dass auch wegen der Präcedenzwirkung eine übergreifende Bedeutung dieses weitreichenden Falls gegeben ist. Wir bitten daher um zeitnahes Aufgreifen der Beschwerde und Einleiten eines Vertragsverletzungsverfahrens. Wir weisen vorsorglich darauf hin, dass die EU-kommissionsinterne Jahresfrist bereits abgelaufen ist.

Durch die dargestellte Problematik drohen durch die nationalen Festlegungen der marinen Raumordnung und der Umsetzung der Ziele des novellierten Windenergie-auf-See-Gesetzes weitere Konflikte mit dem europäischen Arten- und Habitatschutzrecht, deren Klärung voraussichtlich einer Beschleunigung des Ausbaus erneuerbarer Energien zuwiderläuft und zusätzliche Rechtsunsicherheiten schafft.

Wir bitten um Berücksichtigung unseres Vortrags und stehen für Rückfragen jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Leif Miller

•NABU Bundesgeschäftsführer