

Stellungnahme
der EnBW Energie Baden-Württemberg AG
zur Änderung des Thüringer Waldgesetzes

Erfurt, 31. August 2020

"fakultativ Anzuhörender"

THÜR. LANDTAG POST
31.08.2020 15:53

20095/2020

— **EnBW**

1. Einleitung

Unter den Erneuerbaren Energien leistet die Windenergie an Land derzeit den größten Beitrag zur Stromerzeugung in Deutschland und wird auch zukünftig eine tragende Rolle bei der Energiewende zur Erreichung der Klimaziele spielen müssen. Um das von der Bundesregierung festgelegte Ziel eines Anteils der Erneuerbaren Energien von 65 Prozent am Stromverbrauch bis 2030 zu erreichen, wäre ein jährlicher Zubau von 3.000 bis 4.000 Megawatt (MW) Windenergie notwendig. Stattdessen wurden 2019 lediglich 1.078 MW zugebaut, während gleichzeitig immer mehr Anlagen altersbedingt vom Netz gehen. Das Ausbauziel der Bundesregierung kann so nicht annähernd erreicht werden.

In Thüringen gingen im gesamten Jahr 2019 nur 15 neue Anlagen mit 57 MW Leistung ans Netz. Im Vergleich zum Jahr 2017 ist das ein Rückgang um fast 60 Prozent. Ursächlich hierfür ist neben unterschiedlichen Genehmigungshemmnissen und extrem langen Genehmigungsverfahren, dass deutlich zu wenig Flächen für die Windenergienutzung ausgewiesen werden. Der Gesetzentwurf der Fraktionen von FDP und CDU im Thüringer Landtag zur Änderung des Thüringer Waldgesetzes sieht nun vor, die Errichtung von Windenergieanlagen im Wald gänzlich auszuschließen. Damit würde mit einem Schlag pauschal ein Drittel der Landesfläche von der Windenergienutzung ausgeschlossen, darunter die windreichsten Standorte des Freistaats. Wir können es uns aber nicht leisten, die Windenergie an Land zu einer Residualgröße der Energiewende verkommen zu lassen, da sie dann scheitern wird.

2. Fragenkatalog des Ausschusses für Infrastruktur, Landwirtschaft und Forsten

1. Wie schätzen Sie das Potential von WKA unter der aktuellen Schadenssituation im Wald ein. In wieweit können WKA im Wald dazu beitragen klimastabilere und naturnähere Wälder zu entwickeln?

Dem Thüringer Wald geht es schlecht: Stürme, Borkenkäfer und Trockenperioden setzen ihm zu. So haben die Jahre 2018 und 2019 große Schäden hinterlassen. Durch die warmen Temperaturen konnte sich der Borkenkäfer ungewöhnlich stark vermehren. Auf Grund der gleichzeitig herrschenden Trockenheit sind die Bäume zudem geschwächt und können dem Borkenkäferbefall nicht ausreichend entgegenwirken (Fichten) oder sind wegen des ausbleibenden Regens vertrocknet. Dadurch verzeichnen die Waldbesitzer sehr hohe Verluste und wirtschaftliche Schäden. Gerade vor diesem Hintergrund bietet es sich an, Windenergieanlagen im Wald zu errichten. Zum einen sind die bestehenden Waldbestände schwer beschädigt und die Anlagen können gezielt auf betroffenen Flächen errichtet werden. Zum anderen sind die katastrophalen Schäden Folge des zunehmenden Klimawandels. Die Nutzung der Windenergie zur Energieerzeugung trägt zu einer Verringerung des CO₂-Ausstoßes bei.

Der Nutzer der Flächen muss die Rodungsfläche an anderer Stelle, wo bislang kein Wald vorhanden ist, auf seine Kosten mindestens im Verhältnis 1:1 wiederaufforsten. Monokulturen können so durch naturnahe und stabile, dem Klimawandel angepasste Mischwälder ersetzt werden. Der ohnehin notwendige Waldumbau wird so gefördert und vom Flächennutzer finanziert. Da die durch die Windenergie genutzten Flächen nach Beendigung der Nutzung ebenfalls wieder aufgeforstet werden müssen, entsteht de facto langfristig eine Waldvermehrung.

2. Wie bewerten Sie die Umweltauswirkungen von Windkraftanlagen im Wald und Nutzungskonflikte mit anderen Schutzgütern?

Der Bau von Windenergieanlagen ist bereits jetzt nur in Nutzwäldern erlaubt. Diese werden seit jeher bewirtschaftet, d.h., dass in diesen ohnehin regelmäßig Bäume zur Waldbewirtschaftung gefällt werden. Besagte Flächen weisen in Thüringen, wie in der Antwort auf Frage 1 beschrieben, erhebliche Schäden (Sturm, Borkenkäfer, Trockenheit) auf. Artenschutzrechtliche Restriktionen können innerhalb des Waldes in grundsätzlich gleicher Weise bestehen wie im Offenland. Auswirkungen auf entsprechende Tierarten werden in jedem Genehmigungsverfahren intensiv geprüft.

3. Welche windkraftsensiblen Arten müssen bei Windkraftnutzung im Wald noch besser berücksichtigt werden?

Bei allen Standorten, für die Windenergieanlagen nach dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) beantragt werden, erfolgt unabhängig davon, ob es sich um einen Standort im Offenland oder im Wald handelt, eine umfangreiche artenschutzrechtliche Einzelfallprüfung. Der Umfang der Prüfung wird mit der zuständigen Naturschutzbehörde abgestimmt.

4. Gibt es für die Windkraftnutzung geeignete Waldflächen zur Umnutzung und welche würden sie ausschließen?

Wie in der Antwort auf Frage 2 erläutert, handelt es sich bei den für Windenergieanlagen in Frage kommenden Wäldern um forstwirtschaftliche Nutzflächen, auf denen regelmäßig Bäume zur Waldbewirtschaftung gefällt werden. Generell sind Planungen auf solchen Flächen zu empfehlen, auf denen der Waldbestand bereits durch Kalamitäten, Sturmereignisse oder sonstige Ursachen vorgeschädigt ist.

Besonders wertvolle Laub- und Mischwälder oder Schutzgebiete mit besonders hoher ökologischer Wertigkeit für Mensch und Tier sind von der Nutzung für Windenergie stets ausgeschlossen.

5. Welche Erfahrungen haben Sie mit der Windkraftnutzung auf forstwirtschaftlichen Nutzflächen, u.a. im Hinblick auf Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen?

Unserer Erfahrung nach haben Maßnahmen, die auf Vorschlag von Gemeinden oder Behörden vor Ort erarbeitet werden, die größte Akzeptanz vor Ort und werden positiv wahrgenommen. Über die in der Antwort auf Frage 1 genannten Aufforstungen hinaus bieten sich Vor- und Unterbau in geschädigten Bereichen oder die Renaturierung von Gewässern im Wald an.

6. Wie bewerten Sie die Windkraftnutzung im Wald in Bezug auf den Wasserhaushalt und die Waldentwicklung bzw. die Bewirtschaftung?

Wir interpretieren die Frage dahingehend, dass es hauptsächlich um den Wasserhaushalt geht. Standort-spezifische Restriktionen werden im Genehmigungsverfahren geprüft, bspw. durch Probebohrungen mit Bodenproben. Ansonsten haben Windenergieanlagen keinen negativen Einfluss auf Waldentwicklung und Bewirtschaftung. Mit den Baumaßnahmen wird nicht in tiefere Schichten eingegriffen und somit bleibt das Grundwasser davon unberührt. Wir betreiben in Hessen zwei Windenergieanlagen im Wasserschutzgebiet. Die Auswirkungen auf die Trinkwasserqualität der benachbarten Gemeinden wurden ab Inbetriebnahme überwacht und keine negativen Auswirkungen festgestellt.

7. Wo sehen sie Windpotenziale und deren effektive Nutzung?

Der Waldanteil an der gesamten Flächen Thüringens beträgt rund ein Drittel der Landesfläche. Kulturhistorisch bedingt liegen die Waldflächen meist in höheren Lagen, da dort der Betrieb von Landwirtschaft zu aufwändig oder gar nicht erst möglich war. Aufgrund der höheren Lage herrschen an Waldstandorten meist bessere Windverhältnisse. Insofern ist neben der Windenergienutzung im Offenland gerade unter Effizienzgesichtspunkten auch eine Nutzung der Windpotenziale im Nutzwald sinnvoll und für die Erreichung der Ausbauziele erforderlich.

8. Wie bewerten sie regionale Wirtschaftskreisläufe im Zusammenhang mit der Windkraftnutzung allgemein sowie am Beispiel Thüringen?

Von regionaler Bedeutung sind neben Pachteinahmen, Beauftragung regionaler Anbieter und der Gewerbesteuer vor allem die Beteiligungsmöglichkeiten für Bürger und Kommunen. Attraktive Mitmach-Modelle umfassen sowohl die Möglichkeit einer unternehmerischen als auch einer rein finanziellen Beteiligung. Beim ersten Modell können Anteile an der zukünftigen Betreibergesellschaft direkt oder indirekt über eine Bürgerenergiegesellschaft vor Ort erworben werden. Beim zweiten Modell finanzieren die Bürger vor Ort den Windpark über ein Nachrangdarlehen. Dieses ermöglicht eine Beteiligung mit kleinen Beträgen und hat eine feste Verzinsung und Laufzeit.

Die regionale Wertschöpfung kann künftig noch weiter gesteigert werden, wenn Standortkommunen über das bereits heute bestehende Maß hinaus finanziell am Ausbau der Windenergie vor Ort beteiligt werden. Auf eine entsprechende Regelung zur finanziellen Beteiligung der Kommunen hat sich die Große Koalition im Bund bereits geeinigt. Diese soll im Rahmen der anstehenden EEG-Novelle umgesetzt werden und noch dieses Jahr in Kraft treten.

9. Wie bewerten Sie die Rolle der Windkraftnutzung für die Energiewende und welche Rolle kann dabei die Windkraftnutzung im Wald spielen, insbesondere in Thüringen?

Für das Erreichen der Klimaziele und die Versorgung der Industrie mit regenerativ erzeugtem Strom brauchen wir auch und gerade die Windenergie an Land. In allen Prognosen und Untersuchungen ist sie das Rückgrat der Energiewende und damit des Klimaschutzes. Die Windenergie hat unter allen Erneuerbaren Energien die höchste Flächeneffizienz. Auch ergänzt sich die Stromproduktion von Windenergie- und Photovoltaikanlagen jahreszeitlich gut. Waldgebiete befinden sich häufig auf Flächen, die besonders windhöffig sind, so auch in Thüringen. Zudem befinden sich in Frage kommende Waldstandorte meist nicht in der Nähe von Wohngebieten. Bei einem pauschalen Ausschluss von Waldgebieten würde der Druck auf die übrigen Flächen stark zunehmen. Dies gilt umso mehr für Länder mit einem hohen Waldflächenanteil wie Thüringen.

10. Wie bewerten Sie den vorliegenden Gesetzentwurf im Hinblick auf den Eingriff in Eigentumsrechte und auf die Möglichkeiten unternehmerischer Tätigkeiten in Thüringen?

Nach unserer Auffassung wäre ein entsprechendes Gesetz mangels Verbandskompetenz des Freistaats Thüringen formell verfassungswidrig. Eine detaillierte Stellungnahme zu den rechtlichen Aspekten des Gesetzentwurfs sowie den hierzu ergangenen Ausführungen des Wissenschaftlichen Dienstes des Thüringer Landtags kann der u.a. **Anlage** entnommen werden.

11. Kann der vorliegende Gesetzentwurf rechtliche Verbindlichkeit entfalten bzw. werden weitere gesetzliche Regelungen im Freistaat berührt?

Wie in der als **Anlage** beigefügten Stellungnahme ausgeführt, könnte eine Verbindlichkeit dadurch verhindert werden, dass die Landtagspräsidentin unter Berufung auf ihre Kompetenz, Gesetzesbeschlüsse auf ihre formelle Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen, eine Ausfertigung des Gesetzes verweigert. Anderenfalls könnte die Landesregierung das Bundesverfassungsgericht im Wege der abstrakten Normenkontrolle anrufen – dies hätte allerdings keine aufschiebende oder den Vollzug des Gesetzes hemmende Wirkung.

12. In wieweit können die Bundesausbauziele für Windkraft im Rahmen der Ausweisung der Vorranggebiete für Windkraft der Regionalen Planungsgemeinschaften bei Verzicht auf Vorranggebiete im Wald noch erreicht werden?

Deutschlandweit wurden 2019 nur noch 1.078 MW zugebaut, gleichzeitig gingen knapp 100 MW dauerhaft vom Netz. Obwohl zur Erreichung des übergeordneten Ausbauziels der Bundesregierung – bis 2030 eine Quote von 65 Prozent des Bruttostromverbrauchs durch Erneuerbare Energien abdecken zu können – ein kontinuierlicher Zubau von 3.000 bis 4.000 MW pro Jahr erforderlich wäre, droht in Deutschland mittelfristig sogar ein Rückgang der installierten Leistung, da die aktuelle Zubauhöhe altersbedingte Stilllegungen von Altanlagen nicht mehr auszugleichen vermag.

Die Gründe für den mangelnden Ausbau sind bekannt: Viele unterschiedliche Genehmigungshemmnisse, extrem lange Genehmigungsverfahren sowie deutlich zu wenig ausgewiesene Flächen für die Windenergienutzung. Der Verzicht auf Vorranggebiete im Wald würde in Thüringen mit einem Schlag pauschal ein Drittel der Landesfläche von der Windenergienutzung ausschließen. Um die Ausbauziele der Bundesregierung zu erreichen, sind in Deutschland rund zwei Prozent der Landesfläche bis 2050 nötig. Im Thüringer Klimagesetz heißt es aber, dass in Thüringen nur ein Prozent der Landesfläche für die Nutzung der Windenergie bereitgestellt wird. Doch selbst dieses niedrige Flächenziel wird in drei von vier Planungsregionen deutlich verfehlt. Derzeit sind folgende Flächenanteile für die Windenergie in den Planungsregionen ausgewiesen:

Planungsregion	Flächenanteil	Wald
Südwestthüringen	0,35 %	incl. Wald
Ostthüringen	0,40 %	incl. Wald
Mittelthüringen	0,63 %	kein Wald
Nordthüringen	1,20 %	eine Ausnahme Wald

Ohne Vorranggebiete im Wald würde die ohnehin viel zu geringe Flächenausweisung nochmals deutlich verringert. In der Folge müssten die Vorranggebiete im Offenland erheblich vergrößert werden. Zum einen ist das aufgrund der Windhöflichkeit der Waldstandorte die wirtschaftlich schlechtere Variante. Zum anderen bestehen im Offenland zahlreiche weitere Restriktionen (z. B. Siedlungsabstände), was die zur Verfügung stehenden Flächen deutlich einschränkt.

13. Was bedeutet die Herausnahme der Vorranggebiete im Wald für die Abstandsregelungen für WKA im Offenland?

Um der Windenergie substanziell Raum zu verschaffen, ist die Fortschreibung aller Regionalpläne in Thüringen sowie des Windenergieerlasses notwendig. Pauschale Abstandsregelungen oder beispielsweise das

5 km-Kriterium zwischen zwei Vorranggebieten sind generell zu hinterfragen und unseres Erachtens nur bei verletzten Schutzgütern zulässig. Durch die Herausnahme von Wald aus den Potenzialflächen für die Regionalplanung würde sich die insgesamt zur Erreichung der energiepolitischen Ziele in Thüringen zur Verfügung stehende Fläche massiv verringern, da circa ein Drittel der Landesfläche betroffen wäre. Dies führt zwangsläufig entweder dazu, dass der Freistaat Thüringen seine energiepolitischen Ziele nicht erreichen wird oder dass sich Nutzungskonflikte zwischen der Windenergie und anderen Belangen in den übrig bleibenden Flächen des Landes verschärfen werden.

14. Wie bewerten Sie die Einkommenssituation der Thüringer Waldbesitzer?

Die Waldeigentümer haben aufgrund der beschriebenen Schäden massive Einnahmeausfälle zu beklagen. Der Anfall großer Mengen Schadholz lässt die Preise am Markt deutlich verfallen und gleichzeitig ist der Markt so überfüllt, dass nicht alles Holz abgesetzt werden kann. Durch Windenergieanlagen können die Waldbesitzer neue Einnahmen generieren mit Hilfe derer sie neue Aufforstungen und Anpassungen der verbleibenden Waldbestände an das wandelnde Klima vornehmen können.

15. Stellen WEA an geeigneten Standorten im Wald aus Ihrer Sicht eine Möglichkeit für eine breitere Einkommensbasis von Waldbesitzern dar?

Ja (siehe Antwort auf Frage 14).

Anlage

Juristische Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktionen der FDP und der CDU für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Thüringer Waldgesetzes (Drs. 7/62) sowie der hierzu ergangenen Gutachterlichen Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes (WD 2/20)

Mit Gesetzentwurf vom 22. Januar 2020 beantragen die Fraktionen der FDP und der CDU im Thüringer Landtag, das Gesetz zur Erhaltung, zum Schutz und zur Bewirtschaftung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft (Thüringer Waldgesetz ThürWaldG) in der Fassung vom 18. September 2008 (GVBl. S. 327), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 10. Oktober 2019 (GVBl. S. 414, 482), einen neuen § 10 Abs. 1 Satz 2 mit folgendem Wortlaut einzufügen: „Eine Änderung der Nutzungsart zur Errichtung von Windenergieanlagen [Anm.: im Folgenden „WEA“] ist nicht zulässig.“

Der Wissenschaftliche Dienst des Thüringer Landtags hat unter dem 27. Mai 2020 hierzu eine gutachterliche Stellungnahme abgegeben, welche im Wesentlichen zu dem Ergebnis gelangte, dass trotz einer „nicht unerheblichen bodenrechtlichen Relevanz“ die vorgeschlagene Regelung im Schwerpunkt naturschutz- und landschaftspflegerische Bestimmungen i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG enthalte, weswegen sie sich innerhalb der Rahmenausfüllungskompetenz gem. § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG handle (Seite 24 der gutachterlichen Stellungnahme WD 2/20). Der vorgeschlagenen Regelung stünden auch weder die energiepolitischen Zielsetzungen der Bundesrepublik Deutschland bzw. des Freistaats Thüringen (Seite 33 der Stellungnahme) noch das Grundrecht auf Eigentum der privaten Waldeigentümer (Seite 40 der Stellungnahme) entgegen.

Gegenstand der nachfolgenden Stellungnahme ist eine kritische Würdigung des Gesetzentwurfs sowie den hierzu ergangenen Ausführungen des Wissenschaftlichen Dienstes.

I. Ergebnis

Die vorgeschlagene Änderung des Thüringer Waldgesetzes hat bodenrechtlichen Charakter. In Ermangelung einer entsprechenden Länderöffnungsklausel im Baugesetzbuch kommt dem Freistaat Thüringen aus diesem Grunde keine Gesetzgebungskompetenz zu.

II. Keine Gesetzgebungskompetenz des Freistaats Thüringen

Gem. Art. 70 Abs. 1 GG liegt die Verbandskompetenz für die Gesetzgebung im Grundsatz bei den Bundesländern, wenn und soweit keine Gegenstände der ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes betroffen sind. Da vorliegend offenkundig keine Gegenstände der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes i. S. d. Art. 73 GG berührt werden, stellt sich die Frage, ob die vorgeschlagene Änderung des Thüringer Waldgesetzes einen Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz berührt und, bejahendenfalls, welchen.

1.) Kein Gegenstand der Landschaftspflege

Nach hiesiger Rechtsauffassung ist die beabsichtigte Änderung des Thüringer Waldgesetzes primär dem Bodenrecht i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG und nicht der Landschaftspflege i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG zuzuordnen.

Entgegen der Rechtsauffassung des Wissenschaftlichen Dienstes liegt der primäre Regelungsgegenstand der beantragten Änderung des § 10 Abs. 1 ThürWaldG nicht im Bereich der Landschaftspflege. Die Kompetenztitel des Naturschutzes und der Landschaftspflege weisen keine klaren begriffsmäßigen Konturen auf und sind daher einheitlich auszulegen. Dem Begriff der Landschaftspflege unterfallen daher Entwicklung, Erhaltung und zum Schutz der Vielfalt, Eigenart und Schönheit der Landschaft im Sinne der gesamthaften Bewahrung des Ökosystems (Uhle in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 90. EL Februar 2020, Art. 72, Rn. 212). Hieraus resultiert eine umfassende Verbandskompetenz des Bundes für die positive Gestaltung von Natur und Landschaft (Seiler in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, Art. 74, Rn. 102.1).

Zwar ist der Gutachterlichen Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes insofern zuzustimmen, dass Kompetenznormen im Zweifel im Sinne einer Verbandskompetenz des Landes auszulegen sind (BVerfG, Beschluss vom 10. März 1976 – Aktenzeichen 1 BvR 355/67, NJW 1976; 1835). Von einem Zweifelsfall in diesem Sinne kann vorliegend jedoch nicht gesprochen werden, da dies voraussetzte, dass sich für die fragliche Regelung nach der Subtraktionsmethode vollständig zumindest in vertretbarer Weise ausschließlich eine Verbandskompetenz des Landes annehmen ließe. Eine solche Annahme resultiert jedoch nicht allein aus dem Umstand, dass das Thüringer Waldgesetz im Sinne einer Mosaik-Kompetenz zumindest teilweise auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG erlassen werden konnte.

Denn die Regelung des geplanten § 10 Abs. 1 S. 2 ThürWaldG-E entfaltet – worauf auch die gutachterliche Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes im Ansatz zutreffend hinweist – insbesondere auch bodenrechtliche Wirkung. Dass sich diese bodenrechtliche Wirkung in zumindest vertretbarer Weise vollständig auf den Kompetenztitel der Landschaftspflege stützen ließe, ist indes nicht ersichtlich und geht namentlich auch nicht aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. September 1990 – Aktenzeichen 4 N 1.88 (BVerwGE 85, 332; in der Gutachterlichen Stellungnahme zitiert in Fußnote 25) – hervor.

Das fragliche Urteil hatte eine seinerzeitige Regelung zum Gegenstand, wonach das Reiten in freier Natur nur auf gesondert gekennzeichneten Pferden zulässig war. Das Bundesverwaltungsgericht beanstandete die diesen Verordnungen zugrundeliegende Ermächtigungsnorm des Bayerischen Naturschutzgesetzes nicht als dem Kompetenztitel „Straßenverkehr“ i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG unterfallend und legte dar, dass die damals geltenden § 14 Abs. 2 BWaldG a. F. und § 27 Abs. 2 BNatSchG a. F. bereits der Ausfüllung durch die Länder zugängliche Rahmenregelungen auch für dem Straßenverkehrsrecht unterfallende Straßen und Wege enthielten (BVerwG, Urteil vom 3. September 1990, a. a. O., Rn. 27). Da jedoch das namentlich durch § 14 Abs. 2 BWaldG a. F. angesprochene Reiten im Wald ohnehin nur auf Straßen oder Wegen zulässig ist (BVerwG, Urteil vom 31. Mai 1985 – Aktenzeichen 4 C 14 u. 15/82, NVwZ 1986, 206, 207), lässt sich aus der Bestätigung der entsprechenden Verordnungen noch keine vertretbare Verbandskompetenz des Landes für bodenrechtliche Regelungen herleiten.

Selbst wenn man dies mit dem Wissenschaftlichen Dienst anders sehen wollte, ergäbe sich unter Zugrundelegung des Art. 125b Abs. 1 S. 2 GG keine Befugnis des Freistaats Thüringen zum Erlass des § 10 Abs. 1 S. 2 ThürWaldG-E, da es sich bei § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG keine ausfüllungsfähige und -bedürftige Rahmenvorschrift handelt (vgl. zu diesen Anforderungen an die Rahmengesetzgebung BVerfG, Beschluss vom 6. März 2001 – Aktenzeichen 2 BvL 2/96, NVwZ 2001, 1394, 1395). Vielmehr stellt sich § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG als eine punktuelle Rück-Übertragung einer Gesetzgebungskompetenz vom Bund auf die Länder dar, was im Übrigen zeigt, dass diese Vorschrift nicht auf Grundlage des Art. 75 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GG a. F. erlassen worden sein kann. Anderenfalls hätte im Übrigen gem. Art. 75 Abs. 3 GG a. F. eine Verpflichtung des Freistaats Thüringen bestanden, den ihm vorgegebenen Rahmen innerhalb angemessener Frist durch ein Landesgesetz auszufüllen. Derartiges ist im Hinblick auf § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG offenkundig nicht erfolgt,

sodass der Landesgesetzgeber offenbar auch in früherer Zeit nicht davon ausgegangen ist, dass diese Vorschrift der Rahmengesetzgebung zuzuordnen gewesen wäre. Vielmehr wurde § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG seinerzeit offenkundig auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG a. F./n. F. erlassen.

Der Wissenschaftliche Dienst führt darüber hinaus zwar im Ansatz zutreffend aus, dass § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG keine Versagung einer bestimmten Art der Nachnutzung zulässt (Seite 21 der Gutachterlichen Stellungnahme). Wenn im Weiteren ausgeführt wird, eine Landeskompetenz für schutzzielorientierte Versagungsgründe ergebe sich aus dem Schutzzweck des § 9 BWaldG, verkennt diese Aussage, dass eine Ermächtigung des Landesgesetzgebers ausdrücklich formuliert sein muss. Dies gilt sowohl für den Fall, dass man § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG als ausfüllungsfähiges und -bedürftiges Rahmenrecht verstehen wollte, als auch unter Zugrundelegung des (zutreffenden) Verständnisses einer partiellen Rückübertragung einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz vom Bund auf das Land. Allein unter Berufung auf den Schutz der Waldfunktionen eine Gesetzgebungskompetenz des Landes herzuleiten, erscheint methodisch nicht überzeugend und trägt insbesondere auch dem Umstand nicht hinreichend Rechnung, dass § 1 Nr. 1 BWaldG die Nutzfunktion des Waldes als mit der Schutz- und Erholungsfunktion gleichwertiges Ziel statuiert. Soweit § 9 BWaldG die Erhaltung des Waldes anspricht, wird damit – wie § 9 Abs. 1 S. 3 BWaldG illustriert – lediglich ein in die Abwägung einzustellender Belang angesprochen. Für einen generell „umwandlungsfeindlichen“ Charakter des § 9 BWaldG oder einen generellen Vorrang der konservierenden Funktion lässt sich daher nichts Belastbares herleiten. Auch das Thüringer Waldgesetz verfolgt keine reine Erhaltung des Status quo, sondern vielmehr den klimagerechten Waldumbau in § 24 Abs. 1 S. 2 ThürWaldG.

Der Freistaat Thüringen kann sich für den beabsichtigten Erlass des § 10 Abs. 1 S. 2 ThürWaldG weder auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG noch eine Kompetenz zur Rahmenausfüllung gem. Art. 125b GG i. V. m. § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG berufen.

2.) Bodenrecht

Vielmehr und richtigerweise ist § 10 Abs. 1 S. 2 ThürWaldG-E als eine bodenrechtliche Regelung mit der Folge zu verstehen, dass gem. Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 18 und Nr. 31 GG eine Verbandskompetenz des Landes nur insoweit bestünde, als der Bund von der ihm zustehenden Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht oder eine entsprechende Länderöffnungsklausel vorgesehen hätte.

Bodenrecht umfasst alle Normen, die eine städtebauliche Planung und Bestimmung der rechtlichen Qualität des Bodens vorsehen und ordnen (BVerfG, Gutachten 16. Juni 1954 – Aktenzeichen 1 PBvW 2/52, BeckRS 1954, 30700512). Die grundlegende Entscheidung über die Zulässigkeit bestimmter Vorhaben obliegt, wie § 29 BauGB zum Ausdruck bringt, der städtebaulichen Planung. Städtebaurecht legt in diesem Sinne die rechtliche Qualität des Bodens fest und bestimmt, dass und wo bestimmte Vorhaben zulässig sind oder nicht (so auch: Maunz in: Maunz/Dürig, Art. 74 Nr. 18, Rn. 200). Hinsichtlich von WEA erfolgte eine städtebauliche Regelzuweisung durch Gesetz mit der Folge der bauplanungsrechtlichen Außenbereichsprivilegierung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.

Eine Waldumwandlungsgenehmigung gestaltet die rechtliche Charakterisierung des Bodens um. Sie hat insofern unmittelbar bodenrechtliche Wirkung, als sie für eine vormals rechtlich als „Wald“ eingestufte Fläche eine rechtliche Anschlussnutzung – beispielsweise als „Windpark“ – regelt. Die rechtliche Wirkung einer Waldumwandlungsgenehmigung geht dabei über die einer bloßen Rodungserlaubnis hinaus, da auch kahlgeschlagene Flächen rechtlich noch als Wald anzusehen sein können, während eine von einer

Waldumwandlungsgenehmigung erfasste Fläche fortan als „Nicht-Wald“ einzustufen ist (VGH Mannheim, Beschluss vom 17. Dezember 2019 – Aktenzeichen 10 S 566/19, BeckRS 2019, 33137, Rn. 12).

Dementsprechend ermächtigt § 9 Abs. 3 Nr. 1 BWaldG die Länder, zu bestimmen, dass eine Waldumwandlungsgenehmigung nicht erforderlich ist, wenn für die betroffene Waldfläche auf Grund anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften eine andere Nutzungsart rechtsverbindlich festgesetzt worden ist. Hieraus folgt, dass Bauleitpläne dieselbe auf die Nutzungsart bezogene Widmung bewirken können, wie dies eine Waldumwandlungsgenehmigung täte (OVG Koblenz, Beschluss vom 10. Januar 2020 – Aktenzeichen 8 B 11880/19.OVG, BeckRS 2020, 610, Rn. 25 f.; VGH München, Beschluss vom 9. August 2006 – Aktenzeichen 1 CS 06.2014, NVwZ-RR 2007, 371, 372 f.): Die Funktion der Waldumwandlungsgenehmigung ist mithin eine primär bodenrechtliche. Sie spricht die Nutzung des betroffenen Grundstücks an und hat somit in erster Linie die Aufgabe, die rechtliche Qualität des Bodens innerhalb des Waldes festzulegen.

Dass ein derartiges bodenrechtliches Verständnis auch dem Thüringer Waldgesetz zugrunde liegt, zeigen § 10 Abs. 1 S. 2 und S. 3 ThürWaldG, wonach die Umwandlung nach Anhörung der oberen Landesplanungsbehörde sowie u. U. im Einvernehmen mit der oberen Landwirtschaftsbehörde zu erteilen ist. Wäre die Entscheidung über die Waldumwandlung allein oder überwiegend dem Naturschutzrecht zuzuordnen, bedürfte es weder der Anhörung der oberen Landesplanungs- noch des Einvernehmens der oberen Landwirtschaftsbehörde. Des Weiteren ist eine Änderung der Nutzungsart gem. § 10 Abs. 7 S. 1 ThürWaldG in das Waldflächenverzeichnis einzutragen. Dies zeigt, dass der Waldumwandlungsgenehmigung primär eine bodenrechtliche Qualität in dem Sinne zukommt, als sie die Nutzung von Boden rechtlich verbindlich regelt.

Hierum geht es letztlich auch der Gesetzesinitiative. In ihrem ersten Satz wird nämlich angesprochen, dass Windenergie im Wald seit dem Windenergieerlass vom 21. Juni 2016 nicht mehr grundsätzlich ausgeschlossen ist. Dieser Erlass befasst sich – wie sein vollständiger Titel ohne Weiteres deutlich macht – mit der Planung von Vorranggebieten, die zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten haben sollen. Planerisches Ziel einer derartigen Ausweisung ist es, die Ansiedelung raumbedeutsamer WEA im Sinne des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB zu steuern. Der Erlass nimmt daher auf die Rechtsprechung des Thüringer Oberverwaltungsgerichts sowie des Bundesverwaltungsgerichts zu den Anforderungen an ein schlüssiges gesamt-räumliches Planungskonzept Bezug (Seite 2 unten des Windenergieerlasses vom 21. Juni 2016).

Die Annahme des Wissenschaftlichen Dienstes, ein Errichtungsverbot für WEA im Wald sei eine „zwar nicht unbedingt nebensächliche, aber zumindest unvermeidbare Konsequenz der vorgesehenen Regelung“ (Seite 16 der Gutachterlichen Stellungnahme) erweist sich vor diesem Hintergrund als bestenfalls verkürzt. Es ist vielmehr gerade Sinn und Zweck des hier diskutierten Gesetzentwurfs, ein Verbot von WEA im Wald herbeizuführen, soweit dieses auf Grundlage des Windenergieerlasses, bzw. des diesem zugrundeliegenden Urteils des Thüringer Oberverwaltungsgerichts nicht in grundsätzlicher Weise besteht (das wird auch auf Seite 27 der Gutachterlichen Stellungnahme im Ansatz erkannt).

Zur Herbeiführung der Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB bedarf es eines schlüssigen gesamt-räumlichen Planungskonzepts. Hierfür ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abschnittsweise anhand von sog. harten und weichen Tabukriterien vorzugehen. Harte Tabukriterien betreffen dabei derartige Flächen, auf denen auf absehbare Zeit unüberwindbare rechtliche oder tatsächliche Hindernisse der Errichtung und dem Betrieb von Windenergieanlagen dergestalt entgegenstehen, dass eine hierauf gerichtete Planung kein positives Planungsziel hätte und daher nicht erforderlich wäre (BVerwG, Urteil vom 11. April 2013 – Aktenzeichen 4 CN 2/12, NVwZ 2013, 1017, Rn. 5). Mit Urteil vom 26. März 2014 (welches teilweise auf die Verkündung am 8. April 2014 datiert wird) – Aktenzeichen 1 N 676/12 – hat das

Thüringer Oberverwaltungsgericht festgestellt, dass Waldflächen nicht pauschal als harte Tabuzonen eingestuft werden dürfen, weil angesichts der heutigen Höhe von WEA kein unüberwindliches rechtliches oder tatsächliches Hindernis gegen deren Errichtung und Betrieb im Wald spricht. Hierauf nimmt der Windenergieerlass mit einem entsprechenden Rechtsprechungsnachweis ausdrücklich Bezug und definiert folglich lediglich durch Rechtsverordnung geschützte Waldgebiete als harte Tabuzonen (Anlage 1 Nr. 8).

In diesem Zusammenhang sei im Übrigen angemerkt, dass dem Urteil des Thüringer Oberverwaltungsgerichts auch entnommen werden kann, dass § 25 ThürWaldG der Erteilung einer Waldumwandelungsgenehmigung für WEA gerade nicht entgegensteht (so aber der Wissenschaftliche Dienst auf Seite 17 seiner Gutachterlichen Stellungnahme): „Die Einordnung sämtlicher Wälder mit einer Fläche von mehr als 10.000 m² als "harte" Tabuzonen lässt sich auch nicht mit der von der Antragsgegnerin angeführten Bestimmung des § 25 Abs. 4 Satz 1 ThürWaldG rechtfertigen, nach der die (nach Satz 1 für die Errichtung baulicher Anlagen im Wald erforderliche) Genehmigung zu versagen ist, wenn die Funktionen des Waldes durch die Anlagen erheblich eingeschränkt werden und dem durch Auflagen nicht begegnet werden kann. Davon kann auch bei einer konzentrierten Windenergieanlagenutzung im Wald nicht von vornherein ausgegangen werden; dies bedarf vielmehr der Prüfung in jedem Einzelfall.“ (OVG Weimar, Urteil vom 26. März 2014 – Aktenzeichen 1 N 672/12).

Wenn der Wissenschaftliche Dienst ausführt, eine grundsätzliche Unzulässigkeit von WEA im Wald folge „also primär bereits aus ihrer Unvereinbarkeit mit dem Erhalt von Waldfunktionen“ (Seite 18 der Gutachterlichen Stellungnahme), steht dies in einem diametralen Widerspruch zu der vorstehend wiedergegebenen ausdrücklichen Rechtsprechung des Thüringer Oberverwaltungsgerichts. Auch wenn der Gesetzgeber an die Aussagen des Oberverwaltungsgerichts nicht in derselben Weise gebunden sein mag wie die vollziehende Verwaltung, so zeigt dieser Widerspruch doch klar auf, dass der durch den Wissenschaftlichen Dienst gezogene Schluss, es gehe bei dem Gesetzesentwurf nicht um die Frage „Windkraft im Wald“ sondern um das „Aufgeben von Wald für Windkraft“ (Seite 18 der Gutachterlichen Stellungnahme) – ungeachtet der Frage, ob sich dieser semantischen Spitzfindigkeit ein rechtlich belastbarer Schluss entnehmen lässt – die eigentliche Intention des Gesetzesentwurfs verkennt oder unzutreffend darstellt.

Die Entstehungsgeschichte des nunmehr zu diskutierenden Gesetzesentwurfs zeigt nämlich, dass es den Initiatoren letztlich um die pauschale Einstufung von Wald als harte Tabuzone bei einer auf die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB gerichteten Planung geht. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ist Ausdruck des sog. Planvorbehalts und bewirkt eine auf das Plangebiet bezogene partielle Relativierung der allgemeinen Außenbereichsprivilegierung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB (Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 137. EL Februar 2020, § 35, Rn. 123). Werden nun durch den Gesetzgeber bestimmte Belange mit der Folge als hartes Tabukriterium definiert, dass diese zwingend zu den nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB von der Windenergieplanung auszunehmenden Flächen zuzurechnen sind, bewirkt dies hinsichtlich dieser Flächen ebenfalls eine Relativierung der Außenbereichsprivilegierung.

Eine derartige Relativierung der Außenbereichsprivilegierung ist in der Sache mit der sog. Bayerischen 10-H-Regel gem. Art. 82 Abs. 1 BayBO vergleichbar. Hierzu hat der Bayerische Verfassungsgerichtshof ausgeführt, die auf Grundlage des § 249 Abs. 3 BauGB erlassene landesrechtliche Abstandsregelung bewirke eine bauplanungsrechtliche „Entprivilegierung“ der den Abstand nicht einhaltenden WEA (BayVerfGH, Entscheidung vom 9. Mai 2016 – Aktenzeichen Vf. 14-VII-14, Vf. 3-VIII-15, Vf. 4-VIII-15, NVwZ 2016, 999, 1000 f., Rn. 120). Der Freistaat Bayern wurde mit Erlass des Art. 82 Abs. 1 BayBO auf Grundlage der bundesrechtlichen Ermächtigung auf dem Gebiet des Bodenrechts tätig. Da der Bund mit dem Erlass des Baugesetzbuchs in abschließender Weise von seiner Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG

Gebrauch gemacht hat, kam ein derartiges landesgesetzgeberisches Tätigwerden nur auf Grundlage einer entsprechenden bundesrechtlichen Ermächtigung, bzw. „Rück-Übertragung der Gesetzgebungskompetenz“ (so: BayVerfGH, a. a. O.) in Betracht (BVerfG, Beschlüsse vom 30. Oktober 1990 – Aktenzeichen 2 BvR 562/88, NJW 1991, 1283 und vom 22. Juli 1970 – Aktenzeichen 2 BvL 8/70, NJW 1970, 1838). Die bodenrechtliche Wirkung ist nicht Reflex der geplanten Gesetzesänderung, sondern deren eigentliches Ziel.

Wenn der thüringische Landesgesetzgeber in einer dem bayerischen vergleichbaren Art und Weise die grundsätzliche Außenbereichsprivilegierung für WEA gem. § 35 Abs.1 Nr. 5 BauGB dadurch relativieren möchte, dass Wälder von der positiven Standortplanung für WEA in Zukunft generell ausgeschlossen sein sollen, bedürfte es – entsprechend den Art. 82 Abs. 1 S. 1 BayBO dargestellten Rechtsgrundsätzen – einer dem § 249 Abs. 3 BauGB vergleichbaren, auf WEA zugeschnittene Länderöffnungsklausel. Eine solche enthält das Baugesetzbuch jedoch nicht. Auch auf die Länderöffnungsklausel des § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG vermag – unterstellte man im Sinne der Mosaik-Kompetenz, dass diese Vorschrift zumindest partiell bodenrechtlichen Charakter hätte – sich der Landesgesetzgeber in diesem Zusammenhang nicht zu stützen, da diese Öffnungsklausel es nicht gestattet, Umwandlungen zu einem bestimmten Zweck oder in eine bestimmte neue Nutzungsart zu untersagen, sondern auf bestimmte Umwandlungsgegenstände – wie etwa den dort erwähnten Schutz- und Erholungswald – Bezug nimmt.

Der geplante § 10 Abs. 1 S. 1 ThürWaldG n. F. stellt eine bodenrechtliche Vorschrift dar, für welche gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eine Verbandskompetenz des Bundes besteht; Voraussetzung für ein eigenes landesgesetzgeberisches Tätigwerden wäre daher eine dem § 249 Abs. 3 BauGB vergleichbare, auf WEA bezogene Länderöffnungsklausel, die eine Rück-Übertragung der Verbandskompetenz auf die Länder bewirkte. In Ermangelung einer solchen Regelung erwiese sich eine entsprechende Änderung des Thüringer Waldgesetzes als verfassungswidrig.

3.) Förderung der forstwirtschaftlichen Erzeugung

Im Ergebnis wird der Stellungnahme des wissenschaftlichen Dienstes dahingehend zugestimmt, dass die vorgeschlagene Änderung des Thüringer Waldgesetzes die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG für die Förderung der forstwirtschaftlichen Erzeugung nicht berührt. Allerdings muss sich die Annahme des Wissenschaftlichen Dienstes, die von der Kompetenznorm angesprochene forstwirtschaftliche Urproduktion stehe nicht im Mittelpunkt der angestrebten Regelung (Seite 10 der Gutachterlichen Stellungnahme), vor dem Hintergrund zumindest Zweifeln hinsichtlich ihrer Tragfähigkeit ausgesetzt sehen, dass der Gesetzentwurf gerade eine befürchtete „erhebliche Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit des Waldes“ (Drs. 7/62, Seite 1) als ein wesentliches Problem identifiziert, welches nach Vorstellung der Antragsteller ein gesetzgeberisches Handeln erfordert. Offenbar befürchteten die Initiatoren des Gesetzentwurfs, dass die Errichtung von WEA im Wald die bereits bestehenden Gefährdungen bzw. Schädigung des Bestandes durch „Trockenheit, Stürme sowie Borkenkäferbefall“ weiter verschärfen bzw. vertiefen könnte.

Namentlich aber die genannten Beeinträchtigungen betreffen ausschließlich die Belange der forstwirtschaftlichen Erzeugung, insbesondere dadurch, dass eine vorwiegend nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgende Forstwirtschaft durch vorzeitige Fällungen unmöglich gemacht wird. Der auf Seite 12 der Gutachterlichen Stellungnahme getroffenen und nicht weiter belegten Aussage, es handele sich bei den von dem Gesetzentwurf verfolgten Zielen um die in § 1 ThürWaldG genannten Belange, die „ersichtlich primär waldrechtlicher und damit landespflegerechtlicher Art“ seien, kann daher in dieser Pauschalität nicht zugestimmt werden.

Zwar ist zutreffend, dass der Gesetzentwurf die auch in § 1 ThürWaldG aufgeführten Belange aufzählt. Aus der Einleitung, die darauf Bezug nimmt, dass in Thüringen seit Windenergieerlass vom 21. Juni 2016 die Errichtung von WEA im Wald nicht mehr grundsätzlich ausgeschlossen ist und dies „bereits zum Bau von Windenergieanlagen [...], teilweise gegen erhebliche Proteste der Bevölkerung vor Ort.“ geführt habe (Seite 1, erster Absatz des Entwurfs), wird nach hiesiger Einschätzung eine primär bodenrechtliche Intention der Antragsteller deutlich. Denn der Freistaat Thüringen ist zu etwa einem Drittel der gesamten Landesfläche bewaldet. Abzüglich des aus anderen Gründen für WEA gesperrten Flächenanteils (insbesondere Siedlungsflächen und Infrastrukturanlagen mit jeweils entsprechenden Puffern, Oberflächengewässer, förmlich unter Schutz gestellte Landschaftsbestandteile) zielt der hier in Rede stehende Gesetzentwurf der Sache nach auf eine erhebliche Reduzierung der für eine energetische Nutzung der Windenergie zur Verfügung stehenden sogenannten Potenzialflächen.

4.) Ergebnis

Weitere infrage kommende Gesetzgebungskompetenzen sind nicht ersichtlich. Der beabsichtigte § 10 Abs. 1 S. 2 ThürWaldG-E stellt eine bodenrechtliche Vorschrift dar. Gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG besteht hierfür eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes, von welcher dieser durch den Erlass des Baugesetzbuches – und dort insb. § 35 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 3 S. 3 BauGB – erschöpfend Gebrauch gemacht hat. Ohne vorherigen Erlass einer dem § 249 Abs. 3 BauGB gleichkommenden Länderöffnungsklausel ist es dem Freistaat Thüringen somit verwehrt, ein generelles Verbot einer Waldumwandlung mit einer Folgenutzung zugunsten der Windenergie zu erlassen. Eine derartige Vorschrift wäre formell verfassungswidrig. Gemäß Art. 85 Abs. 1 S. 1 ThürVerf kann die Präsidentin des Landtags die Ausfertigung eines derartigen Gesetzes daher verweigern. Das Gesetz könnte ferner gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG auf Antrag der Landesregierung durch das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt werden.

Mit freundlichen Grüßen

EnBW Energie Baden-Württemberg AG

; Mag. iur. (Heidelberg)

Syndikusrechtsanwalt

