

Der Ministerpräsident des Landes Schleswig-Holstein
Postfach 71 22 | 24171 Kiel
Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages
Herrn Klaus Schlie, MdL
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

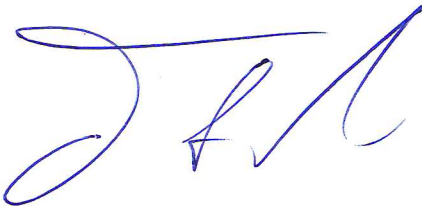
Schleswig-Holsteinischer Landtag
Unterrichtung 18/246
(öffentlich)
Verteiler: Fraktionen, Mitglieder IR

30 September 2016

Sehr geehrter Herr Präsident,

in der Anlage übermittele ich Ihnen gem. § 4 Parlamentsinformationsgesetz die Dokumentation des Expertengesprächs „Windenergieplanung – Gemeindewille und Bürgerbeteiligung“, das am 8. September 2016 in der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel stattgefunden hat.

Mit freundlichen Grüßen



Windenergieplanung in Schleswig-Holstein

Bericht zum Expertengespräch
„Gemeindewille und Bürgerbeteiligung“
am 8. September 2016 in Kiel

Staatskanzlei des Landes Schleswig-Holstein
Landesplanung
Düsternbrooker Weg 104
24105 Kiel

16. September 2016

Am 8. September 2016 nahmen auf Einladung von Ministerpräsidenten Torsten Albig rund 280 Gäste am juristischen Expertengespräch „Windenergieplanung – Gemeindewille und Bürgerbeteiligung“ in der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel teil.

Zentrale Fragen des Expertengesprächs waren:

- Welche Bedeutung haben Gemeindebeschlüsse und Bürgerentscheide für den Abwägungsvorgang bei der Aufstellung von Regionalplänen?
- Welche Grenzen bestehen für eine eigene landesrechtliche Regelung in Schleswig-Holstein?
- In welchen Verfahrensschritten kann Akzeptanz erreicht werden und welche anderen Formen der Beteiligung, die nicht Entscheidungsbeteiligung sind, könnten zum Gelingen der Energiewende auch vor Ort beitragen?

Prof. Dr. Wolfgang Ewer (Honorarprofessor an der juristischen Fakultät der CAU für öffentliches Recht, Rechtsanwaltskanzlei WEISSLEDER EWER, Berater der Landesregierung in Fragen des Landesplanungsrechtes) erläuterte die geltenden Regelungen, wie Gemeindebeschlüsse und Bürgerentscheiden in die Abwägungsentscheidung des Regionalplangebers einbezogen werden.

Dieser Abwägungsentscheidung liegt ein dreistufiges, vielschichtiges Verfahren zugrunde:

- Zunächst werden die öffentlichen und privaten Belange vollständig ermittelt.
- Sodann ist jeder Belang für sich genommen zu gewichten.
- Schließlich muss anhand dieser Gewichtungen ein Gesamtergebnis gefunden werden, das insgesamt verhältnismäßig ist.

Eine bipolare Ja-/Nein-Entscheidung könne hingegen nicht in die Abwägung eingestellt werden, denn aufgrund der unterschiedlichen zugrundeliegenden, aber im Einzelnen unbekanntem Motive, sei eine Gewichtung dieser Belange und Motive unmöglich.

Darüber hinaus bewertete Prof. Dr. Ewer die rechtlichen Folgen für die Bedeutung von Gemeindebeschlüssen und Bürgerentscheiden, für den Fall, dass die Privilegierung der Windkraft im Außenbereich abgeschafft werden sollte. Die bauplanungsrechtliche Zulassung nicht mehr privilegierter Windkraftanlagen ergäbe sich auch dann aus Bebauungsplänen oder dem Baugesetzbuch, die durch die Raumplanung beeinflusst werden. Auch in diesem Fall müsste die Raumplanung dem Abwägungsgebot mit den genannten Einschränkungen gerecht werden.

Weiter stellte Prof. Dr. Ewer dar, dass es dem Prinzip des gesamträumlichen Plankonzeptes widerspreche, wenn Entscheidungen einzelner Gemeinden zu ihrem je-

weiligen Gemeindegebiet bindende Wirkung für den gesamten Planungsraum entfalten könnten.

Schließlich nahm er zum Gesetzentwurf der CDU-Fraktion (Gesetz zur Änderung des Landesplanungsgesetzes, Drs. 18/4590 (neu)) Stellung: Der Entwurf regle keine zusätzliche Bindungswirkung des Plangebers im Abwägungsvorgang, sondern wiederhole, wozu der Plangeber nach den Bestimmungen des Raumordnungsgesetzes ohnehin verpflichtet sei. Damit bleibe der Gesetzentwurf noch hinter dem zurück, was der Erlass der Landesplanung schon jetzt für die Planaufstellung fordere.

Im nachfolgenden Vortrag korrigierte Prof. Dr. Ewer auch seine zunächst getätigte Aussage bzgl. des CDU-Gesetzentwurfes und seiner Reichweite für Gemeindeentscheidungen, die sich für die Ausweisung von Windenergienutzungsflächen aussprechen: Anders als der Gesetzentwurf der Piraten erfasse dieser Gemeindeentscheidungen gegen und für Windenergienutzung.

Prof. Dr. Arne Pautsch (Professor für Öffentliches Recht und Kommunalwissenschaften an der Hochschule Ludwigsburg und Direktor des Instituts für Bürgerbeteiligung und Direkte Demokratie, Gutachter des Gesetzentwurfes der Fraktion DIE PIRATEN „Gesetz zum Schutz der Akzeptanz der Windenergienutzung“ Drs. 18/3941) legte dar, wie der Landesgesetzgeber die Abwägung der Landesplanungsbehörde steuern könne. Anders, als es die Begründung des Gesetzentwurfes nahelegt, sei der Entwurf der PIRATEN als rechtmäßige Abwägungsdirektive des Landesgesetzgebers zu qualifizieren. Diese gebe in Gestalt eines durch den Landesgesetzgeber statuierten Grundsatzes der Raumordnung im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG dem Plangeber auf, demokratisch legitimierten, begründeten Entscheidungen von Gemeinden in der Abwägung Rechnung zu tragen. Dies bedeute, dem Gemeindewillen – in höherem Maße als es das Raumordnungsrecht bereits hergebe – eine stärkere Bedeutung zuzuweisen. Dieses besondere Gewicht bei der Ausweisung von Windnutzungsflächen sei auch durch die verfassungsrechtlich gewährleistete Planungshoheit der Gemeinden gerechtfertigt.

Prof. Dr. Martin Kment (Professor für Öffentliches Recht und Europarecht, Umweltrecht und Planungsrecht an der Universität Augsburg und Direktor des dortigen Instituts für Umweltrecht, Berater des Landtages Mecklenburg-Vorpommern beim Entwurf eines Gesetzes über die Beteiligung von Bürgerinnen und Bürgern sowie Gemeinden an Windparks in Mecklenburg-Vorpommern) erläuterte die Möglichkeiten, die durch anderweitige Beteiligungsformen entstehen. Grundsätzlich sehe das Raumordnungsrecht nur eine Beteiligung der Öffentlichkeit, der Gemeinden und Kreise sowie der Träger öffentlicher Belange am Entscheidungsprozess vor, nicht aber an der Entscheidung selbst. Daher könne diese Art der Beteiligung zwar Verfahrensakzeptanz erzeugen, nicht aber zwingend auch die Akzeptanz des Entscheidungsergebnisses.

Voraussetzungen für Verfahrensakzeptanz seien:

- Keine willkürliche Vielzahl von Beteiligungsstufen, die zur Ermüdung im Beteiligungsprozess führten,
- Möglichkeit der Kommunikation mit dem Verfahrensträger,
- Herstellung von Verfahrensgerechtigkeit
- und das Verstehen der Entscheidung selbst.

Prof. Dr. Kment stellte insbesondere die Fragen dar, die bei der Erarbeitung des Bürger- und Gemeindebeteiligungsgesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern zu lösen waren. Dieses Gesetz sieht vor, dass alle Anwohner in einem bestimmten Radius um einen Windpark finanziell an diesem beteiligt werden. Eine solche Art der Beteiligung sei planungsrechtlich nicht zu verankern, stelle keinen Ersatz für die Beteiligung an der Entscheidung über Windflächenausweisungen dar, sondern verfolge den Ansatz, dass sich Bürgerinnen und Bürger Windenergieprojekte durch wirtschaftliche Betätigung zu eigen machten.

Im weiteren Verlauf der Veranstaltung wurde von den Experten herausgearbeitet, dass rechtlich keine Möglichkeit bestehe, regionalplanerische Entscheidungen zwingend durch begründete und demokratisch legitimierte Gemeindebeschlüsse oder Bürgerentscheide zu binden. Ein derartiger Abwägungsvorrang sei mit dem Abwägungsgebot nicht vereinbar, das sich aus dem Rechtsstaatsprinzip herleitet. Er erfülle weder die Anforderungen der Rechtsprechung, nach denen jeder einzelne private und öffentliche Belang und dessen jeweilige Gewichtung zu ermitteln ist, noch sei er geeignet, planerisch bedingte Eigentumseingriffe zu rechtfertigen. Die Experten waren sich einig, dass eine derartige Bindungswirkung weder mit dem Gesetzentwurf der PIRATEN noch mit dem der CDU zu erreichen sei.

In einem Zwischenfazit bedauerte **Ministerpräsident Torsten Albig**, dass seine Hoffnung auf eine Möglichkeit, Bürgerinnen und Bürger sowie Gemeinden unmittelbar an der Entscheidung über Windnutzungsflächen zu beteiligen, eine deutliche Absage erhalten habe. Er forderte Experten und Teilnehmer auf, im Fortgang der Veranstaltung zu untersuchen, wie der Begriff „Rechnung tragen“ im Gesetzentwurf der Fraktion DIE PIRATEN zu verstehen sei, ob er nicht so auszulegen sei, wie der Planungserlass der Landesplanungsbehörde dies sowieso schon vorsehe, und ob es daher angezeigt sei, die Bestimmungen des Erlasses in das Landesplanungsgesetz aufzunehmen.

Prof. Dr. Wolfgang Ewer legte dar, dass ein materieller Abwägungsvorrang grundlegenden Prinzipien der Legitimation von Verwaltungsentscheidungen widerspräche, es sei daher lediglich vorstellbar, dass das „Rechnung tragen“ im Sinne einer prozeduralen Vorschrift in eine gesetzliche Bestimmung überführt werde. Eine solche schaffe aber keine zusätzliche Verbindlichkeit, da sie lediglich an einen Adressaten – die Landesplanungsbehörde – gerichtet sei. Diese sei aber schon durch den Pla-

nungserlass gebunden. Er halte eine solche gesetzliche Bestimmung nicht für erforderlich, sondern für Symbolpolitik.

Demgegenüber verteidigte **Prof. Dr. Pautsch** den Vorschlag als bedeutsam aufgrund seiner Appellfunktion an die Gemeinden: Neben der Landesplanungsbehörde werde auch den Gemeinden die gesetzliche Pflicht auferlegt, sich aktiv und qualifiziert an dem Prozess der Planaufstellung zu beteiligen. Außerdem könne eine solche gesetzliche Verankerung die Partizipation stärken und führe in der Folge zur Gewährleistung der Planungshoheit.

Die Beschränkung auf einen Adressaten sei nach Auffassung von **Prof. Dr. Kment** nicht entscheidend, da viele Gesetze nur einen Adressaten hätten. Vielmehr bestehe die Gefahr, dass es zu unnötiger Doppelregelung komme, die auch unter europäischen Gesichtspunkten bedenklich sei. Zudem sei unklar, woraus sich die erhöhte Ermittlungspflicht nur für Stellungnahmen der Gemeinden beziehungsweise Bürgerentscheide ergebe. Alle privaten und öffentlichen Belange seien zunächst einmal mit gleicher Intensität zu prüfen. Insofern könne eine solche gesetzliche Bestimmung auch Fragen der Gleichbehandlung auslösen. So könnten Vertreter des Natur- und Artenschutzes ebenfalls die besondere Bedeutung der natürlichen Schutzgüter reklamieren und ebenfalls eine besondere Ermittlungspflicht des Plangebers einfordern. Zudem sei die Betroffenheit bezüglich der Errichtung von Windkraftanlagen nicht zwangsläufig an das Gemeindegebiet gebunden. Schließlich sei Regionalplanung der Natur der Sache nach überörtlich und müsse die Gesamtbelastung des Raumes in den Blick nehmen, diese Bewertung dürfe nicht durch den Ermittlungsvorrang von gemeindlichen, also lokalen Belangen beeinträchtigt werden. Eine besondere Ermittlungspflicht hinsichtlich vom Plan divergierender Gemeindebeschlüsse sei jedenfalls rechtlich nicht erforderlich.

Im Ergebnis konnten am Ende der Veranstaltung folgende **Schlussfolgerungen** gezogen werden:

- Eine zwingende Bindung regionalplanerischer Entscheidungen an Gemeindebeschlüsse oder Bürgerentscheide verstößt gegen das vom Plangeber strikt zu beachtende Abwägungsgebot aus § 7 Abs. 2 ROG.
- Ein gesetzlich festgelegter materieller Abwägungsvorrang für Gemeindebeschlüsse oder Bürgerentscheide wird ganz überwiegend als ebenfalls nicht konform mit den rechtlichen Anforderungen betrachtet, da Abwägungsentscheidungen auf sachliche Gründe zu stützen sind.
- Gemeindlichen Entscheidungen kommt im hierarchischen System der Raumordnung zwar ein eigenes Gewicht zu, die Regionalplanung hat daher die Flächennutzungspläne und die Ergebnisse der von Gemeinden beschlossenen sonstigen städtebaulichen Planungen in der Abwägung zu berücksichtigen (§ 8 Abs. 2 S. 2 ROG). Dennoch muss der Regionalplangeber in einer gesamtäumlichen Betrachtung

tung alle privaten und öffentlichen Belange ermitteln und eigenständig gewichten, bevor er eine wertende Entscheidung trifft.

- Neben den Gemeinden hat jede Bürgerin und jeder Bürger ein eigenständiges Recht, die für sie oder ihn relevanten Belange im Beteiligungsverfahren nach Veröffentlichung des ersten Entwurfs der Regionalpläne einzubringen. Je konkreter die Stellungnahmen gefasst sind, umso eher können sie vom Plangeber in der Abwägung bewertet werden. Bürgerinnen und Bürger sollten daher selbst aktiv werden und nicht auf eine Stellungnahme der Gemeinde warten. Sie können jeden Belang vortragen, der aus ihrer Sicht für oder gegen die Planung spricht; sie sind nicht an den Kriterienkatalog der Landesplanung gebunden.
- Das Raumordnungsrecht gibt den rechtlichen Rahmen vor. Ihm vorgelagert sind politische Entscheidungen, wie die für die Energiewende, für den Ausbau der Windenergie oder spezifische energiepolitische Ziele. Der Plangeber hat den Plan auf diese politischen Ziele auszurichten und muss sie im Gesamtkonzept des räumlichen Plans aufnehmen.
- Wissenschaftliche Untersuchungen belegen, dass die deutsche Bevölkerung insgesamt die Energiewende weiterhin befürwortet. Je konkreter die Umsetzung von einzelnen Vorhaben der Energiewende sind und je stärker die Betroffenheit einzelner davon ist, umso eher schwindet die Zustimmung und wächst die Ablehnung (nimby-Effekt).
- Die Unterscheidung in Innen- und Außenbereich ist ein planungsrechtlicher Grundsatz. Es handelt sich nicht um eine willkürliche Einteilung in zwei Klassen, sondern geht von der Konzeption aus, dass Wohnen im Außenbereich grundsätzlich nicht erlaubt ist, weil dieser anderen störenden Nutzungen vorbehalten sein soll. Findet trotzdem eine Wohnnutzung statt, unterliegt diese einer höheren Duldungspflicht von Beeinträchtigungen als im Innenbereich.
- Die Ausweisung von Vorranggebieten mit Ausschlusswirkung statt Eignungsgebieten führt dazu, dass die gemeindliche Planungshoheit weiter reduziert wird. Vorranggebiet bedeutet, dass sich innerhalb des Gebietes eine bestimmte Nutzung - wie die Windkraft - gegenüber anderen Nutzungen durchsetzen muss. Da das Vorranggebiet auch innergebietlich wie ein Ziel der Raumordnung wirkt, ist es vom Plangeber letztabgewogen und bindet damit auch die nachfolgende Planungsebene. Sie hat ihre Pläne bei widersprüchlichen Planungsinhalten anzupassen. Die Konkretisierung durch gemeindliche Planungen beschränkt sich bei Vorranggebieten daher auf die Festsetzung von Baufenstern und Höhenbeschränkungen in städtebaulich begründeten Fällen.
- Die Rechtsprechung gesteht dem Plangeber bei der Festlegung von planerischen Vorsorgeabständen einen weiten Spielraum zu. Sie dürfen jedenfalls nicht so ausgestaltet sein, dass sie die Privilegierung der Windenergie verhindern und

müssen ermöglichen, dass für die Windenergienutzung substanziell Raum geschaffen wird.

- Die Frage der Umzingelung ist entsprechend den örtlichen Gegebenheiten zu beurteilen. Die Landesplanung Schleswig-Holstein hat dazu ein eigenes Konzept entwickelt. Regelungen aus anderen Bundesländern (wie bspw. Mecklenburg-Vorpommern) lassen sich aufgrund der unterschiedlichen räumlichen Gegebenheiten und Siedlungsstrukturen nicht 1:1 übertragen.

Windenergieplanung in Schleswig-Holstein – Gemeindewille und Bürgerbeteiligung

Expertengespräch, 08.09.2016, Kiel

Gemeindewille und Bürgerbeteiligung in der Raumordnung

Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Ewer

Überarbeitete Fassung des Vortrags auf dem Expertengespräch am 08.09.2016

Eine alte, aus der schleswig-holsteinischen Partnerprovinz Zhejiang stammende chinesische Spruchweisheit lautet:

„Wenn der Wind der Veränderung weht, bauen die einen Mauern und die anderen Windmühlen.“

Da auch Zhejiang eine Küstenregion ist, kann dies nicht erstaunen. Wie treffend die Spruchweisheit ist, zeigt die Situation in unserem meerumschlungenen Land. In der Tat weht auch hier ein Wind der Veränderung - zu aller vörderst in Gestalt der Neuaufstellung der Regionalpläne Windenergie, die natürlich zu der einen oder anderen Änderung gegenüber den Vorgängerplänen führen wird. In dieser Situation gibt es die einen Bürger und Gemeinden, die mehr Flächen für Windenergie wollen und die anderen, die Mauern - rechtliche Mauern – errichten wollen, um der weiteren Ausbreitung der Windenergie Grenzen zu ziehen. Hierdurch ist vielerorts der Ruf laut geworden, durch kommunale Plebiszite – Bürgerbegehren und Bürgerentscheid – die Bürgerinnen und Bürger der Gemeinde selbst entscheiden zu lassen, ob und wie es mit der Windenergie auf lokaler Ebene weitergehen soll. Geht dies rechtlich und wenn ja, in welchem Rahmen?

Vorab ist festzustellen: Die Belange der Gemeinden und insbesondere ihre Planungsziele sind in der Raumordnung ein gewichtiger Belang¹. Zudem stellt die Bürgerbeteiligung einen maßgeblichen Verfahrensabschnitt in der Landes- und Regionalplanung dar. Trotzdem lässt – um das Ergebnis vorwegzunehmen - das Raumordnungsrecht nur eine sehr eingeschränkte Berücksichtigung einer pauschalen gemeindlichen Willensbildung – also eines „Ja“ oder „Nein“ zu weiterer Windenergie im Gebiet der jeweiligen Gemeinde - zu. Hierfür sind folgende Gründe maßgeblich:

Der Ausgangspunkt für die Berücksichtigung von Gemeindewillen und Bürgerbeteiligung ist die planerische Abwägung, die letztlich jeder staatlichen Planung zugrunde liegt, also auch der Raumordnung. Ich beziehe mich hier vorrangig auf die Landesplanung und dabei insbesondere auf die fachlich spezialisierte Raumordnung für die Windenergienutzung, meine Ausführungen gelten aber im Grunde universell für alle Stufen der räumlichen Planung, bei denen Teilräumen besonderes Gehör verschafft werden soll.

§ 7 Absatz 2 des Raumordnungsgesetzes des Bundes schreibt vor, dass bei raumordnungsrechtlichen Entscheidungen alle öffentlichen und privaten Belange untereinander und gegeneinander gerecht abzuwägen sind. Diese Anforderungen nimmt unser schleswig-holsteinisches Landesplanungsgesetz in § 5 Absatz 1 Satz 3 auch für das Landesrecht in Bezug.

¹ BVerwG, Beschluss vom 09.04.2014 – 4 BN 3.14 –, Rn. 7, zit.n.juris; s. jüngst auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 06.05.2016 –10 S 16.15 –, Rn. 38, zit.n.juris.

Was bedeutet es nun, alle öffentlichen und privaten Belange fehlerfrei untereinander und gegeneinander abzuwägen? Diese Abwägung erfolgt in drei aufeinander aufbauenden Schritten:

- In einem ersten Schritt muss die Landesplanungsbehörde die abwägungserheblichen öffentlichen und privaten Belange vollständig und ordnungsgemäß ermitteln und in ihre Entscheidungsfindung einstellen.
- In einem zweiten Schritt muss die abwägende Behörde jeden Abwägungsbelang für sich zutreffend gewichten.
- Im dritten und letzten Schritt muss dann die abwägende Behörde anhand dieser Gewichtungen der einzelnen Belange ein Gesamtergebnis der planerischen Abwägung finden, das zu keinem der einzelnen Belange in einem disproportionalen Verhältnis steht.²

Das Ergebnis der Abwägung ist also immer ein komplexes Geflecht aus einzelnen Belangen und Konflikten, die miteinander in Ausgleich gebracht werden.

Diesen Anforderungen an eine derartige vielschichtige planerische Abwägung kann aber eine einfache, bipolare Ja-Nein-Entscheidung über ein Planergebnis nicht gerecht

² S. aus jüngerer Zeit BVerwG, Urteil vom 10.02.2016 – 9 A 1.15 –, Rn. 14 ff., zit.n.juris; s. auch BVerwG, Urteil vom 12.12.1969 – IV C 105.66 –, BVerwGE 34, S. 301, 309.

werden.³ Ein Bürgerentscheid einer Gemeinde beispielsweise, der sich für oder gegen die Ausweisung von Vorranggebieten für die Windenergienutzung ausspricht, beruht bei den Abstimmungsberechtigten auf einer Vielzahl von teilweise höchst unterschiedlichen Motiven, die allesamt in der schlichten Mehrheitsabstimmung aufgehen und nicht isoliert berücksichtigt werden können. Dies gilt sogar innerhalb der Gruppe der Ja- und der Nein-Stimmen. So ist der erste gegen mehr Windenergie, weil er nichts von der Energiewende hält, den zweiten stört ein weiterer Eingriff in das Landschaftsbild, der dritte stimmt dagegen, weil er sich ärgert, dass gerade seine Flächen nicht in das Eignungs- und Vorranggebiet aufgenommen werden sollen, der vierte befürchtet einen Wertverlust seines Grundstücks, der fünfte sorgt sich, dass die Aufstellung weiterer Anlagen zu einer Vergrämung einer seltenen Vogelart führen, und so weiter und so fort:

Ein pauschales Ja oder ein pauschales Nein repräsentiert daher keinen einheitlichen Sachbelang, sondern ist das Ergebnis höchst unterschiedlicher Interessen von teilweise sogar divergierender Zielrichtung. Zwar stellen die unterschiedlichen Motive, auf die das Ergebnis eines Bürgerentscheids bei den einzelnen Abstimmungsteilnehmern zurückgeht, zweifellos für sich genommen private oder öffentliche Belange dar. Daher können diese auch für sich genommen abwägungsrelevant sein, sie müssen dann aber auch als einzelne und unterschiedliche Belange in die Abwägung eingestellt werden. Hingegen lässt das bloße Resultat eines Bürgerentscheids nicht einmal die Feststellung zu, welche unterschiedlichen Belange hierfür maßgeblich waren und welche dieser Belange zu welchem Anteil für das Ergebnis maßgeblich waren. Von daher stellt das bloße Er-

³ Ewer, Der Ausschluss von Bürgerentscheiden auf dem Gebiet der Bauleitplanung, in: Schliesky/Ernst/Schultz (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen – Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg 2011, S. 191, 193 m.w.Nachw.

gebnis einer solchen Mehrheitsentscheidung selbst keinen Sachbelang dar, ist daher nicht gewichtbar und somit auch keiner Abwägung zugänglich.⁴

Wenn also ein gemeindliches Abstimmungsergebnis als solches nach einem Bürgerentscheid oder einer Abstimmung der Gemeindevertretung eine bindende Wirkung für die Planung haben soll, dann ginge das nur unter Verzicht auf die planerische Abwägung. Die Landesplanungsbehörde könnte, wenn sie an dieses bipolare Votum gebunden wäre, die dahinter stehenden Belange nicht mehr in tatsächlicher Hinsicht und auf Vollständigkeit prüfen, nicht mehr gewichten und nicht mehr gegen- und untereinander abwägen. Ihr würde für einen Teilraum ein Planungsergebnis ohne Abwägung vorgegeben.

Eine solche teilweise Abschaffung des Abwägungsgebots ist aber aus verfassungsrechtlichen Gründen weder dem Bundes- noch dem Landesgesetzgeber erlaubt. Das Bundesverwaltungsgericht erkannte schon 1969 klar und unmissverständlich

„das für jede rechtsstaatliche Planung geltende Gebot, die von der Planung betroffenen öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen“⁵

Herr Kollege Kment hat das kürzlich in der Zeitschrift für Umweltrecht in einem Beitrag unter dem vielversprechenden Titel „Die Bewältigung von Nichtwissen durch adaptive Abwägung“ noch einmal hervorgehoben und umfänglich belegt.⁶

⁴ OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 73/13 –, Rn. 63, zit.n.juris.

⁵ BVerwG, Urteil vom 30.04.1969 – IV C 6.68 –, Rn. 17, zit.n.juris.

Für Windkraftanlagen folgt dieses Gebot darüber hinaus aus der Privilegierung dieser Anlagen im Außenbereich gemäß § 35 Absatz 1 Nummer 5 des Baugesetzbuchs. Die raumordnerische Festlegung von Ausschlussbereichen durch Vorrang- und Eignungsgebieten für die Windenergienutzung hat wegen der Raumordnungsklausel in § 35 Absatz 3 Satz 3 BauGB unmittelbare Wirkung auf die Zulässigkeit von Einzelvorhaben und stellt sich damit als Schrankenbestimmung für das grundrechtlich gewährleistete Eigentum gemäß Artikel 14 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes dar. Das Bauplanungsrecht des Bundes gewährt dem Grundeigentümer im Außenbereich eine Baufreiheit für Windkraftanlagen. Wenn er diese aufgrund der Raumordnungspläne außerhalb von Vorrang- und Eignungsgebieten nicht ausüben darf, dann sind diese Raumordnungspläne rechtfertigungsbedürftig und müssen verhältnismäßig sein. Und eben dies setzt eben eine ordnungsgemäße Abwägung voraus.⁷

Ich gehe zwar davon aus, dass der Bundesgesetzgeber die 1997 eingeführte Privilegierung der Windkraftnutzung im Außenbereich nicht aufheben wird. Aber selbst wenn er es täte, dürfte sich im Ergebnis nichts ändern. Dazu möchte ich vorweg festhalten, dass der Bundesgesetzgeber 1997 zwar nicht verpflichtet war, mit der Privilegierung eine zusätzliche Eigentumsposition zu schaffen. Wenn er die Privilegierung aber heute wieder abschafft, entzieht er damit gesetzlich eine bestehende Eigentumsposition und nimmt damit ebenfalls einen rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff vor, auch

⁶ Kment, Die Bewältigung von Nichtwissen durch adaptive Abwägung – zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Abwägung, ZUR 2016, 331 ff.

⁷ OVG Schleswig, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 73/13 –, Rn. 65, zit.n.juris.

wenn ihm bei einer solchen Neuordnung von Teilen der Eigentumsordnung ein durchaus weiter Gestaltungsspielraum zusteht.⁸

Wenn nun tatsächlich die Privilegierung abgeschafft werden sollte, würde es im Unterschied zur jetzigen Lage nur noch in Ausnahmefällen dazu kommen, dass durch eine raumordnerische Festlegung von Vorrang- und Eignungsgebieten bauplanungsrechtlich zulässige Windkraftanlagen unzulässig werden. Vielmehr würde sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von nicht mehr privilegierten Windkraftanlagen im Wesentlichen aus Bebauungsplänen oder aus § 35 Absatz 2 und Absatz 3 BauGB ergeben. Festsetzungen in Bebauungsplänen werden aber ebenfalls im Wege der Anpassungspflicht gemäß § 1 Absatz 4 BauGB und § 4 Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 ROG durch verbindliche Ziele der Raumordnung determiniert und die Zulassung nichtprivilegierter Vorhaben hängt in § 35 Absatz 3 BauGB auch von ihrer Raumverträglichkeit ab. Da die Landesplanungsbehörde nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 ROG verpflichtet wäre, Regionalpläne aufzustellen und da sie im Hinblick auf § 2 Nr. 4 ROG sowie den objektiv gemeindeübergreifend bestehenden Koordinationsbedarf und den Trennungsgrundsatz in diesen auch die weitere Entwicklung der Windenergie raumverträglich steuern müsste, würde die Ausweisung der hierzu zumindest erforderlichen Eignungsflächen über § 1 Abs. 4 BauGB wiederum dazu führen, dass die Gemeinden den entsprechenden Zielen der Raumordnung in ihren Bauleitplänen Rechnung tragen und diese hierzu ggf. an die entsprechenden Ziele der Raumordnung anpassen müssten.

⁸ Dazu grundlegend Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15.07.1981 – 1 BvL 77/78 –, BVerfGE 58, S. 300, 330 ff.

Würden hierbei nur Eignungs- und nicht auch Eignungs- und Vorranggebiete ausgewiesen, so würden diese Ziel der Raumordnung zwar keine – zu einer Einschränkung der Rechtsposition von Grundeigentümern führende – Schranken-, aber umgekehrt eine Inhaltsbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG darstellen. Diese müsste zumindest willkürfrei für alle betroffenen Eigentümer getroffen werden. Insbesondere darf die Landesplanung in einer solchen Situation nicht bei objektiv gleicher Eignung bestimmte Gebiete ohne hinreichend tragfähige Sachgründe von der bauleitplanerischen Zulassung als Windenergieeignungsfläche ausschließen. Im Ergebnis bliebe es daher auch dann, wenn der Gesetzgeber die Privilegierung aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB aufheben würde, aus rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Gründen beim Erfordernis einer planerischen Abwägung, die – wie eingangs gezeigt – ihrerseits für ein bürgerschaftliches Vetorecht im Sinne einer Ja-Nein-Entscheidung keinen Raum lässt.

Von daher halte ich es für rechtlich nicht zutreffend, wenn es in Ziff. 7 des Energiepapiers der CDU Schleswig-Holstein wörtlich heißt: „Es ist Zeit, die Privilegierung der Windkraft im Baugesetzbuch zu streichen und so auch wieder den Weg frei zu machen für echte Bürgerbeteiligung.“ Denn auch die Streichung der Privilegierung würde nichts daran ändern, dass durch verbindliche Ziele der Raumordnung eine gesamträumliche und damit notwendigerweise überörtliche Steuerung der Windenergienutzung erfolgen müsste. Diese würde aber wiederum entsprechende Abwägungsentscheidungen erfordern, denen ihrerseits Ja-Nein-Entscheidungen aus Bürgerentscheidungen aus den dargestellten Gründen nicht zugänglich gemacht werden könnten.

Ausgehend von dieser Erkenntnis möchte ich dann nur der Vollständigkeit halber festhalten, dass es dem Gesetzgeber aus demselben Grund verwehrt wäre, eine vollstän-

dige oder teilweise Bindungswirkung gemeindlicher Entscheidungen als zwingenden Planungsleitsatz, Optimierungsgebot⁹ oder Abwägungsdirektive¹⁰ zu normieren: Es gibt gesetzliche Bestimmungen, die die planerische Abwägung leiten und im Falle von zwingenden Planungsleitsätzen sogar der planerischen Abwägung vorgehen; letztere führen bei der Planung von Konzentrationsflächen zu den so genannten harten Tabukriterien. Allen diesen gesetzlichen Leitlinien für die Abwägung ist aber gemeinsam, dass sie jeweils einen Sachbelang verfolgen, der ohnehin in die Abwägung eingestellt werden müsste und dem gesetzlich nur ein besonderes Gewicht zugemessen wird. Das bloße Ergebnis einer gemeindlichen Entscheidungsfindung ist aber, wie eingangs festgestellt, kein Sachbelang, welcher gewichtbar und der Abwägung zugänglich wäre.

Es ist also schon aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht möglich, dem bloßen Ergebnis einer bipolaren Ja-Nein-Entscheidung ein besonderes Gewicht oder gar eine Bindungswirkung in der Abwägung einzuräumen.

Dasselbe Ergebnis ergibt sich auch bei einer Betrachtung des Planungsvorgangs: Das Wesen der Raumordnung besteht darin, eine überörtliche und überfachliche Planung unterschiedlicher Raumnutzungen und Raumansprüche vorzunehmen. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, ist die Raumordnung notwendigerweise eine Planung „von oben nach unten“. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Gegenstromprinzip: Dessen

⁹ BVerwG, Beschluss vom 20.08.1992 – 4 NB 20/91 –, BVerwGE 90, S. 329-337, Rdnr. 16; BVerwG, Urteil vom 22.03.1985 – 4 C 73.82 –, BVerwGE 71, 163-166; s. auch noch BVerwG, Beschluss vom 07.07.2004 – 4 BN 16.04 –, zit.n.juris passim; VGH München, Beschluss vom 23.01.2014 – 8 ZB 12.64 –, zit.n.juris Rdnr. 32ff.

¹⁰ BVerwG, Beschluss vom 13.03.2008 – 9 VR 11.07 –, zit.n.juris Rdnr. 29; BVerwG, Urteil vom 16.03.2006 – 4 A 1073.04 –, zit.n.juris Rdnr. 164; vgl. BVerwG, Beschluss vom 07.07.2004 – 4 BN 16.04 –, ZfBR 2005, S. 71; BVerwG, Beschluss vom 12.06.1990 – 7 B 72.90 –, DVBl 1990, S. 1185.

Funktion ist es, dass örtliche und überörtliche Planung aufeinander abgestimmt sind und nicht gegeneinander arbeiten.

Damit aber würde sich eine Raumordnung, bei der die gesamträumliche Entscheidungshoheit des Planungsträgers durch ein Veto aus einzelnen Teilräumen konterkariert werden könnte, nicht mehr als Raumordnung im Sinne von Artikel 74 Absatz 1 Nummer 31 des Grundgesetzes darstellen. Somit kann auch unter diesem Gesichtspunkt die überörtliche Planung nicht durch Bürgerentscheide auf örtlicher Ebene durchlöchert werden.

Ich kann daher als Fazit meines bisherigen Vortrags festhalten: Das verfassungsrechtlich fundierte Gebot der planerischen Abwägung gebietet es im Rahmen der Raumordnung, alle örtlichen Belange zu ermitteln, zu gewichten und abzuwägen. Und dasselbe Gebot verbietet es aber, einer bloßen Mehrheitsentscheidung, deren einzelne Motive nicht ermittelt, gewichtet und abgewogen werden, eine bindende Wirkung zuzugestehen.

Schließlich möchte ich noch kurz auf den Gesetzentwurf eingehen, den die CDU-Fraktion vorgestern in den Landtag eingebracht hat.

Der Gesetzentwurf der CDU-Fraktion beruht auf einem rechtswissenschaftlichen Gutachten von Herrn Prof. Dr. Fassbender aus Leipzig. Ich erwähne dieses Gutachten deswegen besonders, weil der von mir fachlich sehr geschätzte Herr Prof. Dr. Fassbender darin der Sache nach alle meine Erwägungen teilt, die ich Ihnen eben vorgestellt habe. Eben dies hat dazu geführt, dass der Entwurf

- gerade keinen relativen oder gar absoluten Gewichtungsvorrang für den Bürgerwillen vorsieht,

sondern

- sich darauf beschränkt, die Landesplanungsbehörde zu verpflichten, etwaigen im Beteiligungsverfahren mitgeteilten und – wie es wörtlich heißt – „sachlich begründeten Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften“ gegen Windenergie dadurch Rechnung zu tragen, dass im Rahmen der Abwägung geprüft wird, „ob die entsprechenden planerischen Ziele in rechtskonformer Weise auf anderen Flächen im Planungsraum erreicht werden können.“

Es spricht einiges dafür, dass damit der Bürgerentscheid – jedenfalls in den meisten Fällen – draußen ist. Denn er stellt eine bloße Ja-Nein-Entscheidung der Bürgerinnen und Bürger und keine „sachlich begründete Entscheidung“ der betreffenden Gebietskörperschaft dar, weil nicht erkennbar ist, welche der unterschiedlichen Sachgründe konkret für die Entscheidung maßgeblich waren. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Informationspflicht aus § 16g Abs. 5 Satz 2 GO. Denn nach § 10 Abs. 2 Satz 2, 1. und 2. Halbsatz der Landesverordnung zur Durchführung der Gemeinde-, Kreis- und Amtsordnung (GKAVO) kann so verfahren werden, dass die Für- und Wider-Argumente lediglich zusammengefasst dargestellt und die Bürgerinnen und Bürger im Übrigen auf eine Einsichtnahme bei der Gemeinde verwiesen werden. Also, wie ich Sie hier alle kenne, würden Sie natürlich vor der Abstimmung erst einmal zur Gemeinde gehen und sich mit den Für- und Wider-Argumenten vertraut machen. Scherz beiseite – abwä-

gungsrechtlich kommt es nur auf die tatsächliche Kenntnis des entscheidungsbefugten Organs an, während die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht reicht. Dies hat zur Folge, dass in den entsprechenden Fällen ein Bürgerentscheid gegen Windenergieflächen daher nicht einmal die im Gesetzentwurf vorgesehene Prüfungspflicht auslösen würde, so dass der Gesetzentwurf hier eine Stärkung der Durchsetzungskraft des unmittelbaren Bürgerwillens nicht zu bewirken vermag.

Soweit es um – wie es im Gesetzentwurf heißt – „sachlich begründete Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften“ geht, also etwa um mit Begründungen versehene Beschlüsse von Gemeindevertretungen, ist die Landesplanungsbehörde aber bereits nach geltendem Recht dazu verpflichtet,

- erstens die damit vorgebrachten Sachbelange in die Abwägung einzustellen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen (das folgt aus § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG),

und

- zweitens zu prüfen, ob es diese Sachbelange geboten erscheinen lassen, anderen Flächen im Planungsraum Vorzug zu geben.

Letzteres folgt daraus, dass dann, wenn bei begründeten Bedenken gegen eine planerische Zulassung an einem bestimmten Standort schon aus dem Abwägungsgebot selbst die Pflicht der planenden Stelle zur Vornahme einer Alternativenprüfung folgt. Dies ist inzwischen allgemein – und nicht nur bezogen auf das Planfeststellungsrecht – in der Rechtsprechung anerkannt, wie von Herrn Prof. Berkemann in einem Beitrag im

selben Heft der Zeitschrift für Umweltrecht zutreffend hervorgehoben wird.¹¹ Zudem und vor allem aber folgt die Pflicht zur Alternativenprüfung ausdrücklich auch aus einer gesetzlichen Vorschrift, nämlich aus § 14 b Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit Anhang 3 Nr. 1.5 des Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetzes und mit § 8 Abs. 1 Nr. 2 ROG. Danach ist für Regionalpläne eine Plan-UVP durchzuführen, die wiederum eine Alternativenprüfung erforderlich macht.¹²

Kurzum – der Gesetzentwurf will für sachliche begründete Stellungnahmen von Gebietskörperschaften noch einmal ausdrücklich das vorschreiben, was für diese – wie auch sämtliche sonstigen Stellungnahmen – ohnehin schon seit langem geltendes Recht ist.

Dabei sei nur am Rande angemerkt, dass der Ministerpräsident in seinem Erlass vom Juni 2016 sehr viel weiter gegangen ist, als dies der Gesetzentwurf der CDU-Fraktion tut: Er hat nämlich angeordnet, dass auch Bürgerentscheide, die vom CDU-Entwurf – wie dargestellt – nicht erfasst werden, zum Anlass für eine verstärkte Sachaufklärung genommen werden. Hierzu wurde bereits in I. Satz 5 ff. des Erlasses der Staatskanzlei vom 23.06.2015 festgelegt – ich zitiere wörtlich:

„Deswegen wird die Landesregierung im Rahmen der derzeitigen Rechtslage auch dem durch Entscheidungen der Gemeindevertretungen oder Bürgerentscheiden gemäß § 16g Gemeindeordnung demokratisch legitimierten Bürgerwillen bei der Teilaufstellung der Regionalpläne sowie bei der Zulassung von Ausnahmen für

¹¹ Berkemann, Zur Abwägungsdogmatik: Stand und Bewertung, ZUR 2016, 323, 324.

¹² Vgl. OVG Magdeburg, Urteil vom 15.05.2014 – 2 K 54/12 –, zit.n.juris, Rn. 137.

Windenergieanlagen durch eine gesonderte Überprüfung im Verfahren besonderes Gehör verschaffen. Hierzu wird die Landesplanungsbehörde dort, wo Gemeinden sich mehrheitlich für oder gegen die Errichtung oder den Ausbau der Windenergie auf ihrem Gebiet ausgesprochen haben, dies als Indiz dafür betrachten, dass vor Ort Kriterien für bzw. gegen Flächenausweisungen vorhanden sein können. Deshalb wird die Landesplanungsbehörde in jedem dieser Fälle ermitteln, inwieweit diesen Entscheidungen bisher nicht ins Planungsverfahren eingebrachte objektive Gesichtspunkte zugrunde liegen, die nach geltendem Recht als zu beachtende sachliche Kriterien in den Abwägungsprozess einzubeziehen sind.“

Das geht deutlich über das nach dem CDU-Gesetzentwurf vorgesehene Verfahren hinaus. Während sich dieser bei Vorliegen einer mit Gründen versehenen kommunalen Stellungnahme lediglich die schon anderweitig gesetzlich bestehende Pflicht zur Durchführung einer Alternativenprüfung wiederholt, sieht der Erlass vor,

- erstens: dass entsprechenden Ja-Nein-Entscheidungen im Bürgerentscheidungsverfahren eine indikative Bedeutung für das Vorliegen von Sachgründen für oder gegen Flächenausweisungen zugemessen wird,
- zweitens: dass die Landesplanungsbehörde zu prüfen hat, ob und ggf. um welche abwägungserheblichen Sachgründe es sich hierbei handelt,

und

- drittens: dass die Landesplanungsbehörde hierzu noch einmal an die Gemeinde heranzutreten hat, „um alle Sachargumente umfassend zu ermitteln“.

Durch diese Vorgabe wird aber bewirkt, dass auch pauschale Ja-Nein-Bekundungen – die als solche abwägungsrechtlich unbeachtlich sind – nicht einfach beiseitegeschoben, sondern zum Anlass genommen werden, um zu ermitteln, ob und ggf. welche für die Abwägung relevanten Einzelargumente hinter der Entscheidung stehen. Mithin wird durch den Erlass – über den Gesetzentwurf der CDU hinausgehend – eine Pflicht begründet, die hinter dem pauschalen Mehrheitswillen der Bürger stehenden abwägungserheblichen Belange detailliert zu ermitteln und in die Entscheidung der Landesplanungsbehörde einfließen zu lassen.

Damit wird der Planfeststellungsbehörde durch den Erlass aber zugleich aufgegeben, mehr zu tun, als sie nach der Gesetzeslage tun müsste. Denn nach der gesetzlichen Rechtslage beschränkt sich die Pflicht der planenden Stelle darauf, sich im Rahmen der Abwägung mit durch Einwendungen oder Stellungnahmen vorgebrachten Belangen auseinanderzusetzen sowie mit solchen Belangen, die sich ihr „aufdrängen“ mussten.¹³

Von der Planung betroffene Interessen, die nicht im Rahmen der Bürgerbeteiligung (oder der Behördenbeteiligung) vorgebracht werden, sind nur dann abwägungserheblich, wenn sie sich der planenden Stelle aufdrängen mussten

¹³ Vgl. BVerwG, Beschluss vom 09.11.1979 – 4 N 1/78 u.a. -, BRS 35 Nr. 24; OVG Bln-Bbg, Urteile vom 13.04.2016 – OVG 10 A 9.13 -, Rn. 45, zit.n.juris und vom 21.03.2013 - OVG 10 A 1.10 -, Rn. 82, zit.n.juris; OVG Münster, Beschluss vom 14.07.2010 - 2 B 637/10.NE -, Rn. 15, zit.n.juris.

Unterlässt es ein Bürger, seine Betroffenheit im Zuge der Bürgerbeteiligung vorzutragen, dann ist die Betroffenheit nur abwägungsbeachtlich, wenn sich der planenden Stelle die Tatsache dieser Betroffenheit „aufdrängen musste.“ Die hinter einem pauschalen „Ja“ oder „Nein“ eines Bürgerentscheids stehenden vielfältigen Belange müssen sich aber der Landesplanungsbehörde nicht aufdrängen und sind für sie nicht als abwägungserheblich beachtlich erkennbar. Von daher wäre sie eigentlich nicht dazu verpflichtet, von sich aus zu ermitteln, welche unterschiedlichen Belange wohl für das Votum jeweils mitursächlich waren. Durch die Vorgaben des Erlasses wird die Landesplanungsbehörde somit dazu angehalten, zugunsten des Bürger- und Gemeindegewillens – genauer gesagt: der dahinstehenden unterschiedlichen Interessen – mehr zu tun, als ihr das geltende Recht vorschreibt. Wenn man daher zur Stärkung der Rolle des Bürger- und Gemeindegewillens bzw. der dahinterstehenden Motive eine gesetzliche Regelung schaffen will, wäre viel mehr damit erreicht, die zitierte Passage aus dem Erlass des Ministerpräsidenten vom Juni 2015 „in Gesetzesform zu gießen“, als – wie dies der CDU-Entwurf vorsieht – eine ohnehin schon gesetzlich angeordnete Alternativenprüfung noch ein zweites Mal an anderer Stelle gesetzlich festzuschreiben. Letztlich gibt jedoch aus meiner Sicht auch eine Aufnahme des zitierten Abschnitts aus dem Erlass des Ministerpräsidenten vom Juni 2015 wenig Sinn, trifft doch die darin begründete Verpflichtung eine einzige Stelle – nämlich die Landesplanungsbehörde. Ist aber nur ein einziger Adressat einer entsprechenden Verpflichtung gegeben, der seinerseits auch eine Verwaltungsvorschrift zu befolgen hat, so ist es reine Förmerei, deren Inhalt in ein Gesetz zu übernehmen.

Zurück an den Anfang, zurück nach Zhejiang. Diese interessante Provinz ist unter anderem bekannt durch ihre sehr beeindruckende Hauptstadt Hangzhou. Und diese wiederum ist weltweit bekannt als Hauptstadt des chinesischen Tees.

Aus eben dieser Hauptstadt des Tees stammt ein weiteres bekanntes chinesisches Sprichwort:

„Tee erleuchtet den Verstand, schärft die Sinne, verleiht Leichtigkeit und Energie, und vertreibt Langeweile und Verdruss.“

Vielleicht sollten wir nachher in der Pause alle eine Tasse Tee trinken. Nicht etwa, weil wir weiterer Erleuchtung des Verstandes bedürften; das ist selbstredend in diesem Kreise auszuschließen. Aber etwas mehr Leichtigkeit könnte dem weiteren Verlauf der Diskussion vielleicht gut tun. Denn bei ruhiger und nüchterner Betrachtung müssen wir feststellen, dass wir durch das geltende Raumordnungsrecht ein Instrumentarium haben, dass die gründliche Erfassung und Berücksichtigung gemeindlicher Belange und daraus ggf. folgende Alternativenprüfungen nicht nur ermöglicht, sondern sogar gebietet. Und dass – man mag es bedauern oder nicht – für darüber hinausgehende Rechtswirkungen von Bürgerentscheiden im Verfahren zur Aufstellung der Regionalpläne schon aus den dargestellten verfassungsrechtlichen Gründen kein Raum ist.

Vor diesem Hintergrund können nach meiner festen Überzeugung weitere gesetzliche Regelungen keine wirkliche Stärkung der Durchsetzungsfähigkeit des Bürgerwillens im Verfahren zur Aufstellung der Regionalpläne bewirken.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit!



Prof. Dr. Martin Kment, LL.M. (Cambridge)
Gemeindewille und Bürgerbeteiligung

UNIA
Universität
Augsburg
University

Windenergieplanung in Schleswig-Holstein – Gemeindewillen und Bürgerbeteiligung

Mehr Akzeptanz durch finanzielle Beteiligung?

*Prof. Dr. Martin Kment, LL.M. (Cambridge)
Direktor des Instituts für Umweltrecht der Universität Augsburg
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Umweltrecht und Planungsrecht*



Prof. Dr. Martin Kment, LL.M. (Cambridge)
Gemeindewille und Bürgerbeteiligung

UNIA
Universität
Augsburg
University

Erfordernis öffentlicher Akzeptanz

- Große Infrastrukturprojekte benötigen öffentliche Zustimmung (vgl. Stuttgart 21)
- Grds. **öffentlicher Zuspruch** für Energiewende
- Widerspruch bei **individueller Betroffenheit** (sog. nimby-Effekt)



Klassische Modelle zur Akzeptanzförderung

- **Beteiligung** am Entscheidungsprozess (Anhörung; Öffentlichkeitsbeteiligung)
- **Partizipation** an der Entscheidungsfindung (Gesetzesinitiativen von CDU und Piratenpartei)
- **Aber:** Beide Konzepte zielen **rechtlich** nicht auf eine Billigung des Ergebnisses, sondern nur auf eine **Akzeptanz des Verfahrens**, das in einer Entscheidung mündet.



Voraussetzungen von **Verfahrensakzeptanz**

- **Nicht** die Multiplikation der Beteiligungsmöglichkeiten
(vgl. NABEG)
- Möglichkeit der **Kommunikation**
- Herstellung von **Verfahrensgerechtigkeit** (insb. Ausgleich von Informationsdefiziten)
- Entscheidung muss **verstanden** werden



Prof. Dr. Martin Kment, LL.M. (Cambridge)
Gemeindewille und Bürgerbeteiligung

UNIA
Universität
Augsburg
University

Alternative Modelle der Akzeptanzförderung

- **Problemvermeidung** (Bsp.: Abstandsregelung in Bayern; sog. 10 H-Regelung)
- **Wirtschaftliche Beteiligung** am Projekt (aus einem fremden Vorhaben wird ein „eigenes“)



Prof. Dr. Martin Kment, LL.M. (Cambridge)
Gemeindewille und Bürgerbeteiligung

UNIA
Universität
Augsburg
University

Wirtschaftliche Beteiligung – Beispiel Windkraftanlagen I

- **Keine** Einbindung in bestehendes **Planungsrecht**
- **Eigenständige landesrechtliche Regelung** notwendig und möglich
- **Ausgestaltung** des wirtschaftlichen Beteiligungsmodells
 - Kreis der Berechtigten
 - Information der Bürger (Informationsmaterial)
 - Ausübung des Anteilskaufrechts und Anteilskauf
 - Höhe der Beteiligung an den Windkraftvorhaben



Prof. Dr. Martin Kment, LL.M. (Cambridge)
Gemeindewille und Bürgerbeteiligung

UNIA
Universität
Augsburg
University

Windenergieplanung in Schleswig-Holstein – Gemeindewillen und Bürgerbeteiligung

Mehr Akzeptanz durch finanzielle Beteiligung?

*Prof. Dr. Martin Kment, LL.M. (Cambridge)
Direktor des Instituts für Umweltrecht der Universität Augsburg
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht, Umweltrecht und Planungsrecht*

**Festlegung des Abwägungsvorgangs
durch den Landesgesetzgeber –
Änderung des Landesplanungsgesetzes
- Zulässigkeit und Grenzen -**

Expertengespräch am 08.09.2016 in Kiel

Prof. Dr. Arne Pautsch

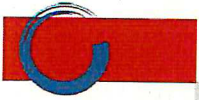


Der Gesetzentwurf der Piratenfraktion

Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Akzeptanz der Windenergienutzung

Nach § 5 Absatz 3 des Landesplanungsgesetzes wird der folgende Absatz 3a eingefügt:

"Zur Sicherung einer umweltverträglichen Energieversorgung (§ 2 Absatz 2 Nr. 4 des Raumordnungsgesetzes) ist auch die Akzeptanz der Windenergienutzung zu erhalten. Im Rahmen der Abwägung nach § 7 Absatz 2 Satz 1 des Raumordnungsgesetzes ist bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen den im Beteiligungsverfahren mitgeteilten oder angekündigten Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften gegen eine Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie auf ihrem Gebiet Rechnung zu tragen, soweit an den Zielen der Planung gemessen ausreichend andere Flächen für diesen Zweck zur Verfügung stehen. Kommunale Entscheidungen nach Satz 2 sollen begründet werden."



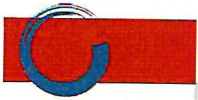
Hintergrund und Ausgangslage

- **Entscheidung des OVG Schleswig vom 20.01.2015:**

Teilfortschreibung der Regionalpläne zur Ausweisung von Windenergiegebieten, die 2012 in Kraft getreten waren, ist rechtswidrig

Nichtberücksichtigung von Gemeinden, die sich gegen Windkraftanlagen ausgesprochen haben, bei der Auswahl von Eignungsflächen für die Windenergienutzung durch die Landesplanungsbehörde stellt Abwägungsfehler in Form des Abwägungsausfalls dar

→ Verstoß gegen das rechtsstaatliche Abwägungsgebot durch die Exekutive



Hintergrund und Ausgangslage

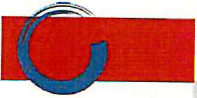
- **Folgerungen:**

landesplanerische Praxis durch die Exekutive verstößt gegen höherrangiges Recht

Erwägung, den Abwägungsvorgang durch Änderung des LaplaG zu steuern

Verlagerung der Entscheidung von der Exekutive auf den Landesgesetzgeber, der Vorgaben für die Landesplanung schafft

→ vorliegender Gesetzentwurf der Piratenfraktion



Hintergrund und Ausgangslage

- **Einordnung des Gesetzentwurfs:**

Inhalt: Festlegung einer „Abwägungsdirektive“ durch Einfügung eines neuen Absatzes 3a in § 5 des LaplaG

Zielsetzung: parlamentsgesetzliche Steuerung des Abwägungsvorgangs dergestalt, dass „(...) im Rahmen der Abwägung nach § 7 Absatz 2 Satz 1 des Raumordnungsgesetzes (...) bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen den im Beteiligungsverfahren mitgeteilten oder angekündigten Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften gegen eine Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie auf ihrem Gebiet Rechnung zu tragen ist, soweit an den Zielen der Planung gemessen ausreichend andere Flächen für diesen Zweck zur Verfügung stehen (...)“



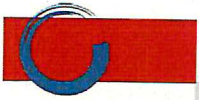
Hintergrund und Ausgangslage

- Einordnung des Gesetzentwurfs:

rechtliche Qualifikation:

Grundsatz der Raumordnung iSv § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG, da durch Gesetzgeber Vorgabe für nachfolgende Abwägungs- bzw. Ermessensentscheidung der Planungsbehörden statuiert wird

kein **Ziel der Raumordnung** iSv § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG, da dieses vom Träger der Raumordnung unter strikter Bindung an das Abwägungsgebot („abschließende Abwägung“) festzulegen wäre und eine Vorfestlegung durch den Gesetzgeber ausschliesse



Zulässigkeit: Verfassungsrechtlicher Rahmen

- **Abweichungsrecht der Länder auf dem Gebiet der Raumordnung:**

Seit der Föderalismusreform I (in Kraft seit 01.09.2006) besteht ein Abweichungsrecht der Länder auf den in Art. 72 Abs. 3 GG genannten Gebieten (so auch für die Materie der Raumordnung nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG)

Es handelt sich um eine Vollkompetenz, die es im Unterschied zur früheren Rahmenkompetenz den Landesgesetzgebern erlaubt, eigene Regelungskonzepte zu verfolgen. Sog. „abweichungsfeste Kerne“ bestehen für die Materie der Raumordnung ausdrücklich nicht (str.).

Daher kann der schleswig-holsteinische Landesgesetzgeber eigenständige Regelungen über die Raumordnung für das Land treffen, die vom ROG 2009 abweichen, und für die gegenüber entgegenstehendem Bundesrecht ein Anwendungsvorrang begründet wird.



Grenzen: Verfassungsrechtlicher Rahmen

- **Bindung an das rechtsstaatliche Abwägungsgebot:**

Abwägungsgebot ist Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG, 28 Abs. 1 GG) und daher auch vom Gesetzgeber als höherrangiges Recht zu beachten

Unzulässig wäre daher die Festlegung einer strikten Abwägungsvorgabe durch den Gesetzgeber, welche im Sinne eines Ziels der Raumordnung nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG verbindliche Wirkungen entfalten würde.

Zulässig ist hingegen die Festlegung einer „Abwägungsdirektive“ durch den Gesetzgeber, die als Grundsatz der Raumordnung iSv § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG Aussagen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums als Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen bestimmt.



Grenzen: Verfassungsrechtlicher Rahmen

- **Gemeindliche Planungshoheit als Ausfluss des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG/Art. 54 Abs. 1 Verf SH:**

Sicherung der Akzeptanz der Windenergie durch Berücksichtigung des Gemeindewillens ist schon deshalb als legitimer Zweck anzusehen, weil es sich bei der insoweit betroffenen Planungshoheit um eine Teilgewährleistung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG (Art. 54 Abs. 1 Verf SH) handelt

Planungshoheit umfasst grds. auch das Recht der Gemeinden, Bereiche der Gemeinde bewusst unbepflichtet zu lassen (Selbstgestaltungsrecht bzw. negatives Planungsrecht)

Diese verfassungsrechtlich abgesicherten Ziele (etwa Stärkung der demokratisch determinierten kommunalen Selbstverwaltung) darf der parlamentarische Gesetzgeber bei der Festlegung von Grundsätzen für die höherrangige räumliche Gesamtplanung verfolgen.



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit !

Kontakt:

Prof. Dr. Arne Pautsch
Hochschule für öffentliche Verwaltung und
Finanzen Ludwigsburg
Professur für Öffentliches Recht und
Kommunalwissenschaften
Direktor des Instituts für Bürgerbeteiligung
und Direkte Demokratie
Reuteallee 36
71634 Ludwigsburg
E-Mail: pautsch@hs-ludwigsburg.de