

BWE LV Thüringen, Heubachsberg 23, 98701 Großbreitenbach

Thüringer Landtag
Ausschuss für Infrastruktur,
Landwirtschaft und Forsten
Jürgen-Fuchs-Straße 1
99086 Erfurt

Frank Hummel
Landesvorsitzender
Landesverband Thüringen
T +49 (0) 152 / 54070302
f.hummel@bwe-regional.de

Großbreitenbach, 28.03.2024

Vorab per E-Mail an poststelle@thueringer-landtag.de

Anhörungsverfahren gemäß §79 der Geschäftsordnung des Thüringer Landtages in Drucksache 7/9392 (Zweites Gesetz zur Änderung des Thüringer Landesplanungsgesetz – Sicherung der raumordnerischen Steuerung des Windenergieausbaus)

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit übersenden wir Ihnen unsere Stellungnahme zum Gesetzentwurf 7/9392.

Gestatten Sie uns zunächst einige kurze Vorbemerkungen.

In der Begründung zu CDU-Gesetzentwurf wird als Grund genannt, dass eine raumordnerisch und landesplanerisch ungesteuerter Windenergieausbau verhindert werden soll. Die in Mittelthüringen entstandene Situation – der gerichtlich verfügten Unwirksamkeit des Teilbereiches Windenergie im Regionalplan Mittelthüringen – war lange vorhersehbar. In unseren Stellungnahmen im Rahmen der Fortschreibung des Regionalplans Mittelthüringen haben wir als Verband mehrfach auf die fachlichen Fehler bei den harten und weichen Tabukriterien, Abwägungsfehler und die Tatsache, dass der Regionalplan der Windenergie nicht substanziell Raum gegeben wird, hingewiesen und die sich daraus ergebenden Folgen genannt.

Diese Hinweise wurden von der Regionalen Planungsgemeinschaft Mittelthüringen mehrfach ignoriert, was zu der jetzt entstandenen Situation in Mittelthüringen geführt hat. Auch in

Ostthüringen ist im Rahmen des laufenden Normenkontrollverfahrens zu erwarten, das der Windenergieteil des Regionalplan Ostthüringen ebenfalls für ungültig erklärt wird.

Insgesamt betrachtet reiht sich der Gesetzentwurf der CDU in Drucksache 7/9392 in einer ganzen Reihe eingebrachter Gesetzentwürfe im Landtag und Initiativen auf kommunaler Ebene und Landkreisebene ein, die das Ziel haben, den Windenergieausbau in Thüringen massiv zu erschweren oder zu verhindern. Die CDU muss sich die Frage gefallen lassen, ob sie die jetzt in Mittelthüringen eingetretene und vermutlich auch in Ostthüringen entstehende rechtliche Situation maßgeblich selbst verschuldet hat.

Wir lehnen den Gesetzentwurf in der derzeit vorliegenden Fassung ab und möchten dies nachfolgen auch begründen.

Zu den Fragen der rechtlichen Zulässigkeit / Gesetzgebungskompetenz des Landes Thüringen haben wir die Prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft mbH aus Leipzig beauftragt, uns eine rechtliche Bewertung zu erstellen. Die rechtliche Bewertung fügen wir dieser Stellungnahme als Anlage 1 bei. Hieraus ist ersichtlich, dass die geplante Änderung des Landesplanungsgesetzes entgegen der Behauptung in der Entwurfsbegründung als bodenrechtliche Regelung einzustufen ist, für die dem Freistatt Thüringen folglich keine Gesetzgebungskompetenz zusteht. Prometheus weist weiter darauf hin, dass die geplante rechtliche Regelung faktisch zu einer Entprivilegierung und einem Ausbaustopp führen wird. Der geplante §17a ThürLPIG führt dazu, dass die Entscheidung des Bundesgesetzgebers, die Außenbereichsprivilegierung der Windenergienutzung bis zum Erreichen der Flächenbeitragswerte nach dem WindBG beizubehalten, ausgehebelt werden kann bzw. wird. Über Jahre werden die im Außenbereich nach wie vor privilegierten und Kraft bundesgesetzlicher Entscheidung dort grundsätzlich zulässigen Windenergievorhaben nicht zugelassen und können nicht realisiert werden. Dies ist nichts anderes als eine faktische Entprivilegierung.

Der derzeitige Entwurf der Änderung des Landesplanungsgesetzes widerspricht den Zielen eines beschleunigten Ausbaus der Windenergie der Bundesregierung (Windflächenbedarfsgesetz).

Es ist zu befürchten, dass mit der geplanten Änderung des Landesplanungsgesetzes der Windenergieausbau und die Genehmigung von neuen Windenergieanlagen in Thüringen sich bis zum Dezember 2027 deutlich verzögert bzw. kaum noch neue Windenergieanlagen genehmigt werden. In der Folge wird ein Zubau an Windenergieanlagen aufgrund der langen Vorlaufzeiten / langen Genehmigungszeiten und langen Lieferzeiten der Hersteller auch deutlich noch über das Jahr 2027 hinaus verschleppt und der Zubau vermutlich bis zum Jahr 2030 deutlich einbrechen, was dem Wirtschaftsstandort Thüringen massiven Schaden zufügen wird.

Die allgemeine Formulierung des §17a bedeutet, dass im ungünstigsten Fall sämtliche Windenergievorhaben in Thüringen mit raumordnerischen Untersagungen bis Ende 2027 blockiert werden können, da alle 4 Regionalen Planungsgemeinschaften beschlossen haben, Regionalpläne zu ergänzen / zu ändern.

Darüber hinaus widerspricht die geplante Regelung nach unserer Auffassung auch geltendem Bundesrecht, da auch Vorhaben von Gemeinden betroffen sind, die die Gemeindeöffnungsklausel nach §245e Abs. 5 BauGB nutzen wollen und eigene Planungen außerhalb von in den Regionalplänen vorgeschlagenen Windvorranggebieten beabsichtigen. Es ist hinlänglich bekannt, dass sich die CDU im Rahmen der Fortschreibung des Landesentwicklungsprogramm 2024 in Thüringen gegen die Einführung einer Gemeindeöffnungsklausel im LEP ausgesprochen hat. Eine solche Regelungen ist nicht mehr im zweiten Entwurf des LEP enthalten, da hier der Bundesgesetzgeber im Jahr 2023 eine bundesweit einheitliche Regelung im BauGB verabschiedet hat.

Wir können einer geplanten Änderung des Landesplanungsgesetz nur zustimmen, wenn eindeutige Regelungen mit aufgenommen werden, wie mit einzelnen Gebietskategorien umzugehen ist:

- Für im Regionalplanentwurf vorgeschlagene Windvorranggebiete, die gemäß §245 e Abs. 4 BauGB bereits eine positive Vorwirkung entfalten, dürfen keine raumordnerische Untersagungen ausgesprochen werden.
- Für Vorhaben, bei denen Gemeinden von der Gemeindeöffnungsklausel gemäß §245e Abs. 5 BauGB Gebrauch machen wollen (im Rahmen eines Zielabweichungsverfahrens), dürfen keine raumordnerische Untersagungen ausgesprochen werden.
- Für Gebiete, in denen nach §245e Abs. 3 BauGB im Rahmen des Repowerings eine Beschleunigungsmöglichkeit im BauGB aufgenommen wurde, dürfen keine raumordnerischen Untersagungen ausgestellt werden.
- Für in den Regionalplan enthaltene Prüfflächen sollte vor einer raumordnerischen Untersagung eine ausführliche Einzelfallprüfung stattfinden, insbesondere im Hinblick auf Energieversorgung von Industrie, Kommunen und Gewerbe sowie vorhandene Netzinfrastruktur.

Für Rückfragen sowie den persönlichen Austausch zu den o.g. Fragen und Antworten stehe ich Ihnen jederzeit gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Frank Hummel
Landesvorsitzender des
BWE Landesverband Thüringen

Anlage 1: juristische Zuarbeit der Prometheus Rechtsanwaltsgesellschaft zur Prüfung der Gesetzgebungskompetenz des Landes Thüringen

prometheus Rechtsanwalts-gesellschaft mbH Salomonstraße 19, 04103 Leipzig

Per E-Mail: f.hummel@bwe-regional.de

Bundesverband WindEnergie e.V. Landesverband Thüringen
Heubachsberg 23
98701 Großbreitenbach

Dr. Dana Kupke*
Dr. Christoph Richter
Christian Falke*
Antje Böhlmann-Balan
Dr. Manuela Herms
Dr. Peter Sittig-Behm
Peter Rauschenbach
Helena Lajer*
Dr. Julia Rauschenbach
Lena Dziemballa

* *Fachanwältin/-anwalt für Verwaltungsrecht*

Unser Zeichen
00032/24 Kup/Mi

Ihr Zeichen

Ihr Sachbearbeiter
Dr. Dana Kupke
kupke@prometheus-recht.de

Datum
Leipzig, 30.01.2024

BWE Landesverband Thüringen wg. Änderung ThürLPIG

Hier: Prüfung Gesetzgebungskompetenz des Landes Thüringen

Sehr geehrter Herr Hummel,
sehr geehrte Damen und Herren,

in vorbezeichneter Angelegenheit hatten Sie uns den von der CDU-Fraktion im Thüringischen Landtag kürzlich vorgelegten Entwurf eines „*Zweites Gesetz zur Änderung des Thüringer Landesplanungsgesetzes - Sicherung der raumordnerischen Steuerung des Windenergieausbaus*“ übermittelt und uns um eine rechtliche Einschätzung gebeten, ob dem Land Thüringen für den darin vorgesehenen neuen § 17a ThürLPIG eine hinreichende Gesetzgebungskompetenz zusteht. Dieser Bitte kommen wir hiermit gerne nach.

Konkret geplant ist folgende Neuregelung:

*„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.“

§ 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 dieses bundesgesetzlich geregelten Planungssicherungsinstrumentes durch den Landesgesetzgeber dar, sodass sich tatsächlich die Frage aufdrängt, 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. Es findet sich nur die Aussage, dass Untersagungen nicht in die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen eingriffen, die

bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen werde nur „zeitlich nach hinten verschoben“.

Zwar scheint eine Zuordnung des § 17a ThürLPLG zur Materie und Gesetzgebungskompetenz des Raumordnungsrechts auf den ersten Blick durchaus nahezuliegen. Jedoch dürfte das einer näheren Überprüfung nicht standhalten. Nach den allgemeinen rechtlichen Regeln für die Zuordnung einer Regelung zu einer Kompetenznorm **(I.)** 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 **(II.)**. § 17a ThürLPLG ist aber richtigerweise und entgegen den mehr als knappen Behauptungen in der Entwurfsbegründung als bodenrechtliche Regelung einzustufen, für die dem Freistaat Thüringen folglich keine Gesetzgebungskompetenz zusteht **(III.)**.

I. 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) -

II. Windenergienutzung im Außenbereich ist bundesgesetzlich abschließend geregelt

Ausgehend von diesen allgemeinen Maßstäben und Auslegungsregeln für die Ermittlung der jeweiligen Gesetzgebungskompetenz ist der geplante § 17a ThürLPIG im Ergebnis dem Bodenrecht zuzuordnen, für die dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zusteht und vor der dieser 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 oder weiter einschränken oder auch „nur“ massiv verzögern. 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.

III. § 17a ThürLPLG nach sachlichem Gehalt bodenrechtliche Regelung

In dieses bundesrechtlich abschließend durchnormierte Außenbereichsnutzungs- und Privilegierungsregime für Windenergieanlagen mit der Zielrichtung „Beschleunigung“ würde § 17a ThürLPLG mit der dort vorgesehenen entsprechenden Anwendbarkeit des § 12 Abs. 2 ROG in gravierendem Umfang eingreifen und dieses auf Grund der massiven Verzögerungseffekte praktisch aushebeln – und ist gerade deshalb als bodenrechtliche Regelung einzustufen:

Zwar scheint der unmittelbare Reglungsgegenstand des geplanten § 17a ThürLPLG auf dem ersten Blick eine Verfahrensregelung zu sein, die nicht direkt die Art der Nutzbarkeit von Flächen dem Grunde nach regelt. Mit diesem Argument ordnet auch die Entwurfsbegründung die Neuregelung kurz und knapp dem Raumordnungsrecht zu, die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen werde ja nur „zeitlich nach hinten verschoben“. Aber § 17a ThürLPLG ist bei Lichte betrachtet, insbesondere nach dessen tatsächlicher Rechtswirkung (1.) und dem offenkundigen gesetzgeberischen Willen (2.) eine kompetenzwidrige bodenrechtliche Regelung (3.).

1. Tatsächliche Rechtswirkung und Rechtsfolge: Faktische Entprivilegierung und Ausbaustopp

Die tatsächliche Rechtswirkung und Rechtsfolge des § 17a ThürLPLG besteht darin, das oben beschriebene Außenbereichsregime des Bodenrechts nahezu komplett auszuhebeln, indem auf Jahre die Nutzung des Außenbereichs durch die dort nach wie vor privilegierte Windenergienutzung letztlich verhindert und der bundesgesetzlich gewollte beschleunigte Ausbau gerade auch im Außenbereich massiv verzögert wird.

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

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

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 ThürLPlG befristet untersagt und das betreffende Zulassungsverfahren ausgesetzt werden. Damit wird durch § 17a ThürLPlG 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 aufgehoben bzw. suspendiert.

§ 17a ThürLPlG führt also dazu, dass die Entscheidung des Bundesgesetzgebers, die Außenbereichsprivilegierung der Windenergienutzung bis zum Erreichen der Flächenbeitragswerte nach dem WindBG beizubehalten, ausgehebelt werden kann bzw. wird. Über Jahre werden die im Außenbereich nach wie vor privilegierten und kraft bundesgesetzlicher Entscheidung dort grundsätzlich zulässigen Windenergievorhaben nicht zugelassen und nicht realisiert werden können. Das ist nichts anderes als eine faktische Entprivilegierung.

§ 17a ThürLPlG macht zudem nicht weniger als die oben skizzierten Ausbau- und Beschleunigungsbemühungen des Bundesgesetzgebers zunichte. Denn § 17a ThürLPlG verhindert 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.

Damit kommt die Rechtswirkung des § 17a ThürLPIG einer faktischen Entprivilegierung bzw. einem Bauverbot und einem Ausbaustopp in Thüringen gleich.

Sicherlich ist § 17a ThürLPIG formal betrachtet kein unmittelbares, dauerhaftes materielles Bauverbot. Aber der Sache nach und im Ergebnis wird der oberen Landesplanungsbehörde damit ein Instrument in die Hand gegeben werden, den kompletten Außenbereich in ganz Thüringen für die Windenergie so lange zu sperren, wie 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 ist.

2. Normzweck: Unterlaufen der bundesgesetzliche Privilegierungsentscheidung und Verzögerung des bundesgesetzlich beschleunigtem Windenergieausbaus

Dabei ist diese dem bundesgesetzgeberischen Regelungsgefüge zuwiderlaufende Wirkung des § 17a ThürLPLG sogar der offenkundige Normzweck und Wille des Landesgesetzgebers! § 17a ThürLPLG zielt unmissverständlich darauf ab, von der Privilegierungsentscheidung des Bundesgesetzgebers abzuweichen und dessen gesetzliche Beschleunigungs- und Ausbaumaßnahmen mittels der landesplanerischen Untersagung massiv zu verzögern und damit letztlich praktisch zu unterlaufen. In der Begründung des Gesetzesentwurfes wird das lediglich beschönigend als Vermeidung „eines ungesteuerten Ausbaus der Windenergienutzung“ bezeichnet:

„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 nicht etwa dem Ermessen des Landesverwaltungsamtes als oberer Landesplanungsbehörde überlassen werden soll. In der Entwurfsbegründung kommt in aller Deutlichkeit zum Ausdruck, dass der Landesgesetzgeber darauf abzielt, die Windenergienutzung im Außenbereich mit Hilfe von landesplanerischen Untersagungen vielmehr flächendeckend und zwingend im Sinne eines landesweiten faktischen „Moratoriums“ untersagen zu lassen:

*„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 so eindeutig geäußerten Willen des Landesgesetzgebers soll § 17a ThürLPIG gerade und ausschließlich die Rechtswirkung haben, das bundesgesetzliche bodenrechtliche Regelungsgefüge, die bundesrechtliche Grundentscheidung für eine Beibehaltung der Privilegierung von Windenergieanlagen und deren beschleunigtem Ausbau insbesondere auch im planerischen Außenbereich massiv zu verzögern und auf diese Weise zu unterlaufen und auszuhebeln. Dabei ist klarzustellen, dass § 17a ThürLPIG nicht etwa nur in der Planungsregion Mittelthüringen gelten soll, sondern in ganz Thüringen.

Mithin ist eine komplette Sperrung des Außenbereichs in ganz Thüringen für die dort weiterhin nach dem Bundesrecht privilegiert zulässige Windenergie durch „flächendeckende“ Untersagungen nach § 12 Abs. 2 ROG für noch dazu mehrere Jahre keineswegs eine nur potenzielle, rein theoretische Folge von § 17a ThürLPIG. Dieses angestrebte landesweite „Quasi-Moratorium“ ist damit offensichtlich das komplette Gegenteil von dem, was der Bundesgesetzgeber wollte: 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.

3. Deshalb: § 17a ThürLPIG gleichzusetzen mit bodenrechtlicher Regelung

Wenn aber eine Norm im Wesentlichen oder wie hier sogar ausschließlich den Zweck und die rechtliche Wirkung hat, eine bundesrechtliche bodenrechtliche Regelung im Wege einer landesweiten „Quasi-Moratoriums“ auf Jahre ins Gegenteil zu verkehren – dann kommt sie ihrem Zweck und ihrer Wirkung nach letztlich einer Regelung gleich, die die Windenergienutzung auf Außenbereichsflächen unmittelbar regelt. Sie kann ihrem sachlichen Gehalt nach nichts anderes sein als selbst eine bodenrechtliche Regelung – wenngleich oberflächlich im Gewande einer vermeintlich raumordnungsrechtlichen Verfahrensregelung!

4. § 17a ThürLPIG kompetenzwidrig und unzulässig

Da nun aber der Bund seine Gesetzgebungskompetenz im Baugesetzbuch speziell für die Windenergienutzung wie dargelegt abschließend genutzt hat, besteht für – noch dazu diametral – zuwiderlaufende bodenrechtliche Landesregelungen die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG. Schon aufgrund der Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG kann deshalb dem Freistaat Thüringen nicht die Gesetzgebungskompetenz für die beabsichtigte, bodenrechtliche Regelung in § 17a ThürLPIG zustehen.

Ungeachtet dieser Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG würde die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung § 17a ThürLPIG schlichtweg auch deswegen für unzulässig erachten, da sie die bundesrechtliche Grundentscheidung für ein Fortbestehen der Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich im Übergangszeitraum bis zum Erreichen der Flächenbeitragswerte faktisch aushebelt, ohne dass es einer streng dogmatischen Verortung der Problematik in der fehlenden Gesetzgebungskompetenz bedarf, so beispielsweise der BayVerfGH:

*„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) -

IV. Ergebnis

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

Sehr geehrter Herr Hummel, sehr geehrte Damen und Herren,
wir hoffen Ihnen einen hinreichenden Überblick über die aufgeworfene Rechtsfrage gegeben zu haben. Gerne stehen wir für Rückfragen zur Verfügung und verbleiben.

Mit freundlichen Grüßen

-elektronisch signiert-

Dr. Dana Kupke
Rechtsanwältin

Helga Jakobi
Ass. Jur.