

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

**Gutachtliche Stellungnahme zum geplanten Gesetzentwurf der Piratenfraktion
im Schleswig-Holsteinischen Landtag zu einer Änderung
des Landesplanungsgesetzes (LaplaG)**

(15. Januar 2016)

I. Vorbemerkung

Die Piratenfraktion im Schleswig-Holsteinischen Landtag hat den nachfolgenden Vorschlag zu einer Änderung des schleswig-holsteinischen Gesetzes über die Landesplanung (Landesplanungsgesetz - LaplaG)¹ vorgelegt:

„Gesetz 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."

Der Vorschlag soll in einen Gesetzentwurf nach Art. 44 der Verfassung des Landes Schleswig-Holstein münden. Die Überprüfung der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Gesetzesänderung ist Gegenstand dieser gutachtlichen Stellungnahme.

II. Gegenstand und Einordnung der vorgeschlagenen Gesetzesänderung

1. Gegenstand der Gesetzesänderung

Der vorgelegte Entwurf zielt auf eine Ergänzung des schleswig-holsteinischen Landesplanungsgesetzes durch Einfügung eines Absatzes 3a in den bestehenden § 5 LaplaG. Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass ein bereits artikulierter und sich in einer repräsentativ-demokratischen (Beschluss der Gemeindevertretung) oder direktdemokratischen (Bürgerentscheid) Entscheidung manifestierter Wille, der sich gegen die Ausweisung von Vorrangflächen zur Windenergienutzung auf dem Gemeindegebiet richtet, Eingang in die raumordnerische Abwägung nach § 7 Abs. 2 Satz 1 ROG findet. Nach dem

¹In der Fassung der Bekanntmachung vom 10. Februar 1996, GVOBl. 1996, S. 232, zuletzt geändert durch Gesetz vom 22.05.2015, GVOBl. S. 132.

Änderungsvorschlag ist ablehnenden Entscheidungen kommunaler Gebietskörperschaften somit im Rahmen der Abwägung Rechnung zu tragen, indem die entsprechenden Gebiete nicht zur Windenergienutzung vorzusehen sind.

Vor dem Hintergrund einer Entscheidung des OVG Schleswig², mit der die bisherige landesplanerische Praxis, bei der Auswahl von Eignungsflächen für die Windenergienutzung diejenigen Gemeinden auszusondern, die sich gegen Windkraftanlagen ausgesprochen haben, verworfen wurde, ist nunmehr zu prüfen, ob die Berücksichtigung des solcherart geäußerten Bürgerwillens durch eine Änderung des Landesplanungsgesetzes erreicht werden kann.

Das Gutachten bewertet daher in juristischer Hinsicht die Frage, ob ein Abweichen vom Raumordnungsgesetz des Bundes durch Regelung im Landesplanungsgesetz in der mit dem Gesetzentwurf verfolgten Weise zulässig ist.

2. Einordnung der Gesetzesänderung

Es handelt sich bei der Gesetzesänderung um eine Abweichung durch den Landesgesetzgeber. Denn nach Fortfall der Rahmenkompetenz ist der Fall einer bloßen „Konkretisierung“ von (Bundes-)Raumordnungsrecht durch den Landesgesetzgeber nicht mehr denkbar. Jede Konkretisierung bedeutete eine Modifikation bestehenden – d.h. auf der Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG nach Inkrafttreten der Föderalismusreform I am 1. September 2006 und nach Ablauf der im Grundgesetz vorgesehenen Übergangsfristen geschaffenen – Bundesrechts. Solches Bundesrecht ist mit dem ROG 2009 entstanden. Jede landesgesetzliche Regelung betreffend die Materie des Raumordnungsrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG), die über das ROG 2009 hinausgeht, ist also de jure stets als Abweichung im Sinne von Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG zu werten.³ Denn mit der Aufgabe der Rahmengesetzgebung ist eine Überführung in die konkurrierende Zuständigkeit erfolgt, womit der verfassungsändernde Gesetzgeber grundsätzlich die Vollkompetenz für die jeweilige Materie dem Bund zugewiesen hat.⁴ Die zugleich vorgesehene Abweichungskompetenz – hier nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr.

²OVG Schleswig, Az. 1 KN 6/13, juris.

³Zutreffend in diesem Sinne etwa *Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 72 Rn. 27, der eine „abweichende Regelung“ durch die Länder bereits dann annimmt, wenn überhaupt ein (formelles) Landesgesetz vorliegt; vgl. auch *Kunig*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2012, Art. 72 Rn. 29 („Herbeiführung einer anderen Rechtslage“); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 13. Auflage 2014, Art. 72 Rn. 30 („jede inhaltliche [materielle] andere Regelung“); *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2013, Art. 72 Rn. 24.1; vgl. auch *Ipsen*, NJW 2006, S. 2801 (2804).

⁴Statt vieler wiederum *Haratsch*, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 72 Rn. 27.

4 GG – kann daher auch jeweils nur als Vollregelungsabweichung verstanden werden.⁵ Der Sache nach handelt es sich mithin bei allen von den Ländern in Ausübung ihrer Befugnis aus Art. 72 Abs. 3 GG erlassenen Regelungen stets um Abweichungen im Sinne des Grundgesetzes.⁶ Die gilt auch für den hier gegenständlichen Gesetzentwurf.

III. Abweichungsrecht der Länder nach Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG

Infolge der Föderalismusreform I und der mit ihr vor allem für die bundesstaatliche Kompetenzordnung im Bereich der Gesetzgebung (Art. 70 ff. GG) verbundenen Änderungen, die am 1. September 2006 in Kraft getreten sind, wurde mit dem Wegfall der Rahmenvollzuständigkeit des Art. 75 GG a.F. die dort ehemals verankerte Bundeszuständigkeit für die Raumordnung (Art. 75 Abs. 1 Nr. 4 GG a.F.) in die konkurrierende Zuständigkeit im Sinne der Art. 72, 74 GG verlagert. Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG weist daher seither dem Bund die konkurrierende Kompetenz für „die Raumordnung“ zu.

Aus Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG folgt für die Materie der Raumordnung ein ausdrückliches Abweichungsrecht der Länder. Dabei entspricht der Begriff der Raumordnung in dieser Bestimmung dem in Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG aufgeführten Kompetenztitel.⁷ Die in Art. 72 Abs. 3 GG vorgesehene Abweichungskompetenz der Länder enthält die Befugnis, vom Inhalt einer Regelung, die der Bund aufgrund seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit

⁵Haratsch, in: Sodan, Grundgesetz, Kommentar, 3. Auflage 2015, Art. 72 Rn. 24; Windthorst, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2015, Art. 72 Rn. 27, die jeweils zutreffend von einer „parallelen Vollkompetenz“ der Länder ausgehen; in diesem Sinne auch Haug, DÖV 2008, S. 851 (854).

⁶Die zum Teil vertretene (abweichende) Auffassung, wonach die Abweichungsbefugnis im Bereich des Raumordnungsrechts auch nach der Föderalismusreform I mit der früheren Rahmenkompetenz identisch sei, kann daher nicht verfangen, so aber Spannowsky, ZfBR 2007, S. 221; Voigt, Das Raumordnungsgesetz 2009 und das Bayerische Landesplanungsgesetz 2012, 1. Auflage 2013, S. 62. Dies stünde in offensichtlichem Widerspruch zu den Intentionen des verfassungsändernden Gesetzgebers, der im Zuge der Föderalismusreform I die Rahmenkompetenz des Art. 75 GG vollständig gestrichen und durch das „neue Regelungskonzept“ (vgl. Degenhart, NVwZ 2006, S. 1209 [1212]; ders., in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 7. Auflage 2014, Art. 72 Rn. 40; Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2012, Art. 72 Rn. 29) einer Abweichungsbefugnis der Länder im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit ersetzt hat, wie hier für das Raumordnungs- bzw. Landesplanungsrecht zutreffend statt vieler Erbguth, NVwZ 2007, S. 985 (990). Daran vermag vorliegend auch der Umstand nichts zu ändern, dass der (einfache) Landesgesetzgeber in Schleswig-Holstein in § 1 LaplaG dessen Regelungsbereich dahingehend bestimmt, dass „(...) Ergänzungen zum und Abweichungen vom Raumordnungsgesetz (...)“ geregelt werden. Materiell-rechtlich handelt es sich nämlich auch bei den erwähnten „Ergänzungen“ um Abweichungen im Sinne des Art. 72 Abs. 3 GG.

⁷Voigt, Das Raumordnungsgesetz 2009 und das Bayerische Landesplanungsgesetz 2012, 1. Auflage 2013, S. 43.

erlassen hat, durch Landesgesetz abzuweichen.⁸ Der Grundsatz des Art. 72 Abs. 1 GG, wonach Bundesgesetze im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung eine Sperrwirkung für die Länder entfalten, ist durch das Abweichungsrecht nach Art. 72 Abs. 3 GG somit aufgehoben.⁹ Dem Landesgesetzgeber steht vielmehr eine grundsätzliche Vollregelungskompetenz neben dem Bundesgesetzgeber zu, von der er nach seinem weiten legislativen Ermessen Gebrauch machen kann.¹⁰

IV. Abweichungssperre wegen „abweichungsfesten Kerns“?

Bereits die vorstehenden Ausführungen legen die also Annahme nahe, dass eine Regelung, wie sie mit dem hier vorgelegten Entwurf zur Änderung des LaplaG verfolgt wird, unter der bundesstaatlichen Kompetenzordnung des Grundgesetzes als rechtlich zulässig anzusehen ist.

Gleichwohl wurde und wird im Zusammenhang mit dem Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG teilweise – ganz überwiegend im planungsrechtlichen Schrifttum – vertreten, dem auf bundesgesetzlicher Grundlage geschaffenen Recht der Raumordnung – d.h. dem ROG 2009 – sei ein „abweichungsfester Kern“ immanent, der in der Folge eine partielle Abweichungssperre für die Länder auszulösen vermöge.¹¹ Dies sei erforderlich, um dem Charakter des Raumordnungsrechts als raumrelevanter staatlicher Gesamtplanung auch nach Ablösung der Rahmenkompetenz hinreichend Rechnung zu tragen.¹² In ähnlicher Weise wird auch mit einer – wenngleich eng auszulegenden – ausschließlichen Bundeskompetenz kraft Natur der Sache argumentiert, welche sich auf die Raumordnung des Bundes beziehen soll.¹³ Noch anders wird versucht, einen abweichungsresistenten Bereich damit zu begründen, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber lediglich die frühere Rahmenkompetenz aus Art. 75

⁸Windthorst, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, Grundgesetz, Kommentar, 2. Auflage 2015, Art. 72 Rn. 27.

⁹Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2012, Art. 72 Rn. 29; Oeter, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 6. Auflage 2010, Art. 72 Rn. 121.

¹⁰Haug, DÖV 2008, S. 851 (854).

¹¹Etwa Battis/Kersten, DVBl. 2007, S. 152 ff.; Kment, NuR 2006, S. 217 ff.; Spannowsky, ZfBR 2007, S. 221 ff.; ders., UPR 2007, S. 41 ff.

¹²So insbesondere Battis/Kersten, DVBl. 2007, S. 152 (158 f.).

¹³Kment, NuR 2006, S. 217 (220 f.); mit geringfügig anderer Argumentation auch Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, Kommentar, 1. Auflage 2010, § 1 Rn. 13 („Begründung der Zuständigkeiten“). Diese Auffassung zielt vornehmlich auf eine Beibehaltung der Aussagen des BVerfG im sog. Baurechtsgutachten (BVerfGE 3, 407) auch unter der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG.

Abs. 1 Nr. 4 GG a.F. in die konkurrierende Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 31 GG überführt habe.¹⁴

Die insoweit vertretenen Auffassungen können indes nicht verfangen. Dafür spricht bereits der klare Wortlaut der Verfassungsnorm. Art. 72 Abs. 3 GG sieht – jeweils in Form eines Klammerzusatzes – nur für die Materien des Jagdwesens (Nr. 1), des Naturschutzes und der Landschaftspflege (Nr. 2) und den Wasserhaushalt (Nr. 5) ausdrücklich geschriebene abweichungsfeste Kerne vor. Daraus ist im Umkehrschluss zu folgern, dass außerhalb dieser ausdrücklich benannten abweichungsresistenten Bereiche gerade ein unbegrenztes Abweichen der Länder zulässig ist.¹⁵ Dieser Befund findet seine Bestätigung auch in den Gesetzgebungsmaterialien und damit in der Genese der Verfassungsänderung.¹⁶ Dadurch, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber schließlich den Vorschlag des Rechtsausschusses zugunsten abweichungsfester Kerne nicht in toto gefolgt ist, hat er den Willen zum Ausdruck gebracht, außerhalb der geschriebenen abweichungsresistenten Materien (Nrn. 1, 2 und 5) keine weiteren Einschränkungen der Abweichungsbefugnis der Länder zuzulassen.¹⁷ Überdies ist die vollständige Neukonzeption der Bund-/Länderkompetenzzuweisung (auch) für das Raumordnungsrecht zu berücksichtigen. Die Überführung der ehemaligen Rahmzuständigkeiten in die konkurrierende Zuständigkeit des Bundes begründet zunächst dessen Vollkompetenz, der wiederum mit der Abweichungsbefugnis aus Art. 72 Abs. 3 GG eine parallele Vollkompetenz der Länder, von der Bundesregelung abzuweichen, zur Seite gestellt ist. Dieses Regelungsmodell schließt es – schon wegen der ausdrücklichen Vorsehung geschriebener Kerne nur für bestimmte ehemalige Rahmengesetzgebungstitel – aus, auch für die übrigen Materien einen ungeschriebenen abweichungsresistenten Kern anzunehmen.¹⁸

V. Durchsetzung gegenüber sonstigem Bundesrecht?

Steht dem Landesgesetzgeber somit ein grundsätzliches (Voll-)Abweichungsrecht nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG von Verfassung wegen zu, bleibt die Frage zu klären, ob das solcherart geschaffene Landesrecht – hier die Ergänzung der in § 5 LaplaG geregelten

¹⁴Spannowsky, ZfBR 2007, S. 221; ders., UPR 2007, S. 41 (42).

¹⁵So zutreffend Degenhart, NVwZ 2006, S. 1209 (1213); Erbguth, NVwZ 2007, S. 985 (990); ders., Festschrift für Rengeling, 2008, S. 35 (48 f.), Haug, DÖV 2008, S. 851 (854); Hoppe, DVBl. 2007, S. 144 (145); Schmitz/Müller, RuR 2007, S. 456 (461).

¹⁶Schmitz/Müller, RuR 2007, S. 456 (461 f.), unter Verweis auf BT-Drucksache 16/2069, S. 18.

¹⁷Schmitz/Müller, RuR 2007, S. 456 (461 f.).

¹⁸Knippenberg, Die Kompetenzgrundlagen der Deutschen und Europäischen Raumordnung, 1. Auflage 2010, S. 76 f.; überzeugend auch die noch weitergehende Analyse zur systematischen Stellung des Art. 72 Abs. 3 GG bei Haug, DÖV 2008, S. 851 (855).

allgemeinen Vorschriften über Raumordnungspläne in einem neuen Abs. 3a – nur für das sonstige schleswig-holsteinische Landesrecht Wirkung entfaltet oder sich auch gegenüber sonstigem Bundesrecht – insbesondere gegenüber sog. Raumordnungsklauseln in anderen Fachgesetzen wie in § 35 Abs. 3 Satz 2, 3 BauGB, welche die im jeweiligen Fachgesetz bestimmten raumbedeutsamen Planungen oder Maßnahmen den Zielen, Grundsätzen und sonstigen Erfordernissen der Raumordnung im Sinne des § 3 ROG unterwerfen – durchzusetzen vermag.

Letzteres wird zum Teil mit dem Argument abgelehnt, der einfache Bundesgesetzgeber habe mit dem ROG 2009 wegen des nunmehr bestehenden Abweichungsrechts der Länder in § 3 Abs. 2 ROG eine „allgemeine Auslegungsregel“ zu den Begriffen nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ROG neu eingeführt und diese gleichsam zur „Auslegungsmaxime“ erhoben.¹⁹ Damit sei ein Durchgriff abweichenden Landesrechts auf Bundes-Raumordnungsklauseln gesperrt. Abweichungen im Landesrecht könnten nur Auswirkungen im jeweiligen Landesfachrecht entfalten.²⁰ Die Konsequenz daraus wäre jedoch, dass ein im Abweichungsrecht angelegter Wertungswiderspruch, der sich – wie gezeigt – nicht durch Annahme eines ungeschriebenen abweichungsfesten Kerns lösen lässt, nunmehr im Wege eines unterstellten Erstreckungsverbots landesrechtlicher Abweichungsregelungen auf das Bundesrecht „konstruiert“ würde.

Wenngleich damit sichergestellt werden soll, dass die Bindung an die übergeordneten (Bundes-)Ziele der Raumordnung auch dann einheitlich bleibt, wenn ein Land in Ausübung seines Abweichungsrechts die Ziele der Raumordnung anders als das ROG definiert, begegnet diese Auffassung durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Die These, wonach sich die Abweichungsbefugnis aus Art. 72 Abs. 3 Nr. 4 GG ausschließlich auf den Planungsbereich der Länder beziehen soll und gegenüber sonstigem Bundesrecht, wie es sich insbesondere in den erwähnten Raumordnungsklauseln anderer Bundesgesetze – und hier namentlich dem BauGB – findet, nicht durchzusetzen vermag²¹, kann somit nicht verfangen.

¹⁹Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, Kommentar, 1. Auflage 2010, § 3 Rn. 132.

²⁰Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, Kommentar, 1. Auflage 2010, § 3 Rn. 132.

²¹Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, Kommentar, 1. Auflage 2010, § 3 Rn. 132; Voigt, Das Raumordnungsgesetz 2009 und das Bayerische Landesplanungsgesetz 2012, 2013, S. 63.

Dem stehen zum einen bereits die unter IV. dargelegten verfassungsrechtlichen Erwägungen – vor allem mit Blick auf die Genese der Verfassungsänderung und den dieser entsprungenen klaren Wortlaut des Art. 72 Abs. 3 GG – entgegen. Diese Wertungen sind freilich auch bei der Auslegung des § 3 Abs. 2 ROG 2009 selbst zu berücksichtigen. Soweit dieser nicht nur als allgemeine Auslegungsregel, sondern als Auslegungsmaxime verstanden wird, ist zunächst zu berücksichtigen, dass dies zwar prima facie nur die Regelfallauslegung von Bundesraumordnungsklauseln betrifft, die bei Erlass des ROG 2009 bereits vorgefunden wurden. In diesen Fällen gilt nach § 3 Abs. 2 ROG 2009, dass die Begriffe nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 ROG, wenn sie in anderen Bundesgesetzen in Bezug genommen sind, auch im Sinne dieser Norm – d.h. im „bundesrechtlichen“ Verständnis von Abs. 1 – auszulegen sind.

Dieser Befund ändert allerdings nichts an dem Umstand, dass Raumordnungsklauseln eine „landesgesetzliche Ausfüllung“ erfahren können, d.h. dann im Sinne des jeweils abweichenden Landesrechts auszulegen sind, wenn der Landesgesetzgeber von seinem Abweichungsrecht nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG auf dem Gebiet der Raumordnung Gebrauch gemacht hat und so das mit dem ROG 2009 geschaffene Bundesrecht überlagert. Ein Verständnis, wonach die Auslegungsregel des § 3 Abs. 2 ROG 2009 dem Landesgesetzgeber diesen legislatorischen Durchgriff gerade verbieten soll²², würde den Grundsätzen der Normenhierarchie und insoweit vor allem dem Geltungsvorrang des Verfassungsrechts evident zuwiderlaufen. Denn dies bedeutete, dass der einfache Bundesgesetzgeber dem Landesgesetzgeber das verfassungsrechtlich in Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG verankerte unbeschränkte Abweichungsrecht auf dem Gebiet der Raumordnung abschneiden würde. Damit würde unzulässiger Weise jedoch der Inhalt einer Verfassungsnorm (Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG) durch den einfachen Gesetzgeber bestimmt. Die Argumentation, wonach es sich bei § 3 Abs. 2 ROG 2009 um eine auf das Landesrecht beschränkte allgemeine Auslegungsklausel handele, die noch dazu eine auf das Bundesrecht bezogene Abweichungsgesetzgebung sperren soll, ist somit schon nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen nicht haltbar. Hinzu kommt, dass es sich – wie bereits unter IV. ausgeführt wurde – bei der Abweichungsbefugnis der Länder um eine parallele Vollkompetenz zur konkurrierenden Bundeszuständigkeit handelt, für die ausdrücklich kein abweichungsfester Kern statuiert ist, und die somit eine absolute Sperrwirkung für sonstiges Bundesrecht – hier vermittelt durch § 3 Abs. 2 ROG 2009 – nicht auszulösen vermag.

Wenngleich somit durch Verfassungsbestimmung (Art. 72 Abs. 3 GG) die Möglichkeit geschaffen ist, eine einfachgesetzliche Auslegung von anderweitigem Bundesrecht durch den

²²Siehe wiederum die Nachweise in Fn. 23.

Landesgesetzgeber herbeizuführen und damit in der Rechtspraxis mitunter Widersprüche von landesrechtlicher Abweichung und bislang bundesrechtlich determinierten Raumordnungsklauseln anderer Bundesgesetze entstehen können, sind diese vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Vorrangs der Abweichungsnorm des Art. 72 Abs. 3 GG hinzunehmen. Obgleich landesrechtliche Abweichungen keine Derogationswirkung in Bezug auf entgegenstehendes Bundesrecht entfalten²³, kommt ihnen ein verfassungsrechtlich abgesicherter Anwendungsvorrang zu, der sich freilich auch gegenüber einfachem Bundesrecht, das – wie § 3 Abs. 2 ROG 2009 – raumordnerische Auslegungsregeln enthält oder diese in Bezug nimmt, durchzusetzen vermag. Der Anwendungsvorrang des Abweichungsrechts löst folglich stets eine Bindungswirkung des jeweiligen Landesgesetzes auch für die Anwendung der Raumordnungsklauseln im Hoheitsbereich des jeweiligen Landes (hier also den Planungsbereich der Landesplanung in Schleswig-Holstein) aus.²⁴ Angesichts der Existenz einer klaren Kompetenzregel in Art. 72 Abs. 3 GG verbietet sich zur Auflösung etwaiger Konflikte mit übrigem Bundesrecht zudem ein Rückgriff auf die Kollisionsklausel des Art. 31 GG, deren Anwendungsbereich gar nicht eröffnet ist, wie auch aus der Bestimmung des Art. 72 Abs. 3 Satz 3 GG zu folgern ist.²⁵

Die hier vertretene Auffassung wird zudem dadurch belegt, dass der einfache Bundesgesetzgeber mit der Länderöffnungsklausel des § 249 Abs. 3 BauGB eine die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen – und damit auch das Verhältnis zum Raumordnungsrecht – berührende ausdrückliche Abweichungsmöglichkeit *durch den Landesgesetzgeber* in einem Bereich vorgesehen hat, der unter den an sich abweichungsresistenten Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG („das Bodenrecht“)

²³Degenhart, in: Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 7. Auflage 2014, Art. 72 Rn. 40; ders., NVwZ 2006, S. 1209 (1212); Mayen, DRiZ 2007, S. 51 (52); s. auch Uhle, in: Kluth, Föderalismusreformgesetz, 1. Auflage 2007, Art. 72 Rn. 53.

²⁴Dies steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerwG, das es in einer Revisionsentscheidung dem Träger der Regionalplanung erlaubt hat, die Windenergienutzung im gesamten Außenbereich einzelner Gemeinden auszuschließen, so ausdrücklich BVerwG, Urteil v. 13.3.2003, 4 C 4/02, NVwZ 2003, 738 (Ls. 5).

²⁵Dazu Kunig, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 2, 6. Auflage 2012, Art. 72 Rn. 31. Ebensowenig ließe sich hier der Gedanke eines Verstoßes gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung fruchtbar machen, denn auch insoweit gilt, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber die Abweichungsbefugnis bewusst den Ländern als Sachgesetzgeber zugewiesen hat, vgl. auch allgemein dazu Schnapp, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Auflage 2012, Art. 20 Rn. 46.

fällt.²⁶ Die Materie des Bodenrechts ist seit jeher Bundeszuständigkeit, für die zudem auch die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG nicht gilt.

Wenn dem Landesgesetzgeber also schon in einem Bereich, für den noch nicht einmal eine Abweichungsbefugnis der Länder nach Art. 72 Abs. 3 GG besteht, die Möglichkeit geschaffen ist, durch einfaches Landesgesetz auf die nach Bundesrecht bestehende Privilegierung von Windenergie nachträglich einschränkend legislatorisch einzuwirken, dann muss dieses Recht den Ländern erst recht dann zustehen, wenn es ihnen – wie in Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG geschehen – durch die Verfassung als Vollregelungskompetenz explizit eingeräumt ist. Denn die Inanspruchnahme der Öffnungsklausel aus § 249 Abs. 3 BauGB durch den Landesgesetzgeber würde letztlich keine anderen Wertungswidersprüche hervorzurufen in der Lage sein – im Falle von Windenergieanlagen nämlich eine Durchsetzung von neu geschaffenen Landesrechts gegenüber der bundesrechtlichen Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB und dem daraus abgeleiteten „ex ante-Vorrang“²⁷ der Windenergie – als die Inanspruchnahme des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG auch.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass eine Erstreckung abweichenden Landesrechts – wie hier mit der Ergänzung von § 5 LaplaG angestrebt – auf Bundesrecht infolge des Anwendungsvorrangs von auf Grundlage des Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG erlassenen Landesgesetzen nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern auch geboten ist.

VI. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Die geplante Änderung des schleswig-holsteinischen Landesplanungsgesetzes durch Anfügung eines Absatzes 3a in § 5 LaplaG ist als Akt der nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG auch die Materie des Raumordnungsrechts umfassenden Abweichungsgesetzgebung verfassungsrechtlich zulässig.

2. Die Annahme einer Abweichungssperre infolge eines ungeschriebenen abweichungsfesten Kerns ist für die Materie der Raumordnung nach Art. 72 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GG ausgeschlossen.

²⁶Die neu geschaffene und am 1. August 2014 in Kraft getretene (allerdings zeitlich befristete) Länderöffnungsklausel in § 249 Abs. 3 BauGB eröffnet es den Landesgesetzgebern, länderspezifische Regelungen für Mindestabstände zwischen Windenergieanlagen und Wohnnutzungen zu treffen. Zu den Regelungszielen *Scheidler*, in: Schrödter, Baugesetzbuch, Kommentar, 8. Auflage 2015, § 249 Rn. 34, sowie die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucksache 18/1310, S. 6.

²⁷In diesem Sinne wohl auch die Stellungnahme des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtages, Umdruck 18/4675, passim.

3. Die landesrechtliche Regelung entfaltet keine Derogationswirkung gegenüber Bundesrecht, sondern begründet insoweit einen Anwendungsvorrang des abweichenden Landesgesetzes. Dieser vermag sich auch gegenüber übrigem Bundesrecht durchzusetzen, bezieht sich also insbesondere auch auf die Raumordnungsklauseln des BauGB. Aus einem etwaigen Wertungswiderspruch zum Bundesrecht – etwa zu § 35 Abs. 3 Satz 2, 3 BauGB – kann ebenfalls keine Sperrwirkung bezüglich eines Landesgesetzes abgeleitet werden.

Ludwigsburg, den 15. Januar 2016

gez. Prof. Dr. Arne Pautsch