

U n t e r r i c h t u n g

durch die Präsidentin des Landtags

Gutachtliche Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes (WD 2/20) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der FDP und der CDU für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Thüringer Waldgesetzes (Drucksache 7/62)

Die erbetene gutachtliche Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der FDP und der CDU für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Thüringer Waldgesetzes (Drucksache 7/62) wurde vom Wissenschaftlichen Dienst der Landtagsverwaltung unter der Gutachtennummer WD 2/20 erstellt und gemäß § 8 Abs. 1 der Anlage 4 der Geschäftsordnung in das Abgeordneteninformationssystem (AIS) eingestellt (vergleiche Vorlage 7/485).

Diese gutachtliche Stellungnahme wird nunmehr vom Wissenschaftlichen Dienst gemäß § 125 Abs. 2 Satz 2 der Geschäftsordnung in Verbindung mit § 8 Abs. 4 der Anlage 4 der Geschäftsordnung zusätzlich auf der Internetseite des Landtags in der Parlamentsdokumentation veröffentlicht und ist unter der oben genannten Drucksachenummer abrufbar.

Birgit Keller
Präsidentin des Landtags

Anlage

Hinweis:

Die gutachtliche Stellungnahme wurde in Papierform an die Auftraggeber verteilt. Sie steht elektronisch im Abgeordneteninformationssystem (AIS) und in der Parlamentsdokumentation zur Verfügung.

Gutachterliche Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktionen der FDP und der CDU für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Thüringer Waldgesetzes (Drs. 7/62)

Gliederung

A.	Sachverhalt und Auftrag	3
B.	Rechtliche Würdigung	4
I.	zu Frage 1	4
1.	Regelungsbefugnis des Landesgesetzgebers.....	5
a.	Grundlagen der Kompetenzverteilung.....	5
b.	Kompetenzrechtliche Qualifikation.....	6
(1)	Kriterien für die Auslegung und Abgrenzung von Kompetenznormen.....	7
(2)	Förderung der forstwirtschaftlichen Erzeugung.....	10
(3)	Recht der Enteignung.....	11
(4)	Walderhaltung als Gegenstand der Landespflege...	11
(5)	Energiewirtschaftlicher Bezug.....	13
(6)	Bodenrechtliche Auswirkungen.....	14
(7)	Abgrenzung zwischen Landespflege und Bodenrecht.....	16
(8)	Zwischenergebnis.....	19
c.	Wahrnehmung der konkurrierenden Kompetenz.....	19
(1)	Landespflege als Gegenstand der ehemaligen Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes.....	19
(2)	Reichweite der bundesrechtlichen Rahmenvorschrift in § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG.....	20
(3)	Abweichungsbefugnis.....	22
d.	Ergebnis.....	24

2.	Beschränkungen der Kompetenzausübung durch entgegenstehendes Bundesrecht.....	25
a.	WEA als bauplanungsrechtlich privilegierte Vorhaben im Außenbereich.....	25
b.	Konzentrationswirkung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen.....	28
c.	Konzentrationswirkung von Planfeststellungen nach § 75 VwVfG.....	29
d.	Ergebnis.....	29
II.	zu Fragen 2 und 3.....	29
1.	Bindung an landesrechtliche Vorgaben.....	30
2.	Bindung an bundesrechtliche Zielvorgaben.....	31
3.	Ergebnis.....	32
III.	zu Frage 4.....	33
1.	Persönlicher Schutzbereich.....	33
a.	Kommunen als Waldeigentümer.....	33
b.	Kirchen als Waldeigentümer.....	34
2.	Materieller Schutzbereich.....	36
3.	Eingriff.....	36
4.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	37
a.	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	38
b.	Vertrauensschutzprinzip.....	39
5.	Ergebnis.....	40
IV.	zu Frage 5.....	40
1.	Enteignungsentschädigung und Vorrang des Bestandsschutzes.....	40
2.	Anspruch aus § 30 Abs. 1 ThürWaldG.....	41
a.	Entschädigungsanspruch für Waldeigentümer.....	41
b.	Ausgleichsanspruch für Investitionen von WEA-Betreibern.....	42
3.	Anspruch aus enteignendem Eingriff.....	44
4.	Ergebnis.....	44
V.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	45

A. Sachverhalt und Auftrag

Die Fraktionen der FDP und der CDU haben mit der Drucksache 7/62 - Neufassung - vom 22. Januar 2020 einen Gesetzentwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Thüringer Waldgesetzes eingebracht. Der Entwurf sieht vor, in 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.“*¹

Der Gesetzentwurf ist am 31. Januar 2020 im Plenum erstmals beraten und an den Ausschuss für Infrastruktur, Landwirtschaft und Forsten (AfILF) überwiesen worden.

Mit Schreiben vom 20. Februar 2020 haben die Fraktionen von DIE LINKE, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Beauftragung des Wissenschaftlichen Dienstes durch den AfILF mit einer gutachterlichen Stellungnahme zu folgenden Fragen beantragt:

1. *Inwiefern verstößt der mit der Neuregelung beabsichtigte Regelungsinhalt eines generellen Verbots von Windkraftanlagen auf Thüringer Waldflächen gegen bundesrechtliche Vorgaben, insbesondere: Inwiefern wird damit die Reichweite von etwaigen bundesgesetzlichen Öffnungsklauseln zum Erlass abweichender Landesregelungen in unzulässiger Weise überschritten bzw. verkannt? Dabei soll unter anderem untersucht werden, ob die sich aus dem Baugesetzbuch ergebende Privilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich pauschal ohne weitere Angabe von Gründen (z.B. naturschutzfachlicher Art) oder konkreter Anlagenparameter (z.B. Nabenhöhe) für den Wald und damit etwa ein Drittel der Landesfläche aufgehoben werden kann.*

2. *Sollte die pauschale Aufhebung der Privilegierung möglich sein, ergibt sich noch die Frage, ob sie erfolgen kann, ohne dass für die durch Bundes- und Landesrecht gesetzlich vorgegebenen Ausbauziele für erneuerbare Energien und dabei auch speziell die Windkraft ausreichend Flächen bzw. Potentiale zur Verfügung stehen.*

¹ Drs. 7/62 - Neufassung -, S. 2.

3. *Inwiefern lassen sich durch die Herausnahme aller Waldflächen aus den potentiellen Windkraftrichtungsflächen in Thüringen Landes- bzw. Bundesvorgaben bzw. -verpflichtungen zur Förderung erneuerbarer Energien – insbesondere der Windkraft – nicht mehr bzw. in nicht mehr ausreichendem Maße umsetzen?*

4. *Für den Fall der im Sinne des Gesetzentwurfes vorhandenen landesrechtlichen Regelungskompetenz die Zulässigkeit des entschädigungslosen Eingriffs in die Eigentumsrechte – auch im Sinne der Sozialbindung des Eigentums – der möglicherweise betroffenen Waldeigentümer zu prüfen und*

5. *zu prüfen, ob für bereits nach geltendem Recht vorangetriebene Planungen oder Investitionen für bzw. in Windkraftanlagen im Wald eine Entschädigung des entstandenen Aufwandes erforderlich wäre.*

In seiner Sitzung am 20. Februar 2020 hat der AfILF die Befassung des Wissenschaftlichen Dienstes mit diesen Fragestellungen beschlossen.

Mit Schreiben unter dem 25. Februar 2020 ist dem Auftraggeber durch den Leiter des Wissenschaftlichen Dienstes mitgeteilt worden, dass die Fragen 2 und 3 des Gutachtauftrags nur abstrakt beantwortet werden können, da dem Wissenschaftlichen Dienst hierzu keine konkreten Angaben vorliegen.

B. Rechtliche Würdigung

I. zu Frage 1

Die Frage 1 wird dahin gehend verstanden, dass umfassend untersucht werden soll, ob der im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelung bundesrechtliche Vorschriften entgegenstehen, denen im Konfliktfall ein Vorrang zukäme. Eine Kollision mit Bundesrecht setzt voraus, dass der Landesgesetzgeber vorliegend überhaupt befugt ist, den von der Vorschrift erfassten Lebenssachverhalt durch ein Parlamentsgesetz zu regeln. Fehlt dem Land hierfür die Verbandszuständigkeit, so wäre das Gesetzesvorhaben bereits in dieser Konsequenz formell grundgesetzwidrig, ohne dass es auf die Vereinbarkeit mit Bundesrecht ankäme.² Nur im Falle des Vorliegens einer Gesetzgebungsbefugnis wäre also in einem zweiten Schritt zu

² Zum Vorrang von Kompetenz- vor Kollisionsregelungen s. *Korioth*, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 31 Rn. 1; *Dreier*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 31 Rn. 58.

prüfen, ob die Kompetenzausübung des Landes durch entgegenstehendes Bundesrecht in Bezug auf die in Rede stehende Vorschrift eingeschränkt ist.

1. Regelungsbefugnis des Landesgesetzgebers

Zu klären ist folglich zunächst, ob der Freistaat Thüringen über die Kompetenz verfügt, in seinem Waldgesetz eine Änderung der Nutzungsart von Wald zur Errichtung von WEA auszuschließen.

a. Grundlagen der Kompetenzverteilung

Als Ausdruck der föderalen Struktur der Bundesrepublik Deutschland liegt nach Art. 30, 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungsbefugnis bei den Ländern, wenn nicht das Grundgesetz dem Bund eine Zuständigkeit zuweist. Gemäß Art. 70 Abs. 2 GG bemisst sich die Verteilung der gesetzgeberischen Kompetenzen zwischen Bund und Ländern nach den Vorschriften über die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung in den Art. 71 ff. GG.

Ein Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit des Bundes aus dem Katalog des Art. 73 Abs. 1 GG, wonach die Länder nach Art. 71 GG zur Gesetzgebung nur befugt sind, wenn und soweit sie hierzu durch ein Bundesgesetz ausdrücklich ermächtigt wurden, ist vorliegend nicht ersichtlich. Es kommen im Hinblick auf die hier vorgesehene Regelung auch keine sonstigen Zuweisungen für eine ausschließliche Bundeskompetenz in Betracht.

Die Untersagung einer Änderung der Nutzungsart von Wald zum Zwecke der Errichtung von WEA könnte dem Bund jedoch als Materie der konkurrierenden Gesetzgebung aus Art. 74 Abs. 1 GG nach den Maßgaben des Art. 72 GG vorbehalten sein. Namentlich könnte die im Gesetzentwurf vorgesehene Vorschrift folgenden Kompetenztiteln aus Art. 74 Abs. 1 GG unterfallen:

- Energiewirtschaft (Nr. 11),
- Recht der Enteignung im Bereich der Bundeszuständigkeiten (Nr. 14),
- Förderung der forstwirtschaftlichen Erzeugung (Nr. 17),
- Bodenrecht (Nr. 18),
- Naturschutz und Landschaftspflege (Nr. 29),
- Raumordnung (Nr. 31).

Für sämtliche genannten Gegenstände der konkurrierenden Gesetzgebung verbleibt den Ländern gemäß Art. 72 Abs. 1 GG eine Kompetenz zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Zuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

Eine Regelungskompetenz des Bundes im Bereich der Energiewirtschaft aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG würde nach Art. 72 Abs. 2 GG allerdings von vornherein voraussetzen, dass die Regelung zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich ist. Andernfalls läge die Zuständigkeit von Anfang an bei den Ländern. Diese besondere Anforderung an eine Bundeskompetenz wird für die übrigen genannten Regelungsmaterien unterstellt (sog. Vorranggesetzgebung des Bundes).³

Außerdem hätte der Landesgesetzgeber auf den Gebieten des Naturschutzes und der Landschaftspflege sowie der Raumordnung die Befugnis zur Abweichung von etwaigem Bundesrecht nach Maßgabe der Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 4 GG.

b. Kompetenzrechtliche Qualifikation

Soweit für die in Art. 74 Abs. 1 GG aufgelisteten Rechtsgebiete in Art. 72 Abs. 2 GG erhöhte Anforderungen an eine Bundeszuständigkeit gestellt werden oder durch Art. 72 Abs. 3 GG den Ländern eine Abweichung hinsichtlich einzelner Gesetzgebungsmaterien ermöglicht wird, gilt – wie generell bei der kompetenziellen Zuordnung zwischen dem Bund und den Ländern – das Verbot von Doppelzuständigkeiten und es ist eine eindeutige Abgrenzung vorzunehmen. So kann zwar der Bund seine Gesetzgebung grundsätzlich auf mehrere Kompetenztitel stützen, weil dabei stets ein und derselbe Kompetenzträger berechtigt wird („Kompetenzmix“, „Mosaik-Kompetenz“).⁴ Bezüglich der Frage nach der Länderzuständigkeit muss für eine gesetzliche Bestimmung aber klar sein, auf welcher Kompetenzgrundlage der Bund tätig geworden ist bzw. überhaupt tätig werden kann, weil hiervon abhängt, inwieweit ein etwaiger Kompetenzgebrauch des Bundes eine Regelung durch den Landesgesetzgeber sperrt oder den Ländern ein Gestaltungsspielraum verbleibt.⁵

³ Nach *Degenhart*, NVwZ 2006, 1209 (1210) wird die Erforderlichkeit i.S.d. Art. 72 Abs. 2 GG für diese Bereiche unwiderlegbar vermutet. Sie ist jedenfalls nicht positiv festzustellen.

⁴ Vgl. dazu im Hinblick auf die umweltrechtliche Gesetzgebung des Bundes etwa *Gramm*, DÖV 1999, 540 f.; *Milkau*, ZUR 2008, 561 (564); *Schink*, UPR 2011, 91 (93).

⁵ Zum Ganzen vgl. BVerfGE 36, 193 (202 f.); 61, 149 (204); 56, 249, (263); *Heintzen*, in: Bonner Kommentar zum GG, Stand Oktober 2018, Art. 70 Rn. 205 m.w.N.; *Erbguth*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 30 Rn. 17.

Für die im vorliegenden Gesetzentwurf vorgesehene Regelung ist daher zumindest abzugrenzen zwischen

- dem unter dem Vorbehalt des Art. 72 Abs. 2 GG stehenden Energiewirtschaftsrecht,
- den Bereichen Naturschutz, Landschaftspflege und Raumordnung als Materien der Vorranggesetzgebung des Bundes mit Abweichungsbefugnis der Länder nach Art. 72 Abs. 3 GG sowie
- den übrigen genannten Gebieten, die weder der Erforderlichkeitsklausel unterworfen sind noch eine Möglichkeit der Landesgesetzgeber zur Abweichung vorsehen, sich somit nur nach Art. 72 Abs. 1 GG richten (sog. Kernkompetenzen des Bundes)⁶.

Nach allgemeiner Auffassung ist dabei keiner dargestellten Spielart der konkurrierenden Gesetzgebung im Zweifel pauschal ein Vorrang vor einer anderen einzuräumen. Vielmehr muss eine Zuordnung von Vorschriften zu einer Gesetzgebungsmaterie auch innerhalb des Art. 74 Abs. 1 GG anhand der von der Rechtsprechung und der juristischen Literatur für die Abgrenzung von Kompetenztiteln zwischen Bund und Ländern entwickelten, hergebrachten Kriterien vorgenommen werden.⁷

(1) Kriterien für die Auslegung und Abgrenzung von Kompetenznormen

Insbesondere das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat sich in seiner Rechtsprechung mehrfach mit der Zuordnung bestimmter Normen zu Gesetzgebungsmaterien befasst und dabei herausgestellt, wie bei der Auslegung von Kompetenzverteilungsregeln zum Zwecke ihrer gegenseitigen Abgrenzung zu verfahren ist.⁸

Zunächst hält das BVerfG bei der Interpretation der Kompetenztitel eine strikte Auslegung für geboten. Das bedeutet, dass im Katalog des Art. 74 Abs. 1 GG nicht explizit bezeichnete Rechtsgebiete keinesfalls verallgemeinernd einem der dort genannten Kompetenztitel

⁶ Zur Terminologie s. *Haratsch*, in: *Sodan, GG*, 4. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 2.

⁷ *Degenhart*, *NVwZ* 2006, 1209 (1210).

⁸ Zu den im Folgenden dargelegten Kriterien der kompetenzrechtlichen Qualifikation s. bereits die gutachterliche Stellungnahme des WD zu der Frage, welche Gesetzgebungskompetenz die Länder beim Verbot bleihaltiger Munition, insbesondere im Bereich des Jagdrechts, haben (WD 10/19), Vorlage 6/5986.

zugeschlagen werden können, sondern jede einzelne Regelung in all ihren Details unter die ausdrücklich aufgeführten Gesetzgebungsmaterien subsumiert werden muss.⁹

Für den hier vorliegenden Fall, dass eine Zugehörigkeit zu mehreren Kompetenzbereichen in Betracht kommt, ist der Schwerpunkt der zuzuordnenden Regelung zu ermitteln. Dabei ist wiederum zunächst auf den unmittelbaren Gegenstand der Vorschrift abzustellen, sodass über die kompetenzrechtliche Qualifizierung einer Norm in erster Linie ihr objektiver Regelungsgehalt entscheiden soll. Demzufolge sollen innere oder erklärte gesetzgeberische Regelungszintentionen und die vorgesehene Anknüpfung der zu qualifizierenden Vorschrift an den vom Normgeber gewählten Regelungskontext nur soweit erheblich sein, wie sie sich in der Vorschrift tatsächlich niederschlagen.¹⁰

Der objektive Zweck der Regelung, ihre tatsächliche Wirkung und die Adressaten der zu qualifizierenden Norm müssen durch Auslegung ermittelt werden. Hierauf aufbauend soll danach differenziert werden, ob die Sachmaterie unmittelbarer oder nur mittelbarer Gegenstand der einzuordnenden Norm ist, ob die Regelung dem Haupt- oder nur einem Nebenzweck eines Kompetenztitels dient, und ob die Kompetenzvorschrift gezielt oder bloß reflexartig, unvermeidlich und zwangsläufig berührt wird.¹¹

Hinsichtlich der Bestimmung der wesensmäßigen Zugehörigkeit einer Vorschrift zu einer Sachmaterie soll insbesondere ins Gewicht fallen, wie eng sich eine Verknüpfung der fraglichen Teilregelung mit dem Gegenstand der Gesamtregelung darstellt. Eine enge Verzahnung und ein dementsprechend geringer eigenständiger Gehalt der Teilregelung sollen dabei regelmäßig ihre Zugehörigkeit zum Kompetenzbereich der Gesamtregelung nahelegen. Eine isolierte und aus dem Gesamtkontext herausgelöste Betrachtung von Teilregelungen ist zu vermeiden.¹²

⁹ BVerfGE 12, 205 (228 f.); 26, 281 (297 f.); 61, 149 (174); 138, 261 (271).

¹⁰ Vgl. BVerfGE 97, 228 (252); BVerfG, NVwZ 2008, 658 (659); vgl. zum Ganzen *Jaeckel*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 30 Rn. 36 m.w.N.

¹¹ Vgl. zum Ganzen *Maunz*, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 74 Rn. 12; BVerfGE 8, 143 (150 ff.): „notwendiger Zusammenhang“, „alleiniger und unmittelbarer Gesetzeszweck“; BVerfGE 121, 317 (348): „Gegenstand des Gesetzes“.

¹² BVerfGE 97, 228 (252); 97, 332 (342); 98, 145 (158); 98, 265 (299); *Jarass*, NVwZ 2000, 1089 (1090); *Heintzen*, in: Bonner Kommentar zum GG, Stand Oktober 2018, Art. 70 Rn. 201; vgl. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 70 Rn. 59.

Weil die Bezeichnungen der in Art. 74 GG aufgelisteten Sachmaterien regelmäßig an Gesetzeslagen anknüpfen, die zur Zeit der Formulierung des Kompetenztitels bestanden haben, oder mit Blick auf seinerzeit bevorstehende Gesetzgebungsvorhaben gewählt worden sind, wird bei ihrer Begriffsbestimmung und der daraus folgenden Zuordnung von Regelungsinhalten unter den klassischen Methoden der Verfassungsinterpretation (Wortlaut, Systematik, Normzweck und historische Auslegung) der sog. historisch-genetischen Auslegungsmethode, das heißt der Entstehungsgeschichte der Kompetenznorm, eine gesteigerte Bedeutung beigemessen.¹³ Auch sollen die Verfassungstradition und die bisherige Staatspraxis eine besondere Berücksichtigung finden.¹⁴ Insgesamt geht es dabei um die historisch tradierte Zuordnung einer Regelung zu einer Rechtsmaterie.

Zur Abgrenzung wird auch der Grundsatz der Spezialität herangezogen. Dieser besagt im Hinblick auf die Problematik kompetenzrechtlicher Zuordnung, dass eine Vorschrift, wenn sie sowohl unter eine spezielle als auch unter eine allgemeinere Regelungsmaterie eingeordnet werden kann, ausschließlich der speziellen Kompetenznorm zu unterstellen ist.¹⁵

Weiterhin hat das BVerfG wiederholt betont, dass bei der Subsumtion einer Norm unter eine Gesetzgebungsmaterie das Gesamtgefüge der grundgesetzlichen Kompetenzordnung beachtet werden soll.¹⁶ Das wird in der juristischen Literatur dahin gehend konkretisiert, dass im Zweifelsfall der in Art. 30 GG aufgestellte und durch Art. 70 Abs. 1 GG für die Kompetenzverteilung hinsichtlich des Erlasses von formellen Gesetzen bestätigte Grundsatz der subsidiären Zuständigkeit des Bundes (respektive das Primat der Länderzuständigkeit) zu berücksichtigen sei.¹⁷

Schließlich sollen, ausgehend von der eingangs dargestellten vorrangigen Prüfung von Kompetenzzuweisungen vor Kollisionsregeln, vor der Feststellung von Regelungskonflikten die Möglichkeiten der Auslegung ausgeschöpft werden, um bereits durch die kompetenzielle Zuordnung potenziellen Regelungswidersprüchen vorzubeugen. Das BVerfG leitet dieses

¹³ BVerfGE 33, 125 (152 f.); 106, 62 (105); 109, 190 (215); dazu. auch *Heintzen*, in: Bonner Kommentar zum GG, Stand Oktober 2018, Art. 70 Rn. 189, 194.

¹⁴ *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 74 Rn. 11.

¹⁵ *Erbguth/Schubert*, in: *Sachs*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 30 Rn. 25; *Pestalozza*, DÖV 1972, 181 (183).

¹⁶ BVerfGE 2, 29 (44); 68, 319 (328).

¹⁷ *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 74 Rn. 15 m.w.N.

Gebot der kollisionsvermeidenden Auslegung aus dem Prinzip der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung her.¹⁸ In der Literatur bedient man sich vereinzelt des Grundsatzes des bundesfreundlichen Verhaltens als Schranke der Kompetenzausübung oder postuliert ein Gebot der kompetenziellen Rücksichtnahme.¹⁹ Nur für den seltenen Fall, dass sich die Befugnisnormen hinsichtlich der zuzuordnenden Vorschrift einer Auslegung nach den dargestellten Maßgaben als völlig unzugänglich erweisen, sollen gegebenenfalls auftretende Kollisionen durch Art. 31 GG als Kompetenzausübungsschranke zu lösen sein.²⁰

Unter Zugrundelegung dieser allgemeinen Maßstäbe ergibt sich für die Zuordnung der im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelung zu den hier in Rede stehenden Kompetenztiteln Folgendes:

(2) Förderung der forstwirtschaftlichen Erzeugung

Für die vorliegend zuzuordnende Vorschrift besteht zunächst ein sachlicher Zusammenhang zur forstwirtschaftlichen Erzeugung, für deren Förderung Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG dem Bund eine Kernkompetenz zuweist. Davon umfasst ist jedoch nur die gesetzliche Ausgestaltung der forstlichen Rohstoffgewinnung als Kern der Erzeugung selbst. Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG regelt hingegen keine allgemeine Zuständigkeit für das Recht der Forstwirtschaft oder gar das Waldrecht im Ganzen. So sind bereits Bestimmungen zur gewerblichen Weiterverarbeitung und zum Handel mit forstwirtschaftlichen Erzeugnissen nicht mehr vom Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG gedeckt. Dem oben unter (1) dargestellten Kriterium des unmittelbaren Regelungsgegenstandes entsprechend sollen auch solche Maßnahmen nicht erfasst sein, welche die forstwirtschaftliche Urproduktion lediglich mittelbar betreffen.²¹ Zwar würde sich die im Gesetzentwurf vorgesehene Umwandlungsversagung von Waldboden auch auf eine bodengestützte, nachhaltige Bewirtschaftung des Waldes in Gestalt der Holzerzeugung auswirken. Das steht jedoch ersichtlich nicht im Vordergrund der Regelung und ihrer tatsächlichen Zweckbestimmung, sodass hier eine auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG fußende Zuständigkeit des Bundes ausscheidet.

¹⁸ BVerfGE 108, 169 (181 f.); 116, 164 (186 f.); dazu *Dreier*, in: *Dreier, GG*, 3. Aufl. 2015, Art. 31 Rn. 58 m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG.

¹⁹ *Wagner*, Die Konkurrenzen der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern, 2011, S. 261 ff.; *Brohm*, DÖV 1983, 525 (528); *Sodan/Kluckert*, NVwZ 2013, 241 (243).

²⁰ Vgl. BVerfGE 121, 317 (348 f.); *Dreier*, in: *Dreier, GG*, 3. Aufl. 2015, Art. 31 Rn. 58.

²¹ Zum Ganzen *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 2. Bd., 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 119.

(3) Recht der Enteignung

Eine auf das Recht der Enteignung gründende Bundeskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 14 GG) setzt die Befugnis des Bundes zur Regelung der „eigentlichen“ Materie voraus und erscheint hier bereits deshalb jedenfalls nicht kompetenzbegründend.²²

(4) Walderhaltung als Gegenstand der Landespflege

Weiterhin könnte man die hier zu qualifizierende Regelung wegen ihrer im Gesetzentwurf vorgesehenen Einbeziehung in den Regelungskontext der Erhaltung und des Schutzes von Wald²³ als Gegenstand des Naturschutzes und der Landschaftspflege betrachten. Wie schon dargestellt, statuiert für diese Gesetzgebungsmaterie Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG eine konkurrierende Zuständigkeit des Bundes, wobei die Länder nach der Maßgabe des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG vom Bundesrecht abweichen könnten.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG, der einheitlich betrachtet und zusammenfassend als Landespflege umschrieben werden kann, umfasst neben der Abwehr von Gefahren für Natur und Landschaft auch die gestalterische Tätigkeit des Staates mit dem Ziel des Schutzes und der Verbesserung von Boden, Luft, Wasser, Tier- und Pflanzenwelt.²⁴ Der Kompetenztitel schließt auch Beschränkungen der Nutzung insbesondere von Boden ein.²⁵ Der Walderhaltung dienende Maßnahmen stellen demzufolge grundsätzlich in ihrem

²² Vgl. *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 74 Rn. 186 m.w.N. und unter Hinweis auf BVerfGE 8, 119. Nach *Haratsch*, in: *Sodan*, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 21 handelt sich um einen explizit geregelten Fall einer (ansonsten ungeschriebenen) Annexkompetenz des Bundes.

²³ Das ergibt sich bereits aus der vollständigen Bezeichnung des ThürWaldG („Gesetz zur Erhaltung, zum Schutz [...]“ unter Beachtung insbesondere der Überschrift von dessen Zweiten Teil „[...] Erhaltung und Schutz des Waldes“, in den die Regelung eingefügt werden soll; vgl. auch § 1 Nr. 1 ThürWaldG. Die Waldumwandlungen regelnde Bundesvorschrift in § 9 BWaldG ist ausdrücklich mit „Erhaltung des Waldes“ überschrieben.

²⁴ *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 74 Rn. 79 m.w.N.; siehe dazu auch die gutachterliche Stellungnahme des Wissenschaftliche Dienstes zu Fragen der Verfassungsmäßigkeit des im Entwurf von der Landesregierung eingebrachten Thüringer Gesetzes über das Nationale Naturmonument „Grünes Band Thüringen“ (Thüringer Grünes-Band-Gesetz -ThürGBG-, Drs. 6/4464) und zu der Frage, wie das weitere Gesetzgebungsverfahren einschließlich der Ausfertigung und Verkündung des Gesetzes rechtskonform auszugestalten ist (WD 18/1; Vorlage 6/4520), S. 5 ff.

²⁵ BVerfGE 85, 332 (342 f.) zu Art. 75 Abs. 1 Nr. 3 GG a.F.; *Sannwald*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 352 m.w.N.

Schwerpunkt besonderes Naturschutzrecht dar, das insoweit im Verhältnis zu sonstigen Gesetzgebungsmaterien des Art. 74 Abs. 1 GG spezieller ist.²⁶

Erklärtes Ziel des Gesetzentwurfs sind die Erhaltung und der Schutz des Waldes vor den für umweltschädlich erachteten Einflüssen von WEA. Laut der Begründung des Gesetzentwurfs diene die vorgeschlagene Änderung der Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Waldes insbesondere mit Blick auf die naturbezogene Erholung und als natürlicher Kohlenstoffdioxid-Speicher zur Reduzierung von Umweltbelastungen, weiterhin der Vermeidung von Sturmschäden infolge von Schneisen für Zufahrtswege, dem Schutz des Wasserhaushalts vor Störungen durch Betonfundamente und dem Vogelschutz. Hauptanliegen des Gesetzentwurfs seien damit der Erhalt und Schutz des Waldes unter Bezugnahme auf die in § 1 ThürWaldG benannten Zielstellungen.²⁷ Die genannten Belange sind ersichtlich primär walddrechtlicher und damit landespflegerechtlicher Art.

Die grundsätzliche Zuordnung des Walderhalts zum Bereich der Landespflege wird durch die historisch-genetische Auslegungsmethode unter Beachtung der Staatspraxis bestätigt, da auch der Bundesgesetzgeber die von ihm bezüglich der Frage der Waldumwandlung im Gesetz zur Erhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft (Bundeswaldgesetz - BWaldG -) getroffenen Regelungen zuvörderst auf seine Kompetenzen im Bereich des Naturschutzes und der Landschaftspflege gestützt hat.²⁸

Ferner tragen die Waldgesetze der Länder in ihren Vorschriften zur Waldumwandlung in verfahrensrechtlicher Hinsicht zwar auch einer landesplanerischen Relevanz von Umwandlungsvorhaben dadurch Rechnung, dass eine Anhörung der jeweiligen Landesplanungsbehörden vorgeschrieben wird. Allerdings ist mit der unteren Naturschutzbehörde sogar Einvernehmen herzustellen.²⁹ Daran wird deutlich, dass auch die Länder das Problem des Walderhalts einschließlich seiner Aspekte des Bodenschutzes grundsätzlich dem Bereich der Landespflege zurechnen.

²⁶ *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 351; vgl. auch BayVGh, DVBl 1975, 665 (669); *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 76 m.w.N.

²⁷ Drs. 7/62.

²⁸ Endres, Bundeswaldgesetz, Kommentar, 2014, Einl. Rn. 3 a.E. m.w.N. in der dortigen Fn. 6.

²⁹ So auch in § 10 Abs. 1 Satz 2 ThürWaldG (derzeitiger Fassung).

Fraglich ist allerdings, ob an diesem Befund auch angesichts des Umstandes festgehalten werden kann, dass durch die im vorliegenden Gesetzentwurf vorgesehene Norm mit der Errichtung von WEA nicht nur eine bestimmte Motivation für eine Waldumwandlung, sondern auch eine spezifische Nachnutzung der Waldfläche ausgeschlossen würde. Darin könnte ein Vorgriff auf andere Regelungsmaterien der konkurrierenden Gesetzgebung zu sehen sein, namentlich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 18 GG, wodurch sich der Schwerpunkt der Regelung zu diesen Bereichen hin verlagern könnte.

(5) Energiewirtschaftlicher Bezug

Weil der Ausbau von Windenergie als Teil des Konzepts zur Förderung erneuerbarer Energien die Energieerzeugung betrifft, kommt der hier zuzuordnenden Regelung zumindest eine energiepolitische Relevanz zu. Vor diesem Hintergrund erscheint es denkbar, dass die Norm hierdurch schwerpunktmäßig dem Bereich des Energiewirtschaftsrechts i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen sein könnte, das die Erzeugung und Verteilung von Energie und Energieträgern zum Gegenstand hat.³⁰ Dann stünde also eine Bundeszuständigkeit von vornherein unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit nach Art. 72 Abs. 2 GG, wobei den Ländern allerdings keine Befugnis zu einer Abweichung zustünde.

Der Kompetenztitel des Rechts der Wirtschaft in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist nach der Rechtsprechung des BVerfG unter Berufung auf die Tradition und das Herkommen des Wirtschaftsrechts grundsätzlich weit auszulegen und soll eine weitreichende Kompetenz des Bundes begründen.³¹ Umfasst sein sollen sämtliche das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung regelnden Bestimmungen, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern beziehen.³² Gerade wegen dieses extensiven Verständnisses sieht das BVerfG allerdings zugleich die Notwendigkeit, eine Abgrenzung dieser Befugnisnorm zum Zuständigkeitsbereich der Länder im Auge zu behalten, und fordert deshalb für die Annahme einer Bundeskompetenz, dass der Schwerpunkt eines Gesetzgebungsvorhabens durch einen wirtschaftslenkenden oder wirtschaftsregulierenden Zweck geprägt sein muss. Sonstige, etwa ordnungsrechtliche,

³⁰ *Haratsch*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 15.

³¹ BVerfGE 68, 319 (330); *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 105, 106, 111 m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG.

³² BVerfGE 68, 319 (327).

Regelungsgehalte dürfen sich lediglich als notwendiger Annex zum wirtschaftsregelnden Charakter der Vorschrift darstellen.³³

Die Annahme, das im Gesetzentwurf vorgesehene Verbot einer Nutzungsänderung von Wald sei eine bloße Begleiterscheinung einer in ihrem Kerngehalt wirtschaftslenkenden oder energiepolitischen Entscheidung, dürfte indes zu weit gehen. Zum einen ergibt sich aus der Begründung des Entwurfs keine primäre wirtschaftsregelnde Tendenz in dem Sinne, dass energiewirtschaftliche Akteure unmittelbar betroffen würden. Die Regelung betrifft vielmehr Waldbesitzer im Allgemeinen. Ferner dürften bereits die vorgesehene Einbettung der Regelung in das Waldrecht und die mit der Norm unmittelbar einhergehende Rechtsfolge der Versagung der walddrechtlichen Umwandelungsgenehmigung dagegensprechen, jeden nicht unmittelbar wirtschaftsbezogenen Aspekt der Vorschrift, wie etwa den traditionell der Gesetzgebung der Länder zugesprochen Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr (hier hinsichtlich des Waldschutzes), als völlig nebensächlich zu bewerten.

(6) Bodenrechtliche Auswirkungen

Die im Entwurf vorgesehene Regelung hat angesichts des beabsichtigten Ausschlusses einer konkreten Nachnutzungsart einen gegenüber den sonstigen Versagungsgründen für Nutzungsänderungen von Wald erkennbar verstärkten Bezug zum Bereich des Bodenrechts nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG. Dabei handelt es sich um eine Kernkompetenz des Bundes, die also nicht dem Erforderlichkeitsvorbehalt unterliegt und den Ländern im Gegensatz zur Landespflege auch keine Möglichkeit zur Abweichung offenhält. Davon ausgehend, dass der Bundesgesetzgeber von seiner bodenrechtlichen Kompetenz im Baugesetzbuch (BauGB) erschöpfend Gebrauch gemacht hat,³⁴ verbliebe den Ländern in dieser Konsequenz gemäß Art. 72 Abs. 1 GG keinerlei Raum für eine Gesetzgebung auf diesem Gebiet.

Das Bodenrecht umfasst die Regelungen zu Rechtsänderungen an Grundstücken im Zusammenhang mit der baulichen Ordnung und schließt Normen ein, die festlegen, in welcher Weise Grundstücke genutzt werden dürfen. Es regelt daher in einem umfassenden Sinne die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden.³⁵ Dem

³³ BVerfGE 28, 119 (146); *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 106 m.w.N.

³⁴ *Wittreck*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 81.

³⁵ BVerfGE 3, 407 (424); 34, 139 (144); 65, 283 (288).

Bundesgesetzgeber wird durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG im Kern eine Zuständigkeit für den Erlass von Vorschriften zur Vermeidung von Bodennutzungskonflikten überantwortet.³⁶

Allerdings ist das Bodenrecht nicht in einem umfassenden Sinne als das gesamte Baurecht zu verstehen. So unterliegt insbesondere das Bauordnungsrecht als Gefahrenabwehrrecht seit jeher der Zuständigkeit der Länder.³⁷ Unter das Bodenrecht fällt demgegenüber vor allem das Bauplanungsrecht als städtebauliches örtliches Planungsrecht.³⁸ Bodenrecht umfasst damit auch die Gesetzgebungskompetenz über die kommunale Bauleitplanung einschließlich der Erschließung und Umliegung von Bauland.³⁹ Die Errichtung baulicher Anlagen ist „in erster Linie ein städtebaulicher Vorgang“⁴⁰ und damit Gegenstand der abweichungsfesten Kompetenz des Bundes für das Bodenrecht.

Dadurch grenzt sich das Bodenrecht auch ab vom Bereich der Raumordnung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG, der gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG einer Abweichungsbefugnis der Länder unterfällt. Unter Raumordnung versteht man die überörtliche, fachübergreifende und zusammenfassende Gesamtplanung im Bereich eines Landes.⁴¹ Raumordnungsgesetzen sind in dieser Konsequenz unmittelbare Festsetzungen von Bodennutzungen versagt.⁴² Diese sind dem insoweit spezielleren⁴³ Bodenrecht vorbehalten. Auch richtet sich die Fachplanung nach den jeweiligen Fachgebieten.⁴⁴ Demnach scheidet vorliegend eine auf die Raumordnung gestützte Kompetenz aus.

³⁶ *Wittreck*, in: Dreier, GG, Bd. 2, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 81.

³⁷ BVerfGE 3, 407 (416, 421, 431).

³⁸ BVerfGE 3, 407 (416); BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1115); *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Stark, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 129 m. w. N.

³⁹ *Haratsch*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 31.

⁴⁰ *Rieger*, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 9. Aufl. 2019, § 29 Rn. 33.

⁴¹ *Haratsch*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 67.

⁴² *Kment*, NuR 2006, 217 (218) bezugnehmend auf BVerfGE 3, 407 (424).

⁴³ Vgl. *Haratsch*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 67.

⁴⁴ *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 327.

(7) Abgrenzung zwischen Landespflege und Bodenrecht

Fraglich ist demnach, ob die bodenrechtliche Auswirkung der Regelung gegenüber dem grundsätzlich landespflegerechtlichen Gesichtspunkt der Walderhaltung nach den unter (1) dargelegten Kriterien der kompetenziellen Abgrenzung hier ausnahmsweise überwiegt.

Das Wesen einer Waldumwandlung besteht darin, dass durch sie die Waldfläche ihren rechtlichen Status als Wald verliert und in eine andere Nutzungsart überführt wird. (Erst) durch eine Umwandlung wird eine Waldfläche also „Nicht-Wald“ in rechtlicher Hinsicht und unterfällt nicht weiter dem Anwendungsbereich des Waldrechts.⁴⁵ Da die im Gesetzentwurf vorgesehene Vorschrift wie der gesamte § 10 ThürWaldG eine Situation regelt, in der in zeitlicher Hinsicht noch keine Umwandlung erfolgt sein kann, weil deren Voraussetzungen schließlich erst festgelegt werden, ist unmittelbarer Bezugspunkt und Regelungsgegenstand der Norm folglich der Wald.

Die Entscheidung, Waldflächen als solche zu erhalten oder aufzugeben, kann einerseits von der Schutzwürdigkeit des zu erhaltenden oder umzuwandelnden Waldes selbst⁴⁶ und darüber hinaus vom Zweck der beabsichtigten Umwandlung abhängig gemacht werden. Letzteres ist hier der Fall. Die Frage, zu welchem Zweck man Wald aufzugeben bereit ist oder eben nicht bereit ist, beschreibt zugleich die Frage der Nachnutzung. Vorliegend stellt die ausgeschlossene Nachnutzung die alleinige tatbestandliche Voraussetzung für die Versagung einer Änderung der Nutzungsart dar, sodass sich die Regelung zwangsläufig und gewissermaßen im Sinne eines Reflexes auf die Frage auswirkt, wie der Boden genutzt werden kann, nachdem die Umwandlung genehmigt und vollzogen wurde, die Fläche also bereits keinen Wald mehr darstellt. Unmittelbare Wirkung im Sinne einer Rechtsfolge der Vorschrift ist das Umwandlungsverbot, also der Ausschluss der Genehmigungsfähigkeit einer Nutzungsänderung für die Errichtung von WEA. Dass auf diesen Bodenstücken keine WEA errichtet werden dürfen, ist folglich eine zwar nicht unbedingt nebensächliche, aber zumindest unvermeidbare Konsequenz der vorgesehenen Regelung.

Bei genauer Betrachtung folgt diese Auswirkung auf die Bodennutzung allerdings nicht unmittelbar aus der im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelung, sondern ergibt sich in dieser Zwangsläufigkeit erst vor dem Hintergrund des Zusammenhangs der zu prüfenden Vorschrift

⁴⁵ Endres, BWaldG, 2014, § 9 Rn. 12 m.w.N.

⁴⁶ Das bringt beispielsweise das Umwandlungsverbot in § 9 Abs. 1 S. 2 ThürWaldG zum Ausdruck.

mit den Regelungen zur Erhaltung des Waldes und hier insbesondere zur Waldumwandlung in § 10 ThürWaldG, in welche die Norm integriert werden soll.

Dem Grundsatz der Walderhaltung folgend bestätigt § 10 Abs. 1 Satz 1 ThürWaldG die bereits in § 9 Abs. 1 BWaldG statuierte Genehmigungspflichtigkeit einer solchen Waldumwandlung, verzichtet dabei allerdings zulässigerweise auf das Erfordernis der Rodung als Bestandteil der Umwandlung.⁴⁷ Beide Vorschriften verbieten damit also zunächst grundsätzlich Nutzungsänderungen des Waldes, eröffnen aber zugleich die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Genehmigung (Verbot mit Genehmigungsvorbehalt).⁴⁸

Eine Änderung der Nutzungsart einer Fläche im Sinne der Aufgabe ihrer Waldeigenschaft ist aber überhaupt nur dann nötig und die beabsichtigte Nutzung somit auch nur dann nach § 10 ThürWaldG *genehmigungsbedürftig*, wenn durch sie die Funktionen des Waldes⁴⁹ derart beeinträchtigt würden, dass nicht mehr von einer forstlichen Nutzung ausgegangen werden könnte und daher mit Blick auf die Errichtung baulicher Anlagen eine Genehmigung etwa nach § 25 ThürWaldG zu versagen wäre.⁵⁰ Das dürfte hinsichtlich der Errichtung und des Betriebs von WEA regelmäßig der Fall sein, da zumindest für die unmittelbar mit WEA bebauten Flächen jede forstliche Nutzung ausgeschlossen wäre und diese Flächen angesichts ihrer notwendigen Größe die Bagatellgrenze⁵¹ überschreiten.⁵² Die Errichtung und der Betrieb von WEA sind also grundsätzlich „waldfremd“ und somit auf Waldflächen (ohne eine genehmigungspflichtige Umwandlung, das heißt ohne Aufhebung der Nutzung als Wald) in der Regel ohnehin nicht möglich.⁵³

⁴⁷ Klose/Orf, Forstrecht, 2. Aufl. 1998, § 9 Rn. 27a.

⁴⁸ Thomas, Bundeswaldgesetz, 2013, S. 206.

⁴⁹ Vgl. §§ 1 f. ThürWaldG und § 1 BWaldG.

⁵⁰ Vgl. Klose/Orf, Forstrecht, 2. Aufl. 1998, § 9 Rn. 11; vgl. dahin gehend auch die explizite Darstellung der Voraussetzungen einer Genehmigungsbedürftigkeit in Art. 9 Abs. 1 S. 1 BayWaldG.

⁵¹ Generell gegen eine Beurteilung der Genehmigungsbedürftigkeit anhand der Flächengröße im Sinne einer Freigrenze allerdings Klose/Orf, Forstrecht, 2. Aufl. 1998, § 9 Rn. 16 ff.

⁵² Vgl. Endres, BWaldG, 2014, § 9 Rn. 11 unter Beschränkung auf den Bereich der Fundamente sowie Stellflächen für Baukräne; weiter aber Lietz, UPR 2010, 54 (59).

⁵³ So ausdrücklich auch Lietz, UPR 2010, 54 (57) m.w.N.

Die grundsätzliche Unzulässigkeit von WEA als Bodennutzung für diese Flächen folgt also primär bereits aus ihrer Unvereinbarkeit mit dem Erhalt von Waldfunktionen⁵⁴ und einer forstlichen Nutzung, in zweiter Linie aus der in § 10 Abs. 1 Satz 1 ThürWaldG und ebenso in § 9 Abs. 1 BWaldG statuierten Genehmigungspflicht für Waldumwandlungen – und erst zum Dritten aus dem im Gesetzentwurf vorgesehenen Ausschlussgrund, der nichts anderes als einen absoluten Versagungsgrund für eine Umwandelungsgenehmigung darstellt. Vor diesem Hintergrund ist die Wirkung der Regelung auf eine Bodennutzung zumindest in rechtlicher Hinsicht jedenfalls nicht schwerer zu gewichten als bei sonstigen Festlegungen in den Waldgesetzen zur Bebaubarkeit von Waldflächen oder beim Genehmigungsvorbehalt in § 10 Abs. 1 Satz 1 ThürWaldG und § 9 Abs. 1 BWaldG selbst. Da die Nachnutzungsart auch bei einer Abwägung zwischen Gemeinwohlbelangen und den berechtigten Interessen der Waldbesitzer, die regelmäßig auf eine bestimmte Nachnutzung abzielen werden, nach § 10 Abs. 2 ThürWaldG einzubeziehen ist, muss sie grundsätzlich auch als Ausschlussgrund taugen.⁵⁵

Plakativ gesprochen, geht es bei der hier zuzuordnenden Regelung genau genommen nicht um „Windkraft im Wald“. Das ist, wie dargestellt, ohnehin regelmäßig ausgeschlossen. Es geht hier vielmehr – unmittelbar – um „Aufgeben von Wald für Windkraft“ als Frage der Landespflege, was sich unvermeidbar und reflexartig auf die Frage nach der Zulässigkeit von „Windkraft, wo zuvor Wald war“ als Problem des Bodenrechts – mittelbar – auswirkt.

In Anbetracht der dargestellten Zusammenhänge besteht auch eine enge Verknüpfung mit der Gesamtregelung des § 10 ThürWaldG. Auch diese dargestellte Verbindung zu einem Regelungszusammenhang des Wald- bzw. Naturschutzrechts spricht gegen eine Zuordnung der Norm zum Bodenrecht. Denn die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung müsste kompetenziell aus der Gesamtvorschrift herausgelöst werden, verortete man sie überwiegend im Bodenrecht. Auch adressiert die im Gesetzentwurf vorgesehene Vorschrift – wie § 10 ThürWaldG insgesamt – die Forstbehörden und nicht etwa die Baubehörden.

Diese Lesart trägt letztlich auch dem Primat der Länderkompetenz eher Rechnung als eine Zuordnung zum Bodenrecht, weil die für das Landschaftspflegerecht gemäß Art. 72 Abs. 3

⁵⁴ Für Flächen ohne eine aktuelle Waldfunktion (bspw. Waldblößen) bedarf es ggf. einer konkreteren Betrachtung. Hierauf kommt es aber im Hinblick auf die im Rahmen dieses Gutachterauftrags zu untersuchende Frage der kompetenzrechtlichen Qualifikation nicht an.

⁵⁵ Zur Festlegung der künftigen Nutzung vgl. auch Klose/Orf, § 9 Rn. 205, wonach diese gemäß Art. 9 Abs. 9 Satz 2 BayWaldG (wohl a.F.) ausdrücklich und in anderen Ländern ebenfalls nach den Maßgaben der Verwaltungsverfahrensgesetze (VwVfG) zulässig sei.

Satz 1 Nr. 2 GG geltende Abweichungsbefugnis gewissermaßen als Rückausnahme von der ausnahmsweisen Zuweisung an den Bund nach Art. 72 Abs. 1 GG zurück zum Grundsatz aus Art. 30, 70 Abs. 1 GG verstanden werden kann.

In Anbetracht all dessen verbleibt auch kein Raum für eine konfliktvermeidende Interpretation der Kompetenznormen, um diesen grundsätzlichen Befund zu korrigieren.

(8) Zwischenergebnis

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung ist also dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG zu unterstellen.

c. Wahrnehmung der konkurrierenden Kompetenz

Auf der Grundlage dieser Zuordnung ergibt sich hinsichtlich der Handlungsspielräume des Landesgesetzgebers das folgende Bild: Die Länder sind gemäß Art. 72 Abs. 1 GG zur Gesetzgebung berechtigt, solange und soweit der Bund von seiner konkurrierenden Kompetenz nicht Gebrauch gemacht hat. Von einer etwaigen Kompetenzwahrnehmung des Bundes können sie gemäß Art. 72 Abs. 3 Nr. 2 GG mit Ausnahme der dort benannten abweichungsfesten Kernbereiche abweichen. Fraglich ist, ob und inwiefern der Bund für die vorliegende Frage von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat.

(1) Landespflege als Gegenstand der ehemaligen Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes gemäß Art. 72 i.V.m. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GG a.F.

Zur Frage des Gebrauchsmachens des Bundesgesetzgebers ist festzustellen, dass der Bund waldrechtliche Regelungen im BWaldG getroffen hat. Dessen mit „Erhaltung des Waldes“ überschriebenes Zweites Kapitel (§§ 5 bis 14 BWaldG) enthält sog. Rahmenvorschriften für die Landesgesetzgebung.⁵⁶ Diese fußen in kompetenzrechtlicher Hinsicht auf dem System der Verteilung der Gesetzgebungsbefugnisse zwischen Bund und Ländern aus Art. 72 i.V.m. Art. 75 GG a.F., demgemäß der Bund nach Art. 75 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GG a.F. in den Bereichen des Naturschutzes und der Landschaftspflege Rahmengesetze für die Landesgesetzgebung erlassen konnte. Dabei durfte der Bund gemäß Art. 75 Abs. 2 GG a.F. nur ausnahmsweise in Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen treffen. Im Gegenzug wurden die Länder durch Art. 75 Abs. 3 GG a.F. verpflichtet, die rahmenrechtlichen Vorgaben des Bundes durch eigene Gesetzgebung auszufüllen.

⁵⁶ Vgl. § 5 Satz 1 BWaldG.

Mit dem Inkrafttreten der Föderalismusreform I⁵⁷ wurde die Rahmenkompetenz mit Wirkung zum 1. September 2006 abgeschafft und der Bereich der Landespflege in die Systematik der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes überführt. Das Schicksal von auf Grundlage des Art. 75 GG a.F. erlassenen Rahmengesetzen regeln Art. 125a Abs. 1, 125b Abs. 1 GG. Nach beiden Vorschriften gelten die Rahmengesetze als Bundesrecht fort. Die Anwendbarkeit der Vorschriften unterscheidet sich danach, ob der Bund das Gesetz auch weiterhin wirksam erlassen könnte. Das ist wegen der aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG folgenden nunmehrigen konkurrierenden Vollkompetenz des Bundes für den Bereich der Landespflege der Fall. Deshalb gelten gemäß dem damit anwendbaren Art. 125b Abs. 1 Satz 2 GG die aus der ehemaligen Rahmengesetzgebung entspringenden Kompetenzen der Länder fort. Die Länder sind also in diesen Fällen nach Art. 125b Abs. 1 Satz 2 GG zur rahmenausfüllenden Gesetzgebung weiterhin *befugt*.⁵⁸

Soweit der durch die Rahmenvorschriften vorgegebene Rahmen überschritten würde,⁵⁹ können die Länder wegen Art. 125b Abs. 1 Satz 3 GG gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG seit dem 1. Januar 2010 von fortbestehendem Bundesrecht aber auch abweichen.

Hinsichtlich der Frage der Waldumwandlung hat der Bund seine landespflegerechtliche Rahmenkompetenz durch § 9 BWaldG ausgeübt. Mit § 9 Abs. 1 Satz 1 BWaldG hat er die Umwandlung von Wald unter Genehmigungsvorbehalt gestellt. § 9 Abs. 1 Satz 2 BWaldG gebietet für die Entscheidung über die Umwandlung eine Abwägung zwischen den Interessen von Waldbesitzern und Gemeinwohlbelangen. § 9 Abs. 3 BWaldG schließlich eröffnet den Ländern Spielräume für die Ausgestaltung der Umwandlungspflichtigkeit und der Genehmigungsfähigkeit im Sinne einer Rahmenausfüllungskompetenz.

(2) Reichweite der bundesrechtlichen Rahmenvorschrift in § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG

Fraglich ist vorliegend, ob die im Gesetzentwurf vorgesehene Vorschrift von dieser Rahmenausfüllungskompetenz mit Blick auf den durch § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG gesetzten

⁵⁷ 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034).

⁵⁸ Eine fortgeltende *Verpflichtung* der Länder zur Rahmenausfüllung wird im Hinblick auf die §§ 5 bis 12 BWaldG wegen deren Fundierung auf mehreren Bundeskompetenzen in der Literatur allerdings verneint; Endres, BWaldG, 2014, § 5 Rn. 3 m.w.N.

⁵⁹ Seiler, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 125b Rn 2.1.

Rahmen erfasst ist.⁶⁰ Hiernach können die Länder bestimmen, dass die Umwandlung von Wald „weiteren Einschränkungen unterworfen oder, insbesondere bei Schutz- und Erholungswald, untersagt wird.“ Die Vorschrift ermächtigt den Landesgesetzgeber damit – in einem gewissen Widerspruch zum Abwägungsgebot nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BWaldG – ausdrücklich auch zu einer absoluten Untersagung einer Waldumwandlung.⁶¹

Zunächst ist festzustellen, dass der Wortlaut der bundesrechtlichen Rahmenvorschrift selber keine Einschränkungen bezüglich der Untersagungstatbestände formuliert. Vor allem sieht sich der Landesgesetzgeber allein durch den Wortlaut auch nicht auf bestimmte besonders schützenswerte Waldarten wie Schutz- und Erholungswald beschränkt („insbesondere“). Bei einer teleologischen Betrachtungsweise könnte man demgegenüber die Auffassung vertreten, dass in Anlehnung an die in § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG exemplarisch aufgeführten Waldarten mit einer erhöhten Schutzbedürftigkeit der Versagungsgrund generell in einer solchen Schutzwürdigkeit der von einem Umwandlungsantrag betroffenen Waldfläche liegen müsse.⁶² Ein Versagungsgrund, der wie der vorliegende eine bestimmte Nachnutzung ausschließen soll, wäre dann zumindest nicht mehr von der Rahmenausfüllungskompetenz gedeckt.

Einer solchen Betrachtungsweise steht jedoch entgegen, dass sich die bundesrechtliche Rahmenvorschrift in § 9 BWaldG ihrem Ziel der Walderhaltung entsprechend selber als grundsätzlich umwandlungsfeindlich darstellt. So unterwirft bereits § 9 Abs. 1 Satz 1 BWaldG als Konsequenz aus den Grundsätzen der Walderhaltung und des funktionsbezogenen Bestandsschutzes die Umwandlung einem Genehmigungsvorbehalt. Das legt die Annahme nahe, dass jeder Versagungsgrund durch die Länder aufgestellt werden kann, der sich aus dem Regelungsgegenstand und dem Schutzzweck des § 9 BWaldG, also dem Erhalt von Waldfunktionen als Ziel des Waldrechts, ergibt. Darüber hinaus sind die im Rahmen einer

⁶⁰ Streng genommen handelt es sich bei § 9 Abs. 3 BWaldG also nicht um eine Öffnungsklausel, sondern um eine Rahmenvorschrift; zu den Landesöffnungsklauseln und Regelungsvorbehalten im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes, bei denen es bei einer originären Länderzuständigkeit bleibt, s. *Wollenschläger*, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Stand August 2018, Art. 72 Rn. 182 m.w.N.

⁶¹ So stellt auch § 10 Abs. 2 Satz 1 ThürWaldG wiederum dem § 9 Abs. 1 BWaldG entsprechend ein Abwägungsgebot auf, wonach zwischen den berechtigten Interessen der Waldbesitzer und Gemeinwohlbelangen abzuwägen ist. Darauf folgend werden in Satz 2 Versagungsgründe aufgelistet. Durch die im Gesetzentwurf vorgesehene systematische Stellung der Vorschrift wird die Entscheidung über eine Waldumwandlung hinsichtlich der Nachnutzung als Standort für WEA einer Abwägung jedoch entzogen.

⁶² Dahin gehend können die Ausführungen bei *Klose/Orf*, *Forstrecht*, 2. Aufl. 1998, § 9 Rn. 23 verstanden werden.

Abwägung zu berücksichtigenden Belange der Allgemeinheit weder in § 9 Abs. 2 BWaldG noch in § 10 Abs. 2 Satz 1 ThürWaldG ausdrücklich auf waldspezifische Belange beschränkt.

Gegen eine teleologische Einschränkung spricht außerdem der Grundsatz der Einheit der Verfassung, welcher in dem Postulat der Auslegung mit Blick auf die Gesamtheit des Kompetenzgefüges zum Ausdruck kommt. Den Ländern sollte mit Art. 72 und 75 GG a.F. ein weiter Spielraum für die Rahmenausfüllung zugestanden werden. Rahmenvorschriften des Bundes mussten der Ausfüllung durch Landesgesetzgebung fähig und ihrer bedürftig sein und der ergänzenden Gesetzgebung der Länder substantielle Freiräume lassen, damit die Länder noch eigenverantwortlich Recht setzen konnten. Die Rahmengesetzgebung setzte deshalb immer voraus, dass das, was den Ländern in eigener Verantwortlichkeit und mit eigenem politischem Gestaltungswillen zu regeln verblieb, von substantieller Wichtigkeit zu sein hatte.⁶³ Das würde durch eine über den Wortlaut der Rahmenvorschrift hinausgehende Beschränkung der Landesgesetzgeber aber konterkariert. Auch der Zweck der Ermächtigungsvorschrift selbst, die es ermöglichen soll, naturräumlich unterschiedliche Situationen in den Ländern zu berücksichtigen,⁶⁴ spricht letztlich gegen eine einschränkende Auslegung.

Damit wahrt die Regelung die Vorgabe der bundesrechtlichen Rahmenvorschrift.

(3) Abweichungsbefugnis

Vorliegend nur hilfsgutachterlich⁶⁵ ist daher zu prüfen, ob sich der Landesgesetzgeber für die im Gesetzentwurf vorgesehene Vorschrift darüber hinaus auch auf die ihm in Art. 125b Abs. 1 Satz 3 i.V.m. Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG zugesprochene Abweichungskompetenz berufen kann. Wie bereits dargestellt, können die Länder auch dann, wenn der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat, für die in Art. 72 Abs. 3 Satz 1 GG genannten Gegenstände durch Gesetz abweichende Regelungen treffen. Dann würde gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht als

⁶³ BVerfGE 111, 226, juris-Rn. 83 ff.

⁶⁴ Thomas, Bundeswaldgesetz, 2013, S. 215 (Anm. 11.2 zu § 9 BWaldG).

⁶⁵ Eine Abweichung im Sinne des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 GG setzt voraus, dass ein Landesgesetz den (nach altem Recht gesetzten) bundesrechtlichen Rahmen übersteigt. Wenn man also mit der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass sich die beabsichtigte Untersagung der Waldumwandlung zur Errichtung von WEA bereits innerhalb der Rahmenvorgaben des § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG bewegt, gelangt man erst gar nicht zur Frage einer Abweichung i.S.d. Art. 72 Abs. 3 GG.

Ausnahme von der Kollisionsnorm des Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht.“) das jeweils spätere Gesetz der älteren Regelung vorgehen (sog. lex posterior-Grundsatz). Im Gegensatz zum Fall einer Wahrnehmung der Rahmengesetzgebungskompetenz durch das Land könnte der Bund hier also weiterhin von seinem Vollzugriff Gebrauch machen und künftig wiederum abweichende Regelungen erlassen. Fraglich ist also, ob die vorliegende Regelung eine Abweichung darstellt, die ferner auch nicht einer abweichungsfesten Materie zugehört.

Der Abweichungsvorbehalt der Länder sollte bei der Föderalismusreform I den Umstand ausgleichen, dass der Bund hinsichtlich der Materien der Rahmengesetzgebung nunmehr abschließende Regelungen treffen kann.⁶⁶ Obgleich Voraussetzungen und Reichweite der Abweichungsgesetzgebung mangels einschlägiger verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung in Einzelheiten ungeklärt sind, besteht in der Literatur soweit ersichtlich Einigkeit darüber, dass eine Abweichung in materieller Hinsicht jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn in der Sache eine nicht inhaltsgleiche Regelung durch ein förmliches Gesetz getroffen wird.⁶⁷ Das ist hier der Fall.⁶⁸

In der Literatur wird darüber hinaus in formeller Hinsicht teilweise gefordert, dass eine Abweichung aus Gründen der Rechtsklarheit ausdrücklich kenntlich gemacht werden müsse.⁶⁹ An diesem Erfordernis in letzter Konsequenz die formelle Verfassungsmäßigkeit und damit die Wirksamkeit eines Gesetzes scheitern zu lassen, erscheint jedoch in Anbetracht des Umstands bedenklich, dass ein Zitiergebot nicht ausdrücklich vorgesehen ist.⁷⁰ Auch das BVerfG lehnt ein solches Zitiergebot ab.⁷¹

⁶⁶ *Uhle*, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 72 Rn. 199; *Degenhart*, NVwZ 2006, 1209 (1212); siehe auch BT-Drs. 16/813, S. 11.

⁶⁷ Vgl. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 43 m.w.N.

⁶⁸ Freilich können die Länder ihrerseits auch keine Regelungen unter Berufung auf eine Abweichungsbefugnis treffen, die schwerpunktmäßig einer Materie zufallen, die der Bund abweichungsfest zu regeln befugt ist. Das ist nach der hier vertretenen Auffassung indes nicht der Fall.

⁶⁹ *Haug*, DÖV 2008, 851 (854); *Degenhart*, NVwZ 2006, 1209 (1213); *Franzius*, NVwZ 2008, 492 (493).

⁷⁰ *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 42. Edition Stand Dezember 2019, Art. 72 Rn. 29: „Grundgesetzlich zwingend ist ein derartiger Vorschlag freilich nicht.“

⁷¹ BVerfGE 147, 253 (355): „Ein darüber hinausgehender Ausdruck gesetzgeberischen Abweichungswillens oder gar die Zitierung derjenigen bundesrechtlichen Vorschriften, von denen abgewichen werden soll, ist indessen von Verfassungs wegen im Rahmen des Art. 125b Abs. 1 Satz 3 GG nicht geboten.“

Mit Blick auf den Bereich der Landespflege gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG sind die allgemeinen Grundsätze des Naturschutzes sowie das Recht des Artenschutzes und des Meeresnaturschutzes ausdrücklich von der Abweichungsbefugnis ausgenommen. Diese Materien bleiben also abweichungsfeste Kernkompetenzen des Bundes. In Betracht kommt als solche vorliegend nur die Regelung von Grundsätzen des Naturschutzrechts. Durch deren Herausnahme aus der Abweichungsgesetzgebung sollte der Bund die Möglichkeit erhalten, in allgemeiner Form bundeseinheitlich verbindliche Grundsätze für den Schutz der Natur vor allem zur Erhaltung der biologischen Vielfalt und zur Sicherung des Naturhaushalts zu erlassen.⁷² Der Tatbestand soll gerade wegen seiner unscharfen Formulierung⁷³ unter Bezugnahme auf den Grundsatz der subsidiären Bundeszuständigkeit gemäß Art. 30, 70 Abs. 1 GG eng auszulegen⁷⁴ sein. Waldrechtliche Vorschriften sind aufgrund ihres den Wald als spezifisches Ökosystem regelnden Gegenstands *besonderes* Naturschutzrecht, was ihre Subsumtion unter die *allgemeinen* Grundsätze des Naturschutzes angesichts der gebotenen engen Interpretation bereits ausschließen dürfte.

d. Ergebnis

Trotz einer nicht unerheblichen bodenrechtlichen Relevanz handelt es sich bei dem im Gesetzentwurf vorgesehenen Verbot der Waldumwandlung zum Zwecke der Errichtung von WEA um eine im Schwerpunkt naturschutz- und landschaftspflegerechtliche Bestimmung i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG. Die Vorschrift unterfällt damit der Abweichungskompetenz der Länder. Sie bewegt sich auch innerhalb der Rahmenausfüllungskompetenz am Maßstab des § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG. Selbst wenn man der Auffassung wäre, die bundesrechtliche Rahmenvorschrift sei teleologisch dahin gehend eng auszulegen, dass sie den Ausschluss einer bestimmten Nachnutzung der umzuwandelnden Waldfläche nicht umfasse, sondern die Länder lediglich ermächtige, besonders schutzbedürftigen Wald vor einer Nutzungsänderung zu schützen, ein landesrechtliches Umwandlungsverbot demzufolge nur in einer erhöhten Schutzwürdigkeit bestimmter Waldflächen begründet liegen könne, dann wäre die Vorschrift allerdings zumindest von der Befugnis der Länder zur Abweichungsgesetzgebung aus Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG gedeckt mit der Folge, dass der Bund nach dem *lex posterior*-Grundsatz wiederum abweichende Regelungen treffen könnte.

⁷² Koalitionsvereinbarung vom 18. November 2005, Anlage 2, Rn. 42; *Haratsch*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 64; *von Stackelberg*, Die Abweichungsgesetzgebung der Länder im Naturschutzrecht, 2012, S. 61 ff.

⁷³ *Fischer-Hüftle*, NuR 2007, 78 (82); *Otto/Sanden*, NuR 2007, 802 (803).

⁷⁴ *Heitsch*, JöR 2009, 333 (346).

2. Beschränkungen der Kompetenzausübung durch entgegenstehendes Bundesrecht

Fraglich ist nunmehr, ob die Ausübung der dem Land zustehenden Regelungsbefugnis durch entgegenstehendes Bundesrecht beschränkt ist. Als Ansätze für eine Kompetenzausübungsbeschränkung zum Zwecke der Harmonisierung von Bundes- und Landesrecht werden in der Literatur das Gebot der Bundestreue sowie ein kompetenzielles Rücksichtnahmegebot diskutiert, während das BVerfG zumeist auf die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung abstellt und nur in seltenen Fällen auf die Kollisionsregel des Art. 31 GG zurückgreift.⁷⁵ Ein Harmonisierungsbedarf mit der Konsequenz eines Zurücktretens der landesrechtlichen Bestimmung würde dann bestehen, wenn die Vorschrift mit Bundesrecht kollidiert. Das setzt voraus, dass Bund und Land auf der Grundlage verschiedener Kompetenztitel denselben Lebenssachverhalt geregelt und dabei widersprüchliche Rechtsfolgen angeordnet haben.⁷⁶

Eine solche Kollision könnte sich für die hier zu untersuchende Vorschrift aus dem Verhältnis der waldrechtlichen Umwandlungsgenehmigung zu den für die Errichtung von WEA als baulichen Vorhaben maßgeblichen Genehmigungsverfahren ergeben. Als solche kommen insbesondere das bau- und das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren sowie das Verfahren einer Planfeststellung in Betracht. Der maßgebliche rechtliche Rahmen eines Genehmigungsverfahrens für WEA hängt von der Gesamthöhe der Anlagen ab. Während Anlagen mit einer Gesamthöhe bis einschließlich 50 Metern lediglich einer baurechtlichen Genehmigung nach den Maßgaben der Bauordnungen der Länder unter Beachtung der Vorschriften zur Bauleitplanung aus dem BauGB des Bundes bedürfen, ist für WEA, die über eine Gesamthöhe von mehr als 50 Metern verfügen, ein Verfahren nach den Vorgaben des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG) durchzuführen.⁷⁷

a. WEA als bauplanungsrechtlich privilegierte Vorhaben im Außenbereich

Der Bundesgesetzgeber hat die Errichtung von WEA im bauplanerischen Außenbereich auf der Grundlage seiner aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG folgenden Gesetzgebungszuständigkeit

⁷⁵ Siehe dazu bereits oben (S. 8); zum Gebot der klaren kompetenziellen Abgrenzung vgl. aus der Rspr. auch BVerwG, DVBl. 1986, 1273; ferner ThürVerfGH, ThürVBl. 4/2020, 95 (96).

⁷⁶ BVerfGE 26, 342 (363); *Leisner*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 5.

⁷⁷ Siehe dazu § 4 BImSchG i.V.m. Anlage 1 Nr. 1.6 der 4. Verordnung zur Durchführung des Bundesimmissionsschutzgesetzes (4. BImSchV); *Hornmann*, NVwZ 2006, 969 (970).

für das Bodenrecht mit § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ausdrücklich privilegiert.⁷⁸ Allerdings sind nach § 35 Abs. 1 BauGB die dort genannten Vorhaben nicht pauschal genehmigungsfähig, sondern nur in Abhängigkeit davon, dass öffentliche Belange nicht *entgegenstehen* und die ausreichende Erschließung gesichert ist. Sonstige (nicht privilegiert zulässige) Bauvorhaben dürfen gemäß § 35 Abs. 2 BauGB öffentliche Belange nicht *beeinträchtigen*. Privilegierung bedeutet im Kontext des § 35 BauGB also, dass eine Abwägung mit den entgegenstehenden öffentlichen Belangen überhaupt erst ermöglicht wird, wobei die Zulässigkeit von WEA im Außenbereich keine aktive planerische Entscheidung der Gemeinden mehr voraussetzt.

Zugleich wurde mit § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB⁷⁹ eine Steuerungsmöglichkeit für die Länder und Gemeinden geschaffen, die Errichtung von WEA durch Flächennutzungspläne und Raumordnungspläne auf bestimmte Standorte im Außenbereich (sog. Vorranggebiete) zu konzentrieren und hierdurch auf den übrigen Flächen auszuschließen.⁸⁰ Das ermächtigt die Länder freilich gerade nicht zur Regulierung der für WEA in Frage kommenden Flächen durch den Erlass eines formellen Gesetzes. Die gesetzlichen Voraussetzungen der bauplanerischen Zulässigkeit sämtlicher Vorhaben im Außenbereich regelt § 35 BauGB vielmehr abschließend.⁸¹ So wies bereits die zur Novellierung des BauGB auf Bundesebene eingesetzte Kommission in ihrem Bericht darauf hin, dass der Landesgesetzgeber gehindert sei, die in den §§ 30 bis 35 BauGB getroffenen vorhabenbezogenen Regelungen durch Landesrecht weiter einzuschränken.⁸²

⁷⁸ Die Privilegierung erfolgte durch das Gesetz zur Änderung des Baugesetzbuchs vom 30.07.1996 (BGBl I, S. 1189) in Reaktion auf die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, nach der WEA nicht unter die zum damaligen Zeitpunkt privilegierten Vorhaben im Außenbereich zählten (BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20.93).

⁷⁹ Die Vorschrift wurde zunächst als § 35 Abs. 3 Satz 4 BauGB eingefügt und erhielt ihren jetzigen Standort in Satz 3 durch das Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuchs an EU-Richtlinien (Europarechtsanpassungsgesetz Bau - EAG Bau) vom 24.06.2004.

⁸⁰ Vgl. BT-Drs. 13/4978, S. 7.

⁸¹ Gemäß der Öffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB hatten die Länder befristet bis zum 31. Dezember 2015 allerdings die Möglichkeit, den Privilegierungstatbestand für WEA bis zu einem festzulegenden Abstand insbesondere zu Wohngebieten auszuschließen; vgl. Artikel 1 Gesetz zur Einführung einer Länderöffnungsklausel zur Vorgabe von Mindestabständen zwischen Windenergieanlagen und zulässigen Nutzungen vom 15. Juli 2014 (BGBl. I S. 954). Davon hatte nur der Freistaat Bayern in seiner Landesbauordnung mit der sog. „10H-Regelung“ Gebrauch gemacht.

⁸² Vgl. BBauBl 2/96 S. 86, 90.

Ferner stellt die neuere verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung hohe Anforderungen an die planerische Steuerung der Standorte für WEA im Außenbereich, indem sie eine strikte Trennung von „harten“ und „weichen Tabuzonen“ einfordert. So geht insbesondere das Thüringer Oberverwaltungsgericht davon aus, dass Waldflächen nicht mehr pauschal als „harte Tabuzone“ eingestuft werden können.⁸³

Vor diesem Hintergrund könnte man dem vorliegenden Gesetzentwurf entgegenhalten, dass mit der Versagung der Waldumwandlung für den spezifischen Zweck einer Nachnutzung als Standort für WEA dem Ergebnis einer bauplanerischen Entscheidung in unzulässiger Weise vorgegriffen und hierdurch die in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB statuierte Entscheidung des Bundesgesetzgebers für eine bauplanungsrechtliche Privilegierung von WEA unterminiert werde. Weil allerdings nach § 29 Abs. 2 BauGB die Vorschriften des Bauordnungsrechts und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften einschließlich naturschutzrechtlicher Bestimmungen des Landesrechts⁸⁴ von den bauplanungsrechtlichen Vorgaben in §§ 30 ff. BauGB unberührt bleiben, könnte von einer kompetenzwidrigen „Aufhebung“ der baurechtlichen Privilegierung von WEA nach § 30 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nur dann ausgegangen werden, wenn der Landesgesetzgeber mit einer Vorschrift in den Zuständigkeitsbereich des Bundes eingreifen würde. Das ist im Ergebnis der oben vorgenommenen Kompetenzabgrenzung nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht Fall.

Waldrecht und Bau(planungs)recht stellen folglich selbständige, nebeneinander bestehende Rechtsgebiete dar.⁸⁵ Nach „einheitlicher Rechtsprechung“⁸⁶ können sich daher die Belange des Waldschutzes auch einer baurechtlichen Privilegierung gegenüber durchsetzen.

⁸³ OVG Weimar, Urteil vom 8. April 2014 – 1 N 676/12: „Wälder, die nicht zu den geschützten Waldgebieten i.S.d. § 9 Abs. 1 ThürWaldG gehören, lassen sich nicht als harte Tabuzonen einordnen.“; siehe auch OVG Lüneburg, Urteil vom 28. August 2013 – 12 KN 22/10 sowie Urteil vom 23. Januar 2014 – 12 KN 285/12; OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ 2020, 253 mit Anmerkung von *Albrecht*.

⁸⁴ *Rieger*, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 9. Aufl. 2019, § 29 Rn. 33 f.; mit Blick explizit auf das Waldrecht *Klose/Orf*, Forstrecht, 2. Aufl. 1998, § 9 Rn. 234.

⁸⁵ *Klose/Orf*, Forstrecht, 2. Aufl. 1998, § 9 Rn. 234 m.w.N.

⁸⁶ *Klose/Orf*, Forstrecht, 2. Aufl. 1998, § 9 Rn. 235 unter Verweis auf zahlreiche Nachweise aus der verwaltungsgerichtlichen Rspr.

b. Konzentrationswirkung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen

Hinsichtlich einer für WEA mit einer Gesamthöhe von über 50 Metern erforderlichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gilt die sog. Konzentrationswirkung nach der Maßgabe des § 13 BImSchG.⁸⁷ Hiernach schließt die immissionsschutzrechtliche Erlaubnis *„andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen ein, insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Zulassungen, Verleihungen, Erlaubnisse und Bewilligungen, mit Ausnahme von Planfeststellungen, Zulassungen bergrechtlicher Betriebspläne, behördlichen Entscheidungen auf Grund atomrechtlicher Vorschriften und wasserrechtlichen Erlaubnissen und Bewilligungen nach den §§ 7 und 8 des Wasserhaushaltsgesetzes“* ein. Hieraus folgt, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung der Errichtung von WEA zugleich die erforderliche Waldumwandlungsgenehmigung enthält, da auch die Entscheidung über eine erforderliche Nutzungsänderung die Anlage als solche betrifft.⁸⁸

Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung soll die Konzentrationswirkung über den Wortlaut des § 13 BImSchG hinausgehend auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht gelten, sodass die nach immissionsschutzrechtlichen Vorgaben zuständige Genehmigungsbehörde ihre Entscheidung insgesamt in eigener Zuständigkeit trifft, wobei die Fachbehörden zwar anzuhören, die fachgesetzlich gegebenenfalls vorgesehenen besonderen Verfahren jedoch nicht durchzuführen und die Stellungnahme der Fachbehörde für die Genehmigungsbehörde nicht verbindlich sein soll.⁸⁹ Hingegen sollen die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der von der Konzentration erfassten Genehmigungen nicht durch die Konzentrationswirkung verdrängt oder abgeschwächt werden. Sie sind vielmehr auch durch die konzentriert zuständige Genehmigungsbehörde vollumfänglich zu prüfen und einzuhalten.⁹⁰ Dieses Erfordernis eines kumulativen Vorliegens der waldrechtlichen Voraussetzungen einer

⁸⁷ Das gilt sowohl für Genehmigungen im förmlichen (§§ 10 ff. BImSchG) als auch im vereinfachten immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren (§ 19 BImSchG); siehe dazu die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages zur Planung und Genehmigung von Windkraftanlagen entlang einer Bundesautobahn (WD 7 - 3000 - 057/09), S. 11 m.w.N.

⁸⁸ So erst kürzlich VGH Mannheim, Beschluss vom 17.12.2019 – 10 S 566/19, Recht der Erneuerbaren Energien (REE) 01-2020, 29 (31) m.w.N; a.A. allerdings Klose/Orf, Forstrecht, 2. Aufl. 1998 Rn. § 9 Rn. 249, wonach die Umwandlungsgenehmigung als selbständiges und im Vorfeld durchzuführendes Verfahren zu sehen sei. Nach der letztgenannten Auffassung verfährt wohl auch die Verwaltungspraxis in Thüringen. Unter Zugrundelegung dieser separaten Betrachtung dürfte eine Kollision bereits von vornherein ausgeschlossen sein.

⁸⁹ Zum Ganzen siehe OVG NRW, Urteil vom 12.04.2013 – 11 A 2301/09.

⁹⁰ Regenfus, JURA 2007, 279 (280).

Umwandlungsgenehmigung schließt eine Normenkollision insofern aus, als dass die Wirksamkeit eines Umwandlungsverbots durch die sonstigen im konzentrierten Verfahren zu prüfenden Voraussetzungen unberührt bleibt.

c. Konzentrationswirkung von Planfeststellungen nach § 75 VwVfG

Neben den dargestellten Einzelgenehmigungsverfahren kommt auch eine Kollision des Umwandlungsverbots mit den Regelungen zur Planfeststellung in Betracht. Wegen der vollständigen Konzentrationswirkung des Planfeststellungsverfahrens wird die Genehmigung zur Waldumwandlung nach § 75 Abs. 1 VwVfG auch durch einen waldbanspruchenden Planfeststellungsbeschluss ersetzt. Die walddrechtliche Umwandlungsgenehmigung gilt dann als mit der Planfeststellung erteilt.⁹¹ Sämtliche materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Umwandlungsfähigkeit sind aber auch durch die planfeststellende Behörde umfassend zu berücksichtigen.⁹² Es handelt sich damit auch hier um keinen Fall einer Normenkollision.

d. Ergebnis

Mangels einer Kollision mit bundesrechtlichen Vorschriften zur Genehmigung von WEA ist der Landesgesetzgeber im Hinblick auf die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung auch nicht in der Ausübung seiner Gesetzgebungszuständigkeit beschränkt.

II. zu Fragen 2 und 3

Die Frage 2 wird so verstanden, dass geprüft werden soll, inwieweit Zielvorgaben des Bundes und des Freistaats Thüringen für den Ausbau erneuerbarer Energien den Landesgesetzgeber dergestalt binden, dass er diese Vorgaben bei seiner gesetzgeberischen Tätigkeit zu beachten hätte.

Ob im Falle des Inkrafttretens des vorliegenden Gesetzentwurfs mit der Konsequenz eines generellen Ausschlusses der Umwandlung von Wald in Thüringen hinreichend Flächen zur Verfügung stünden, um diese Zielvorgaben einhalten zu können (Frage 3), stellt eine

⁹¹ Thomas, Bundeswaldgesetz, 2013, S. 213.

⁹² Klose/Orf, Forstrecht, 2. Aufl. 1998, § 9 Rn. 220.

Tatsachenfrage dar, die durch den Wissenschaftlichen Dienst – zumal in Ermangelung konkreter Informationen hierzu – nicht beantwortet werden kann.⁹³

1. Bindung an landesrechtliche Vorgaben

Eine Selbstbindung von Gesetzgebern an ihre eigenen einfachgesetzlichen Vorgaben wird allgemein unter Hinweis auf die Maßstabsfunktion und den Vorrang des Verfassungsrechts sowie die aus dem Demokratieprinzip hergeleitete Notwendigkeit von Flexibilität bei der politischen Gestaltung im Fall eines sich ändernden Wählerwillens grundsätzlich verneint.⁹⁴ Gegen eine solche Selbstbindung oder gar eine Bindung an untergesetzliche Vorgaben der Exekutive sprechen auch die Wortlaute des Art. 47 Abs. 4 Hs. 1 ThürVerf sowie des über das Homogenitätsprinzip nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG auch für die Länder geltenden und gleichlautenden Art. 20 Abs. 3 Hs. 1 GG.⁹⁵ Demnach soll sich die Gesetzgebung (lediglich) an die „verfassungsmäßige Ordnung“ gebunden sehen. Dabei ist unter verfassungsmäßiger Ordnung in diesem Kontext nur die Verfassung selbst zu verstehen, nicht also auch das gleichrangige übrige einfache Gesetzesrecht desselben Gesetzgebers.⁹⁶

Allerdings werden in grundrechtsdogmatischer Hinsicht Ausnahmen von diesem Grundsatz diskutiert.⁹⁷ So hat insbesondere das BVerfG einem durch eine Vorschrift erfolgenden Bruch

⁹³ Siehe dazu das Schreiben des Thüringer Ministeriums für Infrastruktur, Landwirtschaft und Forsten an den Vorsitzenden des AfILF vom 23. April 2020 zur Beantwortung des Fragenkatalogs der Fraktionen der CDU und der FDP (s. Vorlagen 7/180 und 7/278 zu Drs. 7/62 - Neufassung -). Ebenso kann hier in tatsächlicher Hinsicht nicht abschließend eingeschätzt werden, ob sich infolge der Herausnahme von Waldflächen aus der Anzahl der zur Gewinnung von Windenergie geeigneten Flächen grundrechtlich relevante Belastungen bspw. für Anwohner etwaiger dann für den Betrieb von WEA zu nutzender Flächen ergeben könnten, die gegebenenfalls im Sinne eines planerischen Abwägungsdefizits bzw. als sachwidrige Ungleichbehandlung geltend zu machen wären.

⁹⁴ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 42. Edition Stand Dezember 2019, Art. 3 Rn. 118 m.w.N. unter Hinweis auf den freilich unbeschadet dessen geltenden Grundsatz des Vertrauensschutzes (vgl. dazu unter den Fragen 4 und 5).

⁹⁵ Zu Letzterem s. *Blanke*, in: Linck/Baldus u.a., Die Verfassung des Freistaats Thüringen, 2013, Art. 47 Rn. 3; zur vorrangigen Regelungsbefugnis des Parlamentsgesetzgebers gegenüber der der Rechtssetzung der Exekutive vgl. *Blanke*, a.a.O., Rn. 9.

⁹⁶ Zur sog. Verfassungsbindung des Gesetzgebers vgl. etwa *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 92.

⁹⁷ Zur sog. „normativen Bindungswirkung“ von Legislativakten auf gleicher Normstufe siehe *Leisner-Egensperger*, ThürVBI 2004, 25 ff.; zu den gleichheitsrechtlichen Kriterien der „Systemgerechtigkeit“ und „Folgerichtigkeit“ siehe

eines gesetzlichen Regelungssystem in mehreren Fällen eine rechtfertigungsbedürftige Indizwirkung im Hinblick auf einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zugeschrieben.⁹⁸ Zugleich betont das BVerfG allerdings wiederholt, eine solche Indizwirkung restriktiv zu handhaben, um den letztlich allein ausschlaggebenden Prüfungsmaßstab des Verfassungsrechts nicht unzulässig zu erweitern.⁹⁹ Vor diesem Hintergrund wäre eine Bindung vorliegend allenfalls in dem Fall zu bejahen, wenn aufgrund der im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelung die vom Landesgesetzgeber selbst durch Gesetz vorgegebenen Ausbauziele in keinem Fall mehr zu realisieren wären. Ob dies der Fall ist, kann seitens des Wissenschaftlichen Dienstes nicht eingeschätzt werden.

2. Bindung an bundesrechtliche Zielvorgaben

Fraglich ist eine Verbindlichkeit bundesrechtlicher Zielvorgaben betreffend den Ausbau der Windenergie für den Landesgesetzgeber. Eine solche Bindung könnte dergestalt bestehen, dass es den Ländern verboten wäre, Gesetze zu erlassen, die den energiepolitischen Zielen des Bundes zuwiderliefen. Bundesgesetzliche Zielvorgaben für den Ausbau erneuerbarer Energien enthält das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2017).

So gibt bereits § 1 EEG 2017 einen allgemeinen „Ausbaukorridor“ für erneuerbare Energien vor. Demnach sollen im Jahr 2025 40 bis 45 Prozent des Stroms aus erneuerbaren Energien stammen. Die Ziele des § 1 Abs. 2 Satz 1 EEG 2017 haben Orientierungsfunktion und sollen der Planungssicherheit dienen, sind aber nicht einklagbar.¹⁰⁰ Darüber hinaus wird in § 4 Nr. 1, 2 EEG 2017 ein technologiespezifischer „Ausbau Pfad“ für die Windkraft festgelegt. Wegen der Ausgestaltung des § 4 EEG 2017 als Soll-Vorschrift wird in der Literatur davon

Boysen, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Auflage 2012, Art. 3 Rn. 85 ff.; in steuerrechtlicher Hinsicht vgl. insbesondere § 2 des Gesetzes über verfassungskonkretisierende allgemeine Maßstäbe für die Verteilung des Umsatzsteueraufkommens, für den Finanzausgleich unter den Ländern sowie für die Gewährung von Bundesergänzungszuweisungen (Maßstäbengesetz - MaßstG).

⁹⁸ Siehe aus der Rspr. des BVerfG dahin gehend BVerfGE 9, 20 (28); 59, 36 (49); 61, 138 (149); 68, 237 (253); 75, 382 (395 f.); 76, 130 (139 f.); 78, 104 (123); 81, 156 (207); 85, 238 (247).

⁹⁹ Vgl. etwa BVerfGE 59, 36 (49); 61, 138 (149); 75, 382 (395 f.); vgl. auch BVerfGE 81, 156 (207): „allenfalls“ Indizwirkung.

¹⁰⁰ Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des EEG 2014 (BT-Drs. 16/8148), S. 37; *Strauch*, in: Baumann/Gabler/Günther, EEG, 2019, § 1 Rn. 11; vgl. *Reshöft*, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 35. Mitunter wird allerdings der Gedanke eines *effet utile* im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung des Interpretationsspielraums in Anlehnung an BVerfGE 89, 155 (210) herangezogen.

ausgegangen, dass von den dort bestimmten *Ausbaupfaden* nur abgewichen werden dürfe, wenn besondere Gründe eine solche Abweichung rechtfertigen.¹⁰¹

Insgesamt wird damit § 4 EEG 2017 zwar eine Verbindlichkeit attestiert.¹⁰² Das EEG verpflichtet allerdings als Förderinstrument für den Ausbau erneuerbarer Energien unmittelbar lediglich die Netzbetreiber.¹⁰³

Ferner soll sich eine generelle Bindung der Ländergesetzgeber an die Ziele der Bundespolitik als Schranke ihrer Kompetenzausübung weder aus Art. 31 GG noch aus dem Gebot des bundesfreundlichen Verhaltens noch aus einer Verpflichtung zur kompetenziellen Rücksichtnahme ergeben.¹⁰⁴ Nicht abschließend bewertet werden kann allerdings die Frage, ob ein Verstoß gegen die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gegeben sein könnte, wenn aufgrund der im Gesetzentwurf vorgesehenen Vorschrift die im EEG 2017 festgelegten bundesrechtlichen Zielvorgaben schlechterdings nicht mehr zu realisieren wären.

3. Ergebnis

Hinsichtlich der landesrechtlichen Zielvorgaben für den Ausbau der Windenergie besteht grundsätzlich keine Selbstbindung des Landesgesetzgebers. Die bundesgesetzlich im EEG vorgegebenen Ausbauziele binden den Freistaat Thüringen grundsätzlich ebenfalls nicht in seiner waldrechtlichen Gesetzgebung. Abweichendes könnte allenfalls dann gelten, wenn mit Sicherheit feststünde, dass aufgrund der vorliegend zu prüfenden Vorschrift ein bundesgesetzlich vorgegebenes Ausbauziel verfehlt würde. Ob im Falle des Inkrafttretens des vorliegenden Gesetzentwurfs mit der Konsequenz eines generellen Ausschlusses der Waldumwandlung in Thüringen hinreichend Flächen zur Verfügung stünden, um die Zielvorgaben einhalten zu können, stellt eine Tatsachenfrage dar, die durch den Wissenschaftlichen Dienst – zumal in Ermangelung konkreter Informationen hierzu – nicht beantwortet werden kann.

¹⁰¹ *Strauch*, in: Baumann/Gabler/Günther, EEG, 2019, § 4 Rn. 2; *Ludwigs*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 103. EL Oktober 2019, EEG 2017, § 4 Rn. 2 m.w.N.

¹⁰² *Salje*, EEG 2014, § 3 Rn. 2: „*rechtsverbindlichen Zielwerten*“; *Beckmeyer*, EnWZ 2014, 433 (434): „*verbindliche Ausbaupfade*“.

¹⁰³ Vgl. *Oschmann*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 103. EL Oktober 2019, Einf. Rn. 46.

¹⁰⁴ *Dreier*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 31 Rn. 20 m.w.N.; a. A. wohl nur *Bleckmann*, DÖV 1986, 125 (130).

III. zu Frage 4

Zu prüfen ist, ob eine mit der im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelung gegebenenfalls einhergehende Beeinträchtigung des grundrechtlich geschützten Eigentums zulässig ist. Eine Verletzung der Eigentumsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG¹⁰⁵ liegt vor, wenn das Verbot der Nutzungsänderung von Wald zur Errichtung von WEA den Schutzbereich des Grundrechts in personeller und sachlicher Hinsicht betrifft und in diesen eingreift, ohne dass dieser Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann.

1. Persönlicher Schutzbereich

Die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung bindet neben privaten Waldeigentümern und Nutzungsberechtigten, die sich unstreitig auf den Eigentumsschutz des Art. 14 GG berufen können,¹⁰⁶ insbesondere auch Gemeinden und Kirchen als Eigentümer von Waldflächen. Hinsichtlich dieser Körperschaften des öffentlichen Rechts¹⁰⁷ erscheint hingegen eine Grundrechtsträgerschaft für die Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG problematisch.

a. Kommunen als Waldeigentümer

Den Kommunen spricht das BVerfG eine Grundrechtsberechtigung für Art. 14 GG ab.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Art. 34 ThürVerf ist mit Art. 14 GG inhaltlich übereinstimmend und nahezu wortidentisch; dazu *Fechner*, in: Linck/Baldus u.a., Die Verfassung des Freistaats Thüringen, 2013, Art. 34 Rn. 9. Dem Landesgesetzgeber ist es aufgrund der Bindung der Länder an das Grundgesetz (Art. 1 Abs. 3, 28 Abs. 1 S. 1 GG) ohnehin verwehrt, den grundrechtlich geschützten Eigentumsbegriff enger zu fassen als der Bundesgesetzgeber und das BVerfG in seiner Auslegung des Art. 14 GG; dazu *Fechner*, a.a.O., Art. 34 Rn. 15. Die folgenden Ausführungen gelten daher uneingeschränkt ebenfalls für eine Untersuchung am Maßstab des von Art. 14 GG vollständig überlagerten landesverfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes.

¹⁰⁶ Zum Privatwald s. §§ 3, 4 Nr. 1 ThürWaldG; vgl. auch § 3 Abs. 3 BWaldG. Da Eigentum nicht an die natürliche Eigenschaft des Menschen anknüpft, ist die Eigentumsgarantie ihrem Wesen nach auf inländische juristische Personen des Privatrechts anwendbar; s. Art. 19 Abs. 3 GG und den übereinstimmenden Art. 42 Abs. 2 ThürVerf. Wegen des europarechtlichen Diskriminierungsverbots in Art. 18 AEUV sowie des Anwendungsvorrangs der Grundfreiheiten im Binnenmarkt nach Art. 26 Abs. 2 AEUV muss dies bei hinreichendem Inlandsbezug auch für juristische Personen des Privatrechts aus anderen EU-Mitgliedstaaten gelten; dazu BVerfGE 129, 78 (94); *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, GG, 28. EL Oktober 2019, Art. 14 Rn. 344; vgl. auch *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 3.

¹⁰⁷ Zum Körperschaftswald s. § 4 Nr. 2 ThürWaldG; vgl. auch § 3 Abs. 2 BWaldG.

¹⁰⁸ BVerfGE 61, 82 (100, 105 ff.).

Die Rechtsordnung gebe den Gemeinden zwar die Möglichkeit, über privatrechtliches Eigentum zu verfügen. Damit sei aber nicht bestimmt, dass dieses auch einen Grundrechtsschutz genieße. Soweit kommunales Eigentum der Erfüllung öffentlicher Aufgaben gewidmet sei, komme ein Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG von vornherein nicht in Frage. Aber auch soweit das gemeindliche Eigentum eine privatrechtliche Ausgestaltung erfahren habe, bestehe kein Schutz durch die Eigentumsfreiheit, da eine besondere grundrechtstypische Gefährdung nicht gegeben sei. In der Hand von Kommunen diene das Eigentum nicht dem Zweck, auf den sich der Grundrechtsschutz gründe, und der darin bestehe, dem Eigentümer als Grundlage seiner Initiative in eigenverantwortlichem privatem Interesse von Nutzen zu sein. Art. 14 GG schütze „nicht das Privateigentum, sondern das Eigentum Privater“.¹⁰⁹

Diese pauschale Ablehnung der Grundrechtsberechtigung für Kommunen trifft zwar in Teilen der Literatur und der landesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auf Widerspruch,¹¹⁰ ist aber ständige Judikatur des BVerfG.¹¹¹ Den kommunalen Waldbesitzern bleibt damit eine Berufung auf den grundrechtlichen¹¹² Eigentumsschutz verwehrt.

b. Kirchen als Waldeigentümer

Obgleich sich juristische Personen des öffentlichen Rechts nach vorherrschender Auffassung aus den dargestellten Erwägungen grundsätzlich nicht auf die Eigentumsfreiheit berufen können, wird hiervon hinsichtlich der öffentlich-rechtlich verfassten Religionsgemeinschaften

¹⁰⁹ Zum Ganzen s. grundlegend BVerfGE 61, 82 (100, 105 ff.); vgl. ferner *Fechner*, in: Linck/Baldus u.a., Die Verfassung des Freistaats Thüringen, 2013, Art. 34 Rn. 21 m.w.N.

¹¹⁰ *Schnapp*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. II, 2006, § 52 Rn. 22 ff.; *Wieland*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 86 m.w.N.; aus der Rspr. vgl. BayVerfGH, BayVBl. 1984, 655.

¹¹¹ *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 19 Abs. 3 Rn. 46 m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG (dort Fn. 9) und der zustimmenden Literatur (dort Fn. 10); siehe auch *Poschmann*, Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, 2000, S. 227 ff., 235 ff.

¹¹² Die den Gemeinden verwehrt Grundrechtssubjektivität bedeutet freilich nicht, dass sie die ihr nach der einfachgesetzlichen Rechtsordnung aus dem Eigentum zustehenden Rechte (§ 903 BGB) nicht geltend machen könnten; BVerfGE 98, 17 (47); vgl. auch *Poschmann*, Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, 2000, S. 238 m.w.N. In Betracht käme ferner ein grundrechtsähnlicher Schutz der Gemeinden am Maßstab des kommunalen Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 91 Abs. 1, 2 ThürVerf, zu dem insbesondere die gemeindliche Planungshoheit im Bereich der Bauleitplanung zählt. Beides dürfte aber jedenfalls nicht weiter reichen als der Grundrechtsschutz von Privaten, da die Selbstverwaltung der Gemeinden lediglich „im Rahmen der Gesetze“ garantiert wird, also letztlich wie Art. 14 Abs. 1 GG unter einem Gesetzvorbehalt steht.

einheitlich eine Ausnahme gemacht.¹¹³ Ihnen wird eine Grundrechtsberechtigung mit Blick auf Art. 14 GG zugestanden, weil es sich um organisatorisch eigenständige, vom Staat unabhängige Einrichtungen handle, die der gemeinschaftlichen Verwirklichung individueller Grundrechte zu dienen bestimmt seien.¹¹⁴

Daneben gewährt auch der durch Art. 140 GG ins Grundgesetz und durch Art. 40 ThürVerf ins Landesverfassungsrecht inkorporierte Art. 138 Abs. 2 Weimarer Reichsverfassung (WRV) den Religionsgesellschaften einen verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz bezüglich ihrer zu Kultus-, Unterrichts- und Wohltätigkeitszwecke bestimmten Vermögen.¹¹⁵ Der Schutz durch diese sog. Kirchengutsgarantie tritt nach ganz herrschender Meinung neben den Grundrechtsschutz aus Art. 14 GG,¹¹⁶ schließt diesen aber keinesfalls aus¹¹⁷ und begründet auch nicht erst dessen Anwendbarkeit auf die Religionsgemeinschaften¹¹⁸.

Da ein durch Art. 138 Abs. 2 WRV verstärkter Eigentumsschutz allenfalls hinsichtlich solcher Vermögen gelten könnte, die den hierin genannten Zwecken gewidmet sind, eine derartige Zweckwidmung hinsichtlich der für eine Nutzungsänderung zur Errichtung von WEA in Betracht kommenden Waldflächen aber auszuschließen sein dürfte, kann die in der Literatur diskutierte Frage, ob Art. 138 Abs. 2 WRV einen über Art. 14 GG hinausgehenden Schutz

¹¹³ *Wieland*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 85; *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL 2019, Art. 14 Rn. 334; *Schmidt*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, GG Art. 14 Rn. 8; vgl. auch BVerfGE 21, 362 (369); BVerfG, NVwZ 1999, 753 (755); OVG BW, DVBl 1988, 1225.

¹¹⁴ *Deppenheuer/Froese*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 107, 196; *Wendt*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 19; zu diesem Kriterium im Allgemeinen BVerfGE 15, 256 (262); 18, 385 (386 f.); 19, 1 (5); 21, 362 (373 f.); 31, 314 (322); 42, 312 (321 f.); 45, 63 (79); 53, 366 (387); 59, 231 (254); 61, 82 (102 f.).

¹¹⁵ *Fechner*, in: Linck/Baldus u.a., Die Verfassung des Freistaats Thüringen, 2013, Art. 34 Rn. 21.

¹¹⁶ *Wendt*, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 19; *Axer*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, 42. Ed. Stand Dezember 2019, Art. 140 Rn. 31 m.w.N.: „*nebeneinander anwendbar*“; vgl. auch *Schmahl*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 140 GG, Art. 138 WRV Rn. 3: „*steht in engem Zusammenhang*“; *Mager*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 140 Rn. 77, 98 und *dies.*, a.a.O., Bd. 1, Art. 4 Rn. 90.

¹¹⁷ A.A. soweit ersichtlich nur *Dicke*, in: von Münch, GG, Bd. 1, 2. Aufl. 1981, Art. 14 Rn. 7; offen gelassen von *Bryde*, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 14 Rn. 10.

¹¹⁸ Dahin gehend allerdings *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 14 Rn. 341 f.

vermittelt,¹¹⁹ hier offen bleiben. Neben den privaten Waldeigentümern genießen also auch die Kirchen im Gegensatz zu den Gemeinden den Grundrechtsschutz aus Art. 14 GG.

2. Materieller Schutzbereich

Das grundrechtlich garantierte Eigentum umfasst alle vermögenswerten Rechtspositionen, die den Berechtigten von der Rechtsordnung in einer Weise zugeordnet werden, dass sie die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung ausüben dürfen.¹²⁰ Das schließt auch das Privateigentum an Grundstücken und alle aus diesem abgeleiteten Rechte ein.¹²¹ Geschützt ist dabei nicht nur der Bestand des Eigentums, sondern auch dessen Nutzung.¹²² Zur Nutzung von Grundstücken zählt auch die Baufreiheit als Ausfluss des grundrechtlichen Eigentumsschutzes.¹²³ Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG schützt damit auch die Nutzung von Waldgrundstücken einschließlich ihrer Bebaubarkeit.¹²⁴ Somit ist der sachliche Schutzbereich ebenfalls eröffnet.

3. Eingriff

Hinsichtlich Eingriffen in das Eigentumsrecht differenziert das BVerfG in seiner ständigen Rechtsprechung strikt zwischen Enteignungen nach Art. 14 Abs. 3 GG auf der einen sowie Inhalts- und Schrankenbestimmungen gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG auf der anderen Seite, da für beide Eingriffsarten unterschiedliche Schrankenregelungen und insbesondere unterschiedliche Entschädigungsregime gelten.¹²⁵

¹¹⁹ Dazu ausführlich und i.E. unter Hinweis auf Art. 14 Abs. 3 als „äußerste Schutzvorschrift des Eigentums“ und Art. 137 Abs. 3 WRV verneinend *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, GG, 89. EL Oktober 2019, Art. 14 Rn. 341 f.; *Depenheuer/Froese*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 196 halten das Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 14 GG und Art. 138 Abs. 2 WRV unter Hinweis auf BVerfGE 18, 392 (398) generell für irrelevant, da der Eigentumsbegriff beider Verfassungsgarantien gleich sei.

¹²⁰ BVerfGE 112, 93 (107).

¹²¹ *Papier/Shirvani*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 160 f. m.w.N.

¹²² BVerfGE 88, 366, (377); 105, 252 (277 f.); *Fechner*, in: Linck/Baldus u.a., Die Verfassung des Freistaats Thüringen, 2013, Art. 34 Rn. 15, 18 m.w.N.

¹²³ BVerfGE 35, 263 (276).

¹²⁴ Vgl. bereits ThürVerfGH, Beschluss vom 07.09.2010 – 27/07.

¹²⁵ Grundlegend: BVerfGE 58, 300 (331) – sog. Nassauskiesungs-Beschluss; *Lege*, JZ 2011, 1084 (1084 f.)

Dabei wird Enteignung definiert als gezielte Entziehung des Eigentums zu einem bestimmten Zweck.¹²⁶ Demgegenüber legen Inhalts- und Schrankenbestimmungen für eine Vielzahl von Fällen den Umfang von Rechten und Pflichten fest, die mit dem Eigentum an einer Sache verbunden sind.¹²⁷ Die grundrechtlich geschützten Vermögenspositionen werden dann also lediglich in ihrem Umfang definiert und begrenzt. Die Rechtsprechung stuft Regelungen, welche die Nutzung eines Grundstücks aus Gründen des Natur- und Landschaftsschutzes begrenzen, generell als Schrankenbestimmungen ein.¹²⁸ Bei dem hier zu prüfenden Verbot der Umwandlung von Wald zum Bau von Windkraftanlagen handelt es sich demnach um keine Enteignung, sondern um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung.

Weil der Genehmigungsbehörde keinerlei Einschätzungsspielraum verbleibt, ergibt sich das Verbot der Umwandlung von Wald zur Errichtung von WEA als absoluter Versagungsgrund bereits aus der Regelung selbst. Die Nutzungsfreiheit des Waldeigentums wird damit über das bereits bestehende Maß hinaus weiter eingeschränkt. Das stellt einen rechtlichen Nachteil für die grundrechtsberechtigten Eigentümer von Wald in Gestalt einer Verkürzung ihrer Rechte gegenüber der bisherigen Rechtslage und folglich einen Eingriff dar.¹²⁹

4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Ein Eingriff in Gestalt einer Inhalts- und Schrankenbestimmung ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn die Regelung mit sämtlichen Verfassungsnormen im Einklang steht. Insbesondere sind die rechtsstaatlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes zu wahren.

¹²⁶ BVerfGE 104, 1 (9).

¹²⁷ BVerfGE 58, 300 (330).

¹²⁸ BVerwGE 84, 361 (367); vgl. auch BGHZ 121, 78 (80); 121, 328 (332); 123, 242 (245). Die Rechtsprechung sieht naturschutzrechtliche Bestimmungen als immanente Beschränkung der Eigentümerbefugnisse aufgrund der vorhandenen Situationsgebundenheit des Grundstücks an. Auch die Genehmigungspflicht selbst stellt als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dar; vgl. Thomas, Bundeswaldgesetz, 2013, S. 206 m.w.N.

¹²⁹ Soweit in der Literatur betont wird, Inhalts- und Schrankenbestimmungen seien gerade keine Eingriffe im eigentlichen Sinne, sondern Bestimmungen, die den Schutzbereich des Eigentums erst definieren, handelt es sich letztlich um ein rein terminologisches Problem, da Inhalts- und Schrankenbestimmungen jedenfalls unter dem einfachen Gesetzesvorbehalt stehen; vgl. *Sodan*, in: *Sodan*, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 30 ff.

a. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Das Umwandlungsverbot zur Errichtung von WEA ist verhältnismäßig, wenn es einen legitimen Zweck verfolgt, den zu verwirklichen es geeignet, erforderlich und angemessen ist. Mit der Walderhaltung und dem Schutz des Waldes vor Umweltschädigungen verfolgt die Regelung ein legitimes Ziel (vgl. Art. 20a GG; Art. 31 ThürVerf). Der pauschale Ausschluss von WEA ist auch nicht schlechterdings ungeeignet, Waldflächen zu erhalten. Die Regelung erscheint weiter auch geboten, da ein im Vergleich zur kategorischen Untersagung milderes und dabei gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des legitimen Zwecks nicht zur Verfügung stehe dürfte.

Fraglich ist, ob die Vorschrift auch angemessen, das heißt den Grundrechtsberechtigten gegenüber zumutbar, ist. Dafür ist zwischen den berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Waldeigentümer und dem Sozialgebot abzuwägen, um diese Verfassungsgüter in einen schonenden Ausgleich im Sinne praktischer Konkordanz zu bringen.¹³⁰ Bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Inhalts und der Schranken des Eigentums muss der Gesetzgeber also sowohl die verfassungsrechtliche Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG als auch die Sozialbindung nach Art. 14 Abs. 2 GG hinreichend beachten. Das Sozialgebot stellt dabei nicht nur einen Rechtfertigungsgrund, sondern zugleich auch eine Schranke für die dem Eigentum aufzuerlegenden Belastungen dar.¹³¹ Insoweit können sich Waldbesitzer auch positiv darauf berufen, den grundsätzlich von der Rechtsordnung etwa in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und im EEG geförderten Zweck des Ausbaus von Windenergie verwirklichen zu wollen.

Allerdings gilt der Grundsatz, dass je mehr das Eigentum in seinen wirtschaftlichen und sozialen Bezügen steht, desto weiter der *staatliche* Anspruch auf dessen inhaltliche Konkretisierung und Sozialbindung reicht. Umgekehrt unterliegt die inhaltliche Ausgestaltung des Eigentums engeren Schranken, wenn sie den individuellen Kernbereich der Freiheitsentfaltung betrifft.¹³² Insbesondere das BVerfG schreibt dem Grundeigentum wegen der Unentbehrlichkeit und Begrenztheit des Bodens generell einen hohen sozialen Bezug zu.¹³³ Dabei sollen Beschränkungen im Sinne von Inhalts- und Schrankenbestimmungen für

¹³⁰ BVerfGE 143, 246 (341).

¹³¹ BVerfG 100, 226 (241).

¹³² BVerfGE 50, 290 (322).

¹³³ BVerfGE 87, 114 (146); *Sodan*, in: Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 33 m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG.

die Grundrechtsträger nur dann unzumutbar und damit die Grenzen der Verhältnismäßigkeit erst erreicht sein, wenn die Nutzbarkeit des Eigentums an Grundstücken derart eingeschränkt wird, dass eine sinnvolle Nutzung durch den Eigentümer hinfällig und die Eigentümerstellung nur noch als Belastung erscheint.¹³⁴

Zu beachten ist, dass der Bau und Betrieb von WEA auf Waldflächen ohnehin grundsätzlich untersagt und nach der Konzeption von § 9 BWaldG und § 10 ThürWaldG auch die Umwandlung von Wald im Grundsatz verboten und nur ausnahmsweise genehmigungsfähig ist. Wenn hinsichtlich dieser inhalts- und schrankenbestimmenden Vorschriften in der aus den besonderen Funktionen des Waldes folgenden erhöhten sozialen Bindung eine Rechtfertigung für an die Waldeigenschaft eines Grundstücks anknüpfende Eingriffe in das grundrechtlich garantierte Eigentum gesehen wird, so muss dies auch für einen Tatbestand gelten, der nur eine Rückausnahme von einem grundsätzlichen Verbotstatbestand mit Genehmigungsvorbehalt darstellt, indem er den Erlaubnisvorbehalt dadurch verkürzt, dass er ihn für eine spezifische Nachnutzung ausschließt. Das muss zumindest soweit gelten, wie die Auswahl eben dieser Nachnutzung nicht ihrerseits willkürlich erscheint. Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs stellt sich die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung nicht als unverhältnismäßig dar.

b. Vertrauensschutzprinzip

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Eigentumseingriffen schreibt das BVerfG neben dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auch dem Grundsatz des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes eine besondere Bedeutung zu.¹³⁵ Insofern ist fraglich, ob ein von der Eigentumsgarantie geschütztes Vertrauen von Waldeigentümern auf die Erzielung etwaiger, im Vergleich zur forstlichen Bewirtschaftung erhöhter und dabei eine Waldumwandlung voraussetzender Gewinne aus dem Betrieb von WEA besteht.

Dem Gesetzgeber soll es allerdings durch Art. 14 GG nicht verwehrt sein, das Entstehen von Rechten, die nach der bisher geltenden Rechtslage möglich gewesen waren, für die Zukunft auszuschließen.¹³⁶ So fallen nach einhelliger Auffassung wirtschaftliche Gewinnchancen und Situationsvorteile nicht in den Schutzbereich des Art. 14 GG, auch wenn sie einen

¹³⁴ Vgl. BVerfGE 100, 226 (243); *Roller*, NJW 2001, 1003 (1007).

¹³⁵ *Sodan*, in: *Sodan*, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 36 ff.

¹³⁶ BVerfGE 143, 246 (342).

wirtschaftlichen Wert verkörpern. Insbesondere, wenn die beabsichtigte Eigentumsnutzung von einer öffentlichen Erlaubnis abhängt, soll sich die Eigentumsgewährleistung nicht auf den Erwerb von aus der Nutzung zu erwartenden Vorteilen erstrecken.¹³⁷

5. Ergebnis

Die im Entwurf vorgesehene Regelung verstößt nicht gegen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie. Während es waldbesitzenden Kommunen bereits verwehrt ist, sich auf den grundrechtlichen Eigentumsschutz zu berufen, ist die Vorschrift mit Blick auf Privat- und Kirchenwald als Inhalts- und Schrankenbestimmung wegen der besonderen Sozialbindung des Waldeigentums verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

IV. zu Frage 5

Zu prüfen ist, ob für gegebenenfalls bereits nach geltendem Recht vorangetriebene Planungen oder Investitionen in die Errichtung von WEA auf Waldflächen in Erwartung einer durch die Regelung ausgeschlossenen Umwandlungsgenehmigung eine Entschädigung des entstandenen Aufwandes zu gewähren wäre. Die rechtlichen Grundlagen für entsprechende staatshaftungsrechtliche Entschädigungs- und Ersatzansprüche hängen zunächst davon ab, ob sich das staatliche Handeln als rechtswidrig oder rechtskonform darstellt. Davon ausgehend, dass das Gesetz auch über die hier dargestellten Gesichtspunkte hinaus keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet, kämen Ansprüche aus den folgenden haftungsrechtlichen Vorschriften bzw. Instituten in Betracht:¹³⁸

1. Enteignungsentschädigung und Vorrang des Bestandsschutzes

Während die Enteignung gemäß Art. 14 Abs. 3 GG stets entschädigungspflichtig ist, sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen und nur ausnahmsweise ausgleichspflichtig. Deshalb kann eine Entschädigung auf der Grundlage des Art. 14 Abs. 3 GG (etwa nach §§ 8 ff. Thüringer Enteignungsgesetz oder §§ 93 ff. BauGB) nur für Enteignungen gewährt werden.¹³⁹

¹³⁷ Vgl. BVerfGE 28, 119 (142); 30, 292 (334); 81, 29 (31 ff.). Das schließt freilich noch nicht eine Berufung auf Art. 12 GG oder einen subsidiären Schutz aus Art. 2 Abs. 1 GG aus.

¹³⁸ Ersatz für rechtswidriges Handeln gewähren der Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG und der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff.

¹³⁹ Ständige Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 58, 300; vgl. *Kemmler*, JA 2005, 156 (157 f.).

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist eine Entschädigung für ausnahmsweise ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen auch in analoger Anwendung des Art. 14 Abs. 3 GG aufgrund des Vorrangs des Bestandsschutzes und des primären Rechtsschutzes vor der Geltendmachung einer Geldentschädigung ausgeschlossen („kein Dulde und Liquidiere“), weshalb es stets einer einfachgesetzlichen Entschädigungsregelung für die Eingriffsnorm bedarf.¹⁴⁰

2. Anspruch aus § 30 Abs. 1 ThürWaldG

Als eine solche spezialgesetzliche Anspruchsgrundlage kommt vorliegend § 30 ThürWaldG in Betracht. Gemäß dessen Absatz 1 hat der Waldbesitzer *„Anspruch auf Entschädigung und Ausgleichszahlung für Nachteile, die ihm durch dieses Gesetz [Anm.: das ThürWaldG] oder durch in anderen Auflagen festgelegten Bewirtschaftungsvorschriften gegenüber uneingeschränkt ordnungsgemäßer Waldbewirtschaftung entstehen.“*

Dieser Entschädigungstatbestand ist im ThürWaldG bereits seit dessen erstmaligen Erlass enthalten. In der Gesetzesbegründung¹⁴¹ wird diesbezüglich lediglich ausgeführt: *„Gehen die Belastungen, die dem Waldbesitzer durch besondere, dem Allgemeinwohl dienende Auflagen entstehen, über die Sozialpflichtigkeit des Eigentums hinaus, so ist ihm eine Entschädigung zu zahlen. Diese Vorschrift bietet die Rechtsgrundlage dafür und benennt die zur Zahlung der Entschädigung Verpflichteten.“*

a. Entschädigungsanspruch für Waldeigentümer

Demzufolge handelt es sich bei § 30 Abs. 1 ThürWaldG um eine Anspruchsgrundlage für eine Entschädigung im Falle einer ausnahmsweise ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung. Ein Ausgleichsanspruch setzt daher voraus, dass eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG in so hohem Maße belastend wirkt, dass sie auch unter Berücksichtigung der Sozialgebundenheit des Eigentums vom Betroffenen nicht mehr hingenommen werden muss und deswegen mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur noch dadurch in Einklang gebracht werden kann, dass ein

¹⁴⁰ BVerfGE 100, 226 (245); *Papier*, DVBl. 2000, 1398 (1404); Vgl. *Sodan*, in: *Sodan*, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 35 m.w.N.

¹⁴¹ Drs. 1/1965, S. 39.

Ausgleichsanspruch eine Abmilderung der Belastung ermöglicht.¹⁴² Eine Ausgleichspflicht ist folglich nur in den Fällen geboten, in denen eine an sich zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung im Einzelfall zu unverhältnismäßigen oder gleichheitswidrigen Belastungen führt.¹⁴³ Das ist wiederum dann der Fall, wenn sich der Eingriff auf einen Betroffenen wie eine Enteignung auswirkt, insbesondere also bei einer völligen, übergangs- und ersatzlosen Beseitigung einer Rechtsposition. Das ist vorliegend grundsätzlich nicht der Fall,¹⁴⁴ kann allerdings für etwaig auftretende Einzelfälle nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen werden.

b. Ausgleichsanspruch für Investitionen von WEA-Betreibern

In gleichheitsrechtlicher Hinsicht (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 ThürVerf) stellt sich im Hinblick auf Betreiber von WEA, die zwar regelmäßig nicht selbst Waldeigentümer sein dürften, aber zumindest potenziell als unmittelbare Besitzer (z.B. als Pächter) nutzungsberechtigt und damit *Waldbesitzer* i.S.d. § 3 ThürWaldG sein könnten, die Frage, ob eine mit der vorgesehenen Regelung einhergehende Ungleichbehandlung in Relation zu Betreibern sonstiger Vorhaben eine ausnahmsweise Ausgleichspflicht auslösen könnte. In diesem Zusammenhang könnte ferner von einer objektiv berufsregelnden Tendenz der Vorschrift und in dieser Konsequenz von einer Betroffenheit der Berufsfreiheit von WEA-Betreibern nach Art. 12 GG und Art. 35 Abs. 1 ThürVerf auszugehen sein, sodass ein Ausgleichsanspruch auch auf dem Vertrauen von Investoren in eine nach geltendem Recht gegebenenfalls zu erteilende Genehmigung einer Waldumwandlung gründen könnte.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG verlangt das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Gebot der Rechtssicherheit, dass der Grundrechtsberechtigte die ihm gegenüber möglichen staatlichen Eingriffe voraussehen und sich entsprechend darauf einstellen können muss. Er muss insbesondere darauf vertrauen können, dass sein dem derzeit geltenden Recht entsprechendes Handeln von der Rechtsordnung mit allen ursprünglich damit verbundenen Rechtsfolgen anerkannt bleibt.¹⁴⁵ Dieses Vertrauen wird enttäuscht, wenn der Gesetzgeber

¹⁴² BVerfGE 58, 137 (145 ff.); 79, 174 (192); vgl. auch BVerwGE 77, 295 (298); 80, 184 (191 f.).

¹⁴³ *Wieland*, in: Dreier, GG, Band 1, 3. Aufl. 2013, Art. 14 Rn. 152.

¹⁴⁴ Siehe dazu oben S. 38 f.

¹⁴⁵ BVerfGE 7, 89 (92); 13, 261 (271).

an bereits abgeschlossene Tatbestände im Nachhinein ungünstigere Folgen knüpft als diejenigen, von denen der Bürger bei seinem Verhalten ausgehen durfte.¹⁴⁶

Inwieweit das Vertrauen in eine bestehende Rechtslage schützenswert ist, muss in jedem Einzelfall ermittelt werden. Dazu unterscheidet das BVerfG zwischen der sog. echten (retroaktiven) Rückwirkung und der sog. unechten (retrospektiven) Rückwirkung von Gesetzen.¹⁴⁷ Echte Rückwirkung liegt nur dann vor, wenn ein Gesetz nachträglich in abgeschlossene, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift („Rückbewirkung von Rechtsfolgen“). Demgegenüber spricht man von einer unechten Rückwirkung, wenn das Gesetz nur auf gegenwärtige, also noch nicht tatsächlich abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt („tatbestandliche Rückanknüpfung“).¹⁴⁸

Eine echte Rückwirkung enthält die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung nicht. Eine unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, da ansonsten jede Gesetzesänderung besonders rechtfertigungsbedürftig wäre. Die Grenze der Änderungsbefugnis ist nach der Rechtsprechung des BVerfG erst dann erreicht, wenn entweder die Änderung jedes sachlichen Grundes entbehrt und dadurch im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG willkürlich ist oder wenn die Neuregelung, obwohl sie von Sachgründen getragen ist, ausnahmsweise hinter ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen zurücktreten muss, das auf die Beibehaltung der nach der bisherigen Rechtslage bevorstehenden günstigeren Rechtsfolge seines vergangenen Handelns gerichtet ist.¹⁴⁹ Insoweit ist vorliegend bereits nicht ersichtlich, dass durch den Gesetzgeber ein besonderer Vertrauenstatbestand im Hinblick auf eine Genehmigungsfähigkeit von Nutzungsänderungen des Waldes zum Zwecke der Errichtung von WEA gesetzt worden wäre.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der Erschütterung eines besonders schutzwürdigen Vertrauens erforderlichenfalls durch die Schaffung von Übergangsregelungen vorgebeugt werden oder ihre Folgen durch Entschädigungsregeln ausgeglichen werden kann, und ein ohnehin nur ausnahmsweise überwiegendes Vertrauen jedenfalls ausgeschlossen sein soll,

¹⁴⁶ BVerfGE 30, 272 (285); 45, 142 (168); 105, 17 (36).

¹⁴⁷ BVerfGE 11, 139 (145 f.).

¹⁴⁸ BVerfGE 72, 200 (241 ff.); 97, 67 (78 f.); 105, 17 (36 f.).

¹⁴⁹ BVerfGE 72, 200 (254); *Voßkuhle/Kaufhold*, JuS 2011, 794 (795).

wenn mit dem Inkrafttreten eines Gesetzes hätte gerechnet werden müssen.¹⁵⁰ Weil die Rechtsprechung Gesetzentwürfen bereits dann einen „Ankündigungseffekt“ zuschreibt, wenn sie Gegenstand einer wahrnehmbaren öffentlichen Diskussion sind,¹⁵¹ und darüber hinaus bereits andere Bundesländer eine entsprechende Regelung in ihre Waldgesetze aufgenommen haben,¹⁵² dürfte vorliegend eher nicht von einer überraschenden Rechtsänderung auszugehen sein, sodass ein überwiegendes schützenswertes Interesse wohl auch aus diesem Grund ausscheiden würde.

3. Anspruch aus enteignendem Eingriff

Der aus dem Rechtsgedanken der Aufopferung und den gewohnheitsrechtlich geltenden Regeln der §§ 74, 75 Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten (ALR) entwickelte Anspruch aus enteignendem Eingriff soll unvorhersehbare Nebenfolgen einer rechtmäßigen Maßnahme ausgleichen. Der enteignende Eingriff soll dabei aber nicht in einer insoweit spezielleren Inhalts- und Schrankenbestimmung bestehen können¹⁵³ und scheidet somit schließlich ebenfalls aus.

4. Ergebnis

Auf der Grundlage der im Entwurf vorgesehenen Regelung abgelehnte Änderungen der Nutzungsart von Wald dürften grundsätzlich keine staathaftungsrechtlichen Ersatz- oder Entschädigungsansprüche von Waldeigentümern oder Investoren in WEA auslösen. Dabei ist allerdings eine in besonderen Einzelfällen auftretende Ausgleichspflicht nicht pauschal auszuschließen.

¹⁵⁰ BVerfGE 76, 256 (350); vgl. auch BVerfGE 135, 1 (22); *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 297.

¹⁵¹ BGHZ 158, 354 (359 f.).

¹⁵² § 8 Abs. 1 Satz 3 LWaldG S.-A; unter Beschränkung auf WEA mit einer Höhe von über 10 Metern auch § 9 Abs. 3 Satz 3 LWaldG S.-H.

¹⁵³ *Kemmler*, JA 2005, 156 (157 f.).

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

Die im Gesetzentwurf enthaltene Regelung begegnet unter den hier zu prüfenden Aspekten keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Zu Frage 1:

Bei dem Verbot einer Änderung der Nutzungsart von Wald zum Zwecke der Errichtung von WEA handelt es sich in kompetenzrechtlicher Hinsicht trotz einer nicht unerheblichen bodenrechtlichen Relevanz um eine landespflegerechtliche Bestimmung i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 29 GG. Die Vorschrift unterfällt damit der Abweichungskompetenz der Länder. Sie bewegt sich auch innerhalb der Rahmenausfüllungskompetenz am Maßstab des § 9 Abs. 3 Nr. 2 BWaldG. Selbst wenn man der Auffassung wäre, die bundesrechtliche Ermächtigung zur Rahmenausfüllung sei dahin gehend eng auszulegen, dass ein landesrechtliches Umwandlungsverbot in einer erhöhten Schutzwürdigkeit bestimmter Waldflächen begründet liegen müsse, dann wäre die Vorschrift allerdings zumindest von der Befugnis der Länder zur Abweichungsgesetzgebung aus Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GG gedeckt mit der Folge, dass der Bund nach dem lex posterior-Grundsatz wiederum abweichende Regelungen durch Gesetz erlassen könnte.

Mangels einer Kollision mit bundesrechtlichen Vorschriften zur Genehmigung von WEA ist der Landesgesetzgeber im Hinblick auf die im Gesetzentwurf vorgesehene Regelung auch nicht in der Ausübung der ihm zukommenden Gesetzgebungszuständigkeit beschränkt. Insbesondere kollidiert die vorgesehene Vorschrift wegen der Unberührtheitsklausel des § 29 Abs. 2 BauGB nicht mit dem Privilegierungstatbestand für WEA in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.

Zu Fragen 2 und 3:

Hinsichtlich der landesrechtlichen Zielvorgaben für den Ausbau der Windenergie besteht grundsätzlich keine Selbstbindung des Landesgesetzgebers. Die bundesgesetzlich im EEG vorgegebenen Ausbauziele binden den Freistaat Thüringen grundsätzlich ebenfalls nicht in seiner waldrechtlichen Gesetzgebung. Abweichendes könnte allenfalls dann gelten, wenn mit Sicherheit feststünde, dass aufgrund der vorliegend zu prüfenden Vorschrift ein bundesgesetzlich vorgegebenes Ausbauziel verfehlt wird. Ob im Falle des Inkrafttretens des vorliegenden Gesetzentwurfs mit der Konsequenz eines generellen Ausschlusses der Waldumwandlung in Thüringen hinreichend Flächen zur Verfügung stünden, um die Zielvorgaben einhalten zu können, stellt eine Tatsachenfrage dar, die durch den

Wissenschaftlichen Dienst – zumal in Ermangelung konkreter Informationen hierzu – nicht beantwortet werden kann.

Zu Frage 4:

Die Regelung verstößt nicht gegen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie. Während sich kommunale Waldbesitzer bereits nicht auf den grundrechtlichen Eigentumsschutz berufen können, erscheint die Vorschrift mit Blick auf Privat- und Kirchenwald als Inhalts- und Schrankenbestimmung aufgrund der besonderen Sozialgebundenheit des Waldeigentums verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Zu Frage 5:

Auf der Grundlage der im Entwurf vorgesehenen Regelung abgelehnte Änderungen der Nutzungsart von Wald dürften grundsätzlich keine staathaftungsrechtlichen Ersatz- oder Entschädigungsansprüche von Waldeigentümern oder Investoren in WEA auslösen. Dabei ist allerdings eine in besonderen Einzelfällen auftretende Ausgleichspflicht nicht pauschal auszuschließen.

Wissenschaftlicher Dienst