

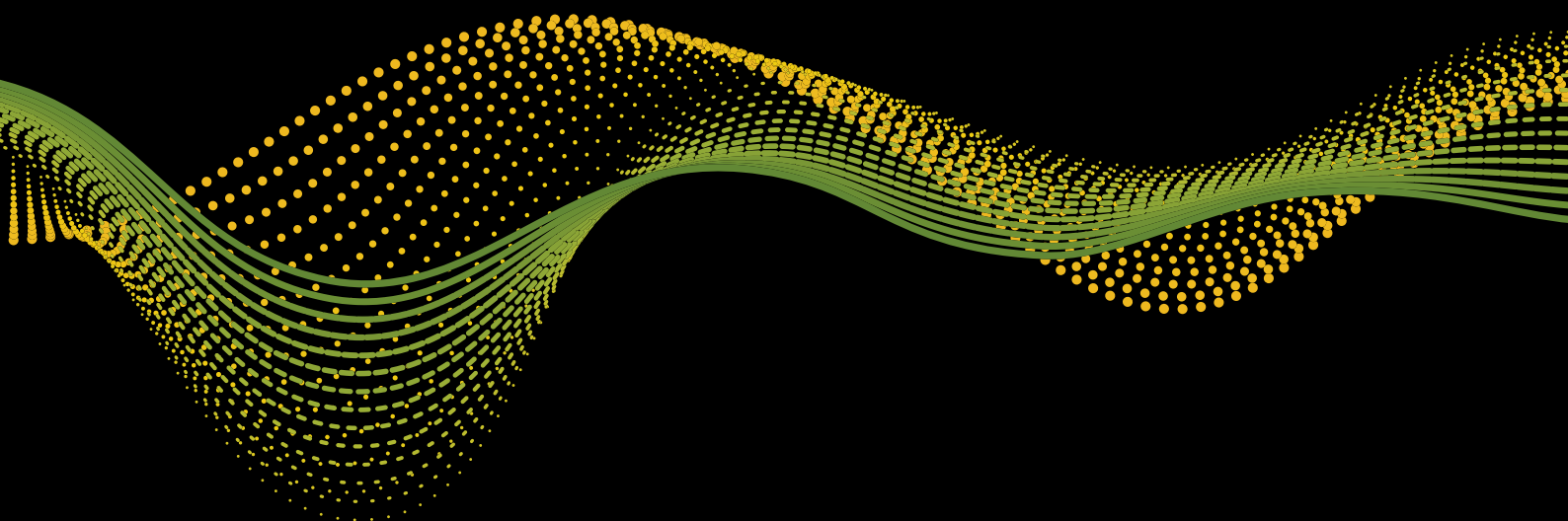
1|23

Auszug aus  
**Ausgabe 1**  
Februar 2023



e|m|w

Das ener|gate-Magazin.



## Energie & Infrastruktur

# Pauschalverbot von Windkraft im Wald nichtig

Von **Dr. Emmanuelle Balland**, Rechtsanwältin, von Bredow Valentin Herz



Foto: © familie-eisenlohr.de/AdobeStock

# Pauschalverbot von Windkraft im Wald nichtig

Seit 2020 stand in Thüringen die Errichtung von Windenergie in Wäldern unter einem absoluten Verbot. Auf eine Beschwerde von Eigentümern und Eigentümerinnen von Waldgrundstücken hin erklärte das Bundesverfassungsgericht dieses Verbot bzw. § 10 Absatz 1 Satz 2 des Thüringer Waldgesetzes für verfassungswidrig (BVerfG, Beschluss vom 27. September 2022 – 1 BvR 2661/21). Diese Regelung greife in ungerechtfertigter Weise in das Eigentumsrecht der Waldeigentümer und Waldeigentümerinnen ein, da der Freistaat Thüringen nicht über die notwendige Gesetzgebungskompetenz verfüge.

✎ Von **Dr. Emmanuelle Balland**, Rechtsanwältin, von Bredow Valentin Herz

Der Waldbestand muss erhalten und geschützt werden. Diese Aussage trifft grundsätzlich auf einhellige Zustimmung. Im Freistaat Thüringen stellen jedoch 34 Prozent der Landesfläche Waldfläche im Sinne des Thüringer Waldgesetzes (ThürWaldG) dar. Ein großer Teil dieser Waldflächen besteht allerdings aus sogenannten Kalamitätsflächen, bei denen eine forstwirtschaftliche Nutzung wegen Waldschäden, etwa aufgrund von Sturmfolgen oder Schädlingen, nicht oder nur sehr eingeschränkt möglich ist. Nur etwa 20 Prozent der Bäume im Thüringer Wald gelten als gesund, die übrigen weisen sogenannte Vitalitätsverluste auf. Wald ist somit nicht immer gleich Wald und der Schutzbedarf muss im Einzelfall ermittelt werden. Dieser Realität ist der Bundesgesetzgeber gerecht geworden, indem er die Umwandlung des Waldes in eine andere Nutzungsart, wie die Windenergienutzung, unter einen Genehmigungsvorbehalt gestellt und keinen absoluten Umwandlungsausschluss vorgesehen hat. Der Bundesgesetzgeber statuiert für die Genehmigungsentscheidung ein Abwägungserfordernis. Anders gesagt: Bevor der Wald zur Windenergienutzung umgewandelt wird, sollen alle Belange, die für und gegen das geplante Vorhaben sprechen, miteinander und gegeneinander abgewogen werden. Gleichwohl haben die Länder grundsätzlich die Möglichkeit, weitere Einschränkungen der Umwandlung zu regeln (§ 9 Absatz 3 BWaldG).

Der Ende 2020 eingeführte § 10 Absatz 1 Satz 2 ThürWaldG steht im Widerspruch zu dieser auf nationaler Ebene entwickelten Systematik. Denn obwohl auf Bundesebene ein Verbot mit Genehmigungsvorbehalt vorgesehen ist, sah § 10 Absatz 1 Satz 2 ThürWaldG ein striktes Verbot ohne die Möglichkeit der Genehmigung vor. Eigentümer und Eigentümerinnen von Waldgrundstücken hatten gegen diese Regelung eine Verfassungsbeschwerde eingelegt und insbesondere eine Verletzung ihres Eigentumsrechts gemäß Artikel 14 Absatz 1 GG gerügt.

### Wesentlicher Inhalt des Beschlusses

Die Rüge der Waldeigentümer und Waldeigentümerinnen war erfolgreich. Das Bundesverfassungsgericht hat § 10 Absatz 1 Satz 2 ThürWaldG für mit dem Grundgesetz unvereinbar und nichtig erklärt, denn der Landesgesetzgeber hat keine Gesetzgebungskompetenz, um die grundsätzliche Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich durch ein pauschales landesrechtliches Verbot von Windenergieanlagen im Wald zu durchbrechen.

Im Einzelnen hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass der vorbehaltlose Ausschluss der Windenergienutzung im Wald einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Eigentumsposition der Waldeigentümer und Waldeigentümerinnen darstellt. Tatsächlich liegt ein Grundrechteingriff auch dann vor, wenn nur eine von mehreren Nutzungsmöglichkeiten ausgeschlossen wird.

Dieser Eingriff ist nicht gerechtfertigt, da die Gesetzgebungskompetenz beim Bund und nicht beim Land liegt. Ein vorbehaltloser Ausschluss der Windenergienutzung im Wald stellt

» Die Länder dürfen Flächen nicht pauschal von der Windenergienutzung ausschließen.

keine Regelung im Bereich von Naturschutz und Landschaftspflege im Sinne des Artikels 74 Absatz 1 Nummer 29 GG dar. Von einer naturschutzrechtlichen Regelung ist nur dann auszugehen, wenn die Regelung darauf abzielt, einen über den generellen Bedarf an unbebauter Natur und Landschaft hinausgehenden spezifischen Bedarf oder konkrete Teile von Natur und Landschaft wegen ihrer Eigenart zu erhalten oder zu fördern. Das generelle Verbot der Windenergienutzung im Wald greift jedoch keinen spezifischen Schutzbedarf von in ihrer Lage konkret schutz- und entwicklungsbedürftigen Waldflächen auf. Ganz im Gegenteil: Diese Regel schützt alle Gebiete, die als Wälder gelten und zwar unabhängig von ihrem ökologischen Wert und Schutzbedarf. Objektiv zielt die

Regelung darauf, den gesamten Waldbereich Thüringens generell von Windenergieanlagen freizuhalten, unabhängig von spezifischen naturschutzrechtlichen und landschaftspflegerischen Schutzbedürfnissen.

Die Regelung ist vielmehr der Materie des Bodenrechts im Sinne des Artikels 74 Absatz 1 Nummer 18 GG zuzuordnen. Bodenrechtliche Regelungen sind solche, die Art und Weise der baulichen Nutzbarkeit des Bodens rechtlich bestimmen. Darunter fallen insbesondere die Regelungen über die Bauleitplanung, aber auch die Regelungen des § 35 BauGB, der die Nutzung im Außenbereich bestimmt. § 10 Absatz 1 Satz 2 ThürWaldG ist eine bodenrechtliche Regelung, da mit dem absoluten Ausschluss der Windenergienutzung im Wald eigentlich die Freihaltung von Außenbereichsflächen geregelt wird. Darüber hinaus hat die streitige Regelung auch eine bodenrechtliche Wirkung, da durch diese die bodenrechtliche Privilegierung der Windenergienutzung im Außenbereich (§ 35 Absatz 1 Nummer 5 BauGB) durchbrochen und die Windenergienutzung in einem (erheblichen) Teil des Außenbereichs generell ausgeschlossen wird.

Der Bund hat jedoch von seiner Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Bodenrechts durch gesetzliche Regelungen im Baugesetzbuch schon abschließend Gebrauch gemacht, sodass eine Landesgesetzgebungskompetenz gemäß Artikel 72 Absatz 1 GG gesperrt ist.

### Bedeutung für die Windbranche

#### Verstärkung der Privilegierung im Außenbereich

Die erste und offenkundige Erkenntnis aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgericht ist, dass die Länder die Windenergienutzung im Wald nicht unter dem Deckmantel von Natur- und Landschaftspflegeregelung flächendeckend ausschließen können. Allerdings stärkt diese Entscheidung auch die Privilegierung der Windenergieanlagen im Außenbereich. Das Bundesverfassungsgericht greift auf den neuen § 2 EEG zurück, um nochmal zu betonen, dass das Gewicht der Windenergienutzung in der Abwägung im Vergleich zu anderen Belangen weiter verstärkt ist. Die Rolle der Windenergienutzung als von überragendem öffentlichem Interesse sowohl für den Klimaschutz als auch für die Sicherung der Energieversorgung wird aber auch unabhängig von § 2 EEG durch das Bundesverfassungsgericht betont: „Der Ausbau der Nutzung

der Windkraft leistet einen faktisch unverzichtbaren Beitrag zu der verfassungsrechtlich durch Art. 20a GG und durch grundrechtliche Schutzpflichten gebotenen Begrenzung des Klimawandels. [...] Zugleich unterstützt dieser Ausbau die Sicherung der Energieversorgung, die derzeit besonders gefährdet ist“. Das Bundesverfassungsgericht verstärkt weiter seine seit dem Klimaschutzbeschluss von 2020 ständige Rechtsprechung: Die Errichtung von erneuerbaren Energien ist für den Klimaschutz unabdingbar, so dass die Hürden für die Zulassung von erneuerbaren Energieanlagen aufgrund der starken Argumente für die erneuerbaren Energien zu senken sind. Mit Fortschreiten des Klimawandels wird der Belang des Klimaschutzes weiter an Gewicht gewinnen und das Interesse an der Errichtung von erneuerbaren Energieanlagen wird in der Abwägungsentscheidungen noch stärker zu gewichten sein.

» Der Bund hat eine grundsätzliche Privilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich beschlossen.

### Begrenzung des Gestaltungspielraums der Länder

Die weitere Erkenntnis aus diesem Beschluss ist, dass die Länder keine Kompetenz haben, um einen flächendeckenden pauschalen Ausschluss der Windenergienutzung zu regeln. Der Bund hat eine grundsätzliche Privilegierung der Windenergienutzung im Außenbereich vorgesehen und zwar in Kenntnis der anderen im Außenbereich befindlichen Nutzungen, wie der Waldnutzung. Gleichwohl sieht das Baugesetzbuch nur in § 249 Absatz 3 eine Öffnungsklausel für Landesregelungen vor. Die Regelung dieses Paragraphen erlaubt jedoch nur Abstandsregelungen zur baulichen Nutzung für Wohnzwecke. Ein flächendeckendes, generelles Verbot der Windenergienutzung kann somit nicht auf § 249 Absatz 3 BauGB gestützt werden.

### Übertragung auf die Konzentrationsplanung?

Die Entscheidung wirft die Frage auf, ob ein Ausschluss der Windenergienutzung im Wald über das Instrument der Konzentrationszonenplanung für die Windenergienutzung (§ 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB) erreicht werden kann. Die Privilegierung im Außenbereich kann zwar durch eine Konzentrationsplanung im Sinne des § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB gesteuert werden. Diese setzt allerdings eine positive Planung voraus, sodass ein Ausschluss der Windenergienutzung im Wald nur durch eine positive Ausweisung an anderer Stelle zu erreichen ist. Reine negative Planungen sind unzulässig.

Die Windenergienutzung ist im Waldgebiet weder rechtlich noch tatsächlich ausgeschlossen, sodass Waldgebiete nicht als harte Tabuzone ausgewiesen werden können. Bei der Auswahl der weichen Tabuzonen muss der Plangeber eine Abwägungsentscheidung treffen. An dieser Stelle wird der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Tragen kommen. Der Plangeber wird in seiner Abwägungsentscheidung besonders begründen müssen, warum Waldgebiete schon von vorneherein der Windenergienutzung entzogen werden und als weiche Tabuzonen ausgewiesen werden müssen. Die Ausweisung von allen Waldgebieten als weiche Tabuzone sollte somit ausgeschlossen sein, da hier das Interesse der Windenergienutzung offensichtlich überwiegen würde.

Es ist zudem fraglich, ob die Ausweisung von Wald als Vorranggebiet oder als Vorbehaltsgebiet als weiche Tabuzone rechtmäßig sein wird. Der besonders hohe Stellenwert der erneuerbaren Energien, der in dieser, aber auch anderen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (insbesondere Klimaschutzbeschluss vom 24. März 2020) zum Ausdruck gekommen ist, muss berücksichtigt werden. Nicht zuletzt hat der Gesetzgeber in der Gesetzgebung zu § 2 EEG betont, dass das besondere Gewicht der erneuerbaren Energien im Rahmen von Abwägungsentscheidungen in verschiedenen Gebieten, aber eben auch im Forstrecht nur noch in Ausnahmefällen überwindbar ist (vgl. BT-Drs. 20/1630, S. 158 f.). In jedem Fall ist klar: Wenn der Ausschluss der Waldgebiete dazu führt, dass der Windenergienutzung nicht ausreichend Platz eingeräumt wird, muss der Plangeber eine neue Abwägungsentscheidung treffen.

### Fazit

Die Entscheidung gegen das Thüringer Waldgesetz steht in einer Linie mit anderen jüngeren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die die steigende Bedeutung des Klimaschutzes und des damit einhergehenden immer wichtiger und dringender werdenden Ausbaus erneuerbarer Energien hervorheben. Es bleibt abzuwarten, ob die Genehmigungs- und Planungsbehörden dem klaren Signal des Gesetzgebers und des Bundesverfassungsgerichts folgen werden. ↩



DR. EMMANUELLE BALLAND

Jahrgang 1988

- 2007–2012 Studium der Rechtswissenschaft in Frankreich
- 2014–2016 Referendariat in Berlin
- 2013–2021 wissenschaftliche Mitarbeiterin und Assessorin in unterschiedlichen Kanzleien im Dezernat für Energierecht, Berlin
- seit 2021 Rechtsanwältin, von Bredow Valentin Herz Rechtsanwälte
- ✉ balland@vbw.de

# e|m|w

Das ener|gate-Magazin.

energate gmbh

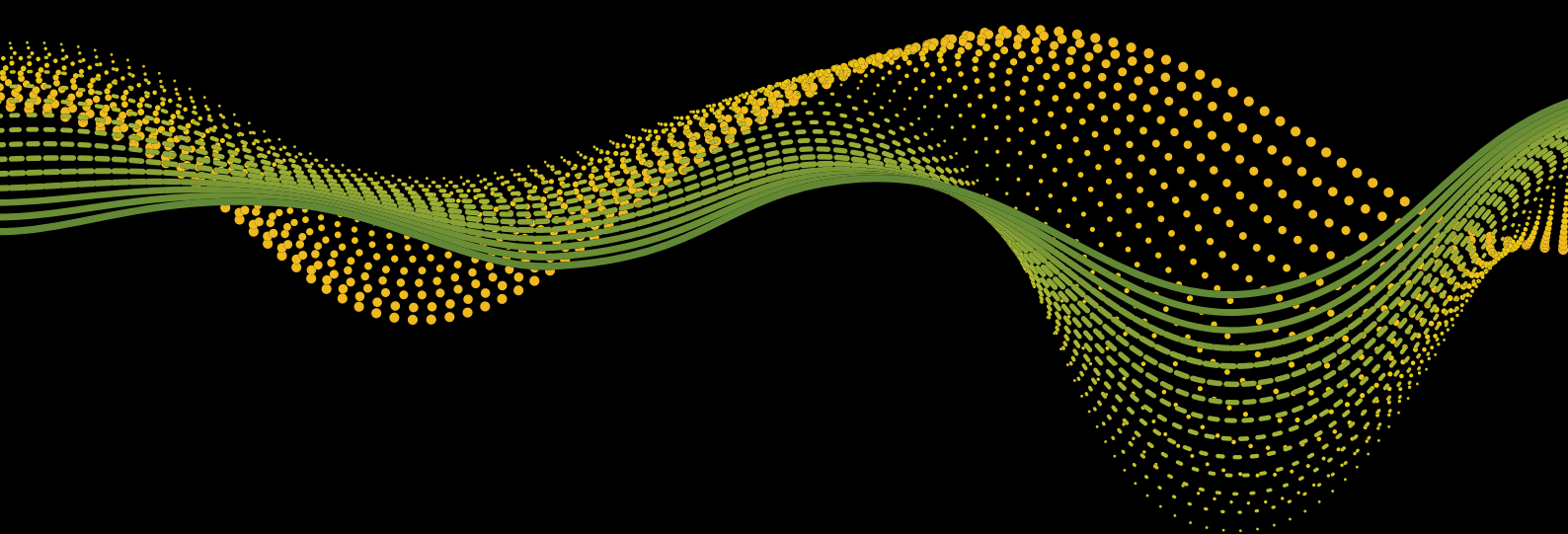
Norbertstraße 3-5

D-45131 Essen

Tel.: +49 (0) 201.1022.500

Fax: +49 (0) 201.1022.555

[www.energate.de](http://www.energate.de)



Werden Sie Mitglied im **ener|gate club**  
und erhalten Sie neben der **e|m|w**  
viele weitere exklusive Leistungen!

[www.energate.club](http://www.energate.club)

