

## **Kleine Anfrage**

**der Abg. Werner Raab und Dr. Patrick Rapp CDU**

**und**

## **Antwort**

**des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft**

### **Windkraftanlagen**

#### Kleine Anfrage

Wir fragen die Landesregierung:

1. Ist ihr das Gutachten der Rechtsanwälte C. L. bekannt, welches im Auftrag des Landesverbands baden-württembergischer Bürgerinitiativen gegen Windkraftanlagen in Natur- und Kulturlandschaften erstellt und Anfang Oktober 2014 dem Regierungspräsidium Karlsruhe übergeben wurde?
2. In welchen Punkten hält dieses Gutachten nach ihrem Kenntnisstand den Windenergieerlass des Landes für korrekturbedürftig, vor allem im Blick auf gesetzliche Bestimmungen und Entscheidungen oberer Gerichte?
3. Ist sie bereit, den Windenergieerlass entsprechend zu korrigieren bzw. neu zu fassen?
4. Ist sie bereit, noch nicht abgeschlossene Genehmigungsverfahren über Windkraftanlagen ruhen zu lassen bis zur Bekanntgabe eines korrigierten Windenergieerlasses?

11. 12. 2014

Raab, Dr. Rapp CDU

## Begründung

Das Gutachten der Rechtsanwälte C. L. kommt zu dem Ergebnis, dass der geltende Windenergieerlass gesetzliche Vorgaben und obergerichtliche Entscheidungen nicht beachtet. Aus Gründen der Rechtssicherheit sowohl für Bürger als auch für Investoren muss dieses Gutachten ausgewertet und daraus die notwendigen Konsequenzen für den Windenergieerlass gezogen werden.

## Antwort\*)

Mit Schreiben vom 19. Januar 2015 Nr. 6-4583/915 beantwortet das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft im Einvernehmen mit dem Ministerium für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz und dem Ministerium für Verkehr und Infrastruktur die Kleine Anfrage wie folgt:

*1. Ist ihr das Gutachten der Rechtsanwälte C. L. bekannt, welches im Auftrag des Landesverbands baden-württembergischer Bürgerinitiativen gegen Windkraftanlagen in Natur- und Kulturlandschaften erstellt und Anfang Oktober 2014 dem Regierungspräsidium Karlsruhe übergeben wurde?*

Die Rechtsanwaltskanzlei C. L. wandte sich im Auftrag und im Namen des Landesverbands baden-württembergischer Bürgerinitiativen gegen Windkraftanlagen in Natur- und Kulturlandschaften mit Schreiben vom 5. November 2014 an Herrn Ministerpräsidenten Winfried Kretschmann, das Ausführungen zum Windenergieerlass Baden-Württemberg vom 9. Mai 2012 enthielt. Gleichlautendes Schreiben wurde zuvor mit Datum vom 2. Oktober 2014 an das Regierungspräsidium Karlsruhe versandt.

Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich daher nur auf dieses Schreiben.

*2. In welchen Punkten hält dieses Gutachten nach ihrem Kenntnisstand den Windenergieerlass des Landes für korrekturbedürftig, vor allem im Blick auf gesetzliche Bestimmungen und Entscheidungen oberer Gerichte?*

Zu Anwendung und Inhalt des Windenergieerlasses werden im Schreiben der Rechtsanwaltskanzlei C. L. im Wesentlichen folgende Aspekte angeführt, die einer Korrektur des Windenergieerlasses bedürfen sollen:

- a) Nach dem Schreiben besteht die Sorge, dass der Windenergieerlass von Behörden und Planungsträgern falsch angewendet werden könnte mit der Folge, dass Planungen und Genehmigungen für die Windkraft rechtsfehlerhaft wären. Insbesondere wird moniert, dass der Charakter des Windenergieerlasses als Verwaltungsvorschrift für die nachgeordneten Behörden und als unverbindliche Empfehlung für die Planungsträger nicht deutlich genug herausgestellt werde und daher der Windenergieerlass von den Planungsträgern als verpflichtendes Recht ohne eigene Abwägungsentscheidung angewendet werden könnte.
- b) Insbesondere in Bezug auf das Gebot des „Substanziell-Raum-Schaffens“ werden im Schreiben der Kanzlei C. L. weitere mögliche Anwendungsfehler bei der Planung aufgezeigt, wenn zum Beispiel ein Planungsträger entgegen den Ausführungen im Windenergieerlass statt von dem Gebot des „Substanziell-Raum-Schaffens“ von einer Verpflichtung zum „bestmöglichen Raum-Schaffen“ für die Windenergie ausgehen würde. Konkret wird in diesem rechtlichen Kontext auch ein Schreiben des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 7. April 2014 an den Nachbarschaftsverband Karlsruhe zur Beurteilung des Gebots des „Substanziell-Raum-Schaffens“ als rechtlich nicht zutreffend beanstandet.

---

\*) Der Überschreitung der Drei-Wochen-Frist wurde zugestimmt.

- c) Die Rechtsanwaltskanzlei C. L. beklagt, dass der Windenergieerlass die Rechtslage bei der Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen insbesondere zu Lasten des Naturschutzes einseitig, unvollständig und teilweise sogar unzutreffend abbilden würde. Beispielsweise würde die in Kapitel 4.1 des Windenergieerlasses dargestellte Windhöflichkeit nicht zusätzlich in Kapitel 4.2.1 des Windenergieerlasses als möglicher Tabubereich thematisiert. Ferner würde der Hinweis auf die Geltung der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, wie in Kapitel 5.6.4.2 (Artenschutzrechtliche Verbote) erfolgt, nicht nochmals in Kapitel 5.6.2.3 (Außenbereich) aufgeführt, um klarzustellen, dass trotz der gesetzlichen Privilegierung von Windenergieanlagen die artenschutzrechtlichen Bestimmungen oder andere öffentlich-rechtlichen Vorschriften unberührt bleiben. Zudem seien im Windenergieerlass die Ausführungen zu den artenschutzrechtlichen Verbotstatbeständen in Bezug auf das Störungsverbot nach § 44 Absatz 1 Nr. 2 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) und das Beschädigungsverbot von Fortpflanzungs- und Ruhestätten nach § 44 Absatz 1 Nr. 3 BNatSchG nicht ausführlich genug dargestellt. Nicht erwähnt werde, dass auch Nahrungshabitate oder Balzplätze unter den Begriff der Fortpflanzungsstätte fallen können. Auch sei nicht dargestellt, dass regelmäßig genutzte Fortpflanzungsstätten von Vögeln nicht nur während ihrer Nutzung, sondern ganzjährig geschützt sind. Demgegenüber würden in Kapitel 5.6.4.2.2 Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten von den artenschutzrechtlichen Verboten umfassend behandelt.

- d) Im Schreiben von C. L. wird ferner die Nichtbeachtung einer Reihe obergerichtlicher Urteile im Windenergieerlass moniert.

Dies betreffe insbesondere die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den Voraussetzungen und Grenzen der naturschutzrechtlichen Einschätzungsprärogative und der gerichtliche Kontrolle (BVerwG, Urteil vom 21. November 2013, Az. 7 C 40/11). In diesem Zusammenhang wird insbesondere erwähnt, dass auch vorgelegte Artendaten von Hobbyornithologen von den Naturschutzbehörden geprüft und berücksichtigt werden müssten. Weiterhin wird die Rechtsprechung einiger Oberverwaltungsgerichte (z. B. Bay VGH, Urteil vom 18. Mai 2014, 22 B 13.1358; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21. März 2013, 2 M 154/12) in Bezug auf das Vorliegen eines signifikant erhöhten Tötungsrisiko zitiert, das bei einer erhöhten Aufenthaltswahrscheinlichkeit im Nahbereich der Windenergieanlage angenommen wird, bei einem nur seltenen Überfliegen der Windenergieanlage dagegen jedoch nicht. In diesem Kontext rügt die Kanzlei C. L. auch fehlende Ausführungen im Windenergieerlass zu den Abständen von Windenergieanlagen zu Brutvorkommen des Rotmilans.

- e) Die Kanzlei C. L. weist auf eine unvollständige Umsetzung zwingend zu beachtender unionsrechtlicher Vorgaben der FFH- und der Vogelschutzrichtlinie in das Bundesnaturschutzgesetz im Bereich der artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände (Störungs-, Beschädigungs- und Verschmutzungsverbot) und der Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten hin, die im Windenergieerlass nicht erwähnt werde. Was die artenschutzrechtliche Ausnahme betrifft, könnten insbesondere nur Ausnahmegründe geltend gemacht werden, die als zwingende Gründe des überwiegenden öffentlichen Interesses im Sinn der Vogelschutzrichtlinie genannt werden. In diesem Zusammenhang führt die Kanzlei C. L. zwei erstinstanzliche Gerichtsentscheidungen an, in denen in Bezug auf die Windenergie ein solcher zwingender Grund abgelehnt wurde (VG Cottbus, Urteil vom 7. März 2013, Az. K 6/10; VG Halle, Urteil vom 19. August 2010, Az. 4 A 9/10). Der Windenergieerlass sehe ferner keine Ausführungen für schutzwürdige Bereiche vor, die zu Unrecht nicht als Vogelschutzgebiete ausgewiesen wurden (sog. faktische Vogelschutzgebiete). In diesen dürften keine Maßnahmen getroffen werden, die die Lebensräume der Vögel erheblich beeinträchtigen.

3. *Ist sie bereit, den Windenergieerlass entsprechend zu korrigieren oder neu zu fassen?*

4. *Ist sie bereit, noch nicht abgeschlossene Genehmigungsverfahren über Windkraftanlagen ruhen zu lassen bis zur Bekanntgabe eines korrigierten Windenergieerlasses?*

Fragen 3 und 4 können jeweils verneint werden, da eine Korrekturbedürftigkeit des Windenergieerlasses aufgrund der vorgebrachten Gründe derzeit nicht besteht. Vielmehr fasst der Windenergieerlass die wesentlichen rechtlichen Gesichtspunkte unter Berücksichtigung der einschlägigen und zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden und inhaltlich nach wie vor geltenden höchstrichterlichen Rechtsprechung zutreffend zusammen. Darüber hinaus wurde und wird der Erlass, falls erforderlich, über weitere Schreiben der Ministerien zum Beispiel zur Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten (abrufbar unter dem Link <https://mlr.baden-wuerttemberg.de/de/unsere-themen/energiewende/windkraft/>) oder fachliche Hinweise der Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden-Württemberg (LUBW), die im Internet unter dem Link <http://www.lubw.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/216927/> veröffentlicht sind, ergänzt bzw. vertieft.

- a) Aus dem Titel des Windenergieerlasses als eine „Gemeinsame Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft, des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz, des Ministeriums für Verkehr und Infrastruktur und des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft“ als auch aus den einführenden Kapiteln geht eindeutig hervor, dass es sich beim Windenergieerlass in Bezug auf die nachgeordneten Behörden lediglich um eine interne Verwaltungsvorschrift handelt. Für die Planungsträger hat der Windenergieerlass, wie an mehreren Stellen insbesondere in Kapitel 2 (Zielsetzungen und Adressaten) betont wird, ausschließlich Hinweis- und Empfehlungscharakter. Auch wird hinreichend verdeutlicht, dass die Hinweise im Windenergieerlass eine Prüfung und Abwägung im jeweiligen Einzelfall durch die Planungsträger und Behörden nach Maßgabe der einschlägigen Rechtsvorschriften und unter Berücksichtigung der besonderen Gegebenheiten vor Ort nicht ersetzen.
- b) Das von der Kanzlei C. L. befürchtete Risiko möglicher Fehler bei der Anwendung des Windenergieerlasses in der Praxis wird aus den unter a) genannten Gründen nicht gesehen. Die im Zusammenhang mit dem Gebot des „Substantiell-Raum-Schaffens“ kritisierte Rechtsauffassung des Regierungspräsidiums Karlsruhe im Schreiben vom 7. April 2014 an einen Planungsträger kann nicht beanstandet werden, da sie der aktuell an baden-württembergischen Rechtsprechung (VGH BW, Urteil vom 12. Oktober 2012, Az. 8 S 1370/11) sowie der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2012, Az. 4 CN 1.11) entspricht, wonach das Verhältnis zwischen Konzentrationsfläche(n) und Potenzialfläche als ein Indiz für die Beurteilung des Gebots des „Substantiell-Raum-Schaffens“ herangezogen werden kann.
- c) Dass ein Erlass für den Ausbau der Windenergie neben Tabu-, Restriktionskriterien und sonstigen zu beachtenden konkurrierenden Belangen auch die rechtlich bestehenden Spielräume zugunsten der Windenergie im Einzelfall aufzeigt, entspricht auch dem Vorgehen in anderen Bundesländern und stellt gerade die Grundlage für eine ausgewogene Entscheidungsfindung im Einzelfall sicher. Aufgrund der abstrakt-generellen Ausrichtung und des nicht abschließenden Charakters des Windenergieerlasses kann im Windenergieerlass nicht auf jede Einzelheit und zumindest nicht in gleichem Umfang eingegangen werden, wie dies im Hinblick auf das Störungsverbot nach § 44 Absatz 1 Nr. 2 BNatSchG, das Beschädigungsverbot von Fortpflanzungs- und Ruhestätten nach § 44 Absatz 1 Nr. 3 BNatSchG und das Verschmutzungs- und Beeinträchtigerungsverbot von der Kanzlei C. L. gefordert wurde. Solche Einzelheiten enthalten zum einen die den Windenergieerlass konkretisierenden Hinweise der Ministerien und der LUBW sowie allgemeine, nicht nur für die Windkraft geltende Hinweise des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz. Zum anderen wird die Vereinbarkeit mit den gesetzlichen Bestimmungen im Rahmen der jeweiligen Einzelfallprüfung sichergestellt. Was die Ein-

zelfallprüfung betrifft, ist den Naturschutzbehörden im Land insbesondere bestens bekannt, dass von Brutvögeln regelmäßig besetzte, intakte Nester auch in den Zeiträumen geschützt sind, in denen diese nicht genutzt werden. Ebenfalls bekannt ist, dass essentielle Nahrungshabitate von Arten im Einzelfall als Bestandteil der Fortpflanzungsstätte zu betrachten sind und demgemäß unter die Vorschrift des § 44 Absatz 1 Nr. 3 BNatSchG fallen. Letzteres verdeutlicht z. B. das Formblatt des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz zur speziellen artenschutzrechtliche Prüfung, auf das der Windenergieerlass ausdrücklich verweist.

Zur Vermeidung von Redundanzen besteht ferner keine Notwendigkeit, bereits an anderer Stelle im Windenergieerlass behandelte Punkte (z. B. zum Artenschutz) in den einzelnen Kapiteln erneut vollumfänglich darzustellen. Beispielsweise wird das Thema Windhöflichkeit nicht erneut unter Kapitel 4.2.1 (Tabubereiche) abgehandelt, da sich dieser Abschnitt zum einen auf Kapitel 4.2 (Naturschutzbelange in der Regional- und Bauleitplanung) bezieht und die Windhöflichkeit bereits thematisch nicht unter diesen Punkt fällt. Zum anderen wird diese Problematik bereits umfassend in Kapitel 4.1 dargestellt. Dementsprechend finden sich in diesem Kapitel des Windenergieerlasses Ausführungen zur minimalen Windhöflichkeit, die ein Standort aufweisen sollte. Diese Ausführungen wurden zudem durch das Schreiben der Ministerien zur Windhöflichkeit vom 17. Oktober 2014 an die Planungsträger und nachgeordneten Behörden ergänzt, das unter dem Link <http://www.lubw.baden-wuerttemberg.de/servlet/is/223150/> eingestellt ist.

- d) Der Vorhalt der Nichtbeachtung der von der Kanzlei C. L. zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung trifft nicht zu, da die angeführte obergerichtliche Rechtsprechung dem Windenergieerlass und den diesen ergänzenden Hinweisen inhaltlich nicht widerspricht. Die im Zusammenhang mit der signifikanten Erhöhung des Tötungsrisikos angesprochenen fehlenden Ausführungen zu den Abständen von Windenergieanlagen zu Brutvorkommen des Rotmilans sind durchaus Gegenstand des Windenergieerlasses. In diesem wird unter Kapitel 5.6.4.2.1 ausdrücklich auf die Berücksichtigung von Abstandsregelungen verwiesen, die zwischenzeitlich in den fachlichen Hinweisen der LUBW für den „Untersuchungsumfang zur Erfassung von Vogelarten bei der Bauleitplanung und Genehmigung für Windenergieanlagen“ konkretisiert wurden.

Was den Umgang mit vorgelegten Artendaten von Hobbyornithologen betrifft (BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013, Az. 4 C 1/12), ist es selbstverständliche Verwaltungspraxis in Baden-Württemberg und nach den Hinweisen der LUBW zur Erfassung der Vögel und Fledermäuse erforderlich, dass sämtliche und damit auch ehrenamtlich erhobene Artendaten in Planungs- und Genehmigungsverfahren auf ihre Plausibilität und Relevanz zu prüfen und dementsprechend zu berücksichtigen sind (vgl. auch die Antwort zu Frage 4 der Kleinen Anfrage des Abg. Hans-Ulrich Rülke, Drs 15/6103 und die Antwort zu Frage 4 der Kleinen Anfrage des Abg. Haußmann, Drs. 15/6108).

- e) Soweit die Kanzlei C. L. auf die ausschließlich vereinzelt in der Literatur vertretene Auffassungen zur unzureichenden Umsetzung von Unionsrecht in das Bundesnaturschutzgesetz im Bereich der Zugriffsverbote und der Ausnahme- und Befreiungsmöglichkeiten aufmerksam macht, muss konstatiert werden, dass diesbezüglich keine Einwände der Europäischen Union gegenüber der Bundesrepublik Deutschland erhoben wurden. Zudem ist es Aufgabe des Bundesgesetzgebers, die Vereinbarkeit mit unionsrechtlichen Vorschriften sicherzustellen. Zu den von der Kanzlei C. L. in diesem Zusammenhang angesprochenen Voraussetzungen der Ausnahme nach 45 Abs. 7 BNatSchG insbesondere zum Vorliegen von zwingenden Gründen des überwiegenden öffentlichen Interesses und zur Alternativenprüfung sind weitere, den Windenergieerlass konkretisierende Hinweise des Ministeriums für Ländlichen Raum und Verbraucherschutz in Arbeit. Diese werden im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen unter Auswertung der Rechtsprechung erarbeitet.

Die Bedeutung von faktischen Vogelschutzgebieten ist der Naturschutzverwaltung bekannt, denn es wurden Beteiligungsverfahren zur Meldung von Vogelschutzgebieten in den Jahren 2001 und 2005 durchgeführt; ferner wurden die Europäischen Vogelschutzgebiete durch eine Verordnung des Ministeriums für Ernährung und Ländlichen Raum vom 5. Februar 2010 festgelegt.

Nachdem die Europäische Kommission die Gebietsmeldung als vollständig ansieht und die förmliche Unterschutzstellung erfolgte, sind faktische Vogelschutzgebiete zwar in der Praxis im Einzelfall noch möglich, kommen aber nur noch unter engen Voraussetzungen in Betracht (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. März 2014, Az. 4 CN 3/13).

Untersteller

Minister für Umwelt,  
Klima und Energiewirtschaft