WEISSLEDER ▪ EWER
Rechtsanwälte ■ Partnerschaft mbB

WEISSLEDER ▪ EWER ▪ Rechtsanwälte Part mbB ▪ Walkerdamm 4-6 ▪ 24103 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umwelt- und Agrarausschuss
Düsternbrooker Weg 70
24105 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 18/6338

Vorab per E-Mail:
umweltausschuss@landtag.landsh.de

Dr. sc. pol. Wolfgang M. Weißleder
Notar a.D. ▪ Rechtsanwalt ▪ bis 2013
Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Rechtsanwalt ▪ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Angelika Leppin
Rechtsanwältin ▪ Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Marcus Arndt
Rechtsanwalt ▪ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Prof. Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt ▪ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Gyde Otto
Rechtsanwältin ▪ Fachanwältin für Arbeitsrecht
Dr. Gunnar Postel
Rechtsanwalt ▪ Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Dr. Bernd Hoefer
Rechtsanwalt
Dr. Tobias Thienel LL.M. (Edinburgh)
Rechtsanwalt
Dr. Christoph Berlin
Rechtsanwalt

Ihr Zeichen:	Unser Zeichen:	Kiel, den	Bearbeiter/-in:
	Ew/mk	28.06.2016	RA Prof. Dr. Ewer

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion der PIRATEN
„Gesetz zum Schutz der Akzeptanz der Windenergienutzung"
LT-Drucksache 18/3941

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,
sehr geehrte Damen und Herren Mitglieder des Umwelt- und Agrarausschusses,
sehr geehrte Frau Tschanter,

in der vorstehenden Angelegenheit danke ich für die mir eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem o.g. Gesetzentwurf, die ich hiermit gerne wahrnehme.

Ich möchte das Ergebnis meiner nachfolgenden Ausführungen dahingehend vorwegnehmen, dass sich das Gesetz voraussichtlich als verfassungswidrig erweisen dürfte. Für den unwahrscheinlichen Fall der Möglichkeit einer verfassungskonform einschränkenden Auslegung und Anwendung für in der Aufstellung befindliche Raumordnungspläne dürfte es letztlich folgenlos bleiben. Darüber hinaus ist aus meiner Sicht festzustellen, dass der Ge-

setzentwurf in rechtspolitischer Hinsicht sein eigenes, gesetzgeberisches Ziel konterkarieren würde.

I. Zum Gesetzentwurf selbst

1. Zur Regelungswirkung des Gesetzentwurfs

Mit dem Entwurf eines § 5 Abs. 3a des Landesplanungsgesetzes (im Folgenden: § 5 Abs. 3a Laplag-E) soll im Landesplanungsrecht verankert werden, dass die Abwägung über die Aufstellung von Raumordnungsplänen

> „mitgeteilten oder angekündigten Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften gegen eine Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie auf ihrem Gebiet Rechnung zu tragen"

habe,

> „soweit an den Zielen der Planung gemessen ausreichend andere Flächen für diesen Zweck zur Verfügung stehen. Kommunale Entscheidungen nach Satz 2 sollen begründet werden."

Damit bedient sich der Gesetzentwurf einer im Raumordnungsrecht geläufigen Wortwahl für Grundsätze der Raumordnung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG, denen bei der Raumordnung „Rechnung zu tragen" ist. Den in den Grundsätzen der Raumordnung benannten Belangen kommt ein abwägungsdirigierender Einfluss zu, der sich in der Abwägung als Gewichtungsvorgabe auswirkt. Soweit also mit dem Gesetzentwurf ein Grundsatz der Raumordnung geschaffen werden soll, fügt er sich in Wortwahl und innerer Systematik in die Regelung anderer Grundsätze der Raumordnung ein. Auch der Standort eines § 5 Abs. 3a LaplaG-E im Anschluss an die Grundsätze der Raumordnung in § 5 Abs. 2, Abs. 3 LaplaG ist systematisch stimmig

Nach der gesetzgeberischen Begründung soll § 5 Abs. 3a LaplaG-E allerdings nicht nur eine abwägungsdisponible Gewichtungsvorgabe beinhalten, sondern eine strikt bindende Rechtswirkung:

> „Nach Satz 2 ist ablehnenden Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften (z.B. Beschlüssen der Gemeindevertretung oder Bürgerentscheiden mit Bindungswirkung) Rechnung zu tragen, indem die entsprechenden Gebiete nicht zur Windenergienutzung vorzusehen sind."
>
> (Hervorhebung durch den Unterzeichner)

Bei einer dieser Begründung entsprechenden Auslegung wäre § 5 Abs. 3a LaplaG-E ein letztabgewogenes Entscheidungskriterium, das nicht mehr hinter anderweitigen, überwiegenden Belangen zurückstehen könnte, sondern sich stets durchsetzte: Wenn im Rahmen einer Raumplanung zur Ausweisung von Gebieten für die Windkraftnutzung mit außergebietlicher Ausschlusswirkung also hinreichend Potenzialflächen zur Verfügung stehen, um Planungszielen der jeweils höheren Stufe und der aus § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB folgenden Verpflichtung gerecht zu werden, substanziellen Raum für die Windkraftnutzung zur Verfügung zu stellen, muss nach der Begründung eine Ausweisung solcher Flächen gegen den geäußerten Willen der betroffenen Gemeinde zwingend unterbleiben, unabhängig davon, ob und ggf. welche Belange welchen Gewichts entgegenstehen.

Damit wäre § 5 Abs. 3a LaplaG-E in der Sache trotz seines Wortlauts kein Grundsatz der Raumordnung, sondern ein verbindliches Ziel der Raumordnung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG. Daher ist festzuhalten, dass die Formulierung des Gesetzeswortlauts und die gesetzgeberische Begründung in einem inneren, systematischen Widerspruch zueinander stehen. Vor diesem Hintergrund stehen erhebliche Unsicherheiten in Auslegung und Anwendung dieser Norm zu erwarten.

Angesichts der verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Gewichtungsvorgabe und erst recht gegen ein Ziel der Raumordnung, die ich sogleich darlegen werde, kä-

me aber ohnehin nur eine Auslegung des § 5 Abs. 3a LaplaG-E in Betracht, die hinter dem Wortlaut und hinter der Gesetzesbegründung gleichermaßen zurückbliebe.

Hinzu tritt, dass auch die gesetzgeberische Begründung für § 5 Abs. 3a LaplaG-E einen inneren Widerspruch aufweist. Einerseits soll, wie eben ausgeführt, ablehnenden Entscheidungen der Gemeinden strikte Bindungswirkung zukommen, soweit ausreichend andere Flächen ausgewiesen werden, ohne dass die Gründe für eine ablehnende Entscheidung einer Gemeinde im Rahmen des § 5 Abs. 3a LaplaG-E von Bedeutung wären. Andererseits stellt die gesetzgeberische Begründung darauf ab, dass

> „[g]egen Windkraftanlagen [...] etwa Gesichtspunkte des Landschaftsbildes und der optischen Wirkung, des Natur- und des Immissionsschutzes (vgl. BVerwGE 117, 287)"

angeführt werden könnten. Das Gesetz beruht also letztlich entgegen dem eindeutigen Wortlaut und der insoweit eindeutigen Begründung an anderer Stelle doch wieder darauf, dass einer gemeindlichen Willensbekundung raumplanerisch relevante Belange zugrunde liegen können, die dann ihrerseits die mit einer planerischen Entscheidung verbundenen Eingriffe in Grundrechte Dritter rechtfertigen sollen. Diese Rechtfertigung muss aber daran scheitern, dass der Gesetzentwurf selbst auf die Berücksichtigung sachlicher Belange in der Abwägung gerade pauschal verzichtet und stattdessen bei Vorhandensein ausreichender Flächen Gemeindevoten einen zwingenden Vorrang einräumt. Diese stellen aber ihrerseits gerade keine Sachbelange dar und können zudem auf höchst unterschiedlichen Sachinteressen beruhen; so kann ein ablehnendes Votum etwa darauf zurückgehen, dass einzelne Mitglieder der Gemeindevertretung prinzipielle Gegner der Windenergie sind, andere weitere Eingriffe in das Landschaftsbild vermeiden möchten, dritte Bedenken wegen der Schallimmissionen haben und ähnliches.

Unabhängig von diesen mit der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Gesetzes verbundenen Erwägungen zeigt sich der Gesetzentwurf auch in anderer Hinsicht als nicht mit seiner Begründung vereinbar. Während nach dem Wortlaut

> „bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen den im Beteiligungsverfahren mitgeteilten oder angekündigten Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften“
> (Hervorhebung durch den Unterzeichner)

Rechnung zu tragen sein soll, geht demgegenüber die Begründung davon aus, angekündigte, aber noch nicht getroffene Entscheidungen würden

> „allerdings nur berücksichtigt, wenn sie im für die Planaufstellung maßgeblichen Zeitpunkt vorliegen“.

Diese Einschränkung findet im Gesetz selbst keinen Anklang, so dass in der Planaufstellung entgegen der Begründung des Entwurfs auch nur angekündigte, aber noch nicht getroffene Entscheidungen bei Vorliegen eines im Übrigen ausreichenden Flächenbestandes zwingend berücksichtigt werden müssten.

Unabhängig von den konkreten Auslegungs- und Anwendungsproblemen, die § 5 Abs. 3a LaplaG-E in der konkreten Raumordnung aufwerfen dürfte, erweist sich die vorgesehene Norm im Gesamtgefüge des Raumordnungs- und des Bauplanungsrechts als systemwidriger Fremdkörper. Die Raumordnung als raumbezogene, zusammenfassende, überörtliche und überfachliche Planung der konkurrierenden Raumnutzungsansprüche obliegt den überörtlich zuständigen Behörden, in Schleswig-Holstein der Landesplanungsbehörde gemäß § 4 LaplaG. Demgegenüber obliegt den Gemeinden im Rahmen der Bauleitplanung die Vorbereitung und Leitung der baulichen und sonstigen Nutzung einzelner Grundstücke in der Gemeinde. Raumordnung und Bauleitplanung stehen aufgrund des Gegenstromprinzips des § 1 Abs. 3 ROG in gegenseitiger Abhängigkeit und beeinflussen einander in vielfältiger Hinsicht. Dem Gegenstromprinzip liegt allerdings zugrunde, dass die planenden Ebenen der Raumordnung und der Bauleitplanung jeweils ihre eigene Ebene eigenverantwortlich planen und dabei auf die Planungen und Erfordernisse der jeweils anderen Ebene Rücksicht dergestalt nehmen, dass sich die Planung der unteren Ebene in die übergeordnete Planung einfügt, während die höhere Ebene die Gegebenheiten und Erfordernisse der jeweils niedrigeren Ebenen berücksichtigen muss. Das Gegenstromprin-

zip schließt damit aber gerade aus, dass auf der niedrigeren Ebene Planungen erfolgen, die der höheren Ebene zugewiesen sind bzw. für diese Verbindlichkeit entfalten. Mit diesem System des Gegenstromprinzips bricht der Gesetzentwurf, indem er den Gemeinden die Möglichkeit eröffnet, Raumordnung zu betreiben. Zwar bezieht sich ein Beschluss einer Gemeinde, in ihrem Gebiet generell keine Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windkraft zuzulassen, formal nur auf das Gemeindegebiet und damit den Planungsraum der Bauleitplanung, nicht hingegen denjenigen der Raumordnung. In der Sache jedoch nimmt damit die Gemeinde einen Teil der Raumordnung vor und verlässt den ihr obliegenden Bereich der Bauleitplanung. Ein solcher Beschluss bezieht sich nicht mehr auf die bauliche Nutzung einzelner Grundstücke innerhalb der Gemeinde, da es ihm an der grundstücksscharfen Planung der baulichen Nutzung fehlt und er pauschal das gesamte Gebiet der Gemeinde erfasst. Damit aber ist ein solcher Beschluss auf eine überörtliche Regelungswirkung ausgerichtet, die nicht mehr der Gemeinde, sondern der Landesplanungsbehörde obliegt. Im Rahmen des Gegenstromprinzips ist es der Gemeinde erlaubt, die Nutzung jedes einzelnen Grundstücks in der Gemeinde zu überplanen. Diese Planung setzt aber voraus, dass die Gemeinde auch für jedes einzelne Grundstück in der Gemeinde eine positive planerische Vorstellung hat, die sie nach Ermittlung und Gewichtung aller für und gegen die Planung sprechenden Belange sachlich abwiegen muss. Daran fehlt es bei einem pauschalen, das gesamte Gemeindegebiet erfassenden Beschluss. Wenn die Landesplanungsbehörde ohne eigene Ermittlung, Gewichtung und Abwägung der hinter einem pauschal das gesamte Gemeindegebiet erfassenden Beschluss stehenden Erwägungen an diesen Beschluss gebunden ist, dann nimmt damit die Gemeinde inhaltlich Aufgaben der Raumordnung wahr und überschreitet den ihr im Rahmen des Gegenstromprinzips zukommenden Aufgabenbereich. Damit ist § 5 Abs. 3a LaplaG-E im Gefüge des Raumordnungs- und des Bauplanungsrechts systemwidrig. Darüber hinaus würde mit § 5 Abs. 3a LaplaG-E den Gemeinden eine Entscheidungsmöglichkeit zugewiesen, die insgesamt über die gemeindliche Verbandskompetenz hinausgeht und auch insoweit im Widerspruch zum bundesrechtlich determinierten Verhältnis von überörtlicher Raumordnung und örtlicher Bauleitplanung steht.

2. Zur (verfassungs-)rechtlichen Bewertung dieses Entwurfs

Abgesehen von den vorstehenden Bedenken verkennt der Entwurf ausweislich seiner Begründung in mehrfacher Hinsicht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine entsprechende Planungsnorm. Der vorgeschlagene § 5 Abs. 3a LaplaG-E wäre sowohl als Ziel der Raumordnung, als auch als Grundsatz der Raumordnung durchschlagenden verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.

Wie auch in der Begründung des Entwurfs unausgesprochen, aber inhaltlich erkennbar anerkannt wird, beruht die verfassungsrechtliche Würdigung dieses Entwurfs darauf, dass es sich bei der in § 5 Abs. 3a LaplaG-E vorgesehenen Regelung nicht um eine abstrakte Norm über das Planungsverfahren handelt, sondern um eine eigene Planungsentscheidung des Gesetzgebers, um ein materielles Planungskriterium als weiches Tabukriterium in der Konzentrationsflächenplanung. Entsprechende Kriterien als Gewichtungsvorgaben müssen nicht der Verwaltung vorbehalten blieben, sondern können auch durch den Gesetzgeber – wie nicht zuletzt die im ROG gesetzlich fixierten Grundsätze und Ziele der Raumordnung belegen – durch parlamentarische Mehrheitsentscheidung festgelegt werden, solange dafür sachliche Gründe bestehen,

> vgl. dazu den Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1, 17.

Wenn allerdings der Gesetzgeber selbst planende Entscheidungen trifft und diese nicht der Verwaltung im Rahmen eines gesetzlich geregelten Planungsverfahrens überlässt, ist der Gesetzgeber gehalten, seinerseits die für Planungsentscheidungen geltenden Bindungen an die Abwägungsentscheidung einzuhalten,

> Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1, 23.

In vergleichbarer, wenn auch abgeschwächter Weise muss auch eine gesetzliche Gewichtungsvorgabe die dem Abwägungsgebot zugrunde liegenden, grundrechtlichen Bindungen planerischer Entscheidungen einhalten.

§ 5 Abs. 3a LaplaG-E soll in der Abwägung über Raumordnungspläne sowohl nach seinem Wortlaut, als auch nach der Begründung eine letztlich unüberwindliche Gewichtungsvorgabe bewirken, die alleine auf eine gemeindliche Entscheidung als solche rekurriert, nicht hingegen die möglicherweise hinter dieser gemeindlichen Entscheidung stehenden Erwägungen gewichtet und in die raumordnerische Abwägung einstellt. Diese Erwägungen, die nach der Rechtsprechung des

> Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts, Urteil vom 20.01.2015 – 1 KN 6/13 – u.a.,

im Unterschied zu der gemeindlichen Entscheidung als solcher in die Abwägung einfließen dürfen, werden nur noch beispielhaft in der Gesetzesbegründung herangezogen, sind aber keine gesetzliche Voraussetzung der Norm.

Im Einzelnen ist zu den Erwägungen der Begründung des Gesetzentwurfs Folgendes festzuhalten:

Die Begründung des Entwurfs beruht grundlegend auf der Vorstellung, es sei wegen eines

> „Überangebotes an geeigneten Flächen gerechtfertigt", „Gebiete wegen entgegen stehenden Gemeindewillens nicht für die Windenergienutzung vorzusehen".

Dahinter steht der Ansatz, es sei

> „erst Recht ein zulässiges Planungskonzept, der Windenergienutzung insgesamt deutlich mehr Raum zu geben, dabei jedoch dem entgegen stehenden Willen einzelner Kommunen Rechnung zu tragen",

wenn es nach den bisherigen Raumordnungsplänen auch in rechtmäßiger Weise möglich sei

> „einen sehr viel geringeren Teil der Landesfläche als 1,5% für die Windenergienutzung vorzusehen oder nach § 249 Abs. 3 S. 3 BauGB weitreichende Abstandsflächen festzulegen".

Damit verkennt der Gesetzentwurf die Unterscheidung zwischen dem Planungskonzept als Voraussetzung der Planung und den festgelegten Gebieten für die Windkraftnutzung als Ergebnis der Planung. Einen vergleichbaren rechtlichen Ansatz hat das Bundesverwaltungsgericht in einer jüngeren Entscheidung,

> BVerwG, Urteil vom 18.08.2015 – 4 CN 7.14 –, BVerwGE 152, S. 372, 374 ff. Rdnr. 8-10,

ausdrücklich verworfen: Ein Planungsinstrument, das die außergebietliche Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB bewirken soll, muss auf einem schlüssigen gesamträumlichen Planungskonzept beruhen, das nicht nur planerische Gründe für die darin enthaltenen positiven Standortausweisungen, sondern auch für die negativen Ausweisungen im Sinne der Freihaltung des übrigen Planungsraums beinhaltet. Der rechtfertigende Grund für die Ausschlusswirkung liegt in der positiven Ausweisung an anderer Stelle, so dass Konzentrations- und Ausschlussflächen in einem komplementären Verhältnis dergestalt zueinander stehen, dass jede Veränderung der Konzentrationsflächen eine entsprechende Veränderung der Ausschlussflächen nach sich zieht und umgekehrt. Sowohl die Konzentrationswirkung, als auch die Ausschlusswirkung sind daher nur über das Verhältnis zueinander gerechtfertigt, das insgesamt einem planerischen Gesamtkonzept folgt. Demgegenüber stellt die Ausweisung „substanziellen Raums" nur eine unterste Grenze dessen dar, was planerisch noch vertretbar ist, ohne dass die Planung unter einem Abwägungsergebnisfehler leidet. Selbst wenn mehr als nur ein Mindestmaß an Konzentrationsflächen ausgewiesen wird, muss daher nach dieser Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gleichwohl der Ausschluss anderer Flächen jeweils im Einzelfall mit planerischen Erwägungen begründet werden können. Damit geht die Prämisse des Gesetzentwurfs, ein „Überangebot" an geeigneten Flächen rechtfertige zugleich eine beschränkte Ab-

wägung über die Ausweisung dieser Flächen, schon im Ansatz fehl. Selbst wenn ein solches Überangebot besteht, ist die Auswahl der Flächen im Rahmen dieses Überangebots sowohl hinsichtlich der Positiv-, als auch der Negativausweisungen jeweils mit planerischen Erwägungen zu rechtfertigen und andere als originär planerische Erwägungen sind unzulässig.

Damit erweist sich bereits der Grundansatz des Gesetzentwurfs als verfassungsrechtlich nicht haltbar.

Als gewissermaßen zweiten tragenden Ansatz benennt der Gesetzentwurf die Erwägung, dass es

> „nicht etwa willkürlich, sondern [...] stets sachlich nachvollziehbar"

sei, wenn

> „sich eine Gemeinde in einem demokratischen oder direktdemokratischen Willensbildungsprozess mehrheitlich gegen die Errichtung von Windkraftanlagen"

ausspricht. Auch diese Grundannahme widerspricht offensichtlich der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu planerischen Entscheidungen des Gesetzgebers, die auch für die gemeindliche Willensbildung zu planerischen Entscheidungen gilt. Planerische Entscheidungen sind zwar – wie sich nicht zuletzt in der gemeindlichen Bauleitplanung zeigt – der Mehrheitsentscheidung zugänglich, gleichwohl muss diese Mehrheitsentscheidung darauf beruhen, dass sich die entscheidende Mehrheit davon hat leiten lassen,

> „den für die Regelung erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig zu ermitteln, anhand dieses Sachverhalts alle sachlich beteiligten Belange und Interessen der Entscheidung zugrunde zu legen sowie umfassend und in nachvollziehbarer Weise gegeneinander abzuwägen. Das Gebot, den für die beabsichtigte Planung erheblichen Sachverhalt zutreffend und vollständig zu ermitteln, umfaßt insbesondere die Pflicht des Gesetzgebers, die individuell betroffenen

> Grundstückseigentümer und Gemeinden anzuhören (vgl. BVerfGE 50, 195 [202 f.]; 56, 298 [319 ff.]; 76, 107 [122]; 86, 90 [107 f.]). Auf der Grundlage eines in dieser Weise ermittelten Sachverhalts und der Gegenüberstellung der daraus folgenden verschiedenen - oft gegenläufigen - Belange ist der Gesetzgeber befugt, sich letztlich für die Bevorzugung eines Belangs (oder mehrerer Belange) und damit zugleich für die Zurückstellung aller anderen betroffenen Gesichtspunkte zu entscheiden",
>
> Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 17.07.1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, S. 1, 23.

Dieser Ermittlung, Gewichtung und Abwägung konkreter Belange kann der Gesetzentwurf nicht durch den pauschalen Verweis darauf entgegen, dass

> „[g]egen Windkraftanlagen angeführt werden etwa Gesichtspunkte des Landschaftsbildes und der optischen Wirkung, des Natur- und des Immissionsschutzes (vgl. BVerwGE 117, 287)",

denn das Bundesverfassungsgericht fordert gerade eine vollständige Sachverhaltsermittlung und Abwägung im Einzelfall auch bei Mehrheitsentscheidungen.

Die Schlussfolgerung der Gesetzesbegründung, die mit einer Ausschlussentscheidung

> „verbundene Beschränkung von Eigentumsrechten (Art. 14 GG) und die damit verbundene Ungleichbehandlung (Art. 3 GG) der Eigentümer von Grundstücken in Gemeinden mit und ohne Zustimmung zur Windenergie sind sachlich gerechtfertigt",

ist jedenfalls für eine planerische Mehrheitsentscheidung nicht tragfähig.

Soweit der Gesetzentwurf auf übergeordnete Interessen abstellt, die der Energiewende dienen und die nachhaltige Energieversorgung des Landes sichern sollen, sind diese Interessen abstrakt durchaus geeignet, auch Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen. Allerdings verkennt die Begründung des Gesetzentwurfs, dass es sich dabei um allgemeinpolitische Erwägungen handelt, die nicht aufgrund einer Gewichtungsvorgabe des Landes in einzelnen Planungsinstrumenten umgesetzt werden können, sondern der Privilegierung von Windkraftanlagen in § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB widersprechen. Ihre Umsetzung könnte ggf. eine Änderung der letztgenannten Norm und damit eine Aufhebung der Außenbereichsprivilegierung von Windkraftanlagen rechtfertigen. Für einen solchen Gesetzgebungsakt aber ist der Landesgesetzgeber unzuständig und ihm steht insoweit auch keine Abweichungsbefugnis vom Bundesrecht zu.

Die weitere Begründung des Gesetzentwurfs beruht dann auf der Annahme, dass mit der Aufnahme einer Gewichtungsvorgabe in § 5 Abs. 3a LaplaG-E entgegen der Rechtsprechung des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts zukünftig das Ergebnis einer gemeindlichen Willensbildung unabhängig von den dahinter stehenden und damit verfolgten Belangen in die Abwägung über Raumordnungsinstrumente eingeführt werden könne. Dieser Begründungsansatz verkennt, dass die entsprechende Rechtsprechung des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts nicht auf einer einfachen Norm des ROG des Bundes beruht, von der der Landesgesetzgeber tatsächlich abweichen dürfte, sondern dass diese Rechtsprechung des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts Ausfluss des für alle in Grundrechte eingreifenden Planungen geltenden Abwägungsgebots ist, von dem nach verfassungsrechtlichen Maßstäben weder das Raumordnungsrecht des Bundes, noch dasjenige des Landes abweichen kann.

Dieser grundlegende Fehler liegt in der im Gesetzentwurf ausdrücklich enthaltenen Annahme begründet, dass sich eine Vereinbarkeit des § 5 Abs. 3a LaplaG-E

> „bereits daraus [ergebe], dass die Privilegierung von Windkraftanlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB neueren Datums ist und auf die Nutzung von Flächen im Außenbereich für Windkraftanlagen zuvor – im Einklang mit dem Grundgesetz – keinerlei Anspruch bestand."

Diese Schlussfolgerung ist zwar insofern nicht vollkommen unzutreffend, als eine früher grundrechtskonforme Rechtslage im Grundsatz auch heute wieder hergestellt werden könnte. Sie verkennt aber erstens, dass dafür eine Änderung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB erforderlich wäre, während hingegen jede landesrechtliche Einschränkung der durch § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gewährleisteten Baufreiheit von Windkraftanlagen ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in Grundrechte ist.

Insbesondere aber verkennt diese Aussage den normgeprägten Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG. Kurz gesagt ist festzuhalten, dass eine Rechtslage, die dem Eigentümer einen gewissen Umgang mit den in seinem Eigentum stehenden Sachen nicht erlaubt oder diesen Umgang nicht als Bestandteil des Eigentums ansieht, grundrechtskonform sein kann, und zwar insbesondere dann, wenn dieser Umgang mit dem Eigentum schon vor Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht erlaubt war. Sobald aber der Gesetzgeber eben diesen Umgang mit dem Eigentum einmal erlaubt, ist jede zukünftige Beeinträchtigung dieses Umgang ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem „Nassauskiesungsbeschluss“ dargelegt, dass der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG und darin das

> „Eigentum als Zuordnung eines Rechtsgutes an einen Rechtsträger [...], um im Rechtsleben praktikabel zu sein, notwendigerweise der rechtlichen Ausformung“,

bedarf,

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

Diese rechtliche Ausformung geschieht im Wesentlichen durch die Bestimmung des Inhalts und der Schranken des Eigentums. Mit den Inhalts- und Schrankenbestimmungen, zu denen insbesondere auch die eigentumsrechtlich relevanten, nicht der

Enteignung dienenden Vorschriften des Planungsrechts gehören, schafft der Gesetzgeber

> „auf der Ebene des objektiven Rechts diejenigen Rechtssätze, die die Rechtsstellung des Eigentümers begründen und ausformen; sie können privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Natur sein",
>
> Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15.07.1981 – 1 BvL 77/78 –, BVerfGE 58, S. 300, 330.

Insoweit ist der Begründung des Gesetzentwurfs zuzugeben, dass der Schutzbereich des grundrechtlich durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentums nicht aus sich heraus

> „als ein prinzipiell jede mögliche und wirtschaftlich vernünftige Nutzung umfassendes Recht anzusehen [ist], das in seinem Inhalt durch das bürgerliche Recht, insbesondere durch den § 903 BGB geprägt werde",
>
> Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15.07.1981 – 1 BvL 77/78 –, BVerfGE 58, S. 300, 334 f.

Es ist dem Gesetzgeber erlaubt, die einzelnen Inhalte der Eigentumsordnung neu zu regeln:

> „Aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der vom Kläger ausgeübten Eigentümernutzung kann nicht hergeleitet werden, daß diese Befugnis nach ihrem Beginn für alle Zukunft uneingeschränkt erhalten bleiben müsse oder nur im Wege der Enteignung wieder genommen werden dürfe. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt entschieden, daß der Gesetzgeber bei der Neuordnung eines Rechtsgebietes nicht vor der Alternative steht, die alten Rechtspositionen zu konservieren oder gegen Entschädigung zu entziehen",

Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15.07.1981 – 1 BvL 77/78 –, BVerfGE 58, S. 300, 350 f.

Entscheidend aber ist, dass

„eine neue, für die Zukunft geltende objektiv-rechtliche Regelung im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG zugleich eine Legalenteignung bewirkt, weil und soweit sie subjektive Rechte entzieht, die der Einzelne aufgrund des alten Rechts ausgeübt hat (BVerfGE 45, 297 [332]; 52, 1 [28])",
(Hervorhebung durch den Unterzeichner)

Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 15.07.1981 – 1 BvL 77/78 –, BVerfGE 58, S. 300, 331 f.

Das bedeutet, dass jede einfachgesetzliche Regelung des Eigentums gleichermaßen eine den Schutzbereich bestimmende und nicht eingreifende Inhaltsbestimmung, wie auch eine in denselben Schutzbereich eingreifende Schrankenbestimmung sein kann, und zwar abhängig davon, wann und in welcher Weise sie welchen Eigentümer betrifft.

Die bis zum 31.12.1996 geltende Fassung des § 35 Abs. 1 BauGB war für damalige Grundstückseigentümer im Außenbereich eine grundrechtskonforme, nicht rechtfertigungsbedürftige Inhaltsbestimmung, weil der verfassungsrechtliche Mindestgehalt des Eigentums die Privilegierung von Windkraftanlagen nicht fordert. Würde dieser Rechtszustand zukünftig wieder hergestellt, wäre für jeden Grundstückseigentümer, der sein Eigentum erst nach der Rechtsänderung erwürbe, die entsprechende Inhaltsbestimmung ebenfalls nur schutzbereichsbegründend und daher kein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff. Mit der Einfügung des damaligen § 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB a.F. (nunmehr § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) wurde aber die Privilegierung von Windkraftanlagen im Außenbereich Teil des normgeprägten Schutzbereichs, auf die sich jeder Eigentümer berufen kann, der während der Geltung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ein Außenbereichsgrundstück innehat. Auch wenn bei einer hypothetischen Streichung

der Privilegierung der zukünftige Rechtszustand für zukünftige Eigentümer keinen Grundrechtseingriff darstellen würde, wäre zum Zeitpunkt der Streichung diese für alle Eigentümer ein rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff.

Erst recht ist damit aber jede planerische Einschränkung der gesetzlich fortgeltenden Privilegierung aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ein Grundrechtseingriff, der nicht deswegen gerechtfertigt wäre, dass in einem früheren Rechtszustand keine Privilegierung in § 35 BauGB bestand.

Abschließend ist festzuhalten, dass auch dem in der Begründung des Antrags zitierten Gutachten von

> Geßner/Thiele, Rechtssichere Verankerung des gemeindlichen Willens bei der Ausweisung von Eignungsgebieten Windenergieanlagen, S. 44-48,

zu entnehmen ist, dass der vorliegende Gesetzentwurf verfassungswidrig sein dürfte. In diesem Gutachten werden unter der Abschnittsüberschrift „Verankerung des ‚gemeindlichen Willens' im RREP – Darstellung eines rechtssicheren Verfahrensablaufs" ausführlich sämtliche vorstehend dargelegten, planungs- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Berücksichtigung von gemeindlichen Vorstellungen mit dem ausdrücklichen Ergebnis behandelt, dass bloße gemeindliche Willensbekundungen als solche unbeachtlich sind und lediglich die dahinter stehenden, raumordnerischen Belange berücksichtigt werden können, wenn und soweit sie erkennbar sind und wenn ein eigenständige, raumordnerische Prüfung dieser Belange und nicht nur der gemeindlichen Willensbekundung als solcher stattgefunden hat. Zugunsten einer Regelung wie der hier vorgeschlagenen findet sich in dem Gutachten auf der zitierten Seite 50 alleine ein einziger Satz:

> „Unterstellt, nach Abzug aller Tabu- und Restriktionsgebiete verbleibt eine Flächenkulisse für potentielle WEG, die mehr Fläche zur Verfügung stellt, als für das Erfordernis, ‚substanziell Raum zu verschaffen', benötigt wird, ist denkbar, nur die Gebiete auszuweisen, denen die Gemeinden zugestimmt haben."

Auch insoweit wird aber im Gutachten nur postuliert, ein entsprechendes Planungsergebnis sei denkbar. Es wird gerade nicht dargestellt, wie und in welcher Weise eine solche Abwägung mit den im Gutachten selbst ausdrücklich benannten, grundrechtlich geschützten Interessen von Grundstückseigentümern und Investoren vereinbar sein soll, wenn nicht für diejenigen Flächen, auf denen die jeweilige Gemeinde einen Ausschluss beschlossen hat, die hinter dieser Entscheidung stehenden Belange und Erwägungen geprüft, gewichtet und abgewogen werden.

3. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten,

- dass der Gesetzentwurf seinem Wortlaut nach einen Grundsatz der Raumordnung aufstellt, der Begründung nach aber ein Ziel der Raumordnung normieren soll, so dass Gesetzestext und Begründung in einem Widerspruch zueinander stehen, die zu erheblichen Auslegungs- und Anwendungsproblemen führen würden,

und

- dass der Gesetzentwurf darüber hinaus die Voraussetzungen für zu beachtende gemeindliche Entscheidungen so weit formuliert, dass entgegen einer in der Begründung enthaltenen Einschränkung auch nur angekündigte und damit noch nicht getroffene gemeindliche Entscheidungen zu einer Bindung der planerischen Abwägung führen müsste, obwohl in der Begründung das Gegenteil vorgesehen ist.

Abgesehen von diesen Schwächen in der Formulierung des Gesetzes selbst ist vor allem festzuhalten,

- dass die Begründung des Gesetzentwurfs das verfassungsrechtliche und damit auch den Landesgesetzgeber bindende Erfordernis eines schlüssigen Gesamtkonzepts für eine Konzentrationsflächenplanung verkennt, das auch oberhalb der Mindestschwelle „substanziellen Raums" für die Windenergie jede einzelne

Ausschlussfläche sachlich begründen muss und damit keinen Raum dafür lässt, gemeindliche Entscheidungen ohne Berücksichtigung der dahinter stehenden Belange in die Abwägung einzustellen,

- dass der Begründung des Gesetzentwurfs die Fehlvorstellung zugrunde liegt, eine bloße Mehrheitsentscheidung innerhalb einer Gemeinde könne eine sachliche Begründung für das Ergebnis der Entscheidung ersetzen und damit eine Entziehung gesetzlich bestehender Nutzungsmöglichkeiten rechtfertigen,

- dass die Begründung des Gesetzentwurfs hierbei Inhalt, Reichweite und Wirkweise des Eigentumsgrundrechts des Art. 14 Abs. 1 GG verkennt

und

- dass die Begründung des Gesetzentwurfs sowohl die selbst zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgerichts, als auch das zitierte Gutachten von Geßner und Thiel in den jeweils maßgeblichen Ausführungen verkennt.

Vor diesem Hintergrund ist dringend davon abzuraten, den Gesetzentwurf in der bisher vorgeschlagenen Fassung weiter zu verfolgen. Die mit dem Gesetzentwurf verfolgte Regelungswirkung kann aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht erreicht werden und die im Rahmen verfassungskonform einschränkender Auslegung bestenfalls zu erzielende Regelungswirkung geht nicht über das hinaus, was sich ohnehin aus § 7 Abs. 2 ROG ergibt. Im Übrigen erweist sich der Gesetzentwurf, wie nachstehend unter II. ausgeführt, aus meiner Sicht als kontraproduktiv, um das damit verfolgte Ziel zu erreichen.

II. Zum Gesetzeszweck

Der Gesetzentwurf zielt darauf ab, zum

> „Erhalt der Akzeptanz der Energiewende und insbesondere der Windenergienutzung"

beizutragen,

„indem deren Ausbau im Einklang mit dem Willen der betroffenen Kommunen und ihrer Einwohner gestaltet wird. Einerseits sollen ausreichend geeignete Flächen zur Windenergienutzung bereit gestellt werden, andererseits aber Flächen mit mangelnder Akzeptanz vor Ort ausgenommen werden."

Diese Motivation des Gesetzgebers ist als solche zu begrüßen, der konkrete Regelungsinhalt des Gesetzentwurfs dürfte aber, gemessen an einem so formulierten Gesetzeszweck, geradezu kontraproduktiv sein.

Die mit dem Gesetzentwurf verfolgte, letztlich voraussetzungslose Berücksichtigung gemeindlicher Entscheidungen vermittelt den unzutreffenden Eindruck, planerische Sachentscheidungen bedürften, wenn sie auf einer gemeindlichen Mehrheitsentscheidung beruhen, keinerlei sachlicher Begründung, sondern seien aus sich heraus gerechtfertigt. Das aber ist erstens nicht mit den bei planerischen Entscheidungen zu beachtenden Grundrechten der Grundeigentümer und Investoren auf der einen und der Nachbarn auf der anderen Seite vereinbar, die von einer solchen Entscheidung verlangen, dass sie nicht nur auf einer Mehrheit beruht, sondern dass sie sachlich begründet und auf einer nachvollziehbaren Abwägungsgrundlage getroffen ist. Zweitens vermittelt der Gesetzentwurf den ebenfalls unzutreffenden Eindruck, eine nur örtliche Mehrheit könne sich über die auf wesentlich breiterer Basis demokratisch legitimierte Entscheidung des Bundesgesetzgebers in § 35 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BauGB hinwegsetzen. Sollten gemeindliche Entscheidungen in der Erwartung getroffen werden, dass ihnen bindende Wirkung auch für die Raumordnung zukomme, wird die Akzeptanz für Entscheidungen der Raumordnung erst recht nicht steigen, sondern beeinträchtigt, wenn nachträglich festgestellt wird, dass die Entscheidungen in der Raumordnung nicht berücksichtigt werden dürfen.

Diese Erwägung gilt im Übrigen unabhängig von den vorstehend unter I.2. ausgeführten Erwägungen auch unter der hypothetischen Annahme, dass § 5 Abs. 3a LaplaG-E keinen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt wäre. Danach sind gemeindliche Entscheidungen, die sich gegen die Erforschung, Entwicklung oder Nutzung von Windkraft auf ihrem Gebiet aussprechen, nur dann bindend, wenn

„an den Zielen der Planung gemessen ausreichend andere Flächen für diesen Zweck zur Verfügung stehen".

Ob aber diese Voraussetzung erfüllt sein wird, steht erst unmittelbar vor der Schlussabwägung über die Planung und damit – jedenfalls nach der Gesetzesbegründung – nach den jeweiligen kommunalen Entscheidungen fest. Selbst wenn es verfassungsrechtlich zulässig wäre, kommunale Ausschlussentscheidungen strikt zu befolgen, könnte diese notwendige Einschränkung schlimmstenfalls dazu führen, dass in der konkreten Abwägung keine einzige kommunale Entscheidung befolgt werden darf. Inwieweit damit die Akzeptanz für planerische Entscheidungen gesteigert werden soll, bleibt unerfindlich.

Die Akzeptanz für planerische Entscheidung kann aus meiner Sicht nur gesteigert werden, wenn die hinter einer planerischen Entscheidung stehenden, sachlichen Erwägungen transparent dargestellt werden und wenn den Gemeinden Gelegenheit gegeben wird, sachbezogene Erwägungen gegen die Ausweisung von Konzentrationsflächen vorzutragen. Gerade eine sachbezogene Auseinandersetzung verhindert aber der Gesetzentwurf.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass aus meiner Sicht der Gesetzentwurf nicht nur verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt, sondern auch in einem Widerspruch zu dem damit verfolgten Ziel steht.

Für eine Erörterung – etwa im Rahmen einer Ausschuss-Anhörung – stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Wolfgang Ewer
Fachanwalt für Verwaltungsrecht