

UMWELTFORSCHUNGSPLAN DES
BUNDESMINISTERIUMS FÜR UMWELT,
NATURSCHUTZ UND REAKTORSICHERHEIT
- Umweltrecht -

Teilstudie zum Forschungsbericht 201 18 104
UBA-FB 000234



**Rechtliche Probleme der
Zulassung von
Windkraftanlagen in der
ausschließlichen
Wirtschaftszone (AWZ)**

von

Rechtsanwalt Dr. Stefan Klinski

Rechtsanwaltskanzlei Schmidt-Wottrich,
Jungnickel und Partner, Berlin

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Der Herausgeber übernimmt keine Gewähr für die Richtigkeit, die Genauigkeit und Vollständigkeit der Angaben sowie für die Beachtung privater Rechte Dritter. Die in der Studie geäußerten Ansichten und Meinungen müssen nicht mit denen des Herausgebers übereinstimmen.

Herausgeber: Umweltbundesamt
Postfach 33 00 22
14191 Berlin
Tel.: 030/8903-0
Telex: 183 756
Telefax: 030/8903 2285
Internet: <http://www.umweltbundesamt.de>

Redaktion: Fachgebiet I 2.1
Karin Fritz

Berlin, November 2001

Inhaltsverzeichnis

Aufgabenstellung	4
1 Das Instrumentarium zur Zulassung von Windkraftanlagen auf Grundlage des Seeaufgabengesetzes	9
1.1 Ausgangspunkt: Die Befugnisse aus dem Seerechtsübereinkommen	9
1.2 Das Seeaufgabengesetz	12
1.3 Die Seeanlagenverordnung	14
2 Die Anwendbarkeit anderer Rechtsvorschriften in der AWZ	17
2.1 Die Bedeutung der Fragestellung	17
2.2 Nationale Rechtsvorschriften – Erforderlichkeit einer „Erstreckungsklausel“?	18
2.3 Die Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Anwendbarkeit weiteren nationalen Rechts	23
2.3.1 Geltung der maßgebenden Richtlinien in der AWZ	24
2.3.2 Unmittelbare Anwendbarkeit der maßgebenden Richtlinien	25
2.3.2.1 Faktische Schutzgebiete im Sinne der Vogelschutz- und der FFH-Richtlinie	25
2.3.2.2 Umweltverträglichkeitsprüfung	29
2.3.3 Richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts	30
2.4 Ergebnis	32
3 Verfassungsrechtliche Tragfähigkeit des seeaufgabenrechtlichen Instrumentariums	35
3.1 Das Seeaufgabengesetz	35
3.1.1 Kompetenzrechtliche Aspekte	36
3.1.1.1 Die Gesetzgebungskompetenz	36
3.1.1.2 Die Verwaltungskompetenz	40
3.1.2 Bestimmtheitsaspekte	41
3.1.2.1 Prüfungsmaßstäbe	41
3.1.2.2 Die Aufgabenzuweisung an den Bund (§ 1 Nr. 10a SeeAufgG)	43
3.1.2.3 Die Zulassungsanforderungen im Seeaufgabengesetz	44

3.1.2.4 Die Verordnungsermächtigung (§ 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4a, Abs. 2 SeeAufgG)	47
3.2 Die Seeanlagenverordnung	49
3.2.1 Rechtsgrundlagen	49
3.2.2 Der Genehmigungstatbestand	50
3.2.2.1 Die „Insbesondere-Klausel“ des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV	51
3.2.2.2 Die Generalklausel des § 3 Satz 1 SeeAnIV	54
3.3 Ergebnis	57
4 Einzelfragen der Rechtsanwendung	59
4.1 Genehmigungen im Stufenprogramm?	59
4.2 Die Behandlung von Konkurrenzanträgen	63
4.3 Verfahrensrechtliche Anforderungen	67
4.4 Rechtsschutzfragen	70
4.4.1 Klagerechte der Vorhabenträger	70
4.4.2 Klagerechte von Naturschutzverbänden	72
4.4.3 Klagerechte von sonstigen Dritten	73
4.4.4 Einschaltung des BVerfG und des EuGH	74
5 Fazit	75

Aufgabenstellung

Die Windkraft zählt in Mittel- und Nordeuropa zu den besonders bedeutsamen erneuerbaren Energieträgern. Während die Elektrizitätserzeugung aus Windenergieanlagen an Land mittlerweile eine beachtliche – wenn auch perspektivisch noch nicht unbedingt zufrieden stellende – Größenordnung erreicht hat, blieben die Entwicklungspotenziale für die Produktion von Strom aus Windkraft im so genannten Offshore-Bereich, also für außerhalb des Festlands erzeugten Windstrom, bislang praktisch ungenutzt.

Durch die im April 2000 in Kraft getretenen Regelungen des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) hat der Gesetzgeber einen zusätzlichen Impuls für die Errichtung von Offshore-Windkraftanlagen gegeben. Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von „Offshore-Strom“ aus Windenergie können nunmehr ebenfalls (wie die Betreiber von entsprechenden Anlagen an Land) von den Netzbetreibern die Zahlung einer Mindestvergütung für den erzeugten Strom verlangen. Das macht Investitionen in diesem Bereich erstmals wirtschaftlich interessant. Dem entsprechend liegen bei der zuständigen Behörde inzwischen die ersten Anfragen zur Genehmigung vor.

Die Rechtsordnung ist auf diese Entwicklung jedoch nicht umfassend vorbereitet. Juristisch muss zwischen drei unterschiedlichen Rechtsregimen unterschieden werden: den Regelungen für die Küstengewässer (bis 12 Seemeilen Entfernung vom eigenen Festland), für die so genannte ausschließliche Wirtschaftszone (AWZ, bis 200 Seemeilen vom eigenen Festland) und für die Hohe See (außerhalb der beiden anderen Bereiche):

- Relativ klar – und vom Ansatz her lückenlos – sind lediglich die Regelungen für Anlagen in Küstengewässern ausgestaltet. Hier gelten grundsätzlich die gleichen Vorschriften wie für Anlagen an Land. Anwendbar sind daher insbesondere die (jeweils einschlägigen) Bestimmungen des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts sowie des Naturschutz-, Gewässerschutz- und Immissionsschutzrechts. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um Regelungen des Bundes- oder des Landesrechts handelt.¹
- Im Bereich der „Hohen See“, das heißt bei einer Entfernung von mehr als 200 Seemeilen vom Festland, fehlt es demgegenüber an jeglichen Hoheitsbefugnissen des einzelnen Staates. Das bestehende deutsche Recht ist folglich nicht anwendbar, die Schaffung von auf dieses Gebiet bezogenen deutschen Rechtsvorschriften ist unzulässig. Im Bereich

¹ Eingehend hierzu Hübner, Offshore-Windenergieanlagen, in: ZUR 2000, S. 137, 139 ff.; ferner Erbguth, Rechtsfragen der Planung und Genehmigung von Offshore-Windenergieanlagen, in: Koch/Lagoni, Meeresumweltschutz, 1996, S. 281, 292 ff.; Erbguth/Stollmann, Planungs- und genehmigungsrechtliche Aspekte der Aufstellung von Offshore-Windenergieanlagen, in: DVBl. 1995, S. 1270 ff.

der hohen See unterliegt die energetische Nutzung der natürlichen Ressourcen grundsätzlich keinen Beschränkungen.²

- Von besonderem wirtschaftlichen Interesse ist – wegen der günstigen Windverhältnisse einerseits, der noch relativ geringen Entfernung vom Land andererseits – die Errichtung von Windkraftanlagen innerhalb der eine Tiefe von 200 Seemeilen umfassenden „ausschließlichen Wirtschaftszone“ (AWZ). Dabei handelt es sich um ein völkerrechtlich konstruiertes Rechtsgebilde eigener Natur. Die AWZ ist nicht originärer Bestandteil des Hoheitsgebietes des Küstenstaates. Vielmehr spricht das 1994 in Deutschland in Kraft getretene Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen (SRÜ) den Staaten konstitutiv bestimmte Hoheitsrechte und -befugnisse für Gebiete zu, die an sich außerhalb des jeweils eigenen staatlichen Hoheitsgebiets liegen. Zu den durch das SRÜ den Staaten zugewiesenen Hoheitsrechten zählt unter anderem die wirtschaftliche Ausbeutung der 200-Seemeilen-Zone, und zwar auch im Hinblick auf die Energieerzeugung aus Wasser, Strömung und Wind. In Wahrnehmung und nach Maßgabe der ihr danach völkerrechtlich zugeschriebenen Kompetenzen ist es der Bundesrepublik (unter anderem) möglich, eigene Regularien für die Errichtung und den Betrieb von Windkraftanlagen in AWZ einzuführen bzw. geltendes innerstaatliches Recht auf die betreffenden Fallgestaltungen zur Anwendung zu bringen.

Die vorliegende Ausarbeitung befasst sich ausschließlich mit der Rechtslage innerhalb der ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ).

Die eigentümliche völkerrechtliche Konstruktion der ausschließlichen Wirtschaftszone birgt besondere juristische Probleme, denen in der Ausarbeitung überblicksartig, aber doch mit dem nötigen Tiefgang an den entscheidenden Problempunkten, nachgegangen werden soll. Ziel ist es, Klarheit darüber zu bringen, ob und inwieweit die bestehenden Regelungen geeignet sind, den energiepolitisch gewünschten Weg in Richtung einer verstärkten Nutzung der Windenergie auf See abzusichern und zugleich auf eine umweltverträgliche Weise auszugestalten. Hierfür ist von zentraler Bedeutung, ob es gelingt, einerseits den potenziellen Anlagenbetreibern hinreichende Rechts- und Planungssicherheit zu bieten, andererseits den Umweltschutz- und Überwachungsbehörden die erforderlichen Rechtsinstrumente in die Hand zu geben, um dem Interesse an der wirtschaftlichen Ausnutzung insoweit Grenzen setzen zu können, als Beeinträchtigungen des Naturhaushalts unterbunden werden, die sich in der Abwägung mit den energiepolitischen Zielen als gewichtiger erweisen. Das kann namentlich im Hinblick auf den Schutz bedrohter Arten von Bedeutung sein.

² Vgl. Jenisch, Offshore-Windenergieanlagen im Seerecht, in: NuR 1997, S. 373, 380 f.

Ausgangspunkt der Betrachtung sind die Regelungen der auf Grundlage des Seeaufgabengesetzes (SeeAufgG) erlassenen Seeanlagenverordnung (SeeAnIV). Danach bedarf die Errichtung und der Betrieb von Anlagen im Bereich der AWZ einer Genehmigung durch das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie. Der Antrag auf Genehmigung darf (nur) unter bestimmten Voraussetzungen versagt werden. Zu den Voraussetzungen zählt unter anderem, dass eine Verschmutzung der Meeresumwelt im Sinne von Artikel 1 Abs. 1 Nr. 4 des Seerechtsübereinkommens nicht zu besorgen ist.

Da die maßgebenden Bestimmungen der Seeanlagenverordnung und des Seeaufgabengesetzes keinen ausdrücklichen Bezug zu den verschiedenen umweltrechtlichen Fachgesetzen (etwa zum Immissionsschutz, zum Natur- und Artenschutz oder zur Umweltverträglichkeitsprüfung) herstellen, fragt sich, inwieweit diese Gesetze oder ihre materiellen Anforderungen zusätzlich zum Genehmigungstatbestand der Seeanlagenverordnung anzuwenden sind bzw. in diesen hinein wirken. Davon hängt insbesondere ab, ob es den (Küsten-) Ländern gestattet ist, Teile der AWZ gebietsbezogen unter Naturschutz zu stellen und damit die Errichtung von Windkraftanlagen über die Anforderungen der Seeanlagenverordnung hinaus zu reglementieren.

Ähnlich liegt die Problematik bei den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts, insbesondere zur Umweltverträglichkeitsprüfung sowie zum Natur- und Artenschutz. Auch insoweit enthalten sich die Bestimmungen der Seeanlagenverordnung und des Seeaufgabengesetzes einer speziellen Aussage. Das muss aber nicht heißen, dass die betreffenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungen in der AWZ keine Gültigkeit beanspruchen können. Da sich im europäischen Gemeinschaftsrecht mittlerweile die Rechtsfigur des „faktischen Schutzgebiets“ verbreitet hat, könnte es sein, dass die betreffenden Schutzregelungen selbst dort gelten, wo es an staatlichen Umsetzungsakten in Form von Schutzgebietsanordnungen fehlt.

Im Zusammenhang mit den Bestimmungen der Seeanlagenverordnung und des Seeaufgabengesetzes stellen sich aber auch weitergehende Fragen der Verfassungskonformität, und zwar einerseits in kompetenzrechtlicher, andererseits in materiellrechtlicher Hinsicht. Das Seeaufgabengesetz weist dem Bund die Regelungskompetenz hinsichtlich der Prüfung, Zulassung und Überwachung von Anlagen in AWZ „auf dem Gebiet der Seeschifffahrt“ zu (§ 1 Abs. 1 SeeAufgG). Um die Seeschifffahrt geht es hier jedoch nicht. Deshalb ist klärungsbedürftig, ob dem Bund die Kompetenz für eine umfassende Regelung über die Errichtung und den Betrieb von Offshore-Windkraftanlagen in der AWZ überhaupt zustand (zusteht). Außerdem bleibt inhaltlich recht undeutlich, welchen konkreten Prüfungsmaßstab der Genehmigungstatbestand von § 3 der Seeanlagenverordnung und die hinter ihm stehenden Regelungen des Seeaufgabengesetzes hinsichtlich des Schutzes der Meeresumwelt eigentlich ent-

halten. Von daher bedarf es einer Prüfung dieser Bestimmungen unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit.

Bislang ist auf Grundlage des seeaufgabenrechtlichen Instrumentariums noch keine Zulassungsentscheidung getroffen worden. Dem zuständigen Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrogeographie liegen mittlerweile die ersten Anfragen und Anträge zur Genehmigung vor. Im Vorfeld der Genehmigungserteilung zeigen sich einige weitere gravierende Auslegungs- und Praktikabilitätsprobleme, so hinsichtlich der Beschränkbarkeit der Anlagengröße, des Umgangs mit konkurrierenden Anträgen, des Verfahrensablaufes und des Rechtsschutzes. Die vorliegende Ausarbeitung widmet sich diesen Themen in einem eigenständigen Kapitel.

Die kurze Skizze der bestehenden rechtlichen Probleme lässt bereits deutlich werden, dass gewisse Zweifel daran bestehen, ob auf Grundlage des geltenden Rechts eine hinreichende Rechts- und Planungssicherheit für die möglichen Anlagenbetreiber erreicht werden kann. Das erscheint unbefriedigend, weil es einen Teil der potenziellen Investoren davon abhalten könnte, sich in dem an sich energiepolitisch gewünschten Maße zu engagieren. Im ungünstigsten Falle könnte es die energiepolitischen Ziele der Bundesregierung in diesem Bereich praktisch durchkreuzen. Aber auch aus der Sicht des allgemeinen Umwelt- und Naturschutzes lassen sich gewichtige Bedenken gegen einen schlichten Fortbestand der derzeitigen Rechtslage formulieren. Namentlich das Fehlen gebietsbezogener Schutzregelungen für bestimmte Naturräume könnte bewirken, dass Windkraftprojekte ausgerechnet in besonders empfindlichen Regionen realisiert werden. Das wiederum könnte der Öko-Bilanz der betreffenden Anlagen und in der Folge auch dem umweltpolitischen Image der Offshore-Anlagen insgesamt schwerwiegenden Schaden zufügen.

Hingewiesen sei vorab bereits darauf, dass die Ausarbeitung von der Zielrichtung her in erster Linie als Risikobetrachtung zu verstehen ist. Sie beansprucht nicht und kann es nicht leisten, für *alle* einzelnen Rechtsfragen jeweils abschließende („richtige“) Antworten zu geben, sondern den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, die vorhandenen Auslegungsmöglichkeiten und rechtlichen Unsicherheiten selbst einschätzen zu können, insbesondere um in der Konsequenz feststellen zu können, ob und inwiefern es einen Bedarf an legislativen Maßnahmen gibt.

Der Umstand, dass einige Problemkreise in der Rechtsprechung bislang noch keine Rolle gespielt und in der Rechtsliteratur noch nicht oder nur ansatzweise erörtert worden sind, gebietet es, in der abschließenden Beurteilung der betreffenden Problempunkte eine gewisse Zurückhaltung zu wahren. Wo dem Autor die Auslegung der betrachteten Vorschriften indessen hinreichend eindeutig erscheint, soll es an der gebotenen Klarheit nicht fehlen.

Redaktionelle Anmerkungen des Autors vom 16. Oktober 2001:

1. Die folgende Ausarbeitung beruht auf dem Gesetzgebungsstand vom 31. Juli 2001. Das im August 2001 im Bundesgesetzblatt verkündete **Gesetz über die Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz**³ (sog. Artikelgesetz) konnte im Text nicht mehr berücksichtigt werden. Die hier besprochene Rechtslage hat sich der Sache nach hierdurch jedoch nicht geändert.
2. Ebenfalls unberücksichtigt geblieben sind die Bestrebungen für eine umfassende **Novellierung des Bundesnaturschutzgesetzes**, zu der ein Gesetzentwurf⁴ vorliegt, der sich zum Zeitpunkt der Druckfertigung noch im Gesetzgebungsverfahren befindet und für den sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht genau abschätzen lässt, welche für die AWZ relevanten Aussagen das BNatSchG künftig enthalten wird. Die Überlegungen dieser Expertise dienten unter anderem als Diskussionsmaterial für das betreffende Gesetzgebungsverfahren.

³ BGBl. I S. 1950 v. 2. August 2001.

⁴ Entwurf für ein Gesetz zur Neuregelung des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchGNeuregG), BT-Drs. 14/6378.

1 Das Instrumentarium zur Zulassung von Windkraftanlagen auf Grundlage des Seeaufgabengesetzes

1.1 Ausgangspunkt: Die Befugnisse aus dem Seerechtsübereinkommen

Die Rechtsverhältnisse innerhalb der ausschließlichen Wirtschaftszone sind erst seit dem im Jahr 1994 erfolgten Inkrafttreten des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982⁵ (sog. UN-Seerechtsübereinkommen – SRÜ -)⁶ völkerrechtlich verbindlich geregelt.

Der Begriff „ausschließliche Wirtschaftszone“ (AWZ) bezeichnet ein von dem jeweiligen Staat zu proklamierendes Gebiet jenseits des Küstenmeers, dessen Breite sich bis zu 200 Seemeilen von den Basislinien des Küstenmeers erstrecken darf (vgl. Art. 55, 57 SRÜ). Die Bundesrepublik hat die Deutschland zugeordneten AWZ in der Nord- und Ostsee 1994 proklamiert.⁷ Vom Festland wird die AWZ durch das „Küstenmeer“ getrennt, das sich seinerseits bis zu einer Grenze von 12 Seemeilen Entfernung von der Küstenlinie ausdehnt. Das Küstenmeer gilt als Bestandteil des eigenen Staatsgebiets. Der Küstenstaat genießt dort – aus eigener Souveränität – die uneingeschränkte Gebietshoheit.

Die AWZ ist demgegenüber nicht Teil des Staatsgebiets des jeweiligen Küstenstaats. Die Küstenstaaten können eigene Rechte und Befugnisse in der AWZ nicht aus ihrer (souveränen) Gebietshoheit ableiten. Die Wahrnehmung eigener Rechte und Befugnisse ist ihnen vielmehr nur möglich, soweit ihnen das Völkerrecht – in Gestalt des SRÜ – solche zuspricht. Praktisch können die den Staaten zugewiesenen Rechte und Befugnisse denjenigen innerhalb des eigentlichen Staatsgebietes zwar nahekommen. Von der Konstruktion her handelt es sich aber um durch spezielles Völkerrecht begründete Hoheitsrechte und Befugnisse eigener Art.⁸ In der völkerrechtlichen Literatur wird versucht, sich der durch das SRÜ konstruierten Sonderform des Hoheitsstatus‘ für die AWZ mit Begriffen wie der „Funktionshoheit“ des Küstenstaat anzunähern.⁹

Die den Küstenstaaten in den AWZ zustehenden Rechte und Befugnisse beschreibt Art. 56 Abs. 1 SRÜ wie folgt (Hervorhebungen des Autors):

⁵ In das deutsche Recht übernommen durch das Gesetz zu dem Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen vom 10. Dezember 1982 (Vertragsgesetz Seerechtsübereinkommen) vom 2. September 1994, BGBl. II S. 1798.

⁶ Der englische Titel lautet „United Nations Convention on the Law of the Sea“ (UNCLOS).

⁷ BGBl. II 1994 S. 3769.

⁸ Vgl. zum Ganzen Ipsen, Völkerrecht, § 53 Rdnr. 12 ff.; Vitzthum, in: ders.: Völkerrecht, 2. Aufl. 2001, § 5 Rdnr. 7 ff., 51 ff.

⁹ Vgl. Vitzthum, in: ders.: Völkerrecht, 2. Aufl. 2001, § 5 Rdnr. 10.

„In der ausschließlichen Wirtschaftszone hat der Küstenstaat

- a) souveräne Rechte zum Zweck der Erforschung und Ausbeutung, Erhaltung und Bewirtschaftung der lebenden und nichtlebenden natürlichen Ressourcen der Gewässer über dem Meeresboden, des Meeresbodens und seines Untergrunds sowie hinsichtlich anderer Tätigkeiten zur wirtschaftlichen Erforschung und Ausbeutung der Zone wie der Energieerzeugung aus Wasser, Strömung und Wind;
- b) Hoheitsbefugnisse, wie in den diesbezüglichen Bestimmungen dieses Übereinkommens vorgesehen, in bezug auf
 - i) die Errichtung und Nutzung von künstlichen Inseln, von Anlagen und Bauwerken;
 - ii) die wissenschaftliche Meeresforschung
 - iii) den Schutz und die Bewahrung der Meeresumwelt;
- c) andere in diesem Übereinkommen vorgesehene Rechte und Pflichten.“

Der Unterscheidung zwischen „souveränen Rechten“ (Unterabsatz a)) und „Hoheitsbefugnissen“ (Unterabsatz b)) liegt zugrunde, dass dem Küstenstaat in dem ersten Fall seinem *eigenen Nutzen* dienende Rechte zugesprochen werden sollen, während es im zweiten Fall darum geht, ihm die Möglichkeit einzuräumen, in eigener Verantwortung *allgemeingültige Regelungen* für bestimmte Einrichtungen, Tätigkeiten und Problemstellungen zu schaffen.¹⁰ Die „Hoheitsbefugnisse“ (zweite Variante) stehen unter der nach Maßgabe konkretisierender Bestimmungen des SRÜ, während die souveränen Rechte von näheren Konkretisierungen in dem Übereinkommen nicht abhängen; im Übrigen sind die Hoheitsbefugnisse aber nicht von geringerer Qualität.¹¹

Windkraftanlagen unterfallen ohne Zweifel der Regelung über *künstliche Inseln, Anlagen und Bauwerke* (Art. 56 Abs. 1 b) lit. i) SRÜ).¹² Soweit es dem Küstenstaat nicht darum geht, selbst als (ausschließlicher) wirtschaftlicher Nutzer der AWZ aufzutreten, sondern lediglich darum, die Zulässigkeit von Windkraftanlagen in der AWZ zu regeln, ist folglich Art. 56 Abs. 1 b) lit. i) SRÜ die einschlägige Rechtsgrundlage für die Schaffung innerstaatlichen Rechts. Soweit es dem Staat darum geht, Bestimmungen zum Schutz und zur Bewahrung der Meeresumwelt in der AWZ zu schaffen, kann er sich auf Art. 56 Abs. 1 b) lit. iii) SRÜ stützen.

Beide Bestimmungen erfahren im Rahmen des SRÜ Konkretisierungen. So heißt es in Art. 60 SRÜ zu den Befugnissen hinsichtlich künstlichen Inseln, Anlagen und Bauwerken:

„(1) In der ausschließlichen Wirtschaftszone hat der Küstenstaat das ausschließliche Recht zur Errichtung sowie zur Genehmigung und Regelung der Errichtung, des Betriebes und der Nutzung von

¹⁰ Undeutlich insoweit Jarass, Schutzgebiete in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (Rechtsgutachten), 2001, S. 18.

¹¹ Insoweit überzeugend Jarass, Schutzgebiete, S. 18.

¹² So auch Fouquet, Europa- und bundesrechtliche Auswirkungen für Offshore-Windenergieanlagen in der AWZ (Gutachtenmanuskript, 2.2); vgl. auch Jarass, Schutzgebiete, S. 18 ff.

- a) künstlichen Inseln,
 - b) Anlagen und Bauwerken für die in Art. 56 vorgesehenen und für andere wirtschaftliche Zwecke,
 - c) Anlagen und Bauwerken, welche die Ausübung der Rechte des Küstenstaaten in der Zone beeinträchtigen können.
- (2) Der Küstenstaat hat über künstliche Inseln, Anlagen und Bauwerke ausschließliche Hoheitsbefugnisse, einschließlich derjenigen in bezug auf Zoll- und sonstige Finanzgesetze, Gesundheits-, Sicherheits- und Einreisegesetze und diesbezügliche sonstige Vorschriften.
- (...)“

In Teil XII (Art. 192 ff.) enthält das Seerechtabüereinkommen nähere Bestimmungen über den Schutz und die Bewahrung der Meeresumwelt. Für die hier interessierenden Arten der Umweltnutzung durch *künstliche Inseln, Anlagen und Bauwerke* (sowie durch Tätigkeiten auf dem Meeresboden) in AWZ bestimmt Art. 208 SRÜ:

- „(1) Die Küstenstaaten erlassen Gesetze und sonstige Vorschriften zur Verhütung, Verringerung und Überwachung der Verschmutzung der Meeresumwelt, die sich aus oder im Zusammenhang mit unter ihre Hoheitsbefugnisse fallenden Tätigkeiten auf dem Meeresboden ergibt oder von künstlichen Inseln, Anlagen und Bauwerken herührt, die aufgrund der Artikel 60 und 80 unter ihre Hoheitsbefugnisse fallen.
 - (2) Die Staaten ergreifen andere Maßnahmen, die zur Verhütung, Verringerung und Überwachung einer solchen Verschmutzung notwendig sein können.
 - (3) Diese Gesetze, sonstigen Vorschriften und Maßnahmen dürfen nicht weniger wirkungsvoll sein als die internationalen Regeln, Normen und empfohlenen Gebräuche und Verfahren.
- (...)“

Der Begriff der „Verschmutzung der Meeresumwelt“ wird von Art. 1 Abs. 1 SRÜ wie folgt definiert:

„Im Sinne dieses Übereinkommens (...)

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

Demnach steht dem Küstenstaat innerhalb der proklamierten ausschließlichen Wirtschaftszone auf Basis des Art. 208 SRÜ die (alleinige) Befugnis zu, die Errichtung, den Betrieb und die Nutzung von künstlichen Inseln, Anlagen und Bauwerken umfassend zu reglementieren.

Erfasst sind insoweit auch (aber keineswegs nur) Windenergieanlagen.¹³ Der Sache nach können solche Reglementierungen insbesondere dem Meeresumweltschutz dienen, also – wie der relativ weite Verschmutzungsbegriff des Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ verdeutlicht – auch den Schutz der Tier- und Pflanzenwelt im Blick haben.

Darüber, welche Art der Regelung der Staat hierzu erlässt, machen die Vorschriften des SRÜ keine Angaben. Folglich können die auf Grundlage des Art. 208 SRÜ zulässigen Vorschriften auch flächen- oder gebietsbezogenen Charakter haben oder entsprechen differenzierte Regelungen enthalten. Inhaltlich können diese ohne weiteres an ökosystemaren Zielrichtungen ausgerichtet sein, wie die Einbeziehung der Tier- und Pflanzenwelt in den Katalog der von Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ erfassten Schutzgüter klarstellt. Beachtet werden müssen insoweit lediglich die an anderen Stellen im SRÜ ausgesprochenen Sonderregelungen und Privilegierungen für bestimmte Nutzungsarten und Einflüsse (vgl. die speziellen Regelungen des SRÜ für den Fischfang – Art. 61 ff. –, für Rohrleitungen und Kabel – Art. 56 Abs. 3, Art. 79 –, für die Schifffahrt – Art. 211, Art. 217-221 –, für den Luftverkehr – Art. 212 – und für das Einbringen von Stoffen – Art. 210, 216 –).

Eine andere Frage ist, ob auch *allgemeine* flächen- oder gebietsbezogene Schutzregelungen der Küstenstaaten zulässig sind, deren Wirkungsbereich sich also über die von Art. 208 SRÜ erfassten Nutzungstypen (künstliche Inseln, Anlagen und Bauwerke sowie Tätigkeiten auf dem Meeresboden) hinaus erstreckt. Über *diese* Frage – und nicht über die Möglichkeit gebietsbezogener Naturschutzbestimmungen für *Anlagen* in AWZ – bestehen noch gewisse Unsicherheiten.¹⁴ Die Unsicherheiten werden jedoch durch die eingehende Untersuchung von *Jarass*¹⁵ weitgehend ausgeräumt. *Jarass* legt aus hiesiger Sicht überzeugend dar, dass das SRÜ zwar auch für gebietsbezogene Naturschutzregelungen die Respektierung der in dem Übereinkommen für bestimmte Arten der Meeresnutzung verankerten Sonderregelungen¹⁶ verlangt, aber keine generelle Sperre für gebietsbezogene Naturschutzregelungen von ökosystemarem Gehalts ausspricht.¹⁷

1.2 Das Seeaufgabengesetz

Der deutsche Gesetzgeber hat die ihm mit dem SRÜ eingeräumten Befugnisse in der AWZ durch das Ausführungsgesetz zum Seerechtsübereinkommen vom 6. Juni 1995 in innerstaatliches Recht überführt.¹⁸ Im Zuge des betreffenden Artikelgesetzes unterzog der

¹³ Vgl. Jenisch, NuR 1997, S. 373, 374.

¹⁴ Czybulka geht so weit, auf Grundlage der Art. 192, 194 SRÜ generelle ökosystemarische Festlegungen für zulässig und geboten zu erachten (vgl. NuR 1999, S. 563 f.).

¹⁵ Jarass, Schutzgebiete in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (Rechtsgutachten), 2001.

¹⁶ Siehe das Klammerzitat am Ende des vorangehenden Absatzes.

¹⁷ Vgl. Jarass, Schutzgebiete, S. 28 ff.

staatliches Recht überführt.¹⁸ Im Zuge des betreffenden Artikelgesetzes unterzog der Bundesgesetzgeber eine ganze Anzahl bestehender Rechtsvorschriften substanziellen Änderungen, unter anderem das Seeaufgabengesetz (SeeAufgG)¹⁹, das Bundesberggesetz (BBergG)²⁰ und das Bundeswasserstraßengesetz (WaStrG)²¹. Neu geschaffen wurde das Meeresbodenbergbaugesetz (MBergG).²²

Das SRÜ-Ausführungsgesetz unterstellte den Regelungsbereich der Zulassung und Überwachung von künstlichen Inseln, Anlagen und Bauwerken in der AWZ als solchen dem Reglementarium des Seeaufgabengesetzes. Es erreichte diese Zuordnung durch (nur) zwei wesentliche Änderungen in diesem Gesetz:

- In § 1 SeeAufgG wurde dem Katalog der Bundesaufgaben eine weitere Aufgabe zugefügt. Unter Berücksichtigung der Eingangsformel lautete die neu eingefügte Nr. 10a des Aufgabenkatalogs wie folgt:

„Dem Bund obliegt auf dem Gebiet der Seeschifffahrt

(...)

- 10a. unbeschadet der Vorschriften des Bundesberggesetzes die Prüfung, Zulassung und Überwachung der Anlagen, einschließlich Bauwerken und künstlicher Inseln, seewärts der Begrenzung des Küstenmeeres auf ihre Eignung im Hinblick auf den Verkehr und die Abwehr von Gefahren für die Meeresumwelt“.

Die Zuständigkeit für die Erledigung der Aufgaben des § 1 Nr. 10a fiel damit automatisch dem in der Funktion einer Bundesoberbehörde tätigen Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) zu (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 4 SeeAufgG).

- In § 9 SeeAufgG wurde die Ermächtigung des Bundesministeriums für Verkehr zum Erlass von untergesetzlichen Regelungen erweitert. Nach der Eingangsformel, die das BMV ermächtigt, „zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Seeverkehrs (...) Rechtsverordnungen zu erlassen über (...)“ wurde folgende Bestimmung eingefügt:

„4a. die Prüfung, Zulassung und Überwachung im Sinne des § 1 Nr. 10a.“

¹⁸ Gesetz zur Ausführung des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen (Ausführungsgesetz Seerechtsübereinkommen) vom 8.6.1995, BGBl. I S. 778.

¹⁹ Gesetz über die Aufgaben des Bundes auf dem Gebiet der Seeschifffahrt (Seeaufgabengesetz – SeeAufgG) v. 27. September 1994 (BGBl. I S. 2802), geänd. d. Art. 1 SRÜ-AusführungsgG, BGBl. I S. 778. Das SeeAufgG wurde mittlerweile nach erneuten Änderungen neu bekannt gemacht in BGBl. I 1998 S. 2986; die hier maßgebenden Regelungen blieben unverändert.

²⁰ Vgl. Art. 8 SRÜ-AusführungsgG.

²¹ Vgl. Art. 4 SRÜ-AusführungsgG.

²² Vgl. Art. 9 SRÜ-AusführungsgG.

Die Festlegung von Einzelheiten der Zulassung von Anlagen in der AWZ wurde damit sowohl in materieller als auch in formeller Hinsicht auf das BMV delegiert. Diese Aufgabe füllt seit 1997 die Seeanlagenverordnung (SeeAnIV)²³ aus.

Indem die Klausel des § 1 Nr. 10a SeeAufgG durch die Worte „... unbeschadet der Vorschriften des Bundesberggesetzes ...“ eingekleidet wird, stellt sie klar, dass im Rahmen der Prüfung, Zulassung und Überwachung der Anlagen in der AWZ neben dem Seeaufgabengesetz noch die Vorschriften des Bergrechts zur Anwendung kommen (können), sofern jene einschlägige Regelungen enthalten.

Das ist bei Windkraftanlagen als solchen nicht der Fall. Allerdings müssen Windenergieanlagen über Zu- und Ableitungen für die benötigte bzw. erzeugte elektrische Energie verfügen. Die hierfür erforderlichen Unterwasserkabel bedürfen nach der durch das SRÜ-Ausführungsgesetz eingefügten Änderung des § 133 IV BBergG einer bergrechtlichen Genehmigung²⁴ (durch das Oberbergamt²⁵). Das soll indessen nur für das Ableitungskabel gelten, weil das der Eigenversorgung dienende Zuleitungskabel nach verbreiteter Auffassung in der Rechtsliteratur als Zubehör zu betrachten sein soll, das von der Anlagengenehmigung bereits umfasst würde.²⁶

1.3 Die Seeanlagenverordnung

Die am 1. Februar 1997 in Kraft getretene Seeanlagenverordnung unterwirft die Errichtung, den Betrieb und die wesentliche Änderung von Anlagen im Bereich der AWZ einer Genehmigungspflicht (§ 2 SeeAnIV):

„Die Errichtung, der Betrieb und die wesentliche Änderung der Anlagen oder ihres Betriebs bedarf einer Genehmigung durch das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (...). Die Genehmigungspflicht dient der Abwehr von Gefahren für die Sicherheit und die Leichtigkeit des Verkehrs und für die Meeresumwelt. Sie ersetzt nicht die nach anderen Rechtsvorschriften erforderlichen Verwaltungsakte.“

Dabei wird der Begriff Anlagen so umschrieben, dass bergrechtliche Anlagen sowie Schiffe und Fischereigerät nicht unter den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, so dass die Verordnung derzeit fast ausschließlich für Anlagen der Energieerzeugung bedeutsam ist.²⁷

§ 1 Abs. 2 SeeAnIV definiert den Anlagenbegriff mit folgenden Wortlaut:

²³ Verordnung über Anlagen seewärts der Begrenzung des deutschen Küstenmeeres (Seeanlagenverordnung – SeeAnIV) v. 23. Januar 1997, BGBl. I S. 57.

²⁴ Vgl. Erbguth, in: Koch/Lagoni, Meeresumweltschutz, S. 273, 287 f.

²⁵ Vgl. § 136 BBergG.

²⁶ Vgl. Jenisch, NuR 1997, S. 373, 377; Erbguth, in: Koch/Lagoni, Meeresumweltschutz, S. 273, 288.

²⁷ Vgl. Jenisch, NuR 1997, S. 373, 376.

„Anlagen im Sinne dieser Verordnung sind alle festen oder schwimmend befestigten baulichen oder technischen Einrichtungen, einschließlich Bauwerke und künstliche Inseln, die

1. der Energieerzeugung aus Wasser, Strömung und Wind oder
2. anderen wirtschaftlichen Zwecken

dienen. Keine Anlagen (...) sind Schiffe, Schiffsfahrtszeichen, Anlagen des Bergwesens, überwachungsbedürftige Anlagen im Sinne des § 2 Abs. 2 a des Gerätesicherheitsgesetzes, passives Fanggerät der Fischerei sowie Anlagen zur wissenschaftlichen Meeresforschung.“

Die Genehmigung entfaltet, wie § 2 Satz 3 SeeAnIV verdeutlicht, keine Konzentrationswirkung. Soweit andere Verwaltungsakte nach anderweitigen Rechtsvorschriften erforderlich sind, müssen diese neben der Seeanlagengenehmigung eingeholt werden. Das betrifft nach einhelliger Auffassung in der Rechtsliteratur praktisch lediglich die gegebenenfalls für Unterwasserkabel einzuholende bergrechtliche Genehmigung.²⁸

Die materiellen Voraussetzungen für die Genehmigung werden in § 3 SeeAnIV beschrieben. Die Vorschrift bezeichnet abschließend, aus welchen Gründen die Genehmigung versagt werden darf. Die Versagung aus anderen als den ausdrücklich genannten Gründen ist nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht zulässig. Die Genehmigung trägt damit den Charakter einer gebundenen Entscheidung.²⁹ Der zuständigen Behörde verbleibt daher kein Ermessensspielraum. Die Bestimmung des § 3 SeeAnIV hat folgenden Wortlaut:

„Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs beeinträchtigt oder die Meeresumwelt gefährdet wird, ohne dass dies durch eine Befristung, durch Bedingungen oder Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann. Ein Versagungsgrund liegt insbesondere vor, wenn

1. der Betrieb oder die Wirkung von Schiffsfahrtsanlagen und -zeichen,
2. die Benutzung der Schiffsfahrtswege oder des Luftraumes oder die Schiffsfahrt beeinträchtigt würden oder
3. eine Verschmutzung der Meeresumwelt im Sinne des Artikels 1 Abs. 1 Nr. 4 des Seerechtsübereinkommens (...) zu besorgen ist.

Die Genehmigung darf nicht versagt werden, wenn keine Versagungsgründe im Sinne des Satzes 1 vorliegen.“

Um sicherzustellen, dass die Genehmigung die ihr in § 2 SeeAnIV gegebenen Zwecke erfüllen kann, können in der Genehmigung zur Verhütung vor und zum Ausgleich von Beeinträchtigungen Befristungen bzw. und inhaltliche Vorgaben vorgeschrieben werden, insbesondere „bestimmte technische Standards“ (vgl. § 4 Abs. 1 und 2 SeeAnIV). Welcher Maßstab insofern gilt, lässt sich indirekt aus § 5 Abs. 2 der Verordnung herleiten. Danach hat der An-

²⁸ Vgl. Jenisch, NuR 1997, S. 377; Erbguth, in: Koch/Lagoni, Meeresumweltschutz, S. 281, 287 f.

²⁹ Ausdrücklich auch Erbguth, in: Koch/Lagoni, Meeresumweltschutz, S. 281, 286.

tragsteller auf bestimmte Weise darzulegen, dass die Anlage den „allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht“. Damit liegt der geforderte technische Standard unterhalb des im Immissionsschutzrecht für die Verminderung von Emissionen üblichen Niveaus des „Standes der Technik“.

Eine nähere Konkretisierung des Schutzmaßstabes im Hinblick auf die Besorgnis der Meeresverschmutzung erfolgt in der Verordnung nicht.

Im Übrigen ist das Genehmigungsverfahren der Seeanlagenverordnung relativ einfach strukturiert.³⁰ Die Genehmigungsbehörde ist gemäß § 5 Abs. 3 SeeAnIV verpflichtet, bei der Genehmigung die Stellungnahmen der Behörden und sonstigen Stellen zu berücksichtigen, deren Aufgabenbereich durch das Vorhaben berührt wird. Vor der Erteilung hat die Genehmigungsbehörde die Zustimmung der örtlich zuständigen Wasser- und Schifffahrtsdirektionen einzuholen (§ 6 SeeAnIV).

Abgesehen hiervon enthält die Verordnung keine weiteren Vorgaben über die Beteiligung anderer Behörden. Eine Öffentlichkeitsbeteiligung ist nicht vorgesehen. Von einer Umweltverträglichkeitsprüfung ist nicht die Rede. Das Verhältnis zu etwaigen naturschutzrechtlichen Bestimmungen wird nicht ausdrücklich beschrieben.

³⁰ Eingehend zum Genehmigungsverfahren Jenisch, NuR 1997, S. 373, 376 f.

2 Die Anwendbarkeit anderer Rechtsvorschriften in der AWZ

2.1 Die Bedeutung der Fragestellung

Der Genehmigungstatbestand des § 3 SeeAnIV bleibt hinsichtlich des dort formulierten Kriteriums der Gefährdung der „Meeresumwelt“ (vgl. Satz 1) bzw. der Besorgnis der „Verschmutzung der Meeresumwelt“ (vgl. Satz 2 Nr. 3) relativ undeutlich.

In Satz 2 Nr. 3 nimmt die Vorschrift zwar den Begriff „Verschmutzung der Meeresumwelt“ des Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ in Bezug, unterlässt es aber, diesen näher zu spezifizieren. Das kann aus juristischer Sicht nicht befriedigen, da Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ den Begriff seinerseits so umfassend umschreibt, dass aus ihm kein praktikabler Bewertungsmaßstab hergeleitet werden kann. Ob die Vorschrift des § 3 SeeAnIV in Anbetracht dessen überhaupt als hinreichend bestimmt angesehen werden kann, wird noch zu prüfen sein.³¹

Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob neben dem Genehmigungstatbestand des § 3 SeeAnIV auch noch andere Vorschriften des Umwelt- und Naturschutzes Anwendung finden können, bzw. ob die Genehmigungsbehörden an solche anderen Rechtsvorschriften gebunden sind. Angesichts des Fehlens näherer Konkretisierungen für die in § 3 SeeAnIV hinsichtlich des Meeresumweltschutzes benutzten Begriffe können andere Vorschriften des Umwelt- und Naturschutzes aus ökologischer Sicht besondere Bedeutung erlangen. Das gilt grundsätzlich für alle der Sache nach in Betracht kommenden Rechtsbereiche, insbesondere jedoch für die rechtlichen Vorgaben des Natur- und Artenschutzes sowie für die Umweltverträglichkeitsprüfung:

- Da die (wohl) bedeutsamste unter den denkbaren Gefahren für die Meeresumwelt durch die Errichtung und den Betrieb von Anlagen in AWZ darin liegt, dass Lebensräume bedrohter Arten beeinträchtigt werden könnten, sind es gerade die Gebote des gebietsbezogenen Natur- und Artenschutzes, von deren Einhaltung die Vertretbarkeit eines konkreten Projekts in der AWZ abhängen kann.
- Die Umweltverträglichkeitsprüfung beschreibt zwar keinen materiellen Zulässigkeitsmaßstab. Da sie als verfahrensrechtliche Anforderung innerhalb vorhabenbezogener Zulassungsverfahren ausgestaltet ist, könnte die Verpflichtung zur Durchführung einer UVP jedoch den Ablauf des Genehmigungsverfahrens wesentlich beeinflussen. Insoweit ist insbesondere zu beachten, dass die UVP unter Beteiligung der Öffentlichkeit stattzufinden hat.

³¹ Siehe unten, 3.2.2.

Daneben könnten theoretisch auch die Vorschriften des Immissionsschutzrechts und des Wasserrechts eine Rolle spielen.

Die Frage, ob und inwieweit die sonstigen Vorschriften des Umwelt- und Naturschutzes, die mittlerweile weitenteils europarechtlich determiniert sind, im Bereich der AWZ anwendbar sind, wird in der (spärlichen) Rechtsliteratur und von verschiedenen Stellen in einzelnen Bundesministerien uneinheitlich beantwortet. Die deutsche Rechtsprechung hat hierzu – was in Ermangelung konkreter Streitfälle nicht verwunderlich ist – noch nicht Stellung genommen. Hinsichtlich der Anwendbarkeit europäischer Rechtsvorgaben lassen sich aus der Praxis der EU-Kommission und der Rechtsprechung des EuGH allerdings gewisse Folgerungen ziehen. Außerdem liegt ein kürzlich hierzu ergangenes Urteil des britischen High Court vor, das ebenfalls eine deutliche Tendenz erkennen lässt.

Zur Klärung, ob und inwieweit die nationalen Umweltschutzgesetze in der AWZ Anwendung finden (können), ist vom logischen Ansatz her zwischen nationalrechtlichen Regelungen einerseits und den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben andererseits zu unterscheiden. Es ist jedoch zu bedenken, dass das nationale Instrumentarium des Umwelt- und Naturschutzes in weiten Teilen gemeinschaftsrechtlich determiniert ist, so dass sich ein abschließendes Ergebnis auch für die Anwendbarkeit nationalen Rechts nur unter Würdigung der europarechtlichen Bezüge finden lässt.

2.2 Nationale Rechtsvorschriften – Erforderlichkeit einer „Erstreckungsklausel“?

Unter den mit dem Thema befassten Bundesbehörden ist die Auffassung verbreitet, dass es für die Anwendbarkeit deutscher Rechtsvorschriften in der AWZ einer „Erstreckungsklausel“ bedürfe, also einer Vorschrift, die das jeweilige Gesetz ausdrücklich (oder ihrem Sinn und Zweck nach) für in der AWZ (bzw. seewärts des Küstenmeeres) anwendbar erklärt.³² Diese Position wird in der Rechtsliteratur – ohne nähere Begründung – von *Jenisch*³³ vorgetragen und von *Erbguth*³⁴ geteilt.

Sollte diese Auffassung zutreffen, so wären die verschiedenen innerstaatlichen Gesetze des Umwelt- und Naturschutzes in der AWZ ohne Ausnahme unanwendbar, weil sie sämtlich keine Erstreckungsregelungen dieser Art enthalten. Abgesehen vom Wasserhaushaltsgesetz (WHG) – welches ohnehin keine Anwendung finden kann, weil es hinsichtlich seines seewär-

³² Vgl. BMJ, E 1 – 9301, Schr. an BMU v. 8. September 1999; BMU, G II 1 (L), Vermerk v. 18. August 2000.

³³ Jenisch spricht einschränkungslos davon, dass das SRÜ „die“ gesetzlichen und administrativen Maßnahmen zur Ausführung des SRÜ enthalte, vgl. NuR 1997, S. 373, 376.

³⁴ Vgl. Erbguth, in: Koch/Lagoni, Meeresumweltschutz, S. 281, 285 ff. und 292.

tigen Geltungsbereiches ausdrücklich auf das Küstenmeer beschränkt ist³⁵ – würde das für folgende Gesetze gelten: das Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG), das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG), das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG), das Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) und die Landesnaturschutzgesetze der angrenzenden Küstenländer.³⁶

Zur Begründung der Position heißt es in einem Schreiben des Bundesministeriums für Justiz (BMJ), für die Notwendigkeit einer Erstreckungsklausel spreche, dass der Bundesgesetzgeber an anderen Stellen auf diese Weise vorgegangen sei, so zum Beispiel im Kontext des Seeaufgabengesetzes, des Bundesberggesetzes und des Seefischereigesetzes.³⁷ Gestützt wird dieses Verständnis darüber hinaus durch ein völkerrechtlich geprägtes Argument, das in einem internen Vermerk des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) dargelegt wird: Da den Küstenstaaten in der AWZ keine souveräne Gebietshoheit zustehe, sondern nur eine durch völkerrechtlichen Akt besonders zugewiesene „Funktionshoheit“, könne nicht selbstverständlich von der Geltung innerstaatlichen Rechts in der AWZ ausgegangen werden.³⁸

Die Notwendigkeit einer speziellen Erstreckungsregelung in den einzelnen Gesetzen wird in der Rechtsliteratur namentlich von *Czybulka* bestritten. Zentrales Argument des Autors ist, dass die Konsequenzen nicht im Einklang mit dem Verfassungsauftrag des Art. 20a GG und mit anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen aus Übereinkommen des Seerechts stünde, weil es dann an jeglichem naturbezogenen Schutzregime in der AWZ fehle.³⁹ Im Übrigen sei es durchaus nichts Ungewöhnliches, wenn Gesetze ihren räumlichen Geltungsbereich nicht selbst ausdrücklich beschrieben, wenn es dafür an einem besonderen Anlass fehle. Da die betreffenden innerstaatlichen Gesetze älter als das (erst seit 1994 verbindliche) SRÜ seien, hätten sich die Gesetzgeber hierüber keine Gedanken machen müssen.⁴⁰

Aus hiesiger Sicht erscheint keine der vorgetragenen Herleitungen für die beiden Streitpositionen vollständig überzeugend:

- Innerstaatlich gibt es keine feste Regel dafür, in welchen Fällen es einer Festlegung des räumlichen Anwendungsbereiches einer Vorschrift bedarf. Aus dem Umstand als sol-

³⁵ Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1a WHG.

³⁶ Zum Fehlen von Regelungen über den räumlichen Geltungsbereich in den einzelnen Naturschutzgesetzen eingehend Weiß, Möglichkeiten der Regelung der Fischerei, des Bergbaus und der Schifffahrt in Baltic Sea Protected Areas, BfN-Skripten 5/1999, S. 25 ff.

³⁷ Vgl. BMJ, E 1 – 9301, Schr. v. 8. September 1999, S. 4.

³⁸ Vgl. BMU, G II 1 (L), Vermerk v. 18. August 2000, S. 17 (unter Bezugnahme auf die Ausführungen S. 3 ff.).

³⁹ Vgl. *Czybulka*, Naturschutz im Küstenmeer und in der Ausschließlichen Wirtschaftszone, NuR 1999, S. 562, 567 f.

⁴⁰ Vgl. *Czybulka*, NuR 1999, S. 562, 568.

chem, dass es der Gesetzgeber innerhalb eines Gesetzes für angebracht gehalten hat, eine Erstreckungsklausel zu statuieren, kann nicht gefolgert werden, dass dies im gesamten Recht allgemeingültig so sein soll. Das gilt erst recht dort, wo unterschiedliche Rechtspersonen als Gesetzgeber tätig werden, wenn nämlich – wie im Naturschutzrecht – im einen Fall der Bund, im anderen Fall einzelne Länder eine Materie zu regeln haben.

- Vom argumentativen Ansatz her hat die Betonung des besonderen Status' der Funktionshoheit zwar Einiges für sich. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass der Begriff der Funktionshoheit keinen anerkannten Standort im Gefüge des Völkerrechts hat. Der Begriff ist innerhalb der (deutschen) Rechtsliteratur entwickelt worden, um den besonderen Charakter der AWZ begrifflich herausheben zu können. Weder aus dem Terminus der Funktionshoheit noch aus dem besonderen Charakter der AWZ – als durch Völkerrecht konstituiertem und zugleich sachlich beschränktem Hoheitsraum der Küstenstaaten außerhalb ihres eigenen Staatsgebiets – lassen sich verbindliche Folgerungen für die Anwendbarkeit innerstaatlichen Rechts ableiten.⁴¹ Das Völkerrecht macht den Staaten keine Vorgaben dazu, mit welchen Rechtsinstrumenten sie innerhalb der AWZ tätig werden. Das SRÜ behandelt die Fragestellung nicht. Folglich muss die Antwort auf die Frage der Anwendbarkeit nationaler Rechtsvorschriften in der AWZ innerhalb des deutschen Rechts gefunden werden. Das bedeutet, dass die allgemeinen Regeln für die Auslegung der jeweiligen Gesetze zur Anwendung kommen müssen.
- Auf der anderen Seite bestehen aber auch erhebliche Zweifel, ob dem Erfordernis einer Erstreckungsregelung allein damit begegnet werden kann, anderenfalls verstoße der Gesetzgeber gegen das Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG). Abgesehen davon, dass die inhaltliche Reichweite des Art. 20a GG höchst umstritten ist,⁴² ist es im Rechtswesen durchaus nichts gänzlich Unbekanntes, dass der Gesetzgeber seine verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Verpflichtungen in einzelnen Fällen fehlerhaft deutet und ihnen deshalb nur unzureichend nachkommt. Außerdem steht keineswegs fest – wie von Czybulka selbstverständlich angenommen, dass die sich in Art. 20a GG und den völkerrechtlichen Übereinkommen widerspiegelnden Ziele des Naturschutzes im Bereich der AWZ ausschließlich durch eine Anwendung des Instrumentariums des BNatSchG erreicht werden könnten. Der Gesetzgeber könnte hierfür andere, möglicherweise in der Sache wirksamere Vorkehrungen treffen.

⁴¹ Das betont auch Vitzthum, auf den sich der Vermerk des BMU v. 18. August 2000 maßgebend stützt, indem er darauf hinweist, dass es sich um eine „eigene Terminologie“ handelt; vgl. Vitzthum, in: ders., Völkerrecht, 5. Aufl. 2001, § 5 Rdnr. 9 (Fn. 19)

⁴² Vgl. Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 20a Rdnr. 1 ff. m.w.N.

- Hinsichtlich der praktischen Anwendbarkeit der Landesnaturschutzgesetze ist bei alledem zu bedenken, dass es bislang an einer gebietsbezogenen Aufteilung der AWZ fehlt, die es erlauben würde, die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen in der rechtlich gebotenen Eindeutigkeit abzugrenzen.⁴³ Das kann im Falle von Rechtsstreitigkeiten Auswirkungen auf die Tragfähigkeit der betreffenden Verwaltungsentscheidung haben.

Im (Zwischen-) Ergebnis dürfte der Auffassung, dass die innerstaatlichen Fachgesetze des Umwelt- und Naturschutzes grundsätzlich keine Geltung in der AWZ beanspruchen können, zuzustimmen sein. Das folgt aber nach hiesiger Sicht nicht aus dem Fehlen einer Erstreckungsklausel, sondern daraus, dass der Gesetzgeber das Seeaufgabengesetz hinsichtlich der Zulassung von Anlagen in AWZ als abschließendes und spezielles, den innerstaatlichen Fachgesetzen gegenüber vorrangiges Gesetz konzipiert hat.

Schon der Wortlaut des durch das SRÜ-Ausführungsgesetz eingefügten § 1 Nr. 10a SeeAufgG spricht für ein derartiges Verständnis. Dort heißt es ausdrücklich, dem Bund obliege die Prüfung, Zulassung und Überwachung der betreffenden Anlagen „unbeschadet der Vorschriften des Bundesberggesetzes“. Daraus kann geschlossen werden, dass neben dem Seeaufgabengesetz und dem Bundesberggesetz keine anderen Fachgesetze – auch nicht solche des Umwelt- und Naturschutzes – zur Anwendung kommen sollen. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber die jeweiligen Gesetze in die Unbeschadetheitsklausel einbeziehen müssen.

Hiergegen lässt sich nicht überzeugend einwenden, dass die Bestimmung der Nr. 10a des § 1 SeeAufgG der dort verwandten Einleitungsformel „auf dem Gebiet der Seeschifffahrt“ untergeordnet sei. Diese Einkleidung ist missverständlich, weil der Gesetzgeber – wie weiter unten zu zeigen sein wird⁴⁴ – hinsichtlich § 1 Nr. 10a SeeAufgG tatsächlich nicht von seiner Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiete der Seeschifffahrt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG) Gebrauch gemacht hat, sondern die Gesetzgebungsbefugnis für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) in Anspruch genommen haben dürfte. Die schon zuvor § 1 SeeAufgG enthaltene Formel „auf dem Gebiet der Seeschifffahrt“ wurde im Zuge des SRÜ-Ausführungsgesetzes unhinterfragt beibehalten. Es handelt sich um einen Redaktionsfehler, so dass die Wortwahl an dieser Stelle für die Auslegung des § 1 Nr. 10a SeeAufgG ohne Bedeutung bleiben muss.

Der Gesetzgeber hat mit den Bestimmungen des SRÜ-Ausführungsgesetzes nicht nur einzelne Gesetze mit Erstreckungsregelungen versehen. Einem derartigen Verhalten könnte nicht einmal eine Indizwirkung der Allgemeingültigkeit beigemessen werden. Er hat vielmehr

⁴³ Eingehend hierzu Czybulka, NuR 1999, S. 562, 569; vgl. auch Jarass, Schutzgebiete, S. 69.

⁴⁴ Siehe unten, 3.1.1.1.

ein ganzes Gesetzespaket verabschiedet – mit dem Ziel, damit das SRÜ lückenlos in das in-nerdeutsche Recht umzusetzen.⁴⁵ Er hat, wie schon die Vielzahl der hierfür geänderten Ge-setze zeigt, das bestehende bundesrechtliche Instrumentarium insgesamt auf seine Ände-rungsbedürftigkeit hin untersucht. Dennoch hat er es im Ergebnis unterlassen, die speziellen Fachgesetze des Umwelt- und Naturschutzes ebenfalls Weiterungen hinsichtlich ihres räum-lichen Geltungsbereiches zu unterziehen.

Dieses Unterlassen kann nicht darauf zurück geführt werden, dass der Gesetzgeber Anpas-sungsbestimmungen in den Fachgesetzen des Umweltrechts übersehen oder für überflüssig gehalten hätte, weil sich die Anwendbarkeit der betreffenden Vorschriften in der AWZ bereits aus sich selbst heraus ergeben hätte. Denn in dem von Kompetenzüberschneidungen zwis-chen Bund und Ländern geprägten Bereich des Naturschutzrechts wäre es erforderlich ge-wesen und hätte es besonders nahe gelegen, eine Klarheit schaffende Regelung zu treffen. Das gilt erst recht angesichts des Umstands, dass das Seeaufgabengesetz an diversen Stel-len das Verhältnis zu anderen fachgesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich regelt (so ne-ben § 1 Nr. 10a auch in § 20 sowie mittelbar – im Rahmen der Verordnungsermächtigungen – in § 9 Abs. 1 Nr. 2).

Gegen die Auslegung des Seeaufgabengesetzes als für die Zulassung von Anlagen in AWZ abschließendes und spezielles (Umweltschutz-) Gesetz steht auch nicht, dass die umwelt-schutzbezogenen Regelungen des Seeaufgabengesetzes erheblich weniger in die Tiefe und ins Detail gehen als die innerstaatlichen Fachgesetze des Umwelt- und Naturschutzrechts. Denn die Bestimmungen des SeeAufgG sind von ihrer Formulierung her gleichwohl nicht weniger umfassend angelegt, so dass sie dem Gesetzgeber durchaus geeignet erscheinen konnten, die Materien der Umweltschutzgesetze vollständig abzudecken. Insoweit ist auch zu bedenken, dass das Seeaufgabengesetz in § 9 Abs. 1 Nr. 1 eine Ermächtigung zum Er-lass von Rechtsverordnungen zur Abwehr von Gefahren für die Meeresumwelt bereit hält. Unter (umfänglicher) Inanspruchnahme dieser Verordnungsermächtigung ließe sich für An-lagen in AWZ auch ein den allgemeinen Umwelt- und Naturschutzgesetzen gleichwertiges Schutzregime errichten. Auch gebietsbezogene Schutzregelungen sind auf Grundlage der Verordnungsermächtigung denkbar.

Liegen somit im vorläufigen Zwischenergebnis auf der Ebene rein nationalrechtlicher Be-trachtungen gewichtige – und nach hiesiger Ansicht überwiegende – Argumente vor, die ge-gen eine (selbstverständliche) Anwendung der deutschen Umwelt-Fachgesetze innerhalb

⁴⁵ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf, die erkennen lässt, dass der Gesetzgeber selbst der Auf-fassung war, mit dem Ausführungsgesetz das SRÜ umzusetzen, soweit es hierzu bundesgesetzli-cher Regelungen bedarf (BT-Drs. 13/193, S. 13 f.). Entsprechend liest sich der Bericht des Abg. Kunick zu den Ausschussberatungen in der Beschlussempfehlung (BT-Drs. 13/696, S. 25). So in-terpretiert es auch Jenisch, NuR 1997, S. 373, 376.

der AWZ sprechen, so bleibt doch zu betonen, dass bislang lediglich juristische Auffassungen ausgetauscht und abgewogen werden, deren praktische Relevanz nicht verbindlich geklärt ist. Es verbleibt daher ein hohes Maß an rechtlichen Unsicherheiten, das förmlich nach einer ausdrücklichen Klärung im Rahmen gesetzlicher Neuregelungen ruft.⁴⁶

Die Frage nach der Geltung der verschiedenen innerstaatlichen Regelungen ist mit den vorstehenden Wertungen auf der Grundlage des deutschen Rechts allein aber ohnehin noch nur vorläufig und damit nicht abschließend beantwortet. Bislang wurde ein entscheidender Auslegungsfaktor ausgeblendet: Der Vorrang und der mittelbare Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts. Im Lichte des Gemeinschaftsrechts bedarf das in diesem Kapitel entwickelte Zwischenergebnis möglicherweise einer – maßgebenden – Korrektur.

2.3 Die Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Anwendbarkeit weiteren nationalen Rechts

Das Umwelt- und Naturschutzrecht der Bundesrepublik Deutschland ist mittlerweile stark von Bindungen des europäischen Gemeinschaftsrechts geprägt. Das gilt auch für die Zulassung von Anlagen in der AWZ. Konkret ist eine Beeinflussung auf zweierlei Weise möglich: zum einen über den Weg der unmittelbaren Anwendung von Richtlinien, zum anderen über die richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Rechts. Beides setzt allerdings voraus, dass die maßgebenden Richtlinien auch innerhalb der AWZ Geltung beanspruchen.

Im vorliegenden Kontext können folgende gemeinschaftsrechtliche Richtlinien von Bedeutung sein:

- die Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie (79/409/EWG)⁴⁷ und der Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie („FFH-Richtlinie“, 92/43/EWG)⁴⁸, aus denen sich Verpflichtungen der Mitgliedstaaten zum Erlass gebietsbezogener Schutzregelungen ergeben,
- die mittlerweile durch die UVP-Änderungsrichtlinie (97/11/EG) novellierten Bestimmungen der UVP-Richtlinie (85/337/EWG),⁴⁹ nach der Windkraftanlagen unter bestimmten Voraussetzungen der UVP-Pflicht unterfallen können.

⁴⁶ So auch Czybulka, NuR 1999, S. 562, 569.

⁴⁷ Richtlinie 79/409/EWG des Rates v. 2. April 1979 über die Erhaltung wildlebender Vogelarten, ABl. Nr. L 206, S. 42.

⁴⁸ Richtlinie 92/43/EWG des Rates v. 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl. Nr. L 206, S. 7.

⁴⁹ Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27. Juni 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABl. Nr. L 175, S. 40) in der Fassung der Richtlinie 97/11/EG v. 3. März 97, ABl. Nr. L 73, S. 5.

Nicht relevant sind die Bestimmungen der IVU-Richtlinie (96/61/EG)⁵⁰, da Windkraftanlagen in den Anwendungsbereich der Verordnung ohnehin nicht einbezogen sind.

2.3.1 Geltung der maßgebenden Richtlinien in der AWZ

Für die Vogelschutzrichtlinie, die FFH-Richtlinie und die UVP-Richtlinie fehlt es zwar bislang an einer ausdrücklichen Äußerung des EuGH über den räumlichen Anwendungsbereich. Aus der sonstigen Entscheidungspraxis des EuGH kann jedoch relativ sicher darauf geschlossen werden, dass die drei Richtlinien auch außerhalb des Bereiches der territorial bezogenen Gebietshoheiten der Einzelstaaten und damit innerhalb der jeweiligen AWZ gelten. Das entspricht auch der Auffassung der EU-Kommission.⁵¹

Im Fall Kramer u.a. formulierte der EuGH bereits 1976, es folge aus der Natur der Sache, dass sich die Gemeinschaftsgesetzgebung auch auf die hohe See erstrecke, insoweit die Mitgliedstaaten eine ähnliche Hoheitsgewalt nach Völkerrecht ausübten.⁵² Der EuGH stellt demnach zur Bestimmung des räumlichen Geltungsumfanges des Gemeinschaftsrechts nicht auf die Gebietshoheit der Mitgliedstaaten als solche ab, sondern auf die Reichweite der Ausübung von Hoheitsgewalt durch die Mitgliedstaaten. Der EG stehen also hinsichtlich der AWZ und des Festlandssockels in dem gleichen Maße Regelungsbefugnisse zu, wie sie den einzelnen Mitgliedstaaten durch das SRÜ zugesprochen werden.⁵³

Folgt man dieser Herangehensweise, so kann der Anwendungsbereich einzelner EG-Richtlinien demgegenüber nur eingeschränkt sein, wenn sich aus der einzelnen Richtlinie entsprechende Begrenzungen herleiten lassen. Das ist für die drei genannten Richtlinien nicht der Fall.⁵⁴ Im Gegenteil lassen sich den Vorschriften – insbesondere aus ihren Zielsetzungen – sogar deutliche Hinweise darauf entnehmen, dass von einer Geltung der Vorgaben außerhalb der seewärtigen Begrenzungen der staatlichen Hoheitsgebiete ausgegangen wird.

⁵⁰ Richtlinie 96/61/EG über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung v. 24. September 1996, ABl. Nr. L 257, S. 26.

⁵¹ Vgl. EU-Kommission, GD Umwelt (Env. B.3), Schr. an das BMU vom 22.12.2000.

⁵² EuGH Rs. 3, 4 und 6/76, Slg. 1976, S. 1279, Rdnr. 6 f. sowie 30 ff.; bestätigt in Rs. 61/77 (Kommission ./ Irland), Slg. 1977, S. 417.

⁵³ So auch Jarass, Schutzgebiete, S. 49 m.w.N.

⁵⁴ Vgl. Fouquet, Europarechtliche Auswirkungen, 2.3.1, 2.3.2 und 2.3.3.; eingehend dazu auch Jarass, Schutzgebiete, S. 52 ff.; ferner Czybulka, Geltung der FFH-Richtlinie in der Ausschließlichen Wirtschaftszone, NuR 2001, S. 19 ff.

Diese Ansicht wird auch vom britischen High Court geteilt, der sich kürzlich eingehend mit der Fragestellung befasst hat und auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die FFH-Richtlinie in der britischen AWZ zu beachten ist.⁵⁵

Nach alledem kann geschlossen werden, dass die einschlägigen Bestimmungen der Vogelschutzrichtlinie, der FFH-Richtlinie und der UVP-Änderungsrichtlinie in der AWZ Gültigkeit beanspruchen.

2.3.2 Unmittelbare Anwendbarkeit der maßgebenden Richtlinien

Soweit die Europäische Gemeinschaft in ihren Rechtsvorschriften mit dem Instrument der Richtlinie arbeitet, richten sich die dort ausgesprochenen Rechtspflichten an die Mitgliedstaaten, nicht unmittelbar an die Bürger. Die Staaten sind zu deren Umsetzung verpflichtet. Kommen sie den Umsetzungsgeboten nicht in der festgelegten Frist oder mit dem vorgeschriebenen Inhalt nach, so entfalten die an sich nur an die Mitgliedstaaten gerichteten Richtlinien (nur) unter bestimmten Voraussetzungen eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen („Direktwirkung“).⁵⁶ Deshalb kann es sein, dass EG-rechtliche Vorgaben in der Rechtsanwendung durch deutsche Behörden zu beachten sind, selbst wenn es an innerstaatlichen Umsetzungsakten in Gestalt von nationalen Rechtsvorschriften fehlt.

2.3.2.1 Faktische Schutzgebiete im Sinne der Vogelschutz- und der FFH-Richtlinie

Die Bundesrepublik ist den Umsetzungsanforderungen der Vogelschutz- und der FFH-Richtlinie erst verspätet und sachlich nur zum Teil nachgekommen. Auf gesetzlicher Ebene wurden die Voraussetzungen für die Umsetzung erst durch die Änderungsnovelle des BNatSchG im Jahr 1998⁵⁷ (maßgebend: §§ 19a bis 19f BNatSchG) geschaffen. Die konkret erforderliche Meldung und Festsetzung der betreffenden Schutzgebiete kann jedoch nur durch die Länder erfolgen, die diesen Verpflichtungen bislang nur unzureichend nachgekommen sind. Deshalb stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen dies für diejenigen Gebiete hat, die ihrer Qualität nach den in den Richtlinien festgelegten Kriterien für die Unterschutzstellung als Vogelschutz- bzw. FFH-Gebiet („Natura-2000-Gebiet“) entsprechen.

⁵⁵ London High Court, Urt. *The Queen vs. The Secretary of State for Trade and Industry ex parte Greenpeace Limited* – Az. LO 1336/1999. Auszugsweise wiedergegeben bei Czybulka, NuR 2001, S. 19 ff.

⁵⁶ Eingehend Streinz, *Europarecht*, 4. Aufl. 1999, Rdnr. 200 ff.

⁵⁷ Neubekanntmachung BGBl. 1998 I S. 2994.

In Konkretisierung des Grundsatzes des „effet utile“, nach dem die Richtlinien der EG grundsätzlich so auszulegen sind, dass sie größtmögliche Wirksamkeit entfalten,⁵⁸ hat die Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG insoweit die Rechtsfiguren des „faktischen Vogelschutzgebiets“⁵⁹ bzw. des „faktischen FFH-Gebiets“⁶⁰ entwickelt. Danach gelten die in den beiden Richtlinien für die jeweiligen Schutzregime festgesetzten Rechtsfolgen vorläufig auch in den betreffenden „faktischen“ Schutzgebieten – mit der Konsequenz, dass die Errichtung und der Betrieb von Anlagen dort nur zulässig ist, soweit die betreffenden Richtlinien Raum hierfür lassen.

Die Schutzregime der beiden Richtlinien sind im Einzelnen unterschiedlich ausgestaltet. Die Regelungen der FFH-Richtlinie können – jedenfalls in dem hier interessierenden Problemkreis – in gewissem Sinne als milder angesehen werden, weil sie es unter Umständen gestatten, Projekte zu realisieren, obwohl mit Beeinträchtigungen des betreffenden Gebiets zu rechnen ist:

- Die Vogelschutzrichtlinie unterscheidet zwischen besonders schutzbedürftigen Arten (Anhang I) und sonstigen schutzbedürftigen Arten (Anhang II). Für Anhang-I-Arten gilt, dass besondere Schutzmaßnahmen zu ergreifen sind, um ihr Überleben und ihre Vermehrung in ihrem Verbreitungsgebiet zu sichern (Art. 4 Abs. 1 Unterabsatz 1). Die Mitgliedstaaten haben die für die Erhaltung der betreffenden Arten „zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete“ zu (besonderen) Schutzgebieten zu erklären (Art. 4 Abs. 1 Unterabsatz 3). Sie sind verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Beeinträchtigung der betreffenden Lebensräume zu vermeiden; Ausnahmen hiervon sind nicht vorgesehen (vgl. Art. 4 Abs. 4). Unter Anhang II der Vogelschutzrichtlinie fallende Vogelarten sind grundsätzlich schwächer geschützt. Hier steht den Mitgliedstaaten ein weiter Abwägungsspielraum zur Einrichtung von Schutzgebieten zu (vgl. Art. 3 Abs. 2). Eine Zwischenkategorie bilden Erhaltungsgebiete von Zugvogelarten, die nicht in Anhang I aufgeführt sind. Hinsichtlich ihrer Vermehrungs-, Mauser- und Überwinterungsgebiete sowie der Rastplätze in ihren Wanderungsgebieten genießen sie denselben Schutz wie nach Anhang I geschützte Arten (vgl. Art. 4 Abs. 2).
- Die FFH-Richtlinie dient dem Schutz von natürlichen Lebensräumen und Arten. Sie zielt auf die Errichtung eines kohärenten europäischen Netzes besonderer Schutzgebiete

⁵⁸ Grundlegend EuGH, Rs. 9/70 („Leberpfennig“), Slg. 1970, S. 825, 837 ff.

⁵⁹ EuGH, Rs C-355/90 (Kommission/Spanien – „Santona“), Slg. 1993 I-4221, Ls. 1. Bestätigt durch die Entscheidungen Rs C-44/95 (Lappel Bank), Slg. 1996 I-3805; Rs C-3/96 (Kommission/ Niederlande), Slg. 1998 I-3031 (= ZUR 1998, S. 141); Rs C-96/98 („Poitou-Sümpfe“), C-96/98, Urteil v. 25.11.1999; Rs C-374/98 („Basses-Corbières“), Ur. v. 7.12.2000, ZUR 2001, S. 75.

⁶⁰ BVerwG, („Ostseeautobahn“), NuR 1998, S. 544, 548; vgl. auch OVG Lüneburg, NuR 1998, S. 275 280; entspr. EuGH, Rs C-371/98 („Severn-Mündung“), Ur. v. 7. 11.2000, Rz. 24, ZUR 2001, S. 78.

(„Natura 2000“, vgl. Art. 3 Abs. 1). In diesem Zusammenhang fordert sie die Mitgliedstaaten zur Meldung und Ausweisung von als geeignet einzustufenden Schutzgebieten auf; die Kriterien hierfür sind in Anhang III der Richtlinie festgelegt (vgl. Art. 4). Unter besonderem Schutz stehen insoweit die „prioritären Lebensräume“ (Anhang I) und die „prioritären Arten“ (Anhang II). Hinsichtlich der Zulassung von Projekten in den unter Schutz gestellten Gebieten sieht die Richtlinie eine „Verträglichkeitsprüfung“ vor (vgl. Art. 6 Abs. 3). Im Falle eines negativen Ergebnisses der Verträglichkeitsprüfung ist die Verwirklichung eines Projektes nur aus „zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses einschließlich solcher sozialer und wirtschaftlicher Art“ möglich (Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 1). Handelt es sich jedoch um ein Gebiet mit prioritären Lebensräumen oder Arten, so können insoweit nur Erwägungen im Zusammenhang mit der Gesundheit von Menschen, der öffentlichen Sicherheit oder der günstigeren Umweltauswirkungen geltend gemacht werden (vgl. Art. 6 Abs. 4 Unterabs. 2).

Zu klären bleibt, was für Fälle gilt, in denen ein Gebiet gleichzeitig die Kriterien eines Vogelschutzgebiets und eines FFH-Gebiets erfüllt. Für *ausgewiesene* Vogelschutzgebiete bestimmt Art. 7 der FFH-Richtlinie, dass ab bestimmten Zeitpunkten automatisch die (milderen) Regelungen des Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie an die Stelle derjenigen aus der Vogelschutzrichtlinie treten. In diesem Falle können die Belange des Vogelschutzes also nach Maßgabe von Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie unter Umständen im Wege der Abwägung überwunden werden. Nach Auffassung des OVG Münster ist in diesem Falle allein auf Art. 6 Abs. 4 Unterabsatz 1 der FFH-Richtlinie abzustellen.⁶¹ Da die Anhänge der FFH-Richtlinie weder bestimmte Lebensraumtypen noch bestimmte Vogelarten als „prioritär“ ausweisen, könne der strengere Unterabsatz 2 von Art. 6 Abs. 4 der FFH-Richtlinie allein zum Zwecke des Vogelschutzes nicht zur Anwendung kommen.⁶²

Im Falle eines nicht förmlich festgesetzten, sondern „nur“ *faktischen* Vogelschutzgebiets stellt sich auf dieser Grundlage die weitere Frage, ob die „Milderungsvorschrift“ des Art. 7 der FFH-Richtlinie hier ebenfalls zum Tragen kommt.⁶³ Der EuGH hat dies in seiner „Basses-Corbières“-Entscheidung vom 7. Dezember 2000 nunmehr verbindlich verneint. Danach gelten im Falle eines faktischen Vogelschutzgebiets vorläufig die strengeren Anforderungen der Vogelschutzrichtlinie, die eine Abwägung mit anderweitigen öffentlichen oder privaten Belangen nicht zulassen (vgl. Art. 4 Abs. 4 der Vogelschutzrichtlinie).⁶⁴ Die milderen Anforderun-

⁶¹ OVG Münster, Beschl. v. 11. Mai 1999, NVwZ-RR 2000, S. 490 (Ls. 4).

⁶² Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2000, S. 490, 492 f.

⁶³ Bejahend Erbguth/Stollmann, DVBl. 1997, S. 453, 457 f.; Niederstadt, NuR 1998, S. 515, 519; Jarrass, ZUR 2000, S. 183, 190. Verneinend Gellermann, NuR 1996, S. 548, 549.

⁶⁴ Vgl. EuGH, Rs C-374/98 („Basses-Corbières“), Rz. 47, ZUR 2001, S. 75. Anderer Ansicht noch OVG Münster, NVwZ-RR 2000, S. 490, 491 f.

gen der FFH-Richtlinie können hier erst dann zur Anwendung kommen, wenn eine formgerechte Unterschutzstellung als FFH-Gebiet erfolgt ist. Bis dahin ist das strengere Schutzregime der Vogelschutzrichtlinie maßgebend. Folglich ist es für den potenziellen Anlagenbetreiber von Nachteil, wenn es an einer förmlichen Unterschutzstellung fehlt.⁶⁵

Für die Errichtung von Windkraftanlagen in der AWZ ist die Kategorie der Vogelschutzgebiete besonders bedeutsam. Es fragt sich, in welchen Fällen und unter Anwendung welcher Kriterien von einem „faktischen Vogelschutzgebiet“ auszugehen ist. Die Vogelschutzrichtlinie gibt den Mitgliedstaaten insoweit vor, die für die Erhaltung der in Anhang I der Richtlinie „zahlen- und flächenmäßig geeignetsten Gebiete“ zu Schutzgebieten zu erklären. Den Staaten steht hierbei kein politischer Wertungs- oder Abwägungsspielraum zu. Auch energiepolitische Erwägungen haben keinen Platz. Die Mitgliedstaaten sind vielmehr verpflichtet, die nach (allein) fachlichen Kriterien „geeignetsten Gebiete“ festzusetzen. Nach der Rechtsprechung des EuGH⁶⁶ verfügen sie zwar über einen Ermessensspielraum. Dieser erstreckt sich aber, so der EuGH, nicht auf die Auswahl der Eignungskriterien, sondern nur auf deren Anwendung; hinsichtlich der Geeignetheit komme es allein auf ornithologische Kriterien an.⁶⁷

Vor diesem Hintergrund erlangt das 1989 veröffentlichte Verzeichnis von „Important Bird Areas“ (IBA)⁶⁸ eine herausgehobene Bedeutung. Dabei handelt es sich um eine Vorschlagsliste zur Ausweisung von Vogelschutzgebieten, die von der Europäischen Gruppe für die Erhaltung der Vögel und Lebensräume und dem Internationalen Rat für Vogelschutz in Zusammenarbeit mit Sachverständigen der Europäischen Kommission ausgearbeitet worden ist, und zwar auf ausdrückliches Ersuchen der zuständigen Generaldirektion der Kommission.⁶⁹ Der EuGH hatte bereits mehrfach Gelegenheit, sich mit der Funktion der IBA-Listen zu befassen. Er stuft die IBA-Listen zwar nicht als rechtsverbindlich, doch immerhin als wissenschaftlich begründete Bezugsgrundlage für die Einstufung als besonderes Vogelschutzgebiet ein, deren Aussagekraft nur durch die Vorlage abweichender wissenschaftlich begründeter Einschätzungen beseitigt werden könne.⁷⁰

⁶⁵ Fouquet, Europarechtliche Auswirkungen, 3.3.2.; übereinstimmend auch Jarass auf der BMU-Tagung zu Offshore-Windenergieanlagen in Berlin, 15. Juli 2001.

⁶⁶ Eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung findet sich bei Maaß, NuR 2000, S. 121, 122 f.

⁶⁷ Grundlegend EuGH (Kommission/Spanien – „Santona“), Slg. 1993, I-4221, Tz. 26.

⁶⁸ Grimmet/Jones, Important Bird Areas in Europe, 1989.

⁶⁹ Vgl. Entschließung des Rates v. 2. April 1979, ABl. C 103 v. 25. April 1979, S. 1.

⁷⁰ Vgl. EuGH (Kommission/Niederlande), Slg. 1998, I-3031 (=ZUR 1998, S. 141); eingehend zum Ganzen Maaß, NuR 2000, S. 121, 121 ff. m.w.N.; zurückhaltend dazu die Wertung von Apfelbacher/Adenauer/Iven, NuR 1999, S. 63, 72.

Grundlegend ist insoweit die folgende Passage aus der EuGH-Entscheidung vom 19. Mai 1998 (Kommission/Niederlande):⁷¹

„ 69. Unter den Umständen des vorliegenden Falles ist das IBA 89 das einzige Dokument, das die wissenschaftlichen Beweismittel für die Beurteilung der Frage enthält, ob der betreffende Staat seiner Verpflichtung nachgekommen ist, diejenigen Gebiete zu besonderen Schutzgebieten zu erklären, die zahlen- und flächenmäßig am geeignetsten für die Erhaltung der geschützten Arten sind. Etwas anderes würde gelten, wenn das Königreich der Niederlande wissenschaftliche Beweismittel vorgelegt hätte, insbesondere um zu belegen, daß die genannte Verpflichtung dadurch erfüllt werden kann, dass nach Zahl und Gesamtfläche weniger Gebiete als nach dem IBA 89 zu besonderen Schutzgebieten erklärt werden.

70. Dieses Verzeichnis kann daher, obwohl es für die betreffenden Mitgliedstaaten rechtlich nicht verbindlich ist, vorliegend aufgrund seines in diesem Fall anerkannten wissenschaftlichen Wertes vom Gerichtshof als Bezugsgrundlage verwendet werden, um zu beurteilen, inwieweit das Königreich der Niederlande seine Verpflichtungen zur Ausweisung von besonderen Schutzgebieten beachtet hat.“

An dieser Bewertung hat der EuGH auch in seiner Entscheidung vom 7. Dezember 2000 („Basses-Corbières“) festgehalten.⁷² Er hatte im gerichtlichen Verfahren die Kommission sogar ausdrücklich um Angaben über die Erwähnung des betreffenden Gebiets in dem IBA-Bericht gebeten.⁷³ Auf der gleichen Linie liegt insoweit die Entscheidung des OVG Münster vom 11. Mai 1999, nach dessen Ansicht die IBA-Liste ein „gewichtiges Indiz“ für das Vorliegen eines faktischen Vogelschutzgebiets darstellen soll.⁷⁴

Hernach ist davon auszugehen, dass sich den IBA-Vorschlägen zwar keine verbindlichen Rechtsfolgen entnehmen lassen, die Listen aber für die fachliche Beurteilung der Schutzbedürftigkeit von Lebensräumen von gefährdeten Vogelarten derzeit die entscheidende Grundlage bilden, weil (und solange) es an anderweitigem wissenschaftlichen Bewertungsmaterial fehlt.

2.3.2.2 Umweltverträglichkeitsprüfung

Die UVP-Änderungsrichtlinie (97/11/EG) erklärt Windkraftanlagen zu denjenigen Anlagentypen, für die nach Einzelfalluntersuchung oder auf Grund eines vom Mitgliedstaat festzulegenden Schwellenwertes zu klären ist, ob die Anlage einer UVP bedarf (vgl. Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Anhang II der geänderten UVP-Richtlinie).

Die Richtlinie hätte ebenfalls schon umgesetzt sein müssen. Die Realisierung dessen soll nunmehr im Zuge des „Artikelgesetzes zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie, der

⁷¹ EuGH (Kommission/Niederlande), Slg. 1998 I-3031 (= ZUR 1998, S. 141), Tz. 69 und 70.

⁷² EuGH („Basses-Corbières“), ZUR 2001, S. 75, Tz. 25.

⁷³ Vgl. Fouquet, Europarechtliche Auswirkungen, 3.2.1 m.w.N.

⁷⁴ OVG Münster, NVwZ-RR 2000, S. 490, 491.

IVU-Richtlinie und weiterer EG-Richtlinien zum Umweltschutz“ (im Folgenden: Artikelgesetz UVP/IVU) erfolgen, das sich gegenwärtig im Gesetzgebungsverfahren befindet.⁷⁵

Für die UVP-Änderungsrichtlinie wird in der Rechtsliteratur praktisch einhellig – und überzeugend – vertreten, dass die Richtlinie vorläufig unmittelbar anzuwenden ist.⁷⁶ Das entspricht der strengen Herangehensweise des EuGH, die das Gericht in seinen Urteilen zur mangelhaften Umsetzung der Ursprungsrichtlinie 85/337/EWG in Deutschland niedergelegt hat.⁷⁷

Das bedeutet praktisch: Die zuständige Genehmigungsbehörde muss ungeachtet der bislang fehlenden nationalen Umsetzungsvorschrift für die UVP-Änderungsrichtlinie nach Maßgabe des Art. 4 Abs. 2 der geänderten UVP-Richtlinie zunächst selbst prüfen, ob die beantragte Anlage im Einzelfall einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterzogen werden muss. Ist das der Fall, so muss sie selbst sicherstellen, dass die Anforderungen von Art. 5 bis 10 über die Durchführung der UVP eingehalten werden.⁷⁸ Demnach reicht es nicht aus, die Umweltverträglichkeit im Genehmigungsverfahren rein *materiell* (inhaltlich) zu untersuchen. Es kommt gerade darauf an, dass die *verfahrensrechtlichen* Anforderungen der UVP-Richtlinie erfüllt werden. Dazu gehören insbesondere die Vorgaben der UVP-Richtlinie zur Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung.⁷⁹

2.3.3 Richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts

Unabhängig von der Frage, ob und inwieweit Vorschriften aus EG-Richtlinien unmittelbare Anwendung finden, ist zu beachten, dass im deutschen Recht der Grundsatz der richtlinienkonformen (gemeinschaftsrechtskonformen) Auslegung gilt. Nach diesem Prinzip müssen der Umsetzung von gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften dienende innerstaatliche Bestimmungen so ausgelegt werden, dass die in der jeweiligen Richtlinie festgesetzten Ziele effektiv erreicht werden können.⁸⁰

Geht man mit dem hiesigen Verständnis davon aus, dass die Vogelschutzrichtlinie, die FFH-Richtlinie und die UVP-Änderungsrichtlinie darauf angelegt sind, auch außerhalb der seewär-

⁷⁵ Vgl. Gesetzentwurf BT-Drs. 14/4599; Beschlussempfehlung BT-Drs. 14/5750.

⁷⁶ Vgl. Staupe, NVwZ 2000, S. 508 ff.; Schmidt-Eichstätt, UPR 200, S. 401, 402.

⁷⁷ EuGH („Großkrotzenburg“), NVwZ 1996, S. 369, 370 f.; EuGH (Kommission/Deutschland), ZUR 1999, S. 44 ff.

⁷⁸ Differenziert zu den Konsequenzen der unmittelbaren Anwendung Staupe, NVwZ 2000, S. 508 ff.

⁷⁹ So auch Jarass auf der BMU-Tagung zu Offshore-Windenergieanlagen in Berlin, 15. Juli 2001.

⁸⁰ Vgl. EuGH, Rs. 79/83 (Harz/Tradax), Slg. 1984, I-1921; Rs. 14/83 (Colson und Kamann), I-1984, I-1891; Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135; vgl. auch Streinz, Europarecht, Rdnr. 396 ff., 405 m.w.N.

tigen Grenze der staatlichen Hoheitsgebiete Geltung zu beanspruchen,⁸¹ so führt das zu der Konsequenz, dass die zur Umsetzung der betreffenden Richtlinien ergangenen Gesetze ebenfalls in diesem Sinne verstanden werden müssen – also innerhalb der AWZ anzuwenden sind, obwohl der deutsche Gesetzgeber mit dem SRÜ-Ausführungsgesetz ursprünglich ein exklusives Zulassungsinstrumentarium für Anlagen in der AWZ schaffen wollte.⁸²

Klarstellend ist in diesem Zusammenhang allerdings zu betonen, dass die betreffenden nationalen Gesetze auf Grund des Erfordernisses einer richtlinienkonformen Auslegung nicht in Gänze als in der AWZ neben dem SeeAufgG anwendbar angesehen werden können. Die richtlinienkonforme Auslegung führt nur in dem Maße die Anwendbarkeit nationalen Rechts in der AWZ herbei, in dem das nationale Recht der Umsetzung der maßgebenden EG-Richtlinien dient.

Im Rahmen des Naturschutzrechts bedeutet das, dass (nur) die Bestimmungen der §§ 19a bis 19f BNatSchG über Vogelschutz- und FFH-Gebiete in der AWZ zur Anwendung kommen können, da (nur) sie einer richtlinienkonformen Auslegung zugänglich sind. Unzulässig bleibt in jedem Falle ein Gebrauch der sonstigen Schutzgebietsvorschriften (§§ 13 ff. BNatSchG) und der Eingriffsregelung (§§ 8 ff. BNatSchG). Weitergehendes wäre nur möglich, wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung generell annähme, dass das Naturschutzrecht neben dem SeeAufgG anwendbar sei.

Eine andere Frage ist, an wen sich der Auftrag zur Ausweisung von Vogelschutz- und FFH-Gebieten eigentlich richtet. Die Schutzgebietsvorschriften des BNatSchG sind grundsätzlich auf eine Ausführung durch Landesbehörden angelegt. Davon ausgehend, liegt es nahe anzunehmen, dass die im derzeit geltenden BNatSchG eröffneten Möglichkeiten zur Ausweisung von Schutzgebieten in der AWZ ebenfalls von den Ländern wahrzunehmen wären. Es ist allerdings nicht abschließend geklärt, ob diese Auffassung zutrifft.⁸³ Unabhängig davon steht die weitergehende Frage, ob der Bund dies auch anders regeln könnte.⁸⁴ Diesen Fragen kann im vorliegenden Zusammenhang nicht näher nachgegangen werden.

Im Bereich des UVP-Gesetzes fehlt es demgegenüber bislang an einer Regelung zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie (97/11/EG). Nur diese ist im vorliegenden Zusammenhang aber relevant, weil in ihr erstmals die (grundsätzliche) UVP-Bedürftigkeit von Wind-

⁸¹ Entsprechend Jarass, Schutzgebiete, S. 49 m.w.N.; Fouquet, Europarechtliche Auswirkungen, 2.3.

⁸² Vgl. Fouquet, Europarechtliche Auswirkungen, 2.4.

⁸³ Dafür Jarass, Schutzgebiete, S. 62 ff., 68 ff.; für die Annahme einer Verwaltungskompetenz des Bundes Czybulka, NuR 1999, S. 562, 568 f.; vgl. auch Weiß, Möglichkeiten der Regelung der Fischerei, des Bergbaus und der Schifffahrt in „Baltic Sea Protected Areas“, BfN-Skripten 5/1999, S. 28 f.

⁸⁴ Vgl. hierzu einerseits Jarass, Schutzgebiete, S. 62 ff., S. 68 ff., andererseits Czybulka, NuR 1999, S. 562, 568 f.

kraftanlagen festgelegt wird. Folglich fehlt gegenwärtig eine Grundlage für die richtlinienkonforme Auslegung einer Umsetzungsvorschrift im deutschen Recht. Im Hinblick auf die UVP kommt allerdings ohnehin der Vorrang des Gemeinschaftsrechts zum Tragen, weil die UVP-Änderungsrichtlinie insoweit Direktwirkung entfaltet.⁸⁵ Diese Rechtslage würde sich durch das Inkrafttreten des bisher nur im Entwurf vorliegenden Artikelgesetzes UVP/IVU⁸⁶ ändern. Ab diesem Zeitpunkt wäre das geänderte UVPG wegen des Grundsatzes der gemeinschaftsrechtlichen Auslegung für Windkraftanlagen auch in der AWZ anzuwenden.

In der Konsequenz führt die richtlinienkonforme Auslegung dazu, dass die obigen Erkenntnisse über die Anwendbarkeit nationalen Umwelt- und Naturschutzrechts auf Fälle der Zulassung von Windenergieanlagen in der AWZ modifiziert werden müssen. Die auf Basis allein der deutschen Rechtsbestimmungen entwickelte *vorläufige* These, dass hier neben den Regelungen des Seeaufgabengesetzes und des Bundesberggesetzes anderweitiges innerstaatliches Recht nicht angewendet werden dürfe,⁸⁷ kann unter Beachtung des Grundsatzes der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung nur noch eingeschränkt aufrecht erhalten werden: Sie gilt nur, soweit das innerstaatliche Recht nicht der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht zu dienen bestimmt ist, das seinerseits den Anspruch erhebt, auch innerhalb der AWZ zu wirken.

2.4 Ergebnis

Nach hiesiger Auslegung sind andere innerstaatliche Rechtsvorschriften neben dem Instrumentarium des Seeaufgabengesetzes und des Bundesberggesetzes für die Zulassung von Windkraftanlagen in der AWZ anwendbar, soweit das innerstaatliche Recht der Umsetzung einer gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie dient, die ihrerseits auf eine Gültigkeit innerhalb der ausschließlichen Wirtschaftszone hin angelegt ist. Das folgt aus dem Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung deutschen Rechts. Außerhalb dieses speziellen Bereichs ist die Anwendbarkeit sonstiger nationaler Rechtsvorschriften hinsichtlich der Zulassungsfähigkeit von Anlagen in der AWZ zu verneinen.

Die Anwendbarkeit nationaler Rechtsvorschriften in der AWZ ist demnach insoweit gegenwärtig (nur) für die §§ 19a bis 19f des Bundesnaturschutzgesetzes zu bejahen. Daher dürfen (bzw. müssen) geeignete Vogelschutz- und FFH-Gebiete innerhalb der AWZ nach Maßgabe der zugrunde liegenden EG-Richtlinien gemeldet bzw. ausgewiesen werden. Denn die betreffenden EG-Richtlinien beanspruchen Geltung auch außerhalb der seewärtigen Be-

⁸⁵ Siehe oben, 2.3.2.2.

⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 14/4599, 14/5750 und 14/6357.

⁸⁷ Siehe oben, 2.2.

grenzungen der Küstenmeere. Das gleiche gilt für die UVP-Änderungsrichtlinie. Ab dem Zeitpunkt ihrer Umsetzung in deutsches Recht kommt daher auch hier der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung für das deutsche UVPG zum Tragen.

Das (in der AWZ geltende) Gemeinschaftsrecht ist darüber hinaus insoweit von Bedeutung, als die deutschen Vollzugsbehörden unmittelbar anwendbare Vorschriften des Gemeinschaftsrechts selbst zu beachten haben. Das folgt aus der generellen Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts. Einer Richtlinie entgegenstehende innerstaatliche Regelungen werden danach durch das Gemeinschaftsrecht verdrängt, sofern der Richtlinie eine unmittelbare Wirkung zukommt.

Bereits vor ihrer vollständigen Umsetzung in deutsches Recht entfalten die Vogelschutzrichtlinie, die FFH-Richtlinie und die UVP-Richtlinie – im Einzelnen zu differenzierende – unmittelbare Wirkungen. So ist davon auszugehen, dass die Genehmigungsbehörde die Errichtung von Windkraftanlagen in so genannten „faktischen Vogelschutzgebieten“ bzw. „faktischen FFH-Gebieten“ nur gestatten darf, soweit die betreffenden Richtlinien hierfür Raum geben. Für die Einstufung als faktisches Vogelschutzgebiet kommt den Vorschlägen der IBA-Listen eine gewichtige Indizwirkung zu, deren Widerlegung nach Auffassung des EuGH nur auf Basis wissenschaftlich qualifizierter, rein fachlicher Erwägungen möglich ist.

Hinsichtlich der Umweltverträglichkeitsprüfung gilt: Von der UVP darf nur abgesehen werden, soweit dies die UVP-Änderungsrichtlinie gestattet. Anderenfalls ist ein vollwertiges UVP-Verfahren durchzuführen, inklusive Öffentlichkeitsbeteiligung.

Im Übrigen kann von den verschiedenen sonstigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts im Zusammenhang mit der Zulassung von Windkraftanlagen kein Gebrauch gemacht werden, weil § 1 Nr. 10a SeeAufgG für die Zulassung von Anlagen in der AWZ eine abschließende Regelung trifft, nach der insoweit ausschließlich das Seeaufgabengesetz und das Bundesberggesetz anzuwenden sein sollen. Die Auffassung, dass es grundsätzlich einer so genannten Erstreckungsklausel bedürfe, um innerstaatliches Recht in der AWZ anwenden zu können, wird hier zwar nicht als tragfähig erachtet. Die hier bevorzugte Auslegung führt jedoch für den Fragenkomplex der Zulassung von Anlagen in der AWZ praktisch zu dem gleichen Ergebnis.

Nicht anwendbar ist innerhalb der AWZ daher das sonstige Naturschutzrecht (die Eingriffsregelung des § 8 BNatSchG, die Schutzgebietsregelungen der §§ 13 bis 18 BNatSchG usw.), ferner das anlagenbezogene Immissionsschutzrecht, das Raumordnungsrecht oder das Bauplanungs- und Bauordnungsrecht.

Unabhängig davon ist (selbstverständlich) das Erneuerbare-Energien-Gesetz anzuwenden, in dessen Anwendungsbereich die AWZ mit § 2 Abs. 1 EEG ausdrücklich einbezogen worden sind.

Die vorangegangene Betrachtung macht deutlich, dass insgesamt noch erhebliche Auslegungs- und Anwendungsunsicherheiten bestehen. Das hier entwickelte Resultat ist in Teilbereichen streitbar (insbesondere hinsichtlich des Teiles 1.2.2). Es fehlt weitgehend an höchst-richterlicher Rechtsprechung. Eine Ausnahme bildet insoweit nur die EG-rechtliche Problematik. Von daher spricht viel dafür, legislativ tätig zu werden, um klare und anwendungssichere rechtliche Bestimmungen zu schaffen.

3 Verfassungsrechtliche Tragfähigkeit des seeaufgabenrechtlichen Instrumentariums

3.1 Das Seeaufgabengesetz

Der Bundesgesetzgeber hat den Regelungen des Seeaufgabenrechts mit dem Ausführungsgesetz zum SRÜ die Funktion zugewiesen, eine sachgerechte Grundlage für die Entscheidung über die Zulassung von Anlagen in der AWZ bereit zu stellen.⁸⁸ Dieser Aufgabe kann das Seeaufgabenrecht nur gerecht werden, wenn es einerseits sachlich angemessene, andererseits aber auch – und dies soll hier im Vordergrund stehen – rechtlich tragfähige Regelungen enthält. Das setzt im Mindesten voraus, dass die maßgebenden Vorschriften mit den Anforderungen des Grundgesetzes vereinbar sind.

Die verfassungsrechtliche Seite der Rechtsvorschriften für die Errichtung von Anlagen in der AWZ wird in der Rechtsliteratur bislang nicht erörtert. Das erstaunt, denn die Formulierungen des Seeaufgabengesetzes und der Seeanlagenverordnung können keineswegs selbstverständlich als verfassungsrechtlich bedenkenfrei eingestuft werden. Der Bundesgesetzgeber hat die Zulassung von Anlagen in der AWZ unter der Überschrift „Aufgaben der Seeschifffahrt“ dem Bund zugesprochen. Schon das fordert eine verfassungsrechtliche Prüfung heraus, einerseits hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, andererseits im Hinblick auf seine Verwaltungskompetenz. Zudem sind die Maßstäbe für die Zulassungsprüfung in Gesetz und Verordnung äußerst unpräzise gefasst. Auch dieser – materielle – Aspekt bedarf einer verfassungsrechtlichen Erörterung.

Sollten sich die Regelungen des Seeaufgabengesetzes als verfassungswidrig erweisen, so würde dies – im Falle einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts – insoweit zur Nichtigkeit des Gesetzes führen. Soweit die Vorschriften der Seeanlagenverordnung als verfassungsrechtlich nicht tragbar eingestuft werden müssen, können die Regelungen auch von den damit befassten einfachen Gerichten für unanwendbar erklärt werden. Zwar ist das reale Prozessrisiko begrenzt, weil Klagemöglichkeiten nur in wenigen Konstellationen bestehen.⁸⁹ Das rechtfertigt es aber nicht, die verfassungsrechtliche Seite von vornherein aus der Betrachtung auszublenden. Im Übrigen ist durchaus in einigen Fallgestaltungen damit zu rechnen, dass die Instanzgerichte selbst über verfassungsrechtliche Fragen zu entscheiden haben oder sich gehalten sehen, solche dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.

⁸⁸ Das ist praktisch die Hauptaufgabe der SeeAnIV, vgl. Jenisch, NuR 1997, S. 373, 376.

⁸⁹ Siehe zu den Klagemöglichkeiten im Einzelnen unten, 4.3.

3.1.1 Kompetenzrechtliche Aspekte

3.1.1.1 Die Gesetzgebungskompetenz

In der Einleitungsformel zu § 1 Seeaufgabengesetz heißt es, der Bund nehme die im einzelnen bezeichneten Aufgaben „auf dem Gebiet der Seeschifffahrt“ wahr. Damit liegt es nahe anzunehmen, dass der Bund insoweit von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG Gebrauch gemacht hat. Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG steht ihm unter anderem das Recht zu, die Materie der „Hochsee- und Küstenschifffahrt“ gesetzlich zu regeln. In diesem Sinne liest sich auch die Gesetzesbegründung, soweit dort die Rede davon ist, dass die mit der Neuregelung des § 1 Nr. 10a SeeAufgG zusammenhängenden Verwaltungsaufgaben in Anwendung des Art. 89 Abs. 2 Satz 2 GG einer Bundesbehörde (dem Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie) zugewiesen werden sollen.⁹⁰ Jene Verfassungsvorschrift räumt dem Bund ausnahmsweise das Recht ein, sich selbst durch Gesetz auf dem Gebiete der „Seeschifffahrt“ die Verwaltungskompetenz zuzusprechen. Art. 89 Abs. 2 Satz 2 GG korrespondiert also unmittelbar mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG.

Die Errichtung und der Betrieb von künstlichen Inseln, Anlagen und Bauwerken außerhalb des Küstenmeeres gehört jedoch vom Bedeutungsgehalt der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG verwendeten Begriffe *nicht* dem Sachbereich „Hochsee- und Küstenschifffahrt“ bzw. dem Komplex „Seeschifffahrt“ an. In § 1 Nr. 10a SeeAufgG geht es primär um *nicht der Schifffahrt dienenden* Anlagen. Das ergibt sich nicht erst aus den konkretisierenden Vorschriften der Seeanlagenverordnung (vgl. dort § 1 Abs. 2), sondern bereits aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, die dazu dient, Art. 56 Abs. 1 SRÜ in deutsches Recht umzusetzen.⁹¹

Die in Bezug genommene Vorgabe des Art. 56 Abs. 1 SRÜ regelt gerade nicht Belange der Schifffahrt in der AWZ.⁹² Vielmehr geht es um Anlagen zur wirtschaftlichen Nutzung der AWZ insgesamt. Dabei mögen (ortsfeste) Anlagen der Schifffahrt in gewissem Umfang einbezogen sein. Sie stehen innerhalb des gesamten von Art. 56 Abs. 1 SRÜ geregelten Sachbereichs aber keineswegs im Zentrum oder im Vordergrund. Folglich können schifffahrtsbezogene Aspekte auch im Kontext des § 1 Nr. 10a SeeAufgG nur eine entsprechende Nebenrolle spielen: einerseits in Gestalt des (seltenen) Unterfalls, dass es um die Zulassung einer der Schifffahrt dienenden Anlage geht, andererseits insoweit, als die Sicherheit und Leichtigkeit des Schiffsverkehrs nicht beeinträchtigt werden soll. Diese nur eingeschränkt schifffahrtsbezogene Bedeutung des § 1 Nr. 10a SeeAufgG vermag aber der Vorschrift als Ganzer nicht den Charakter einer Regelung „auf dem Gebiet der Seeschifffahrt“ zu verleihen.

⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 13/193, S. 14.

⁹¹ So ausdrücklich BT-Drs. 10/193, S. 14.

⁹² Vgl. die schifffahrtsbezogenen Sonderregelungen in Art. 87 ff. SRÜ (klarstellend Art. 58 SRÜ).

Es kommt auch nicht ernsthaft in Betracht, im Hinblick auf den Kompetenztitel „Hochseeschifffahrt“ von den Rechtsfiguren der „Kompetenz kraft Sachzusammenhangs“ oder der „Annex-Kompetenz“ Gebrauch zu machen. Die „Annex-Kompetenz“ scheidet schon aus, weil es dort nur um ergänzende Befugnisse zum Erlass von Verfahrens- oder Vollzugsregelungen gehen kann.⁹³ Eine Kompetenz „kraft Sachzusammenhangs“ darf der Bund nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für sich wiederum nur beanspruchen, wenn sich die Mitregelung der an sich einem anderen Kompetenzbereich zuzuordnenden Materie als „unerlässliche Voraussetzung für eine zieladäquate Reglementierung“ innerhalb des fraglichen Sachbereichs darstellt.⁹⁴ Das ist hier nicht der Fall. Die Zulassung und Überwachung von nicht der Schifffahrt dienenden Anlagen in der AWZ könnte ebenso angemessen außerhalb des Seeschifffahrtsrechts und außerhalb des Aktionsfeldes des Bundesamts für Seeschifffahrt und Hydrographie geregelt werden, indem die Berücksichtigung der Belange der Seeschifffahrt in die dann an anderer Stelle befindlichen maßgebenden Gesetzestatbestände aufgenommen würden.

Die gleichen Erwägungen können auch gegenüber einer theoretisch denkbaren Kompetenz des Bundes für Regelungen in der AWZ kraft „Natur der Sache“ vorgebracht werden. Denn eine solche kommt nur in Betracht, wenn „gewisse Sachverhalte, weil sie ihrer Natur nach eine eigenste, der partikulären Gesetzgebungszuständigkeit entrückte Angelegenheit des Bundes darstellen“.⁹⁵

Gleichwohl spricht aus hiesiger Sicht Überwiegendes dafür, dass die Handlungsweise des Bundesgesetzgebers in kompetenzrechtlicher Hinsicht (noch) verfassungsrechtlich haltbar ist. Bei einem näheren Blick auf den sachlichen Hintergrund dürfte sich das Thema der Zulassung und Überwachung von künstlichen Inseln, Anlagen und Bauwerken in der AWZ in seinem materiellen Kern nämlich als Gegenstand der Gesetzgebungsmaterie „Recht der Wirtschaft“ darstellen, für die dem Bund gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ebenfalls die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit zukommt.

Das Recht der Wirtschaft wird definiert als alle Normen, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung regeln.⁹⁶ Damit umfasst es über die Organisation der Wirtschaft hinaus auch die Steuerung und Lenkung des Wirtschaftslebens insgesamt.⁹⁷ Die Aufzählung einzelner Wirtschaftszweige in der Klammer der Vorschrift – die auch die „Energie-

⁹³ Vgl. Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 70 Rdnr. 24 ff. m.w.N.

⁹⁴ Grundlegend BVerfGE 3, S. 407, 423; vgl. Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 70 Rdnr. 24 m.w.N.

⁹⁵ BVerfGE 25, S. 257; eingehend Jarass, Schutzgebiete, S. 64 ff.

⁹⁶ BVerfGE 8, S. 143, 148 f.; BVerfGE 55, S. 274, 308.

⁹⁷ Vgl. BVerfGE 11, S. 105, 110 ff.; BVerfGE 67, S. 256, 275.

wirtschaft“ erwähnt⁹⁸ – ist nicht abschließend. Die Vorschrift tritt hinter andere Kompetenztitel nur zurück, wenn der andere Titel spezieller ist oder ein stärkerer Zusammenhang zu den Kompetenzen der Länder besteht.⁹⁹ Derartiges ist hier jedoch nicht ersichtlich. Namentlich besteht kein stärkerer Sachzusammenhang zum Naturschutzrecht, weil es hier – anders als in der Frage der Schutzgebietsausweisung¹⁰⁰ – nicht überwiegend um Belange des Naturschutzes, sondern um die Absicht des Gesetzgebers geht, die ausschließliche Wirtschaftszone für die Errichtung von der Wirtschaft dienenden Anlagen zugänglich zu machen.

Im Verfassungsrecht gelten grundsätzlich die allgemeinen Auslegungsregeln.¹⁰¹ Danach kommt es bei der Auslegung von Rechtsvorschriften zuvörderst auf ihren objektiven Sinngehalt an, nicht auf die subjektiven Äußerungen der Gesetzgebungsorgane. Von daher kann es dahinstehen, wenn sich der Bundesgesetzgeber in der Kompetenzgrundlage „irrt“, sofern er der Sache nach eine andere, ebenfalls ihm selbst zustehende Gesetzgebungskompetenz wahrgenommen hat.

Mit § 1 Nr. 10a SeeAufgG wird in erster Linie die Öffnung der AWZ für wirtschaftliche Nutzungen angesprochen. Das lässt sich schon daran erkennen, dass der praktische Anwendungsbereich der Vorschrift nahezu ausschließlich auf Anlagen mit wirtschaftlichem Nutzen – namentlich zur energetischen Ausbeutung natürlicher Ressourcen – beschränkt ist.¹⁰² Für Fahrzeuge und technische Einrichtungen der Seeschifffahrt und der Fischerei sowie für bergbauliche Anlagen sind spezielle anderweitige Regelungen einschlägig. Deutlich wird die wirtschaftsbezogene Regelungstendenz zudem an dem Zweckhintergrund des § 1 Nr. 10a SeeAufgG, der dazu dienen soll, die souveränen Rechte und Hoheitsbefugnisse aus Art. 56 Abs. 1 SRÜ in deutsches Recht umzusetzen.¹⁰³ In Art. 56 SRÜ werden den Küstenstaaten gerade nicht schifffahrtsbezogene Rechte und Befugnisse verliehen, sondern solche der wirtschaftlichen Ausbeutung, der Wissenschaft und des Umweltschutzes.

Der Sinngehalt von Art. 56 Abs. 1 SRÜ gibt allerdings Anlass darüber nachzudenken, ob die Kompetenzgrundlage „Recht der Wirtschaft“ zur Regelung der betreffenden Gegenstände ausreicht. Denn mit § 1 Nr. 10a SeeAufgG werden zugleich Aspekte des Umweltschutzes und der Wissenschaft angesprochen. Dieser Umstand lässt es fraglich erscheinen, ob sich der Bund *in jeder Hinsicht* auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – und damit überhaupt auf eine ihm

⁹⁸ Auf den Untertitel der Energiewirtschaft wird man sich hier nur beziehen können, soweit es ausschließlich um die Zulassung von Energieanlagen in der AWZ geht. Die Regelungen des Seeaufgabengesetzes lassen das jedoch nicht erkennen.

⁹⁹ Vgl. BVerfGE 8, S. 143, 149 f.; BVerfGE 41, S. 344, 351 f.

¹⁰⁰ Speziell hierzu im Einzelnen Jarass, Schutzgebiete, S. 62 ff.

¹⁰¹ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG. Einl. Rdnr. 6 m.w.N.

¹⁰² Vgl. Jenisch, NuR 1997, S. 373, 376.

¹⁰³ So auch die Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drs. 13/193, S. 14.

günstige Kompetenznorm – berufen kann. Immerhin liegen aber gewichtige Argumente vor, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG dennoch auch insoweit für hinreichend tragfähig zu erachten:

Die Mitregelung von *Umweltschutzaspekten* dürfte unter dem Gesichtspunkt des Sachzusammenhangs zu halten sein. Zwar enthält das Grundgesetz keine Zuweisung einer allgemeinen Gesetzgebungsaufgabe „Umweltschutz“ an den Bund. Insbesondere existiert für die Materie des Natur- und Artenschutzes nur eine Rahmenkompetenz des Bundes. Aber der ausreichende Schutz vor Gefahren für die Meeresumwelt ist konstruktive Voraussetzung für die Anlagenzulassung, seine Mitregelung erscheint deshalb in diesem Sinne durchaus „unerlässlich“, um in dieser Hinsicht eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs zu begründen.¹⁰⁴

Die größere Unsicherheit liegt darin, dass die Bestimmung des § 1 Nr. 10a SeeAufgG in der Weite ihres Wortlauts auch die Errichtung und den Betrieb von Anlagen mit *wissenschaftlicher* Zweckbestimmung erfasst.¹⁰⁵ Eine dem Bund zustehende Materie „Wissenschaft“ kennen die Kompetenzzuweisungsnormen des GG nicht. Der Regelungsbereich fällt daher unter die Länderkompetenzen (Art. 70 Abs. 1 GG). Dennoch dürfte § 1 Nr. 10a SeeAufgG auch insoweit Ausdruck des Gebrauchs der Gesetzgebungskompetenz „Recht der Wirtschaft“ sein:

Den Schlüssel zu einem solchen Verständnis bietet der besondere völkerrechtliche Status der AWZ, der sich aus Art. 56 Abs. 1 SRÜ ergibt. Die Vorschrift weist den Küstenstaaten gemäß Buchstabe a) souveräne Rechte der *eigenen* wirtschaftlichen Nutzung in den AWZ zu, gemäß Buchstabe b) hoheitliche Befugnisse zum Erlass bestimmter *allgemeingültiger* Regelungen in den AWZ.¹⁰⁶ Das bedeutet, dass die AWZ als solche ein besonderes „Wirtschaftsgebiet“ ist. Das bestätigt auch die Bezeichnung als „ausschließliche Wirtschaftszone“. Nimmt der Gesetzgeber des Küstenstaates seine Hoheitsbefugnisse aus Art. 56 Abs. 1 b) SRÜ wahr, indem er bestimmte Anlagen zulässt, die (abweichend von Art. 56 Abs. 1 a) SRÜ) nicht seinem eigenen wirtschaftlichen Nutzen dienen, so kann das dahin gedeutet werden, dass er sein „eigenes“ Wirtschaftsgebiet für andere Nutzungen freigibt. Aus diesem Blickwinkel ergibt sich die Konsequenz, dass jedwede Regelung über die Zulassung von Anlagen Dritter in der AWZ als (auch) wirtschaftsbezogenen Inhalts verstanden werden kann.

Geht man mit dieser Auslegung davon aus, dass sich der Bund der Sache nach auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG berufen kann,¹⁰⁷ so lässt sich die Beibehaltung der Eingangsformulierung des § 1 Nr. 10a SeeAufgG als unmaßgeblicher Redaktionsfehler begreifen. Hierfür lassen

¹⁰⁴ Vgl. BVerfGE 3, S. 407, 423.

¹⁰⁵ Die Nichtanwendbarkeit auf wissenschaftliche Nutzungen ergibt sich erst aus der untergesetzlichen Bestimmung des § 1 Abs. 2 SeeAnIV.

¹⁰⁶ Siehe bereits oben, 1.1.

¹⁰⁷ So sieht es im Ergebnis auch die Begründung der Kabinettsvorlage zum Änderungsgesetz BNatSchG (vgl. die Begründung zu Art. 3 des Gesetzentwurfs – Änderung der Seeanlagenverordnung).

sich zwei Überlegungen anführen: Zum einen dürfte der Bund – wie gezeigt – die Bedeutung und Reichweite der Kompetenzvorschriften aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und Nr. 21 GG verkannt haben. Zum anderen dürfte ihm entgangen sein, dass die (von ihm im Zuge der Neuregelung nicht geänderte) Eingangsformel nicht mehr passt, weil in der geänderten Vorschrift (erst-mals) Regelungen getroffen wurden, die materiellrechtlich nicht dem Recht der Seeschifffahrt angehören.

Folgt man der hier vorgeschlagenen Auslegung nicht, so bleibt zur „Rettung“ der Regelung theoretisch noch die Möglichkeit, § 1 Nr. 10a SeeAufgG verfassungskonform dahin auszulegen, dass die Zulassung rein wissenschaftlicher Anlagen von der Vorschrift mit dem Blick auf die begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG von vornherein nicht erfasst werden soll. Einem solchen Verständnis fehlt aber die Überzeugungskraft, denn es setzt bereits voraus, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG einschlägig ist, ist also nicht geeignet zu beweisen, dass dies so ist.

Nach alledem kann – obgleich nach hiesiger Auslegung Überwiegendes für die Anwendbarkeit des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG spricht – die Regelung des § 1 Nr. 10a SeeAufgG nicht befriedigen. Ihre unveränderte Aufrechterhaltung birgt objektiv-rechtlich ein nicht unerhebliches „Restrisiko“ hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Tragfähigkeit. Sie ist zumindest so missverständlich formuliert, dass es dringend anzuraten ist, sie im Rahmen einer Gesetzesnovelle auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG neu zu fassen.

3.1.1.2 Die Verwaltungskompetenz

In Anbetracht dieses problematischen Zwischenergebnisses für die Gesetzgebungskompetenz stellt sich nachfolgend die Frage, welche Auswirkungen dies auf die Bestimmungen zur Verwaltungskompetenz im Seeaufgabengesetz hat. § 5 Abs. 1 Nr. 4 SeeAufgG weist diese für den Bereich des § 1 Nr. 10a SeeAufgG dem Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) zu.

Die Verwaltungskompetenz liegt nach den Bestimmungen des Grundgesetzes bei den Ländern, soweit nicht im Grundgesetz eine abweichende Regelung getroffen ist (Art. 83 GG). In der Gesetzesbegründung heißt es dazu, der Bund könne sich auf die besondere Kompetenzzuweisung des Art. 89 Abs. 2 Satz 2 GG für den Verwaltungsbereich „Seeschifffahrt“ stützen.¹⁰⁸ Geht man mit dem hier entwickelten Verständnis davon aus, dass § 1 Nr. 10a SeeAufgG nicht Ausfluss der Materie „Hochseeschifffahrt“ (Art. 1 Abs. 1 Nr. 21 GG) ist, so

¹⁰⁸ BT-Drs. 13/193, S. 14.

zieht das auch die Unanwendbarkeit des Art. 89 Abs. 2 Satz 2 GG für die darauf beruhende Verwaltungskompetenz nach sich.¹⁰⁹

Soweit man allerdings der Auslegung folgt, dass der Bund mit § 1 Nr. 10a SeeAufgG eine kompetenzrechtlich einwandfreie Regelung auf dem Gebiet des „Rechts der Wirtschaft“ getroffen hat, kann er sich mit der Zuweisung der Verwaltungskompetenz an ein Bundesamt auf Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG berufen. Danach können für Angelegenheiten, für die dem Bunde die Gesetzgebung zusteht, unter anderem „selbständige Bundesoberbehörden“ durch Bundesgesetz errichtet werden. Die Vorschrift erlaubt es nicht nur, solche Bundesbehörden zu errichten, sondern auch, solchen die entsprechenden Verwaltungskompetenzen zu verschaffen.¹¹⁰ Folglich ist es auch möglich, auf Grundlage des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG einer vorhandenen Bundesbehörde die Funktion einer Bundesoberbehörde zuzuweisen und sie insoweit mit Verwaltungsaufgaben zu betrauen.

Folgt man indessen weder der Ansicht, der Bund könne sich mit § 1 Nr. 10a SeeAufgG auf die Gesetzgebungskompetenz „Recht der Hochseeschifffahrt“ stützen, noch der hier befürworteten Anerkennung einer Bundeskompetenz aus der Materie „Recht der Wirtschaft“, so bleibt verfassungsrechtlich kein Raum für Zuweisung von Verwaltungskompetenzen an eine Bundesbehörde.

3.1.2 Bestimmtheitsaspekte

3.1.2.1 Prüfungsmaßstäbe

Das Bestimmtheitsgebot genießt als spezifische Ausprägung des Rechtsstaatsgebots (Art. 20 Abs. 3 GG) allgemeine Anerkennung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der Gerichtsbarkeit und der Rechtslehre. Je nachdem, in welcher Konstellation das Gebot zum Tragen kommt, ergeben sich dabei gewisse Akzentverschiebungen in der Würdigung. Zu unterscheiden ist systematisch zwischen der hinreichenden Bestimmtheit (erstens) von gesetzlichen Vorschriften im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt, (zweitens) speziell von Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen sowie (drittens) von einzelnen Rechtsbestimmungen innerhalb von Gesetzen und Verordnungen:

- a) Soweit es um Parlamentsgesetze geht, ist die Forderung nach der Bestimmtheit der Regelungen Ausfluss des „Gesetzesvorbehalts“. Der Gesetzesvorbehalt fordert, dass staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen durch ein förmliches Gesetz le-

¹⁰⁹ So sieht es auch Jarass (Schutzgebiete, S. 69 f.) hinsichtlich des Naturschutzes in der AWZ.

¹¹⁰ Vgl. Jarass, Schutzgebiete, S. 70 m.w.N.

gitimiert wird.¹¹¹ In diesem Sinne verlangt der Vorbehalt des Gesetzes nicht nur danach, dass überhaupt eine gesetzliche Grundlage für das Verwaltungshandeln vorhanden ist, sondern dass „alle wesentlichen Fragen vom Parlament selbst entschieden“ werden.¹¹² Der Gesetzgeber ist gehalten, „im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese einer staatlichen Regelung zugänglich sind, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen.“¹¹³ (sog. Wesentlichkeitstheorie). Das förmliche Gesetz muss in diesem Sinne hinreichend bestimmt bzw. genau sein.¹¹⁴ Wie bestimmt es im Einzelfall sein muss, hängt davon ab, welche Intensität die Wirkungen der Regelung auf die Grundrechtsausübung haben.¹¹⁵

- b) Für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von in Gesetzen enthaltenen Verordnungsermächtigungen formuliert Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG einen spezifischen Bestimmtheitsmaßstab. Danach „müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden“. Zur Auslegung dieser Vorschrift hat das Bundesverfassungsgericht verschiedene Formeln angewandt. Grundlegend ist die „Selbstentscheidungsformel“, nach der der Gesetzgeber selbst die Entscheidung treffen muss, welche Aspekte durch die Rechtsverordnung geregelt werden sollen (Inhalt), welche Grenzen die Regelung haben (Ausmaß) und welchem Ziel sie dienen soll (Zweck).¹¹⁶ Nach der „Programmformel“ muss sich aus dem Gesetz ermitteln lassen, welches Programm durch die Verordnung erreicht werden soll.¹¹⁷ Nach der „Vorhersehbarkeitsformel“ muss der Adressat im Gesetz erkennen können, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird.¹¹⁸

Für die Feststellung, ob diese Anforderungen erfüllt sind, gelten grundsätzlich die allgemeinen juristischen Auslegungsregeln. Besondere Bedeutung erlangt insoweit die Zwecksetzung der Regelung, weil aus ihr regelmäßig das Programm der Verordnung abgeleitet werden kann, und zwar sowohl hinsichtlich des „Ob“ des Gebrauchmachens durch die Exekutive als auch hinsichtlich des „Wie“, also des konkreten Inhalts.¹¹⁹ Bei der Auslegung spielt auch eine wesentliche Rolle, welche Eingriffsintensität mit der Verordnungsermächtigung verbunden wird,¹²⁰ und welcher Eigenart die jeweilige Regelungsma-

¹¹¹ BVerfGE 98, S. 218, 251.

¹¹² BVerfGE 95, S. 267, 307; BVerfGE 98, S. 218, 251.

¹¹³ BVerfGE 61, S. 260, 275; BVerfGE 49, S. 89, 126; BVerfGE 98, S. 218, 251.

¹¹⁴ Vgl. BVerfGE 57, S. 295, 320 f.

¹¹⁵ BVerfGE 49, 89, 127.

¹¹⁶ BVerfGE 2, S. 307, 334.

¹¹⁷ BVerfGE 5, S. 71, 77.

¹¹⁸ BVerfGE 1, S. 14, 60.

¹¹⁹ Vgl. Piroth, in: Jarass/Piroth, GG, Art. 80 Rdnr. 12 m.w.N.

¹²⁰ Vgl. BVerfGE 58, S. 257, 277 f.; BVerfGE 65, S. 323, 325.

terie ist.¹²¹ Zu alledem wird in der Rechtsliteratur die Einschätzung geäußert, dass sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insgesamt eine gewisse Tendenz der Abschwächung dieser Anforderungen abzeichne.¹²²

- c) Für die Beurteilung der Bestimmtheit von einzelnen Rechtsvorschriften – sei es innerhalb von Gesetzen oder von Rechtsverordnungen – gilt das Bestimmtheitsgebot schließlich in seiner allgemeinen Form als Ausprägung des Rechtsstaatsgebots (Art. 20 Abs. 3 GG). In dieser Variante kommt das Gebot im Rahmen der vorliegenden Ausarbeitung sowohl bei der Bewertung bei der Prüfung der Seeanlagenverordnung¹²³ als auch hinsichtlich der Würdigung von Einzelvorschriften im Seeaufgabengesetz¹²⁴ zum Tragen.

Nach dem Bestimmtheitsgebot in seiner allgemeinen Bedeutung müssen Vorschriften so genau gefasst werden, wie dies „nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.“¹²⁵ Da verschiedenen Regelungsmaterien in unterschiedlichem Maße regelungsfähig sind, kann auf unbestimmte (auslegungsbedürftige) Rechtsbegriffe nicht gänzlich verzichtet werden. Sie sind daher – ebenso wie Generalklauseln – regelmäßig zulässig.¹²⁶ Allerdings müssen die Inhalte der Rechtsnormen so weit bestimmbar sein, dass die Möglichkeit richterlicher Überprüfung gegeben ist.¹²⁷ Auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe müssen also auch *auslegungsfähig* sein. Ihre Unbestimmtheit darf nicht so weit gehen, dass ein Auslegungsergebnis nicht mehr gefunden werden kann – mit der Folge, dass eine willkürliche Handhabung durch die Behörden möglich würde.¹²⁸

3.1.2.2 Die Aufgabenzuweisung an den Bund (§ 1 Nr. 10a SeeAufgG)

Die Regelung des § 1 Nr. 10a SeeAufgG, mit der sich der Bund die Materie der Prüfung, Zulassung und Überwachung von Anlagen seewärts des Küstenmeeres selbst zuweist, ist als Bestimmung innerhalb eines Gesetzes am Maßstab des Gesetzesvorbehalts (Parlamentarvorbehalts) zu messen. Nach der Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts ist

¹²¹ So Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 80 Rdnr. 12 m.w.N.

¹²² Vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 80 Rdnr. 11 m.w.N.

¹²³ Siehe unten, 3.2.1.

¹²⁴ Siehe unten, 3.1.2.2 und 3.1.2.3.

¹²⁵ BVerfGE 93, S. 213, 238.

¹²⁶ Vgl. BVerfGE 78, S. 295, 211; BVerfGE 87, 234, 263 f.; BVerfGE 8, 274, 326; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 20 Rdnr. 62 m.w.N.

¹²⁷ Vgl. BVerfGE 6, S. 32, 42; BVerfGE 20, S. 150, 158.

¹²⁸ Vgl. BVerfGE 80, S. 137, 161.

der Gesetzgeber gehalten, alle für die Ausübung der Grundrechte wesentlichen Aspekte selbst zu regeln (und nicht an die Exekutive zu delegieren).¹²⁹

Diesem Maßstab wird die Aufgabenzuweisung trotz anfänglich bestehender Bedenken gerecht. Nach den obigen Ausführungen dient die Vorschrift der Umsetzung des Art. 56 Abs. 1 SRÜ. Damit sind Zweck und Inhalt der Aufgabenzuweisung klar erkennbar. Es geht darum, die Nutzung der ausschließlichen Wirtschaftszone, soweit es um die Errichtung und den Betrieb von künstlichen Inseln, Anlagen und Bauwerken geht, abschließend und verbindlich zu regeln.¹³⁰

Dass die in der Regelung gewählte Begrifflichkeit („Anlagen, einschließlich Bauwerke und künstliche Inseln“) leicht von der Begriffsgruppierung in Art. 56 Abs. 1 SRÜ („künstliche Inseln, Anlagen und Bauwerke“) abweicht, ändert hieran nichts. Der sachliche Regelungsgegenstand wird ausreichend klar umrissen.

Der in der Vorschrift angegebene Beurteilungsmaßstab („im Hinblick auf die Eignung für den Verkehr und die Abwehr von Gefahren für die Meeresumwelt“) ist in gewisser Weise undeutlich, da von der „Eignung“ für den Verkehr die Rede ist. Das legt den Gedanken nahe, hier ginge es um Anlagen verkehrlicher Art (also um Wasserfahrzeuge oder um ortsfeste Anlagen des Seeverkehrs), während es in Wahrheit weder ausschließlich noch in erster Linie – sondern allenfalls am Rande – um Anlagen des Schifffahrtswesens geht. Dieser Widerspruch ist jedoch nur ein scheinbarer. Er lässt sich mit einem Blick auf den übergeordneten Zweck der Vorschrift leicht ausräumen. Denn § 1 Nr. 10a SeeAufgG ist in seiner Zweckrichtung dem Art. 56 Abs. 1 SRÜ untergeordnet.¹³¹ Folglich muss der missverständliche Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift entsprechend korrigierend ausgelegt werden.

Im Resultat bedeutet das: Seinem sachlichen Gehalt nach weist § 1 Nr. 10a SeeAufgG dem Bund die Aufgabe zu, die Prüfung, Zulassung und Überwachung von Anlagen seewärts des Küstenmeeres (in jeder Hinsicht) zu regeln. Dieser Inhalt kann der Vorschrift unter verständiger Würdigung ihres Sinnes und Zweckes ungeachtet gewisser Unklarheiten ihres Wortlauts mit hinreichender Bestimmtheit entnommen werden.

3.1.2.3 Die Zulassungsanforderungen im Seeaufgabengesetz

Zu den Auffälligkeiten des Seeaufgabengesetzes zählt, dass es selbst keinen vollständigen Genehmigungstatbestand für die Zulassung der angesprochenen Anlagen in der AWZ formuliert, sondern die betreffenden Fragestellungen weitgehend an die Exekutive delegiert.

¹²⁹ Siehe oben, 3.1.2.1 a) m.w.N.

¹³⁰ Siehe oben, 2.2 und 3.1.1.1.

Konkret bestimmt § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4a SeeAufgG, dass das Bundesministerium für Verkehr ermächtigt wird, „zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Seeverkehrs ...“ Rechtsverordnungen zu erlassen über „die Prüfung, Zulassung und Überwachung im Sinne des § 1 Nr. 10a“. Diese Ermächtigung wird von § 9 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes dahin erweitert, dass die betreffenden Rechtsverordnungen auch „zur Abwehr von Gefahren für die Meeresumwelt“ (Nr. 1) erlassen werden können. Im Übrigen programmiert das Gesetz die nachgeordnete Verordnung lediglich dadurch, dass es selbst die zuständige Verwaltungsbehörde bestimmt (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 SeeAufgG). Weitere Einzelheiten zur Zulassung enthält das Gesetz nicht. Es beschreibt insbesondere nicht den Kreis der genehmigungsbedürftigen Anlagen¹³² und die Art des Zulassungsverfahrens.

Dieses nur minimal klingende Programm an gesetzlichen Vorgaben für die Zulassung von Anlagen in AWZ fordert es heraus, die Einhaltung der Anforderungen aus der Wesentlichkeitstheorie¹³³ in Frage zu stellen. Immerhin macht das Gesetz jedoch deutlich, dass Anlagen seewärts des Küstenmeeres *ohne Genehmigung nicht errichtet und betrieben werden dürfen*. Damit kommen die Regelungen des Gesetzes strukturell einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gleich, auch wenn dieses lediglich aus der Verordnungsermächtigung herausgelesen werden kann und nirgendwo direkt ausgedrückt wird. Auch hinsichtlich des Zulassungsmaßstabes lassen sich den Vorschriften die entscheidenden Kernaussagen entnehmen, indem dort die Ziele – Abwehr von Gefahren für die Sicherheit und Leichtigkeit des Seeverkehrs sowie für die Meeresumwelt, Verhütung von schädlichen Umwelteinwirkungen – mit (auslegungsbedürftigen) Rechtsbegriffen umschrieben werden. Die relative Unbestimmtheit der benutzten Rechtsbegriffe¹³⁴ geht nicht so weit, die These begründen zu können, hier würde die Exekutive nicht erkennen können, an welchen Maßstäben sie sich bei der Konkretisierung durch die Verordnung zu orientieren hätte.

Unproblematisch ist auch, dass das Gesetz die genehmigungsbedürftigen Anlagen nicht im Einzelnen benennt. Daraus ist lediglich zu folgern, dass alle betreffenden Vorhaben genehmigungsbedürftig sind, solange und soweit sie nicht durch Verordnung als zulassungsfrei eingestuft werden oder auf Grund anderer spezieller Vorschriften von einer Genehmigungsfreiheit auszugehen ist.

Bei alledem ist aus grundrechtsdogmatischer Perspektive zu betonen, dass das Seeaufgabengesetz, indem es die Genehmigungsbedürftigkeit für Anlagen in der AWZ statuiert, *nicht*

¹³¹ Siehe bereits oben, 2.2 und 3.1.1.1.

¹³² Vgl. hierzu § 1 Abs. 2 SeeAnIV.

¹³³ Grundlegend insoweit BVerfGE 49, 89, S. 125 ff.; siehe oben, 3.1.2.1.

¹³⁴ Zur Zulässigkeit von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln vgl. Vgl. BVerfGE 78, S. 295, 211; BVerfGE 87, 234, 263 f.; BVerfGE 8, 274, 326.

in vorhandene Grundrechte eingreift. Diese Aussage mag auf den ersten Blick überraschen, lässt sich aber aus dem besonderen Rechtsstatus der AWZ erklären:

Vor dem Inkrafttreten des SRÜ genoss die Bundesrepublik außerhalb ihres Küstenmeeres keine territorial bezogenen Hoheitsbefugnisse. Das Grundgesetz galt hier – territorial gesehen – nicht. Erst durch das SRÜ wurden Rechte und Befugnisse hoheitlicher Art für die Küstenstaaten in der AWZ geschaffen. Vom Zeitpunkt ihrer Proklamation an konnte auch die Bundesrepublik solche Rechte und Befugnisse in der eigenen AWZ wahrnehmen. Das bedeutete aber zunächst nur, dass ihr selbst die ihr in Art. 56 Abs. 1 a) SRÜ (*als Staat*) eingeräumten souveränen Rechte zustanden. *Dritten* standen zu diesem Zeitpunkt noch *keine* eigenen Rechte innerhalb der AWZ zu, da Art. 56 Abs. 1 a) SRÜ unmittelbar nur *staatliche Eigenrechte* für die Küstenstaaten schuf. Rechte *Dritter* konnten innerhalb der AWZ daher erst von dem Zeitpunkt ab entstehen, in dem der betreffende Küstenstaat seine hoheitlichen Befugnisse aus Art. 56 Abs. 1 b) SRÜ wahrnahm und ihnen damit eigene Rechte zusprach.

Genau dies ist durch das Seeaufgabengesetz geschehen. Der deutsche Staat hat darin Dritten die Möglichkeit zur Errichtung und zum Betreiben von Anlagen in der AWZ (erstmalig) zugesprochen – unter der Voraussetzung, dass das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie eine Genehmigung erteilt, mit der sichergestellt wird, dass durch die Anlage keine Gefahren für die Seeschifffahrt und die Meeresumwelt sowie keine schädlichen Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden. Demnach wurde durch das Seeaufgabengesetz also *erstmalig* das Recht Dritter konstituiert, für die Errichtung und den Betrieb von Anlagen in der AWZ eine Genehmigung beantragen und eine rechtmäßige Entscheidung hierüber beanspruchen zu können. Damit liegt rechtsdogmatisch kein Grundrechtseingriff vor, sondern eine Erweiterung des Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und gegebenenfalls weiterer Grundrechte auf das Gebiet der deutschen AWZ.

Dieser Sichtweise steht nicht entgegen, dass das Grundgesetz seit der betreffenden Proklamation auch in der ausschließlichen Wirtschaftszone gilt.¹³⁵ Daraus ist aus dogmatischer Sicht nicht zu schließen, dass dort alle einzelnen Grundrechte galten. Denn für die Reichweite der küstenstaatlichen Hoheitsbefugnisse in der AWZ ist das SRÜ maßgebend. Die Grundrechte gelten in der AWZ nur nach Maßgabe des SRÜ. Das SRÜ macht jedoch das Vorhandensein von Rechten Dritter in der AWZ mit seiner Regelung in Art. 56 Abs. 1 b) davon abhängig, dass der betreffende Küstenstaat ihnen solche Rechte zuvor zugesteht. Er *kann* seine Befugnis aus Art. 56 Abs. 1 b) SRÜ wahrnehmen, *muss* dies aber nicht, da ihm Art. 56 Abs. 1 a) SRÜ vorgängig *Eigenrechte* der wirtschaftlichen Nutzung einräumt. Folglich kann ihm durch das Grundgesetz nicht von vornherein aufgegeben sein, Dritten die Errichtung von

¹³⁵ Vgl. Jarass, Schutzgebiete, S.62 f.; Czybulka, NuR 1999, S. 562, 567 f.

Anlagen in der AWZ gestatten zu müssen. Das wäre mit der Regulationsstruktur des Art. 56 Abs. 1 SRÜ nicht zu vereinbaren.

Selbst wenn man dieser rechtsdogmatischen Sichtweise nicht folgt, wird man anerkennen müssen, dass der mit dem Genehmigungsvorbehalt des SRÜ (dann notwendigerweise) verbundene Grundrechtseingriff in Anbetracht der historischen Entwicklung jedenfalls nicht von besonderer Intensität¹³⁶ sein kann, da sich der jeweilige Interessent nicht auf eine *hergebrachte* Rechtsposition berufen kann, insbesondere – mit Blick auf das Grundrecht der Berufsfreiheit – nicht geltend machen kann, dass in ein *vorhandenes* Berufsbild eingegriffen würde.

Vor dem Hintergrund einer (wenn überhaupt) allenfalls nur geringen Intensität des mit dem Genehmigungsvorbehalt im Seeaufgabengesetz verbundenen Grundrechtseingriffs kann geschlossen werden, dass die konkreten Anforderungen aus der Wesentlichkeitstheorie insoweit verhältnismäßig gering sind – und die betrachteten Festlegungen des Seeaufgabengesetzes mit diesen vereinbar sind.

3.1.2.4 Die Verordnungsermächtigung (§ 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4a, Abs. 2 SeeAufgG)

Als verfassungsrechtlich nicht unbedenklich stellt sich die Ermächtigung des Bundesministeriums für Verkehr zum Erlass von Rechtsverordnungen über „die Prüfung, Zulassung und Überwachung von Anlagen im Sinne des § 1 Nr. 10 a“ SeeAufgG dar (§ 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4a SeeAufgG). Diese Vorschrift ist am Maßstab des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG zu messen, welcher fordert, dass Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz selbst bestimmt sein müssen.

Mit den vorstehenden Ausführungen ist zwar bereits festgestellt worden, dass sich die zentralen *inhaltlichen* Vorgaben an den Ordnungsgeber aus den im Gesetz selbst verankerten Zwecken der Verordnung – Abwehr von Gefahren für die Seeschifffahrt sowie für die Meeresumwelt, Verhütung schädlicher Umwelteinwirkungen (vgl. § 9 Abs. 1, 2 SeeAufgG) – relativ sicher ableiten lassen. In ihrem inhaltlichen Regelungskern sind die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots damit eingehalten. Das gilt jedoch nicht ohne weiteres im Hinblick auf das „Ob“ des Gebrauchs der Ermächtigung durch das Bundesministerium. Die Einleitungsformel des § 9 Abs. 1 SeeAufgG lässt sich nämlich nicht klar entnehmen, dass das angesprochene Ministerium von der Ermächtigung Gebrauch machen *muss*.

¹³⁶ Auf die Intensität des Grundrechtseingriffs kommt es im Rahmen der Wesentlichkeitsprüfung an, vgl. BVerfGE 49, 89, 127.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Ermächtigungen, deren Inanspruchnahme im Ermessen des Ermächtigungsadressaten steht, aber nur zulässig, wenn die Anwendbarkeit des zugrunde liegenden Gesetzes nicht vom Erlass der Verordnung abhängig ist.¹³⁷ Der Gesetzgeber soll nicht einen Teil seiner Gesetzgebungsmacht der Exekutive übertragen können, ohne die Grenzen der Befugnis bedacht und diese nach Tendenz und Programm so genau umrissen zu haben, dass schon aus der Ermächtigung erkennbar und vorhersehbar ist, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll.¹³⁸ Daraus folgt, so das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung über die *Fehlbelegungsabgabe*, dass das Gesetz den Verordnungsgeber in bestimmten Fällen auch dazu anhalten muss, die Ermächtigung wahrzunehmen, nämlich sofern die Anwendbarkeit des Gesetzes erst durch den Erlass der Verordnung ermöglicht wird.¹³⁹

Auch im Falle des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4a SeeAufgG bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige „Kann-Ermächtigung“ vorliegt. Es fehlt an einer ausdrücklichen Verpflichtung des Verordnungsgebers zum Erlass der Verordnung. Der Genehmigungstatbestand selbst befindet sich nur in der Form eines indirekt ableitbaren Grundgerüsts im Gesetz, die konkrete Ausformung wird weitestgehend der Verordnung überlassen. Der Anwendungsbereich der Genehmigungspflicht ist im Gesetz nicht geregelt. Es fehlt – bis auf die Festlegung der zuständigen Behörde – gänzlich an verfahrensrechtlichen Bestimmungen. Von daher bestehen zumindest Zweifel daran, dass das zugrunde liegende Gesetz hinsichtlich der Zulassung von Anlagen in der AWZ ohne die Verordnung als selbstständig vollzugsfähig angesehen werden kann.

Die Problematik bedarf hier jedoch keiner abschließenden Klärung. Es kann dahinstehen, ob der Genehmigungstatbestand, soweit er unmittelbar aus dem Gesetz abgeleitet werden kann, trotz der erwähnten Bedenken als für sich genommen bereits vollzugsfähig angesehen werden kann. Es ist auch nicht erforderlich, darüber zu befinden, ob – was ebenfalls nicht ausgeschlossen erscheint – die Verordnungsermächtigung im Lichte verfassungskonformer Auslegung als verpflichtender Natur verstanden werden muss. Denn selbst wenn in diesem Punkt an sich ein Verfassungsverstoß zu konstatieren sein sollte, bliebe dieser doch *bedeutungslos*, weil er historisch überholt wäre. Es kann auf ihn in Rechtsstreitigkeiten nicht mehr ankommen, weil die entsprechende Verordnung seit 1997 in Gestalt der Seeanlagenverordnung erlassen ist. Von daher kann der denkbare Verfassungsverstoß weder zum Gegens-

¹³⁷ BVerfGE 78, S. 249, 272 ff. (und Leitsatz).

¹³⁸ BVerfGE 78, S. 249, 272 – unter Berufung auf BVerfGE 58, S. 257, 777 m.w.N.

¹³⁹ BVerfGE 78, 249, 273.

tand einer Verfassungsbeschwerde¹⁴⁰ noch zum Anlass einer Richtervorlage¹⁴¹ gemacht werden.

3.2 Die Seeanlagenverordnung

3.2.1 Rechtsgrundlagen

Die Seeanlagenverordnung beruht ausweislich ihrer Einleitungsformel im Bundesgesetzblatt auf den Rechtsvorschriften des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 a, Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 1 Nr. 10a SeeAufgG.¹⁴² Die bereits mehrfach zitierte Regelung des § 9 Satz 1 Nr. 4a SeeAufgG ermächtigt zu Verordnungsregelungen mit dem Ziel der Abwehr von Gefahren für die Seeschifffahrt, die Bestimmung des § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SeeAufgG zum Zwecke der Abwehr von Gefahren für die Meeresumwelt.

Damit wird die Seeanlagenverordnung dem Zitiergebot (Art. 80 Abs. 1 Satz 3 GG) gerecht. Ihre Rechtsgrundlagen werden im Einzelnen benannt.

Nicht zur Anwendung kommt insoweit § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SeeAufgG. Nach dieser Vorschrift können Verordnungen auch erlassen werden zur „Verhütung von der Schifffahrt ausgehender schädlicher Umwelteinwirkungen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (...)“. Da die Anlagendefinition des § 1 Abs. 2 SeeAnIV *Schiffe* aus dem Anwendungsbereich der Verordnung ausnimmt, spielt dieser Verordnungszweck im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle (was nicht bedeutet, dass Belange des Immissionsschutzes in der Sache unberücksichtigt bleiben müssten).

Dabei kann außer Betracht bleiben, dass (auch) der Schifffahrt dienende bauliche Anlagen in der AWZ vom Wortlaut der Anlagendefinition in § 1 Abs. 2 SeeAnIV erfasst werden (z.B. solche zum Betanken, zum Warenumschlag o.ä.). Solcherlei Anlagen sind derzeit allenfalls theoretisch denkbar. Auf rein hypothetische Anwendungsfälle muss sich die Verordnung nicht einstellen.

Ohne Bedeutung bleibt auch, dass bauliche Anlagen in der AWZ regelmäßig über der Schifffahrt dienende Nebenanlagen (z.B. Anlagestellen) verfügen. Solche Nebenanlagen sind notwendige Bestandteile der Hauptanlage und haben rechtlich die Stellung von Zubehör inne.¹⁴³ Unter diesem Blickwinkel erscheint es nicht zwingend geboten, allein ihretwegen von § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SeeAufgG Gebrauch zu machen.

¹⁴⁰ Vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG.

¹⁴¹ Vgl. Art. 100 Abs. 1 GG.

¹⁴² BGBl. 1997 I S. 57.

¹⁴³ Zur Zubehöreigenschaft vgl. Jenisch, NuR 1997, S. 373, 376 f.

3.2.2 Der Genehmigungstatbestand

Weniger eindeutig ist, ob der Genehmigungstatbestand des § 3 SeeAnIV¹⁴⁴ den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots nachkommt.

Im Zuge der Erörterung des Umfangs der im Seeaufgabengesetz selbst geregelten Zulassungsanforderungen für Anlagen in der AWZ wurde konstatiert, dass das zugrunde liegende Gesetz die maßgebenden Vorgaben aus der Wesentlichkeitstheorie erfüllt.¹⁴⁵ Das Seeaufgabengesetz gibt der Verordnung einen ausfüllungsbedürftigen, aber auch ausfüllungsfähigen Rahmen vor, der hinsichtlich Zweck, Inhalt und Ausmaß des in der Verordnung zu regelnden konkreten Programms hinreichend genau ist.

Eine andere Frage ist, ob die Bestimmungen *innerhalb der Verordnung* ihrerseits den allgemeinen Ansprüchen aus dem Bestimmtheitsgebot gerecht werden. Insoweit kommt es darauf an, ob die betrachtete Vorschrift für den Staatsbürger in einem Mindestmaß vorhersehbar und berechenbar ist.¹⁴⁶ Das Bestimmtheitsgebot ist verletzt, wenn eine willkürliche Anwendung der Vorschrift durch die Behörde möglich wird,¹⁴⁷ weil sich die Vorschrift auf Grund ihres Mangels an Eindeutigkeit bei Anwendung der üblichen Auslegungsmethoden einer richterlichen Überprüfung entzieht.¹⁴⁸

Danach begegnet es gewissen Zweifeln, ob der Genehmigungstatbestand des § 3 SeeAnIV im Hinblick auf die Abwehr von Gefahren für die Meeresumwelt als hinreichend bestimmt angesehen werden kann.

Die Genehmigung von Anlagen in der AWZ ist gemäß § 3 Satz 1 SeeAufgG (2. Alternative) zu versagen, wenn „die Meeresumwelt gefährdet wird, ohne daß dies durch eine Befristung, durch Bedingungen oder Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann“. Ein diesbezoglicher Versagungsgrund liegt nach Satz 2 der Vorschrift „insbesondere“ vor, wenn (3.) „eine Verschmutzung der Meeresumwelt im Sinne des Artikels 1 Abs. 1 Nr. 4 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen (...) zu besorgen ist“.

In der folgenden Betrachtung muss demnach zwischen zwei Vorschriften differenziert werden: zum einen der „Insbesondere-Klausel“ des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV, zum anderen der General- und Auffangklausel des § 3 Satz 1 (2. Alternative).

¹⁴⁴ Im Wortlaut wiedergegeben unter 1.3.

¹⁴⁵ Siehe oben, 3.1.2.3.

¹⁴⁶ Vgl. BVerfGE 56, S. 1, 12; BVerfGE 9, S. 137, 147.

¹⁴⁷ BVerfGE 89, S. 137, 161.

3.2.2.1 Die „Insbesondere-Klausel“ des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV

Die „Insbesondere-Klausel“ des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV erweckt auf den ersten Blick den Eindruck, eine vollzugsfähige Konkretisierung des allgemeinen Tatbestands der „Abwehr von Gefahren für die Meeresumwelt“ darzustellen. Das ist zweifelhaft. Die zum Beurteilungsmaßstab erhobene Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ definiert zwar den Begriff „Verschmutzung der Meeresumwelt“. Sie umschreibt diesen Begriff aber in einer Weite, die es unmöglich machen dürfte, sich zur Ablehnung eines Genehmigungsantrags nach § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV auf sie allein stützen zu können:

Nach der – oben im Wortlaut wiedergegebenen¹⁴⁹ – Bestimmung des Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ umfasst der Begriff „Verschmutzung der Meeresumwelt“ jede „unmittelbare oder mittelbare Zuführung von Stoffen oder Energie durch den Menschen“ (...), aus der sich (unter anderem) „abträgliche Wirkungen wie eine Schädigung der natürlichen Ressourcen sowie der Tier- und Pflanzenwelt des Meeres (...) und eine Verringerung der Annehmlichkeiten der Meeresumwelt ergeben oder ergeben können“.

Unter den Begriff des „Stoffes“ fallen beliebige Gegenstände, die von Schiffen, Luftfahrzeugen oder Bauwerken aus in die Meeresumwelt abgegeben werden. Dagegen kann nicht davon ausgegangen werden, dass die errichteten Anlagen (Bauwerke) selbst „Stoffe“ wären, sofern sie bestimmungsgemäß genutzt werden. Das zeigt ein Blick auf die übrigen Regelungen des SRÜ, welche die jeweiligen Anlagen als potenzielle Quellen von Verschmutzungen, nicht aber selbst als Verschmutzung betrachten.¹⁵⁰ Anders liegt es nur, wenn die Anlage beseitigt werden soll; dieser Fall wird als „Einbringen“ besonders behandelt.¹⁵¹ Unter der Zuführung von „Energie“ können auch Druck- und Schallwellen oder Erschütterungen subsumiert werden.¹⁵² Solcherart „energetische“ Wirkungen können von Windkraftanlagen in vielfältiger Weise ausgehen.

Als „abträgliche Wirkung“ in Gestalt einer Schädigung der *Tier- und Pflanzenwelt* des Meeres kann – vom Bedeutungsgehalt der verwandten Worte her – *jedwede* Schädigung schon eines *einzelnen* Bestandteils der Meeresumwelt (etwa eines einzelnen Tieres oder einer einzelnen Pflanze) verstanden werden. Bereits der Verlust eines einzelnen Exemplars aus der Tier- und Pflanzenwelt stellt eine Schädigung derselben dar. Die Definition des SRÜ lässt

¹⁴⁸ Vgl. BVerfGE 6, S. 32, 42; BVerfGE 20, S. 150, 158.

¹⁴⁹ Siehe oben, unter 1.1.

¹⁵⁰ Vgl. Art. 208, 211, 214, 216 und 217 bis 221 SRÜ, ferner die Absetzung von Art. 1 Abs. 1 Nr. 5 a) lit. ii) gegenüber lit. i) SRÜ, die zwischen dem Einbringen von Stoffen von Bauwerken aus und dem Einbringen (Beseitigen) von Bauwerken selbst unterscheidet. Eingehend zum Ganzen Jarass, Schutzgebiete, S. 24 ff.

¹⁵¹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Nr. 5 a) lit. ii) sowie Art. 210 Abs. 5 SRÜ.

¹⁵² So auch Jarass, Schutzgebiete, S. 26; das SRÜ gibt hierzu keine weiteren Hinweise.

nicht erkennen, wo die Grenze zwischen noch zumutbaren und nicht mehr akzeptablen „abträglichen Wirkungen“ auf die Schutzgüter der Tier- und Pflanzenwelt liegen soll. Um die Vorschrift anwendbar zu machen, bedarf es daher einer über die Definition als solche hinausgehenden Maßstabsbildung, d.h. einer Festlegung der Grenze zwischen zulässigen und nicht mehr zulässigen „abträglichen Wirkungen“, also der Formulierung einer Erheblichkeits- bzw. Abträglichkeitsschwelle. Diese Aufgabe erfüllt das SRÜ nicht selbst, sondern überlässt sie – wie Art. 56 Abs. 1 b) SRÜ ausdrücklich bestimmt – für den Bereich der AWZ der Regelungshoheit der Küstenstaaten.

Das hier dargelegte Verständnis der Definitionsvorschrift lässt sich ohne weiteres aus der systematischen Stellung der Regelung innerhalb des Übereinkommens und ihrem Sinn und Zweck herleiten. Während das Übereinkommen an diversen anderen Stellen im Einzelnen regelt, welche Befugnisse die jeweils angesprochenen Staaten haben, ist es Aufgabe der Definitionen in Art. 1 Abs. 1 des Abkommens, für eine einheitliche Anwendung der in den betreffenden Befugnisnormen verwandten zentralen Begriffe Sorge zu tragen. Die Definitionen beschreiben daher nicht, welche Handlungen als Verschmutzungen der Meeresumwelt unzulässig sein sollen, sondern stecken lediglich den Gesamtrahmen dessen ab, welche Vorgänge von den Staaten als Verschmutzungen angesehen werden können. Demgegenüber geht es in § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV darum, welche Umweltbelastungen nicht mehr zuträglich sein sollen. Hierüber gibt Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ jedoch keine Auskunft.

Ungeachtet der begrenzten Funktion der Definitionsvorschrift erscheint es zwar auch denkbar, eine Erheblichkeitsschwelle in die betreffende Vorschrift des Übereinkommens hinein zu lesen, indem sie dahin interpretiert wird, dass generell nicht auf den Schutz einzelner Exemplare der Tier- und Pflanzenwelt abzustellen sei, sondern auf den Erhalt von Lebensräumen im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Tier- und Pflanzenwelt als Ganzer. Ginge man so vor, so ergäbe sich aber ein Wertungswiderspruch zur Behandlung der anderen in der Vorschrift genannten Schutzgüter, zum Beispiel demjenigen der „Annehmlichkeiten der Umwelt“. Als Verringerung von Annehmlichkeiten der Umwelt dürfte von der Begrifflichkeit her jede Art der ästhetischen Beeinträchtigung anzusehen sein. Auch hierfür formuliert die Vorschrift keine Zuträglichkeitskriterien. Die Definition des SRÜ gibt nichts darüber her, welche Annehmlichkeiten hingenommen werden müssen und welche nicht. Dies festzulegen, obliegt (ebenfalls) den Küstenstaaten.

Auch von der inhaltlichen Zielrichtung der Norm her liegt es nicht nahe, den Begriff „Verschmutzung der Meeresumwelt“ hinsichtlich der Tier- und Pflanzenwelt als allein auf den Schutz von Lebensräumen und ökologischen Funktionen bezogen einzuengen und daraus eine Zu- bzw. Abträglichkeitsschwelle abzuleiten. Zu bedenken ist insofern, dass es im Kontext des Verschmutzungsbegriffes allein um (von Anlagen ausgehende) stoffliche und ener-

getische Einwirkungen geht, praktisch also im weitesten Sinne um Emissionen und Immissionen, nicht um die Anlagen selbst. In *diesem* Zusammenhang ergibt es keinen Sinn, ausschließlich oder primär auf ökosystemar bedeutsame Beeinträchtigungen abzustellen. Eine solche Interpretation liefe darauf hinaus, nur in sehr seltenen Fällen überhaupt emissions- bzw. immisionsseitige Zulassungsanforderungen stellen zu können, weil eine ökosystemar relevante Beeinträchtigung durch von den Anlagen verursachte Immissionen in der Regel zu verneinen sein dürfte.

Die Definition des SRÜ für den Terminus „Verschmutzung der Meeresumwelt“ dürfte bei sachgerechter Auslegung mithin nicht so verstanden werden können, als gäbe sie bereits einen vollständigen Beurteilungsmaßstab vor. Sie bedarf vielmehr der Ausfüllung und Konkretisierung an anderer Stelle. Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ ist dahin auszulegen, dass er den angesprochenen Staaten (lediglich) ein Spektrum von möglichen Schutzgütern angibt, zu deren Wahrung sie nach Maßgabe der näheren Bestimmungen im Übereinkommen Regelungen treffen *dürfen*. In welchem Umfang ihnen dies gestattet ist, ergibt sich für die AWZ aus Art. 55 ff., insbesondere aus 56 Abs. 1 b) in Verbindung mit Art 60 SRÜ.¹⁵³ Der Zweck der Definition des Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ liegt demnach darin, den inhaltlichen Rahmen für die an anderer Stelle im Übereinkommen ausgesprochenen Kompetenzen abzustechen, nicht aber zu beschreiben, welche möglichen „Verschmutzungen der Umwelt“ unzulässig sein sollen.

Indem § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV auf die Einhaltung des Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ abstellt, lässt die Verordnung die dem deutschen Staat durch Art. 56 Abs. 1 b) SRÜ gegebene Befugnis zur Festlegung eines Zuträglichkeitsmaßstabes für nachteilige Wirkungen auf die Meeresumwelt somit nach hiesiger Auslegung unausgefüllt. Das legt den Schluss nahe, § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV als inhaltsleer und im Ergebnis unbestimmt zu erachten, weil er in keiner Weise erkennen lässt, woran gemessen werden soll, ob eine unzulässige Verschmutzung der Meeresumwelt vorliegt.

Diesem Mangel wird auch nicht durch eine Auslegung der Klausel im Kontext des Normzweckes, des Oberbegriffes „Gefährdung der Meeresumwelt“ (§ 3 Satz 1 SeeAnIV, § 9 Abs. 2 Nr. 1 SeeAufgG) oder der Bezeichnung „Besorgnis“ begegnet werden können. Auch eine Heranziehung dieser ergänzenden Merkmale ergibt nicht, wo die Erheblichkeitsschwelle für die „Verschmutzung der Meeresumwelt“ liegen soll. Insbesondere aus dem Besorgnisbegriff lässt sich hierfür nichts gewinnen. Er bezieht sich nur auf den Wahrscheinlichkeitsgrad für

¹⁵³ Nach Jarass kommt es maßgebend auf die Konkretisierung von Art. 56 Abs. 1 b) lit. i) durch Art. 60 SRÜ an, soweit es nicht nur um Aspekte der „Verschmutzung“ der Meeresumwelt, sondern auch um Beeinträchtigungen durch die Anlage selbst geht (vgl. Schutzgebiete, S. 36 f. und 18 f.).

den Eintritt des betreffenden Ereignisses,¹⁵⁴ sagt aber nichts darüber aus, wann das Ereignis als unzutraglich einzustufen ist.

Unter Berücksichtigung der §§ 4 Abs. 2 und 5 Abs. 2 SeeAnIV ergibt sich ebenfalls nichts anderes. In § 4 Abs. 2 SeeAnIV ist unter anderem festgelegt, dass die Genehmigung „die Einhaltung bestimmter technischer Standards vorschreiben“ kann. Auch hier fehlt es an einer Festlegung des Beurteilungsmaßstabes. § 5 Abs. 2 SeeAnIV spricht zwar die Möglichkeit an, den Antragsteller zur Vorlage gutachterlicher Äußerungen über die Einhaltung der „anerkannten Regeln der Technik“ zu verpflichten. Damit verweist die Vorschrift immerhin auf einen Beurteilungsmaßstab in technischer Hinsicht (wenn auch einen recht niedrigen¹⁵⁵). Der dort genannte Maßstab ist im Hinblick auf nicht von der Wahl der Technik abhängige Arten der Gefahren für die Meeresumwelt ohne klare Aussage.

Im Zwischenergebnis spricht folglich Überwiegendes dafür, dass die Bestimmung des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV für sich genommen als nicht hinreichend bestimmt anzusehen ist. In Anbetracht dessen, dass der Inhalt von Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ bislang nicht Gegenstand von Entscheidungen der Rechtsprechung gewesen ist, lässt sich zwar nicht ausschließen, dass ein etwa angerufenes Gericht der Vorgabe trotz der hier vorgetragenen Bedenken einen vollzugsfähigen Inhalt zuschreiben zu können meint. Die vorstehenden Ausführungen zeigen jedoch zumindest, dass sich die Zulassungsbehörde auf rechtlich unsicherem Terrain bewegt, wenn sie im Genehmigungsverfahren maßgebend auf § 3 Satz 2 Nr. 3 SRÜ abstellt.

Hier rächt sich, dass das seeaufgabenrechtliche Instrumentarium darauf verzichtet, bewusst Bezüge zu anderen fachgesetzlich geregelten Materien, etwa zu den Bestimmungen des Natur- und Artenschutzes, zum Bundes-Immissionsschutzgesetz oder zum Wasserhaushaltsrecht herzustellen. Durch ein derartiges Vorgehen ließen sich die Probleme der Beurteilungskriterien im Wesentlichen – wenn nicht sogar vollständig – lösen.

3.2.2.2 Die Generalklausel des § 3 Satz 1 SeeAnIV

Der Bestimmtheitsmangel des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV wird allerdings dadurch relativiert, dass § 3 Satz 1 SeeAnIV im Übrigen unmittelbar zur Anwendung kommt.

Die Bestimmung des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV wird durch das Wort „insbesondere“ eingekleidet. Das bedeutet, dass die Klausel nur als ein (wichtiges) Beispiel für den Fall der Gefährdung der Meeresumwelt anzusehen ist. Sie erläutert die General- und Auffangklausel des § 3 Satz 1 SeeAnIV (in der 2. Alternative), ersetzt und verdrängt diese aber nicht. Sie ist

¹⁵⁴ Vgl. OVG Schleswig, NVwZ-RR 1994, S. 75, 76 f. m.w.N.

¹⁵⁵ Vgl. nur den Gegenbegriff „Stand der Technik“ in § 3 Abs. 6 BImSchG.

jener vollständig untergeordnet. Deshalb kommt es auf die Fehlerhaftigkeit der „Insbesondere-Klausel“ nicht an, wenn sich aus dem Oberbegriff der „Gefahr für die Meeresumwelt“ ein vollzugsfähiger Maßstab für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage ergibt.

Das dürfte hier zu bejahen sein. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln sind in verschiedenen Fachgesetzen des Umweltschutzes – ebenso wie im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht – relativ verbreitet. Sie erweisen sich oft als ausreichend bestimmt, weil sich ihr sachlicher Gehalt im Einzelfall aus dem Normzweck ermitteln lässt.¹⁵⁶

So dürfte es auch bei § 3 Satz 1 (2. Alt.) SeeAnIV liegen. Aus der Vorschrift lässt sich zumindest ein Kernbestand an materieller Aussagekraft herleiten, der sich als vollzugsfähig darstellt – nämlich des Inhalts, dass solche Beeinträchtigungen der Tier- und Pflanzenwelt zu unterbleiben haben, die mit hinreichender Wahrscheinlichkeit nicht nur den Verlust einzelner Tiere und Pflanzen erwarten lassen, sondern eine Schädigung, welche das betroffene Gebiet in seiner Funktion als Lebensraum für eine Tier- oder Pflanzenart bzw. für den Naturhaushalt insgesamt nicht nur unerheblich trifft. Diese Schutzrichtung lässt sich der Vorschrift insoweit entnehmen, als dort von einer Gefahr für die „Meeresumwelt“ gesprochen wird, nicht für einzelne Lebewesen (aus) der Meeresumwelt. Damit lässt sich auf Grundlage dieser Bestimmung eine Zuträglichkeitsschwelle feststellen. Im Unterschied zu § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV ist das hier möglich, weil die Verordnung an dieser Stelle Verknüpfung zu Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ herstellt.

Versteht man die Generalklausel in diesem Sinne, so bietet sie insbesondere – aber nicht nur – die Möglichkeit, die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen zum Schutz faktischer Vogelschutzgebiete bzw. faktischer FFH-Gebiete in das Zulassungsprogramm für Anlagen in der AWZ zu inkorporieren. Soweit die Errichtung oder der Betrieb einer Anlage mit den Anforderungen der angesprochenen Richtlinien nicht zu vereinbaren ist, kommt § 3 Satz 1 (2.Alt.) SeeAnIV hier nach Maßgabe einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung zur Anwendung.¹⁵⁷

Damit wird deutlich, dass die Vorschrift des § 3 Satz 1 (2. Alt.) SeeAnIV es nicht nur ermöglicht, Beeinträchtigungen in den Blick zu nehmen, die von der Anlage ausgehen, sondern auch, die *Anlage selbst* als Gefahrenmoment zu begreifen. Nur über diesen Weg ist es möglich, die in der Errichtung der Anlage selbst liegende Beeinträchtigung eines schutzbedürftigen Gebiets als rechtserheblich zu betrachten und so zum Beurteilungsgegenstand zu machen. Allein über die „Insbesondere-Klausel“ des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV könnten demgegenüber nur immissionsartige Folgewirkungen der Anlage berücksichtigt werden, nicht aber

¹⁵⁶ Vgl. BVerfGE 78, S. 295, 211; BVerfGE 87, 234, 263 f.; BVerfGE 8, 274, 326.

der in dem Akt der Beanspruchung des betreffenden Gebiets selbst liegende Zugriff auf die Natur.¹⁵⁸

Die Generalklausel des § 3 Satz 1 (2. Alt.) SeeAnIV bietet auch einen brauchbaren Rahmen für Fallgestaltungen, in denen die Genehmigung der Anlage mit etwaigen Anforderungen aus anderweitigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik zum Schutz der Meeresumwelt in Konflikt stehen würde. Ob und inwieweit sich aus den diversen in Betracht kommenden internationalen Übereinkommen zum Schutz der natürlichen Meeresumwelt oder einzelner Bestandteile (etwa auch einzelner Tierarten) verbindliche Rechtspflichten der Bundesrepublik herleiten lassen, kann hier nicht im Einzelnen thematisiert werden.¹⁵⁹ In jedem Falle sind die durch Völkerrecht unter besonderen Schutz gestellten Teile der Meeresumwelt grundsätzlich als Schutzobjekte im Sinne von § 3 Satz 1 (2. Alt.) SeeAnIV anzusehen, deren Gefährdung unter Anwendung der Klausel verhindert werden kann. Das gilt unabhängig davon, ob in dem jeweiligen Abkommen eine bestimmte konkrete Rechtspflicht der Bundesrepublik statuiert wird.

Auch im Hinblick auf andere Schutzrichtungen (etwa Immissionsschutz, Gewässerschutz) ist die Generalklausel hinreichend aussagekräftig, auch wenn Zweifel daran angebracht sind, ob sie in der Sache zufrieden stellen kann. Denn im Hinblick auf Emissionen und Immissionen dürfte es nicht sachgerecht sein, allein auf ökosystemare Beeinträchtigungswirkungen abzustellen.¹⁶⁰ Immerhin nimmt die Verordnung an anderer Stelle Bezug auf den technischen Standard der *allgemein anerkannten Regeln der Technik* (vgl. § 5 Abs. 2 SeeAnIV). Bei systematischer Auslegung kann daher angenommen werden, dass § 3 Satz 1 (2. Alt.) SeeAnIV emissions-/immissionsseitig und sicherheitstechnisch durch § 5 Abs. 2 SeeAnIV auszufüllen ist, also hinsichtlich der Minderung von Emissionen/Immissionen und Sicherheitsrisiken den Maßstab der allgemein anerkannten Regeln der Technik zur Geltung bringen will. Dieser Standard liegt zwar wiederum unterhalb des Niveaus der Umweltschutz-Fachgesetze und mag daher inhaltlich kritikwürdig erscheinen. Er unterliegt aber keinen Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit.

Mithin ergibt sich, dass die Generalklausel des § 3 Satz 1 (2. Alt.) SeeAnIV ihrer Funktion als Auffangregelung mit einem der Auslegung zugänglichen Kernbestand an materiellrechtli-

¹⁵⁷ Zu den gemeinschaftsrechtlichen Einflüssen siehe oben, 2.3; eingehend Fouquet, *Europarechtliche Auswirkungen*, S. 9 ff.

¹⁵⁸ Die Anlage selbst ist nämlich kein „Stoff“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ (vgl. Jarass, *Schutzgebiete*, S. 26, 29).

¹⁵⁹ Vgl. zur Reichweite und Verbindlichkeit der Regelungen im „OSPAR-Übereinkommen“ (BGBl. 1994 II 1355, 1360), im „Helsinki-Übereinkommen“ (BGBl. 1994 II 1355) und im Übereinkommen über die biologische Vielfalt (BGBl. 1993 II 1741 und BGBl. 1995 II 350) im Hinblick auf den Naturschutz: Jarass, *Schutzgebiete*, S. 40 ff. m.w.N.

¹⁶⁰ Siehe bereits oben, unter 3.2.2.1.

chem Aussagegehalt gerecht wird, ohne dass insoweit auf die „Insbesondere-Klausel“ zurückgegriffen werden müsste oder von jener Rückwirkungen ausgehen würden, welche die Anwendbarkeit der Auffangklausel in Frage stellen würden. Im Resultat bleibt die oben festgestellte mangelnde Bestimmtheit des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV daher verfassungsrechtlich folgenlos.

Inhaltlich stellt sich in der Konsequenz die Frage, ob dadurch zugleich der relativ strenge *Besorgnismaßstab* des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV praktisch bedeutungslos wird. Denn die hinsichtlich des Umweltschutzes (nach der hier entwickelten Auslegung) allein maßgebende Generalklausel des § 3 Satz 1 SeeAnIV stellt ihrem Wortlaut nach auf das Vorliegen einer „Gefährdung“ ab, nicht auf die bloße „Besorgnis“ einer Beeinträchtigung der Meeresumwelt.¹⁶¹

Das Zwischenresultat dieses Teils der Betrachtung mag der Sache nach unbefriedigend erscheinen, weil die Seeanlagenverordnung genau das nicht zu leisten vermag, was der Gesetzgeber von ihr eigentlich erwartet hat – nämlich das allgemeine Ziel, Gefahren für die Meeresumwelt zu verhindern, durch problemspezifische Konkretisierungen sachgerecht zu unterfüttern. Die Verordnung erscheint unter dem Blickwinkel der Funktionsgerechtigkeit deshalb als mangelhaft. Aus rein rechtlicher Perspektive leidet sie damit allein jedoch nicht an einem Fehler, der ihre Rechtsgültigkeit als solche in Frage zu stellen geeignet wäre.

3.3 Ergebnis

Die rechtliche Untersuchung des Seeaufgabengesetzes und der Seeanlagenverordnung weist erhebliche konstruktive Mängel in Gesetz und Verordnung aus. Das dürfte bedeutsame negative Auswirkungen auf die Funktions- und Leistungsfähigkeit der Regelungen haben.

- § 1 des Seeaufgabengesetzes liest sich, als habe der Gesetzgeber hier von seiner Gesetzgebungskompetenz für die Materie der Hochseeschifffahrt Gebrauch gemacht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG). Dem ist aber nicht so. Richtige Kompetenzgrundlage ist das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Da die Regelungsbefugnisse des Bundes aus Art. 74 Nr. 11 GG ihrerseits nicht kleiner sind als die aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG, stellen sich die erlassenen Bestimmungen kompetenzrechtlich gleichwohl als mit der Verfassung vereinbar dar.
- Die Bestimmung des § 9 Abs. 1 Nr. 4a SeeAufgG, durch die das Bundesministerium für Verkehr ermächtigt wird, die Prüfung, Zulassung und Überwachung von Anlagen außerhalb des Küstenmeeres durch Verordnung zu regeln, stößt vor dem Maßstab des Be-

¹⁶¹ Siehe dazu im Einzelnen unten, 4.1.

stimmtheitsgebots (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) auf gewisse verfassungsrechtliche Bedenken, weil die Regelung des Genehmigungserfordernisses weitgehend an den Verordnungsgeber delegiert wird, ohne diesen ausdrücklich zum Erlass der Verordnung zu verpflichten. Ob hierin tatsächlich ein Verfassungsverstoß zu sehen ist, kann aber dahinstehen, weil das Problem durch den Erlass der Seeanlagenverordnung ohnehin unbedeutend geworden ist, da es nicht mehr zum Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten gemacht werden kann.

- Die im Hinblick auf die Belange der Meeresumwelt zentrale Bestimmung im Genehmigungstatbestand des § 3 SeeAnIV, nach der sicherzustellen sein soll, dass keine „Verschmutzung der Meeresumwelt“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ zu besorgen ist, entbehrt nach hiesiger Ansicht jeden Inhalts. Sie verweist auf eine Vorschrift des SRÜ, die ihrerseits nur die möglichen Schutzgüter und Schutzrichtungen aufzählt, aber keinen Beurteilungsmaßstab für das zulässige Maß an Beeinträchtigungen angibt. Folglich genügt § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV nicht den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots (Art. 20 Abs. 3 GG). Sie ist für sich genommen verfassungswidrig.
- Auf diesen Fehler kommt es indessen nicht an, weil der Genehmigungstatbestand des § 3 Satz 1 SeeAnIV zugleich eine umweltschutzbezogene General- und Auffangklausel enthält (Abwehr von „Gefahren für die Meeresumwelt“), die zumindest in ihrem Kerngehalt hinreichend eindeutig auslegungsfähig sein und somit die Vollzugsfähigkeit des Genehmigungstatbestands insgesamt herbeiführen dürfte. Diese Bestimmung kann auch und insbesondere wirksam gemacht werden, um die unmittelbar geltenden Anforderungen des Gemeinschaftsrechts im Hinblick auf faktische Vogelschutzgebiete und faktische FFH-Gebiete im deutschen Recht zur Anwendung zu bringen.

4 Einzelfragen der Rechtsanwendung

4.1 Genehmigungen im Stufenprogramm?

Das Positionspapier des BMU zur Windenergienutzung auf See¹⁶² schlägt für die Erschließung von Windkraftpotenzialen im Offshore-Bereich der Nord- und Ostsee ein zeitlich abgestuftes Programm vor.¹⁶³ Nach einer „Vorbereitungsphase“, die im Wesentlichen der Sondierung dient (2001 bis 2003), sollen in der „Startphase“ (2003/4 bis 2006) zunächst erste Pilot-Windparks entstehen, deren Größe begrenzt ist, und die gezielt in weniger empfindlichen Regionen realisiert werden sollen. Die Genehmigungen hierfür sollen in der vorangegangenen Vorbereitungsphase ausgesprochen werden.¹⁶⁴ In der „Startphase“ sollen standortspezifische und überregionale Erkenntnisse gesammelt werden, insbesondere um für die späteren „Ausbauphasen“ (erste Ausbauphase 2007 bis 2010, weitere Ausbauphasen 2010 bis 2030) die nötigen Erkenntnisse über Umweltauswirkungen zu sammeln und auszuwerten. Das schrittweise Vorgehen wird insoweit aus dem Vorsorgegebot abgeleitet.¹⁶⁵

Die Genehmigungsvorschriften der Seeanlagenverordnung bieten für die Umsetzung des abgestuften Ausbauprogramms indes keinen zuverlässigen Rahmen. Sie sehen selbst kein stufenweises Vorgehen vor und bieten nur eingeschränkte Möglichkeiten, dem Stufenkonzept widersprechende Anträge abzulehnen. Die maßgebenden Vorschriften der Seeanlagenverordnung lassen sich in verschiedener Weise interpretieren. Eine gesicherte Prognose über die Auslegung durch die Gerichtsbarkeit lässt sich nicht aufstellen.

Die Seeanlagenverordnung spricht in § 3 einen *Genehmigungsanspruch* des jeweiligen Antragstellers aus. Eine Ablehnung von Genehmigungsanträgen ist nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nur zulässig, sofern Versagungsgründe des § 3 Satz 1 SeeAnIV vorliegen (ausdrücklich § 3 Satz 3 SeeAnIV). Beantragt ein Vorhabenträger die Genehmigung für eine Anlage, deren Größe über die Vorstellungen des BMU (oder auch der Genehmigungsbehörde) hinsichtlich Pilotanlagen in der Startphase hinausgeht, oder soll die Anlage an einer anderen Stelle als im Plan des BMU vorgesehen errichtet werden, so kann der Antrag *ausschließlich* nach Maßgabe des § 3 Satz 1 SeeAnIV zurückgewiesen werden.

Die Generalklausel des § 3 Satz 1 (2. Alt.) SeeAnIV, die nach der hier bevorzugten Sichtweise einzige mögliche Rechtsgrundlage für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit im Hin-

¹⁶² „Windenergienutzung auf See – Positionspapier des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zur Windenergienutzung im Offshore Bereich“ v. 25. Mai 2001.

¹⁶³ Vgl. BMU-Positionspapier, S. 28 ff.

¹⁶⁴ BMU-Positionspapier, S. 32.

¹⁶⁵ BMU-Positionspapier, S. 33.

blick auf Umweltbelange ist,¹⁶⁶ gibt insoweit den Maßstab der „Gefährdung der Meeresumwelt“ vor. Damit lässt die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nicht erkennen, dass Erwägungen der Vorsorge eine Rolle spielen könnten. Üblicherweise wird das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht gegenüber dem Prinzip der Gefahrenabwehr (Schutzprinzip) als weitergehend begriffen und diesem daher ergänzend zur Seite gestellt.¹⁶⁷ Das spricht dafür, aus dem nur auf die *Gefährdung* der Meeresumwelt abstellenden Wortlaut des § 3 Satz 1 (2. Alt.) SeeAnIV abzuleiten, dass die ausreichende Vorsorge vor Umweltbeeinträchtigungen nicht zur Genehmigungsvoraussetzung erhoben werden soll.

An dieser Stelle macht sich der charakteristische Unterschied zwischen den beiden Rechtsbegriffen der „Gefahr“ und der „Besorgnis“ bemerkbar. Der ordnungsrechtliche Begriff der „Gefahr“ bezeichnet nach allgemeiner Auffassung eine Sachlage, in der mit hinreichender Wahrscheinlichkeit mit dem Eintritt eines nicht nur unerheblichen Schadens für ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit zu rechnen ist.¹⁶⁸ Von einer „Besorgnis“ ist demgegenüber bereits auszugehen, wenn der bloßen Möglichkeit eines Schadenseintritts auch bei noch so geringer Wahrscheinlichkeit begegnet werden soll.¹⁶⁹

Im erstgenannten Fall liegt damit die Darlegungslast praktisch bei der Zulassungsbehörde. Bloße Unsicherheiten in der Umweltfolgenabschätzung würden hier nicht genügen, um das Vorliegen einer Gefahr zu begründen. Gestützt auf den Besorgnismaßstab könnte die Verwaltung einen Antrag demgegenüber unter Berufung auf bestehende Unklarheiten in der Beurteilung der Umweltauswirkungen ablehnen, wenn die Möglichkeit eines Schadenseintritts nicht ausgeschlossen werden kann.

Die Wortwahl des § 3 Satz 1 (2. Alt.) SeeAnIV legt es nahe, das Vorliegen einer „Gefahr“ für die Meeresumwelt zu verlangen. Die Begriffswahl ist zwar nicht ganz eindeutig, ist hier doch von einer „Gefährdung“, nicht ausdrücklich von einer „Gefahr“ die Rede. Diese leichte Abweichung von der üblichen Formulierungsweise ist aber für sich genommen nicht geeignet, die Anwendbarkeit des wesentlich niedrigeren Wahrscheinlichkeitsmaßstab der „Besorgnis“ zu begründen. Der Duktus der Formulierung weist vielmehr erkennbar in die Richtung eines (echten) Gefahrentatbestandes. Allenfalls ließe sich der Terminus „Gefährdung“ noch dahin begreifen, dass er hinsichtlich des anzuwendenden Wahrscheinlichkeitsmaßstabes schlicht undeutlich bleibt.

¹⁶⁶ Siehe oben, 3.2.2.

¹⁶⁷ Vgl. statt vieler nur Bender/Sparwasser/Engel, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, § 8 Rdnr. 138 ff. m.w.N.

¹⁶⁸ Vgl. statt vieler Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl. 1986, S. 220 m.w.N.

¹⁶⁹ OVG Schleswig, NVwZ-RR 1994, S. 75, 76 f. m.w.N.; eingehend zum Besorgnisbegriff im Gewässerschutzrecht Gieseke/Wiedemann/Czychowski, WHG, § 34 Rdnr. 13 und § 26 Rdnr. 18 m.w.N.

Allerdings lassen sich für ein Verständnis der Klausel im Sinne des Besorgnismaßstabes zwei gewichtige systematische Argumente anführen:

- Zum einen wird in der Insbesondere-Klausel des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV auf die „Besorgnis“ abgestellt. Aus der Einkleidung mit dem Begriff „insbesondere“ wird deutlich, dass es sich um ein Beispiel handeln soll. Würde man die Generalklausel nicht ebenfalls im Sinne des Besorgnisgrundsatzes verstehen, so könnte § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV hinsichtlich des Wahrscheinlichkeitsmaßstabes eines Schadenseintritts jedoch nicht als Beispiel angesehen werden, da die Generalklausel dann insoweit höhere Anforderungen stelle.
- Zum anderen zeigt sich in Bezug auf die 1. Alternative des § 3 Satz 1 SeeAnIV (Beeinträchtigung der Sicherheit und der Leichtigkeit des Schiffsverkehrs) das gleiche Problem, und zwar auf noch ausgeprägtere Weise. Auch in dieser Hinsicht lässt der Wortlaut des § 3 Satz 1 SeeAnIV nicht erkennen, dass bereits die Besorgnis einer Beeinträchtigung genügen soll. Nach dem Text dieser Bestimmung kommt es darauf an, ob die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs „beeinträchtigt wird“. In dem erläuternden Satz 2 der Bestimmung wird ebenso darauf abgestellt, ob die genannten Schutzgüter „beeinträchtigt würden“. Andererseits gestattet § 6 Satz 2 SeeAnIV der jeweils zuständigen Wasser- und Schifffahrsdirektion jedoch ausdrücklich, die notwendige Zustimmung zur Genehmigung zu versagen, wenn eine Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs „zu besorgen ist“. Dieser Widerspruch lässt sich nur auflösen, wenn beide auf die Sicherheit des Schiffsverkehrs bezogenen Formeln einheitlich entweder im Sinne eines Gefahrenatbestands oder im Sinne eines Besorgnisatbestands gelesen werden.

In Anbetracht dessen spricht Einiges dafür, dass sich der Ordnungsgeber über die Relevanz der Differenzierung zwischen Gefahr und Besorgnis bei der Bildung des Obersatzes in § 3 Satz 1 SeeAnIV nicht ganz im Klaren gewesen ist, die Bestimmung ihrem materiellrechtlichen Kern nach aber darauf gerichtet sein soll, den Besorgnismaßstab auch im Rahmen der Generalklausel zur Anwendung zu bringen.¹⁷⁰ Vor diesem Hintergrund erscheint es gut denkbar, dass die zuständige Gerichtsbarkeit § 3 Satz 1 SeeAnIV dahin interpretiert, es komme auch hier darauf an, ob eine „Besorgnis“ der Beeinträchtigung der Meeresumwelt bestehe. Sicher ist diese Prognose in Anbetracht des anders klingenden Wortlauts der Vorschrift und der mit der Anwendung des Besorgnismaßstabes verbundenen größeren rechtlichen Belastung der Antragsteller aber nicht. Die Unschärfe der Formulierungen lädt im Zweifelsfall zu Rechtsstreitigkeiten geradezu ein.

¹⁷⁰ Keine Aufklärung bietet hier die Begründung des Verordnungsentwurfs (vgl. BMV, Entwurf zur SeeAnIV, S. 7 f.).

Geht man von einer allgemeinen Geltung des Besorgnismaßstabes innerhalb des § 3 Satz 1 SeeAnIV aus, so bietet die Vorschrift zumindest insoweit eine geeignete Basis für ein stufenweises Vorgehen, als es dann möglich erscheint, Genehmigungsanträge für Großanlagen mit nicht vollständig überschaubaren, aber unter Umständen relativ großen und zugleich nicht ganz unwahrscheinlichen Umweltauswirkungen so lange nicht zu erteilen, bis hinreichende Klarheit über die relevanten Umweltfolgen bestehen. Ein „echtes“ Stufenkonzept lässt sich hierauf allerdings nicht stützen, da auch im Rahmen der Besorgnisprüfung entscheidend ist, ob es im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für die Annahme einer Gefährdungslage gibt. Das Merkmal des Projektumfangs als solches dürfte dafür nicht ausreichen. Für die Möglichkeit einer abstrakten Vorgabe von quantitativen Begrenzungen gibt der Besorgnismaßstab in keinem Falle etwas her.

Folgt man der Auslegung von § 3 Satz 1 SeeAnIV im Sinne des Besorgnisgrundsatzes nicht, so bleibt für Erwägungen des stufenweisen Vorgehens ein nochmals erheblich geringerer Spielraum. Die dem Stufenkonzept des BMU zugrunde liegenden Erwägungen zur Standortwahl und Größe der Windparks wären damit im Genehmigungsverfahren zwar nicht vollkommen bedeutungslos, da auch der Gefahrenbegriff nicht voraussetzt, dass ein Schaden mit einiger Sicherheit zu erwarten ist, sondern im Falle eines möglicherweise sehr großen Schadens schon eine geringfügige Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts ausreicht, um die Gefahr als gegeben anzusehen.¹⁷¹ Aber es wird nicht möglich sein, ein Großprojekt unter maßgeblicher Berufung auf Unsicherheiten in der Risikoabschätzung zu versagen.

Hält man in Abweichung von der oben dargelegten Auffassung¹⁷² auch eine Anwendung des § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV für möglich, so stellt sich diese Problemlage im Wesentlichen nicht anders dar. Denn der mit jener Vorschrift angesprochene Begriff der „Verschmutzung der Meeresumwelt“ aus Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ erstreckt sich – wie bereits erörtert¹⁷³ – nur auf Einwirkungen stofflicher und energetischer Art, die von den betreffenden Anlagen ausgehen. Er bezieht sich demgegenüber nicht auf die durch die Anlage selbst unmittelbar ausgelösten Beeinträchtigungen der Lebensräume von Tieren und Pflanzen, auf die es aus dem Blickwinkel des Naturschutzes besonders ankommt.¹⁷⁴ Selbst wenn man also § 3 Satz 2 Nr. 3 SeeAnIV an sich für anwendbar erachten sollte, käme es hinsichtlich der praktisch bedeutungsvollsten Arten von Umweltauswirkungen nicht auf diese spezielle Bestimmung, sondern wiederum auf die Generalklausel des § 3 Satz 1 SeeAnIV an.

¹⁷¹ BVerwGE 45, S. 45, 61; BVerwGE 47, S. 31, 40.

¹⁷² Siehe oben, 3.2.2.1.

¹⁷³ Siehe oben, 3.2.2.1.

¹⁷⁴ Vgl. Jarass, Schutzgebiete, S. 29.

Nach alledem ist zu schließen, dass sich das Genehmigungsinstrumentarium der Seeanlagenverordnung zwar nicht gänzlich gegen den Ansatz verschließt, im Zuge der ersten Genehmigungsphasen hinsichtlich größerer oder ungünstig gelegener Anlagen besondere Vorsicht walten zu lassen. Inwieweit das möglich sein wird, hängt davon ab, ob die Gerichte im Rahmen des § 3 Satz 1 (2. Alt.) SeeAnIV den Besorgnismaßstab zur Anwendung bringen, obwohl der Wortlaut dafür spricht, das Vorliegen einer Gefahr für die Meeresumwelt für erforderlich zu halten. Selbst wenn das so sein sollte – wofür gute Gründe sprechen –, wird sich auf Basis der Seeanlagenverordnung jedoch kein echtes „Stufenkonzept“ verwirklichen lassen.

4.2 Die Behandlung von Konkurrenzträgen

Auf dem BMU-Kongress über Offshore-Windenergienutzung vom 14./15. Juni 2001 in Berlin wurde als weiterer Problempunkt des Genehmigungsverfahrens hervorgehoben, dass Unsicherheiten darüber bestehen, wie mit konkurrierenden Anträgen für dasselbe Gebiet umgegangen werden kann. Offenbar wurde im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens für das SRÜ-Ausführungsgesetz und im Rahmen des Verordnungsgebungsverfahrens für die Seeanlagenverordnung übersehen, dass hieraus eines der zentralen Anwendungsprobleme für die Regelungen erwachsen kann, wenn Antragsteller einzelne Gebiete für besonders interessant halten oder nur wenige geeignete Territorien zur Verfügung stehen.

Anders als bei vergleichbaren Vorhaben auf dem Land wird die Frage des Umgangs mit konkurrierenden Anträgen für Windenergieanlagen im Seegebiet nicht quasi „natürlich“ dadurch beantwortet, wer zivilrechtlich die Verfügungsgewalt über das betreffende Territorium inne hat. Innerhalb der AWZ gibt es kein Privateigentum an Teilgebieten. Das seeaufgaberechtliche Instrumentarium kennt weder eine gebietsbezogene Konzessionierung noch enthält es einen auf das Problem zugeschnittenen Ausschreibungstatbestand oder eine anderweitige Art der Kollisionsregelung.

Interessanterweise finden sich in den innerhalb der AWZ ebenfalls anzuwendenden Bestimmungen des Bundesberggesetzes (BBergG)¹⁷⁵ über das Aufsuchen und Gewinnen von bergfreien Bodenschätzen¹⁷⁶ spezielle Vorschriften zur Lösung von Konkurrenzfällen. Danach kommt es in Konkurrenzsituationen im Regelfall auf die inhaltliche Qualität der jeweiligen Anträge an. Die Behörde hat den bestgeeigneten Bewerber zu wählen.

¹⁷⁵ Gesetz v. 13. August 1980 (BGBl I S. 1310), zul. geänd. durch Gesetz v. 26. Januar 1998 (BGBl I S. 164, 187).

¹⁷⁶ Bodenschätze innerhalb der AWZ sind stets *bergfreie* Bodenschätze (§ 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BBergG). Der Gegenbegriff ist derjenige der *grundeigenen* Bodenschätze (§ 3 Abs. 2 BBergG).

Die Grundregelung hierfür findet sich in § 14 Abs. 2 Satz 1 BBergG. Danach hat derjenige „Antrag den Vorrang, in dem das Arbeitsprogramm (...) den Anforderungen einer sinnvollen und planmäßigen Aufsuchung oder Gewinnung am besten Rechnung trägt (...).“ Diese Regelung gilt lediglich in bestimmten Fallgestaltungen nicht, in denen dem Bewilligungsantrag auf Gewinnung eine Erlaubnis zum Aufsuchen vorausging. In derartigen Fällen sieht das Gesetz eine Privilegierung der Erlaubnisinhaber vor (vgl. einerseits § 14 Abs. 1 BBergG, andererseits §§ 14 Abs. 2 Satz 2, 12 Abs. 2 BBergG).

Eine ähnliche Regelung wäre der Sache nach auch für das Entscheidungsprogramm des Seeaufgabenrechts zur Genehmigung von Anlagen in der AWZ als angemessen zu erachten. Die Genehmigungsbehörde könnte auf diese Weise in die Lage versetzt werden, dasjenige Projekt auszuwählen, das sich im Rahmen einer Gesamtwürdigung der zu berücksichtigenden Belange als am besten geeignet erweist, weil es mit den geringstmöglichen negativen Auswirkungen auf die Sicherheit der Schifffahrt und die Meeresumwelt verbunden ist.

Die Seeanlagenverordnung enthält dem gegenüber keine spezifische Aussage darüber, was gilt, wenn mehrere Antragsteller Zugriff auf das gleiche Territorium begehren. Statt dessen spricht sie sogar ungewöhnlich strikt aus, dass die Genehmigung nicht versagt werden darf, wenn keine Versagungsgründe im Sinne von § 3 Satz 1 der Verordnung vorliegen (§ 3 Satz 3 SeeAnIV).

Auf dem BMU-Kongress über Offshore-Windenergienutzung wurde erwogen, das Problem über den *Zeitpunkt des Antragseingangs* zu bewältigen: Wer zuerst einen Antrag stelle, werde beschieden – mit der Folge, dass spätere Anträge unter dem Gesichtspunkt der tatsächlichen Unmöglichkeit abgelehnt werden könnten. In Anbetracht dessen, dass die Verordnung einen *Anspruch* auf Genehmigung statuiert, fehle es an einer Grundlage für eine sachbezogene Auswahlentscheidung der Genehmigungsbehörde. Es blieben also nur zeitbezogene Kriterien.

Ähnliche Problemlagen sind im Verwaltungsrecht nicht gänzlich unbekannt. Sie tauchen vornehmlich dort auf, wo an sich ein gesetzlicher Anspruch auf eine bestimmte Begünstigung besteht, die Realisierung dieses Anspruchs aber an Kapazitätsgrenzen scheitert. So liegt es etwa im Gewerberecht, wenn ein Anspruch auf Zulassung zur Teilnahme an einem Markt besteht (vgl. § 70 Abs. 1 GewO), der aus Kapazitätsgründen nur für einen Teil der Antragsteller zum Erfolg führen kann, und der sich deshalb in einen bloßen Teilhabeanspruch umwandelt.¹⁷⁷ Die Behörde hat dann das Recht, einzelne Antragsteller aus „sachlich gerechtfertigten Gründen“ von der Teilnahme auszuschließen (§ 70 Abs. 3 GewO).¹⁷⁸ Ist dieser Fall im Gewerberecht ausdrücklich geregelt, so gilt dies für andere vergleichbare

¹⁷⁷ BVerwG, NVwZ 1984, S. 585.

¹⁷⁸ BVerwG, NVwZ 1984, S. 585, 586.

im Gewerberecht ausdrücklich geregelt, so gilt dies für andere vergleichbare Kollisionsfälle nicht, etwa für den Anspruch der Gemeindeeinwohner auf Benutzung kommunaler Einrichtungen (vgl. z.B. Art. 21 BayGO); gleichwohl wird der Übergang zu einem bloßen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung über die Teilhabe auch hier als zulässig erachtet.¹⁷⁹

Für beide genannten Rechtsbereiche geht die Rechtsprechung davon aus, dass der allgemeine *Gleichheitssatz* des Grundgesetzes Maßstab der Ermessensausübung ist (Art. 3 Abs. 1 GG). Danach bedarf die mit der Ablehnung eines Bewerbers notwendig verbundene Ungleichbehandlung eines sachlich vertretbaren Grundes. Nicht zu beanstanden ist deshalb ein Zulassungsverfahren, das jedem Bewerber die gleiche Zulassungschance einräumt. Wählt der Veranstalter ein solches Verfahren nicht, so muss sich die sachliche Vertretbarkeit der Differenzierung aus der Eigenart des Sachverhalts ableiten lassen.¹⁸⁰ Die Auswahlentscheidung hat sich nach dem Gleichheitssatz nicht an einem äußerlich-formalen Schematismus zu orientieren, sondern an dem Ziel materiell-inhaltlicher Gerechtigkeit.¹⁸¹ Im Rahmen des Marktgewerberechts sind daher etwa auch Gesichtspunkte der größeren oder geringeren Attraktivität als sachgerechte Auswahlkriterien anerkannt.¹⁸²

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung spricht Einiges für die Annahme, dass zeitbezogene Entscheidungskriterien für die Ablehnung von Konkurrenzträgen den Anforderungen des Gleichheitssatzes grundsätzlich genügen können, weil dadurch allen Interessenten im Ansatz die gleiche Zulassungschance eingeräumt werden können. Zu beachten ist jedoch, dass davon in der hier zu beurteilenden Konstellation nicht die Rede sein kann, wenn die Ausschlusswirkung gegenüber anderen Bewerbern bereits in dem Moment ausgelöst wird, in dem ein Antrag als solcher eingereicht wird. Dies würde dem „Schnellsten“ die Möglichkeit eröffnen, sich praktisch die besten Gebiete auf Vorrat – möglicherweise sogar ohne baldige Realisierungsabsicht – zu reservieren, und dem sorgfältig planenden Unternehmen jede Chance zur Umsetzung seines Projekts nehmen.

Das Vorliegen eines Antrags sagt als solches nichts über die Genehmigungsfähigkeit des Projekts aus. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um einen vollständigen Antrag handelt oder nicht. Deshalb dürfte davon auszugehen sein, dass sich weder die Antragstellung allein noch das Vorliegen vollständiger Antragsunterlagen (also inklusive Umweltverträglichkeitsuntersuchung) als sachgerechtes Ausschlusskriterium für andere Anträge eignet. Es dürfte mit dem Gleichheitssatz nicht vereinbar sein, die Ausschlusswirkung bereits durch die Antragstellung als solche oder das Vorliegen eines vollständigen Antrags eintreten zu lassen. Da-

¹⁷⁹ BayVGH, NVwZ 1982, S. 120, 121 f. m.w.N.

¹⁸⁰ BVerwG, NVwZ 1984, S. 585, 586.

¹⁸¹ BayVGH, NVwZ 1982, S. 120, 121.

¹⁸² Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1994, S. 157; OVG Hamburg, NVwZ-RR 1993, S. 248.

her wird die Genehmigungsbehörde mit dem Hinweis auf die frühere Antragstellung eines anderen in sachgerechter Weise lediglich begründen können, den zuerst vollständig eingereichten Antrag als ersten *zu bescheiden*. Erst mit dessen (positiver) Bescheidung wird die Behörde den Ausschluss anderer Anträge in zulässiger Weise bewirken können.

Die Genehmigungsbehörde ist nach hiesiger Auffassung deshalb in jedem Falle gehalten, bis zur Bescheidung des ersten Antrags alle auf das gleiche Gebiet bezogenen anderweitigen Begehren vorbehaltlos zu bearbeiten, also die Genehmigungsentscheidung umfassend vorzubereiten. Das schließt die Verpflichtung ein, die nach der UVP-Richtlinie erforderliche Behörden- und Öffentlichkeitsbeteiligung für alle vorliegenden Anträge durchzuführen.¹⁸³ Denn die Vorschriften der Seeanlagenverordnung verleihen der Genehmigungsbehörde nicht die Befugnis, die Befassung mit dem Antrag *hinauszuschieben*, weil bereits ein anderer Antrag für das gleiche Territorium eingereicht wurde.

Legt man diese Überlegungen zugrunde, so besteht jedenfalls unter bestimmten (engen) Voraussetzungen durchaus die Möglichkeit, spätere Anträge aus „zeitbezogenen“ Erwägungen im weitesten Sinne zu versagen. Bei näherem Hinsehen erweist sich der Ablehnungsgrund allerdings keineswegs als *zeitlicher Art*, sondern als Ausdruck des rechtlichen Hindernisses der *Unmöglichkeit*: Anträge Dritter können nicht mehr positiv beschieden werden, da das Gebiet nach Erteilung einer anderweitigen Genehmigung „besetzt“ ist.

Auf Grundlage der oben zitierten Rechtsprechung zum Übergang von Zulassungsansprüchen in Teilhabeansprüche könnte erwogen werden, statt dessen sachbezogene Auswahlkriterien anzuwenden, also trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung in diesem Sinne Gesichtspunkte der Geeignetheit zum Tragen zu bringen. Immerhin fordert die Rechtsprechung in anderen Zusammenhängen die Orientierung an der materiellen Gerechtigkeit¹⁸⁴ und lässt im Rahmen des Marktgewerberechts Raum für die Berücksichtigung der Attraktivität.¹⁸⁵ Das legt es nahe, auch hier inhaltliche Wertungen zur Entscheidungsgrundlage zu machen.

Zu bedenken ist insoweit jedoch, dass § 3 Satz 3 SeeAnIV ausdrücklich zu erkennen gibt, dass die Genehmigung aus anderen Gründen als den in Satz 1 der Vorschrift genannten Gründen nicht versagt werden darf. Die Bestimmung mag bei Vorliegen eines Rechtshindernisses in Gestalt der Unmöglichkeit eine Ausnahme erfahren können. Angesichts ihres kategorischen Wortlauts erscheint es aber zumindest riskant, § 3 SeeAnIV in Konkurrenzfällen praktisch in eine Abwägungsvorschrift umwandeln zu wollen.

¹⁸³ Siehe dazu bereits oben, 2.3.2.2.

¹⁸⁴ Vgl. BayVGH, NVwZ 1982, S. 120, 121.

¹⁸⁵ Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 1994, S. 157; OVG Hamburg, NVwZ-RR 1993, S. 248.

Im Ergebnis spricht daher eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie als Genehmigungsbehörde am Sichersten liegt, wenn es für alle Anträge das Genehmigungsverfahren zunächst durchführt, bis über den ersten vollständig eingereichten Antrag entschieden wird. Im Falle einer positiven Bescheidung kann es danach die Konkurrenzanträge mit der Begründung der Unmöglichkeit ablehnen. Jedes andere Verhalten würde nach der hier entwickelten Auffassung mit größeren rechtlichen Risiken verbunden sein. Absolute Rechtssicherheit lässt sich jedoch – das sei hierzu abschließend bemerkt – angesichts der Auslassungen in der Seeanlagenverordnung auch bei Einhaltung des hier anempfohlenen Verfahrens nicht garantieren.

4.3 Verfahrensrechtliche Anforderungen

Die Seeanlagenverordnung stellt nur wenige verfahrensbezogene Anforderungen auf. In der offenkundigen Annahme des Ordnungsgebers, dass sich weitergehende Verfahrensfragen auf Grund von Bezügen zu anderen Gesetzesmaterien – insbesondere hinsichtlich der Umweltverträglichkeitsprüfung – nicht stellen, wurde darauf verzichtet, eine Anhörung der Öffentlichkeit oder der anerkannten Naturschutzverbände vorzusehen.¹⁸⁶

Gemäß § 5 Abs. 1 SeeAnIV setzt die Genehmigung einen schriftlichen Antrag voraus (Satz 1), dem eine Darstellung der Anlage und ihres Betriebs einschließlich der Sicherheits- und Vorsorgemaßnahmen mit Zeichnungen, Erläuterungen und Plänen beizufügen ist (Satz 2). Reichen diese Unterlagen nicht aus, so Satz 3 der Vorschrift, hat der Antragsteller sie auf Verlangen der Genehmigungsbehörde innerhalb einer angemessenen Frist zu ergänzen.

Nicht ganz deutlich ist, welche Voraussetzungen Satz 3 der Vorschrift mit der einleitenden Formel „reichen diese Unterlagen nicht aus ...“ statuiert. Die Formulierung könnte dahin verstanden werden, dass es auf die Vollständigkeit im Sinne von Satz 2 der Vorschrift ankommt. Richtig dürfte es demgegenüber sein darauf abzustellen, ob das Vorgelegte genügt, um die (materielle) Genehmigungsfähigkeit der Anlage zu beurteilen, und zwar selbst wenn die Unterlagen im Sinne von Satz 2 der Vorschrift der Form nach vollständig sein sollten. Das legt jedenfalls die Verwendung des Wortes „diese“ (nicht „die“) in der Einleitungsformel nahe.

Nach § 5 Abs. 2 SeeAnIV hat der Antragsteller auf Verlangen der Genehmigungsbehörde zur Beurteilung der technischen Merkmale einer Anlage und ihres Betriebs das Gutachten einer anerkannten Klassifikationsgesellschaft vorzulegen, in dem bestätigt wird, dass die Anlage den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Das Verlangen zur Vorlage des Gutachtens steht im Ermessen der Behörde. Hintergrund ist die Einschätzung des Verord-

¹⁸⁶ Keinen weiteren Aufschluss über die Motivation hierfür gibt der dem Autor vorliegende (nicht veröffentlichte) Entwurf des BMV zur Seeanlagenverordnung (ohne Datum).

nungsgebers, dass das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie nicht die nötige Fachkunde besitze, um die technische Ausstattung der Anlagen zu beurteilen. Angesprochen sind die auf dem Gebiete der Zertifizierung von Seeschiffen tätigen „Klassifizierungsgesellschaften“.¹⁸⁷

Hinsichtlich der Beteiligung anderer von dem Vorhaben berührter Behörden enthält der Entwurf zwei Regelungen:

- Zum einen bestimmt § 6 SeeAnIV, dass die Genehmigungsbehörde vor Erteilung der Genehmigung die Zustimmung der örtlich zuständigen Wasser- und Schifffahrtsdirektion einzuholen hat (Satz 1). Hierfür gilt, dass die Zustimmung nur versagt werden darf, wenn eine Beeinträchtigung der Sicherheit und der Leichtigkeit des Verkehrs zu besorgen ist, die nicht durch Bedingungen oder Auflagen verhütet oder ausgeglichen werden kann (Satz 2).
- Zum anderen sieht § 5 Abs. 3 SeeAnIV hinsichtlich der Beteiligung sonstiger in ihren Aufgabenbereichen berührten Behörden (lediglich) vor, dass die Genehmigungsbehörde deren Stellungnahmen „berücksichtigt“. Im Entwurf zur Verordnung heißt es dazu, eine Bindung der Genehmigungsbehörden an deren Stellungnahmen bestehe nicht.¹⁸⁸ Diese Deutung spricht mit der in der Rechtsprechung üblichen Auslegung des Rechtsbegriffes der „Berücksichtigung“ überein.¹⁸⁹

Damit stehen die Regelungen der Seeanlagenverordnung ihrem Wortlaut nach im Widerspruch zu vorrangigem Gemeinschaftsrecht. Teilt man die oben entwickelte Auffassung, dass die UVP-Richtlinie der EG in der AWZ Anwendung findet,¹⁹⁰ und geht man zugleich mit der ganz herrschenden Meinung davon aus, dass die UVP-Änderungsrichtlinie 97/11/EG¹⁹¹ seit dem Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbare Wirkung entfaltet,¹⁹² so ist die Genehmigungsbehörde ungeachtet des Wortlauts der Seeanlagenverordnung verpflichtet, die danach nötigen Verfahrensschritte zur UVP innerhalb des Zulassungsverfahrens auch ohne nationalen Gesetzesbefehl durchzuführen.

Entsprechendes gilt auch, wenn die derzeit im Entwurfsstadium befindliche Novelle des UVPG zur Umsetzung der Richtlinie 97/11/EG¹⁹³ in Kraft treten sollte, ohne dass die Anwendbarkeit des UVPG explizit auf die AWZ erstreckt wird. Das UVPG wird nach Auffassung

¹⁸⁷ Vgl. zum Ganzen BMV, Entwurf der SeeAnIV, Begründung zu § 5 (S. 11 f.).

¹⁸⁸ Vgl. BMV, Entwurf zur SeeAnIV, Begründung zu § 5 (S. 12 f.).

¹⁸⁹ Vgl. BVerwG NVwZ 1999, S. 429 ff. m.w.N. (zu § 12 UVPG).

¹⁹⁰ Siehe oben, 2.3.2.1 und 2.3.2.1.

¹⁹¹ ABl. EG 1997 Nr. L 73, S. 5.

¹⁹² Vgl. nur Staupe, NVwZ 2000, S. 508, 509 f. m.w.N.

¹⁹³ Vgl. BT-Drs. 14/ 4599, 14/5750 und 14/6357.

des Autors dann gemeinschaftsrechtskonform dahin ausgelegt werden müssen, dass das UVPG auch in der AWZ Anwendung findet.¹⁹⁴ In der Sache ändert sich dadurch jedoch nichts Wesentliches: In jedem Fall müssen die Verfahrensanforderungen der UVP-Richtlinie eingehalten werden.

Das bedeutet für „Windfarmen“ als von Anhang II der UVP-Richtlinie erfasste Anlagenarten, dass die Genehmigungsbehörde nach im Einzelnen festgelegten Kriterien¹⁹⁵ im Einzelfall prüfen muss, ob es einer UVP bedarf.¹⁹⁶ Ist das zu bejahen, so muss sie unter Beachtung aller einzelnen Verfahrensbestandteile (einschließlich der geforderten Öffentlichkeitsbeteiligung) eine UVP durchführen. Alle Verfahrensanforderungen sind grundsätzlich nach ihrem Sinn und Zweck auszulegen. Es ist also nicht zulässig, etwa die Öffentlichkeitsbeteiligung auf nur wenige Bereiche zu begrenzen, um Kosten zu sparen oder das Verfahren zu beschleunigen.

Nach Inkrafttreten des zur Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie novellierten UVPG hat die Prüfung der UVP-Bedürftigkeit auf Grundlage der Bestimmungen des UVPG zu erfolgen. Es ist dann zwischen den dort für verschiedene Anlagengrößen vorgesehenen Arten der Vorprüfung¹⁹⁷ zu differenzieren.

Die Verfahrensvorschriften der Seeanlagenverordnung hindern ein den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entsprechendes Vorgehen nicht. § 5 SeeAnIV liest sich zwar, als stelle sie abschließende Verfahrensregeln auf. Vorrangiges Gemeinschaftsrecht zwingt jedoch dazu, die Bestimmung als offen für die Durchführung gemeinschaftsrechtlich gebotener weiterer Verfahrensschritte innerhalb des Zulassungsverfahrens zu erachten.

Auffällig ist im Übrigen die unterschiedliche Behandlung der Wasser- und Schifffahrtsdirektionen einerseits und der sonst in ihren Aufgabenbereichen berührten Fachbehörden – insbesondere des Umwelt- und Naturschutzes – andererseits. Das erscheint folgerichtig, wenn man mit dem Ordnungsgeber von 1997 (irrtümlich) annimmt, die mit Vollzugsaufgaben betrauten Umweltbehörden der Länder könnten grundsätzlich (abgesehen von Fällen, in denen Auswirkungen auf die Küste bzw. die Küstengewässer vorliegen) ohnehin nicht berührt sein, weil die betreffenden Gesetze sich nicht auf die AWZ erstreckten. Die den Verfahrensbestimmungen der Seeanlagenverordnung zugrunde liegende Einschätzung trägt jedoch nicht, da die Fachgesetze des Umwelt- und Naturschutzes zumindest in ihren der Umsetzung von vorrangigem Gemeinschaftsrecht dienenden Teilen auch in der AWZ Beachtung

¹⁹⁴ Siehe oben, 2.3.3.

¹⁹⁵ Vgl. Anhang III der Richtlinie 97/11/EG.

¹⁹⁶ Vgl. Staupe, NVwZ 2000, S. 508, 513 f.

¹⁹⁷ Vgl. den aktuellen Gesetzentwurf, dort Art. 1 § 3a ff. UVPG, BT-Drs. 14/4599 und 14/5750.

beanspruchen können.¹⁹⁸ Von daher müssen die örtlich zuständigen Vollzugsbehörden zumindest auf die von den jeweiligen Fachgesetzen insoweit vorgesehene Weise am Verfahren beteiligt werden.

Fraglich ist, was für die Beteiligung des Bundesamtes für Naturschutz und des Umweltbundesamtes am Genehmigungsverfahren gilt. Beide Bundesbehörden haben in erster Linie Beratungsfunktionen inne. Vollzugsaufgaben kommen ihnen nur zu, soweit ihnen solche durch bundesrechtliche Regelungen zugewiesen sind. Das Bundesamt für Naturschutz kann hierzu durch Bundesgesetz oder auf Grund eines Bundesgesetzes – also insbesondere durch Rechtsverordnung – verpflichtet werden.¹⁹⁹ Die Zuweisung einer Vollzugsaufgabe außerhalb des Geschäftsbereiches des BMU an das Umweltbundesamt ist nur unter besonderen Voraussetzungen möglich.²⁰⁰

Die Einräumung verbindlicher Stellungnahmerechte innerhalb der Zulassungsverfahren für Windkraftanlagen würde sich ebenso wie die Zuweisung von Mitentscheidungsfunktionen aus rechtlicher Sicht als Teilnahme an Vollzugsaufgaben darstellen. § 5 Abs. 3 SeeAnIV spricht jedoch selbst keine ausdrücklichen Stellungnahmebefugnisse für bestimmte Behörden aus. Dort ist lediglich von Stellen die Rede, die „in ihrem Aufgabenbereich berührt sind“. Die Bestimmung weist den betreffenden Behörden also keine neuen Aufgaben zu, sondern setzt das Vorhandensein von (berührten) Aufgabenbereichen voraus. Von daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie verpflichtet ist, das Bundesamt für Naturschutz oder das Umweltbundesamt im Rahmen des Genehmigungsverfahrens um Stellungnahme zu ersuchen. Die offene Formulierung von § 5 Abs. 3 SeeAnIV steht der Einholung fachlicher Stellungnahmen bei den genannten Bundesbehörden zwar nicht entgegen. Es kann aber nicht als verfahrensfehlerhaft angesehen werden, wenn auf die Einholung von Stellungnahmen dieser Bundesämter verzichtet wird.

4.4 Rechtsschutzfragen

4.4.1 Klagerechte der Vorhabenträger

Gemäß § 42 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ist zur Klage gegen einen Verwaltungsakt nur befugt, wer geltend macht, in „eigenen Rechten“ verletzt zu sein.

Ob ein subjektives Recht in diesem Sinne vorliegt, richtet sich nach der herrschenden „Schutznormtheorie“ danach, ob die der Klage zugrunde liegende Rechtsvorschrift zumin-

¹⁹⁸ Siehe oben, 2.3.3.

¹⁹⁹ Vgl. § 2 Abs. 1 des Gesetzes über die Errichtung des Bundesamtes für Naturschutz.

²⁰⁰ Vgl. § 2 Abs. 3 und 4 des Gesetzes über die Errichtung des Umweltbundesamtes.

dest auch dazu bestimmt ist, den subjektiven Interessen des Klägers zu dienen.²⁰¹ Das ist stets anzunehmen, wenn die betreffende Rechtsvorschrift einen begünstigenden Anspruch des Adressaten ausspricht, und der Kläger diesen auf dem Rechtsweg durchzusetzen sucht.

Für potenzielle Betreiber einer Windenergieanlage besteht daher ein Klagerecht, wenn die Genehmigungsbehörde *den Antrag abgelehnt* oder mit Nebenbestimmungen versehen hat, die den vollen Genehmigungsanspruch einschränken.

Eine Klagebefugnis des potenziellen Anlagebetreibers ist darüber hinaus auch anzunehmen, wenn der Antragsteller seinen ihm durch § 3 SeeAnIV gewährten Zulassungsanspruch *gegenüber einem Konkurrenzantrag* für das gleiche Gebiet sichern will und die Erteilung der anderen Genehmigung seinen eigenen Anspruch zunichte machen würde. Für „Konkurrenzenklagen“ hat die Rechtsprechung in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts eine umfassende Kasuistik mit teils unterschiedlichen Lösungen entwickelt, die von der Tendenz her in manchen Konstellationen zurückhaltend ist.²⁰² Einigkeit besteht jedoch darin, dass es effektive Rechtsschutzmöglichkeiten von Konkurrenten geben muss, wenn sich diese hierbei auf ein *subjektives Recht* stützen können, da anderenfalls ein Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG vorliegen würde.²⁰³ Diese Sichtweise hat das Bundesverwaltungsgericht erst kürzlich in einer Entscheidung über die Konkurrentenklage hinsichtlich der Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz ausdrücklich bestätigt.²⁰⁴

Entscheidend ist also, ob die dem Genehmigungsentscheid zugrunde liegende Vorschrift nach Maßgabe der Schutznormtheorie als (auch) auf Konkurrentenschutz hin angelegt zu verstehen ist. Das ist hier zu bejahen, weil § 3 SeeAnIV einen *uneingeschränkten Anspruch* auf Genehmigung gewährt, wenn keine Versagungsgründe im Sinne der Vorschrift vorliegen. Die Vorschrift verleiht in diesem Umfang ein subjektives Recht auf Erteilung der Genehmigung. Das schließt logisch das Recht ein, sich effektiv gegen die Vernichtung dieses Anspruchs durch rechtswidriges behördliches Handeln – zum Beispiel in Gestalt der Erteilung einer rechtswidrigen Genehmigung gegenüber einem Dritten – zur Wehr setzen zu können.

²⁰¹ Vgl. BVerwGE 27, S. 297, 307; BVerwGE 55, S. 280, 285; BVerwGE 66, S. 307, 398; BVerwG NJW 1993, 2066 m.w.N.

²⁰² Vgl. zum Ganzen statt vieler nur Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl. § 42 Rdnr. 44 m.w.N.

²⁰³ Ausdrücklich BVerfG NJW 1990, S. 501 (für das Beamtenrecht); BVerfGE 82, S. 209, 224 und BVerwGE 71, S. 183, 191 (für den Fall der Behinderung einer gewerblichen Berufstätigkeit durch die staatliche Begünstigung eines Wettbewerbers).

²⁰⁴ BVerwG, Urt. v. 6. April 2000, NVwZ 2001, S. 322 f.

4.4.2 Klagerechte von Naturschutzverbänden

Naturschutzverbänden steht in Deutschland nur in wenigen Ausnahmefällen das Recht zu, verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu beantragen. Auf bundesrechtlicher Ebene existiert gegenwärtig nur die Möglichkeit einer Verbandsklage zur Durchsetzung des Rechts auf Verfahrensbeteiligung nach § 29 des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG). Allerdings ist vorgesehen, im Zuge der momentan im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Novelle des BNatSchG bundesweit eine so genannte altruistische Verbandsklage einzuführen, mit der auch materielle Verletzungen des Naturschutzrechts zum Gegenstand gerichtlicher Verfahren gemacht werden können.²⁰⁵ Entsprechende Klagemöglichkeiten stehen den anerkannten Naturschutzverbänden bereits heute nach den meisten Landesnaturschutzgesetzen zu.²⁰⁶

Für den vorliegenden Zusammenhang sind die vorhandenen und derzeit geplanten Möglichkeiten der naturschutzrechtlichen Verbandsklage gleichwohl relativ unbedeutend. Für sämtliche Varianten der Verbandsklage sehen die jeweiligen Gesetze vor, dass die Klagemöglichkeiten nur hinsichtlich bestimmter, katalogmäßig abschließend aufgezählter behördlicher Maßnahmen in Betracht kommen. Hierzu zählt weder die Ausweisung von Naturschutzgebieten noch die Zulassung von Anlagen in der AWZ. Soweit es um die Genehmigung durch das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie geht, würde eine auf Landesnaturschutzrecht gestützte Verbandsklage im Übrigen auch deshalb scheitern, weil sich eine solche nach der Rechtsprechung des BVerwG (zum bisherigem Recht) nicht gegen Verwaltungsakte von Bundesbehörden richten kann.²⁰⁷

Der soeben in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachte Entwurf der Novelle zum BNatSchG will es zwar grundsätzlich auch möglich machen, gegen Verwaltungsakte von Bundesbehörden zu klagen. Der Gesetzentwurf will den anerkannten Verbänden aber weder das Recht geben, die Ausweisung eines Schutzgebiets gerichtlich zu erzwingen, noch ist darin vorgesehen, ihnen ein Klagerecht gegen die Genehmigung von Anlagen nach der Seeanlagenverordnung einzuräumen. Der aktuelle Entwurfsvorschlag lautet:

²⁰⁵ Der Ausarbeitung lag insoweit der Gesetzentwurf mit dem Titel „Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Naturschutzes und der Landschaftspflege und zur Anpassung anderer Rechtsvorschriften (BNatSchGNeuregG)“ zugrunde, BT-Drs. 14/6378.

²⁰⁶ Einen relativ aktuellen Überblick über die landesrechtlichen Verbandsklageregelungen gibt Philipp, das Verbandsbeteiligungs- und Verbandsklagerecht der anerkannten Natur- und Umweltschutzverbände, Berlin 1998.

²⁰⁷ BVerwGE 92, S. 263 = NVwZ 1993, S. 891; BVerwG ZUR 1996, S. 202.

„Ein anerkannter Verein (...) kann (...) Rechtsbehelfe (...) einlegen gegen

1. Befreiungen von Verboten und Geboten zum Schutz von Naturschutzgebieten, Nationalparks und sonstigen nach § 33 Abs. 2 ausgewiesenen Schutzgebieten, sowie
2. Planfeststellungsbeschlüsse über Vorhaben, die mit Eingriffen in Natur und Landschaft verbunden sind.“²⁰⁸

Demnach kann eine Verbandsklage innerhalb des hier interessierenden Problemkreis nach dem vorliegenden Neuregelungsentwurf zum BNatschG allenfalls erhoben werden, wenn eine Schutzgebietsausweisung bereits besteht und für die Verwirklichung des betreffenden Vorhabens eine Befreiung von den Vorschriften der Schutzgebietsverordnung erforderlich ist (vgl. Nr. 1 des Entwurfsvorschlags). Eine derartige Konstellation erscheint äußerst unwahrscheinlich.

Auch unter Beachtung der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ergibt sich nichts anderes. Zwar verfolgt der EuGH hinsichtlich der Gewährung von Klagebefugnissen für betroffene Dritte im Umweltbereich eine sehr viel offenere Linie als die bundesdeutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit, weil er die Klagemöglichkeiten Betroffener als Mittel zur effektiven Durchsetzung von gemeinschaftsrechtlichen Umweltschutzbestimmungen ansieht.²⁰⁹ Daraus dürften jedoch für die Klagerechte der Verbände im vorliegenden Kontext keine tragenden Schlussfolgerungen gezogen werden können, weil das Gemeinschaftsrecht bislang das Rechtsinstitut einer Verbandsklage nicht kennt. Der EuGH hat seine Rechtsprechung zu den relativ weiten Klagemöglichkeiten Dritter im Umweltsektor allein anhand von Fällen entwickelt, in denen es darum ging, dass tatsächlich betroffene Dritte auf Grund der Nichteinhaltung von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben Nachteile hätten erleiden können.²¹⁰ So liegt es hier aber gerade nicht.

4.4.3 Klagerechte von sonstigen Dritten

Grundsätzlich bedeutsame Klagemöglichkeiten sonstiger Dritter sind nicht ersichtlich. Allenfalls ließen sich ungewöhnliche Situationen vorstellen, in denen etwa Teilnehmer des Schiffsverkehrs gegen die Beeinträchtigung von Schifffahrtswegen durch Windparks klagen.

²⁰⁸ § 60 Abs. 1 Satz 1 des Entwurfs zum BNatSchGNeuregG, BT-Drs. 14/6378.

²⁰⁹ Eingehend Schoch, NVwZ 1999, 457, 457 ff. m.w.N.; Winter, NVwZ 1999, 467, 467 ff. m.w.N.

²¹⁰ EuGH Slg. 1991, I-825 (Tz. 7) - Grundwasserrichtlinie -; EuGH Slg. 1991, I-2567 (Tz. 16) - Schwefeldioxid-Richtlinie -; EuGH Slg. 1991, I-2607 (Tz. 18) - Bleigehalt in der Luft -; EuGH Slg. 1991, I-4983 (Tz. 14) - Trinkwasserrichtlinie -; EuGH Slg. 1996, I-6755 (Tz. 15 f) - Süßwasserqualität -.

4.4.4 Einschaltung des BVerfG und des EuGH

Im Rahmen der nach den vorstehenden Ausführungen zulässigen Rechtsschutzverfahren ist es denkbar, dass die angerufenen deutschen Instanzgerichte bestimmte Rechtsfragen den übergeordneten Rechtsprechungsorganen des deutschen Verfassungsrechts und des europäischen Gemeinschaftsrechts zur Entscheidung vorlegen. Dazu sind die Instanzgerichte verpflichtet, soweit es auf die Auslegung von Verfassungs- oder Gemeinschaftsrecht ankommt.²¹¹ Auf diese Weise können das Bundesverfassungsgericht und der Europäische Gerichtshof mit den hier erörterten Rechtsfragen befasst werden.

Sieht sich der jeweilige Kläger in einem vor deutschen Gerichten geführten Verfahren durch die (letztinstanzliche) Gerichtsentscheidung in seinen Grundrechten verletzt, kommt im Rahmen des deutschen Verfassungsrechts die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde in Betracht.²¹² Das gleiche gilt, wenn der Kläger sich dadurch in seinen Rechten beeinträchtigt sieht, dass das deutsche Gericht einer Vorlagepflicht vor dem EuGH nicht nachgekommen ist. Denn dadurch würde das verfassungsrechtliche Gebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) verletzt.²¹³

Unabhängig von den konkreten Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter kann der EuGH durch die *EU-Kommission* im Wege der *Vertragsverletzungsklage* angerufen werden, wenn die Kommission der Auffassung ist, dass Deutschland gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hat (Art. 226 EGV). Das gleiche Recht hat auch jeder *andere Mitgliedstaat* der EU (nach Maßgabe des Art. 227 EGV).

Die Vertragsverletzungsklage kann insbesondere für das oben erörterte Problem der bislang fehlenden Ausweisungen von Vogelschutz- und FFH-Gebieten in der AWZ Bedeutung erlangen. Unterlässt die Bundesrepublik weiterhin die Ausweisung, so trägt sie das Risiko einer Anrufung des EuGH durch die Kommission oder einen anderen Mitgliedstaat.

Zu beachten ist, dass mittelbar auch einzelne Bürger oder Naturschutzverbände die Einschaltung des EuGH im Wege der Vertragsverletzungsklage bewirken können, indem sie sich zum Beispiel mit einer entsprechenden Beschwerde an die EU-Kommission wenden.

²¹¹ Nach Maßgabe von Art. 100 Abs. 1 GG bzw. Art. 234 Abs. 3 EGV.

²¹² Vgl. Art. 93 Abs. 4a GG.

²¹³ Vgl. Streinz, Europarecht, Rdnr. 579 ff. m.w.N.

5 Fazit

Das derzeit bestehende Reglementarium zur Zulassung von Windkraftanlagen in der AWZ auf Basis des Seeaufgabengesetzes wirft einige schwierige verfassungsrechtliche Fragen auf. Dennoch ist nach der hier vertretenen Auffassung davon auszugehen, dass es dem verfassungsrechtlich geforderten Mindestmaß an inhaltlicher Bestimmtheit genügt. In ihrem Kern sind die statuierten Genehmigungsvorschriften auch vollzugsfähig, obwohl sie nicht wenige Praktikabilitätsprobleme hervorrufen.

Die Funktion, den von der Bundesregierung energiepolitisch gewünschten Weg in Richtung einer verstärkten Nutzung der Windenergie auf See abzusichern und zugleich auf eine umweltverträgliche Weise auszugestalten, vermag das Instrumentarium nicht auf befriedigende Weise zu erfüllen. Es ist durch einige bedeutsame Auslassungen, Undeutlichkeiten und Unsicherheiten gekennzeichnet, die dem Interesse des Gesetzgebers und der Anlagenbetreiber an hinreichender Rechts- und Planungssicherheit zuwiderlaufen.

Der wichtigste Kritikpunkt besteht darin, dass das Instrumentarium von seiner Rechtskonstruktion her darauf angelegt ist, eine abschließende Vollregelung über die Zulassung von Anlagen in der AWZ zu liefern, die ein Hineinwirken anderer gesetzlicher Vorgaben (insbesondere aus dem Naturschutzrecht) ausschließt, diese exklusive Stellung aber nicht durchhalten kann, weil vorrangiges Gemeinschaftsrecht auch in der AWZ zu beachten ist.

Aus der Rechtsprechung des EuGH lässt sich nämlich sicher ableiten, dass die Vogelschutz- und FFH-Richtlinie sowie die UVP-Richtlinie auch in den AWZ der Mitgliedstaaten Geltung beanspruchen. Daraus folgt zweierlei:

- Einerseits müssen diejenigen deutschen Rechtsvorschriften, die der Umsetzung der betreffenden Richtlinien dienen, gemeinschaftskonform dahin ausgelegt werden, dass auch sie innerhalb der AWZ Anwendung finden. Das gilt namentlich für die §§ 19a bis 19f BNatSchG. Der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers des Ausführungsgesetzes zum SRÜ ist unbeachtlich.
- Andererseits müssen die unmittelbaren Wirkungen der genannten Richtlinien bei jedem einzelnen Genehmigungsvorgang zur Geltung gebracht werden. Das ist erforderlich, wenn ein „faktisches Vogelschutzgebiet“ bzw. ein „faktisches FFH-Gebiet“ vorliegt. Dann richtet sich die Zulässigkeit des Vorhabens nach den jeweils maßgebenden Bestimmungen dieser Richtlinien. Handelt es sich um ein faktisches besonderes Vogelschutzgebiet, so sind den Zielen der Richtlinie entgegen stehende Vorhaben ausnahmslos unzulässig. Im Falle eines FFH-Gebiets bestehen dem gegenüber gewisse Ausnahmemöglichkeiten.

Zudem ist nach Maßgabe der UVP-Richtlinie zu prüfen, ob die Anlage im Einzelfall einer UVP (mit Öffentlichkeitsbeteiligung) bedarf.

Die Feststellung, ob die Anlage hiernach zulassungsfähig ist, obliegt nach dem Konzept des Seeaufgabengesetzes und der Seeanlagenverordnung allein dem Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie, das die Einhaltung des EG-Rechts im Zuge einer richtlinienkonformen Auslegung des Genehmigungstatbestands sicherzustellen hat. Der Genehmigungstatbestand des § 3 SeeAnIV lässt dies aber nicht erkennen.

Die Genehmigungsvorschrift gibt der zuständigen Behörde auch im Übrigen keine präzisen Beurteilungsmaßstäbe für die Zulässigkeit des Vorhabens in die Hand. Der Tatbestand ist zwar in seinem Kerngehalt auslegungsfähig und genügt daher den Mindestanforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Rechtsanwender ihn in Anbetracht seiner sprachlichen Weite sehr verschieden interpretieren und endgültige Klärungen erst durch die letztinstanzlichen Gerichte erreicht werden.

Die Verwaltung ist darauf angewiesen, im Hinblick auf Umweltaspekte die General- und Auffangklausel des § 3 Satz 1 SeeAnIV (Gefährdung der Meeresumwelt) zur Anwendung zu bringen. Eine Anwendung des auf den ersten Blick spezieller wirkenden Satzes 2 Nr. 3 (Verschmutzung der Meeresumwelt im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Nr. 4 SRÜ) scheidet aus, weil diese Klausel in Wahrheit inhaltsleer ist und daher für sich genommen wegen mangelnder Bestimmtheit als verfassungswidrig anzusehen sein dürfte. Die Vorschrift verweist nämlich auf eine bloße Definitionshülle im SRÜ, der sich kein Zuträglichkeitsmaßstab entnehmen lässt.

Unbefriedigend ist, dass die Seeanlagenverordnung damit keine sichere Basis für die Umsetzung eines abgestimmten Stufenprogrammes zur Entwicklung von Offshore-Windkraftanlagen in der AWZ bildet, wie es das BMU an sich präferiert. Es ist nicht klar, ob § 3 Satz 1 (2. Alt.) SeeAnIV dahin auszulegen ist, dass die Besorgnis einer Beeinträchtigung der Meeresumwelt ausreicht, um eine Versagung des Genehmigungsantrages aussprechen zu können. Dafür sprechen zwar systematische Erwägungen innerhalb der Verordnung. Die Wortwahl spricht aber eher für das Verständnis im Sinne des Erfordernisses einer konkreten Gefahr. Nur auf der Grundlage des Besorgnismaßstabes ließe sich indes (wenigstens eingeschränkt) die Absicht verwirklichen, in den kommenden Jahren zunächst umfängliche Erfahrungen hinsichtlich der Umweltauswirkungen von Windkraftanlagen in der AWZ zu sammeln, bevor Großprojekte genehmigt werden. Die Frage harret einer gerichtlichen Klärung.

Problematisch ist darüber hinaus, dass die Seeanlagenverordnung keine spezielle Regelung über den Umgang mit Konkurrenzfällen enthält. Anders als es das Bundesberggesetz für die Parallelproblematik bei den bergfreien Bodenschätzen regelt, fehlt ein Tatbestand, der es der

Genehmigungsbehörde gestatten würde, dem der Sache nach geeigneter erscheinenden Antrag Vorrang zu geben. Die Konsequenz ist, dass dem Bundesamt nur rein zeitbezogene „Auswahlkriterien“ zur Verfügung stehen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der frühere Zeitpunkt der (auch vollständigen) Antragstellung als solcher kein vor dem Gleichheitsgrundsatz tragfähiges Ausschlusskriterium für andere Anträge darstellt. Er kann nur begründen, dass über den Antrag an erster Stelle entschieden wird. Erst nach positiver Bescheidung können andere Anträge abgelehnt werden, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit. Bei dieser Sachlage sind Konkurrentenklagen geradezu vorprogrammiert.

Als bedenklich erweist sich am bestehenden Instrumentarium ferner, dass sich § 1 des Seeaufgabengesetzes so liest, als habe der Bund hinsichtlich der Zulassung von Anlagen in der AWZ von seiner Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der Hochseeschifffahrt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG) Gebrauch gemacht. In Wahrheit gehören die Bestimmungen der Materie des Rechts der Wirtschaft an (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Damit ist die Verfassungsmäßigkeit der maßgebenden Regelungen des Seeaufgabenrechts nur deshalb nicht in Frage gestellt, weil die tatsächlich einschlägige Verfassungsnorm nach der hier vorgenommenen (streitbaren) Auslegung eine hinreichende Grundlage für die getroffenen Bestimmungen bietet.

Es ist zwar vorstellbar, dass die in den Vorschriften des Seeaufgabenrechts angelegten rechtlichen Unsicherheiten für eine gewisse Zeit nicht oder nur selten zum Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen werden, weil weder den Naturschutzverbänden relevante Klagerechte zustehen noch ersichtlich ist, dass sich „Nachbarn“ auf im weitesten Sinne umweltbezogene subjektive Rechte berufen könnten. Das kann in der Sache aber nicht beruhigen. Auch muss damit gerechnet werden, dass die Gerichte spätestens dann mit den erörterten Problemstellungen konfrontiert werden, wenn Fälle auftreten, in denen mehrere Antragsteller um das gleiche Gebiet konkurrieren. Gerichtliche Klärungen dürften außerdem unumgänglich sein, wenn die Genehmigungsbehörde Anträge ablehnt. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Bundesrepublik das Risiko einer Anrufung des EuGH im Wege der Vertragsverletzungsklage (insbesondere durch die EU-Kommission) in Kauf nimmt, solange sie keine Vogelschutz- und FFH-Gebiete in der AWZ ausweist.

Nach alledem ist zu empfehlen, die rechtlichen Bestimmungen für die Zulassung von Anlagen in der AWZ neu zu ordnen. Das kann grundsätzlich sowohl durch Änderungen innerhalb der bestehenden Gesetze und Verordnungen geschehen als auch durch die Schaffung eines neuen, speziell auf die hier betrachtete Problemstellung zugeschnittenen gesetzlichen Programms.

Die konkrete Ausgestaltung eines solchen Regelungswerkes ist im Wesentlichen eine politische Frage. Aus rechtlicher Perspektive erscheinen folgende Aspekte wichtig:

- Die Zulassungsbestimmungen für Anlagen in der AWZ sollten auf die korrekte Gesetzgebungskompetenz gestützt werden (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG).
- Um sicher zu gehen, dass die Regelungen nicht in Konflikt mit dem Gesetzesvorbehalt (Art. 20 Abs. 3 GG) geraten, sollte der Genehmigungstatbestand künftig nicht einer Verordnung, sondern in einem Gesetz verankert werden.
- Die Genehmigungsvoraussetzungen sollten im Hinblick auf die relevanten Umweltauswirkungen (Luft- und Wasserreinhaltung, Bewahrung der Natur- und Pflanzenwelt) präziser gefasst werden und ausdrücklich das Vorsorgeprinzip zum Maßstab erheben.
- Die maßgebende Zuträglichkeitsschwelle für die Versagungsgründe sollte eindeutig gefasst werden.
- Der Genehmigungstatbestand sollte klar zum Ausdruck bringen, dass vorrangiges Gemeinschaftsrecht zu beachten ist.
- In der Genehmigungsvorschrift sollte ausdrücklich geregelt werden, wie im Falle von Konkurrenzansprüchen vorzugehen ist.
- Im Hinblick auf (noch) fehlende Erfahrungen mit dem Umweltauswirkungen der Vorhaben sollte die Möglichkeit geschaffen werden, Vorhaben oberhalb einer bestimmten Größe für einen bestimmten Zeitraum abzulehnen.
- Das Genehmigungsverfahren sollte detaillierter festgelegt und damit unter anderem von vornherein auf die Erfordernisse des UVP-Gesetzes zugeschnitten werden; in diesem Zusammenhang müsste auch geklärt werden, welche Stellen an dem Verfahren in welcher Weise beteiligt werden sollen.
- Zu begrüßen wäre eine rechtlich eindeutige Regelung, nach der die Ausweisung von Schutzgebieten in der AWZ auf Grundlage der Vogelschutz- und FFH-Richtlinie (unter Beachtung der Maßgaben des SRÜ) möglich ist.
- Erwogen werden sollte, ob und auf welche Weise es sinnvoll möglich sein kann, die Standortwahl mit planerischen Instrumenten gezielter zu steuern.

Eine vollständige Reform des Zulassungsinstrumentariums lässt sich in der gegenwärtigen Legislaturperiode vermutlich nicht mehr realisieren. Im Falle einer Verzögerung der Reform um weitere zwei bis drei Jahre besteht jedoch die Gefahr, dass auf Basis der Seeanlagenverordnung weitgehend Fakten geschaffen würden, die später nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten. Deshalb bietet es sich an, auch über eine „kleine Lösung“ nachzu-

denken, die sich noch im Rahmen der Novelle des Bundesnaturschutzgesetzes durchsetzen ließe. Aufgabe einer solchen „kleinen Lösung“ wäre es, die Seeanlagenverordnung auf verhältnismäßig einfache Weise so zu ändern, dass der Vorrang des Gemeinschaftsrechts hinreichend zum Ausdruck kommt und eine handhabbare Grundlage für die Umsetzung eines abgestuften Ausbauprogrammes geschaffen wird.
