

# / Raumordnerische Gesetzgebung der Länder: ergänzendes, abweichendes und wiederholendes Recht

Rechtsanwalt Dr. Holger Schmitz (Berlin/Düsseldorf)

Workshop: Abweichungsgesetzgebung im Raumordnungsrecht und im raumbedeutsamen Umweltrecht

Forum Planungsrecht, Akademie für Raumforschung und Landesplanung (ARL)

27. November 2018

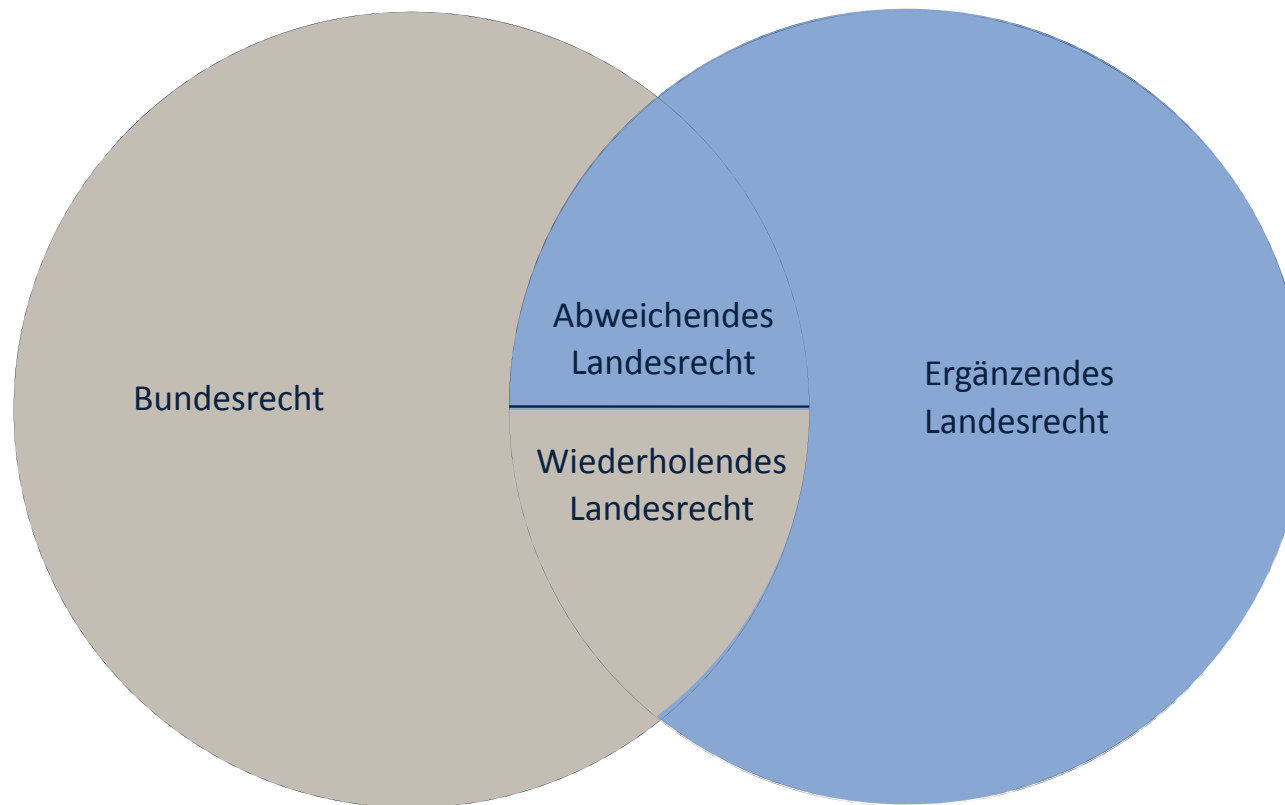
Alicante  
Berlin  
Bratislava  
Brüssel  
Budapest  
Bukarest  
Dresden  
Düsseldorf  
Frankfurt/M.  
Hamburg  
London  
Moskau  
München  
New York  
Prag  
Warschau

noerr.com

# / Einführung

- I. Einführung
- II. Grundlagen und Abgrenzungsschwierigkeiten: ergänzendes, abweichendes und wiederholendes Landesrecht
- III. Eine vorläufige Bilanz: landesgesetzgeberische Reaktionen auf das Bundes-ROG nach der Föderalismusreform
  - ▷ (Bislang) keine systematische Anpassung
  - ▷ Weitreichender „Austausch“ des Bundesrechts auf der Grundlage von abweichungsgesetzlichem Landesrecht: der substitutive Ansatz Bayerns
  - ▷ Beschränkung auf Ergänzungen und ggf. punktuelle Abweichungen: der reduktiv-ergänzende Regelungsansatz
- IV. Implikationen für die Abweichungsgesetzgebung
  - ▷ Quantitativ und qualitativ lediglich punktuell abweichendes Landesrecht
  - ▷ Gründe für die bislang tendenziell geringe Nutzung der Abweichungsgesetzgebung
  - ▷ Konsequenzen für das Institut der Abweichungsgesetzgebung in der Raumordnung?

## /II. Grundlagen und Abgrenzungsschwierigkeiten



## / II. Grundlagen und Abgrenzungsschwierigkeiten: Ergänzendes Landesrecht (1)

- Grundsätzlich: Der Gesetzgeber des ROG 2008/2017 geht nicht von einer abschließenden Regelung der Raumordnung in den Ländern aus, vgl. schon Art. 27 Abs. 3 ROG a.F., Art. 28 Abs. 3 ROG n.F.
- Abgrenzung ergänzendes – wiederholendes Recht: problematisch u.a. detaillierendes Landesrecht im Verhältnis zu Spielraum (Ermessen/Gestaltungsspielraum) eröffnenden Bundesnormen
- Beispiel: Beteiligung öffentlicher Stellen im Raumordnungsplan- und Raumordnungsverfahren gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1, § 15 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Nr. 5 ROG im Verhältnis zu landesrechtlichen Beteiligungsnormen

### § 3 Abs. 1 Nr. 5 ROG:

„Im Sinne dieses Gesetzes sind [...] öffentliche Stellen: Behörden des Bundes und der Länder, kommunale Gebietskörperschaften, bundesunmittelbare und die der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts [...]“

### § 6 Abs. 1 Nr. 2 SächsLPlG:

„An der Ausarbeitung des Planentwurfs sind zu beteiligen: [...] die Gebietskörperschaften im Geltungsbereich des Plans, ihre Zusammenschlüsse und die kommunalen Spitzenverbände auf Landesebene [...]“

## / II. Grundlagen und Abgrenzungsschwierigkeiten: Ergänzendes Landesrecht (2)

- „Kommunale Spitzenverbände“ nach dem SächsLPIG unterfallen auch dem § 3 Abs. 1 Nr. 5 ROG, sodass deren Beteiligung schon nach § 9 Abs. 1 Satz 1 bzw. 15 Abs. 3 Satz 1 ROG verpflichtend ist.
- Aber: Dies erfordert einen Auslegungsvorgang (nach Sinn und Zweck, etc.). Die besondere Nennung der kommunalen Spitzenverbände im SächsLPIG präzisiert den Kreis der Beteiligungssubjekte für den rechtsanwendenden Beamten.
- Landesgesetzesförmig vorgezogene Auslegung/Subsumtion kommunaler Spitzenverbände unter das Bundesrecht → Behandlung Bundesrecht „auslegenden“ Landesrechts?
- Komplexes Ineinandergreifen von Bundes- und Landesrecht, einzelne Satzteile einer Norm können einen unterschiedlichen Geltungsstatus aufweisen.
- Aber: Dies ist kein spezifisches Problem der Abweichungsgesetzgebung!

## / II. Grundlagen und Abgrenzungsschwierigkeiten: Abweichendes Landesrecht (1)

- Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zu ergänzendem Landesrecht, insbesondere: Bundesnormen mit „Spielraum“ (Ermessens- oder Gestaltungsspielraum)
- Beispiel: Öffentlichkeitsbeteiligung im Raumordnungsverfahren nach dem ROG a.F.

**§ 15 Abs. 3 Satz 3 ROG a.F:**  
„Die Öffentlichkeit kann in die Durchführung eines Raumordnungsverfahrens einbezogen werden.“

**§ 32 Abs. 2 Satz 5 LPlG (NRW):**  
„Abweichend von § 15 Absatz 3 des Raumordnungsgesetzes ist auch die Öffentlichkeit zu beteiligen.“

**§ 15 Abs. 3 Satz 1 LPlG (SH):**  
„Die Landesplanungsbehörde bezieht die Öffentlichkeit über die Gemeinden nach den Sätzen 2 bis 5 ein. [...]“

## / II. Grundlagen und Abgrenzungsschwierigkeiten: Abweichendes Landesrecht (2)

- Landesrechtliche „Muss-Regelung“ als Aliud zur bundesrechtlichen „Kann-Regelung“?
  - ▷ 1. Auslegungsvariante: Mglw. Verkürzung eines der Landesplanungsbehörde eingeräumten Ermessensspielraums, „Minus“ behördlicher Handlungsoptionen und Zurückbleiben hinter dem bundesrechtlichen Standard → Landesregelung kann nur als abweichendes Recht erlassen werden
  - ▷ 2. Auslegungsvariante: Landesrechtliche „Muss-Regelung“ auch als ermessensleitende Bestimmung und damit als landesgesetzgeberische Konkretisierung/Detaillierung des bundesgesetzlich eingeräumten Ermessens in Richtung eines „Mehr“ an Öffentlichkeitsbeteiligung lesbar. → Landesregelung kann nur als ergänzendes Recht erlassen werden
  - ▷ 3. Auslegungsvariante: Bundesrechtliche Kann-Regelung räumt in erster Linie dem Landesgesetzgeber einen Gestaltungsspielraum ein und ist allenfalls dann Ermessensnorm, wenn der Landesgesetzgeber keine wirksame Regelung zur ROV-Öffentlichkeitsbeteiligung trifft
- Zentrale Frage: Wer ist Adressat der „Kann-Bestimmung“?
- Auch hier: Kein spezifisches Problem der Abweichungsgesetzgebung!

## / II. Grundlagen und Abgrenzungsschwierigkeiten: Wiederholendes Landesrecht

- Wiederholendes Landesrecht nicht als ergänzendes Landesrecht auf die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit der Länder stützbar
- Wiederholendes Recht als abweichendes Recht zulässig? i.E. (-)
  - ▷ Wortlaut des Art. 72 Abs. 3 GG und des Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG
  - ▷ Entstehungsgeschichte: Länder sollen „eigene Konzeptionen [...] verwirklichen und auf ihre unterschiedlichen strukturellen Voraussetzungen und Bedingungen [...] reagieren“ können (BT-Drs. 16/813, S. 11) → Materielles Abweichungsverständnis
  - ▷ Systematik des Art. 72 Abs. 1 und 3 GG: Abweichungsgesetzgebung ermöglicht Privilegierung entsprechend erlassenen Rechts gegenüber der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG → tendenziell restriktive Auslegung; Art. 72 Abs. 3 GG nicht als „gegen-konkurrierende“ Gesetzgebung ausgestaltet
- Gerade in der raumordnungsrechtlichen Literatur: wohl zunehmende Ablehnung der Zulässigkeit „wiederholenden Landesrechts“ und auch der deklaratorischen (nachrichtlichen) Wiedergabe inhaltsgleichen Bundesrechts in den Landesplanungsgesetzen



## / Landesgesetzgeberische Reaktionen auf das Bundesraumordnungsrecht nach der Föderalismusreform

Bislang keine *systematische* Anpassung: Das Beispiel Mecklenburg-Vorpommerns

Weitreichender „Austausch“ des Bundesrechts auf der Grundlage von abweichungsgesetzlichem Landesrecht: Der substitutive Regelungsansatz Bayerns

Beschränkung auf Ergänzungen und ggf. punktuelle Abweichungen: Der reduktiv-ergänzende Regelungsansatz

## / Landesgesetzgeberische Reaktionen: (Bislang) keine systematische Anpassung

- Beispiel: Mecklenburg-Vorpommern
- Möglicherweise entwicklungsgeschichtliche Gründe, zudem: Landesgesetzgeber hält inhaltsgleiche Landesnormen auf der Grundlage der Abweichungskompetenz für zulässig – daher wird ggf. Rechtsbereinigung als nicht so dringend angesehen
- Dennoch: Einige Bestimmungen des LPIG (MV) dürften infolge der gesetzgeberischen Inaktivität als inhaltsgleich zum oder dem Bundesrecht widersprechend anzusehen sein, sodass sie aufgrund der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG nichtig sind und (nach dem Ansatz Mecklenburg-Vorpommerns auch hinsichtlich inhaltsgleichen Rechts) auf der Grundlage der Abweichungskompetenz neu erlassen werden müssten.
- Den „unbereinigten“ Zustand scheint der Gesetzgeber gegenwärtig hinzunehmen; Gesetzesänderungen seit der Föderalismusreform und Erlass des Bundes-ROG haben sich dem Problem nicht systematisch gewidmet
- Von einer „impliziten“ Bestätigung des gesamten LPIG (MV) aufgrund der neuen Kompetenzgrundlagen im Rahmen punktueller Modifikationen seit 2006 kann nicht ausgegangen werden.

## / Landesgesetzgeberische Reaktionen: Der substitutive Ansatz Bayerns

- Weitreichende Ersetzung des Bundes-ROG für Bayern durch ein Landesvollgesetz
- Vorteil: Die für die Raumordnung geltenden Normen für Bayern werden in vielen Bereichen abschließend zusammengefasst; damit wird die Unübersichtlichkeit eines auf dem „Baukastenprinzip“ beruhenden Nebeneinanders bundes- und landesrechtlichen Regelungen überwiegend vermieden.
- Dennoch: Das BayLPIG basiert letztendlich z.T. auf einer Fehleinschätzung der Abweichungsgesetzgebung.
- Mangels verfassungsrechtlicher Zulässigkeit wiederholenden bzw. inhaltsgleichen Landesrechts ist ein substantieller Teil des BayLPIG nichtig

# / Landesgesetzgeberische Reaktionen: Der reduktiv-ergänzende Regelungsansatz (1)

- ▶ Im Vordringen begriffen. Der Regelungsansatz ist durch drei Elemente gekennzeichnet:
  - ▷ Länder setzten bzw. behalten ausdrücklich ergänzendes Recht
  - ▷ Ggf. werden punktuell abweichende Regelungen vom Bundesrecht getroffen
  - ▷ Wiederholendes Recht soll so weit wie möglich vermieden werden
- ▶ Jedenfalls folgende Länder folgen im Grundsatz (und mit Variationen im Detail) einem solchen Ansatz:
  - ▷ Hessen, Nordrhein-Westfalen, Thüringen, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Sachsen, Niedersachsen
  - ▷ Unterschiede u.a. hinsichtlich der (ausnahmsweisen) Zulässigkeit deklaratorischer Wiedergaben bundesrechtlicher Normen
- ▶ Der reduktiv-ergänzende Ansatz ist am besten mit dem Verfassungsrecht vereinbar:
  - ▷ Wiederholendes Recht, für das keine Kompetenzgrundlage besteht, wird i.d.R. vermieden
  - ▷ Soweit einschlägig, betreffen die punktuellen Abweichungen i.d.R. inhaltlich dem Bundesrecht widersprechende Regelungen und halten sich damit im Rahmen des vom Verfassungsgesetzgeber für die Abweichungsgesetzgebung intendierten Zwecks

## / Landesgesetzgeberische Reaktionen: Der reduktiv-ergänzende Regelungsansatz (2)

- Nachteil: Gesamtregelung der Raumordnung in einem Land ergibt sich aus einem komplexen Nebeneinander von nach dem Baukastenprinzip zusammengesetzten Bundes- und Landesregelungen, stets kann eine Landesregelung auch abweichendes Recht darstellen (was im Einzelnen zu prüfen ist)
- „Gegenmittel“ der Landesgesetzgeber: Verweise und Hinweissnormen. Diese sind aber i.d.R. nur deklaratorischer Natur und stellen lediglich eine Auslegungshilfe dar
- Rückschlüsse für den Streit um die Zulässigkeit wiederholenden Rechts?
  - ▷ Eine landesgesetzgeberische Praxis kann die Verfassungsauslegung schon aus normhierarchischen Gründen nicht verbindlich determinieren
  - ▷ Zudem: Viele Landesgesetzgeber vermeiden eine eindeutige *rechtliche* Positionierung  
→ Vermeidung wiederholenden Rechts als gesetzesthalterisches Desiderat, nicht aber aufgrund verfassungsrechtlichen Gebots; Ausnahme aber: Schleswig-Holstein
  - ▷ Dennoch: Der Trend des reduktiv-ergänzenden Regelungsansatzes stabilisiert jedenfalls faktisch bzw. mit Blick auf die Gesetzgebungsrealität das Prinzip eines wiederholungsarmen Nebeneinanders von Bundes- und Landesrecht als Normalfall im Raumordnungsrecht.

# / Implikationen für die Abweichungsgesetzgebung (1)

- Quantitativ lediglich punktuell abweichendes Landesrecht
  - ▷ Deutliches Überwiegen des Anteils ergänzender Regelungen gegenüber jenem abweichender Regelungen in den jeweiligen Landesgesetzen
  - ▷ Jeweils geringe Anzahl von Abweichungsregelungen im Verhältnis zum abweichungsfähigen Gesamtregelungsvolumen des Bundes-ROG
- Beispiel Niedersachsen: Lediglich sechs (ausdrückliche) Abweichungen vom Bundes-ROG
  - Horizontale Abweichungsquote (abweichende Landesregelungen bezogen auf das „Gesamtregelungsvolumen“ des NROG): Schätzungsweise unter 0,05 Prozent. Im Verhältnis zum quantitativen Gesamtvolumen abweichungsfähiger Bestimmungen des Bundes-ROG vermutlich ähnlich niedrige „vertikale Abweichungsquote“.
- Beispiel LPIG (SH): Vier als solche ausgewiesene Abweichungsregelungen; geschätzte horizontale Abweichungsquote: um 0,02 Prozent.

## / Implikationen für die Abweichungsgesetzgebung (2)

- Qualitativ lediglich punktuell abweichendes Landesrecht (Beispiel Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen und Schleswig-Holstein – bezogen auf ROG 2008 bzw. 2017):
  - ▷ Abweichungen vom Bundesrecht überwiegend in Bezug auf verfahrensrechtliche Aspekte
  - ▷ Abweichungen im Verfahrensbereich betreffen häufig nicht grundsätzliche Verfahrensentscheidungen im Rahmen von „Hauptverfahren“ (Planaufstellung, Raumordnungsverfahren) sondern modifizieren „Sekundärverfahren“ wie *Planänderungsverfahren* und das *beschleunigte* Raumordnungsverfahren
  - ▷ Soweit auch von materiellem Bundesrecht abgewichen wird handelt es sich um Detailspekte
- Zwischenfazit:
  - ▷ Länder (mit Ausnahme Bayerns) nutzen Abweichungsmöglichkeit wenig und wenn sie es tun, dann lediglich zur Feinjustierung
  - ▷ Dies ist anders als z.B. im Naturschutzrecht

## / Implikationen für die Abweichungsgesetzgebung (3)

- Anerkannte bzw. mögliche Gründe für die bislang geringe Nutzung der Abweichungskompetenzen:





## / Implikationen für die Abweichungsgesetzgebung (4)

- Konsequenzen für das Institut der Abweichungsgesetzgebung in der Raumordnung?
  - ▷ Geringe und zurückhaltende Nutzung der Abweichungsmöglichkeit vermeidet bislang ernsthafte Rechtszersplitterung zwischen den Ländern
  - ▷ Dafür findet aber bislang im Grundsatz auch kein föderaler Gesetzgebungswettbewerb zwischen Bund und Ländern „um die beste Lösung“ statt
  - ▷ Zwar geht nicht jede der angesprochenen Auslegungsschwierigkeiten „auf das Konto“ der Abweichungsgesetzgebung. Dennoch: In Zukunft wird die Übersichtlichkeit der raumordnungsrechtlichen Gesetzeslage bei einer (zu erwartenden) immer weitergehenden wechselseitigen partiellen Überschichtung von bundes- und landesrechtlichen Gesetzesmodifikationen noch steigen.
  - ▷ Bestimmbarkeit des Anwendungsstatus einzelner landes- und bundesrechtlicher Normen in Zukunft ggf. kaum noch ohne normenhistorische Recherche möglich.
  - ▷ Alternative: Jeweils „klarstellender“ Neuerlass des Bundes-ROG bzw. der Landesgesetze; dies ist aber mit erheblichem Aufwand für die Gesetzgeber verbunden.

## / Implikationen für die Abweichungsgesetzgebung (5)

- Somit mögliche Bilanz: Das mit der Abweichungsgesetzgebung den Ländern verschaffte Gestaltungspotential wird von diesen bislang nicht in einem Umfang ausgenutzt, der die Einführung eines mit so vielen Rechtsunsicherheiten verbundenen Instituts in der Retrospektive rechtfertigte.
- Dennoch: Nutzen der Abweichungsgesetzgebung im Bereich der Raumordnung liegt ggf. in der Stabilisierung eines „präventiven Gesetzgebungsfriedens“ zwischen Bund und Ländern; zudem erscheint es möglich, dass sich die Länder nach weiterer Klärung der Auslegungs- und Anwendungsschwierigkeiten experimentierfreudiger zeigen.

# Ihr Ansprechpartner

## Alicante

Noerr Alicante IP, S.L.  
Avenida México 20  
03008 Alicante  
Spanien  
T +34 965 980480

## Berlin

Noerr LLP  
Charlottenstraße 57  
10117 Berlin  
Deutschland  
T +49 30 20942000

## Bratislava

Noerr s.r.o.  
AC Diplomat  
Palisády 29/A  
81106 Bratislava  
Slowakische Republik  
T +421 2 59101010

## Brüssel

Noerr LLP  
Boulevard du Régent 47-48  
1000 Brüssel  
Belgien  
T +32 2 2745570

## Budapest

Kanzlei Noerr & Partner  
Fő utca 14-18  
1011 Budapest  
Ungarn  
T +36 1 2240900

## Bukarest

S.P.R.L. Menzer & Bachmann - Noerr  
Str. General Constantin  
Budişteanu nr. 28 C, Sector 1  
010775 Bukarest  
Rumänien  
T +40 21 3125888

## Dresden

Noerr LLP  
Paul-Schwarze-Straße 2  
01097 Dresden  
Deutschland  
T +49 351 816600

## Düsseldorf

Noerr LLP  
Speditionstraße 1  
40221 Düsseldorf  
Deutschland  
T +49 211 499860

## Frankfurt am Main

Noerr LLP  
Börsenstraße 1  
60313 Frankfurt am Main  
Deutschland  
T +49 69 9714770

## Hamburg

Noerr LLP  
Jungfernstieg 51  
20354 Hamburg  
Deutschland  
T +49 40 3003970

## London

Noerr LLP  
Tower 42  
25 Old Broad Street  
London EC2N 1HQ  
Großbritannien  
T +44 20 75624330

## Moskau

Noerr OOO  
1-ya Brestskaya ul. 29  
Pf. 247  
125047 Moskau  
Russische Föderation  
T +7 495 799 56 96

## München

Noerr LLP  
Brienner Straße 28  
80333 München  
Deutschland  
T +49 89 286280

## New York

Noerr LLP  
Representative Office  
885 Third Avenue, Suite 2610  
New York, NY 10022  
USA  
T +1 212 4331396

## Prag

Noerr s.r.o.  
Na Poříčí 1079/3a  
110 00 Prag 1  
Tschechische Republik  
T +420 233 112111

## Warschau

Noerr Biedeck i sp.k.  
ul. Grzybowska 87  
00-844 Warschau  
Polen  
T +48 22 378 85 00



## Dr. Holger Schmitz

Rechtsanwalt und Dipl. Geograph  
Partner

Berlin  
+49 30 20942160

Düsseldorf  
+49 211 49986170  
holger.schmitz@noerr.com