

prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

Per E-Mail: poststelle@thueringer-landtag.de

Thüringer Landtag Verwaltung

Postfach 900455

99107 Erfurt

THÜR. LANDTAG POST
02.04.2024 15:51

2046/24

Datum
Leipzig, 02.04.2024

Gesetzentwurf der Fraktion CDU: Zweites Gesetz zur Änderung des Thüringer Landesplanungsgesetzes – Sicherung der raumordnerischen Steuerung des Windenergieausbaus Thüringer Landtag Drs. 7/9392

Thüringer Landtag
Z u s c h r i f t
7/3386

zu Drs. 7/9392

Hier: Stellungnahme im Anhörungsverfahren gem. § 79 der Geschäftsordnung des Thüringer Landtags

Den Mitgliedern des AfILF

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken für die Möglichkeit einer Stellungnahme im Rahmen des schriftlichen Anhörungsverfahrens zum Entwurf des zweiten Gesetzes zur Änderung des Thüringer Landesplanungsgesetz und möchten zu den geplanten Änderungen folgende Hinweise geben, wobei wir in deren Rahmen die Fragen der Ausschlussmitglieder mitbeantworten möchten:

I. Änderung durch Aufnahme des § 17a ThürLplG

Geplant ist folgende Änderung des Thüringer Landesplanungsgesetz:

„1. Nach § 17 wird folgender § 17 a eingefügt:

§ 17 a

Überleitungsvorschriften aus Anlass des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land

§ 12 Abs. 2 Satz 1 ROG ist entsprechend anzuwenden, wenn die Regionale Planungsgemeinschaft beschlossen hat, einen Regionalplan aufzustellen, zu ändern oder zu ergänzen, um den Flächenbeitragswert im Sinne des § 3 Abs. 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes (WindBG) vom 20. Juli 2022 (BGBl. S. 1353) in der jeweils geltenden Fassung oder ein daraus abgeleitetes Teilflächenziel zu erreichen. Die Entscheidung kann längstens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2027 ausgesetzt werden.“

2. die Inhaltsübersicht wird der vorstehenden Änderung angepasst.“

Hierzu möchten wir folgendes anmerken:

II. Gesetzgebungskompetenz

Insbesondere die Frage, ob der Thüringer Landtag die Gesetzgebungskompetenz für die geplante Änderung des Thüringer Landesplanungsgesetz zur Aufnahme eines § 17a ThürLPIG innehat, mit der der Anwendungsbereich des § 12 Abs. 2 ROG erweitert werden soll, wirft erhebliche Bedenken auf.

§ 12 Abs. 2 ROG regelt ein Plansicherungsmittel, nämlich die Möglichkeit einer befristeten Untersagung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen sowie der Entscheidung über deren Zulässigkeit

„wenn sich ein Raumordnungsplan in Aufstellung befindet und wenn zu befürchten ist, dass die Planung oder Maßnahme die Verwirklichung der vorgesehenen Ziele der Raumordnung unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde.“

Mit der in § 17a ThürLPIG beabsichtigten entsprechenden Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ROG würde die zuständige Landesplanungsbehörde (in Thüringen das Landesverwaltungsamt) künftig insbesondere Genehmigungsentscheidungen durch die

Genehmigungsbehörden befristet untersagen können, wenn zwar mangels einer Konzentrationsplanung keine regionalplanerischen Ziele der Raumordnung entgegenstehen, aber die Flächenbeitragswerte nach dem WindBG noch nicht erreicht sind und deshalb die Windenergienutzung im Außenbereich gem. § 35 BauGB bis dahin privilegiert zulässig bleibt. Das stellt eine erhebliche Ausweitung des in § 12 Abs. 2 ROG und mithin bundesgesetzlich geregelten Planungssicherungsinstruments durch den Landesgesetzgeber dar, sodass fraglich sein dürfte, ob das Land Thüringen hierfür überhaupt eine hinreichende Gesetzgebungskompetenz hat.

Nach der Entwurfsbegründung soll § 17a ThürLPLG n.F. offenbar auf die Gesetzgebungskompetenz des Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG gestützt werden, also auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Raumordnungsrecht mit Abweichungsmöglichkeit für die Länder. Detailliert erläutert wird diese Annahme im Entwurf allerdings nicht. Verwiesen wird nur auf den Umstand, dass Untersagungen nicht in die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen eingriffen, die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen werde nur „zeitlich nach hinten verschoben“.

Die Bedenken betreffend die Gesetzgebungskompetenz verstärken sich insbesondere durch eine nähere Überprüfung:

Nach den allgemeinen rechtlichen Regeln für die Zuordnung einer Regelung zu einer Kompetenznorm (**unter Ziff. 1.**) hat der Bundesgesetzgeber auf Grundlage der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG für das Bodenrecht die Windenergienutzung im Außenbereich bereits vollumfänglich und abschließend durchnormiert (**unter Ziff. 2.**). Ausgehend hiervon dürfte § 17a ThürLPLG als bodenrechtliche Regelung einzustufen sein, wobei vor allem dahingehend Zweifel bestehen dürften, ob dem Freistaat Thüringen für eine solche bodenrechtliche Regelung die Gesetzgebungskompetenz zusteht (**unter Ziff. 3.**).

1. Allgemeine Zuordnungsregeln

Entscheidend für die Zuordnung einer bestimmten Regelung zu einer Kompetenznorm ist nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung

„der sachliche Gehalt einer Regelung und nicht die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung.“

- BVerfG, Beschluss v. 27.09.2022 (1 BvR 2661/21) -

Die Zuordnung einer bestimmten Regelung zu einer Kompetenznorm geschieht deshalb vielmehr

„insbesondere anhand des unmittelbaren Regelungsgegenstands und der Wirkung, aber auch nach dem Normzweck der zuzuordnenden Norm“

- BVerfG, Beschluss v. 23.03.2022 (1 BvR 1187/17) –

Dabei sind

„Die Wirkungen eines Gesetzes (...) anhand seiner Rechtsfolgen zu bestimmen. Der Normzweck ist mit Hilfe der anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu ermitteln, das heißt anhand des Wortlauts der Norm, ihrer systematischen Stellung, nach dem Sinnzusammenhang sowie anhand der Gesetzesmaterialien und ihrer Entstehungsgeschichte (... stRspr). Hierbei kommt es auf den in der Norm zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers an. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder. Der Entstehungsgeschichte kommt für die Auslegung regelmäßig nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den allgemeinen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die ansonsten nicht ausgeräumt werden können. Die in den Gesetzesmaterialien dokumentierten Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen können nicht mit dem objektiven Gesetzesinhalt gleichgesetzt werden. Für die Erfassung des objektivierten Willens des Gesetzgebers sind vielmehr alle anerkannten Auslegungsmethoden heranzuziehen, die sich gegenseitig ergänzen und nicht in einem Rangverhältnis zueinander stehen (BVerfGE 144, 20 <212 f. Rn. 555> m.w.N.; stRspr).“

- BVerfG, Beschluss v. 27.09.2022 (1 BvR 2661/21) -

2. Windenergienutzung im Außenbereich ist bundesgesetzlich abschließend geregelt

In Hinblick auf die Nutzung der Windenergie im Außenbereich steht dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zu. Von dieser hat der Bund auch bereits vollumfänglich Gebrauch gemacht hat.

Im Einzelnen:

Als Bodenrecht wird nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung

„die flächenbezogene Ordnung der Nutzung von Grund und Boden durch öffentlichrechtliche Normen angesehen, die Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand haben; also Normen, welche die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln (grundlegend BVerfGE 3, 407 <424>), indem sie den Flächen Nutzungsfunktionen zuweisen und diese voneinander abgrenzen (...). Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist die Inanspruchnahme von Grund und Boden. Regelungsgegenstand ist die flächenhafte Zuweisung von Nutzungsrechten, die Gestaltung eines Nutzungsregimes (BVerwGE 129, 318 <327 f. Rn. 27>).“

- BVerfG, Beschluss v. 27.09.2022 (1 BvR 2661/21) -

Bodenrechtliche Bestimmungen regeln insbesondere die Koordinierung und ausgleichende Zuordnung konkurrierender Bodennutzungen und Bodenfunktionen. Sie vermeiden und lösen spezifische Bodennutzungskonflikte und gleichen bodenrechtliche Spannungslagen aus. Geregelt wird in Vorschriften des Bodenrechts

„die Art der Nutzbarkeit von Flächen dem Grunde nach.“

Prägend ist also

„die Flächenzuweisung für eine bestimmte Nutzung, die andere Nutzungen an diesem Standort im Wesentlichen ausschließt.“

- BVerfG, Beschluss v. 27.09.2022 (1 BvR 2661/21) -

Speziell von der Gesetzgebungsmaterie der Raumordnung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG) unterscheidet sich das Bodenrecht nach bundesverfassungsgerichtlicher Rechtsprechung

„durch seinen unmittelbaren Bezug zu konkreten Flächen. Raumordnung ist demgegenüber die zusammenfassende, übergeordnete Planung und Ordnung des Raumes (vgl. BVerfGE 3, 407 <425>) und umfasst nicht unmittelbare Festsetzungen zur Bodennutzung, also solche Regelungen, die dem Grundstückseigentümer direkt und ohne wesentliche Zwischenschritte die Art und Weise der Grundstücksnutzung vorschreiben oder gar eine bestimmte Nutzung untersagen.“

- BVerfG, Beschluss v. 27.09.2022 (1 BvR 2661/21) -

Dabei ist in aller Deutlichkeit klarzustellen: der Bundesgesetzgeber hat die bodenrechtliche Zulässigkeit speziell der Windenergienutzung – und die Möglichkeiten eigener Regelungen der Länder – im BauGB abschließend geregelt:

„§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB normiert die bauplanungsrechtliche Privilegierung der Windenergie im Außenbereich. Vorhaben zur Windenergienutzung sind danach insofern gegenüber anderen Vorhaben bevorzugt, als sie auch dann zulässig sind, wenn sie öffentliche Belange „beeinträchtigen“. Erst wenn öffentliche Belange „entgegenstehen“, begründet das die Unzulässigkeit (vgl. § 35 Abs. 1 BauGB). Dies erleichtert die Zulassung einer Windenergieanlage im Außenbereich erheblich. Da Windenergieanlagen öffentliche Belange in aller Regel beeinträchtigen, könnten sie als nicht privilegierte Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB kaum zugelassen werden. Wegen § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind sie hingegen grundsätzlich zulässig. Nur wenn insgesamt wichtigere öffentliche Belange entgegenstehen, sind sie danach unzulässig. Der mit Wirkung zum 29. Juli 2022 neu gefasste § 2 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) verstärkt das Gewicht der Windenergienutzung in der Abwägung nun noch weiter. Die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie der dazugehörigen Nebenanlagen liegen jetzt im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Bis die Stromerzeugung im Bundesgebiet nahezu treibhausgasneutral ist,

sollen die erneuerbaren Energien als vorrangiger Belang in die jeweils durchzuführenden Schutzgüterabwägungen eingebracht werden.“

- BVerfG, Beschluss v. 27.09.2022 (1 BvR 2661/21) -

Dabei hat der Bundesgesetzgeber dieses Außenbereichsregime und den Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für Windenergieanlagen im Außenbereich beibehalten, und zwar ausdrücklich auch für den Übergangszeitraum bis zum Erreichen der Flächenbeitragswerte nach dem WindBG. Erst mit Erreichen der jeweiligen Flächenbeitragswerte gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BauGB entfällt die Privilegierung der Windenergie im Außenbereich. Das ist auch konsequent, denn der Gesetzgeber hat spiegelbildlich für diesen Übergangszeitraum die Ausschlusswirkung gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB jener Pläne beibehalten, die im Stichtag 1. Februar 2024 wirksam sind (§ 245e Abs. 1 BauGB).

Es ist demgegenüber nichts dafür ersichtlich, dass der Bundesgesetzgeber daneben weiter eigenständige bodenrechtliche Regelungen der Länder zulassen wollte, die die Flächennutzung zur Errichtung von Windenergieanlagen im Außenbereich ausschließen, weiter einschränken oder auch nur befristet untersagen. Eine Öffnungsklausel ähnlich wie jene in § 249 BauGB für landesrechtliche Mindestabstände hat der Bundesgesetzgeber gerade nicht vorgesehen. Im Gegenteil, der Bundesgesetzgeber hat die Nutzung des Außenbereichs speziell für Windenergieanlagen zum Zwecke der Beschleunigung des Ausbaus der Erneuerbaren Energien sogar noch weiter geöffnet, u.a. durch folgende Regelungen:

- § 245e Abs. 3 BauGB ermöglicht die Realisierung von Repoweringvorhaben i.S.d. § 16b BImSchG sogar außerhalb von geltenden, wirksamen bauleitplanerischen Konzentrationszonen bzw. regionalplanerischen Vorranggebieten für die Windenergie.
- § 245e Abs. 4 BauGB ermöglicht im Wege einer Vorwirkung von Planentwürfen die beschleunigte Zulassung von Windenergieanlagen auf Außenbereichsflächen, für die es noch keine wirksame planerische Steuerung (sei es durch Bauleitplanung oder die Regionalplanung) gibt.

Damit ist festzuhalten: Der Bundesgesetzgeber hat die bodenrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen im Außenbereich in einem ineinander greifenden System im BauGB abschließend – und zwar mit der klaren Zielrichtung „Beschleunigung des

Windenergieausbaus“ und unter übergangsweiser Beibehaltung der Privilegierung der Windenergie im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB bis zum Erreichen der Flächenbeitragswerte nach dem WindBG – geregelt und folglich seine Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG umfassend genutzt.

3. § 17a ThürLPIG nach sachlichem Gehalt bodenrechtliche Regelung

Ausgehend von diesen allgemeinen Maßstäben und Auslegungsregeln für die Ermittlung der jeweiligen Gesetzgebungskompetenz dürfte der geplante § 17a ThürLPIG wohl ebenfalls dem Bodenrecht zuzuordnen sein, für die dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zusteht und vor der dieser in Hinblick auf die Regelung der Windenergienutzung im Außenbereich bereits vollumfänglich Gebrauch gemacht hat.

Denn in dem bundesrechtlich abschließend durchnormierte Außenbereichsnutzungs- und Privilegierungsregime für Windenergieanlagen mit der Zielrichtung „Beschleunigung“ dürfte § 17a ThürLPIG mit der dort vorgesehenen, entsprechenden Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ROG eingreifen und dieses auf Grund der hierdurch entstehenden Verzögerungseffekte konterkarieren.

Gerade aus diesem Grund dürfte auch die geplante Änderung des ThürLPIG als bodenrechtliche Regelung einzustufen sein:

Zwar scheint der unmittelbare Regelungsgegenstand des geplanten § 17a ThürLPIG auf dem ersten Blick eine Verfahrensregelung zu sein, die nicht direkt die Art der Nutzbarkeit von Flächen dem Grunde nach regelt möchte. Mit diesem Argument ordnet auch die Entwurfsbegründung die Neuregelung kurz und knapp dem Raumordnungsrecht zu, die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen werde nur „zeitlich nach hinten verschoben“. Aber insbesondere die tatsächliche Rechtswirkung (unter 1.) des § 17a ThürLPIG sowie der offenkundige gesetzgeberische Willen (unter 2.) sprechen dafür, dass § 17a ThürLPIG eine bodenrechtliche Regelung (unter 3.) darstellen dürfte, die insoweit kompetenzwidrig wäre:

a) Tatsächliche Rechtswirkung und Rechtsfolge: Faktische Entprivilegierung

Die tatsächliche Rechtswirkung und Rechtsfolge des § 17a ThürLPIG dürften darin bestehen, das oben beschriebene Außenbereichsregime des Bodenrechts dahingehend auszuhebeln, dass für einen bestimmten Zeitraum die Nutzung des Außenbereichs durch die dort nach wie vor privilegierte Windenergienutzung verzögert oder sogar letztlich verhindert und der bundesgesetzlich gewollte beschleunigte Ausbau gerade auch im Außenbereich hierdurch konterkariert würde.

Denn im Falle des Inkrafttretens des § 17a ThürLPIG dürfte es der oberen Landesplanungsbehörde künftig ermöglicht werden, Genehmigungsentscheidungen und auch kommunale Planungen befristet zu untersagen und damit gem. § 9 ThürLPIG automatisch durch die Genehmigungsbehörden – ggf. bis 31.12.2027! – aussetzen zu lassen, selbst wenn das betreffende Windenergievorhaben raumordnungsrechtlich zulässig und auch keine Gefährdung in Aufstellung oder Änderung befindlicher Ziele der Raumordnung zu befürchten wäre.

Denn es ist zu vergegenwärtigen, dass künftigen Regionalpläne, die mittels einer Untersagungen nach § 17a ThürLPIG gesichert werden sollen, gem. §§ 249 Abs. 1, 245e Abs. 1 BauGB ab dem Stichtag 01.02.2024 als reine Positivplanung aufgestellt werden. Diese künftigen Regionalpläne werden keine zielförmig geregelte außergebietliche Ausschlusswirkung gem. § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB mehr beinhalten. Dieser Systemwechsel ist bereits am 01.02.24 eingetreten.

Gleichzeitig hat sich der Bundesgesetzgeber dafür entschieden, die Privilegierung der Windenergienutzung im Außenbereich übergangsweise bis zum Erreichen der Flächenbeitragswerte aufrecht zu erhalten. Windenergievorhaben sind deshalb auf Außenbereichsflächen – wenn für diese am 01.02.2024 keine wirksame regional- oder bauleitplanerische Steuerung mittels Ausschlussplanung existiert – raumordnungsrechtlich und planungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Aber selbst diese Vorhaben sollen mit Hilfe von § 17a ThürLPIG befristet untersagt und das betreffende Zulassungsverfahren ausgesetzt werden. Damit dürfte durch § 17a ThürLPIG nicht, wie die Begründung des Gesetzentwurfs meint, die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen nur „zeitlich nach hinten verschoben“, sondern die aktuell bestehende planungsrechtliche Zulässigkeit der Windenergievorhaben dürfte hierdurch faktisch aufgehoben bzw. suspendiert werden.

§ 17a ThürLPIG dürfte also dazu führen, dass die Entscheidung des Bundesgesetzgebers, die Außenbereichsprivilegierung der Windenergienutzung bis zum Erreichen

der Flächenbeitragswerte nach dem WindBG beizubehalten, konterkariert wird. Über Jahre dürften die im Außenbereich nach wie vor privilegierten und kraft bundesgesetzlicher Entscheidung dort grundsätzlich zulässigen Windenergievorhaben wohl befristet untersagt und damit nicht realisiert werden können.

§ 17a ThürLPIG konterkariert damit die oben skizzierten Ausbau- und Beschleunigungsbemühungen des Bundesgesetzgebers. Denn § 17a ThürLPIG dürfte die Nutzung des „Repowerings-Privileg“ in § 245e Abs. 3 BauGB, wohl auch die Nutzung einer etwaigen Vorwirkung von Planentwürfen nach § 245e Abs. 4 BauGB und die Nutzung der Möglichkeiten einer beschleunigten und verstärkte Flächenbereitstellung durch die kommunale Bauleitplanung in § 245e Abs. 5 BauGB nicht mehr möglich machen.

Damit muss davon ausgegangen werden, dass die Rechtswirkung des § 17a ThürLPIG einer faktischen Entprivilegierung bzw. einem Bauverbot und einem Ausbaustopp in Thüringen gleichkommen dürften.

Zwar dürfte § 17a ThürLPIG formal betrachtet kein unmittelbares, dauerhaftes materielles Bauverbot darstellen. Aber der Sache nach und im Ergebnis wäre die obere Landesplanungsbehörde damit dazu angehalten, Windenergievorhaben im Außenbereich trotz Privilegierung befristet zu untersagen, bis die Träger der Regionalplanung noch nicht die erforderlichen Windenergiegebiete i.S.d. WindBG beschlossen und die Flächenziele erreicht haben – also bis die Windenergie dann kraft Gesetzes gem. § 249 Abs. 2 BauGB im Außenbereich ohnehin entprivilegiert wäre.

b) Normzweck: Befristete Untersagung von im Außenbereich privilegierten Vorhaben

Dabei dürfte die dem bundesgesetzgeberischen Regelungsgefüge zuwiderlaufende Wirkung des § 17a ThürLPIG nach der Gesetzesbegründung auch der Normzweck und Wille des Landesgesetzgebers sein. § 17a ThürLPIG zielt durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 12 Abs. 2 ROG wohl darauf ab, von der Privilegierungsentscheidung des Bundesgesetzgebers abzuweichen und dessen gesetzliche Beschleunigungs- und Ausbaumaßnahmen mittels der landesplanerischen Untersagung zunächst zu beschränken. In der Begründung des Gesetzesentwurfes dies als Vermeidung „eines ungesteuerten Ausbaus der Windenergienutzung“ umschrieben:

„Infolge der Rechtsunwirksamkeit des Sachlichen Teilplans Windenergie droht in Mittelthüringen ein raumordnerisch und landesplanerisch ungesteuerter Ausbau der Windenergienutzung. So entfallen nicht nur die bisherigen Vorranggebiete Windenergie, es entfällt auch die Ausschlusswirkung für den übrigen Planungsraum. Windenergieanlagen sind daher überall in Mittelthüringen privilegiert im Außenbereich zulässig.

Diese ungesteuerte Entwicklung soll durch die Schaffung einer Rechtsgrundlage für befristete raumordnerische Untersagungen vermieden werden.“

Hinzu kommt, dass die Anwendung und Umsetzung des § 17a ThürLPIG wohl nicht dem Ermessen des Landesverwaltungsamtes als oberer Landesplanungsbehörde überlassen sein dürfte. Der Entwurfsbegründung lässt sich entnehmen, dass die Windenergienutzung im Außenbereich mit Hilfe von landesplanerischen Untersagungen flächendeckend und zwingend im Sinne eines landesweiten faktischen „Moratoriums“ befristet untersagt werden soll:

„Um raumordnerisch und landesplanerisch ungesteuerte Windenergievorhaben zu vermeiden, muss unverzüglich eine Rechtsgrundlage für befristete raumordnerische Untersagungen geschaffen werden. Bei eingehenden Anträgen für solche Vorhaben muss mit diesem Instrument ebenso unverzüglich die Entscheidung über die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer baulichen Anlage zeitlich nach hinten verschoben werden, um sicherstellen zu können, dass solche Vorhaben nicht dem bereits vorliegenden Entwurf für einen neuen Sachlichen Teilplan Windenergie entgegenstehen.“

Nach dem hieraus wohl abzuleitenden Willen des Landesgesetzgebers dürfte daher davon auszugehen sein, dass § 17a ThürLPIG die Rechtswirkung haben soll, das bundesgesetzliche bodenrechtliche Regelungsgefüge, die bundesrechtliche Grundentscheidung für eine Beibehaltung der Privilegierung von Windenergieanlagen bis zur Feststellung des Erreichens der Teilflächenziele und deren beschleunigtem Ausbau insbesondere auch im planerischen Außenbereich zunächst unangewendet zu lassen. Dabei ist klarzustellen, dass § 17a ThürLPIG nicht etwa nur in der Planungsregion Mittelthüringen gelten soll, sondern in ganz Thüringen.

Mithin dürfte die Sperrung des Außenbereichs in Thüringen für die dort weiterhin nach dem Bundesrecht privilegiert zulässige Windenergie durch befristete Untersagungen nach § 12 Abs. 2 ROG für noch dazu mehrere Jahre keineswegs eine nur potenzielle, rein theoretische Folge von § 17a ThürLPlG sein. Sofern daher befristete Untersagungen für privilegierte Vorhaben im Außenbereich auf der Grundlage von § 12 Abs. 2 ROG erteilt werden, würde dies dem eigentlichen Willen des Bundesgesetzgebers bei der Schaffung der Neuregelungen im BauGB zuwider laufen: Nämlich die Aufrechterhaltung der Privilegierung der Windenergienutzung im Außenbereich und vor allem der beschleunigte Ausbau der Windenergie, auch unter Nutzung des Außenbereichs, und zwar bis zum Erreichen der Flächenbeitragswerte.

c) § 17a ThürLPlG wohl gleichzusetzen mit bodenrechtlicher Regelung

Wenn daher eine Norm im Wesentlichen, wie vorliegend ausgehend von der Entwurfsbegründung wohl anzunehmen, den Zweck und die rechtliche Wirkung haben dürfte, eine bundesrechtlich abschließende bodenrechtliche Regelung faktisch unangewendet zu lassen, dürfte sie letztlich einer Regelung gleichkommen, die die Windenergienutzung auf Außenbereichsflächen unmittelbar regelt. Sie dürfte daher ihrem sachlichen Gehalt nach nichts anderes sein als selbst eine bodenrechtliche Regelung – wenngleich wie im vorliegenden Fall im Gewande einer raumordnungsrechtlichen Verfahrensregelung.

Es spricht daher einiges dafür, dass die Gesetzgebungskompetenz für die Änderung des Landesplanungsgesetzes in der vorgesehenen Weise auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG für das Bodenrecht gestützt werden müsste.

d) § 17a ThürLPlG kompetenzwidrig und unzulässig

Der Bund hat jedoch – wie ausführlich dargelegt – seine Gesetzgebungskompetenz im Baugesetzbuch speziell für die Windenergienutzung abschließend genutzt. Es besteht daher für – insbesondere diametral – zuwiderlaufende bodenrechtliche Landesregelungen, die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG.

Schon aufgrund der Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG dürfte deshalb dem Freistaat Thüringen gerade nicht die Gesetzgebungskompetenz für die wohl im Ergebnis bodenrechtliche Regelung in § 17a ThürLPIG zustehen.

4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis bestehen daher rechtliche Zweifel, ob dem Thüringer Gesetzgeber für die Änderung des Landesplanungsgesetzes die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Die Regelung des § 17a LPIG dürfte ihrem sachlichen Gehalt nach als bodenrechtliche Regelung einzustufen sein. In diesem Fall dürfte dem Freistaat Thüringen die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz aufgrund der abschließenden Regelungen auf Bundesebene und der sich aus Art. 72 Abs. 1 GG ergebenden Sperrwirkung jedoch nicht zustehen.

III. Zweifel an der Rechtmäßigkeit im Übrigen

Selbst wenn dem Thüringer Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz für die beabsichtigte Regelung in § 17a LPIG zustehen und deshalb die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG nicht greifen sollte, bestehen im Weiteren insoweit verfassungsrechtliche Bedenken, als § 17a LPIG die bundesrechtliche Grundentscheidung für ein Fortbestehen der Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich im Übergangszeitraum bis zum Erreichen der Flächenbeitragswerte und die in §§ 245e, 249 BauGB geschaffenen Möglichkeiten für kommunale Planungsträger mindestens faktisch konterkarieren würde. Denn dies dürfte insbesondere im Hinblick auf den in Artikel 31 GG geregelten Geltungsvorrang von Bundesrecht gegenüber (auch kompetenzgemäß erlassenen) Landesrecht Bedenken aufwerfen:

„Bundesrecht bricht Landesrecht“

Art. 31 GG regelt damit die Lösung von Kollisionen zwischen Bundesrecht und Landesrecht und dient dabei insbesondere der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Im Falle der Kollision bricht Bundesrecht dabei Landesrecht, d.h. im Anwendungsbereich des Art. 31 GG ist Landesrecht nichtig.

- Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 16. Auflage 2020, Art. 31 Rn.

1, 5 –

Selbst wenn die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG nicht greifen sollte, muss der Landesgesetzgeber den Vorrang des Bundesrechts gem. Art. 31 GG beachten.

- Vgl. st. Rspr BVerfG: u.a. BVerfG, Beschluss v. 15.10.1997 (2 BvN 1/95); Urteil v. 30.07.2008 (1 BvR 3262/07) -

Die Neuregelung des § 17a LPlG dürfte hierbei nicht nur wegen der faktischen Aushebelung der durch den Bundesgesetzgeber geregelten, fortgeltenden Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich durch befristete Untersagungen im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren den bundesrechtlichen Regelungen zuwiderlaufen und damit einen Kollisionsfall auslösen. Vielmehr noch dürfte die Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ROG in den in § 17a LPlG geregelten Fällen sich auch, ohne dass der Thüringische Gesetzgeber dies in der Entwurfsbegründung konkret benannt hat, auf kommunale Planungen und die Aufstellung von Bauleitplänen beziehen, die als raumbedeutsame Planungen ebenso in den Anwendungsbereich des § 12 Abs. 2 ROG fallen. Damit wäre es der Oberen Planungsbehörde ebenso möglich, kommunale Planungen, die die Ausweisung von Windenergiegebieten betreffen, längstens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2027 zu untersagen.

Diese durch § 17a LPlG geschaffene Möglichkeit würde damit wohl auch den in §§ 245e, 249 BauGB geschaffenen Möglichkeiten für kommunale Planungsträger zuwiderlaufen und sich damit in Widerspruch zu bestehenden, bundesgesetzlichen Regelungen setzen.

Denn die Schaffung zusätzlicher Flächen für die Windenergienutzung auf kommunaler Ebene vor, während und nach der Aufstellung von Regionalplänen zur Erreichung der Teilflächenziele entspricht dem Willen des Bundesgesetzgebers:

Nicht nur § 245e Abs. 1, Abs. 4 u. Abs. 5 BauGB enthalten Regelungen für den Fall, dass kommunalen Planungsträger vor oder während der Aufstellung eines sachlichen Teilregionalplans zur Erreichung der Teilflächenziele weitere Windenergiegebiete auf ihrem Gemeindegebiet schaffen möchten. Hierzu gehört die Regelung zur Ausweisung von Windenergiegebieten im Wege der isolierten Positivplanung, § 245e Abs. 1 S. 5 BauGB, die Regelung zur positiven Vorwirkung von Planentwürfen,

§ 245e Abs. 4 BauGB sowie die Gemeindeöffnungsklausel zur vereinfachten Zielabweichung in § 245e Abs. 5 BauGB. Diese zielen vornehmlich darauf ab, die Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergienutzung vor Erreichung der Teilflächenziele für kommunale Planungsträger zu ermöglichen und die Realisierung von Windenergievorhaben in diesen Gebieten zu vereinfachen. Eine landesgesetzliche Regelung, wonach eben diese kommunalen Planungen befristet untersagt werden können, dürfte folglich mit dem Sinn und Zweck der in § 245e BauGB enthaltenen Regelungen nicht vereinbar sein.

Vor allem aber sieht § 249 Abs. 4 BauGB nach Feststellung des Erreichens der Teilflächenziele folgendes vor:

„Die Feststellung des Erreichens eines Flächenbeitragswerts oder Teilflächenziels steht der Ausweisung zusätzlicher Flächen für Vorhaben nach § 35 Absatz 1 Nummer 5, die der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dienen, nicht entgegen.“

Das bedeutet, dass die Ausweisung zusätzlicher Flächen für die Windenergienutzung im Wege der kommunalen Planung nach dem Willen des Bundesgesetzgebers auch nach Feststellung des Erreichens der Teilflächenziele weiterhin uneingeschränkt möglich sein soll. Eine landesrechtliche Regelung, wonach die Ausweisung zusätzlicher Flächen im Wege der kommunalen Planung während der Aufstellung eines sachlichen Teilregionalplans befristet untersagt werden kann, obwohl die Ausweisung zusätzlicher Flächen auf kommunaler Ebene sowohl vor, während und auch nach der Aufstellung eines Sachlichen Teilregionalplans zur Erreichung der Teilflächenziele nach dem Willen des Bundesgesetzgebers weiterhin möglich sein soll, steht damit im direkten Widerspruch zu geltendem Bundesrecht. Gerechtfertigt werden kann die Untersagung kommunaler Planung auch nicht mit dem in der Entwurfsbegründung formulierten Erfordernis, eine „ungesteuerte Entwicklung“ verhindern zu wollen.

Vielmehr hat die verfassungsrechtliche Rechtsprechung insbesondere mit Blick auf die Kollision bodenrelevanter Regelungen auf Bundes- und Landesebene hinreichend deutlich gemacht:

„Will der Landesgesetzgeber den durch die Öffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB eingeräumten Spielraum ausfüllen, so darf er sich nicht

in Widerspruch zum bestehenden bundesrechtlichen Regelungsgefüge setzen. Der Bundesgesetzgeber hat den Privilegierungstatbestand für Windenergieanlagen im Außenbereich beibehalten und ihn den Ländern lediglich zur abstandsbezogenen Einschränkung geöffnet.

Die bundesrechtliche Grundentscheidung für eine Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich darf durch eine landesrechtliche Abstandsregelung weder rechtlich noch faktisch ausgehebelt werden.

Der Landesgesetzgeber ist deshalb gehindert, einen so hohen Mindestabstand festzulegen, dass praktisch keine Flächen für die Anwendung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zugunsten von Windenergieanlagen verbleiben und dieser - fortbestehende bundesrechtliche Privilegierungstatbestand dadurch in dem jeweiligen Land ausgehöhlt wird (Würfel/Werner, BayVBl 2015, 109/111). Dessen Anwendungsbereich darf durch Landesgesetz nur eingeschränkt, nicht aber ganz oder nahezu vollständig ausgeschlossen werden.“

- Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 09.05.2016 (Vf. 14-VII-14) zur bayerischen „10H-Regelung“ -

Ähnlich argumentiert die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zum grundsätzlichen Verhältnis von Bauordnungs- und Bauplanungsrecht. So ist speziell im Hinblick auf das Verhältnis von landesrechtlichen/bauordnungsrechtlichen und bundesrechtlichen/bauplanungsrechtlichen Abstandsflächen

„In der Rechtsprechung schon länger geklärt, dass landesrechtliche Regelungen nicht bodenrechtliche Sachverhalte einengen dürfen: Darf innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils ein Grundstück gemäß § 34 Abs. 1 BauGB nur in geschlossener Bauweise bebaut werden, so darf nach Landesbauordnungsrecht nicht die Einhaltung von seitlichen Abstandsflächen verlangt werden, denn andernfalls würde das Bundesrecht geändert.“

- So Krautzberger Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, § 29 BauGB Rn. 70 -

Das BVerwG hatte die seinerzeit aufgeworfene Rechtsfrage,

"ob es rechtlich zulässig ist, daß Festsetzungen eines Bebauungsplans über die Bauweise gemäß § 22 BauNVO durch landesrechtliche Vorschriften faktisch ausgehebelt werden können"

verneint! Das BVerwG sah sich deshalb veranlasst, ausdrücklich darauf hinzuweisen, landesrechtliche (Abstands)Vorschriften seien

„insoweit bedenklich, als dadurch in der Tat die planungsrechtlichen Vorgaben des Bundesrechts "unterlaufen" werden könnten.“

- BVerwG, Beschl. v. 12.01.1995 (4 B 197/94) –

Soweit daher die landesrechtliche Neuregelung des § 17a ThürLPIG die planungsrechtlichen Vorhaben des Bundesgesetzgebers - sowohl in Hinblick auf die Zulässigkeit von Windenergievorhaben als auch die kommunale Bauleitplanung – unterlaufen würden, dürfte dies gem. Art. 31 GG zur Nichtigkeit der landesrechtlichen Regelung führen. Verfassungsrechtliche Bedenken an der Neuregelung des § 17a ThürLPIG bestehen damit selbst dann, sofern dem Thüringischen Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz für das Zweites Gesetz zur Änderung des Thüringer Landesplanungsgesetzes zustehen sollte.

IV. Ergebnis

Nach alledem ist aus rechtlicher Sicht festzustellen, dass nach den Maßstäben der verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung rechtliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der mit dem Entwurf eines „Zweiten Gesetz zur Änderung des Thüringer Landesplanungsgesetzes - Sicherung der raumordnerischen Steuerung des Windenergieausbaus“ beabsichtigte Neuregelung des § 17a ThürLPLG bestehen. Sie dürfte insbesondere ihrem sachlichen Gehalt nach als bodenrechtliche Regelung einzustufen sein, wobei fraglich ist, ob dem Freistaat Thüringen die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zusteht.

Hinzu kommt, dass zu befürchten steht, dass die Regelung geltendem Bundesrecht zuwiderläuft und auch aus diesem Grund erhebliche verfassungsrechtliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Regelung begründet werden. Angesichts der erheblichen verfassungsrechtlichen Zweifel sollte von der Neuregelung des § 17a ThürLPIG Abstand genommen werden.

Mit freundlichen Grüßen