

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/627

Landeshaus, Düsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel

An die
Parlamentarische Geschäftsführerin
der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN
Frau Dr. Marret Bohn, MdL

im Hause

nachrichtlich:
Frau Marlies Fritzen, MdL (per E-Mail)

Ihr Zeichen:

Ihre Nachricht vom: 12.12.2017

Mein Zeichen: L 201 - 17/19

Meine Nachricht vom:

Bearbeiter: Frank Platthoff

Telefon (0431) 988-1103

Telefax (0431) 988-1250

frank.platthoff@landtag.ltsh.de

6. Februar 2018

Gesetzentwurf zur Änderung des Landeswaldgesetzes (Drs. 19/287)

Sehr geehrte Frau Dr. Bohn, sehr geehrte Frau Fritzen,

Sie haben den Wissenschaftlichen Dienst um eine Stellungnahme zu drei Fragestellungen zum Gesetzentwurf zur Änderung des Landeswaldgesetzes (Drs. 19/287) gebeten. Dem kommen wir im Folgenden gern nach:

- I. Ist dieser Vorschlag geeignet, das Verbot der Umwandlung von Wald zur Errichtung von Windenergieanlagen zu gewährleisten und Fälle wie die Rodung der Waldfläche in Gintoft (siehe dazu z. B. Flensburger Tageblatt vom 30.09. S. 18) künftig zu verhindern?**

Der Vorschlag ist zur Zielerreichung geeignet, wenn er den beabsichtigten Regelungszweck erfüllt und mit höherrangigem Recht in Einklang steht.

1. Einschlägiges Regelungsregime des Bundes- und des Landeswaldgesetzes

Nach § 9 Absatz 1 BWaldG¹ darf Wald nur mit Genehmigung der nach Landesrecht zuständigen Behörde gerodet und in eine andere Nutzungsart umgewandelt werden.

¹ Gesetz zur Erhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft (Bundeswaldgesetz) vom 2. Mai 1975, BGBl. I S. 1037, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 17. Januar 2017, BGBl. I S. 75.

Bei der Entscheidung über einen Umwandlungsantrag sind die Rechte, Pflichten und wirtschaftlichen Interessen des Waldbesitzers sowie die Belange der Allgemeinheit gegeneinander und untereinander abzuwägen. Die Genehmigung soll versagt werden, wenn die Erhaltung des Waldes überwiegend im öffentlichen Interesse liegt, insbesondere wenn der Wald für die Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts, die forstwirtschaftliche Erzeugung oder die Erholung der Bevölkerung von wesentlicher Bedeutung ist.

Der Landesgesetzgeber hat die Umwandlung von Wald in § 9 LWaldG² geregelt. Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 LWaldG darf Wald nur mit vorheriger Genehmigung der Forstbehörde abgeholzt, gerodet oder auf sonstige Weise in eine andere Nutzungsart umgewandelt werden (Umwandlung). Die Forstbehörde entscheidet über die Zulassung des mit der Umwandlung verbundenen Eingriffs in Natur und Landschaft im Einvernehmen mit der zuständigen Naturschutzbehörde. Versagt die Naturschutzbehörde ihr Einvernehmen, erlässt diese unter Benachrichtigung der Forstbehörde den Ablehnungsbescheid (§ 9 Abs. 2 Sätze 1 und 2 LWaldG). Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Erhaltung des Waldes im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt (§ 9 Abs. 3 Satz 1 LWaldG). Die Umwandlung von Wald zur Errichtung von Windenergieanlagen mit einer Höhe von mehr als 10 Metern ist nach § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG unzulässig.³ Insofern besteht landesrechtlich ein Verbot der Umwandlung von Wald zur Errichtung von Windenergieanlagen.⁴

2. Mit dem Gesetzentwurf Drs. 19/287 beabsichtigte Änderung

Mit dem Gesetzentwurf Drs. 19/287 soll § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG dahingehend ergänzt werden, dass über die Unzulässigkeit der Umwandlung von Wald zur Errichtung von Windenergieanlagen⁵ hinaus zukünftig auch *deren Errichtung innerhalb von 10 Jahren nach der Umwandlung unzulässig ist*. Aus dem Sinnzusammenhang ergibt sich, dass das Errichtungsverbot für die umgewandelte (ehemalige) Waldfläche gilt. Mit der vorgeschlagenen Änderung würde die Errichtung von Windenergieanlagen folglich in solchen Fällen für eine Dauer von zehn Jahren unterbunden werden, in denen der Waldbesitzer einen anderen Grund für die Waldumwandlung erfolgreich geltend machen kann. Die Initiatoren des Gesetzentwurfes verbinden mit diesem zeitlich befristeten Errichtungsverbot offenbar⁶ die Hoffnung, dass aussichtsreiche Umwand-

² Waldgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landeswaldgesetz - LWaldG) vom 5. Dezember 2004, GVOBl. S. 461, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 27. Mai 2016, GVOBl. S. 161.

³ Im Rahmen dieses Gutachtens hat der Wissenschaftliche Dienst die bereits bestehende Regelung in § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG nicht verfassungsrechtlich überprüft.

⁴ Vgl. Jacobs in: Praxis der Kommunalverwaltung D5 SH, Waldgesetz für das Land Schleswig-Holstein, Stand: September 2017, § 9 Anm. zu Absatz 3.

⁵ Erfasst sind nur Windenergieanlagen mit einer Höhe von mehr als 10 Metern.

⁶ Der Gesetzentwurf Drs. 19/287 enthält keine Begründung.

lungsanträge nicht mehr gestellt werden, wenn die – eigentlich intendierte – Errichtung von Windenergieanlagen in einem Zeitraum von zehn Jahren nicht verwirklicht werden kann. Mit der Vorschrift soll insofern eine Umgehung des Waldumwandlungsverbots zur Errichtung von Windenergieanlagen unterbunden werden.

a. Gesetzentwurf zur Zielerreichung geeignet?

Fraglich ist, ob die vorgeschlagene Rechtsänderung den beabsichtigten Regelungszweck – die Verhinderung zukünftiger Waldumwandlungen wie im Fall Gintoft – erfüllt.

Zunächst ist festzustellen, dass durch die Ergänzung des § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG die Genehmigungserfordernisse für eine Waldumwandlung nicht verändert werden. Die in der Fragestellung genannte Umwandlung der Waldfläche in Gintoft⁷ wäre auch nach einer Änderung des Landeswaldgesetzes im Sinne des hier zu beurteilenden Gesetzentwurfes Drs. 19/287 – bei ansonsten unveränderter Rechtslage und insbesondere einem unveränderten Beurteilungsmaßstab der zuständigen Behörden⁸ – grundsätzlich genehmigungsfähig gewesen.

Wie bereits dargelegt wurde, zielt die vorgeschlagene Rechtsänderung darauf ab, Einfluss auf die innere Willensbildung der Antragsteller zu nehmen. Für Antragsteller, die eine Waldumwandlung mit der (verborgenen) Intention betreiben, Windenergieanlagen zu errichten, soll die Beantragung einer Waldumwandlung unattraktiv gemacht werden, indem die Errichtung von Windenergieanlagen auf der Fläche eines umgewandelten Waldes für die folgenden zehn Jahre verboten wird.

Grundsätzlich erscheint es durchaus möglich, dass sich Waldeigentümer, die auf ihrer Waldfläche Windenergieanlagen errichten wollen, von einem zehn Jahre fortwirkenden Errichtungsverbot beeindrucken lassen und von ihrem Vorhaben, die Umwandlung ihres Waldes aus anderen Gründen zu betreiben, Abstand nehmen. Am Fall Gintoft soll nachfolgend exemplarisch dargestellt werden, ob und inwieweit ein solches Errichtungsverbot gewirkt hätte.

Ausweislich der Entscheidungsgründe im Beschluss des VG Schleswig vom 20.11.2017⁹ ist der Antragsteller in dem in Rede stehenden Fall Landwirt und Eigen-

⁷ Vgl. zu den Geschehensabläufen neben der genannten Presseberichterstattung insbesondere auch die Entscheidungsgründe in dem Beschluss des VG Schleswig vom 20.11.2017, Az. 1 B 69/17, Rn. 1 ff. (juris).

⁸ Auf den Beurteilungsmaßstab der zuständigen Behörden wird bei der Beantwortung der Frage 2 noch näher einzugehen sein.

⁹ VG Schleswig vom 20.11.2017, Az. 1 B 69/17, Rn. 1 f. (juris)

tümer von verschiedenen Grundflächen. Zu diesen Flächen gehörte ein Waldstück, das von landwirtschaftlich genutzten Flächen des Antragstellers umgeben war. Der Antragsteller beantragte bei der unteren Forstbehörde die Genehmigung zur Umwandlung der Waldfläche in eine landwirtschaftliche Nutzung. Hierbei ist der Waldeigentümer der im Verfahren geäußerten Vermutung des Landesamtes für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume des Landes Schleswig-Holstein entgegengetreten, „... die Umwandlung der Waldfläche [solle] zur Beseitigung rechtlicher Hindernisse zur Errichtung von Windenergieanlagen erfolgen ...“. Er machte vielmehr geltend, „... dass die beantragte Waldumwandlung die Bewirtschaftung des betroffenen Schlags deutlich verbessern werde, da die bisherige starke Beschattung der Fläche im Norden des Waldes entfallen würde, er durch die Waldumwandlung weniger Ertragseinbußen bei dem Erntegut, weniger Trocknungskosten, weniger Bodenverdichtung und eine bessere Befahrbarkeit erreichen könne.“

Bei der Entscheidung über einen Antrag auf Waldumwandlung sind die Rechte, Pflichten und wirtschaftlichen Interessen des Waldbesitzers sowie die Belange der Allgemeinheit gegeneinander und untereinander abzuwägen (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BWaldG). Eine Genehmigung kann grundsätzlich nur dann erteilt werden, wenn sich das objektiv messbare Interesse des Waldbesitzers an der Umwandlung gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung des Waldes durchsetzt. Insofern werden die vom Waldeigentümer vorgetragene Argumente im Verwaltungsverfahren auf ihre Belastbarkeit und ihr Gewicht überprüft worden sein. Sie lassen darauf schließen, dass sich die Waldumwandlung zur Optimierung der landwirtschaftlichen Nutzung seiner den Wald umgebenden Flächen – unabhängig von einer etwaigen Errichtung von Windenergieanlagen – als wirtschaftlich attraktiv darstellte. Dieser Umstand spricht dafür, dass ein Landwirt die Waldumwandlung unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten auch trotz eines mehrjährigen Verbots, Windenergieanlagen zu errichten, betrieben hätte.

Doch selbst wenn der Antragsteller mit der Waldumwandlung ausschließlich die Absicht verfolgte, Windenergieanlagen zu errichten, sprechen weitere Umstände dafür, dass der vorliegende Gesetzentwurf die in der Fragestellung in Bezug genommene Waldumwandlung nicht zwingend verhindert hätte.

So hat der Waldeigentümer im Fall Gintoft auch nach der erfolgten Waldumwandlung nicht ohne Weiteres die Möglichkeit, auf dem Terrain Windenergieanlagen zu errichten. Nach § 18a Abs. 1 Satz 2 Landesplanungsgesetz sind bis zum 30. September 2018 raumbedeutsame Windkraftanlagen im gesamten Landesgebiet vorläufig unzu-

lässig. Es ist darüber hinaus nicht sicher zu prognostizieren, ob die in Rede stehenden Flächen des Waldeigentümers von Gintoft nach Abschluss der Regionalplanung als Vorrangflächen für die Errichtung von Windenergieanlagen ausgewiesen werden. Trotz dieser Unsicherheit hat der Eigentümer die Waldumwandlung betrieben und von der erteilten Umwattungsgenehmigung bereits Gebrauch gemacht.

Im Übrigen trifft es ausweislich der Entscheidungsgründe des VG Schleswig zu, dass der Waldeigentümer bei der Landesplanung einen Antrag auf Ausweisung eines Windvorranggebietes gestellt hatte. Die Antragstellung sei nach der Einlassung des Waldeigentümers allerdings nur deshalb erfolgt, da die fehlende Ausweisung eines Windvorranggebietes auf seinen Flächen *auch unter Nichtberücksichtigung der Waldflächen* auf einem Messfehler beruht habe.¹⁰ Dieser Umstand deutet darauf hin, dass der Eigentümer ursprünglich eine Errichtung von Windenergieanlagen auf den das Waldgebiet umgebenden Flächen in Erwägung gezogen hat. Die Errichtung von Windenergieanlagen auf diesen Flächen wird von der beabsichtigten Verbotsnorm aber nicht erfasst. Steht ein vorhandener Wald der Ausweisung des Areals als Windvorranggebiet entgegen, weil vor der Umwandlung die erforderliche Mindestflächengröße nicht erreicht wird, so könnte das Verbot leerlaufen, wenn nach der Waldumwandlung und mit Erreichen der erforderlichen Flächengröße ausschließlich die übrige Fläche (ohne den ehemaligen Wald) für die Errichtung von Windenergieanlagen genutzt wird.

Selbst wenn das Areal des umgewandelten Waldes bei der Flächenberechnung – wegen des 10-jährigen Bebauungsverbotes – zukünftig nicht zu berücksichtigen wäre, käme es durch die Waldumwandlung dennoch zu einem „Gewinn“ an bebaubarer Fläche. Mit der Waldumwandlung entfällt nämlich der nach § 24 LWaldG einzuhalten- de Waldabstand. Hiernach dürfen Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB¹¹ nicht in einem Abstand von weniger als 30 Metern vom Wald (Waldabstand) durchgeführt werden. Der einzuhaltende Mindestabstand von baulichen Anlagen zum Waldrand dient sowohl dem Schutz des Waldes¹² als auch dem Schutz der baulichen Anlage¹³. Infolge der Waldumwandlung „gewinnt“ der Waldbesitzer jedenfalls einen Flächenstreifen von 30 Metern Breite um das (ehemalige) Waldgebiet herum, welcher trotz der beabsichtigten Ergänzung des § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG nach der Waldumwandlung für

¹⁰ VG Schleswig, Beschluss vom 20.11.2017, Az. 1 B 69/17, Rn. 3 (juris).

¹¹ Baugesetzbuch (BauGB) in der Fassung der Bekanntmachung der Neufassung vom 3. November 2017, BGBl. I S. 3634, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 3 des Gesetzes vom 20. Juli 2017, BGBl. I S. 2808. Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB sind solche, die die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen zum Inhalt haben.

¹² Verhütung von Waldbränden, Sicherung der Waldbewirtschaftung und der Walderhaltung, besondere Bedeutung der Waldränder für den Naturschutz.

¹³ Sicherung der baulichen Anlagen vor Gefahren durch Windwurf und Waldbrand.

die Errichtung von baulichen Anlagen – auch für Windenergieanlagen – genutzt werden dürfte.¹⁴ Ob dieser Flächengewinn durch den Wegfall des Waldabstandes für sich allein betrachtet ausreichend groß gewesen wäre, um die für eine Ausweisung als Windvorrangfläche erforderliche Mindestflächengröße zu erreichen, kann der Wissenschaftliche Dienst nicht beurteilen. Sollte dies der Fall sein, sprechen gute Gründe dafür, dass die Waldumwandlung trotz der jetzt in Rede stehenden Ergänzung des § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG durchgeführt worden wäre.

Obwohl – wie am Fall Gintoft dargestellt wurde – durch die beabsichtigte Gesetzesänderung der Umwandlung von Wald nicht in jedem intendierten Fall entgegengewirkt werden kann, ist der Regelungsvorschlag gleichwohl – insbesondere unter Berücksichtigung der dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungsprärogative – geeignet, das verfolgte Ziel zumindest zu fördern.

b. Vereinbarkeit der Regelung mit höherrangigem Recht

Die vorgeschlagene Regelung ist auch nur dann zur Zielerreichung geeignet, wenn und soweit sie sich als mit höherrangigem Recht vereinbar erweist.

(1) Gesetzgebungskompetenz

Die Materie des Bundeswaldgesetzes ist dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung zuzuordnen.¹⁵ Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG).

Mit dem Erlass des Bundeswaldgesetzes hat der Bundesgesetzgeber sein Recht zur Gesetzgebung ausgeübt und in § 9 BWaldG (Erhaltung des Waldes) die Voraussetzungen geregelt, unter denen ein Wald gerodet und in eine andere Nutzungsart umgewandelt werden darf (Umwandlung). Nach § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG können die Länder allerdings bestimmen, dass die Waldumwandlung über die bundesgesetzlichen Vorgaben hinaus weiteren Einschränkungen unterworfen oder, insbesondere bei Schutz- oder Erholungswald, untersagt wird. Von dieser bundesgesetzlichen Öffnungsklausel (in der Literatur auch „Ermächtigung“¹⁶ oder „Abweichungsrecht der

¹⁴ Bei einem 2 ha großen kreisförmigen Waldgebiet (Gintoft: 1,9832 ha) beträgt dieser für eine Bebauung „gewonnene“ Flächenstreifen knapp 1,79 ha.

¹⁵ *Thomas* in: *Praxis der Kommunalverwaltung D5 SH, Bundeswaldgesetz*, Stand November 2015, Einführung Tz. 4.; vgl. auch die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 7/889. Die bundesgesetzlich in § 9 BWaldG geregelte Waldumwandlung fußt auf der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für Naturschutz und Landschaftspflege (Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG), vgl. *Klose/Orf*, *Forstrecht*, 2. Aufl. 1998, Einleitung B.I. und II.

¹⁶ *Klose/Orf*, *Forstrecht*, 2. Aufl. 1998, § 9 Rn 21.

Länder“¹⁷ genannt) hat der Landesgesetzgeber Gebrauch gemacht, indem er in § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG die Umwandlung von Wald zur Errichtung von Windenergieanlagen mit einer Höhe von mehr als 10 Metern untersagt hat.¹⁸

Darüber hinaus steht dem Landesgesetzgeber eine Abweichungskompetenz nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG zu. Hiernach können die Länder durch Gesetz abweichende Regelungen treffen, wenn der Bund auf dem Gebiet des Naturschutzes und der Landschaftspflege¹⁹ von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Die bundesgesetzlich geregelte Waldumwandlung (§ 9 BWaldG) fußt auf der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für Naturschutz und Landschaftspflege (Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG²⁰).²¹

Sofern die Ergänzung des § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG dem Kompetenztitel „Naturschutz und Landschaftspflege“ zuzurechnen ist, steht dem Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz demnach entweder auf Grund der Öffnungsklausel in § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG oder der Abweichungskompetenz gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG zu.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erfolgt die Zuordnung einer bestimmten Regelung zu einer Kompetenznorm anhand von unmittelbarem Regelungsgegenstand, Normzweck, Wirkung und Adressat der zuzuordnenden Norm sowie der Verfassungstradition. Bei der Zuordnung einzelner Teilregelungen eines umfassenden Regelungskomplexes zu einem Kompetenzbereich dürfen die Teilregelungen nicht aus ihrem Regelungszusammenhang gelöst und für sich betrachtet werden. Kommt ihre Zugehörigkeit zu verschiedenen Kompetenzbereichen in Betracht, so ist aus dem Regelungszusammenhang zu erschließen, wo sie ihren Schwerpunkt haben. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, wie eng die fragliche Teilregelung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung verbunden ist. Eine enge Verzahnung und ein dementsprechend geringer eigenständiger Regelungsgehalt der Teilregelung sprechen regelmäßig für ihre Zugehörigkeit zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung.²² Zur Abgrenzung zieht das Bundesverfassungsgericht im Übrigen heran, ob das Kompetenzthema nach Inhalt und Zweck unmittelbarer und nicht nur mittelbarer

¹⁷ *Thomas* in: *Praxis der Kommunalverwaltung D5 SH, Bundeswaldgesetz*, Stand November 2015, § 9 Tz. 11.

¹⁸ Drs. 18/3320, S. 147 f.

¹⁹ Ohne die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes, des Artenschutzes oder des Meeresnaturschutzes. Die genannten Regelungsbereiche sind bezogen auf die vorgeschlagene Rechtsänderung nicht einschlägig.

²⁰ Vormals Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 75 Abs. 1 Nr. 3 GG

²¹ *Klose/Orf*, *Forstrecht*, 2. Aufl. 1998, Einleitung B.I. und II.; *Thomas* in: *Praxis der Kommunalverwaltung D5 SH, Bundeswaldgesetz*, Stand November 2015, Einführung Tz. 4.

²² *BVerfGE* 121, 30 (47) m.w.N.

Regelungsgegenstand ist,²³ welches der Haupt- bzw. ein Nebenzweck des Gesetzes ist²⁴ und ob das Kompetenzthema „ausschließlich“, „als solches“, „im Kern“, „spezifisch“ oder „speziell“ geregelt wird und nicht nur als Reflex²⁵. In Zweifelsfällen sind darüber hinaus der „Schwerpunkt“ einer Regelung sowie ihr „überwiegender Sachzusammenhang“ von Bedeutung.

Unmittelbarer Regelungsgegenstand der vorgeschlagenen Vorschrift ist ein befristetes Verbot der Errichtung von Windenergieanlagen auf Flächen, die früher Wald waren. Da das Errichtungsverbot erst nach der Waldumwandlung Wirkung entfaltet, wäre eine Zuordnung zum Naturschutzrecht grundsätzlich nicht möglich, da der Wald als natürliches Schutzgut bereits verloren gegangen ist.

Objektiver Regelungszweck der Vorschrift ist es hingegen, Waldumwandlungen in Fällen zu verhindern, in denen der Antragsteller „insgeheim“ die Absicht verfolgt, auf der umgewandelten Fläche Windenergieanlagen zu errichten. Zur Erreichung dieses Zwecks (Verhinderung von Waldumwandlungen) bedienen sich die Initiatoren des Gesetzentwurfes eines zeitlich befristeten Errichtungsverbotes, um hiermit auf die Willensbildung der Waldeigentümer vor der Beantragung einer Umwandlung einzuwirken. Ausgehend von dem genannten Regelungszweck wäre die Regelung dem Kompetenzbereich „Naturschutz“ zuzuordnen.

Insofern darf allerdings nicht verkannt werden, dass die vorgeschlagene Regelung eine überschießende Tendenz entfaltet, da sie im Ergebnis nicht nur die im Fokus stehenden Waldbesitzer mit einem Errichtungsverbot für Windenergieanlagen belegt, sondern vielmehr auch solche Waldeigentümer erfasst, die sich erst nach erfolgter Waldumwandlung entschließen, auf der frei gewordenen Fläche Windenergieanlagen zu bauen. Das Ausmaß dieses überschießenden Anteils der Regelung kann der Wissenschaftliche Dienst nicht einschätzen.²⁶

Andererseits sind auch der umweltschutzbezogene Kontext der Gesetzesinitiative, die als Reaktion auf die Waldumwandlung in Gintoft gesehen werden muss, sowie die darauf gerichtete politische Diskussion zu berücksichtigen. Auch die vorgesehene Regelungssystematik legt den Schluss nah, dass im Kern eine Stärkung des bereits

²³ Vgl. *Scholz* in: Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 252, 267 m.w.N.; *Heintzen* in: Bonner Kommentar Grundgesetz, Art. 70 Rn. 132 m.w.N.

²⁴ Vgl. *Schröder*, Kriterien der Gesetzgebungskompetenz kraft Sachzusammenhangs nach dem Grundgesetz, 2007, S. 88 ff. m.w.N.

²⁵ Vgl. *Scholz* in: Starck, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 1976, S. 267 m.w.N.; *Heintzen* in: Bonner Kommentar, Art. 70 Rn. 132 m.w.N.

²⁶ Hierauf wird im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung der Vorschrift noch zurückzukommen sein.

bestehenden Umwandlungsverbots im Sinne eines Umgehungsschutzes beabsichtigt ist.

Bei der Abwägung der dargestellten Umstände und unter Beachtung des oben dargestellten Maßstabes des Bundesverfassungsgerichts kommt aus Sicht des Wissenschaftlichen Dienstes deshalb eher eine Zuordnung der vorgeschlagenen Regelung zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung in Betracht. Die Regelung stellt sich mithin als eine solche auf dem Gebiet des Naturschutzes dar. Der Landesgesetzgeber ist folglich entweder auf Grund der Öffnungsklausel in § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG oder der Abweichungskompetenz aus Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG zur Regelung befugt.

(2) Materielle Rechtmäßigkeit

Art. 14 Abs. 1 GG schützt als Eigentum die rechtliche Zuordnung vermögenswerter Rechtspositionen an einen Rechtsträger.²⁷ Hierunter fällt u.a. das Recht zur baulichen Nutzung von Grundeigentum im Rahmen der Gesetze²⁸, die sog. Baufreiheit.²⁹ Diese erfasst insbesondere rechtlich eröffnete Nutzungsmöglichkeiten eines Grundstücks, die noch nicht durch entsprechende Nutzung ins Werk gesetzt worden sind.³⁰ Inwieweit die Baufreiheit zum individuell verfassungsrechtlich geschützten Bestand des Eigentums zählt, erschließt sich nicht aus dem Grundgesetz selbst, sondern aus den einfachgesetzlichen Zuweisungen.³¹ So ist es nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Aufgabe des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen. Derartige Normen legen generell und abstrakt die Rechte und Pflichten des Eigentümers fest.³² Individualgeschützte Rechtspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG sind daher nur solche, die der Gesetzgeber nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG geschaffen hat.³³ Soweit es den bauplanungsrechtlichen Außenbereich angeht, hat zunächst der Bundesgesetzgeber Inhalt und Schranken der baulichen Nutzbarkeit des Grundeigentums durch § 35 BauGB näher bestimmt. Liegen die darin genannten tatbestandlichen Voraussetzungen im Einzelfall vor, so hat der Grundstückseigentümer grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf Zulassung des von ihm beantragten Vorhabens.³⁴

²⁷ *Wendt* in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 21.

²⁸ BVerfGE 35, 263.

²⁹ Siehe nur *Battis* in: ders./Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 13. Aufl. 2016, § 1 Rn. 7.

³⁰ *Wendt* in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 45.

³¹ *Erbguth/Schubert*, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2015, § 2 Rn. 29.

³² BVerfGE 58, 300 (330).

³³ *Erbguth/Schubert*, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2015, § 2 Rn. 30.

³⁴ *Papier* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: Juli 2010, Art. 14 Rn. 91; *Mitschang/Reidt* in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 35 Rn. 5

Die Waldumwandlung ist – wie dargestellt wurde – bereits nach dem Bundeswaldgesetz genehmigungspflichtig. Es handelt sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, welches seinerseits Ausdruck der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ist.³⁵ Nichts anderes gilt nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes für das landesrechtliche Umwandlungsverbot zur Errichtung von Windenergieanlagen im geltenden § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG. Mit der Ergänzung des § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG wird ein zehnjähriges Errichtungsverbot für Windenergieanlagen nach einer Waldumwandlung vorgeschlagen. Dieses Verbot schränkt die bauliche Nutzbarkeit ehemaliger Waldflächen ein und stellt sich aus den zuvor dargestellten Gründen ebenfalls als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums dar.

Zu prüfen ist, ob die vorgeschlagene Ergänzung des § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG den Anforderungen genügt, die das Grundgesetz an die Rechtfertigung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG stellt. Solche Bestimmungen müssen sich insbesondere am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit messen lassen.³⁶ Sie haben einem legitimen Zweck zu dienen³⁷, müssen ferner zu dessen Erreichung geeignet³⁸ und erforderlich³⁹ sowie schließlich verhältnismäßig im engeren Sinne (= angemessen) sein.

Zweifel an der Angemessenheit der vorgeschlagenen Regelung könnten sich nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes mit Blick auf die überschießende Tendenz der vorgeschlagenen Regelung (a) sowie die Dauer des Errichtungsverbots von zehn Jahren (b) ergeben.

³⁵ Thomas in: Praxis der Kommunalverwaltung D5 SH, Bundeswaldgesetz, Stand November 2015, § 9 Tz. 4.

³⁶ Siehe nur BVerfG, NJW 2017, 217 Rn. 268.

³⁷ Ein legitimer Zweck ist hier darin zu sehen, dass eine Umgehung des Waldumwandlungsverbots zur Errichtung von Windenergieanlagen unterbunden werden soll.

³⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen unter I.2.a.

³⁹ Erforderlich ist eine Regelung, wenn es keine gleich geeignete andere Maßnahme gibt, die den einzelnen weniger belastet. Zwar wäre es nach Auffassung des Wissenschaftlichen Dienstes kompetenziell bspw. zulässig, wenn der Landesgesetzgeber unter Bezugnahme auf die bundesgesetzliche Öffnungsklausel anordnen würde, dass eine Genehmigung zur Waldumwandlung in der Regel mit der Auflage (vgl. § 107 Abs. 1 und 2 Nr. 4 LVwG) zu verbinden ist, dass auf der umgewandelten Waldfläche für eine bestimmte Dauer die Errichtung von Windenergieanlagen ausgeschlossen ist. Nach § 107 Abs. 1 und 2 Nr. 4 LVwG kann ein Verwaltungsakt mit einer Bestimmung verbunden werden, durch die der oder dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird (Auflage). In der Wirkweise käme dies einem zeitlich befristeten Errichtungsverbot nahe – mit dem Unterschied, dass mittels einer Auflage den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung getragen werden könnte. Eine Maßnahme, der die gleiche Eignung wie einem strikten Errichtungsverbot zukommt, ist dies aus hiesiger Sicht aber nicht. Die verfassungsrechtlichen Folgen der bereits zuvor skizzierten überschießenden Tendenz des Errichtungsverbot werden sogleich im Rahmen der Angemessenheitsprüfung erörtert.

(a) Überschießende Tendenz des Errichtungsverbots

Wie bereits dargestellt wurden, entfaltet die vorgeschlagene Regelung eine überschießende Tendenz, indem sie im Ergebnis nicht nur die im Fokus stehenden „unredlichen“ Waldbesitzer mit einem Errichtungsverbot für Windenergieanlagen belegt, sondern vielmehr auch solche Waldeigentümer erfasst, die sich erst nach erfolgter Waldumwandlung entschließen, auf der frei gewordenen Fläche Windenergieanlagen zu bauen. Der Gesetzentwurf enthält keine Begründung – deshalb ist eine Auseinandersetzung mit den das Verbot tragenden empirischen Grundannahmen nicht möglich.

Je größer das Ausmaß der überschießenden Tendenz ist, desto größer wird die Gefahr, dass die Vorschrift sich nicht mehr als angemessen erweist. Hierbei hängt das Ausmaß der überschießenden Tendenz auch von der Länge des Verbotszeitraums ab. Je länger dieser Zeitraum bemessen wird, desto größer wird auch die Gruppe derjenigen Waldbesitzer, die sich erst nach der Waldumwandlung entschließen, auf dem Areal Windenergieanlagen zu errichten. Je kürzer dieser Zeitraum bemessen wird, desto eher lässt sich – auch mit Blick auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers – die gesetzliche Vermutung rechtfertigen, dass schon bei Antragstellung der Entschluss bestand, auf dem Areal Windenergieanlagen zu errichten.

(b) Dauer des Errichtungsverbots von zehn Jahren

Die Intensität der abschreckenden Wirkung des Errichtungsverbots nimmt mit der Dauer des Verbots zu – was hinsichtlich der Effektivität der Missbrauchsvorschrift für einen langjährigen Verbotszeitraum spricht. Andererseits steigt mit zunehmender Dauer des Errichtungsverbots auch die Eingriffsintensität (vgl. oben). Weiterhin gilt es zu berücksichtigen, dass der Waldeigentümer durch die vorgeschlagene Rechtsänderung nicht daran gehindert wird, seine Waldfläche nach deren Umwandlung für die beantragte Nutzung (und sogar darüber hinaus) zu verwenden. Verboten werden soll – zeitlich befristet – nur eine bestimmte Form der Bebauung (mit Windenergieanlagen).

Eine als Vergleich heranzuziehende Belastung der Baufreiheit folgt aus den §§ 14 ff. BauGB (bauplanungsrechtliche Veränderungssperre). Die bauplanungsrechtliche Veränderungssperre ist nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BauGB auf höchstens zwei Jahre befristet, kann aber nach Satz 3 der Vorschrift um ein Jahr verlängert und nach § 17 Abs. 2 BauGB, wenn besondere Umstände es erfordern, bis zu einem weiteren Jahr nochmals verlängert werden. Ferner kann die Gemeinde eine außer Kraft getretene Veränderungssperre ganz oder teilweise erneut beschließen, wenn die Vorausset-

zungen für ihren Erlass fortbestehen (§ 17 Abs. 3 BauGB). § 18 Abs. 1 Satz 1 BauGB begründet eine Entschädigungspflicht der Gemeinde gegenüber dem Grundstückseigentümer, wenn die Veränderungssperre insgesamt länger als vier Jahre andauert. Hierin liegt eine gesetzlich pauschalierte zeitliche Grenzziehung zwischen *entschädigungslos* hinzunehmenden Veränderungssperren und solchen, die den Tatbestand einer *ausgleichspflichtigen* Inhalts- und Schrankenbestimmung erfüllen.⁴⁰ In der Rechtsprechung⁴¹ und in der Literatur⁴² ist einhellig anerkannt, dass diese gesetzlichen Regelungen im BauGB mit den Anforderungen des grundgesetzlichen Eigentumsschutzes in Einklang stehen.

Zieht man das bauplanungsrechtliche Instrumentarium als Vergleichsmaßstab heran, ergibt sich damit zunächst, dass auch ein Errichtungsverbot für Windenergieanlagen nach einer Waldumwandlung allenfalls bis zu einer Gesamtdauer von vier Jahren von den betroffenen Eigentümern entschädigungslos hinzunehmen ist. Ein zehnjähriges Errichtungsverbot stellt sich im Vergleich hierzu allerdings als erheblich intensiver dar.

Aus Sicht des Wissenschaftlichen Dienstes bestehen insofern Zweifel, ob ein über vier Jahre wesentlich hinausgehendes – entschädigungsloses – Errichtungsverbot für Windenergieanlagen verfassungsrechtlich noch zu rechtfertigen wäre.

3. Weiterer Inhalt des Gesetzentwurfes

Der Gesetzentwurf Drs. 19/287 sieht unter der Nummer 1 vor, in § 7 LWaldG folgenden neuen Absatz 2 einzufügen:

„(2) Die zuständige Naturschutzbehörde wird zu Anträgen auf Kahlschlag gehört und ihre Stellungnahme ist in der jeweiligen Entscheidung der Forstbehörde einzubeziehen.“

Nach § 5 Abs. 3 Satz 2 LWaldG sind Kahlschläge alle Hiebmaßnahmen, die freilandähnliche Verhältnisse bewirken und damit mindestens zeitweilig zu einer erheblichen Beeinträchtigung von Schutzfunktionen des Waldes führen. Ein Kahlschlag liegt regelmäßig dann vor, wenn der Holzvorrat auf einer zusammenhängenden Fläche von über 0,3 Hektar auf weniger als 60 % des nach gebräuchlichen Ertragstafeln oder bekannter standörtlicher Wuchsleistung üblichen Holzvorrats abgesenkt wird (§ 5

⁴⁰ Breuer in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 18 Rn. 39.

⁴¹ BGH, NJW 1979, 653 (655 f.).

⁴² Battis in: ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 18 Rn. 2; Runkel in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: April 2009, § 18 Rn. 10; Papier in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Stand: Juli 2010, Art. 14 Rn. 444.

Abs. 3 Satz 3 LWaldG). Ein – bereits nach gegenwärtiger Rechtslage nur ausnahmsweise zulässiger – Kahlschlag führt hingegen nicht zu einer Umwandlung der Waldfläche zugunsten einer anderen Flächennutzung. Nach § 8 Abs. 1 LWaldG hat die waldbesitzende Person Waldkahlfächen vielmehr unabhängig von der Ursache ihrer Entstehung wieder aufzuforsten oder einer natürlichen Wiederbewaldung zu überlassen.

Die vorgeschlagene Regelung lässt keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der Errichtung von Windenergieanlagen erkennen. Insofern ist mit Blick auf den Gutachtenauftrag auf diesen Teil des Gesetzentwurfes nicht weiter einzugehen.

II. Lässt sich dieses Anliegen durch eine untergesetzliche Regelung umsetzen?

Mit Datum vom 10. Januar 2018 hat das Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung „Erläuterungen“ an das Landesamt für Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume (untere Forstbehörde) sowie nachrichtlich an die unteren Naturschutzbehörden herausgegeben, die die Genehmigung von Waldumwandlungen nach § 9 LWaldG und hier insbesondere die Durchführung der gebotenen Interessenabwägung betreffen.

Um eine einheitliche Rechtsanwendung der Behörden zu gewährleisten, können die übergeordneten Landesbehörden (zumeist die obersten Landesbehörden) gegenüber den nachgeordneten Behörden im eigenen Geschäftsbereich Anordnungen treffen (Verwaltungsvorschriften). Solche Verwaltungsvorschriften können – wegen des Vorbehalts des Gesetzes – kein neues Recht schaffen. Sie dienen vielmehr einem einheitlichen Verständnis des Rechts durch Norminterpretation oder -konkretisierung.

Die Erläuterungen des Ministeriums für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung vom 10. Januar 2018 weisen auf diejenigen Belange hin, die bei der Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen im Rahmen der Entscheidung über einen Umwandlungsantrag insbesondere zu beachten sind. Wie bereits dargestellt wurde, sind nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BWaldG die Rechte, Pflichten und wirtschaftlichen Interessen des Waldbesitzers sowie die Belange der Allgemeinheit gegeneinander und untereinander abzuwägen. Soweit der Versagungsgrund des überwiegenden öffentlichen Interesses an der Walderhaltung nicht gegeben ist, besteht ein Rechtsanspruch auf die Waldumwandlungsgenehmigung.⁴³

⁴³ Unter Hinweis auf VG Schleswig, Urteil vom 4. September 2007, Az. 1 A 143/05.

Bei der Gewichtung der abzuwägenden Interessen sei zu berücksichtigen, dass der an allgemeinen wirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierten Interessenlage des Waldbesitzers in der Abwägung gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Walderhaltung allein keine durchgreifende Bedeutung zugemessen werden könne. Es müsse vielmehr ein besonderes, nämlich ein über das allgemeine wirtschaftliche Interesse hinausgehendes Interesse an der Waldumwandlung vorliegen.⁴⁴ Im Ergebnis müsse ein Sachzwang für den Waldbesitzer zur Umwandlung von Wald in die gewünschte Nutzungsart erkennbar sein. Ein solcher Sachzwang sei in der Regel nur dann anzunehmen, wenn die Versagung der Umwandlung die wirtschaftliche Existenz des Waldbesitzers bedrohen würde.⁴⁵

Bei der Gegenüberstellung des öffentlichen Interesses an der Walderhaltung seien diejenigen Belange in die Abwägung einzustellen, um derentwillen der Landesgesetzgeber ausweislich des § 1 LWaldG den Wald gesetzlich geschützt habe. Besonders zu beachten seien die öffentlichen Interessen, die in der Gewichtungsregel des § 9 Abs. 3 Satz 2 LWaldG genannt seien.

Die (geringe) Größe des Waldanteils im Umfeld einer beantragten Waldumwandlung sowie historisch alte Waldstandorte und Wälder innerhalb eines Biotopverbundsystems seien weitere Anhaltspunkte, bei denen vom Vorliegen eines besonders gewichtigen öffentlichen Interesses an der Erhaltung des Waldes auszugehen sei, was in der Regel das Interesse an der Waldumwandlung überwiege.

Mit Blick auf die öffentlich gewordenen Informationen zur Waldumwandlung in Gintoft erscheinen die Erläuterungen des Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung grundsätzlich geeignet, den Beurteilungsmaßstab der zuständigen Behörden zu schärfen. Aus den öffentlich zugänglichen Informationen hat sich beispielsweise kein Hinweis darauf ergeben, dass die Waldumwandlung in Gintorf von existenzieller Bedeutung für den Waldbesitzer gewesen wäre. Auch hätte den im Rahmen des öffentlichen Interesses an der Walderhaltung zu berücksichtigenden Faktoren „(geringe) Größe des Waldanteils im Umfeld der beantragten Waldumwandlung“ und „besondere Berücksichtigung historisch alter Waldstandorte“ im Fall Gintoft nach Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes und unter Bezugnahme auf die Erläuterungen des Ministeriums durchaus ein höheres Gewicht beigegeben werden können (bzw. müssen).

⁴⁴ Unter Hinweis auf *VG Schleswig*, Urteil vom 4. September 2007, Az. 1 A 143/05 sowie *VG Köln*, Urteil vom 3. Juli 2012, Az. 14 K 7343/09.

⁴⁵ Unter Hinweis auf *OVG Münster*, Beschluss vom 26. September 2007, Az. 20 A 3343/06.

Insoweit erscheinen die Erläuterungen des Ministeriums für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt, Natur und Digitalisierung als untergesetzliche Regelung geeignet, eine striktere Anwendung des gesetzlichen Beurteilungsmaßstabs und damit eine im Ergebnis restriktivere Genehmigungspraxis bei Anträgen auf Waldumwandlung zu bewirken.

III. Welcher Variante (Gesetzesänderung, untergesetzliche Regelung) wäre im Sinne der Rechtssicherheit und größtmöglichen Zielerreichung der Vorzug zu geben?

Der Gesetzentwurf Drs. 19/287 und die Erläuterungen des zuständigen Ministeriums haben unterschiedliche Anknüpfungspunkte. Die erläuternden Hinweise der obersten Fachbehörde sind darauf angelegt, über (von der Rechtsprechung gedeckte) strenge Kriterien bei der Abwägung der sich gegenüberstehenden Belange zu einer tendenziell restriktiveren Genehmigungspraxis durch die zuständigen Behörden zu gelangen. Mit dem Gesetzentwurf soll die Errichtung von Windenergieanlagen innerhalb von zehn Jahren nach der Waldumwandlung auf der betreffenden Fläche verboten werden. Durch die Regelung könnte eine beabsichtigte Waldumwandlung für den Waldeigentümer unattraktiv gemacht und damit letztlich verhindert werden, sofern der Antragsteller insgeheim die Errichtung von Windenergieanlagen verfolgt.

Voraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der vorgeschlagenen Gesetzesänderung ist, dass eine Genehmigung zur Waldumwandlung erteilt worden ist.⁴⁶ Insofern greift die Verwaltungsvorschrift vom 10. Januar 2018 früher ein, indem sie die (strengen) Kriterien der Interessenabwägung herausstellt und somit im Ergebnis dazu führen dürfte, dass eine Genehmigung zur Waldumwandlung im Regelfall schwieriger zu erlangen sein wird als bisher. Diese Herangehensweise führt gleichermaßen dazu, dass der potenzielle Anwendungsbereich der vorgeschlagenen Gesetzesänderung schrumpft.

Es ist nur schwer zu prognostizieren, ob und ggf. in welchem Umfang sich Waldeigentümer von dem vorgeschlagenen Errichtungsverbot tatsächlich dahingehend beeindruckt lassen, dass sie von einem aussichtsreichen Genehmigungsantrag auf Waldumwandlung Abstand nehmen. Denn immerhin soll ein solcher Genehmigungsantrag nach den Erläuterungen des Ministeriums zukünftig in aller Regel nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn die Versagung der Umwandlung die wirtschaftliche

⁴⁶ Vgl. zur überschießenden Tendenz der Vorschrift die obigen Ausführungen.

Existenz des Waldbesitzers bedrohen würde. In diesem Fall dürfte sich bei der Meinungsbildung der Waldeigentümer das Interesse an einer Waldumwandlung wohl regelmäßig gegenüber dem drohenden Errichtungsverbot für Windenergieanlagen auf dem Areal durchsetzen.

Darüber hinaus gilt es zu berücksichtigen, dass – wie bereits ausgeführt – aus Sicht des Wissenschaftlichen Dienstes Zweifel bestehen, ob sich ein Errichtungsverbot für Windkraftanlagen nach einer Waldumwandlung für die Dauer von zehn Jahren verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Wissenschaftlichen Dienst

(Frank Platthoff)