

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 20/1563**

BROCK MÜLLER ZIEGENBEIN Rechtsanwälte Notare Postfach 30 37 24920 Flensburg

Per E-Mail!

Schleswig-Holsteinischen Landtag Innen- und Rechtsausschuss
Herrn Vorsitzenden Jan Kürschner
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

innenausschuss@landtag.ltsh.de

Unser Zeichen	Rechtsanwalt	Sekretariat	Kontakt	Flensburg
02289-23-PB-1117	Dr. Kuhlmann	Janine Mai	☎ +49 461 14433-27 ☎ +49 461 14433-45 ✉ janine.mai@bmz-recht.de	08.06.2023

**Drucksachen 20/802 „Bau-Hanse“ für den Norden
und 20/877 Landesbauordnung weiter entbürokratisieren und harmonisieren
Ihr Aktenzeichen: L215**

Sehr geehrter Herr Kürschner,
sehr geehrter Herr Dr. Galka

ich danke für die mit Ihrem Schreiben vom 06.04.2023 gewährte Gelegenheit,
zu den Anträgen aus den beiden im Betreff genannten Drucksachen Stellung
zu nehmen. Dem komme ich gerne nach.

A. Die Anträge

Die Anträge decken sich weitgehend in ihrem Kernanliegen der „Entbürokratisierung und Harmonisierung“ der Landesbauordnung. Sie sehen zum einen jedoch unterschiedliche Verfahren vor, um dieses Kernanliegen zu erreichen. Zum anderen setzt der Alternativantrag (Drucksache 20/802) neben der Entbürokratisierung und Harmonisierung mit dem Klimaschutz weitere Ziele und

FLENSBURG

Dr. Ralf Sonnberg, Notar
Dr. Volker von Borzeszkowski^{2) 10)}, Notar
Dr. Bastian Koch⁷⁾, Notar
Dr. Christian Kuhlmann⁴⁾
Dr. Max Wellenreuther²⁾, Notar
Jan Christiansen^{1) 5)}, Notar
Mareeke Buttjer
Dr. Christoph Bialluch
Dr. Larinca Ritschl
Julian Schlumbohm⁴⁾
Carina Vogt
Ballastkai 5, 24937 Flensburg
Telefon +49 461 14433-0
Telefax +49 461 14433-44

KIEL

Prof. Dr. Mathias Nebendahl^{2) 10) 14)}, Notar
Dr. Matthias Krisch⁶⁾, Notar
Dr. Christian Becker¹⁴⁾, Notar
Dr. Katja Francke²⁾
Dr. Ulrich Mann¹⁴⁾
Dr. Hauke Thilow^{7) 11)}, Notar
Dr. Christian Wolff^{9) 12)}
Dr. Johannes Badenhop^{13) 14)}, Notar
Kati Beier-Vafeidis, LL.M. (London)
Dr. Susann Rochlitz¹⁰⁾
Dr. Martin Witt⁷⁾, Notar
Dr. Fiete Kalscheuer¹⁴⁾
Dr. Thomas Guttau⁶⁾
Judith Foest
Dr. Markus Jurawitz
Dr. Jan-Philipp Redder
Charlotte Gaschke
Maria Jaletzke-Fest
Philipp Thomssen, LL.M. (London)
Sören Kneffel
Schwedenkai 1, 24103 Kiel
Telefon +49 431 97918-0

LÜBECK

Dr. Oswald Kleiner, Notar
Boris Stomprowski⁴⁾, Notar
Lars Bretschneider^{2) 10)}, Notar
Dr. Friderike Pannier³⁾
Sönke Runge^{2) 4) 10)}
Dr. Matthias Waack⁷⁾, Notar
Dr. Sebastian Scholz
Dr. Gero von Alvensleben
Kanalstraße 12-18, 23552 Lübeck
Telefon +49 451 70289-0

KALTENKIRCHEN

Dr. Bernd Richter¹⁾
Dr. Peter Gramsch⁸⁾, Notar
Tilmann Kruse
Dr. Marcel Sandberg
Aino Kristina Füner, Notarin
Dr. Katrin Haberkamm^{5) 7)}
Dr. Leonie Mayk
Dr. Kirsten Kieckbusch
Neuer Weg 13, 24568 Kaltenkirchen
Telefon +49 4191 91918-0

Fachanwälte für

- 1) Agrarrecht
- 2) Arbeitsrecht
- 3) Bank- und Kapitalmarktrecht
- 4) Bau- und Architektenrecht
- 5) Erbrecht
- 6) gewerblichen Rechtsschutz
- 7) Handels- und Gesellschaftsrecht
- 8) Insolvenzrecht
- 9) IT-Recht
- 10) Medizinrecht
- 11) Steuerrecht
- 12) Urheber- und Medienrecht
- 13) Vergaberecht
- 14) Verwaltungsrecht

Banken

Nord-Ostsee Sparkasse
IBAN DE51 2175 0000 0000 0777 76
Deutsche Bank AG
IBAN DE09 2157 0011 0429 9004 00
VR Bank Nord eG
IBAN DE13 2176 3542 0004 4223 33

Brock Müller Ziegenbein
Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Sitz Kiel, AG Kiel PR 18 KI
USt.-IdNr. DE205972535
www.bmz-recht.de

gibt eine zudem Gewichtungspräferenz in Bezug auf die Relation struktureller Baukostensenkungen zur Nachhaltigkeit.

I. Drucksache 20/802 „Bau-Hanse“

Mit dem Antrag der Fraktion der FDP soll der Landtag die Landesregierung auffordern, „zur Entbürokratisierung und Harmonisierung der Landesbauordnungen in Norddeutschland eine Arbeitsgruppe mit den anderen norddeutschen Bundesländern, gegebenenfalls zunächst mit der Freien und Hansestadt Hamburg, einzusetzen.“ Er macht die weitergehende Harmonisierung der Landesbauordnungen gerade im Bereich der Metropolregion Hamburg zu seinem Ziel und verweist auf Unterschiede in den Bauordnungen, die ohne landestypische Besonderheiten weiterhin bestehen. Für das Verfahren schlägt er die Einsetzung einer Arbeitsgruppe mit den anderen norddeutschen Bundesländern vor, ohne diese näher zu beschreiben.

II. Alternativantrag (Drucksache 20/802)

Mit dem Alternativantrag der Fraktionen von CDU und Bündnis 90/Die Grünen würde der Landtag die Landesregierung bitten, „sich im Zuge der bestehenden Prozesse zur Harmonisierung der Landesbauordnung auch mit den norddeutschen Partnerinnen und Partnern weiter gemeinsam um den Abbau von unterschiedlichen Baunormen zu bemühen“, wobei dies „soweit wie möglich im Einklang mit der Musterbauordnung geschehen“ soll. Darüberhinausgehend verfolgt der Alternativantrag weitere Ziele. So soll die Landesbauordnung auch „mit dem Ziel [...] des Klimaschutzes, der Klimaanpassung sowie dem notwendigen Ausbau der erneuerbaren Energien“ überprüft werden. Es „sollen bauliche Maßnahmen geprüft werden, die es ermöglichen, die Baukosten strukturell zu senken, ohne dabei den Nachhaltigkeitszielen zuwider zu laufen.“

Die Baukosten sind ausweislich des Alternativantrags auch Grund dafür, dass die Landesregierung sich „für die Verschlinkung von Bau- und Planungsprozessen“ einsetzen möge und dabei neue Bau- und Planungsnormen „stets auf Angemessenheit geprüft werden“ sollen.

Der Verweis darauf, dass die strukturelle Senkung der Baukosten geprüft werden soll, „ohne dabei den Nachhaltigkeitszielen zuwider zu laufen“, begründet zudem bereits in der Aufgabenbeschreibung eine Gewichtungspräferenz zugunsten der Nachhaltigkeit und damit auch zugunsten von Klimaschutzziele.

B) Gegenstand der Betrachtung

Nachdem in Bezug auf das Ziel der Entbürokratisierung und Harmonisierung der Landesbauordnung in Norddeutschland selbst zwischen den beiden Anträgen im Kern keine wesentlichen Unterschiede bestehen und diese Ziele auch unter Berücksichtigung des Föderalismusprinzips schon wegen der in der Präambel der Landesverfassung festgeschriebenen Vertiefung der „Zusammenarbeit der norddeutschen Länder“ ohne Zweifel zulässigerweise und sinnvoll zu verfolgen sind, befasst sich diese Stellungnahme ausschließlich mit den Unterschieden zwischen den Anträgen. In Bezug auf die unterschiedlichen Verfahren sei dabei lediglich angemerkt, dass das Traditionsargument wenig argumentativen Raum für die Einsetzung einer (neuen) Arbeitsgruppe lässt, wenn bestehende Prozesse der Harmonisierung schlicht fortgeführt werden können. Das Augenmerk soll diesseits daher auf die überschießende Zielsetzung des Alternativantrags der Fraktionen von CDU und Bündnis 90/Die Grünen und dessen Gewichtungspräferenz gelegt werden.

I. Die Verfolgung von Zielen und Zwecken durch den Gesetzgeber

1. Grundlegendes

In einem demokratischen Rechtsstaat geht alle Staatsgewalt vom Volke aus (vgl. in Schleswig-Holstein Art. 2 Abs. 1 der Landesverfassung). Der Souverän nimmt in einem solchen, durch Rechtsnormen kodifizierten Rechtssystem ein Rechtssetzungsmonopol für sich in Anspruch. Der demokratische Rechtsstaat als Rechtssystem lässt sich auf der Grundlage der Diskursethik rekonstruieren; in einer derartigen Rekonstruktion stellt die staatliche Rechtserzeugung eine notwendige Entfaltung der Diskursethik und institutionelle Vorkehrung für

die Richtigkeit der in einem Diskurs gewonnenen Ergebnisse dar (vgl. Robert Alexy, in: Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie Beiheft 2 (1981), S. 177, 186 sowie Jürgen Habermas, in: Diskursethik – Notizen zu einem Begründungsprogramm, S. 101). Dem Gesetzgeber kommt in diesem System die Aufgabe zu, im Raum des diskursiv Möglichen durch positive Gesetzgebung Festlegungen zu treffen und damit den Raum des in diesem Rechtssystem diskursiv Möglichen einzugrenzen und so zugleich diskursiv nicht (mehr) mögliche Ergebnisse auszuschließen.

Diese Kompetenz des Gesetzgebers lässt sich nicht nur rechtsphilosophisch begründen, sondern ergibt sich zugleich aus der funktionellen Kompetenzordnung des Grundgesetzes, nach der ausschließlich dem Gesetzgeber eine „Zwecksetzungsprärogative“ zukommt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.11.1997 – 1 BvR 497/92, 1 BvR 307/94; BVerfGE 96, 375, 394 f.). Nichts anderes gilt für die gleichartige funktionale Kompetenzordnung der Landesverfassung.

2. Folgen

Die Verfolgung von Zielen und Zwecken durch den Gesetzgeber wirkt sich nicht nur unmittelbar in der Gestaltung entsprechender bindender Rechtsnormen aus. Über diese wirkt die Bindung an den begrenzten diskursiv möglichen Raum sogar für die gesetzgebenden Organe selbst, unabhängig davon ob diese diskursethisch rekonstruiert wird oder über das Rechtsstaatsprinzip begründet (Art. 20 Abs. 3 GG). Sie wirkt sich vielmehr auf der Ebene der gesamten juristischen Interpretation aus: Indem der Gesetzgeber den Raum des diskursiv Möglichen begrenzt, sind bei der juristischen Interpretation die von ihm verfolgten Ziele und Zweck grundsätzlich auch vorrangig zu berücksichtigen (BVerfG, Urteil vom 30.03.2004 – 2 BvR 1520/01, BVerfGE 110, 226, 248; Robert Alexy, in: Theorie der juristischen Argumentation, S. 305).

II. Überschießende Ziele und Gewichtungspräferenz des Alternativantrags

Ist es Aufgabe des Gesetzgebers, Ziele und Zwecke aus dem Raum des diskursiv Möglichen auszuwählen und zu verfolgen, so liegt es auf der Hand, dass der Gesetzgeber das Ziel der Harmonisierung und Entbürokratisierung der Landesbauordnung zugleich mit weiteren Zielen verbinden kann. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Zielverfolgung nicht konfliktfrei erfolgen kann – wie sich dies womöglich bei dem Ziel der strukturellen Senkung der Baukosten einerseits und dem Ziel der Nachhaltigkeit andererseits ergeben mag – und wenn der Gesetzgeber insoweit eine Gewichtungspräferenz vornimmt (Baukostensenkung „ohne dabei den Nachhaltigkeitszielen zuwider zu laufen“).

Verfolgt der Gesetzgeber Ziele und Zwecke, die im Raum des diskursiv Möglichen liegen, so ist deren Verfolgung grundsätzlich erlaubt. Das gilt insbesondere dann, wenn diese Ziele von der Verfassung geboten sind. Eine derartige Ziel- und Zweckverfolgung mit entsprechender Gewichtungspräferenz wäre nur dann nicht erlaubt, wenn die Verfolgung von Klimaschutz und Nachhaltigkeitszielen als solchen oder aber zusammen mit der Gewichtungspräferenz ausschließlich zu einem Ergebnis führen kann, welches nach übergeordneten gesetzlichen Maßstäben auch unter Beachtung einer dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungsprärogative (vgl. BVerfG, Urteil vom 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78; BVerfGE 50, 290, 332f.) unzulässig wäre, mithin nicht mehr im Raum des diskursiv (und rechtlich) Möglichen liegt. Das ist für die im Alternativantrag verfolgten überschießenden Ziele des Klimaschutzes, der Klimaanpassung und des Ausbaus der erneuerbaren Energie jedoch ebenso wenig der Fall, wie für die Gewichtungspräferenz zugunsten der Nachhaltigkeit.

Dabei kann dahingestellt bleiben, ob aufgrund der Schutzpflicht des Landes aus Art. 11 der Landesverfassung für „die natürlichen Grundlagen des Lebens sowie die Tiere“ oder des in der Präambel der Landesverfassung festgehaltenen Zwecks „durch nachhaltiges Handeln die Interessen gegenwärtiger wie künftiger Generationen zu schützen“ nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 24.03.2021 (1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20; BVerfGE 157,30) eine Verpflichtung des Landesgesetzgebers bestehen kann, jetzt weitergehende Maßnahmen zum Schutz vor den Gefahren des Klimawandels und zur Verwirklichung des Klimaschutzgebotes zu treffen. Ebenso kann dahinstehen, ob sich eine

derartige Verpflichtung im Zusammenhang mit dem Energiewende- und Klimaschutzgesetz Schleswig-Holstein (EWKG) ergibt, weil dieses „das Bauen“ als Sektor in § 3 jedenfalls nicht ausdrücklich und gesondert in Bezug nimmt. Ausreichend ist zunächst, dass die überschießenden Ziele als solche aufgrund der vorstehend zitierten Regelungen der Landesverfassung jedenfalls im Raum des diskursiv *Möglichen* liegen. Die überschießenden Ziele aus dem Alternativantrag können daher grundsätzlich in rechtlich zulässiger Weise verfolgt werden, auch wenn ihre Verfolgung nicht geboten wäre. Maßgeblich für die hiesige Betrachtung ist damit lediglich, ob ihre Verfolgung nach einer antragsgemäßen Befassung der Landesregierung nur zu einem Ergebnis führen kann, welches außerhalb des Raumes des diskursiv (und rechtlich) Möglichen liegt.

Eine Unzulässigkeit der Verfolgung zulässiger Ziele kann sich aus dem Ergebnis der Verfolgung ergeben. Dies ist genau dann der Fall, wenn dieses Ergebnis außerhalb des diskursiv (und rechtlich) Möglichen liegt, etwa weil es sich bei einer Abwägung gegen andere grundrechtlich geschützte Positionen als nicht geeignet, nicht erforderlich oder nicht verhältnismäßig im engeren Sinne zur Einschränkung anderer betroffener geschützten Rechtsgüter erweist. Ein solches Ergebnis geht jedoch nicht *zwingend* mit der Verfolgung der überschießenden Ziele einher. Die Überprüfung wird an dem Ergebnis – wie es nach antragsgemäßer Befassung der Landesregierung konkret in ein Gesetz Eingang finden würde – durchzuführen sein. Damit steht Verfolgung der überschießenden Ziele nichts entgegen.

Das gilt in gleicher Weise für die in dem Alternativantrag vorgesehene Gewichtungspräferenz. In dieser wird mit den Baukosten ein weit über die Bauwirtschaft hinausreichendes Problem angesprochen. Das Abkühlen der Baukonjunktur bedingt auch durch hohe Baukosten führt voraussichtlich zu nicht nur ganz unerheblichen wirtschaftlichen Verwerfungen. Es gefährdet darüber hinaus die für den Wohnungsneubau verfolgten Ziele und beeinträchtigt damit die Aussichten für eine Entspannung auf dem Wohnungsmarkt. Das wiederum trifft die Bürger in ihrer persönlichen Lebensführung und kann so ihre Grundrechte berühren.

Wird das Ziel einer Senkung der strukturellen Baukosten unter den Vorbehalt der Nachhaltigkeit gestellt, so engt der Alternativantrag dadurch den Raum des diskursiv Möglichen ein. Die Einengung ist dennoch zulässig. Mit ihr wird zum einen ein grundsätzlich zulässiges, in der Präambel der Landesverfassung als Zweck festgehaltenes Ziel verfolgt. Der Vor-

behalt der Nachhaltigkeit als solcher ist zulässig, weil Artikel 11 der Landesverfassung zusammen mit der Zwecksetzung der Präambel ohnehin seine Berücksichtigung erfordert – und der Bausektor mit einem nicht unerheblichen Anteil zum CO₂-Ausstoß in der Bundesrepublik Deutschland beiträgt.

Zum anderen legt die Gewichtungspräferenz kein bestimmtes Ergebnis fest, welches notwendig außerhalb des Raumes des diskursiv (und rechtlich) Möglichen liegt. Wo konkret für die strukturelle Senkung der Baukosten die Grenze des „Zuwiderlaufens“ in Bezug auf die Nachhaltigkeitsziele liegen soll, wird erst bekannt sein, wenn das Ergebnis der Abarbeitung des Antrags durch die Landesregierung vorliegt. Die Intension des Ausdrucks „Zuwiderlaufen“ jedenfalls ist nicht so eindeutig bestimmt, dass sie nur ein einziges Ergebnis zulassen würde. Sie bedarf der Interpretation, bei der die Grenze des diskursiv (und rechtlich) Möglichen zu berücksichtigen sein wird. Klar ist nach der Gewichtungspräferenz des Alternativantrags – und den vom Gesetzgeber (auch mit der Landesverfassung) verfolgten, grundsätzlich vorrangig zu berücksichtigen Zielen und Zwecken – lediglich, dass ohnehin wegen Verstoßes gegen Artikel 11 der Landesverfassung handgreiflich unzulässige Maßnahmen der strukturellen Baukostensenkung ausgeschlossen sind, wie beispielshalber der Verzicht auf jegliche Dämmung von Neubauten zur Reduzierung der Baukosten. Damit steht auch der Vorgabe einer Gewichtungspräferenz nichts entgegen.

Über die Verfolgung der überschießenden Ziele sowie der Gewichtungspräferenz aus dem Alternativantrag kann der Landesgesetzgeber in Ausübung seiner Zwecksetzungsprärogative nach allem mindestens ergebnisoffen entscheiden und dadurch im Raum des diskursiv (und rechtlich) Möglichen eine Festlegung zugunsten der überschießenden Ziele sowie der Gewichtungspräferenz treffen.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Christian Kuhlmann

Dr. Christian Kuhlmann