



HS Ludwigsburg ♦ Postfach 0489 ♦ 71604 Ludwigsburg

An den
Innen- und Rechtsausschuss des
Schleswig-Holsteinischen Landtages
Düsternbrooker Weg 70
24170 Kiel

Per E-Mail

**Institut für Bürgerbeteiligung
und Direkte Demokratie**

Ludwigsburg, den
Bearbeiter:
Telefon:
E-Mail:
Internet:

25.11.2016
Prof. Dr. Arne Pautsch
+49 7141 140 542
pautsch@hs-ludwigsburg.de
www.hs-ludwigsburg.de

Gesetz zur Änderung des Landesplanungsgesetzes Gesetzentwurf der Fraktion der CDU – Drucksache 18/4590 (neu)

Sehr geehrte Damen und Herren,

beigefügt übersende ich Ihnen – wie erbeten – meine Stellungnahme zu dem oben bezeichneten Gesetzentwurf.

I. Vorbemerkung

Die mit dem Gesetzentwurf verfolgte Neuregelung zielt darauf, dem gemeindlichen Willen im Rahmen der raumordnerischen Abwägung bei der Festlegung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen Rechnung zu tragen. Dies soll gemäß Artikel 1 eines Gesetzes zur Änderung des Landesplanungsgesetzes erreicht werden durch die Einfügung zweier neuer Absätze 10a und 10b nach § 5 Abs. 10 des Gesetzes über die Landesplanung (Landesplanungsgesetz – LaplaG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Februar 1996, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.05.2015 (GVObI. Schl.-H., S. 132). Die Landesplanungsbehörde soll demnach dazu verpflichtet werden, mitgeteilte und sachlich begründete Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften gegen (Abs. 10a) bzw. für (Abs. 10b) eine Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie im Rahmen der Abwägung auf eine Verwirklichung der planerischen Ziele auf anderen Flächen im Planungsraum (Abs. 10a) bzw. auf den gemeindlichen Flächen (Abs. 10b) hin zu überprüfen.

II. Rechtliche Bewertung des Gesetzentwurfs

1. Formell-rechtliche Fragen

Die Neuregelung zielt gemäß dem Wortlaut in Art. 1 des Gesetzentwurfs auf eine Abweichung von bundesrechtlichen Vorgaben des Raumordnungsgesetzes (ROG) vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2986), das zuletzt durch Art. 124 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist. Es handelt sich daher in formell-verfassungsrechtlicher Hinsicht um einen **Fall der Abweichungsgesetzgebung** nach Art. 72 Abs. 3 GG. Insoweit ist auch die im Gesetzentwurf gewählte Formulierung „Abweichend von (...)“ zutreffend.

Denn nach Fortfall der Rahmenkompetenz (Art. 75 Abs. 1 Nr. 4 GG a.F.) ist der Fall einer bloßen „Konkretisierung“ von (Bundes-)Raumordnungsrecht durch den Landesgesetzgeber nicht mehr denkbar. Jede Konkretisierung bedeutete eine Modifikation bestehenden – d.h. auf der Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG nach Inkrafttreten der Föderalismusreform I am 1. September 2006 und nach Ablauf der im Grundgesetz vorgesehenen Übergangsfristen geschaffenen – Bundesrechts. Solches Bundesrecht ist mit dem ROG 2009 entstanden. Jede landesgesetzliche Regelung betreffend die Materie des Raumordnungsrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG), die über das ROG 2009 hinausgeht, ist also de jure stets als Abweichung im Sinne von Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG zu werten (*Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 72 Rn. 27; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 72 Rn. 29; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 72 Rn. 30; *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 72 Rn. 24.1; s. auch *Ipsen*, NJW 2006, S. 2801, 2804). Mit der Aufgabe der Rahmengesetzgebung ist eine Überführung in die konkurrierende Zuständigkeit erfolgt, womit der verfassungsändernde Gesetzgeber grundsätzlich die Vollkompetenz für die jeweilige Materie dem Bund zugewiesen hat (*Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 72 Rn. 27).

Die zugleich vorgesehene **Abweichungskompetenz der Länder** – hier nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG für das Recht der Raumordnung – kann daher auch jeweils nur als **Vollregelungsabweichung** verstanden werden. Für die Materie der Raumordnung gelten im Rahmen von Art. 72 Abs. 3 GG zudem keine sog. „abweichungsfesten Kerne“ (*Degenhart*, NVwZ 2006, S. 1209, 1213; *Erbguth*, NVwZ 2007, S. 985, 990; *ders.*, Festschrift für Rengeling, 2008, S. 35, 48 f.; *Haug*, DÖV 2008, S. 851, 854; *Hoppe*, DVBl. 2007, S. 144, 145; *Schmitz/Müller*, RuR 2007, S. 456, 461; a.A. etwa *Battis/Kersten*, DVBl. 2007, S. 152, 158 f.; *Kment*, NuR 2006, S. 217, 220 f.).

Es handelt sich mithin bei allen von den Ländern in Ausübung ihrer Befugnis aus Art. 72 Abs. 3 GG erlassenen Regelungen stets um Abweichungen im Sinne des Grundgesetzes. Dies gilt auch für den hier gegenständlichen Gesetzentwurf, auch wenn die Neuregelung sich in der Sache eher als (dann als „Abweichung“ zulässige) landesgesetzliche Konkretisierung bzw. Modifizierung des Bundesraumordnungsrechts in Bezug auf §§ 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 Satz 2 ROG darstellt.

Der schleswig-holsteinische Landesgesetzgeber wäre demnach nicht daran gehindert, eine Neuregelung wie in der vom Gesetzentwurf vorgesehenen Weise zu treffen.

2. Materiell-rechtliche Fragen

Materiell-rechtlicher Maßstab für die Frage, ob die mit dem Gesetzentwurf verfolgte Änderung des LaplaG verfassungsrechtlich zulässig ist, ist das **rechtsstaatliche Abwägungsgebot**. Es wird in ständiger Rechtsprechung des BVerwG aus Art. 20 Abs. 3 GG – als Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – abgeleitet und ist grundsätzlich jeder staatlichen Planung zugrunde zu legen (vgl. BVerwGE 34, 301; BVerwGE 45, 309; BVerwGE 48, 56; s. auch *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 7 Rn. 21). Ungeachtet seiner einfachgesetzlichen Niederlegung in § 7 Abs. 2 ROG beansprucht es über Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG auch Geltung es als verfassungsrechtlicher Maßstab für das schleswig-holsteinische Landesrecht.

Der Kern des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Abwägungsgebots besteht darin, dass im Rahmen der Planung eine gerechte Abwägung aller öffentlichen und privaten Belange untereinander und gegeneinander stattfinden muss. Es erfordert im Rahmen eines gestuften Planungssystems wie dem der räumlichen Gesamtplanung, dass auf irgendeiner Stufe dieses Systems von der dafür zuständigen Stelle eine umfassende Abwägung durchgeführt sein muss (*Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 7 Rn. 21).

Das Erfordernis einer umfassenden – abschließenden – Abwägung gilt einfachgesetzlich vor allem bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung (§ 7 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 ROG) und damit insbesondere auch für die hier in Rede stehende raumordnerische Festlegung von Konzentrationszonen und Ausschlussgebieten für Windenergieanlagen (vgl. *El Burefasi*, NVwZ 2015, S. 1509 f.). Das rechtsstaatliche Abwägungsgebot wirkt dabei für den gesamten Abwägungsvorgang, der sich in drei Schritten vollzieht – nämlich erstens der Zusammenstellung der abwägungserheblichen Belange, zweitens der Gewichtung jedes einzelnen Belangs für sich und drittens der Gesamtgewichtung aller Belange, die durch Abwägung festzustellen ist, und deren Ergebnis zu keinem der einzelnen Belange in einem disproportionalen Verhältnis stehen darf (BVerwGE 34, 301, 309).

Die hier vorgeschlagene Einfügung eines Absatzes 10a und eines Absatzes 10b in § 5 LaplaG müsste also bereits von Verfassungen wegen das rechtsstaatliche Abwägungsgebot insoweit beachten, als dieses keine Vorsteuerung des vorstehend dargestellten raumplanerischen Abwägungsvorgangs in der Weise bewirken darf, dass etwa bestimmte Belange von vornherein keinen Eingang bzw. keine Berücksichtigung im Abwägungsprozess finden.

Eine umfassende und abschließende Abwägung ist zudem auch mit Blick auf die durch die Festlegung als Ziele der Raumordnung in Gestalt von Vorrang- bzw. Eignungsgebieten über die Raumordnungsklausel in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB ausgelöste Ausschlusswirkung geboten, denn die Zielfestlegung ist insoweit als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zu verstehen. Der daraus abzuleitende grund-

rechtliche Schutz der Baufreiheit für im Außenbereich privilegierte Windenergieanlagen stellt somit ebenfalls verfassungsrechtliche Anforderungen an den Abwägungsvorgang im beschriebenen Sinne (vgl. auch OVG Schleswig, NordÖR 2015, S. 261; *El Bureiasi*, NVwZ 2015, S. 1509, 1510).

Indem die vorgeschlagenen Änderungen des LaplaG darauf zielen, den im Beteiligungsverfahren mitgeteilten und sachlich begründeten Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften gegen (Abs. 10a) bzw. für (Abs. 10b) eine Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie im Rahmen der Abwägung dergestalt Rechnung zu tragen, dass die Landesplanungsbehörde verpflichtet ist, zu prüfen, ob die entsprechenden planerischen Ziele in rechtskonformer Weise auf anderen Flächen im Planungsraum (Abs. 10a) bzw. auf den gemeindlichen Flächen (Abs. 10b) erreicht werden können, ist die Grenze der unzulässigen Vorsteuerung des Abwägungsvorgangs noch nicht überschritten.

Es dürfte sich noch nicht einmal um die Festlegung einer Abwägungsdirektive im Sinne eines durch den Landesgesetzgeber zu bestimmenden Grundsatzes der Raumordnung im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG, der gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 ROG in Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen der Landesplanungsbehörde zu berücksichtigen wäre, handeln.

Es handelt sich bei der vorgeschlagenen Neuregelung des § 5 LaplaG vielmehr um eine durch den Gesetzgeber hervorgehobene und an die Landesplanungsbehörde adressierte besondere Prüfpflicht bezüglich der im Rahmen der gemeindlichen Willensbildung gegen oder für die Windenergienutzung auf gemeindlichem Gebiet benannten Flächen bei der dreistufigen Abwägung. Sie dürfte so verstanden werden, dass die Landesplanungsbehörde bei der Einstellung bzw. Aussonderung von Flächen für die Windenergienutzung anhand ihrer Eignung zu einer Alternativenprüfung unter Berücksichtigung des geäußerten gemeindlichen angehalten wird.

Damit wird allerdings zum einen lediglich der bereits durch die Ausgestaltung des Beteiligungsverfahrens in § 10 ROG festgelegten Unterrichtungspflicht und insbesondere dem damit korrespondierenden Recht zur Stellungnahme landesgesetzlich besonders Ausdruck verliehen, indem die in Abs. 10a bzw. Abs. 10b des Gesetzentwurfs statuierte Prüfpflicht der Landesplanungsbehörde ausdrücklich auf die Mitteilung gemeindlicher Willensbildungsakte im Beteiligungsverfahren bezogen wird. Dies ist nicht zu beanstanden, da das Beteiligungsverfahren mit Blick auf die Gemeinden dazu dient, die Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG im Raumordnungsverfahren zu wahren (vgl. BVerwG NVwZ 2002, 869; s. auch *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 10 Rn. 10; *Rabe/Pauli/Wenzel*, Bau- und Planungsrecht, 7. Aufl. 2014, S. 16).

Zum anderen stellt sich die Neuregelung als landesgesetzliche Konkretisierung der nach § 8 Abs. 2 Satz 2 ROG ohnehin bestehenden Berücksichtigungspflicht bezüglich gemeindlicher Belange dar. Denn bereits nach der bestehenden Regelung sind Flächennutzungspläne und sonstige beschlossene städtebauliche Planungen der Gemeinden im Rahmen der Abwägung nach § 7 Abs. 2 ROG zu berücksichtigen. Diese Pflicht wird in Abs. 10a bzw. Abs. 10b des

Entwurfs nun noch einmal durch landesgesetzliche Regelung als besondere Prüfpflicht der Landesplanungsbehörde hervorgehoben.

Eine solche Hervorhebung dient ebenfalls dem legitimen Zweck, der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG – unter Einschluss der von ihr umfassten Planungshoheit – hinreichend Raum im Zusammenhang mit der landesplanerischen Abwägung bei der Festlegung von Konzentrationszonen für Windenergieanlagen einzuräumen. Eine verfassungsrechtlich unzulässige Einschränkung des rechtsstaatlichen Abwägungsgebots ist durch die Regelung einer gesonderten Prüfpflicht der Landesplanungsbehörde nicht zu besorgen, da es sich um rein prozedurale Fragen in Bezug auf den Abwägungsvorgang handelt, die die materiellen Gehalte des rechtsstaatlichen Abwägungsgebots unberührt lassen.

III. Zusammenfassung

Die mit dem Gesetzentwurf verfolgte Neuregelung ist daher (verfassungs-)rechtlich weder aus formellen noch aus materiellen Gründen zu beanstanden.

Ludwigsburg, den 25. November 2016

gez. Prof. Dr. Arne Pautsch

Professur für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften
Direktor des Instituts für Bürgerbeteiligung
und Direkte Demokratie