

An den  
Vorsitzenden des Umwelt- und Agrarausschusses  
des Schleswig-Holsteinischen Landtags  
Herrn Klaus Klinckhamer

per Email

**Fachbereich V –  
Rechtswissenschaft**



**Prof. Dr. Alexander Proelß**

Professur für Öffentliches Recht,  
insbesondere Völkerrecht und Europarecht

D-54286 Trier  
Tel.: +49 (0)651 / 201-2586  
Fax: +49 (0)651 / 201-3803  
e-mail: proelss@uni-trier.de

Trier, den 20. November 2011

## **Stellungnahme zum Thema Walschutz**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

für die mir eingeräumte Gelegenheit, zum Thema „Walschutz“, mit dem sich der Umwelt- und Agrarausschuss derzeit beschäftigt, Stellung zu nehmen, danke ich Ihnen aufrichtig. Ich mache von dieser Gelegenheit mit nachfolgenden Überlegungen zur völker- und europarechtlichen Perspektive des Walschutzes Gebrauch.

### **I. Der völkerrechtliche Rahmen zum Schutz der Wale**

Die Dimensionen des Walschutzthemas sind vielfältig. Auf globaler Ebene stehen vor allem die jährlich auf die Tagesordnung gelangenden Auseinandersetzungen um die Reichweite und Anwendung des Internationalen Übereinkommens zur Regelung des Walfangs (International Convention for the Regulation of Whaling – ICRW) von 1946 im Vordergrund des öffentlichen Interesses. Dabei geht es vor allem um die Kontroverse zwischen den Gegnern (u.a. Deutschland, Australien und USA) und den Befürwortern (vor allem Japan) des kommerziellen Walfangs über die Frage der Verlängerung des seit der Jagdsaison 1983/84 in Kraft befindlichen Fangmoratoriums für bedrohte Großwalarten, das seit 1994 auf den Jahrestreffen der mit dem ICRW gegründeten Internationalen Walfangkommission (International Whaling Commission – IWC) jeweils um zwölf Monate – nach z.T. hitzigen Diskussionen – verlängert wurde. Kompromissvorschläge des wissenschaftlichen Ausschusses und des Vorsitzenden der IWC, die auf eine eng begrenzte, strikt regulierte und vor allem effektiv kontrollierte Wiederezulassung des kommerziellen Walfangs nur bezüglich von Spezies, deren Bestände infolgedessen nicht gefährdet würden (Minkewale) hinauslaufen sollten (das bereits vor Jahren erarbeitete und seither angepasste „Revised Management Scheme“ ist das strengste Bewirtschaftungssystem, das jemals entwickelt wurde), sind wiederholt (zuletzt 2010) am Widerstand der Walfangegner gescheitert.

Auf den Widerstand der Gegner des kommerziellen Walfangs hat Japan reagiert, indem es sich einerseits gegen den teilweise auch von Walfanggegnern befürworteten, weil überwiegend nachhaltigen Walfang indigener Gemeinschaften gewendet hat, und andererseits seine

eigenen Walfangaktivitäten auf eine Ausnahmeklausel im ICRW zum sog. „wissenschaftlichen Walfang“ (scientific whaling) stützt. Die Frage nach der Reichweite dieser Klausel (Art. VIII ICRW) ist auch vor dem Hintergrund eines von Australien gegen Japan im Mai 2010 angestregten Verfahrens vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) bezüglich der Völkerrechtmäßigkeit des japanischen Programms JARPA II – Japan macht geltend, das Programm verkörpere „wissenschaftlichen Walfang“ im Sinne des ICRW – von hoher Aktualität. Im Rahmen von JARPA II behält sich Japan vor, jährlich bis zu 850 (+/- 10%) Minkewale, 50 Finnwale sowie 50 Buckelwale zu jagen; diese Quoten wurden bislang jedoch nicht ausgefangen. Meines Erachtens sprechen angesichts des Umstands, dass JARPA II nach den verfügbaren Informationen weniger auf die Gewinnung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse denn auf die kommerzielle Verwertung der im Rahmen des Programms harpunierten Wale ausgerichtet ist, gute Gründe dafür, das japanische Vorgehen als rechtsmissbräuchlich und damit völkerrechtswidrig zu qualifizieren. Dennoch bestehen hinsichtlich der Klage Australiens vor dem IGH Zweifel an den Erfolgsaussichten, weil jedenfalls derzeit nicht klar erkennbar ist, ob und inwieweit Australien infolge der japanischen Aktivitäten in seinen Rechten verletzt wurde. Zwar haben sich beide Staaten durch Erklärung gemäß Art. 36 Abs. 2 IGH-Statut der Gerichtsbarkeit des IGH unterworfen. Die Klage Australiens betrifft jedoch nicht nur die Auslegung der ICRW, sondern ist auch auf Einstellung der japanischen Walfangaktivitäten gerichtet. Ob in einem solchen Fall die bloße Mitgliedschaft der streitenden Parteien bezüglich ein- und desselben Vertrags für die Annahme der Klagebefugnis (*ius standi*) ausreicht, kann nicht eindeutig bejaht werden. Entscheidend wird sein, ob nach Ansicht des IGH die gerügten Verstöße gegen das ICRW Rechtspflichten Japans betreffen, die nach ihrer Rechtsnatur die Lage aller anderen Vertragsparteien hinsichtlich der weiteren Erfüllung der Verpflichtungen grundlegend ändern (vgl. Art. 42 lit. b ii) der Artikel zur Staatenverantwortlichkeit).

## II. Walschutz in Deutschland und Europa

Die zweite juristische Dimension des Walschutzthemas betrifft die lokale und regionale Situation, d.h. die Rechtslage in Gewässern, auf welche sich die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland erstreckt (innere Gewässer und Küstenmeer [= 12-Seemeilen-Zone]), sowie in Gewässern, in welchen die Bundesrepublik Deutschland von Völkerrechts wegen souveräne Rechte und Hoheitsbefugnisse ausüben darf (Ausschließliche Wirtschaftszone [AWZ] = 200-Seemeilen-Zone). Vor dem Hintergrund des Bezugs zu den Kompetenzen des Schleswig-Holsteinischen Landtags steht diese Dimension im Folgenden im Vordergrund des Interesses. In den deutscher Hoheitsgewalt unterliegenden Meereszonen in Nord- und Ostsee findet neben dem Völkerrecht – relevant ist hier vor allem das Abkommen zur Erhaltung der Kleinwale in der Nord- und Ostsee, des Nordostatlantiks und der Irischen See (Agreement on the Conservation of Small Cetaceans of the Baltic, North East Atlantic, Irish and North Seas – ASCOBANS), das freilich nur vergleichsweise allgemeine Pflichten enthält – vor allem das europäische Unionsrecht Anwendung.

### 1. Überblick

Auf Ebene des Unionsrechts sieht die Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21. Mai 1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie bzw. FFH-Richtlinie, ABl. EG 1992, Nr. L 206/7), die räumlich nicht nur innere Gewässer und Küstenmeer, sondern auch AWZ und Festlandsockel der EU-Mitgliedstaaten erfasst, in der Schaffung eines kohärenten europäischen ökologischen Netzes von Schutzgebieten („Natura 2000“) das wesentliche Instrument zur Erhaltung der europäischen Artenvielfalt. Die EU-Mitgliedstaaten sind verpflichtet, für die in Anhang I der Richt-

linie aufgelisteten natürlichen Lebensraumtypen sowie für die in Anhang II der Richtlinie aufgenommenen Arten von Gemeinschaftsinteresse besondere Schutzgebiete (Special Areas of Conservation – SACs) auszuweisen (sog. besonderer Gebietschutz). Innerhalb solcher Gebiete müssen die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen treffen, um „die Verschlechterung der natürlichen Lebensräume und der Habitate der Arten sowie Störungen von Arten, für die die Gebiete ausgewiesen worden sind, zu vermeiden, sofern solche Störungen sich im Hinblick auf die Ziele dieser Richtlinie erheblich auswirken könnten“ (Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie). Innerhalb der ausgewiesenen Schutzgebiete können menschliche Aktivitäten, bei denen es sich um „Pläne“ oder „Projekte“ handelt, nur nach einer strengen Umweltverträglichkeitsprüfung durchgeführt werden. In manchen Fällen muss eine Aktivität aus zwingenden Gründen durchgeführt werden, obwohl die Ergebnisse der Umweltverträglichkeitsprüfung dagegen sprechen – beispielsweise wegen erheblichen öffentlichen Interesses. Der Mitgliedsstaat ist dann verpflichtet, Ausgleichsmaßnahmen zu ergreifen (vgl. Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie).

Darüber hinaus enthält Art. 12 FFH-Richtlinie gebietsunabhängig zur Anwendung gelangende artenschutzspezifische Vorschriften hinsichtlich derjenigen Tierarten, die in Anhang IV lit. a der FFH-Richtlinie aufgenommen sind. Insoweit sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle notwendigen Maßnahmen zu treffen, um ein strenges Schutzsystem für die betreffenden Tierarten in deren natürlichen Verbreitungsgebieten einzuführen. Verboten werden müssen nach Art. 12 Abs. 1 FFH-Richtlinie „(a) alle absichtlichen Formen des Fangs oder der Tötung von aus der Natur entnommenen Exemplaren dieser Arten; (b) jede absichtliche Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten; (c) jede absichtliche Zerstörung oder Entnahme von Eiern aus der Natur; (d) jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten.“

Mit den vorbezeichneten Vorgaben implementiert und konkretisiert die FFH-Richtlinie die allgemeineren Pflichten aus dem ASCOBANS-Übereinkommen. Bundes- und Landesgesetzgeber wiederum sind ihrer europarechtlichen Pflicht, die FFH-Richtlinie in nationales Recht umzusetzen, mit Änderungen des Bundesnaturschutzgesetzes (BNatSchG) und der Landesnaturschutzgesetze nachgekommen. Für das Thema des lokalen und regionalen Walschutzes ist das supranational vorgezeichnete Naturschutzrecht bei alledem von großer Bedeutung: Der in Nord- und Ostsee und insbesondere in Gebieten unter deutscher Hoheitsgewalt vorkommende Gewöhnliche Schweinswal (*Phocoena phocoena*) ist sowohl in Anhang II als auch in Anhang IV lit. a der FFH-Richtlinie gelistet. Dies bedeutet, dass jede menschliche Aktivität, die in deutschen inneren Gewässern, im deutschen Küstenmeer sowie in der deutschen AWZ vorgenommen wird, den sich aus Art. 6 und 12 der FFH-Richtlinie ergebenden Standards genügen muss.

## *2. Maßnahmen zum Schutz des Schweinswals in deutschen Gewässern*

Mit Blick auf die für die deutschen Gewässer etablierten Schutzmaßnahmen ist zunächst an die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern zu erinnern. Gemäß Art. 74 Abs. 2 Nr. 29 GG gehören der Naturschutz und die Landschaftspflege zur konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes (früher: Rahmengesetzgebung gemäß Art. 75 Abs. 1 Nr. 3 GG). Das Grundgesetz beruht also nicht auf einem räumlichen, sondern einem funktionellen Ansatz, d.h. die Länder verfügen in sämtlichen Meereszonen (einschließlich AWZ) über die Gesetzgebungsbefugnis, soweit der Bund von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat, vgl. Art. 72 Abs. 1 GG. Eben dies hat der Bund mit §§ 32, 44, 57 BNatSchG indes getan. Hiernach gilt für den Schutz der besonders geschützten Arten wie dem Schweinswal gemäß § 44 Abs. 1 BNatSchG ein unmittelbar anwendbares Verbot, mit welchem die Vorgaben des Art. 12

FFH-Richtlinie umgesetzt wurden. Im Hinblick auf den Gebietsschutz wählen grundsätzlich die Länder die besonderen Schutzgebiete im Sinne der FFH-Richtlinie (im Benehmen mit dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit) aus und treffen die erforderlichen Schutzmaßnahmen. Dies gilt indes nicht für die Etablierung von besonderen Schutzgebieten in der AWZ. Denn nach § 57 Abs. 1 BNatSchG erfolgt die „Auswahl von geschützten Meeresgebieten im Bereich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone und des Festlandsockels [...] durch das Bundesamt für Naturschutz unter Einbeziehung der Öffentlichkeit mit Zustimmung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit beteiligt die fachlich betroffenen Bundesministerien und stellt das Benehmen mit den angrenzenden Ländern her.“ Eine Abweichungsbefugnis der Länder gemäß Art. 72 Abs. 3 GG besteht insoweit nicht, weil Nr. 2 der Norm „die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes, das Recht des Artenschutzes oder des Meeresnaturschutzes“ von dieser Befugnis ausnimmt. Der Gebietsschutz der Länder macht somit an der Außengrenze des Küstenmeers halt. Aus diesem Grunde gilt das Gesetz zum Schutze des schleswig-holsteinischen Wattenmeeres vom 17. Dezember 1999 (GVOBl. Schl.-H. 1999, 518) nur innerhalb der zu Schleswig-Holstein zählenden Teile der deutschen inneren Gewässer und des deutschen Küstenmeers. Diese Aufteilung der Kompetenzen birgt im Hinblick auf wandernde Arten wie dem Schweinswal die Gefahr einer Zersplitterung des Artenschutzes.

Schleswig-Holstein ist seiner Pflicht zur Umsetzung der FFH-Richtlinie innerhalb der 12-Seemeilen-Zone u.a. durch Ausweisung eines Kleinwalschutzgebiets westlich von Sylt und Amrum nachgekommen, dessen Gebietsgrenzen in § 5 des Anhangs zur Landesverordnung über die Ausübung der Fischerei in den Küstengewässern vom 11. November 2008 (GVOBl. Schl.-H. 2008, 640) festgelegt sind. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes zum Schutze des schleswig-holsteinischen Wattenmeeres ist es im gesamten Nationalpark nicht zulässig,

„wildlebenden Tieren nachzustellen, sie durch Lärm oder anderweitig zu beunruhigen, sie zu verletzen, zu töten oder sie, ihre Eier oder ihre sonstigen Entwicklungsformen zu beschädigen oder an sich zu nehmen oder Hunde unangeleint laufen zu lassen.“

Im Walschutzgebiet ist es über diese Schutzbestimmungen hinaus „untersagt, Wale erheblich zu beeinträchtigen“ (§ 5 Abs. 4 des Gesetzes zum Schutze des schleswig-holsteinischen Wattenmeeres). Dieses Beeinträchtigungsverbot, das mit Blick auf den Schweinswal den Anforderungen von Art. 6 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 der FFH-Richtlinie Rechnung trägt, wurde hinsichtlich von Fischereitätigkeiten mit § 7 Nr. 2 der Landesverordnung über die Ausübung der Fischerei in den Küstengewässern dahingehend konkretisiert, dass im Walschutzgebiet nur

„die Schleppnetzfisherei zum Fang von Fischen, die der unmittelbaren menschlichen Ernährung (Konsumfisherei) dienen, der Fischfang mit anderen Geräten als Treibnetzen sowie mit Stellnetzen, deren gestreckter Abstand zwischen Grundtau und Schwimmerleine 2,00 m nicht übersteigt“,

erlaubt ist. Diese Vorgabe könnte praktisch überaus bedeutsam sein, weil nach derzeitigem Stand der Wissenschaft die Fischerei mit Stellnetzen die Hauptgefährdungsquelle für Schweinswale darstellt. In diesem Sinne äußerte sich in einer Mitteilung aus dem Jahre 2004 auch das schleswig-holsteinische Ministerium für Umwelt, Naturschutz und Landwirtschaft. Es regte darüber hinaus an, die in der Landesverordnung enthaltenen Beschränkungen der Stellnetzfisherei auf die angrenzenden AWZ-Gebiete (hinsichtlich derer es dem Land Schleswig-Holstein, wie gesagt, an der Zuständigkeit fehlt) auszudehnen. Auf der Grundlage einer detaillierten Auswertung der Beifänge von Schweinswalen durch die deutsche und dänische Stellnetzfisherei in der Nordsee gelangte es zu dem Ergebnis, dass die Vorgaben der



Landesverordnung über die Ausübung der Fischerei in den Küstengewässern zu Mindestabständen einen effektiven Schutz der Schweinswale ermöglichen. Soweit erkennbar ist diese Schlussfolgerung in der Wissenschaft unwidersprochen geblieben.

### 3. Schutz-/Nutzungskonflikt mit der Fischerei

Die Effektivität der getroffenen Maßnahmen leidet aber in erheblichem Maße darunter, dass lediglich deutsche Fischereifahrzeuge davon erfasst werden. Dies hat seinen Grund darin, dass das geltende Fischereirecht maßgeblich von den **unionsrechtlichen Vorgaben der Gemeinsamen Fischereipolitik (GFP)** geprägt ist. Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. d des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; konsolidierte Fassung: ABl. EU 2008, Nr. C 115/47) ist die EU für die „Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik“ ausschließlich zuständig, d.h. die EU-Mitgliedstaaten können auf diesem Gebiet ohne vorausgehende Ermächtigung der EU keine einschlägigen Gesetze mehr erlassen. Nach Art. 17 Abs. 1 der zentralen Verordnung (EG) Nr. 2371/2002 des Rates vom 20. Dezember 2002 über die Erhaltung und nachhaltige Nutzung der Fischereiressourcen im Rahmen der Gemeinsamen Fischereipolitik (ABl. EU 2002, Nr. L 358/59) haben „[a]lle Fischereifahrzeuge der Gemeinschaft [...] gleichberechtigten Zugang zu den Gewässern und Ressourcen in allen Gemeinschaftsgewässern mit Ausnahme der in Absatz 2 genannten Gebiete.“ Allerdings haben die Mitgliedstaaten nach Abs. 2 der Norm

„[i]n den Gewässern unter ihrer Hoheit oder Gerichtsbarkeit bis zu einer Entfernung von 12 Seemeilen von den Basislinien [...] vom 1. Januar 2003 bis 12. Dezember 2012 das Recht, den Fischfang Fischereifahrzeugen vorzubehalten, die von Häfen der angrenzenden Küste aus traditionell in diesen Gewässern fischen [...]“

Von dieser Ermächtigung, die im Rahmen der derzeit beratenen Reform der GFP in der Sache beibehalten und bis zum 31. Dezember 2022 verlängert werden soll (vgl. KOM(2011) 425 endg. vom 13. Juli 2011, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Gemeinsame Fischereipolitik, Art. 6 Abs. 2), hat die Bundesrepublik Deutschland zulässigerweise Gebrauch gemacht, indem sie den Zugang zu den Gewässern in einer Entfernung von drei bis 12 Seemeilen von den Basislinien auf Schiffe unter deutscher, dänischer und niederländischer Flagge beschränkt hat; in den Gewässern bis zu einer Entfernung von drei Seemeilen von den Basislinien dürfen nur deutsche Fischereifahrzeuge Fischfang betreiben (vgl. Anhang I zur Verordnung (EG) Nr. 2371/2002).

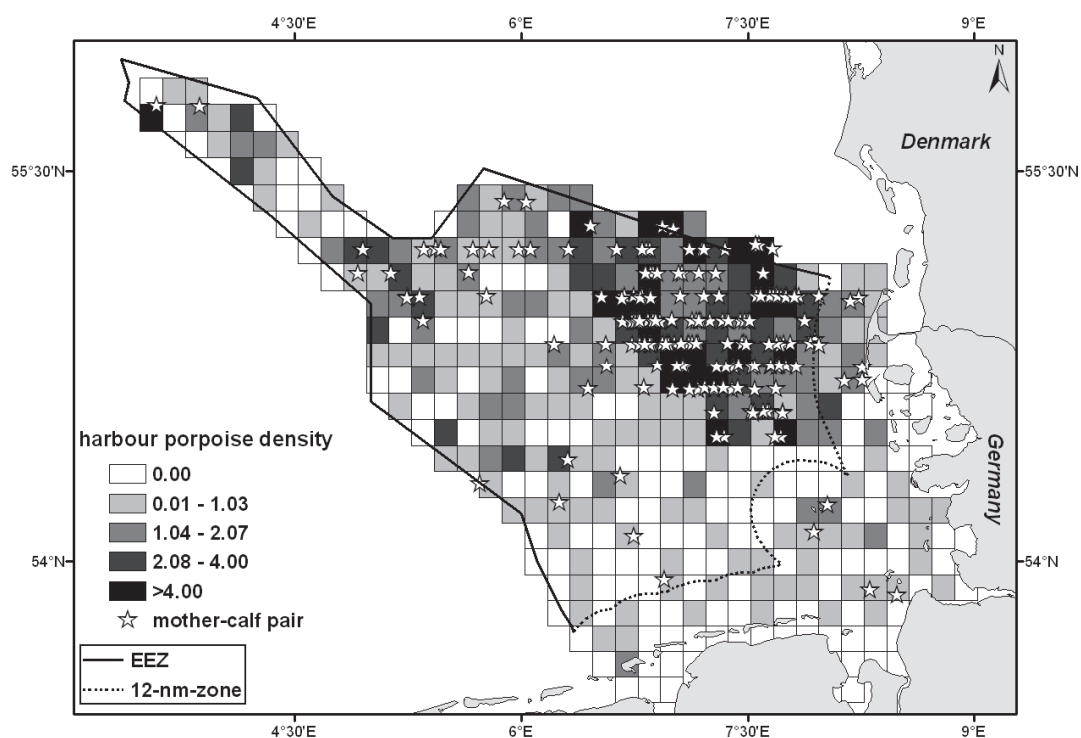
Hieraus folgt, dass unter dänischer Flagge fahrende Fischereifahrzeuge ab einer Entfernung von drei Seemeilen von den Basislinien im deutschen Küstenmeer Fischfang betreiben dürfen. Die strengen Schutzvorgaben des Kleinwalschutzgebiets sind auf dänische Fischereifahrzeuge dabei nicht anwendbar, weil der deutsche (Landes- oder Bundes-)Gesetzgeber vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 1 lit. d AEUV keine Zuständigkeit besitzt, auch für die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten Beschränkungen der Fischerei zu implementieren. Zwar kann ein EU-Mitgliedstaat gemäß Art. 9 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2371/2002

„zur Erhaltung und Bewirtschaftung der Fischereiressourcen und zur maximalen Begrenzung der Auswirkungen der Fischerei auf den Erhalt der marinen Ökosysteme in seinen Gewässern bis zu einer Entfernung von 12 Seemeilen von den Basislinien nichtdiskriminierende Maßnahmen treffen [...]“.

Diese Maßnahmen dürfen jedoch grundsätzlich nur auf Schiffe unter eigener Flagge angewendet werden. Sollen sie auf Schiffe unter der Flagge eines anderen Mitgliedstaats erstreckt werden (in vorliegender Situation: auf dänische Fischereifahrzeuge), setzt dies die Durchführung eines aufwendigen Konsultationsverfahrens voraus, in dessen Rahmen das Entscheidungsrecht grundsätzlich der EU-Kommission zugewiesen ist (vgl. Art. 9 Abs. 2 i.V.m.

Art. 8 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 2371/2002). Der neue Entwurf der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Gemeinsame Fischereipolitik sieht insoweit nur noch eine Konsultationspflicht ohne Vetorecht vor, was unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Artenschutzes zu begrüßen ist.

Derzeit führt die überaus komplexe Rechtslage somit dazu, dass das deutsche Artenschutzrecht zur Umsetzung der FFH-Richtlinie nicht auf Angehörige anderer EU-Mitgliedstaaten angewendet werden kann, soweit damit eine Einschränkung von Fischereitätigkeiten einhergeht. Auch wenn dem Verfasser vorliegender Stellungnahme keine exakten Daten hinsichtlich deutscher und dänischer Stellnetzfishereiaktivitäten im Kleinwalschutzgebiet und in den angrenzenden Gebieten der AWZ vorliegen, verdeutlicht doch der Blick auf die saisonalen Verteilungsmuster von Schweinswalen in der deutschen Nordsee die Dimension des Problems.



Saisonale Verteilungsmuster von Schweinswalen in der deutschen Nordsee (2002-2006). Dargestellt ist die mittlere Dichte der Schweinswale pro Rasterzelle (10x10 km) im Sommer (Juni-Aug.). Quelle: A. Gilles/M. Scheidat/U. Siebert, Seasonal Distribution of Harbour Porpoises and Possible Interference of Offshore Wind Farms in the German North Sea, Marine Ecology Progress Series 383 (2009), S. 295 ff.

Berücksichtigt man ferner eine wissenschaftliche Studie (vgl. M. Vinther and F. Larsen, Updated Estimates of Harbour Porpoise (*Phocoena phocoena*) Bycatch in the Danish North Sea Bottom-set Gillnet Fishery, Journal of Cetacean Research and Management 6 [2004], S. 19 ff.), der zufolge die Anzahl von Schweinswalen, die zwischen 1987 und 2001 als Beifänge dänischer Stellnetzfisherei in der gesamten Nordsee registriert wurden, jährlich zwischen 5.500 und 5.800 Tieren betrug, stellt sich im Kontext des Walschutzes die grundlegende Frage nach Sinn und Effektivität des europäischen Artenschutzrechts. Das gilt erst recht vor dem Hintergrund des Umstands, dass der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einem Urteil vom 25. November 1999 feststellte, ein Mitgliedstaat dürfe sich auch dann nicht seiner Pflichten zur effektiven Umsetzung des europäischen Naturschutzrechts entziehen, wenn er hieran durch eine „gewisse Inkohärenz zwischen den verschiedenen Gemeinschaftspolitiken“

gehindert werde (vgl. EuGH, Rs. C-96/98, Kommission/Frankreich, Slg. 1999, I-8531 Rn. 40). In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Bundesrepublik Deutschland einerseits vor dem Hintergrund der ausschließlichen Zuständigkeit der EU für die Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik gehindert ist, die strengen Schutzvorgaben des Kleinwalschutzgebiets auf Angehörige anderer Mitgliedstaaten anzuwenden, es andererseits dadurch aber unmöglich wird, den Anforderungen der FFH-Richtlinie angemessen Rechnung zu tragen.

Es sind verschiedene Vorschläge unterbreitet worden, wie dieses Dilemma gelöst werden kann. Einer Ansicht zufolge sei die ausschließliche Kompetenz der EU auf die Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik im engeren Sinne begrenzt; Maßnahmen, die artenschutzrechtlich begründet und geboten seien und lediglich mittelbar Auswirkungen auf die Fischerei zeitigten, würden von ihr nicht erfasst, mit der Folge, dass die EU-Mitgliedstaaten insoweit nach wie vor Rechtsakte erlassen könnten (so etwa T. Markus, *European Fisheries Law*, Groningen: Europa Law Publishing, 2009, S. 52; D. Czybulka, *Restrictions on Fisheries in the Multi-Level System of Governance ('Cascade System')* in *Light of EU Law*, Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht 2011, S. 208 ff.). Aus kompetenzrechtlichen Gründen, die an dieser Stelle nicht im Einzelnen dargelegt werden müssen, halte ich diese – auch rechtspolitisch durchaus naheliegende – Auffassung für unzutreffend. Ich meine vielmehr, dass sich die EU-Kompetenz auf sämtliche Maßnahmen mit Fischereibezug erstreckt, solange der Zusammenhang der betreffenden Maßnahme mit der Erhaltung der lebenden Ressourcen des Meeres nicht völlig nebensächlicher Natur ist (vgl. A. Proelß, *Meeresschutz im Völker- und Europarecht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, S. 316; ders./M. Krivickaite/A. Gilles/H. Herr/U. Siebert, *Protection of Cetaceans in European Waters – A Case Study on Bottom-Set Gillnet Fisheries within Marine Protected Areas*, *International Journal for Marine and Coastal Law* 26 [2011], S. 5 [38 f.]). Hiervon kann bei der Implementierung von Mindestabständen bei Stellnetzen, die jedenfalls auch dem Schutz von Jungfischen dienen, nicht ausgegangen werden. Auch die EU-Kommission stellte in einer Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament vom 16. März 2001 (KOM[2001] 143 endg., *Elemente einer Strategie zur Einbeziehung der Erfordernisse des Umweltschutzes in die Gemeinsame Fischereipolitik*) mit Blick auf die Vogelschutz- und die FFH-Richtlinie fest, dass

„[b]eide Rechtsvorschriften [...] Bewirtschaftungsanforderungen [definieren], die größtenteils in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. Wann immer aber diese Anforderungen die Regulierung der Fischfangaktivitäten betreffen, ist es gemäß Artikel 37 des Vertrages Aufgabe der Gemeinschaft, die erforderlichen Maßnahmen zu verabschieden“ (ebd., S. 8).

Maßnahmen des Meeresnaturschutzes, die sich nicht unmittelbar auf die Erhaltung der europäischen Fischbestände bezogen, wurden in der Vergangenheit denn auch auf die Unionszuständigkeit für die Fischerei gestützt (vgl. etwa die Verordnung (EG) Nr. 812/2004 des Rates vom 26. April 2004 zur Festlegung von Maßnahmen gegen Walbeifänge in der Fischerei und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 88/98 [ABl. EU 2004, Nr. L 150/12] sowie die Verordnung (EG) Nr. 602/2004 des Rates vom 22. März 2004 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 850/98 hinsichtlich des Schutzes der Tiefwasserkorallenriffe vor den Folgen des Schleppnetzfangs in einem Gebiet nordwestlich von Schottland [ABl. EU 2004, Nr. L 97/30]). Vor diesem Hintergrund würde die Erstreckung der im Kleinwalschutzgebiet geltenden Schutzmaßnahmen auf Schiffe, die unter dänischer Flagge fahren, durch den schleswig-holsteinischen Gesetz- bzw. Ordnungsgeber das Risiko eines von der EU-Kommission eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens bergen.

Nach einer u.a. von mir kürzlich vertretenen Ansicht (Proelß et al., op. cit., S. 39 ff.) wandeln sich vor dem Hintergrund der Sperrwirkung der EU-Kompetenz für Maßnahmen, die jeden-

falls auch der Erhaltung der europäischen Fischbestände dienen, die Pflichten Deutschlands aus der FFH-Richtlinie in eine Pflicht, bei der EU-Kommission die Erstreckung der schleswig-holsteinischen Stellnetzanforderungen auf Schiffe anderer EU-Mitgliedstaaten sowie auf die angrenzenden Gebiete der deutschen AWZ förmlich zu beantragen. Auch die EU-Kommission scheint diesem Weg zuzuneigen. So heißt es in einem Leitfaden der Kommission zur Einführung von Fischereimaßnahmen in marinen Natura 2000-Gebieten (abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/marine/docs/fish\\_measures.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/marine/docs/fish_measures.pdf)):

“In this case the proposed measures fall under the scope of the Common Fisheries Policy, for which the Community has exclusive competence. Therefore, Member States must address a formal request of adoption of such measures to the Directorate General of Fisheries and Maritime Affairs (DG MARE) of the Commission and must follow the procedure outlined below.”

Werden in diesem Antrag hinreichende wissenschaftliche Anhaltspunkte dafür dargelegt, dass die artenschutzspezifischen Erhaltungsziele der FFH-Richtlinie infolge der Fischereitigkeiten anderer Mitgliedstaaten unterlaufen werden könnten, sind die zuständigen Organe der EU vor dem Hintergrund des in Art. 191 Abs. 2 AEUV normierten Vorsorgeprinzips, das auch im Rahmen der GFP berücksichtigt werden muss (vgl. Art. 11 AEUV), verpflichtet, die entsprechenden Schutzmaßnahmen zu erlassen, oder aber ein entsprechendes Vorgehen der Bundesrepublik Deutschland (für die AWZ) bzw. Schleswig-Holsteins (für innere Gewässer und Küstenmeer) zu genehmigen. Fehlt es dauerhaft an der Bereitschaft, die Bundesrepublik Deutschland bei der Verwirklichung der Ziele der FFH-Richtlinie im Hinblick auf den Schweinswalschutz zu unterstützen, liegt hierin ein Verstoß gegen den in Art. 4 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) normierten Grundsatz der Unionstreue und gegenseitigen Rücksichtnahme, der vor dem EuGH einklagbar wäre. Dies gilt jedenfalls insoweit, als sich die Bundesrepublik ihrerseits um eine effektive Erfüllung der gebiets- und artenschutzbezogenen Vorgaben der FFH-Richtlinie bemüht hat. Darauf ist unter 4. zurückzukommen.

Der sich derzeit im Beratungsstadium befindliche Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Gemeinsame Fischereipolitik (KOM(2011) 425 endg.), mit der die GFP reformiert werden soll, trägt vorstehenden Überlegungen im Ansatz Rechnung. Er enthält folgende Bestimmung:

„Artikel 12 **Einhaltung der Verpflichtungen nach dem EU-Umweltrecht**

1. In besonderen Schutzgebieten im Sinne von Artikel 6 der Richtlinie 92/43/EWG, Artikel 4 der Richtlinie 2009/147/EG und Artikel 13 Absatz 4 der Richtlinie 2008/56/EG üben die Mitgliedstaaten Fangtätigkeiten so aus, dass die Auswirkungen des Fischfangs in diesen Gebieten gemindert werden.
2. Die Kommission wird ermächtigt, delegierte Rechtsakte gemäß Artikel 55 zur Festlegung fischereibezogener Maßnahmen zur Minderung der Auswirkungen des Fischfangs in besonderen Schutzgebieten zu erlassen.“

In seiner aktuellen Studie „Fischbestände nachhaltig bewirtschaften – zur Reform der Gemeinsamen Fischereipolitik“ vom November 2011 (abrufbar unter: [http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/04\\_Stellungnahmen/2011\\_11\\_Stellung\\_16\\_Fischbestaende.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.umweltrat.de/SharedDocs/Downloads/DE/04_Stellungnahmen/2011_11_Stellung_16_Fischbestaende.pdf?__blob=publicationFile)) hat der Sachverständigenrat für Umweltfragen (SRU) mit Blick auf Abs. 1 des Normvorschlags zutreffend festgestellt, dass die darin enthaltene „Forderung [...] leider sehr unkonkret und an keine Ziele geknüpft [ist]“, zugleich jedoch die in Abs. 2 der Norm statuierte Selbstverpflichtung der Kommission begrüßt (ebd., S. 14). Freilich kann von einer Selbstverpflichtung im engeren Sinne, die dem vorstehend ausgebreiteten Verständnis des Grundsatzes der Unionstreue Rechnung tragen würde, bei genauerer Betrachtung nicht



ausgegangen werden; denn die Kommission wird durch Art. 12 Abs. 2 des Vorschlags nicht verpflichtet, sondern lediglich zum Erlass einschlägiger Maßnahmen ermächtigt. Bei Vorliegen klarer Anhaltspunkte dafür, dass bei fortgesetzter Untätigkeit der EU-Kommission die Schutzziele der FFH-Richtlinie unterlaufen würden, müsste diese Ermächtigung daher unionsrechtskonform im Sinne einer Rechtspflicht zum Tätigwerden ausgelegt werden. In jedem Fall spiegelt die Norm implizit die vorliegend für zutreffend erachtete Rechtsansicht der Kommission wider, wonach die Kompetenz für den Erlass von natur- und artenschutzbezogenen Maßnahmen, mit welchen auf Beeinträchtigungen reagiert werden soll, die aus Fischereitätigkeiten resultieren, ausschließlich bei der EU liegt.

#### *4. Genügen die geltenden (EU) bzw. vorgeschlagenen (Deutschland) Fischereibeschränkungen den Anforderungen der FFH-Richtlinie im Hinblick auf den Schutz der Schweinswale?*

Die bislang **von den Organen der EU erlassenen Maßnahmen**, die jedenfalls mittelbar zum Schutz der Schweinswale beitragen, bleiben deutlich hinter den im Kleinwalschutzgebiet geltenden Standards zurück. So hat der Rat mit der Verordnung (EG) Nr. 850/98 vom 30. März 1998 zur Erhaltung der Fischereiresourcen durch technische Maßnahmen zum Schutz von jungen Meerestieren (ABl. EG 1998, Nr. 125/1) zwar Vorschriften für stationäre Fanggeräte implementiert (vgl. Art. 11 der Verordnung). Diese gelten indes unabhängig von den naturschutzrechtlichen Vorgaben der FFH-Richtlinie hinsichtlich des Schutzes der Schweinswale, auf die mit keinem Wort Bezug genommen wird. Es handelt sich daher um einen Rechtsakt, der ausschließlich die Erhaltung der lebenden Ressourcen, nicht aber den europäischen Arten- und Gebietsschutz in den Blick nimmt. Die Verordnung (EG) Nr. 812/2004 des Rates vom 26. April 2004 zur Festlegung von Maßnahmen gegen Walbeifänge in der Fischerei und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 88/98 (ABl. EU 2004, Nr. L 150/12) verbietet immerhin den Einsatz von Stellnetzen in Nord- und Ostsee (freilich: nur auf Schiffen mit einer Mindestlänge von 12 m), soweit diese nicht mit akustischen Abschreckvorrichtungen (sog. Pinger) versehen sind. Anders als in der Ostsee gilt diese Regelung in der Nordsee bezüglich von Stellnetzen mit einer Maschenöffnungsgröße von weniger als 220 mm indes nur für die Zeit vom 1. August bis 31. Oktober. Hinzu tritt, dass der Einsatz von Pingern wissenschaftlich äußerst umstritten ist und laut derzeit beratenen Maßnahmenvorschlägen für das Fischereimanagement in den Natura 2000-Gebieten in der deutschen AWZ der Nord- und Ostsee (Stand: 21. April 2011) u.a. vom Bundesamt für Naturschutz (BfN) abgelehnt wird (ebd., S. 38 f.). Auch der Sachverständigenrat für Umweltfragen hat in seiner aktuellen Studie „Fischbestände nachhaltig bewirtschaften – zur Reform der Gemeinsamen Fischereipolitik“ darauf hingewiesen, dass „[d]er ganzjährige Einsatz von akustischen Vergrämern (Pinger) an allen Stellnetzen, unabhängig von der Fahrzeuggröße, [...] als Maßnahme in Schutzgebieten kontrovers diskutiert [wird]“ (SRU, op. cit., S. 14).

Entscheidend ist, dass die EU-Mitgliedstaaten nach Art. 6 Abs. 2 FFH-Richtlinie verpflichtet sind, innerhalb von besonderen (Natura 2000-) Schutzgebieten die Störung von Arten, für die die Gebiete ausgewiesen worden sind, zu vermeiden. Im Falle der in der deutschen AWZ in Nord- und Ostsee gelegenen Gebiete „Sylter Außenriff“ (Nordsee) und „Fehmarnbelt“ (Ostsee), die beide – auch vor dem Hintergrund der dort vorhandenen Schweinswalbestände – in die Liste der Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 FFH-Richtlinie aufgenommen wurden, wird diese Pflicht jedenfalls mit dem Zeitpunkt der Ausweisung als besonderes Schutzgebiet (im Sinne von Art. 6 FFH-Richtlinie) auf der Grundlage von § 57 Abs. 2 BNatSchG zum Tragen kommen. Darüber hinaus ist im Hinblick auf die in Anhang IV lit. a der FFH-Richtlinie genannten Tierarten, darunter auch der Schweinswal, „jede absichtliche Störung dieser Arten, insbesondere während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten“ verboten. Der Umstand, dass die Verordnung (EG) Nr. 812/2004 nicht zwischen Natura 2000-Schutzgebieten und anderen europäi-

schen Meeresgebieten unterscheidet, impliziert, dass sie den arten- und gebietsschutzbezogenen Anforderungen der FFH-Richtlinie im Hinblick auf den Schweinswalschutz nicht ausreichend Rechnung trägt. Daher sind kraft europäischen Naturschutzrechts weitergehende Maßnahmen erforderlich.

Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die **Bundesrepublik Deutschland** sich in dem erforderlichen Maß um die effektive Erfüllung der in der FFH-Richtlinie normierten Pflichten bemüht hat. Wenn und soweit dies der Fall ist, sind die zuständigen Organe der EU im Hinblick auf eine Ausweitung der Schutzstandards auf Fischereifahrzeuge anderer EU-Mitgliedstaaten nach dem oben unter 3. Gesagten unionsrechtlich verpflichtet, den Erlass entsprechender Maßnahmen durch Deutschland zu genehmigen oder aber die Maßnahmen selbst zu verabschieden. Es wurde bereits dargestellt, dass die beiden im Hinblick auf den Schweinswalschutz besonders relevanten Gebiete „Sylter Außenriff“ und „Fehmarnbelt“ von der Kommission als Gebiete von gemeinschaftlicher Bedeutung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 FFH-Richtlinie anerkannt wurden. Sie müssen deshalb vom Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, das gemäß § 57 Abs. 2 BNatSchG für Schutzgebietsausweisungen in der AWZ zuständig ist, als besondere Schutzgebiete im Sinne von Art. 6 FFH-Richtlinie ausgewiesen werden, vgl. Art. 4 Abs. 4 FFH-Richtlinie. Für beide Gebiete hat das Bundesamt für Naturschutz, das gemäß § 57 Abs. 1 BNatSchG für die Auswahl von geschützten Meeresgebieten im Bereich der deutschen AWZ zuständig ist, Erhaltungsziele definiert (abrufbar unter: [http://www.bfn.de/habitatmare/de/downloads/erhaltungsziele/Erhaltungsziele\\_Sylter-Aussenriff\\_2011-04-28.pdf](http://www.bfn.de/habitatmare/de/downloads/erhaltungsziele/Erhaltungsziele_Sylter-Aussenriff_2011-04-28.pdf) bzw. [http://www.bfn.de/habitatmare/de/downloads/erhaltungsziele/Erhaltungsziele\\_Fehmarnbelt\\_2009-03-06.pdf](http://www.bfn.de/habitatmare/de/downloads/erhaltungsziele/Erhaltungsziele_Fehmarnbelt_2009-03-06.pdf)). In diesen Dokumenten wird die Berufsfischerei unter dem Gesichtspunkt des Beifangs von Meeressäugtieren übereinstimmend als aktuelle Gefährdungsquelle im Gebiet qualifiziert.

Ungeachtet dessen, dass das Bundesamt für Naturschutz die Schweinswalpopulationen im „Sylter Außenriff“ als „gut“ und im „Fehmarnbelt“ als „schlecht“ klassifiziert hat (vgl. die Standard-Datenbögen, abrufbar unter: [http://www.bfn.de/habitatmare/de/downloads/standarddatenboegen/1209-301\\_Sylter\\_Aussenriff\\_2011\\_08\\_30.pdf](http://www.bfn.de/habitatmare/de/downloads/standarddatenboegen/1209-301_Sylter_Aussenriff_2011_08_30.pdf) bzw. [http://www.bfn.de/habitatmare/de/downloads/standarddatenboegen/1332-301\\_Fehmarnbelt\\_2011\\_08\\_30.pdf](http://www.bfn.de/habitatmare/de/downloads/standarddatenboegen/1332-301_Fehmarnbelt_2011_08_30.pdf)), muss Deutschland mit Ausweisung der Gebiete als besondere Schutzgebiete den Anforderungen der FFH-Richtlinie in vollem Umfang Rechnung tragen. Letztere ergeben sich wiederum aus Art. 6 Abs. 2 und aus Art. 12 FFH-Richtlinie; demgegenüber dürften auf der Grundlage der Waddensee-Entscheidung des EuGH (Rs. C-127/02, Slg. 2004 I-7405) die besonderen gebietsschutzrechtlichen Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 und 4 FFH-Richtlinie (Erfordernis von Umweltverträglichkeitsprüfungen, siehe o. 1.) mangels hinreichender Einwirkung der Stellnetzfischerei auf den Meeresboden nicht anwendbar sein (vgl. Proelß et.al., op. cit., S. 29 ff.).

Während das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit die unter deutscher Flagge fahrenden Fischereifahrzeugen auch in der AWZ autonomen Fischereibeschränkungen unterwerfen kann (vgl. Art. 10 der Verordnung (EG) Nr. 2371/2002), ist dies im Hinblick auf Fischereitätigkeiten von Fahrzeugen unter der Flagge eines anderen EU-Mitgliedstaats nach dem oben Gesagten nicht der Fall. Insofern ist vielmehr eine Genehmigung oder ein Legislativakt der EU-Kommission erforderlich.

Freilich herrscht bereits in Deutschland Streit über die Schutzstandards, die innerhalb der Gebiete zur Anwendung gelangen sollen. Derzeit stehen sich mit Blick auf den Schweinswalschutz zwei alternative Vorschläge des zum Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz gehörenden Bundesforschungsinstituts für Ländliche Räume, Wald und Fischerei und des Bundesamts für Naturschutz gegenüber. Während sich das Bundesforschungsinstitut für Ländliche Räume, Wald und Fischerei im Bereich des Sylter Außenriffs für einen nur saisonalen Ausschluss der Fischerei mit Kiemen- und

Verwickelnetzen zwischen dem 1. Mai und dem 31. August bei ganzjährigem Einsatz von Pingern an allen Stellnetzen ausspricht, befürwortet das Bundesamt für Naturschutz einen ganzjährigen Ausschluss der Stellnetzfischerei. Im Gebiet „Fehmarnbelt“ steht dem Vorschlag eines ganzjährigen Fischereiausschlusses (Bundesamt für Naturschutz) der einer ganzjährigen Verwendung von Pingern ohne saisonalen Ausschluss gegenüber.

Vom rechtlichen Standpunkt aus sprechen die besseren Gründe für den Vorschlag des Bundesamts für Naturschutz. Pinger mögen in frei nutzbaren Meeresgebieten einen Beitrag zum Naturschutz leisten – den ungleich strengeren Vorgaben der FFH-Richtlinie für besondere Schutzgebiete dürften sie ebenso wenig genügen wie den artenschutzbezogenen Anforderungen, mit denen ein „strenges Schutzsystem“ (Art. 12 Abs. 1 FFH-Richtlinie) etabliert werden soll. Das Bundesamt für Naturschutz hat auf mehrere Untersuchungen verwiesen, nach welchen Schweinswale durch den Einsatz von Pingern gestört und ggf. vertrieben werden können (vgl. Maßnahmenvorschläge für das Fischereimanagement in den Natura 2000-Gebieten in der deutschen AWZ der Nord- und Ostsee, S. 38 f.). Eine solche Störung und ggf. Vertreibung aus den angestammten Lebensräumen liefe den Zwecken des besonderen Gebiets- und Artenschutzes gemäß FFH-Richtlinie diametral entgegen. Dies gilt erst recht vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Vorsorgeprinzips (vgl. Art. 191 Abs. 2 AEUV), nach welchem wissenschaftliche Unsicherheit über die Populationen gefährdeter Arten und über das Ausmaß der Gefährdung durch bestimmte menschliche Aktivitäten nicht dazu führen darf, strenge Schutzmaßnahmen zu unterlassen.

Vor diesem Hintergrund erscheint für einen effektiven und dauerhaften Schutz der Schweinswale die **Etablierung eines ganzjährigen Ausschlusses der Fischerei mit Kiem- und Verwickelnetzen**, ggf. konkretisiert durch Regelungen zu Mindestabständen und Mindestmaschengrößen, unbedingt vorzugswürdig. Mit seinen im Kleinwalschutzgebiet geltenden Schutzstandards ist Schleswig-Holstein geradezu prädestiniert, sich für eine solche Lösung einzusetzen. Dadurch würde nicht nur ein Beitrag zur Erreichung der mit dem Schutzgebietsnetz „Natura 2000“ verfolgten Ziele geleistet, sondern auch die unionsrechtskonforme Ausgestaltung des deutschen Naturschutzrechts gefördert. Nach Verabschiedung einer entsprechenden Schutzgebietsverordnung hätte sich die Bundesregierung bei der EU-Kommission dann um eine Ausweitung der für deutsche Schiffe geltenden strengen Regelungen auf Fischereifahrzeuge aller EU-Mitgliedstaaten zu bemühen, um ihren Pflichten aus der FFH-Richtlinie gerecht zu werden.



(Prof. Dr. Alexander Proelß)