



# **Der Bau von Offshore-Windenergieanlagen: Anforderungen des deutschen und europäischen Umweltrechts**

Prof. Dr. Alexander Proelß



## I. Gegenstände des Vortrags

- Fokussierung auf Umweltrecht im engeren Sinne: Genehmigungsverfahren nach Seeanlagenverordnung bleibt ausgeklammert
- zunehmende Konkretisierung des Rechts mit Abnahme des räumlichen Geltungsbereichs:
  - Völkerrecht global: UN-Seerechtsübereinkommen (SRÜ), Biodiversitätskonvention (CBD), Bonner Übereinkommen (CMS)
  - Völkerrecht regional: OSPAR-Übereinkommen, ASCOBANS
  - Europäisches Unionsrecht: Primärrecht (insbes. Art. 191 ff. AEUV), Sekundärrecht (FFH-Richtlinie, Vogelschutzrichtlinie, MSR-Richtlinie)
  - nationales Recht: BNatSchG, SeeAnIV, UVPg, Recht der Länder



## II. Thesen des Vortrags

- **These 1:** Lärm ist eine Verschmutzung im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ („unmittelbare oder mittelbare Zuführung von Stoffen oder Energie durch den Menschen in die Meeresumwelt [...], aus der sich abträgliche Wirkungen wie eine Schädigung [...] der Tier- und Pflanzenwelt des Meeres [...] ergeben oder ergeben können.“)
  - Konsequenzen:
    - Art. 194 Abs. 1 SRÜ: die Vertragsparteien müssen Maßnahmen zur Verhütung, Verringerung und Überwachung der Lärmbelastung des Meeres treffen (aber: „sie setzen zu diesem Zweck die geeignetsten ihnen zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend ihren Möglichkeiten ein und bemühen sich, ihre diesbezügliche Politik aufeinander abzustimmen“)



- Art. 194 Abs. 3 lit. c und d SRÜ: Lärmemissionen durch Anlagen und Geräte (z.B. WEA) sind so weit wie möglich zu verhindern bzw. auf ein Mindestmaß zu beschränken
- Art. 194 Abs. 5 SRÜ stellt klar, dass zu den zu ergreifenden Maßnahmen auch solche zum Schutz und zur Bewahrung seltener oder empfindlicher Ökosysteme sowie des Lebensraums gefährdeter, bedrohter oder vom Aussterben bedrohter Arten und anderer Formen der Tier- und Pflanzenwelt des Meeres gehören

- 
- **These 2:** Das unionsrechtliche Vorsorgeprinzip (vgl. Art. 191 Abs. 2 AEUV) kann für sich betrachtet nicht generell als Verbotsnorm hinsichtlich menschlicher Aktivitäten herangezogen werden, über deren potentiell abträgliche Umweltauswirkungen wissenschaftliche Unsicherheit besteht.
    - das Vorsorgeprinzip verkörpert ein Konzept des Risikomanagements; es lässt dementsprechend – innerhalb eines gewissen Rahmens und abhängig von den Umständen des Einzelfalls – Risikoabwägungen zu, ja gebietet diese sogar
    - beachte: wissenschaftliche Unsicherheit hinsichtlich der Populationsgröße und -entwicklung gefährdeter Arten sowie über das Ausmaß der Gefährdung durch bestimmte menschliche Aktivitäten darf aber nicht dazu führen, dass strenge Schutzmaßnahmen unterlassen werden



- jedenfalls die dauerhafte Missachtung wissenschaftlicher Anhaltspunkte für abträgliche Umweltauswirkungen bestimmter menschlicher Aktivitäten verletzt das Vorsorgeprinzip
  - Vorsorgeprinzip kann sich also durchaus als Verbotsnorm manifestieren
- **These 3:** Der Schweinswal ist eine Art von Gemeinschaftsinteresse i.S.v. Anhang II der FFH-Richtlinie und eine streng geschützte Art i.S.v. Art. 12 i.V.m. Anhang IV a FFH-Richtlinie. Von Europarechts wegen sind deshalb strengere Anforderungen an den Schutz der Schweinswale als an andere marine Lebewesen (z.B. Fische) zu stellen.
- beachte aber: auch einzelne Fischarten (z.B. Störche, Lachse usw.) bzw. Populationen derselben werden von den beiden Schutzansätzen erfasst

- 
- gemäß Art. 3 Abs. 2 i.V.m. 4 FFH-Richtlinie müssen die EU-Mitgliedstaaten für die in Anhang I der Richtlinie aufgelisteten natürlichen Lebensraumtypen sowie für die in Anhang II der Richtlinie aufgenommenen Arten von Gemeinschaftsinteresse besondere Schutzgebiete (Special Areas of Conservation – SACs) ausweisen (sog. besonderer Gebietsschutz)
    - innerhalb solcher Gebiete müssen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie geeignete Maßnahmen treffen, um „die Verschlechterung der natürlichen Lebensräume und der Habitate der Arten sowie Störungen von Arten, für die die Gebiete ausgewiesen worden sind, zu vermeiden, sofern solche Störungen sich im Hinblick auf die Ziele dieser Richtlinie erheblich auswirken könnten“



- handelt es sich bei der menschlichen Aktivität um „Pläne“ oder „Projekte“, muss, soweit diese das Gebiet einzeln oder in Zusammenwirkung mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen könnten, eine strenge FFH-UVP durchgeführt werden (vgl. Art. 6 Abs. 3 FFH-Richtlinie)
- nach Ansicht des EuGH und der Kommission kommt es sowohl bzgl. des Verschlechterungsverbots des Abs. 2 als auch hinsichtlich von Abs. 3 und 4 maßgeblich darauf an, ob die Wirkungen der betreffenden menschlichen Aktivität (z.B. des Plans oder Projekts) das Schutzgebiet betreffen; die menschliche Aktivität selbst kann auch außerhalb des Schutzgebiets durchgeführt werden

- 
- nach Art. 12 Abs. 1 FFH-Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten ein strenges Schutzsystem für die betreffenden Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einführen
    - verboten werden müssen (a) alle absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten; (b) jede absichtliche Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten; (c) jede absichtliche Zerstörung oder Entnahme von Eiern aus der Natur; (d) jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten (beachte: insoweit ist keine Absicht erforderlich)



- beachte: von einer „absichtlichen Störung“ i.S. der Norm ist nach der *Caretta*-Entscheidung des EuGH bereits dann auszugehen, wenn Beeinträchtigungen einer geschützten Art geduldet werden; es ist daher davon auszugehen, dass die Vorhersehbarkeit der Störung ausreicht
- das unbeabsichtigte Fangen oder Töten muss gemäß Art. 12 Abs. 4 FFH-Richtlinie fortlaufend überwacht werden; anhand der gesammelten Informationen sind diejenigen weiteren Untersuchungs- oder Erhaltungsmaßnahmen einzuleiten, „die erforderlich sind, um sicherzustellen, dass der unbeabsichtigte Fang oder das unbeabsichtigte Töten keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die betreffenden Arten haben“

- 
- **These 4:** Auch im Rahmen des besonderen Gebiets- und Artenschutzes der FFH-Richtlinie können von Unionsrechts wegen Ausnahmen zu den strengen Schutzvorgaben zum Tragen kommen.
    - mit Blick auf den besonderen Gebietsschutz sind nach Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie zunächst nur solche Störungen zu vermeiden, die „sich im Hinblick auf die Ziele dieser Richtlinie erheblich auswirken könnten“
    - handelt es sich bei den betreffenden menschlichen Aktivitäten um „Pläne“ oder „Projekte“, ist eine FFH-Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen; selbst bei negativem Ausgang kann eine Aktivität aus „zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer oder wirtschaftlicher Art“ durchgeführt werden; dann sind Ausgleichsmaßnahmen zu ergreifen, um die Kohärenz des Schutzgebietsnetzes „Natura 2000“ zu gewährleisten



- beachte: die fehlende Genehmigungsfähigkeit weiterer Offshore-WEA in den bestehenden oder geplanten Schutzgebieten in der deutschen AWZ findet ihre normative Grundlage in den 2009 in Kraft getretenen Raumordnungsplänen (Festlegung von Ausschlussgebieten) und im EEG (keine Einspeisevergütung für Anlagen, deren Errichtung nach dem 31.12.2004 genehmigt wurde)
- unionsrechtlich galt (jedenfalls) bis zur Festlegung der Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung durch die Kommission in den potentiellen FFH-Gebieten lediglich ein allgemeines Umgehungsverbot (keine faktischen FFH-Gebiete)
- bzgl. der artenschutzrechtlichen Vorgaben steht die Möglichkeit, von ihnen aus zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses abzuweichen, unter dem Vorbehalt, dass „die Populationen der betroffenen Art in ihrem natürlichen Verbreitungsgebiet trotz der Ausnahmeregelung ohne Beeinträchtigung in einem günstigen Erhaltungszustand verweilen“ (Art. 16 Abs. 1 FFH-Richtlinie)

- 
- **These 5:** Im Rahmen ihrer Schutzansätze gibt die FFH-Richtlinie nicht in den Einzelheiten vor, auf welche Weise die Mitgliedstaaten die mit der Richtlinie verfolgten Ziele (z.B. das Verschlechterungsverbot des Art. 6 Abs. 2) erreichen müssen.
    - die Festlegung von Schallgrenzwerten ist unionsrechtlich derzeit nicht zwingend vorgegeben; aber: etwas anderes hat dann zu gelten, wenn sich herausstellte, dass nur auf diese (oder noch strengere) Weise Verletzungen des FFH-Regimes vermieden werden können
    - künftig wird zwecks Konkretisierung von Deskriptor 11 („Einleitung von Energie“) des Anhangs der MSRRL nach den Kriterien der EU-Kommission ein Schwellenwert für signifikante Störungen von Schweinswalen festgelegt werden müssen



- beachte aber: nach Art. 193 AEUV können die Mitgliedstaaten „verstärkte Schutzmaßnahmen“ beibehalten oder ergreifen, wenn diese im Übrigen mit dem AEUV vereinbar sind
- **These 6:** Stellt sich heraus, dass Schweinswalpopulationen durch die Festlegung des Grenzwertes von 160 dB nicht hinreichend geschützt werden und etwa aus den festgesetzten Schutzgebieten herauswandern bzw. während der Fortpflanzungs- und Aufzuchtzeiten erheblich und dauerhaft beeinträchtigt werden, sind – vorbehaltlich der unwahrscheinlichen Einschlägigkeit eines Ausnahmetatbestands – andere Maßnahmen wie saisonale Verbote von Rammarbeiten o.ä. zu erlassen.
- (P) Wie ist in diesem Zusammenhang mit Kumulativeffektiven umzugehen?



- weder Art. 6 (vgl. insbesondere Abs. 3: „oder in Zusammenwirkung mit anderen Plänen und Projekten“) noch die artenschutzrechtlichen Vorgaben des Art. 12 stellen auf die einzelne menschliche Aktivität ab; vielmehr ist ihnen eine „erfolgsbezogene“ Zielrichtung zu entnehmen
- dies spricht dafür, entsprechende Effekte zu berücksichtigen
- **These 7:** Die Orientierung am Stand der Technik, wie sie in Deutschland üblich ist, ist unionsrechtlich nicht vorgegeben.
- das Prinzip der Genehmigung von Anlagen nach dem Stand der Technik ist in Deutschland seit Jahrzehnten als Instrument der Vorsorgepolitik gegen schädliche Umweltbelastungen anerkannt („Operationalisierung“ des Vorsorgeprinzips)



- Legaldefinitionen finden sich u.a. in § 3 Abs. 6 BImSchG und § 3 Nr. 11 WHG
- der Stand der Technik wird vielfach in den sog. technischen Anleitungen (TA Lärm, TA Luft) konkretisiert
- beachte aber: auf Ebene des Unionsrechts stellt die bis zum 6.1.2013 in nationales Recht umzusetzende Industrieemissionsrichtlinie 2010/75/EU ebenso wie auf völkerrechtlicher Ebene das OSPAR-Übereinkommen (Anhang 3) auf die „best available techniques“ (BATs) und „best environmental practices“ (BEPs) ab
  - dies könnte u.U. auf einen strengeren Standard hindeuten; auch wenn beide Konzeptionen wiederum auf Konkretisierung angewiesen sind



- die einschlägige OSPAR Guidance on Environmental Considerations for Offshore Wind Farm Development ist allerdings vergleichsweise weich formuliert
- **These 8:** Die behördliche Festlegung von Grenzwerten im Wege von Verwaltungsvorschriften, denen über Genehmigungsentscheidungen Außenwirkungen zukommen, ist mit dem Unionsrecht vereinbar.
  - zwar hat der EuGH 1991 entschieden, dass die Bundesrepublik Deutschland mit der TA Luft die Vorgaben der (seinerzeit geltenden) Richtlinie 80/779/EWG über Grenzwerte und Leitwerte der Luftqualität für Schwefeldioxid und Schwebstaub nicht ordnungsgemäß umgesetzt habe



- diese Judikatur ist auf vorliegende Situation aber nicht anwendbar, da
  - (1) mit der Festlegung des Grenzwerts von 160 dB kein auf europäischer Ebene festgesetzter Grenzwert implementiert wurde
  - (2) der Grenzwert für alle seit 2008 genehmigten WEA gilt
  - (3) Rechtsschutz Einzelner gegen die Versagung einer Genehmigung oder gegen Nebenbestimmungen möglich ist

- 
- **These 9:** Von einer erheblichen Störung i.S.v. § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG (bzgl. Fortpflanzungs-, Aufzucht-, und Wanderungszeiten) ist nicht nur dann auszugehen, wenn sich der Erhaltungszustand einer lokalen Population der betreffenden Art infolge einer menschlichen Aktivität tatsächlich verschlechtert.

- zwar spricht der Wortlaut der Norm, der den Begriff der „erheblichen Störung“ definiert, zunächst für ein solchermaßen restriktives Verständnis des Störungsverbots
- die Gesetzesbegründung, der systematische Zusammenhang mit den Zielvorgaben des § 1 BNatSchG sowie das Vorsorgeprinzip des Art. 191 Abs. 2 AEUV streiten aber dafür, es hinsichtlich einer erheblichen Störung für ausreichend zu erachten, wenn die Wirkungen im Einzelfall und unter Berücksichtigung der Erhaltungssituation der betroffenen Art nachteilige Auswirkungen auf den Erhaltungszustand der lokalen Population nahe liegend erscheinen lassen



- beachte: Art. 12 Abs. 1 lit. b FFH-Richtlinie enthält, anders als die Vogelschutzrichtlinie, kein entsprechendes Erheblichkeitserfordernis
- auch Vergrämungsmaßnahmen können den Tatbestand einer Störung erfüllen