

Rechtliche Stellungnahme

zu den Möglichkeiten, durch gesetzgeberische Maßnahmen
im Bereich des Landesplanungsrechts
den Willen der betroffenen Gemeinden bei der
regionalplanerischen Steuerung von Windkraftanlagen
zu berücksichtigen

erstattet

im Auftrag der CDU-Landtagsfraktion
im Schleswig-Holsteinischen Landtag

durch

Prof. Dr. Kurt Faßbender,

ordentlicher Professor an der Universität Leipzig und geschäftsführender Direktor des
Instituts für Umwelt- und Planungsrecht

Stand 29. August 2016

Inhaltsübersicht

A.	Hintergrund der Stellungnahme.....	3
B.	Rechtliche Stellungnahme.....	5
I.	Der rechtliche Rahmen.....	5
1.	Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern.....	5
a)	Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Raumordnung.....	6
b)	Die bestehende Abweichungskompetenz der Länder.....	6
c)	Das Zitiergebot bei der Abweichungsgesetzgebung.....	7
2.	Die materiell-rechtliche Komponente des Abwägungsgebots.....	7
a)	Fundierung.....	7
b)	Die Deutung in den Urteilen des OVG Schleswig vom 20.1.2015 und in der Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes vom 30.6.2016.....	8
c)	Kritische Stellungnahme.....	8
3.	Die speziellen Anforderungen an die Ausweisung von Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen.....	9
4.	Zwischenergebnis.....	11
II.	Gesetzliche Gestaltungsmöglichkeiten.....	11
1.	Der Gesetzentwurf der PIRATEN.....	11
2.	Alternativvorschlag des Verfassers.....	14
III.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	16

Gegenstand dieser Stellungnahme ist die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit über gesetzgeberische Maßnahmen im Bereich des Landesplanungsrechts der Wille von betroffenen Gemeinden bei der regionalplanerischen Steuerung von Windkraftanlagen berücksichtigt werden kann.

Die Stellungnahme wurde veranlasst durch die Informationen, die dem Unterzeichner durch die CDU-Landtagsfraktion im Schleswig-Holsteinischen Landtag zur Verfügung gestellt wurden und die im Folgenden unter Teil A wiedergegeben werden.

A. Hintergrund der Stellungnahme

Der Landesentwicklungsplan 2010 (LEP) legt als landesweiter Raumordnungsplan für Schleswig-Holstein das Ziel fest, dass ca. 1,5 % der Landesfläche in den Regionalplänen nach Maßgabe der näheren Vorgaben des LEP als Eignungsgebiete für die Windenergienutzung festzulegen sind. Um diese Zielvorgabe umzusetzen, wurden die Regionalpläne in den folgenden Jahren durch Teilfortschreibungen angepasst. Diese Teilfortschreibungen wurden im Wesentlichen 2012 abgeschlossen. Dabei hat die Landesplanungsbehörde während des gesamten Planungsverfahrens zum Ausdruck gebracht, dass gegen den Gemeindewillen keine Windeignungsflächen ausgewiesen werden sollen. In der Folge wurden Gemeinden, die mit einer Windkraftnutzung nicht einverstanden waren, wie Tabuzonen behandelt. Dieses Vorgehen wurde von der Landesplanung später als gelungener Prozess der Bürgerbeteiligung bezeichnet.

Diese Schilderung basiert im Wesentlichen auf der Darstellung im Urteil des OVG Schleswig vom 20.1.2015 – 1 KN 6/13, das u.a. in der Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2015, S. 498 ff. (501) abgedruckt ist.

Nicht zuletzt aus diesem Grund wurden die Teilfortschreibungen von Betroffenen, die Windenergieanlagen außerhalb der Eignungsgebiete errichten und betreiben wollen, im Wege der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle vor dem Schleswig-Holsteinischen Oberverwaltungsgericht (im Folgenden: OVG Schleswig) angefochten.

Vgl. neben dem zuvor zitierten Urteil des OVG Schleswig die Urteile vom 20.1.2015 zu den Aktenzeichen 1 KN 7/13, 1 KN 17/13, 1 KN 18/13, 1 KN 25/13, 1 KN 36/13, 1 KN 70/13, 1 KN 72/13 und 1 KN 73/13, die bei juris abrufbar sind.

Das OVG Schleswig hat diese Planungspraxis in mehreren Urteilen für rechtswidrig und die entsprechenden Teilfortschreibungen für nichtig erklärt. Zur Begründung hat das OVG ausgeführt,

„dass die Ergebnisse von schlichten Mehrheitsentscheidungen einer Gemeindevertretung oder eines Bürgerentscheids keine maßgeblichen Belange für eine durch Abwägung gesteuerte Planung sind. Das Abwägungsgebot ist Ausfluss des Rechtsstaatsgebots gemäß Art. 20 Abs. 3 GG (...). Deshalb müssen alle planerischen Festsetzungen auf nachvollziehbaren sachlichen Gründen beruhen. Erst Recht darf der bloße Gemeindewille nicht das allein maßgebliche Kriterium einer Abwägungsentscheidung über einen Regionalplan mit der Wirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB sein, denn die damit verbundene Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG bedarf ebenfalls zwingend einer sachlichen Rechtfertigung.“

So das Urteil des OVG Schleswig vom 20.1.2015 – 1 KN 6/13, das u.a. in der Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2015, S. 498 ff. (501) abgedruckt ist.

Vor diesem Hintergrund hat mich die CDU-Fraktion im Schleswig-Holsteinischen Landtag gebeten, in einer rechtlichen Stellungnahme zu untersuchen, ob und gegebenenfalls inwieweit über gesetzgeberische Maßnahmen im Bereich des Landesplanungsrechts der Wille von betroffenen Gemeinden bei der regionalplanerischen Steuerung von Windkraftanlagen berücksichtigt werden kann.

Dabei wurde ich darauf hingewiesen, dass die Fraktion der PIRATEN im Schleswig-Holsteinischen Landtag Ende Februar 2016 den Entwurf für ein „Gesetz zum Schutz der Akzeptanz der Windenergienutzung“ vorgelegt hat, der darauf abzielt, in das Gesetz über die Landesplanung (Landesplanungsgesetz – LaplaG) von Schleswig-Holstein einen neuen § 5 Abs. 3a mit folgendem Wortlaut einzufügen:

„Zur Sicherung einer umweltverträglichen Energieversorgung (...) 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.“

Vgl. im Einzelnen Schleswig-Holsteinischer Landtag, Drucksache 18/3941 vom 29.2.2016.

Am 30.6.2016 hat der Wissenschaftliche Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags eine Stellungnahme zur Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzentwurfes vorgelegt. Dabei wird die vorgeschlagene Regelung dahingehend verstanden, dass gegen den erklärten Willen einer Gemeinde eine auf ihrem Gebiet belegene Fläche nicht als Konzentrationsfläche ausgewiesen werden kann. Eine solche Vorrangregelung erscheint nach Ansicht des Wissenschaftlichen Dienstes mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip und die Eigentumsgarantie verfassungsrechtlich nicht haltbar.

Vgl. im Einzelnen Wissenschaftlicher Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags, Stellungnahme vom 30.6.2016, insbesondere S. 4 und 14 f.

B. Rechtliche Stellungnahme

I. Der rechtliche Rahmen

Um die Möglichkeiten einer Berücksichtigung des Willens von betroffenen Gemeinden bei der regionalplanerischen Steuerung von Windkraftanlagen zu ermitteln, ist zunächst der rechtliche Rahmen näher zu beleuchten. Im Vordergrund steht dabei eine Analyse der einschlägigen Rechtsprechung, da eine umfassendere Analyse unter Einbeziehung der relevanten Literatur aus zeitlichen Gründen nicht möglich war.

1. Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern

Nach dem Gutachtauftrag sollen gesetzgeberische Maßnahmen im Bereich des Landesplanungsrechts geprüft werden. Das Landesplanungsrecht von Schleswig-Holstein enthält, wie sich aus § 1 LaplaG ergibt, Regelungen zur Raumordnung.

a) Die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Raumordnung

Seit der sogenannten „Föderalismusreform I“ aus dem Jahr 2006 erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG auf „die Raumordnung“. Danach verbleibt den Ländern in diesem Bereich gemäß Art. 72 Abs. 2 GG das Recht zur Gesetzgebung nur, solange und soweit der Bund keine abschließende Regelung getroffen hat. Daher ist in einem ersten Schritt zu ermitteln, welche Spielräume den Ländern hier verbleiben.

Der Bund hat im Jahr 2008 von der zuvor genannten Kompetenz zum Erlass einer Vollregelung Gebrauch gemacht und ein neues Raumordnungsgesetz (ROG) erlassen. Dabei ist nach der zuvor skizzierten Rechtsprechung davon auszugehen, dass eine Regelung, die dem gemeindlichen Willen außerhalb des Abwägungsgebots einen absoluten Vorrang bei der Regionalplanung einräumt, verfassungsrechtlich nicht haltbar wäre. Daher muss die gewünschte landesrechtliche Regelung beim sog. Abwägungsgebot ansetzen.

Hierzu bestimmt § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG, dass bei der Aufstellung der Raumordnungspläne, zu denen gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 7 und § 8 Abs. 1 Satz 1 ROG auch die hier interessierenden Regionalpläne zählen, die öffentlichen und privaten Belange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen sind. Eine irgendwie geartete Gewichtung nimmt das Bundesrecht nicht vor, so dass von einer grundsätzlichen Gleichrangigkeit aller betroffenen Belange auszugehen ist. Dabei ist in der Tat anzunehmen, dass es sich um eine abschließende Regelung handelt, die den Landesgesetzgeber grundsätzlich sperrt.

So auch der Wissenschaftliche Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags, Stellungnahme vom 30.6.2016, S. 5.

b) Die bestehende Abweichungskompetenz der Länder

Allerdings können die Länder gemäß Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG auf dem Gebiet der Raumordnung abweichende Regelungen erlassen. Ausnahmen von dieser Abweichungskompetenz sind – anders als im Bereich des Jagd-, Wasser- und Naturschutzrechts – nicht vorgesehen. Dessen ungeachtet wird in der Literatur teilweise ein unge-

schriebener abweichungsfester Kern diskutiert, der sich indessen nicht auf das hier im Zentrum stehende Abwägungsgebot erstrecken soll.

Vgl. etwa *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Kommentar zum Raumordnungsgesetz, 2010, § 1 Rn. 28 ff.

Von daher sind die Länder insoweit jedenfalls durch die genannte Regelung des ROG *nicht* gesperrt; sie haben vielmehr grundsätzlich die Kompetenz, Regelungen zu treffen, die den Abwägungsvorgang abweichend vom Bundesrecht steuern.

So auch der Wissenschaftliche Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags, Stellungnahme vom 30.6.2016, S. 6.

c) Das Zitiergebot bei der Abweichungsgesetzgebung

Dabei ist jedoch zu beachten, dass in der Literatur aus Gründen der Rechtsklarheit eine Pflicht angenommen wird, abweichendes Landesrecht als solches kenntlich zu machen.

Vgl. etwa *Franzius*, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2008, S. 492 (495); *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Kommentar zum Raumordnungsgesetz, 2010, § 1 Rn. 26.

Daher empfiehlt es sich, eine geplante Abweichung vom Bundesrecht als solche kenntlich zu machen.

2. Die materiell-rechtliche Komponente des Abwägungsgebots

Es ist indessen darauf hinzuweisen, dass das Abwägungsgebot nach ganz herrschender Meinung auch eine materiell-rechtliche Komponente hat.

a) Fundierung

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat das Abwägungsgebot zunächst aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hergeleitet, der wiederum Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips ist.

So grundlegend zur Bauleitplanung BVerwG, Urteil vom 12.12.1969 – IV C 105/66, das u.a. in BVerwGE 34, S. 301 ff. abgedruckt ist.

Später ist dann in der Rechtsprechung des Gerichts, insbesondere mit Blick auf Regionalpläne, denen die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB genannte Rechtswirkung zukommen soll, zunehmend der – auch in den Urteilen des OVG Schleswig vom 20.1.2015 hervor gehobene – Umstand in den Vordergrund getreten, dass die damit verbundene Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG einer sachlichen Rechtfertigung bedarf, die im Rahmen der Abwägung zu prüfen ist.

Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – IV C 4/02, Rn. 32 ff., das u.a. in BVerwGE 108, S. 33 ff. abgedruckt ist.

b) Die Deutung in den Urteilen des OVG Schleswig vom 20.1.2015 und in der Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes vom 30.6.2016

Hieraus hat das OVG Schleswig in seinen unter A. erwähnten Urteilen vom 20.1.2015 die Konsequenz gezogen,

„dass die Ergebnisse von schlichten Mehrheitsentscheidungen einer Gemeindevertretung oder eines Bürgerentscheids keine maßgeblichen Belange für eine durch Abwägung gesteuerte Planung sind.“

So etwa Urteil des OVG Schleswig vom 20.1.2015 – 1 KN 6/13, in: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2015, S. 498 ff. (501).

Und auch in der unter A. erwähnten Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes vom 30.6.2016 zur Verfassungsmäßigkeit des Gesetzentwurfes der PIRATEN heißt es, dass der entgegenstehende Wille einer Gemeinde im Rahmen der Abwägung keinen abwägungserheblichen Belang darstellen könne.

Vgl. im Einzelnen Wissenschaftlicher Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags, Stellungnahme vom 30.6.2016, S. 8.

c) Kritische Stellungnahme

Diese Deutungen vermögen in dieser Absolutheit nicht zu überzeugen, weil sie schon den bundesrechtlichen Vorgaben zur Raumordnung widersprechen. So bestimmt § 8 Abs. 2 Satz 2 ROG gerade mit Blick auf die hier interessierenden Regionalpläne ausdrücklich, dass die Flächennutzungspläne und die Ergebnisse der von den Gemeinden

beschlossenen sonstigen städtebaulichen Planungen entsprechend § 1 Abs. 3 ROG in der Abwägung nach § 7 Abs. 2 ROG zu berücksichtigen sind. Damit zählen jedenfalls die städtebaulichen Planungen der Gemeinden schon kraft bundesrechtlicher Anordnung zu den abwägungserheblichen Belangen. Dabei sind nicht nur die förmlichen Planungen, sondern auch informelle Planungen der Gemeinden zu berücksichtigen, sofern sie nur eine gewisse Verfestigung erfahren haben und rechtlich zulässig sind.

Vgl. etwa *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Kommentar zum Raumordnungsgesetz, 2010, § 8 Rn. 33 f.

Darüber hinaus spricht aus bundesrechtlicher Perspektive nichts dagegen, sonstige sachlich fundierte Einwände der Gemeinden, die sich aus den besonderen örtlichen Verhältnissen (zum Beispiel aus Landschaftsgründen) ergeben können, im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund bestimmt § 10 Abs. 1 ROG, dass auch die in ihren Belangen berührten öffentlichen Stellen, zu denen wiederum gemäß § 5 Abs. 5 LaplaG auch und gerade die Städte und Gemeinden zählen, bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen zu beteiligen sind.

Bei alledem folgt aus den bundesrechtlichen Vorgaben aber „nur“, dass sich die Regionalplanung mit den städtebaulichen Planungen und Planungsabsichten im Rahmen der Abwägung auseinander zu setzen hat. Daraus wird umgekehrt gefolgert, dass eine unreflektierte „blinde“ Übernahme der gemeindlichen Vorstellungen unzulässig wäre.

Vgl. etwa *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Kommentar zum Raumordnungsgesetz, 2010, § 8 Rn. 35.

3. Die speziellen Anforderungen an die Ausweisung von Konzentrationsflächen für Windenergieanlagen

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die regionalplanerische Ausweisung von Konzentrationsflächen für Windkraftanlagen gemäß § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu einem Ausschluss der Anlagen auf den anderen Teilen des Plangebiets führt. Ein solcher Ausschluss ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur dann gerechtfertigt, wenn der Plan sicherstellt, dass sich die betroffenen Vorhaben an anderer Stelle

gegenüber konkurrierenden Nutzungen durchsetzen können. Dem Plan müsse daher ein schlüssiges gesamträumliches Planungskonzept zugrunde liegen, das den allgemeinen Anforderungen des Abwägungsgebots gerecht wird. Dabei sei der gesetzlichen Regelung eine normative Gewichtungsvorgabe, der zufolge ein Planungsträger der Windenergienutzung im Sinne einer speziellen Förderungspflicht Rechnung zu tragen habe, nicht zu entnehmen. Eine gezielte (rein negative) „Verhinderungsplanung“ sei dem Plangeber jedoch verwehrt. Er müsse vielmehr die Entscheidung des Gesetzgebers, Windenergieanlagen im Außenbereich zu privilegieren (§ 35 Abs. 1 Nr. 6 BauGB), beachten und für die Windenergienutzung im Plangebiet „in substantieller Weise Raum schaffen“. Eine „Verhinderungsplanung“ liege allerdings nicht schon dann vor, wenn die Festlegung von Konzentrationsflächen im Ergebnis zu einer Art von Kontingentierung der Anlagenstandorte führe.

Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – IV C 4/02, Rn. 15, das u.a. in BVerwGE 108, S. 33 ff. abgedruckt ist.

Diese bundesrechtlichen Vorgaben sind einer Abweichungsgesetzgebung der Länder nicht zugänglich, weil sie nicht auf der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Raumordnung basieren. Die Regelungen des Baugesetzbuchs beruhen vielmehr auf der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG).

Vgl. näher zu den Inhalten und zur Abgrenzung dieser beiden Kompetenzbereiche *Runkel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Kommentar zum Raumordnungsgesetz, 2010, § 1 Rn. 64 ff.

Auch aus diesen abweichungsfesten Vorgaben folgt jedoch keineswegs, dass es den Landesplanungsbehörden im Rahmen der Abwägung schlechterdings verwehrt wäre, die ablehnende Stellungnahme einer Gemeinde gebührend zu berücksichtigen. Insoweit ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nämlich ausreichend, wenn geeignete Flächen aufgrund der gemeindlichen Stellungnahmen nicht grundlos ausgeschlossen werden, in Zweifelsfällen nachgefragt und nur eine nachvollziehbare Begründung für die Ablehnung von Flächenausweisungen akzeptiert wird.

So etwa BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – IV C 4/02, Rn. 38 f., in BVerwGE 108, S. 33 ff. Vgl. auch OVG Lüneburg, Urteil vom 28.1.2010 – 12 KN 65/07, Rn. 43 (zitiert nach juris), wonach auch hier entscheidend ist, dass die ge-

meindlichen Wünsche nicht ungeprüft übernommen werden, sondern in differenzierter Weise im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden.

4. Zwischenergebnis

Daraus folgt zugleich, dass es dem Landesgesetzgeber nach den einschlägigen bundesrechtlichen Vorgaben mitnichten verwehrt ist, den Landesplanungsbehörden vorzuschreiben, bei der regionalplanerischen Steuerung von Windenergieanlagen den entgegenstehenden Willen einer Gemeinde im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Die Landesplanungsbehörden sind vielmehr im Gegenteil gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 ROG bei der Aufstellung der Regionalpläne verpflichtet, die städtebaulichen Planungen und auch die konkretisierten Planungsabsichten in der Abwägung nach § 7 Abs. 2 ROG zu berücksichtigen. Darüber hinaus spricht aus bundesrechtlicher Perspektive nichts dagegen, sonstige sachlich fundierte Einwände der Gemeinden, die sich vor allem aus den besonderen örtlichen Verhältnissen ergeben können, im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Dergleichen kann daher auch durch den Landesgesetzgeber ausdrücklich vorgeschrieben werden. Ausgeschlossen ist allein eine unreflektierte „blinde“ Übernahme der gemeindlichen Vorstellungen, die zu einer gezielten (rein negativen) „Verhinderungsplanung“ führt.

II. Gesetzliche Gestaltungsmöglichkeiten

Vor diesem Hintergrund ist der unter A. erwähnte Gesetzentwurf der Fraktion der PIRATEN im Schleswig-Holsteinischen Landtag einer erneuten kritischen Prüfung zu unterziehen.

1. Der Gesetzentwurf der PIRATEN

Dieser Gesetzentwurf geht, wie bereits ausgeführt, in der Sache dahin, der Landesplanungsbehörde, die gemäß § 5 Abs. 1 LaplaG auch für die Regionalplanung zuständig ist, eine Pflicht aufzuerlegen, im Rahmen der Abwägung nach § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen den im Beteiligungsverfahren mitgeteilten oder angekündigten Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften gegen eine 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.

Vgl. im Einzelnen Schleswig-Holsteinischer Landtag, Drucksache 18/3941 vom 29.2.2016.

Eine solche Regelung wäre nach Ansicht des Wissenschaftlichen Dienstes dahingehend zu verstehen, dass gegen den erklärten Willen einer Gemeinde eine auf ihrem Gebiet belegene Fläche gleichsam von vornherein nicht als Konzentrationsfläche ausgewiesen werden kann.

Vgl. im Einzelnen Wissenschaftlicher Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags, Stellungnahme vom 30.6.2016, S. 2 ff.

Das wäre in der Tat aus den zuvor unter B. I. 2. und 3. genannten Gründen rechtlich angreifbar.

Eine solche Deutung wäre freilich alles andere als zwingend. Denn die vorgeschlagene Regelung würde jedenfalls nach ihrem Wortlaut nicht dazu führen, dass sich der gemeindliche Wille zwingend durchsetzen muss. So räumt der Wissenschaftliche Dienst in seiner Stellungnahme selbst ein, dass die Vorgabe, den im Beteiligungsverfahren mitgeteilten Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften gegen eine Nutzung der Windenergie auf ihrem Gebiet „Rechnung zu tragen“, im Sinne von „zu beachten“ oder „zu bedenken“ zu verstehen sei und damit nicht zu einer strikten Bindung führen, sondern im Rahmen der Abwägung „überwindbar“ wäre.

Vgl. im Einzelnen Wissenschaftlicher Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags, Stellungnahme vom 30.6.2016, S. 2 f.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht zwingend aus der Kopplung dieser Vorgabe daran, dass – gemessen an den Zielen der Planung – ausreichend andere Flächen für die Windenergie zur Verfügung stehen. Hierbei handelt es sich vielmehr um eine konditionale Verpflichtung, die erst die zuvor genannte Pflicht zur Berücksichtigung auslöst und die überdies sicherstellen würde, dass es hierdurch – entsprechend den zuvor genannten Vorgaben der Rechtsprechung – nicht zu einer „Verhinderungsplanung“ kommt.

Es ist allerdings zu konzedieren, dass die Begründung zu dem Gesetzesentwurf hier zu Missverständnissen einlädt.

Vgl. im Einzelnen die in der Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes vom 30.6.2016 auf S. 3 f. angeführten Auszüge aus der Begründung zu dem Gesetzesentwurf der Fraktion der PIRATEN.

Diese Missverständnisse könnte man zwar durch eine abweichende Begründung vermeiden. Die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes zeigt aber auch, dass die Gefahr einer abweichenden Deutung, die in der Folge zu rechtlichen Einwänden führen würde, selbst bei einer Anpassung der Begründung bestehen könnte.

Hinzu kommt, dass der Gesetzentwurf der Fraktion der PIRATEN weiteren Einwänden begegnet, die in der Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes unerwähnt bleiben. Denn nach diesem Entwurf sollen nicht nur die im Beteiligungsverfahren mitgeteilten Entscheidungen der kommunalen Gebietskörperschaften zu beachten sein, sondern auch solche Entscheidungen, die im Beteiligungsverfahren lediglich angekündigt werden. Dies würde den Planungsprozess in systemwidriger Weise offenhalten. Die Landesplanungsbehörden müssen nämlich nicht von ungefähr nach der Rechtsprechung nur solche gemeindliche Belange in die Abwägung einstellen, die im Beteiligungsverfahren von den Gemeinden erkennbar und unmittelbar in den Entscheidungsprozess eingebracht werden; alles andere wäre auch kaum praktikabel.

Vgl. etwa OVG Greifswald, Urteil vom 19.1.2001 – 4 K 9/99, Rn. 49 (zitiert nach juris).

Überdies besteht für eine solche systemwidrige Offenhaltung des Planungsprozesses auch mit Rücksicht darauf, dass die Anhörungsfrist typischerweise für die Herbeiführung eines Bürgerentscheids nicht ausreichen wird, bei näherer Betrachtung kein Bedürfnis.

So aber die Begründung zum Gesetzesentwurf der Fraktion der PIRATEN, in: Schleswig-Holsteinischer Landtag, Drucksache 18/3941 vom 29.2.2016, S. 4.

Dem steht unterschwellig die – jedenfalls rechtlich – verfehlte Vorstellung zugrunde, dass das jeweilige Fachrecht in potentiell streitigen Angelegenheiten erst einmal einen Bürgerentscheid ermöglichen müsse, um eine – vermeintlich – höhere demokratische Legitimation zu erreichen. Aber selbst wenn man eine solche Sichtweise aus politischen Gründen für opportun hält, kann dem auf andere Weise nachgekommen werden, da die Träger der Landes- und Regionalplanung gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 ROG bereits bei der Vorbereitung von Raumordnungsplänen mit den hierfür maßgeblichen öffentlichen

Stellen, zu denen auch die Gemeinden gehören, zusammenarbeiten sollen. Das gibt den Landesplanungsbehörden bei Bedarf ausreichend Raum, den Gemeinden bereits frühzeitig eine entsprechende Willensbildung zu ermöglichen.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die ablehnenden Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften nach dem Gesetzentwurf allgemein bei der Aufstellung von Raumordnungsplänen und damit auch bei der Aufstellung des Landesentwicklungsplans zu beachten wären. Dies wäre mehr als fragwürdig, weil sich der Landesentwicklungsplan bei der raumplanerischen Steuerung der Windenergienutzung – wie der Landesentwicklungsplan 2010 zeigt – in aller Regel nur auf allgemeine Vorgaben zur Windenergienutzung beschränkt, die dann von der Regionalplanung umgesetzt werden sollen.

Hieran soll sich ausweislich des Planungserlasses der Landesplanungsbehörde vom 23.6.2015 auch bei der Teilfortschreibung des Landesentwicklungsplans nichts ändern.

Der Planungserlass ist im Internet abrufbar unter https://www.schleswig-holstein.de/DE/Fachinhalte/L/landesplanung_raumordnung/raumordnungsplaene/landesentwicklungsplan/_documents/Erlass_Windflaechen.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

2. Alternativvorschlag des Verfassers

Aus diesen und den nachfolgend genannten Gründen wird vorgeschlagen, das Landesplanungsrecht um eine Bestimmung zu ergänzen, die dazu führt, dass die im Beteiligungsverfahren mitgeteilten und sachlich begründeten Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften gegen eine Nutzung der Windenergie eine zusätzliche Prüfpflicht der Landesplanungsbehörde auslösen, die nur bei der Aufstellung von Regionalplänen eingreift und die nach dem klaren Wortlaut im Rahmen der Abwägung nach § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG abgearbeitet werden müsste.

Eine solche Regelung könnte und sollte im Landesplanungsgesetz aus Gründen des Regelungszusammenhangs im Anschluss an die Regelung des Beteiligungsverfahrens und nach der speziellen Regelung zur Regionalplanung in Gestalt eines neuen § 5 Abs. 10a eingefügt werden. Hierfür wird folgender Wortlaut vorgeschlagen:

„Abweichend von § 7 Absatz 2 Satz 1 und § 8 Absatz 2 Satz 2 des Raumordnungsgesetzes (ROG) vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2986), das zuletzt durch Art. 124 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist, ist bei der Aufstellung von Regionalplänen den im Beteiligungsverfahren mitgeteilten und sachlich begründeten Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften gegen eine Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie auf ihrem Gebiet dergestalt Rechnung zu tragen, dass die Landesplanungsbehörde verpflichtet ist, im Rahmen der Abwägung zu prüfen, ob die entsprechenden planerischen Ziele nicht in rechtskonformer Weise auf anderen Flächen im Planungsraum erreicht werden können.“

Dieser Regelungsvorschlag sollte hinreichend klar zum Ausdruck bringen, dass den Entscheidungen der kommunalen Gebietskörperschaften im Rahmen der Abwägung kein absoluter Vorrang zukommen soll. Dabei sollen – anders als im Gesetzentwurf der Fraktion der PIRATEN – nur die im Beteiligungsverfahren mitgeteilten, und nicht auch die lediglich angekündigten Entscheidungen der kommunalen Gebietskörperschaften eine Prüfpflicht auslösen, um den Planungsprozess nicht in systemwidriger Weise offenzuhalten.

Zudem sollen lediglich sachlich begründete Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften eine Prüfpflicht auslösen, weil geeignete Flächen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch im Falle ablehnender gemeindlicher Stellungnahmen nicht grundlos ausgeschieden werden dürfen, sondern einer nachvollziehbaren Begründung bedürfen.

So BVerwG, Urteil vom 13.3.2003 – IV C 4/02, Rn. 39, das u.a. in BVerwGE 108, S. 33 ff. abgedruckt ist. Vgl. auch OVG Lüneburg, Urteil vom 28.1.2010 – 12 KN 65/07, Rn. 43 (zitiert nach juris), wonach die gemeindlichen Wünsche nicht ungeprüft übernommen werden dürfen, sondern in differenzierter Weise im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden müssen.

Von daher ist es nicht ganz zutreffend, wenn es im Gesetzentwurf der Fraktion der PIRATEN heißt, es sei „stets nachvollziehbar“, wenn sich eine Gemeinde in einem demokratischen oder direktdemokratischen Willensbildungsprozess mehrheitlich gegen die Errichtung von Windkraftanlagen ausspricht.

Vgl. Schleswig-Holsteinischer Landtag, Drucksache 18/3941 vom 29.2.2016, S. 2 f.

Durch die Formulierung „in rechtskonformer Weise“ würde überdies klargestellt, dass die kommunalen Willensäußerungen weder zu einer Verhinderungsplanung noch dazu führen dürfen, dass für die Windkraft Flächen herangezogen werden, die aus anderen rechtlichen Gründen wie solchen des Umweltrechts ausscheiden müssten.

Schließlich ist bei einer landesrechtlichen Abweichung von den zuvor genannten Vorgaben des Raumordnungsgesetzes zu beachten, dass nicht hinreichend sicher ist, ob § 1 LaplaG dem zuvor unter B. I. 1. c) genannten Zitiergebot bereits genügen würde. Denn in § 1 LaplaG ist nur geregelt, dass das Landesplanungsgesetz für die Raumordnung in Schleswig-Holstein „Ergänzungen zum und Abweichungen vom Raumordnungsgesetz“ regelt. Demgegenüber wird im Schrifttum teilweise aus dem allgemeinen Gebot rechtsstaatlicher Normenklarheit gefolgert, dass nur die explizite Abweichung unter Benennung der bundesrechtlichen Norm, von der abgewichen werden soll, zulässig ist.

So etwa *Franzius*, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2008, S. 492 (495).

Aus diesen Gründen enthält auch die vorgeschlagene Regelung einen ausdrücklichen Hinweis auf die konkreten Vorschriften des Raumordnungsgesetzes, von denen abgewichen werden soll.

III. Zusammenfassung der Ergebnisse

Damit ist zusammenfassend Folgendes festzuhalten:

Es ist dem Landesgesetzgeber nach den einschlägigen bundesrechtlichen Vorgaben nicht verwehrt, den Landesplanungsbehörden vorzuschreiben, bei der regionalplanerischen Steuerung von Windenergieanlagen den entgegenstehenden Willen einer Gemeinde im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Die Landesplanungsbehörden sind vielmehr im Gegenteil gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 ROG bei der Aufstellung der Regionalpläne verpflichtet, die städtebaulichen Planungen und auch die konkretisierten Planungsabsichten in der Abwägung nach § 7 Abs. 2 ROG zu berücksichtigen. Darüber hinaus spricht aus bundesrechtlicher Perspektive nichts dagegen, sonstige sachlich fundierte Einwände der Gemeinden, die sich vor allem aus den besonderen örtlichen Verhältnissen ergeben können, im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Dergleichen kann daher auch durch den Landesgesetzgeber im Wege der Abweichungsgesetzgebung ausdrücklich vorgeschrieben werden. Ausgeschlossen ist allein eine unreflektierte „blinde“ Übernahme der gemeindlichen Vorstellungen, die zu einer gezielten (rein negativen) „Verhinderungsplanung“ führt.

Vor diesem Hintergrund wird der unter A. erwähnte Gesetzentwurf der Fraktion der PIRATEN im Schleswig-Holsteinischen Landtag einer erneuten kritischen Prüfung unterzogen, die zutage fördert, dass die vom Wissenschaftlichen Dienst des Schleswig-Holsteinischen Landtags erhobenen rechtlichen Einwände zwar nicht zwingend sind. Es zeigt sich aber auch, dass der Gesetzentwurf – auch aus weiteren, nicht vom Wissenschaftlichen Dienst genannten Gründen – rechtlich angreifbar ist.

Daher wird anschließend auf Seite 15 ein ausformulierter Alternativvorschlag für eine neue Regelung unterbreitet, der die derzeit ersichtlichen rechtlichen Risiken vermeidet, indem er erstens hinreichend klar zum Ausdruck bringt, dass den Entscheidungen der kommunalen Gebietskörperschaften im Rahmen der Abwägung kein absoluter Vorrang zukommen soll. Hierzu wird vorgeschlagen, dass die Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften gegen eine Nutzung der Windenergie eine zusätzliche Prüfpflicht der Landesplanungsbehörde auslösen, die – zweitens – nur bei der Aufstellung von

Regionalplänen eingreift. Dabei sollen – drittens – nur die bereits im Beteiligungsverfahren mitgeteilten, und nicht auch lediglich angekündigte Entscheidungen der kommunalen Gebietskörperschaften eine Prüfpflicht auslösen, um den Planungsprozess nicht in systemwidriger Weise offenzuhalten. Viertens sollen lediglich sachlich begründete Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften eine Prüfpflicht auslösen. Fünftens trägt der Regelungsvorschlag selbst den strengsten Anforderungen an das bei einer Abweichung vom Bundesrecht zu beachtende Zitiergebot Rechnung.

gez. Professor Dr. Kurt Faßbender