
Gutachterliche Stellungnahme
Zur Bedeutung des Errichtungsverbots des
§ 18a LuftVG bei der Genehmigung
von Windenergieanlagen

Erstattet im Auftrag des Bundesverbandes Windenergie und der Energieagentur.NRW

durch Rechtsanwälte

Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis

Prof. Dr. Christoph Moench

Dr. Constantin von der Groeben, LL.M.

6. November 2014

Friedrichstraße 71
10117 Berlin
T 030 800 979 180
E Christoph.Moench@gleisslutz.com

INHALTSVERZEICHNIS

A.	GEGENSTAND DES GUTACHTENS.....	4
B.	RECHTLICHE GRUNDLAGEN.....	8
C.	DAS ERRICHTUNGSVERBOT IM GENEHMIGUNGSVERFAHREN.....	10
I.	Die Entscheidung des BAF	10
1.	Aufgabe und Funktion des BAF	10
2.	Entscheidung des BAF kein Verwaltungsakt.....	11
II.	Die Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation	12
1.	Aufgabe und Funktion der DFS	13
2.	Keine Bindung an die Stellungnahme der DFS.....	15
2.1	Eindeutiger Wortlaut	15
2.2	Trennung von Aufsichts- und Durchführungsaufgaben	15
2.3	Interessenkonflikte der DFS	15
III.	Prüfungsmaßstab des Errichtungsverbots	17
1.	Möglichkeit der Beeinflussung	18
1.1	Keine gesetzlichen Vorgaben	18
1.2	Maximal zulässiger Winkelfehler.....	20
1.3	Alignmentfehler.....	20
2.	Hinnehmbarkeit der möglichen Beeinflussung.....	21
IV.	Letztentscheidungskompetenz der Genehmigungsbehörde.....	23
1.	Konzentrationswirkung	23
2.	Systematik der §§ 12, 14, 17 und 18a LuftVG.....	24
3.	Normzweck des § 18a LuftVG.....	25
4.	Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz	26
D.	GERICHTLICHE KONTROLLE DER GENEHMIGUNGSENTSCHEIDUNG	27
I.	Darlegungslast der Behörde	27
II.	Umfang der gerichtlichen Kontrolle	29
1.	Voraussetzungen für Beurteilungsspielräume	29
2.	Prognoseentscheidung	31
3.	Kein Beurteilungsspielraum des BAF	32
3.1	Fehlende Beurteilungsermächtigung	32
3.2	Kein Beurteilungsspielraum kraft Risikozuweisung	33

3.3	Eingriffscharakter des Errichtungsverbots	34
III.	Sonderkonstellationen	35
1.	Militärische Verteidigungsanlagen	35
1.1	Beurteilungsspielraum bei militärischen Luftverteidigungsradars	36
1.2	Keine Übertragbarkeit auf zivile Flugsicherungsanlagen	37
2.	Naturschutz	38
2.1	Entwicklung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative	38
2.2	Keine Übertragbarkeit auf § 18a LuftVG.....	39
E.	DAS ERRICHTUNGSVERBOTS IM PLANUNGSVERFAHREN AM BEISPIEL NORDRHEIN-WESTFALENS	41
I.	Raumordnungsplanung	42
1.	Landesentwicklungsplan	42
2.	Regionalplanung	45
II.	Flächennutzungsplanung	48
F.	ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	50

A. GEGENSTAND DES GUTACHTENS

Der Konflikt zwischen Windenergieanlagen und Flugsicherungseinrichtungen gerät zunehmend in den Fokus der Öffentlichkeit.¹ Die Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS) betreibt **bundesweit** 60 Funknavigationsanlagen.² Auf Nordrhein-Westfalen entfallen davon elf.³ Die Funknavigationsanlagen finden sich überwiegend in Gebieten mit einer flachen Geländestruktur. Hier wird das Signal am geringsten gestört. Eben solche Gebiete sind aber aufgrund ihrer guten Windverhältnisse auch für Windenergieanlagen besonders geeignet. Nach Auffassung der DFS sowie des Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung (BAF) können grundsätzlich auch Windenergieanlagen die Funkwellen von Navigations- und Überwachungseinrichtungen der DFS beeinflussen, sodass **Nutzungskonflikte im gesamten Bundesgebiet** absehbar sind. In der Praxis wird zwar das amerikanische GPS-System für über 90 % der Flüge verwendet. Die Analogtechnik der Funknavigationsanlagen wird jedoch für den übrigen Teil der Flugbewegungen weiter herangezogen und im Übrigen als Backup-Technologie bereitgehalten. Selbst wenn dieses System damit mittelfristig zur Disposition steht, bleibt der Konflikt zwischen Flugnavigationsanlagen und dem Ausbau der Windenergie absehbar für die kommenden Jahre aktuell.⁴ Um Flugsicherungseinrichtungen zu schützen, verbietet **§ 18a LuftVG** die Errichtung von Bauwerken, wenn dadurch Flugsicherungseinrichtungen gestört werden können.

¹ *Balsler*, Flugsicherung stoppt Windkraft, SZ-online v. 28.7.2014; *Bartsch*, Windräder verwirren Flieger – und Energieunternehmen, SPON 8.10.2013; *Kaiser*, Fluglotsen blockieren Ausbau der Windkraft, Manager Magazin online, 24.6.2013; *Pfeiffer-Goldmann*, Flugsicherung stoppt Windkraft, Frankfurter Neue Presse online, 20.8.2012.

² Leipziger Institut für Energie GmbH, Vorhaben IIe: Stromerzeugung aus Windenergie, Wissenschaftlicher Bericht, S. 209, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/XYZ/zwischenbericht-vorhaben-2e.pdf> (zuletzt abgerufen am 14.10.2014); *ebenso* EnergieAgentur.NRW, Flugsicherheit und Windenergie: Bremse für die Energiewende?, 8. September 2014, abrufbar unter: <http://www.energiedialog.nrw.de/flugsicherheit-und-windenergie-bremse-fuer-die-energiewende/> (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

³ EnergieAgentur.NRW, Flugsicherheit und Windenergie: Bremse für die Energiewende?, 8. September 2014, abrufbar unter: <http://www.energiedialog.nrw.de/flugsicherheit-und-windenergie-bremse-fuer-die-energiewende/> (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

⁴ Die weitergehenden Fragen der Ablösung der analogen Flugnavigationsinfrastruktur durch die digitale Flugnavigation über das zum Jahr 2020 geplante, im Aufbau befindliche europäische Navigationssystem Galileo werden im Rahmen dieses Gutachtens nicht behandelt. Siehe dazu Europäische Kommission, Informationsseiten zum Projekt Satellitennavigation Galileo, http://ec.europa.eu/enterprise/policies/satnav/galileo/index_en.htm; Europäische Weltraumorganisation (ESA), http://www.esa.int/Our_Activities/Navigation/The_future_-_Galileo/What_is_Galileo.

Die Internationale Zivilluftfahrtorganisation (ICAO – International Civil Aviation Organisation) empfiehlt einen **Schutzbereich um Flugsicherungseinrichtungen**, innerhalb welchem eine mögliche Störung der Flugsicherungseinrichtung durch Windenergieanlagen geprüft werden soll.⁵ Dieser betrug ursprünglich 3 km und wurde 2009 ausgeweitet auf einen Schutzbereich von nun 15 km um Flugsicherungseinrichtungen. Flugnavigationsanlagen stehen oft auf Flughäfen und Flugplätzen, so dass sich der ursprüngliche Schutzbereich von 3 km regelmäßig mit den Bauschutzbereichen um Flughäfen und Flugplätze überschneidet. Dadurch kam es nur sehr selten zu Konfliktfällen zwischen Flugsicherungseinrichtungen und dem Ausbau der Windenergie. Die Ausweitung der Schutzbereiche auf 15 km hat jedoch zu Prüfradien in einem **erheblichen Teil des Bundesgebiets** und zu einem **Zielkonflikt mit dem Ausbau der Windenergie** geführt. Sollte innerhalb dieser Schutzbereiche jede Windenergienutzung ausgeschlossen werden, führte das bundesweit zu erheblichen Flächenverlusten für die Windenergie. Allein in Nordrhein-Westfalen wären 20 % der Landesfläche durch solche Schutzbereiche für Windenergieanlagen gesperrt.⁶ Zudem werden Repoweringprojekte erschwert, wenn sich die Altanlagen innerhalb der Schutzbereiche befinden, da größere Windenergieanlagen die Genehmigungsfrage neu aufwerfen.⁷

Durch diesen Konflikt zwischen Windenergieanlagen und Flugsicherungseinrichtungen kommt der Ausbau der Windenergie aktuell erheblich ins Stocken und die **Ausbauziele des Bundes und der Länder** geraten unter Druck. Allein in Nordrhein-Westfalen soll der Anteil des Stroms aus Windenergie bis 2020 auf 15 % gesteigert werden.⁸ Bundesweit liegt das jährliche Ausbauziel der Windenergie an Land gem. § 3 Nr. 1 EEG 2014 bei 2.500 MW. Nach einer Umfrage des Bundesverbandes für Windenergie (BWE) unter seinen Mitgliedern im Mai/Juni 2013 sind über 3.000 MW an Zubauleistung der Onshore-Windenergie durch Konflikte mit Belangen der Flugsicherung blockiert. Allein durch Konflikte mit sog. Drehfunkfeuern können über 1.700 MW

⁵ Anleitungsmaterial des Europäischen und Nordatlantischen Büros der ICAO zum Umgang mit Anlagenschutzbereichen, 2. Version (2009), kurz: EUR DOC 015, Anhang 1 sowie Anhang 4.

⁶ EnergieAgentur.NRW, Flugsicherheit und Windenergie: Bremse für die Energiewende?, 8. September 2014, abrufbar unter: <http://www.energedialog.nrw.de/flugsicherheit-und-windenergie-bremse-fuer-die-energiewende/> (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

⁷ Dazu *Seifert/Samp*, EnWZ 2014, 106 (111) m. w. N.

⁸ Vgl. Landesamt für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz Nordrhein-Westfalen (LANUV), Potenzialstudie Erneuerbare Energien NRW, Teil 1 – Windenergie, 2012/13, abrufbar unter: <http://www.lanuv.nrw.de/veroeffentlichungen/fachberichte/fabe40/fabe40-I.pdf> (zuletzt abgerufen am 20.10.2014), S. 11.

Leistung nicht realisiert werden. In Nordrhein-Westfalen konnten 416 MW Leistung nicht realisiert werden.⁹

Als zunehmend problematisch erweist sich, dass Genehmigungsbehörden die Genehmigung von Windenergieanlagen mit Verweis auf § 18a LuftVG verweigern und sich hinsichtlich der möglichen Störung auf den jeweiligen Fachbeitrag des BAF beziehen, das sich wiederum einzig auf eine Stellungnahme der DFS stützt.

Viele Fragen im Zusammenhang mit § 18a LuftVG sind trotz der zunehmenden Relevanz der Vorschrift **ungeklärt**. Rechtsprechung und Literatur zu § 18a LuftVG sind in vielen Punkten uneinheitlich.

- Unklar ist schon, nach welchem Prüfungsmaßstab eine „Störung“ i.S.d. § 18a LuftVG überhaupt zu beurteilen ist.
- Weiterhin ist das Verhältnis der am Genehmigungsverfahren beteiligten Behörden untereinander unklar. So ist umstritten, inwieweit die jeweiligen Behörden an Entscheidungen und Stellungnahmen der anderen Stellen gebunden sind.
- Darüber hinaus ist umstritten, ob der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum zukommt und die gerichtliche Kontrolle dadurch eingeschränkt wird.¹⁰
- Schließlich ist auch das Verhältnis von Flugsicherung und Windenergienutzung in Planungsverfahren ungeklärt.

Im Folgenden werden die genannten Punkte umfassend begutachtet. Zunächst werden die rechtlichen Grundlagen des Genehmigungsverfahrens dargestellt (dazu unter B.). Sodann wird das Errichtungsverbot des § 18a LuftVG im Genehmigungsverfahren (dazu unter C.) und in einem möglichen Gerichtsverfahren (dazu unter D.) untersucht. Abschließend werden am Beispiel des

⁹ BWE, BWE-Umfrage Windenergie und Flugsicherheit, abrufbar unter: <http://www.wind-energie.de/sites/default/files/attachments/page/arbeitskreis-radar/20130815-bwe-umfrage-radar.pdf> (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

¹⁰ Für die Annahme eines Beurteilungsspielraumes: VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – juris, Rn. 36; VG Düsseldorf, Urt. v. 27.7.2014 – 11 K 3648/12 – juris, Rn. 47; gegen die Annahme eines Beurteilungsspielraumes: VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 33; VG Aachen, Urt. v. 24.7.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 115; VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 59; *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403 (405); *Weiss*, NVwZ 2013, 14 (18); *Meyer/Wysk*, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz Kommentar, EL 17 Stand: Juni 2013, § 18a, Rn. 52.

Landes Nordrhein-Westfalen Fragen im Zusammenhang mit Planungsverfahren erörtert (dazu unter E.)

B. RECHTLICHE GRUNDLAGEN

Windenergieanlagen, mit Ausnahme von Kleinwindanlagen, unterfallen dem Zulassungsregime des Bundesimmissionsschutzgesetzes und sind **genehmigungsbedürftig** (§ 4 Abs. 1 BImSchG i.V.m. § 1 4. BImSchV, Nr. 1.6 des Anhangs der 4. BImSchV). Sie sind nach § 6 Abs. 1 BImSchG zu genehmigen, wenn die immissionsschutzrechtlichen Pflichten erfüllt sind sowie die Belange des Arbeitsschutzes und andere öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen. Bei § 18a LuftVG handelt es sich um eine andere öffentlich-rechtliche Vorschrift und damit um **zwingendes Prüfprogramm** einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.

Im Genehmigungsverfahren sind gem. § 10 Abs. 5 BImSchG (im vereinfachten Verfahren in Verbindung mit § 19 Abs. 2 BImSchG) die Behörden zu beteiligen, deren Aufgabengebiete durch das Vorhaben berührt werden. Die für die Genehmigung der Windenergieanlagen zuständige Behörde (**Genehmigungsbehörde**) holt die Stellungnahmen aller anderen Behörden ein. In Nordrhein-Westfalen sind die **Kreise und kreisfreien Städte als untere Umweltschutzbehörden** für die Genehmigung zuständig (gem. § 1 Abs. 1 bis 3 i. V. m. § 2 Abs. 1 Satz 1 ZustVU).¹¹ Sollen Windenergieanlagen im Umfeld von Flugsicherungseinrichtungen gebaut werden, wird die Genehmigungsbehörde die zuständige **Luftfahrtbehörde** – in Nordrhein-Westfalen sind das die **Bezirksregierungen Düsseldorf und Münster** (§ 2 Satz 1 LuftfahrtZustVO) – um eine Stellungnahme bitten. Die Luftfahrtbehörde unterrichtet nach § 18a Abs. 1a Satz 3 LuftVG das **BAF**, sobald es von Bauwerksplanungen innerhalb der relevanten Schutzbereiche Kenntnis erhält. Das BAF entscheidet sodann über die potenzielle Störung. Diese Entscheidung trifft das BAF gem. § 18a Abs. 1 Satz 2, 3 LuftVG auf der Grundlage einer gutachterlichen Stellungnahme der **Flugsicherungsorganisation** und teilt sie der Landesluftfahrtbehörde mit. Die Luftfahrtbehörde macht die Entscheidung durch das BAF zum Gegenstand ihrer Stellungnahme gegenüber der Genehmigungsbehörde. Die Genehmigungsbehörde selbst wird den Antrag auf Errichtung der Windenergieanlage entweder genehmigen, unter Auflagen genehmigen oder ablehnen.

¹¹ Dies folgt daraus, dass die Genehmigung von Windenergieanlagen nach Nummer 1.6 des Anhangs der 4. BImSchV im Anhang I zur ZustVU nicht aufgeführt ist und sich aus Anhang II zur ZustVU nichts Abweichendes ergibt.

In Hessen ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 der Immissionsschutz-Zuständigkeitsverordnung (ImSchZustVO) das jeweilige Regierungspräsidium zuständig, da in den maßgeblichen Vorschriften der ImSchZustVO nichts anderes bestimmt ist. In Bayern sind nach Art. 1 Abs. 1 lit. c des Bayerischen Immissionsschutzgesetzes (BayImSchG) die Kreisverwaltungsbehörden zuständig, also die Landratsämter und kreisfreien Gemeinden.

Im Ergebnis kommt es also zu einem **gestuften Verwaltungsverfahren**¹², in dem insgesamt vier verschiedene Stellen mit der Genehmigung der Windenergieanlage und dem Schutz der Flugsicherungseinrichtung befasst sind: Genehmigungsbehörde, Luftfahrtbehörde, BAF und DFS. Durch dieses **aufwendige Beteiligungsverfahren** sollen alle relevanten Fachbehörden in das Verfahren einbezogen werden. Zwischen BAF und Genehmigungsbehörde ist die Luftfahrtbehörde geschaltet, die die Genehmigungsanfragen bündelt und dann an das BAF weitergibt. Auf die Weise wird das BAF nicht von unzähligen Genehmigungsbehörden auf kommunaler Ebene direkt angesprochen, sondern jeweils nur von den zuständigen Landesluftfahrtbehörden.

Die Genehmigungsbehörden haben sicherzustellen, dass die zuständige Luftfahrtbehörde Kenntnis von dem Vorhaben erhält und die Möglichkeit hat, die Entscheidung des BAF einzuholen. Eine ohne die Entscheidung des BAF erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist rechtswidrig, wenn eine Störung von Flugsicherungseinrichtungen zu erwarten ist und damit das materielle Bauverbot des § 18a LuftVG greift.

¹² Zu diesem Institut und der teils uneinheitlichen Terminologie siehe nur Hk-VerwR/Schwarz, 3. Aufl. 2013, § 9 VwVfG, Rn. 50 f.

C. DAS ERRICHTUNGSVERBOT IM GENEHMIGUNGSVERFAHREN

Die Einbindung des Errichtungsverbots in das Genehmigungsverfahren erfolgt in der Praxis durch eine sehr aufwendige und intransparente Beteiligung mehrerer Behörden. Dies sorgt zunehmend für **Kritik**. Erst kürzlich bezeichnete *Robert Habeck*, Minister für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume in Schleswig-Holstein, die Verfahren als „*nicht mehr zeitgemäß*“.¹³ Sie seien intransparent, nicht nachvollziehbar und berücksichtigten nicht die Ziele der Energiewende.¹⁴ Dieser Kritik ist im Einzelnen nachzugehen und die rechtlichen Rahmenbedingungen des Errichtungsverbots im Genehmigungsverfahren sind aufzuzeigen. Zunächst sind die Entscheidung des BAF (dazu unter I.) und die Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation (dazu unter II.) zu untersuchen. Sodann gilt es den Prüfungsmaßstab des Errichtungsverbots darzustellen (dazu unter III.). Schließlich ist auf die Rolle der Genehmigungsbehörde einzugehen (dazu unter IV.).

I. Die Entscheidung des BAF

Gesetzlich ist in § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG angeordnet, dass über die Frage, ob Flugsicherungseinrichtungen gestört werden können, das BAF entscheidet.

1. Aufgabe und Funktion des BAF

Das BAF ist die nationale Aufsichtsbehörde für den Bereich der Flugsicherung. Es wurde 2009 nach Änderung von Art. 87d GG gesetzlich errichtet.¹⁵ Es fällt als Bundesoberbehörde in den Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) und hat seinen Sitz in Langen (Hessen).¹⁶

¹³ Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume Schleswig-Holstein, Pressemitteilung vom 4.6.2014, Gutachten zum Ausbau der Windenergie im Schutzbereich von Flugsicherungsanlagen vorgestellt.

¹⁴ Ministerium für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume Schleswig-Holstein, Pressemitteilung vom 4.6.2014, Gutachten zum Ausbau der Windenergie im Schutzbereich von Flugsicherungsanlagen vorgestellt – Energiewendeminister Habeck: „*Die Verfahren des Bundes müssen überarbeitet werden.*“.

¹⁵ Artikel 1 des Gesetzes v. 29.07.2009, BGBl. I S. 2424.

¹⁶ *Schwenk/Giemulla*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 4. Aufl. 2013, S. 109.

Die Einführung des BAF als Aufsichtsbehörde geht zurück auf die „Single European Sky“-Verordnungen (EG) von 2004,¹⁷ die eine funktionale **Trennung zwischen Aufsichts- und Durchführungsaufgaben** auf dem Gebiet des Luftverkehrs vorschreiben.¹⁸ Während die operative Durchführung der Flugsicherungsaufgaben Sache der Flugsicherungsdienste wie z. B. der DFS ist, übernimmt das BAF die Regulierungs- und Überwachungsfunktionen.¹⁹ Es zertifiziert die Flugsicherungsorganisationen und hat die Aufsicht über alle Organisationen, Systeme, Verfahren und Personen, die für die Erbringung von Flugsicherungsdiensten eingesetzt werden.²⁰ So beaufsichtigt es Flugvermessungsdienste, legt Flugverfahren fest, verfolgt Verletzungen der Regeln über das Führen von Luftfahrzeugen und übernimmt das Frequenzmanagement im Bereich von Flugsicherungsanwendungen.²¹

Das **Prüfprogramm des BAF** im Rahmen des § 18a LuftVG umfasst nach eigener Darstellung Fragen nach dem genauen Standort, der Form und Größe des geplanten Bauwerks in Bezug auf die Flugsicherungseinrichtung, die Ermittlung der Bauwerke, die bereits im Schutzbereich um die Anlage stehen, und die Beurteilung der Schwere einer möglichen Beeinträchtigung der Sicherheit des Luftverkehrs durch weitere Bauwerke.²²

2. Entscheidung des BAF kein Verwaltungsakt

Die Entscheidung des BAF über das Errichtungsverbot erfolgt in Rahmen eines **gestuften Verwaltungsverfahrens**. Gestufte Verwaltungsverfahren existieren in unterschiedlicher Form: Teilweise bildet ein selbstständiges, zuvor durch Verwaltungsakt abzuschließendes Verwaltungsverfahren bei einer Behörde die Voraussetzung für ein anderes Verwaltungsverfahren bei

¹⁷ Im Einzelnen handelt es sich dabei um die nachfolgenden drei Verordnungen des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.3.2004: VO Nr. 549/2004 zur Festlegung des Rahmens für die Schaffung eines einheitlichen europäischen Luftraums („Rahmenverordnung“) (ABl. EU Nr. L 96 S. 1); VO Nr. 550/2004 über die Erbringung von Flugsicherungsdiensten im einheitlichen europäischen Luftraum („Flugsicherungsdienste-Verordnung“) (ABl. EU Nr. L 96 S. 10); VO Nr. 552/2004 über die Interoperabilität des europäischen Flugverkehrsmanagementnetzes („Interoperabilitäts-Verordnung“) (ABl. EU Nr. L 96 S. 26).

¹⁸ Siehe BR-Drs. 831/08 S. 1.

¹⁹ BAF, Das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung, Eine Behörde stellt sich vor, März 2012, S. 2.

²⁰ *Schwenk/Giemulla*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 4. Aufl. 2013, S. 110.

²¹ Siehe dazu die Angaben auf der Homepage des BAF, abrufbar unter: http://www.baf.bund.de/DE/BAF/Aufgaben/aufgaben_node.html (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

²² BAF, § 18a LuftVG Anlagenschutzbereiche der Flugsicherung, Ein Leitfaden zum Prüfungs- und Genehmigungsverfahren, Stand: August 2013, S. 3.

einer anderen Behörde (sog. vorgreifliches Verfahren).²³ In der Regel trifft jedoch eine Behörde eine vorbereitende Entscheidung, auf deren Grundlage die federführende Behörde den Verwaltungsakt erlässt. Die vorbereitende Entscheidung ist dann als **unselbstständige Mitwirkungshandlung** kein Verwaltungsakt.²⁴

Die Rechtsprechung beurteilt die Entscheidung des BAF einheitlich *nicht* als Verwaltungsakt.²⁵ Dem ist zuzustimmen. Die Entscheidung des BAF ist schon **nicht auf Außenwirkung gerichtet**, wie es für einen Verwaltungsakt gem. § 35 Satz 1 VwVfG erforderlich wäre.²⁶ Nach § 18a Abs. 1 Satz 3 LuftVG teilt das BAF seine Entscheidung lediglich der zuständigen Landesluftfahrtbehörde mit. Diese informiert dann die zuständige Genehmigungsbehörde. Nur diese befindet sich mit dem Antragsteller unmittelbar in Kontakt und berücksichtigt die Entscheidung des BAF bei der Genehmigungserteilung oder -versagung. Adressat der Entscheidung des BAF ist also nicht der Vorhabenträger. Konsequenterweise findet daher durch das BAF auch **keine Anhörung** möglicher Betroffener gem. § 28 VwVfG statt. Die Entscheidung des BAF ist eine rein behördeninterne Mitwirkungshandlung im Rahmen eines gestuften Verwaltungsverfahrens und kein Verwaltungsakt.²⁷

II. Die Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation

Die Entscheidung des BAF ergeht gemäß § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG auf der Grundlage einer gutachterlichen Stellungnahme der Flugsicherungsorganisation. Diese soll in einer vertieften fachtechnischen Analyse prüfen, ob im jeweiligen Fall Störungen zu erwarten sind.²⁸

²³ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 9 Rn. 43, mit einem Beispiel aus dem Denkmalschutzrecht.

²⁴ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 9 Rn. 44, mit den Beispielen des bindenden gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB und der naturschutzrechtlichen Stellungnahme, von der die federführende Behörde gemäß § 17 Abs. 2 BNatSchG abweichen kann.

²⁵ VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 59; VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – juris, Rn. 28; VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – juris, Rn. 33.

²⁶ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 35 Rn. 124; *von Alemann/Scheffczyk*, in: *Bader/Ronellenfitsch*, BeckOK VwVfG, Ed. 24 Stand 1.7.2014, § 35 VwVfG, Rn. 222.

²⁷ So auch: *Meyer/Wysk*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, Luftverkehrsgesetz Kommentar, EL 17 Stand: Juni 2013, § 18a, Rn. 35, 50; *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403 (405); *Meyer/Wysk*, NVwZ 2013, 319 (320); a.A. *Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas*, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 69 f.

²⁸ BAF, § 18a LuftVG Anlagenschutzbereiche der Flugsicherung, Ein Leitfaden zum Prüfungs- und Genehmigungsverfahren, Stand: August 2013, S. 4.

1. Aufgabe und Funktion der DFS

Die wichtigste Flugsicherungsorganisation in Deutschland ist die DFS.²⁹ In Deutschland werden die Aufgaben der Flugsicherung innerhalb eines „Systems der Beauftragung Privater“ durchgeführt.³⁰ Den Vorgaben der „Single European Sky“-Verordnungen (EG) folgend, wurde die ursprüngliche Bundesanstalt für Flugsicherung (BFS) privatisiert und als DFS in der Rechtsform einer GmbH neu geschaffen.³¹ Die DFS betreibt Kontrollzentralen in Langen, Bremen, Karlsruhe und München sowie 16 Kontrolltürme an internationalen deutschen Verkehrsflughäfen. Zudem ist die DFS in der EUROCONTROL-Zentrale in Maastricht vertreten. Ende 2013 beschäftigte sie rund 6.000 Mitarbeiter.³²

Auf der Grundlage der Ermächtigung in § 31b Abs. 1 Satz 1 LuftVG wurden der DFS die hoheitlichen Aufgaben der **Flugverkehrsdienste** übertragen.³³ Im Bereich der Flugverkehrsdienste ist die DFS gesetzlich befugt, in eigenem Namen die hoheitliche Befugnisse des Flugverkehrskontrolldienstes, des Flugalarmdienstes, des Fluginformationsdienstes und des Flugverkehrsberatungsdienstes (§ 27c Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a bis d LuftVG) auszuüben und ist insoweit **Beliehener**.³⁴

Neben der hoheitlichen Aufgabe der **Flugverkehrsdienste** entwickelt und betreibt die DFS u. a. Navigationssysteme.³⁵ Einrichtungen, die die Fluggeräte mit Positions- und Zeitinformationen beliefern, sind sog. **Navigationendienste** im Sinne des § 27c Abs. 2 Nr. 3 LuftVG. In diesen Bereich fallen auch die Drehfunkfeuer.³⁶ Navigationendienste zählen zu den Unterstützungsdiensten

²⁹ Eine Aufstellung aller vom BAF beaufsichtigten Flugsicherungsorganisationen findet sich unter http://www.baf.bund.de/DE/Themen/Flugsicherungsorga/flugsicherungsorga_node.html (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

³⁰ Wysk, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz Kommentar, EL 13 Stand: September 2009, Einl. Rn. 121.

³¹ Siehe dazu *Schwenk/Giemulla*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 4. Aufl. 2013, S. 120 ff.

³² DFS, Geschäftsbericht 2013, S. 9.

³³ § 31b Abs. 1 LuftVG iVm § 1 FS-AuftragsV (Verordnung zur Beauftragung eines Flugsicherungsunternehmens vom 11. November 1992 (BGBl. I S. 1928, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 24. August 2009 (BGBl. I S. 2942)).

³⁴ VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 23; zum Begriff des Beliehenen *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 15. Aufl. 2014, § 1 Rn. 58 ff.

³⁵ DFS, Geschäftsbericht 2013, S. 9.

³⁶ *Risch*, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz Kommentar, EL 14 Stand: August 2010, § 27c, Rn. 68.

für die Flugsicherung.³⁷ Gemäß § 27c Abs. 2 Satz 3 LuftVG sind Unterstützungsdienste **keine hoheitliche Aufgabe** des Bundes. Sie werden zu Marktbedingungen als **privatwirtschaftliche Dienstleistung** erbracht. Damit handelt die DFS im Bereich der Navigationsgeräte privatwirtschaftlich. Dieser **Doppelstatus** der DFS, einerseits als mit Hoheitsbefugnissen ausgestatteter Beliehener, andererseits als wirtschaftlich tätiger privater Dritter,³⁸ ist bei der Beurteilung der Stellungnahme der DFS im Verfahren nach § 18a LuftVG besonders zu berücksichtigen.

Im Rahmen der Entscheidung nach § 18a LuftVG hat die DFS eine Stellungnahme abzugeben und dafür eine fachtechnische Analyse vorzunehmen. Methodisch stützt sich die DFS dabei auf die ICAO-Dokumente. Diese machen jedoch nur recht allgemeine Vorgaben. So heißt es u.a.:

„Die Analyse erfolgt auf der Grundlage der Erfahrung und des Fachwissens der Ingenieure, die die Aufgabe durchführen, beschränkt sich jedoch nicht darauf. Das Verfahren kann zur Ermittlung, ob das Bauvorhaben im bestehenden Umfeld signifikante Auswirkungen haben würde, eine theoretische Analyse, numerische Simulation und Modellierung umfassen.“³⁹

Ferner besagt der speziell auf Windenergieanlagen bezogene Anhang 4 des ICAO EUR DOC 015:

„Mit den oben dargestellten Worst-Case-Annahmen kann in Computersimulationen überprüft werden, welche Auswirkungen Windkraftanlagen auf VOR-Anlagen haben.“⁴⁰

Die praktische Umsetzung dieser Vorgaben durch die DFS wurde jüngst als „kritisch“ und „fragwürdig“ bewertet.⁴¹ Die Prognose der DFS sei daher „wenig belastbar“.⁴² Je nach Ergebnis der Analyse empfiehlt die DFS dem BAF, dem Bauvorhaben zu widersprechen oder ihm zuzu-

³⁷ § 27c Abs. 2 Satz 2 LuftVG.

³⁸ VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 17.

³⁹ ICAO EUR DOC 015, Ziff. 5.2.2.

⁴⁰ ICAO EUR DOC 015, Anhang 4.

⁴¹ *Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas*, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 92f.

⁴² *Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas*, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 93 f.

stimmen. In Zweifelsfällen empfehlen die ICAO-Dokumente, dem Bauvorhaben zu widersprechen.⁴³ Die Darstellung des Analyseergebnisses gegenüber dem BAF beschränkt sich häufig auf einen Satz, wonach der zulässige Störbeitrag gemäß Plausibilitätsberechnungen nach Errichtung der geplanten Windenergieanlage überschritten oder nicht überschritten wird. Diese Plausibilitätsberechnungen wurden in der Praxis bisher nicht vorgelegt. Eine darüber hinausgehende Überprüfung des geplanten Vorhabens im Einzelfall, etwa durch eine Messung und eine Prüfung schadensmindernder Maßnahmen, erfolgt nicht.

2. Keine Bindung an die Stellungnahme der DFS

Die Stellungnahme der DFS ist im Verfahren nach § 18a LuftVG gesetzlich angeordnet. Das BAF hat eine entsprechende Stellungnahme also einzuholen. An diese Stellungnahme ist das BAF in seiner Entscheidung aber **nicht gebunden**.⁴⁴

2.1 Eindeutiger Wortlaut

Bereits aus dem Wortlaut des § 18a LuftVG ergibt sich, dass das Gutachten lediglich die **Grundlage** der Entscheidung durch das BAF bildet. Das bedeutet aber gerade, dass die Entscheidung nicht durch das Gutachten vorweggenommen wird.

2.2 Trennung von Aufsichts- und Durchführungsaufgaben

Die Aufgabenbereiche von BAF und DFS sind zu trennen. Die Aufsichtsaufgaben des BAF dürfen nicht mit den Durchführungsaufgaben der DFS vermischt werden. Diese **funktionale Trennung** war gerade Sinn und Zweck der Einführung des BAF.⁴⁵ Diese Trennung kann nicht dadurch unterlaufen werden, dass die Stellungnahme der DFS als bindend erachtet wird.

2.3 Interessenkonflikte der DFS

Die Interessenlage der DFS spricht ebenfalls gegen eine Bindungswirkung ihrer Stellungnahme. Denn es ist nicht auszuschließen, dass sich das privatwirtschaftliche Interesse der DFS auch in der Begutachtung der Störung nach § 18a LuftVG niederschlägt. Dies hängt mit der Art und

⁴³ ICAO EUR DOC 015, Ziff. 5.2.4.

⁴⁴ *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403 (404); *Meyer/Wysk*, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz Kommentar, EL 14 Stand: August 2010, § 18a, Rn. 34.

⁴⁵ Siehe BR-Drs. 831/08 S. 1.

Weise der Störungsbeurteilung zusammen (dazu ausführlicher unter III.). Bewertet wird die Störung von Flugsicherungsanlagen anhand sogenannter Winkelfehler.⁴⁶ Jeder Anlage kommt ein gewisses Fehlerbudget zu. Sobald dieses Budget ausgeschöpft ist, kann eine Störung der Anlage nicht mehr ausgeschlossen werden. Entscheidend ist dabei, dass nicht nur externe Faktoren, wie Hochhäuser, Masten, topografische Erhebungen, Windenergieanlagen und Vegetation, Fehlerquellen darstellen, sondern Fehler auch in der Anlage selbst ihre Ursache haben können. Diese anlageneigenen Fehler können durch kürzere Wartungsintervalle und durch kürzere Korrekturintervalle der Nordausrichtung reduziert werden. Allerdings ist dies mit Kosten verbunden, die von der DFS als Anlagenbetreiber zu tragen sind. Je mehr externe Fehlerquellen vorhanden sind oder zugelassen werden, desto mehr verengt sich der Spielraum für anlageneigene Fehler. Im Zweifel sind dann kürzere Wartungs- und Korrekturintervalle anzusetzen, die mit höheren Kosten verbunden sind. Die DFS hat also ein **wirtschaftliches Interesse** daran, möglichst wenig externe Fehlerquellen zuzulassen, um einen möglichst großen Spielraum für anlageneigene Fehler zu behalten.

Die wirtschaftlichen Interessen der DFS rechtfertigen und erfordern die Trennung von Aufsichts- und Durchführungsaufgaben. Sinn und Zweck dieser Aufgabentrennung zwischen Aufsichtsbehörden und Flugsicherungsorganisationen bestehen darin, die Unabhängigkeit der nationalen Aufsichtsbehörden herzustellen, damit diese *„ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausüben.“*⁴⁷

Aufgrund der komplexen und umstrittenen wissenschaftlichen Fragen, die letztlich nur noch von Sachverständigen beurteilt werden können und die Verwaltung in ihrer Entscheidungsfähigkeit beschränken, gilt es, **besonders sorgsam** die Qualität und Unbefangenheit der Sachverständigen zu beachten. So forderte schon der frühere Richter am Bundesverfassungsgericht *Udo di Fabio*:

„Wenn eine Verwaltungsentscheidung nicht mehr unter rechtsrationalen Gesichtspunkten ausreichend beurteilt werden kann, weil im Grenzbereich des Wissens nur noch Sachverständigengremien tastend und wertend Feststellungen zu treffen vermögen, sollen Kompensationen für die schwindende Sachkontrolle dahingehend vorgesehen werden,

⁴⁶ ICAO, Anhang 10 zum Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt, Aeronautical Telecommunications, Volume I, Radio Navigation Aids, Attachment C, Nr. 3.7.2.; vgl. auch VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 65.

⁴⁷ Art. 4 Abs. 2 VO Nr. VO Nr. 549/2004.

*dass an die Auswahl und Unabhängigkeit der Sachverständigen, das Entscheidungsverfahren und die Begründung der hier getroffenen Entscheidung besondere Anforderungen gestellt werden.*⁴⁸ (Herv. d. Verf.)

Dementsprechend kann angesichts des **wirtschaftlichen Eigeninteresses der DFS** ihre gutachterliche Stellungnahme nicht bindend für die spätere Genehmigungsentscheidung sein. Dies gilt besonders vor dem Hintergrund, dass die DFS ihre Plausibilitätsberechnungen nicht offenlegt, und wird durch die jüngste Kritik an den Berechnungsmethoden der DFS noch unterstrichen.⁴⁹

Das BAF sollte daher erforderlichenfalls weitere Gutachten und Stellungnahmen einholen, um eine ausreichend fundierte Entscheidung zu treffen.

III. Prüfungsmaßstab des Errichtungsverbots

§ 18a Abs. 1 LuftVG enthält materielles Baurecht in Gestalt eines Errichtungsverbots für Bauwerke, die Flugsicherungseinrichtungen stören können.⁵⁰ Es ist nicht notwendig, dass eine Störung sicher eintritt.⁵¹ Sie muss allerdings im konkreten Einzelfall mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein.⁵² Das LuftVG macht keine besonderen Vorgaben hinsichtlich der Prognoseentscheidung.

Das VG Hannover hat in seinem Beschluss vom 21. Dezember 2010 bezüglich der möglichen Störung eines Verteidigungsradars durch Windkraftanlagen eine **zweistufige Prüfung** entwickelt,⁵³ die vom OVG Lüneburg mit Beschluss vom 13. April 2011 im Beschwerdeverfahren bestätigt wurde.⁵⁴ Danach setzt eine Störung erstens voraus, dass die Windenergieanlage die

⁴⁸ *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 462.

⁴⁹ *Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas*, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 91 ff.

⁵⁰ *Meyer/Wysk*, § 18a, Rn. 4; *Meyer/Wysk*, NVwZ 2013, 319 (320); *Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas*, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 66.

⁵¹ VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 59.

⁵² VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – Rn. 30.

⁵³ VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 55.

⁵⁴ OVG Lüneburg, Beschl. v. 13.04.2011 – 12 ME 8/11 – juris, Rn. 13.

Funktion der Radaranlage **nachteilig beeinflussen kann**. Zweitens ist erforderlich, dass die Beeinflussung die Funktion der Radaranlage für den ihr zugewiesenen Zweck in **nicht hinnehmbarer Weise** einschränkt. Diese gestufte Prüfung überzeugt auch im Zusammenhang mit § 18a LuftVG. Durch die gestufte Prüfung kann zunächst die spezifische Funktion der Anlage berücksichtigt werden, denn nur eine relevante Funktionsstörung kann auch eine Störung gem. § 18a LuftVG sein. Auf der zweiten Stufe können dann wertende Kriterien berücksichtigt werden. Die beiden notwendigen Prüfschritte werden daher im Folgenden näher untersucht.

1. Möglichkeit der Beeinflussung

Im ersten Schritt ist zu ermitteln, ob durch die geplanten Windenergieanlagen eine Beeinflussung von Flugsicherungseinrichtungen überhaupt möglich ist. Das BAF muss eine entsprechend qualifizierte **Prognoseentscheidung** über die Möglichkeit einer Beeinflussung treffen.

1.1 Keine gesetzlichen Vorgaben

Das LuftVG enthält **keine spezialgesetzlichen Vorgaben** dazu, wann eine Beeinflussung vorliegt.⁵⁵ In der Praxis greift das BAF auf das Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt (**ICAO-Abkommen**) zurück.⁵⁶ Die ICAO entwickelt technische Standards der internationalen zivilen Luftfahrt. In Anhängen zum ICAO-Abkommen (sog. Annexen) sind technische Regelungen zur zivilen Luftfahrt enthalten. Annexe 10 (Aeronautical Telecommunication) und 11 (Air Traffic Services) enthalten Regelungen, die auch die Flugsicherungseinrichtungen betreffen. Die Bindungswirkung des ICAO-Abkommens selbst ist im Zuge des Beitritts der Bundesrepublik Deutschland zur ICAO eingetreten. Alle Organe der Bundesrepublik sind aufgrund des dazu erlassenen Beitrittsgesetzes an die Regelungen dieses völkerrechtlichen Abkommens gebunden.⁵⁷ Die **Annexe zum ICAO-Abkommen** werden allerdings nach überwiegender Ansicht nicht als Teile des ICAO-Abkommens betrachtet.⁵⁸ Es **fehlt** ihnen einerseits eine **unmittelbare**

⁵⁵ VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 62 ff.; *Meyer/Wysk*, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz Kommentar, EL 17 Stand: Juni 2013, § 18a, Rn. 13.

⁵⁶ Vgl. VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 63; VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – juris, Rn. 31.

⁵⁷ Die Bundesrepublik Deutschland ist dem Abkommen durch Gesetz vom 7. April 1956 (BGBl. 1956 II S. 411) beigetreten. Laut Bekanntmachung des Bundesministers des Auswärtigen vom 12. Oktober 1956 (BGBl. 1956 II S. 934) ist das Abkommen für die Bundesrepublik Deutschland am 8. Juli 1958 in Kraft getreten.

⁵⁸ *Wysk*, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz Kommentar, EL 13 September 2009, Einl. Rn. 158 m. w. N.

völkerrechtliche Verbindlichkeit. Mangels Umsetzung in nationales Recht sind die in den Annexen zum ICAO-Abkommen enthaltenen Regelungen darüber hinaus auch innerstaatlich nicht bindend.⁵⁹ Dennoch sind sie als maßgebliche **fachliche Standards** für die Beurteilung des Störungspotenzials zu beachten.⁶⁰

Die Ermittlung, ob und wie sich ein Bauvorhaben negativ auf Flugsicherungseinrichtungen auswirken kann, erfolgt anhand der Vorgaben des **Dokuments ICAO EUR Doc 015 i.V.m. ICAO Annex 10.**⁶¹ Aus diesen Dokumenten ergibt sich, dass eine Beeinflussung der Flugsicherungseinrichtungen zu erwarten ist, wenn bestimmte **Anagentoleranzen überschritten** werden. Die Navigationsanlage sendet ein Signal aus, das von Flugzeugen empfangen wird. Im Zuge der Übertragung oder des Empfangs dieses Signals entstehen Ungenauigkeiten. Diese Ungenauigkeiten werden als **Winkelfehler** bezeichnet. Sie können ihre Ursache in der Anlage selbst haben (sogenannte Alignmentfehler), können aber auch aufgrund externer Störungen (etwa durch die Topologie und/oder Bauwerke wie etwa Hochspannungsmasten, Gebäude oder Windparks) entstehen. Der Alignmentfehler wiederum setzt sich zusammen aus dem Nordausrichtungsfehler und der Ungenauigkeit der Anlage selbst.⁶² Ein gewisses **Budget an Winkelfehlern** wirkt sich nach den bislang getroffenen Annahmen nicht auf die Funktionsfähigkeit der Flugsicherungseinrichtung aus. Sollte dieses Budget jedoch überschritten werden, wird eine nicht mehr hinnehmbare Beeinflussung der Flugsicherungseinrichtung angenommen. Anhand einer Prognose wird durch eine vereinfachende Berechnung ermittelt, ob das besagte Fehlerbudget überschritten werden würde. Die konkrete Berechnung ist unter Fachleuten umstritten. Dabei geht es vor allem um die Höhe des maximal zulässigen Winkelfehlers (dazu unter 1.2) und um die Höhe des zu berücksichtigenden Alignmentfehlers (dazu unter 1.3).

⁵⁹ Meyer/Wysk, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz Kommentar, EL 17 Stand: Juni 2013, § 18a, Rn. 13.

⁶⁰ VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 64; BAF, § 18a LuftVG Anlagenschutzbereiche der Flugsicherung, Ein Leitfaden zum Prüfungs- und Genehmigungsverfahren, August 2013, S. 2 f.

⁶¹ BAF, § 18a LuftVG Anlagenschutzbereiche der Flugsicherung, Ein Leitfaden zum Prüfungs- und Genehmigungsverfahren, August 2013, S. 2 f.

⁶² VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 65.

1.2 Maximal zulässiger Winkelfehler

Besonders streitig ist die Frage, welcher Winkelfehler als maximales Fehlerbudget von UKW-Drehfunkfeuern anzusetzen ist.⁶³ Einerseits werden +/- 3,0°, andererseits sogar +/- 3,5° für zulässig gehalten.⁶⁴ Rechtlich verbindliche Vorgaben dazu gibt es nicht. Selbst die ICAO-Dokumente beschreiben keine einheitlichen Grenzwerte, sondern widersprechen sich sogar.⁶⁵ So lässt sich dem ICAO Annex 10 Anhang C, § 3.7.3.4 ein Fehlerbudget von +/- 3,0° entnehmen, während sich aus ICAO DOC 8071 ein Fehlerbudget von 3,5° ergibt. Letztlich ist es eine naturwissenschaftlich-technische Frage, die vom BAF zu prüfen und nachvollziehbar anhand des Einzelfalls zu beantworten ist. Dabei muss sich das BAF bewusst sein, dass es von einem **Worst-Case-Szenario** ausgeht, wenn es sich nur auf einen geringen maximal zulässigen Winkelfehler von +/- 3,0° stützt.

1.3 Alignmentfehler

Umstritten ist, in welchem Umfang Alignmentfehler zu berücksichtigen sind.⁶⁶ Laut ICAO Annex 10 § 3.3.3 soll ein Wert von maximal +/- 2,0° berücksichtigt werden. Der Forderung, stattdessen auf den tatsächlichen Betrieb der jeweiligen Flugsicherungseinrichtung mit **realen Fehlerwerten** abzustellen⁶⁷, widersprechen das VG Schleswig und das VG Düsseldorf.⁶⁸ Nach Ansicht dieser Gerichte komme es auf die Abweichung im tatsächlichen Betrieb nicht an. Der Anlagenbetreiber sei nicht gehalten, sein für den rechtmäßigen Betrieb der Anlage zulässiges Fehlerbudget einzuschränken.⁶⁹ Beschränke man den zulässigen Bereich des Alignmentfehlers auf weniger als +/- 2°, erhöhe sich der Aufwand für den Anlagenbetreiber und der Aufwand für

⁶³ Zum technischen Hintergrund *Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas*, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 50 ff.

⁶⁴ +/- 3,0° für vertretbar hält etwa das VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – juris, Rn. 71. Für +/- 3,5° dagegen VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 67; *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403 (408); *Weiss*, NVwZ 2013, 14 (18).

⁶⁵ *Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas*, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 53.

⁶⁶ Überblick dazu m. w. N. *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403 (407 f.).

⁶⁷ So VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 77; letztlich offengelassen durch VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 46.

⁶⁸ VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – juris, Rn. 40 f.; VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – juris, Rn. 87.

⁶⁹ VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – juris, Rn. 41.

die Abwicklung des Luftverkehrs, da eine höhere Anzahl wartungsbedingter Abschaltungen zu erwarten sei.⁷⁰ Ausgehend von der Regelung in ICAO Annex 10 § 3.3.3.2 sei es vertretbar, für die Fehlerprognose nicht auf den tatsächlichen Betrieb mit dem realen Fehlerwert abzustellen, sondern auf den für den rechtmäßigen Betrieb der Flugsicherungseinrichtung maximal zulässigen Wert.⁷¹ Gegen diese Auffassung führt das VG Hannover an, dass sich aus dem **Wortlaut** von ICAO Annex 10 § 3.3.3.2 gerade **kein Abwehrrecht des Betreibers der Flugsicherungseinrichtung** gegen eine Reduzierung des anlageneigenen Fehlerbudgets herleiten lasse. Im Übrigen handele es sich bei ICAO Annex 10 § 3.3.3.2 nicht um eine Rechtsnorm, die in der Abwägung mit Rechten Dritter überhaupt eine materielle Rechtsposition begründen könne.⁷² Ein maximal zulässiger Fehlerwert ist damit rechtlich nicht verbindlich vorgeschrieben. Die erwähnte Regelung in ICAO Annex 10 § 3.3.3.2 ist lediglich als fachlicher Standard zu werten, der das BAF nicht von der notwendigen rechtlichen Entscheidung entbindet. Der pauschale Verweis auf ICAO Annex 10 § 3.3.3.2 genügt für eine ordnungsgemäße Prognoseentscheidung nicht. Die Behörde muss vielmehr **konkret darlegen**, von welchem anlageninternen Fehlerwert sie im jeweiligen Einzelfall ausgeht, und dies **ausreichend begründen**.

2. **Hinnehmbarkeit der möglichen Beeinflussung**

Sollte das BAF zu dem Ergebnis gelangen, dass eine Beeinflussung von Flugsicherungseinrichtungen zumindest möglich ist, darf sie allein darauf noch keine ablehnende Entscheidung stützen. So stellt das VG Hannover klar, dass nicht jede Beeinflussung einer Radaranlage zugleich eine Störung, also eine praktisch relevante Minderung ihrer Funktionsfähigkeit, ist.⁷³ Dazu sei weiter erforderlich, „*dass die Beeinflussung die Funktion der Radaranlage für den ihr zugewiesenen Zweck in nicht hinzunehmender Weise einschränkt*“.⁷⁴ Auch das VG Oldenburg prüft, „*ob die zuvor naturwissenschaftlich-technisch ermittelte Beeinflussung die Funktion der Funknavigationsanlage für den ihr zugewiesenen Zweck in nicht hinzunehmender Weise einschränkt*“.⁷⁵

⁷⁰ VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – juris, Rn. 41.

⁷¹ VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – juris, Rn. 87.

⁷² VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 - 4 A 1052/10 – juris, Rn. 78.

⁷³ VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 56, bezogen auf ein Verteidigungsradar der Bundeswehr.

⁷⁴ VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 56.

⁷⁵ VG Oldenburg Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 54.

Es ist also zu prüfen, ob die Beeinflussung eine **Hinnehmbarkeitsschwelle** überschritten hat. Dieser zweite Prüfungsschritt ist im Normtext des § 18a LuftVG im Begriff der Störung angelegt, welcher weiter reicht als derjenige der Beeinflussung. Erst durch das wertende Kriterium der Nicht-Hinnehmbarkeit wird auch die gebotene **verfassungskonforme Anwendung von § 18a LuftVG** möglich, insbesondere im Hinblick auf Art. 14 GG und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁷⁶ Denn die Annahme, es könnte zu einer Störung der Flugsicherungseinrichtungen kommen, führt zu einem materiellen Bauverbot und wirkt sich damit unmittelbar auf die durch Art. 14 GG geschützte Eigentumsposition aus.⁷⁷ Um § 18a LuftVG verfassungskonform anzuwenden, hat das BAF also eine Abwägung vorzunehmen. Dieses **Abwägungsgebot** kommt auch im Begriff der **Entscheidung** zum Ausdruck, der eben über eine bloße Feststellung hinausgeht und von der Behörde eine Wertung verlangt.⁷⁸

Im Rahmen der Abwägung ist zunächst die **Störungswahrscheinlichkeit** zu beurteilen. Dies erfordert eine **umfassende Prognoseentscheidung**. Je größer die Störungswahrscheinlichkeit, desto eher ist der Eingriff in die Eigentumsposition hinnehmbar. Dabei ist zu berücksichtigen, ob das BAF bei der Feststellung der Möglichkeit einer Beeinflussung von einem Worst-Case-Szenario ausgeht und entsprechend ein niedriges Winkelfehlerbudget bei einem gleichzeitig hohen Alignmentfehler zugrunde legt. Weiterhin ist das Ausmaß einer möglichen Störung zu beachten. Dabei ist darzulegen, dass es **nicht lediglich** zu einem **erhöhten Wartungsaufwand** für die Betreiber der Flugsicherungsanlagen kommen kann, sondern dass tatsächliche eine **Gefahr für die Flugsicherheit** besteht. Der Schutz der Flugsicherungseinrichtungen ist kein Selbstzweck, sondern dient der Flugsicherheit. Nach dem VG Oldenburg ist es daher erforderlich, dass nicht nur hypothetisch, sondern mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in überschaubarer Zukunft mit einem Schadenseintritt (etwa Kollision, gefährliche Annäherung) zu rechnen ist.⁷⁹ Die Intensität der prognostizierten Störung muss daher geeignet sein, sich gegen das durch

⁷⁶ Für Verhältnismäßigkeitserwägungen, speziell mit Blick auf Art. 14 GG auch *Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas*, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 72 ff., 90 f.; *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403 (407). VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – juris, Rn. 124 ff. lässt offen, ob im Rahmen des 18a Abs. 1 Satz 1 LuftVG überhaupt Raum für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung besteht, oder ob ein Ausgleich über § 19 LuftVG zu erfolgen hat.

⁷⁷ VG Aachen, Urteil vom 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 121.

⁷⁸ *Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas*, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 69.

⁷⁹ VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 55; siehe insoweit auch VG Aachen, Urteil vom 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 90.

§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB gesteigerte Interesse des Vorhabenträgers und die Betroffenheit des Grundstückseigentümers in Art. 14 GG durchzusetzen.⁸⁰

IV. Letztentscheidungskompetenz der Genehmigungsbehörde

Wie bereits oben dargelegt (siehe unter I.2.), handelt es sich bei der Entscheidung des BAF nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um eine Mitwirkungshandlung in einem gestuften Verwaltungsverfahren. Daraus ergibt sich, dass die Letztentscheidung über die Genehmigung oder Ablehnung der Windenergieanlage nicht vom BAF, sondern von der jeweiligen **Genehmigungsbehörde** getroffen wird. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Genehmigungsbehörde an die Entscheidung des BAF gebunden ist. Dies würde bedeuten, dass das BAF durch eine negative Entscheidung die Ablehnung der Genehmigung vorgeben kann.

Zum Teil wird vertreten, dass die in § 18a LuftVG genannte Entscheidung bereits strukturell keiner Abwägung durch die Genehmigungsbehörde zugänglich sei.⁸¹ Die Rolle der Genehmigungsbehörde sei daher insoweit beschränkt, als dass sie eine inhaltliche Prüfung des Bauantrags gar nicht vornehme, sondern dem Antragsteller lediglich die Entscheidung des BAF mitteile.

Die besseren Argumente sprechen allerdings gegen eine Bindungswirkung der Entscheidung des BAF.⁸²

1. Konzentrationswirkung

Gegen eine Bindung spricht die **Konzentrationswirkung** der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gem. § 13 BImSchG. Die Konzentrationswirkung umfasst auch die Entscheidung nach § 18a LuftVG.⁸³ Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 13 BImSchG, wonach jede

⁸⁰ VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 67; VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 60.

⁸¹ *Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas*, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 67.

⁸² VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 30 ff.; *Hennecken*, I+E 2014, 113 (115); *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403 (404).

⁸³ *Wasielowski*, Koch/Pache/Scheuing, GK-BImSchG, § 13 Rn. 36; VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 32 ff.

andere behördliche Entscheidung erfasst ist, die mit der Anlage im Zusammenhang steht.⁸⁴ Bereits sprachlich fügt sich die *Entscheidung* nach § 18a LuftVG in § 13 BImSchG ein. Aus der Konzentrationswirkung folgt eine **umfassende Prüf- und Letztentscheidungskompetenz der Genehmigungsbehörde**. Dabei ändern sich die materiellen Voraussetzungen nicht. Die Genehmigungsbehörde hat anhand der materiellen Anforderungen die Zulässigkeit der Anlage zu prüfen.⁸⁵ Es steht der Genehmigungsbehörde frei, sich durch die Hinzuziehung externen Sachverständigen zu behelfen.

Eine Ausnahme von der Konzentrationswirkung liegt nicht vor.⁸⁶ Die Entscheidung des BAF fällt nicht unter einen der in § 13 BImSchG genannten Ausnahmefälle. Auch aus dem Fachrecht selbst folgt keine Ausnahme von der Konzentrationswirkung. Der Gesetzgeber hat in § 9 Abs. 1 Satz 3 LuftVG gezeigt, dass ihm das Instrument der Konzentrationswirkung und seine Ausnahmen bekannt sind. Dennoch hat er für § 18a LuftVG bewusst keine entsprechende Ausnahmevorschrift erlassen.

2. Systematik der §§ 12, 14, 17 und 18a LuftVG

Die Letztentscheidungskompetenz der Genehmigungsbehörde folgt auch aus der unterschiedlichen Ausgestaltung der Mitwirkungsformen bei § 18a LuftVG einerseits und §§ 12, 14 und 17 LuftVG andererseits.⁸⁷ Bei § 12, 14 und 17 LuftVG hat sich der Gesetzgeber für einen **Zustimmungsvorbehalt** und mithin für eine stark formalisierte Beteiligungsform entschieden. So heißt es in § 12 Abs. 2 Satz 1:

„Nach Genehmigung eines Flughafens darf die für die Erteilung einer Baugenehmigung zuständige Behörde die Errichtung von Bauwerken im Umkreis von 1,5 Kilometer Halbmesser um den Flughafenbezugspunkt sowie auf den Start- und Lan-

⁸⁴ Jarass, BImSchG, 10. Aufl. 2013, § 13 Rn. 4. Zur teilweise vertretenen Auffassung wonach nur behördliche Entscheidungen mit Außenwirkung, also (begünstigende) Verwaltungsakte von der Konzentrationswirkung erfasst werden, siehe Seibert, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 71. EL 2014, BImSchG § 13 Rn. 103 ff.; Rebentisch, in: Feldhaus, BImSchG, 61. EL 1995, § 13 Rn. 56.

⁸⁵ BVerwGE 121, 182 (189); Scheidler, GewArch Beilage WiVerw Nr. 01/2008, 3 (36 f.); Seibert, in: Landmann/Rohmer UmweltR, § 13 BImSchG, Rn. 47.

⁸⁶ So aber Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, 2014, S. 89 f.

⁸⁷ VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 34.

*deflächen und den Sicherheitsflächen **nur mit Zustimmung** der Luftfahrtbehörden genehmigen.“ (Herv. d. Verf.)*

Entgegen der Zustimmung kann die Genehmigungsbehörde die Genehmigung nicht erteilen. In diesem Bereich ist sie an die Zustimmung gebunden.⁸⁸ § 18a LuftVG weist dagegen strukturell eine schwächere Beteiligung auf. Hier entscheidet das BAF und teilt seine Entscheidung der zuständigen Luftfahrtbehörde mit. Die Genehmigungsbehörde wird die Entscheidung berücksichtigen, ist aber an diese nicht gebunden. Formal wird der Unterschied zwischen Zustimmung und Entscheidung dadurch bekräftigt, dass die Zustimmung gem. § 12 Abs. 2 Satz 2 LuftVG **fin- giert** wird, wenn sie nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der Genehmigungsbehörde verweigert wird:

„Die Zustimmung der Luftfahrtbehörden gilt als erteilt, wenn sie nicht binnen zwei Monaten nach Eingang des Ersuchens der für die Erteilung einer Baugenehmigung zuständigen Behörde verweigert wird.“⁸⁹

Für die Entscheidungen gem. § 18a LuftVG ist eine solche Fiktion nicht vorgesehen, aber auch gerade nicht notwendig, weil die Genehmigungsbehörde letztlich selbst entscheiden kann.

3. Normzweck des § 18a LuftVG

§ 18a LuftVG bezweckt die Gewährleistung der sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Flugverkehrs.⁹⁰ Für das Errichtungsverbot kommt es also darauf an, ob nach objektiv-rechtlichen Kriterien tatsächlich Störungen an Funkeinrichtungen eintreten können. Die Vorschrift selbst setzt die materiellen Grenzen für die Rechtmäßigkeit des Vorhabens. An ein Unrecht durch das BAF angenommenes Bauverbot nach § 18a LuftVG ist die Genehmigungsbehörde nicht gebunden, wenn sie zu dem Ergebnis kommt, dass eine Störung ausgeschlossen werden kann. Umgekehrt hat die Genehmigungsbehörde die Genehmigung zu versagen, wenn sie Grund zu der Annahme hat, dass das BAF fälschlich eine Störung ausgeschlossen hat.⁹¹ Es entspricht der Bedeutung des Errichtungsverbots für den Schutz der Flugeinrichtungen, dass die Voraussetzungen des Verbots eigenständig durch die federführende Genehmigungsbehörde ge-

⁸⁸ VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 34; Thür OVG, Urt. v. 30.9.2009 – 1 KO 89/07 – juris Rn. 44; VG Minden, Urt. v. 22.9.2010 – 11 K 445/09 – juris, Rn. 37.

⁸⁹ § 14 Abs. 1 HS 2 und § 17 Satz 2 enthalten entsprechende Verweise auf § 12 Abs. 2 Satz 2 LuftVG.

⁹⁰ § 27c Abs. 1 LuftVG; vgl. dazu VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – juris, Rn. 30.

⁹¹ VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 34.

prüft werden. Der Normzweck des § 18a LuftVG spricht daher **gegen** eine Bindungswirkung hinsichtlich der Entscheidung des BAF.⁹² Eine gesetzliche Anordnung der Bindungswirkung *de lege ferenda* wäre systemwidrig und widerspräche dem Normzweck.

4. Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz

Schließlich ist auch mit Blick auf das Rechtsstaatsprinzip und die **Garantie effektiven Rechtsschutzes** bei behördlichen Entscheidungen (Art. 20 Abs. 3 und 19 Abs. 4 GG) sowie auf die betroffene **Baufreiheit eines Grundstückseigentümers** (Art. 14 GG) sicherzustellen, dass die mit dem Antrag befasste, zuständige Genehmigungsbehörde die abschließende Entscheidung eigenverantwortlich trifft.

Eine eindeutige und klare Zuordnung behördlicher Verantwortlichkeit ist aus rechtsstaatlicher Sicht geboten, nicht zuletzt um effektiven Rechtsschutz gewährleisten zu können.⁹³ In einem mehrstufigen Verwaltungsverfahren wie dem hiesigen, in dem allein die letzte behördliche Entscheidung als Verwaltungsakt ergeht und dem Betroffenen gerichtlichen Rechtsschutz ermöglicht, drohte dieser leerzulaufen, wenn eine vorgelagerte Entscheidung Bindungswirkung entfalten würde. Auch das Grundrecht der Eigentumsfreiheit in seiner Verfahrensdimension streitet – in den Worten des früheren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts *Hans-Jürgen Papier* – dafür, dass in mehrstufigen Verwaltungsverfahren die Beteiligungs- und Klagerechte Betroffener „auf die letzten, zur außenverbindlichen Entscheidung führenden Verfahrensstufen“ nur begrenzt werden können, „soweit von den vorausliegenden Ebenen keine irreversiblen, nachteiligen Rechtswirkungen ausgehen“.⁹⁴

Wäre die Genehmigungsbehörde an die Einschätzung des BAF gebunden oder übernehme sie diese ungeprüft, würde sie den rechtsstaatlichen Maßgaben des effektiven Rechtsschutzes und des Eigentumsschutzes durch Verfahren nicht gerecht. Dies gilt besonders dann, wenn die Entscheidung des BAF nur mit einem kurzen Verweis auf die Stellungnahme der DFS begründet wurde. Ist die Entscheidung des BAF dagegen ausführlich und umfassend begründet, ist auch der Begründungsaufwand für die Genehmigungsbehörde entsprechend hoch, wenn sie von dieser Entscheidung abweichen will.

⁹² A.A. VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – juris, Rn. 37.

⁹³ So etwa *Weisser*, NVwZ 2011, 142 (145) m. w. N.

⁹⁴ *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 71. EL (2014), Art. 14 Rn. 54.

D. GERICHTLICHE KONTROLLE DER GENEHMIGUNGSENTSCHEIDUNG

Die Entscheidung der Genehmigungsbehörde über die Erteilung oder Versagung der Genehmigung der Windenergieanlage ist gerichtlich überprüfbar. Im Fall einer ablehnenden Bescheidung, die sich auf die Entscheidung des BAF stützt, kann allerdings nicht etwa die Entscheidung des BAF selbst angegriffen werden. Wie bereits gezeigt, schließt die Entscheidung des BAF das Genehmigungsverfahren nicht ab und kann daher nur mit dem Rechtsbehelf gegen die Sachentscheidung überprüft werden (§44a VwGO). Statthaft ist daher die Verpflichtungsklage auf Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Mit Blick auf einen möglichen Prozess sind im Folgenden einige Streitfragen zu klären. Zunächst wird erläutert, wer die Darlegungslast für die Voraussetzungen des § 18a LuftVG trägt (dazu unter I.). Sodann ist der Umfang der gerichtlichen Kontrolle zu klären (dazu unter II.). Im Anschluss sind zwei Sonderkonstellationen gerichtlicher Kontrolle zu untersuchen (dazu unter III.).

I. Darlegungslast der Behörde

Im Rahmen der Verpflichtungsklage obliegt es grundsätzlich dem Kläger, darzulegen, dass die ablehnende Bescheidung rechtswidrig ist und er dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Im Zusammenhang mit der Ablehnung eines Genehmigungsantrags aufgrund des § 18a LuftVG müsste er darlegen, dass eine Störung von Flugsicherungseinrichtungen nicht möglich ist. Diese Verteilung der Darlegungslast würde allerdings zu **unbilligen Ergebnissen** führen, da der Kläger und Antragssteller regelmäßig keine Einsicht in die technischen Details der Flugsicherungsanlage hat. Das OVG Lüneburg hat daher zu Recht dem VG Hannover darin zugestimmt,⁹⁵ dass die Darlegungslast für die Störung bei demjenigen liegt, der allein Einsicht in die technischen Details der Radaranlage hat und der sich auf entgegenstehende Belange beruft. Das sind hier die DFS als Anlagenbetreiberin und das BAF als Aufsichtsbehörde. Das BAF muss daher die **Möglichkeit einer Störung plausibel und nachvollziehbar darlegen** und seine Entscheidung gem. § 18a LuftVG im Prozess begründen. Es reicht nicht, wie häufig in Genehmigungsverfahren, ohne weitere Begründung lediglich auf die Stellungnahme der DFS zu verweisen.

⁹⁵ OVG Lüneburg, Beschl. v. 13.04.2011 – 12 ME 8/11 – juris, Rn. 13.

Problematisch ist insofern die von Verwaltungsgerichten vereinzelt geäußerte Rechtsauffassung, der DFS komme „*aufgrund der besonderen Nähebeziehung zwischen Flugsicherungsorganisation und Flugsicherungseinrichtung und dem damit verbundenen überlegenen institutionalisierten Sachverstand die Rolle eines amtlichen Gutachters*“ zu.⁹⁶ Eine solche Sichtweise verkennt die **Doppelstellung** der auch privatwirtschaftlich tätigen DFS und ihr ökonomisches Eigeninteresse. Die gutachterliche Stellungnahme der DFS ist gerade **kein amtliches Gutachten** einer anderen Behörde, auf das sich die federführende Behörde solange stützen darf, bis es durch ein privates Sachverständigengutachten ernsthaft erschüttert worden ist. Zum Teil wird dies jedoch unter Verweis auf eine Entscheidung des Bayerischen VGH zum Wasser- und Fischereirecht vertreten.⁹⁷ Dabei ging es allerdings um Stellungnahmen und Gutachten des Bezirks Oberbayern -Fachberatung für Fischerei-, der Bayerischen Landesanstalt für Landwirtschaft -Institut für Fischerei- und des Wasserwirtschaftsamts Traunstein zu den Auswirkungen einer Forellenzuchtanlage. Um diese zu erschüttern, verlangt der Bayerische VGH einen qualifizierten Vortrag, „*der sich nicht nur in ausreichendem Maß mit den behördlichen Gutachten auseinandersetzt, sondern auch schlüssig aufzeigt, warum das dort gefundene Ergebnis nicht als vertretbar angesehen werden kann*“.⁹⁸ Diese strengen Anforderungen gelten erkennbar allein für amtliche Gutachten und sind auf die Stellungnahme der DFS nicht übertragbar. Denn als Beliehener übernimmt die DFS zwar hoheitliche Befugnisse, aber aufgrund ihrer privatwirtschaftlichen Eigeninteressen handelt sie nicht als neutraler amtlicher Gutachter. Wie dargelegt, ist deswegen das BAF bereits im Genehmigungsverfahren gehalten, in Zweifelsfällen weiteren Sachverstand hinzuzuziehen und seine Entscheidung auf eine möglichst breite Grundlage zu stellen.

Im Übrigen muss auch die **Stellungnahme der DFS im Prozess fundiert begründet** werden.⁹⁹ In der Praxis legt die DFS weder ihre Prüfungsverfahren offen, noch gewährt sie Einsicht in den Betrieb der Flugsicherungseinrichtung.¹⁰⁰ Zudem beschränkt sich ihre Stellungnahme regelmäßig auf die Feststellung, dass der zulässige Störbeitrag gemäß Plausibilitätsberechnungen nach Errichtung der geplanten Windenergieanlage überschritten sei.¹⁰¹ Es ist schlicht nicht möglich,

⁹⁶ VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – juris, Rn. 51.

⁹⁷ Meyer/Wysk, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz Kommentar, EL 17 Stand: Juni 2013, § 18a, Rn. 53, mit Verweis auf BayVGH, Beschl. v. 24.11.2011 – 8 ZB 11.594 (siehe insbes. juris, Rn. 11 f.).

⁹⁸ BayVGH, Beschl. v. 24.11.2011 – 8 ZB 11.594 – juris, Rn. 12.

⁹⁹ Nicht explizit für DFS, sondern für den Betreiber eines militärischen Luftradars: VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 55.

¹⁰⁰ Kritisch dazu auch Federwisch/Dinter, NVwZ 2014, 403 (405).

¹⁰¹ Dazu Hennecken, I+E 2014, 113.

eine derartige Stellungnahme zu widerlegen. Die Auffassung des VG Schleswig, wonach es den Vorhabenträgern obliegt, das Gutachten der DFS zu erschüttern,¹⁰² verkennt die eingeschränkte Informationsmöglichkeit des Vorhabenträgers und führt zu unbilligen Ergebnissen.

II. Umfang der gerichtlichen Kontrolle

Einige Verwaltungsgerichte sind der Auffassung, dass die Entscheidung des BAF gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.¹⁰³ Andere Verwaltungsgerichte sowie die Mehrheit der Literatur lehnen die Annahme eines Beurteilungsspielraums bei der Entscheidung nach § 18a LuftVG dagegen ab.¹⁰⁴ Diese uneinheitliche Rechtsprechung gibt Anlass, sich mit der Frage vertieft auseinanderzusetzen.

1. Voraussetzungen für Beurteilungsspielräume

Art. 19 Abs. 4 GG garantiert einen **effektiven Rechtsschutz** gegen Akte der öffentlichen Gewalt. Der Bürger muss wirkungsvollen Rechtsschutz erlangen können. Dazu gehört auch eine vollständige gerichtliche Nachprüfung behördlicher Entscheidungen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.¹⁰⁵ Dem Bürger muss zumindest eine volle Rechts- und Tatsacheninstanz zustehen.¹⁰⁶ An getroffene Tatsachenfeststellungen und Rechtsansichten der Behörde ist das Gericht nicht gebunden.¹⁰⁷ Auch der **Grundsatz der Gewaltenteilung** gebietet Gerichten die vollständige Kontrolle der Verwaltung. Dies schließt gerade auch die letztverbindliche Normauslegung mit ein.¹⁰⁸

¹⁰² VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – juris, Rn. 39; so auch VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – juris, Rn. 67.

¹⁰³ Zuletzt VG Frankfurt, Urt. v. 8.10.2014 – 8 K 3509/13.F (nicht rechtskräftig, Urteilsbegründung liegt im Zeitpunkt der Begutachtung noch nicht vor).

¹⁰⁴ So auch *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403 (405); *Weiss*, NVwZ 2013, 14 (18); VG Aachen, Urt. v. 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 115; VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 59; VG Aachen, Urt. v. 27.7.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 115; VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 33.

¹⁰⁵ BVerfG, NVwZ 2011, 1062 (1064); BVerfG, NVwZ 2010, 435 (437); BVerfGE 15, 275 (282); BVerfGE 78, 214 (226); BVerfGE 35, 263 (274).

¹⁰⁶ BVerfGE 15, 275 (282); BVerfGE 78, 214 (226).

¹⁰⁷ BVerfG, NVwZ 2011, 1062 (1064); BVerfG, NVwZ 2010, 435 (437); BVerfGE 15, 175 (282).

¹⁰⁸ BVerfG, NVwZ 2011, 1062 (1065).

Lediglich in **Ausnahmefällen** dürfen der Verwaltung eigene Beurteilungsspielräume verbleiben.¹⁰⁹ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts endet die gerichtliche Kontrolle dort, „wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungs- und Auswahlspielraum belässt. Ob dies der Fall ist, muss sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben oder durch Auslegung hinreichend deutlich zu ermitteln sein.“¹¹⁰ Erforderlich ist also, dass sich entweder ausdrücklich oder zumindest durch Auslegung ermittelbar aus der Norm ergibt, dass der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum verbleibt.¹¹¹ Eine derartige **gesetzliche Grundlage** ist notwendig, denn es kann nicht den Gerichten obliegen, „die Grenzen zwischen Gesetzesbindung und grundsätzlich umfassender Rechtskontrolle der Verwaltung zu verschieben“¹¹².

Daneben hat es das Bundesverfassungsgericht offen gelassen, ob es ausnahmsweise auch einen Bereich geben kann, in dem die gerichtliche Prüfkompetenz ohne spezielle gesetzliche Grundlage einschränkt sein kann, „wenn eine weiter gehende gerichtliche Kontrolle zweifelsfrei an die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung stieße“.¹¹³ Das kann bei **unbestimmten Rechtsbegriffen** der Fall sein. Diese können „wegen hoher Komplexität oder besonderer Dynamik der geregelten Materie so vage und ihre Konkretisierung im Nachvollzug der Verwaltungsentscheidung [...] schwierig sein“.¹¹⁴ Der rechtsanwendenden Behörde könne daher in solchen Fällen ohne Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze ein „begrenzter Entscheidungsspielraum zuzubilligen sein [...], weil sie auf Grund der ihr zur Verfügung stehenden Handlungsformen für die erforderlichen Anpassungen besser ausgerüstet ist als der Gesetzgeber und die Gerichte.“¹¹⁵ Das setzt aber voraus, dass die Behörden selbst über eine **besondere Expertise** verfügen. Anderenfalls lässt es sich nicht rechtfertigen, warum nicht auch ein Gericht die entsprechende Sachfrage mit Hilfe von Sachverständigen angemessen beurteilen kann.

¹⁰⁹ BVerfG, NVwZ 2011, 1062 (1064 f.); BVerfG, NJW 2005, 2289 (2294 f.); Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 71. EL (2014), Art. 19 Abs. 4, Rn. 191.

¹¹⁰ BVerfG, NVwZ 2011, 1062 (1065).

¹¹¹ BVerfG, NVwZ 2011, 1062 (1065); Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, 71. EL (2014), Art. 19 Abs. 4, Rn. 191.

¹¹² BVerfG, NVwZ 2011, 1062 (1065).

¹¹³ BVerfG, NVwZ 2011, 1062 (1065).

¹¹⁴ BVerfG, NVwZ 2010, 435 (437).

¹¹⁵ BVerfG, NVwZ 2010, 435 (438).

2. Prognoseentscheidung

Die Befürworter eines Beurteilungsspielraumes stützen sich darauf, dass es sich bei der Entscheidung des BAF nach § 18a LuftVG um eine Prognoseentscheidung handelt.¹¹⁶ Zwar erkennen sie an, dass der Charakter einer behördlichen Entscheidung als Prognoseentscheidung für sich betrachtet noch nicht die Annahme eines Beurteilungsspielraums rechtfertigt, sondern dass weitere **außerrechtliche, wertende Elemente der Entscheidungsfindung** hinzutreten müssen.¹¹⁷ Dies sei hier jedoch der Fall. Die Prognoseentscheidung des BAF erschöpfe sich nicht in der Anwendung naturwissenschaftlich-technischer Erkenntnisse und Methoden, sondern erfordere eine vertretbare Stellungnahme in einer wissenschaftlichen Diskussion, in der noch keine allgemein akzeptierten Ergebnisse vorlägen.¹¹⁸ Die offene wissenschaftliche Diskussion führe zu einer „*Wertungsabhängigkeit*“ des Begriffs Störung.¹¹⁹ Deshalb sei die von der Verwaltungsbehörde getroffene Entscheidung als rechtmäßig anzusehen, sofern es sich um eine im Rahmen der wissenschaftlichen Diskussion vertretbare Entscheidung handelt.¹²⁰ Zwar ergebe sich die Beurteilungsermächtigung nicht ausdrücklich aus § 18a Abs. 1 LuftVG, diese lasse sich der Vorschrift jedoch schlüssig entnehmen.¹²¹

Darüber hinaus trage das BAF nach der gesetzgeberischen Intention die Verantwortung für eine Entscheidung gemäß § 18a LuftVG. Das BAF sei normativ ermächtigt und auch verpflichtet, eine „*abschließende Beurteilung im konkreten Fall abzugeben*.“¹²² Dafür spreche auch die mit der DFS „*vernetzte, gesetzliche Risikozuweisung und Vorsorgeverantwortung des [BAF]*“.¹²³

¹¹⁶ VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – Rn. 37; VG Frankfurt, Urt. v. 8.10.2014 – 8 K 3509/13.F (nicht rechtskräftig, Urteilsbegründung liegt noch nicht vor).

¹¹⁷ VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – Rn. 47.

¹¹⁸ VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – Rn. 55.

¹¹⁹ VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – Rn. 55.

¹²⁰ VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – Rn. 37.

¹²¹ VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – Rn. 49.

¹²² VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – Rn. 37.

¹²³ VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – Rn. 57.

3. Kein Beurteilungsspielraum des BAF

Trotz der Prognoseentscheidung, die vom BAF zu treffen ist, sprechen die besseren Argumente gegen einen Beurteilungsspielraum des BAF.¹²⁴

3.1 Fehlende Beurteilungsermächtigung

Es fehlt bereits an einer ausdrücklichen Beurteilungsermächtigung. Dass in eine Entscheidung eine Prognose einfließt, begründet allein noch keine Beurteilungsermächtigung.¹²⁵ Auch **Prognoseentscheidungen** der Verwaltung sind **grundsätzlich gerichtlich voll überprüfbar**.¹²⁶ Deshalb haben die Verwaltungsgerichte in Hannover, Aachen und Oldenburg zu Recht entschieden, dass die Prognoseentscheidung, ob und inwieweit Windenergieanlagen die Funktionsfähigkeit von Flugsicherungsanlagen beeinflussen, der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt.¹²⁷ Das OVG Lüneburg hat diese Frage im Zusammenhang mit einem Verteidigungsradar zwar offen gelassen. Die Ablehnung eines Beurteilungsspielraums hält das OVG aber jedenfalls für einen „*gut vertretbaren rechtlichen und tatsächlichen Prüfungsansatz*“.¹²⁸

Auch die Komplexität einer Verwaltungsentscheidung führt nicht zu einem Beurteilungsspielraum.¹²⁹ Dieser ist nur gerechtfertigt, wenn von der Behörde *außerrechtliche* Wertungen getroffen oder beurteilt werden.¹³⁰ Außerrechtliche Wertungen sind z. B. Geschmack, Ästhetik, sowie moralische oder pädagogische Werte.¹³¹ Soweit teilweise auf eine Wertungsabhängigkeit des Begriffs Störung hingewiesen wird,¹³² ist dem zu entgegen, dass es sich nicht um außerrechtliche Wertungen handelt, die einen Beurteilungsspielraum begründen könnten. Als **Rechtsbegriff aus dem Gefahrenabwehrrecht** ist eine Störung vielmehr **stets wertungsabhängig** und den-

¹²⁴ Ein Beurteilungsspielraum der Genehmigungsbehörde wurde von der Rechtsprechung zu Recht nicht thematisiert und ist erst recht ausgeschlossen.

¹²⁵ BVerwGE 72, 38 (48).

¹²⁶ BVerwGE 106, 351 (357) – Ausweisung; BVerwG DVBl. 1976, 788 – Immissionsprognosen; in diesem Zusammenhang auch BVerwGE 81, 12 (17) im Hinblick auf „schädliche Auswirkungen“ eines Pflanzenschutzmittels auf den Naturhaushalt.

¹²⁷ VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 55; VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 60; VG Aachen, Urt. v. 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 115;; VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 41; *Weiss*, NVwZ 2013, 14 (18).

¹²⁸ OVG Lüneburg, Beschl. v. 13.04.2011 – 12 ME 8/11 – juris, Rn. 13.

¹²⁹ BVerfGE 88, 40 (58).

¹³⁰ *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 114 Rn. 325.

¹³¹ *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 114 Rn. 326.

¹³² VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – Rn. 51.

noch **gerichtlich voll überprüfbar**.¹³³ Der Rückgriff auf den Störungsbegriff zeigt also, dass dem BAF gerade kein Beurteilungsspielraum zukommt. Im Rahmen des § 18a LuftVG zeigt sich die Wertungsabhängigkeit des Störungsbegriffs in der Prüfung der Hinnehmbarkeit der Beeinflussung (siehe dazu unter C.III.2). An dieser Stelle fließen **Verhältnismäßigkeitserwägungen** in die Entscheidung des BAF mit ein, die gerichtlich voll überprüfbar sind.

Schließlich wird nicht etwa eine wertende Entscheidung durch ein pluralistisch besetztes Gremium getroffen, das weisungsunabhängig arbeitet und besonders fachlich oder demokratisch legitimiert ist,¹³⁴ sondern es entscheidet das BAF als Bundesoberbehörde nach den allgemeinen Regeln des Verwaltungsverfahrens. Es **fehlt ein besonderes Verfahren**, das die Verkürzung des Rechtsschutzes abfedern würde. Im Gegenteil, der Vorhabenträger wird vor der Entscheidung des BAF nicht einmal angehört. Auch dies zeigt, dass der Gesetzgeber dem BAF keinen Beurteilungsspielraum eingeräumt hat.¹³⁵

3.2 Kein Beurteilungsspielraum kraft Risikoanweisung

Allein aus der Übertragung der Entscheidung gem. § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG auf das BAF folgt ebenfalls noch kein Beurteilungsspielraum.¹³⁶ Dem Gesetzgeber ging es bei der Änderung des § 18a LuftVG im Zuge der Errichtung des BAF vielmehr um die Trennung der Zuständigkeiten von BAF und DFS.¹³⁷ Es sollte klargestellt werden, dass das BAF als Aufsichtsbehörde und nicht etwa die DFS die Entscheidung zu treffen hat. Eine Risikoanweisung in dem Maße, dass sogar die gerichtliche Kontrolle der Entscheidung eingeschränkt wird, war nicht beabsichtigt.

Gleichermaßen gilt auch, dass aus der gesetzlich vorgeschriebenen Einbindung der DFS **kein Beurteilungsspielraum kraft überlegener Expertise** folgt. Ein überlegener institutionalisierter Sachverstand der DFS besteht wegen deren Doppelstatus nicht.¹³⁸ Vielmehr gilt es zu beachten, dass die DFS im Bereich der Flugsicherungseinrichtungen ausdrücklich eine privatwirtschaftli-

¹³³ Meyer/Wysk, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz Kommentar, EL 17 Stand: Juni 2013, § 18a, Rn. 52.

¹³⁴ Vgl. dazu Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 114 Rn. 326; BVerwGE 39, 197 (204) BVerwGE 59, 213 (215 ff.).

¹³⁵ Dazu Federwisch/Dinter, NVwZ 2014, 403 (406).

¹³⁶ VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – juris, Rn. 37; VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – Rn. 51.

¹³⁷ Federwisch/Dinter, NVwZ 2014, 403 (406).

¹³⁸ A.A. VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – Rn. 51.

che Dienstleistung erbringt (§ 27c Abs. 2 Satz 2 und 3 LuftVG), mit der sich die DFS im europäischen Wettbewerb behaupten muss. Die DFS verfolgt daher eigene privatwirtschaftliche Interessen, die ihre Stellung als überlegener und unabhängiger Gutachter in Frage stellen.

3.3 Eingriffscharakter des Errichtungsverbots

Gegen die Annahme eines Beurteilungsspielraums spricht schließlich der **Eingriffscharakter**, der dem Errichtungsverbot des § 18a LuftVG zukommt. Zwar wirkt die Entscheidung des BAF nicht unmittelbar nach außen. Eine negative Prognoseentscheidung des BAF wird aber in den meisten Fällen zu einer Ablehnung des Vorhabens durch die Genehmigungsbehörde führen. Der Vorhabenträger wird dadurch in seiner Baufreiheit beschränkt, so dass sich die Entscheidung des BAF zumindest mittelbar auf die in **Art. 14 GG geschützte Eigentumsposition** auswirkt.¹³⁹ Mangels Außenwirkung der Entscheidung des BAF hat der Vorhabenträger keine Möglichkeit, diese selbst anzugreifen. Erst die Versagung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung kann vom Vorhabenträger gerichtlich überprüft werden. Nach dem Bundesverfassungsgericht ist es für die Garantie des effektiven Rechtsschutzes notwendig, dass auch alle behördlichen Vorentscheidungen „*einer umfassenden gerichtlichen Überprüfung*“¹⁴⁰ unterzogen werden, wenn darauf eine Einschränkung der Eigentumsfreiheit beruht.¹⁴¹ „*Andernfalls müssten betroffene Eigentümer Eingriffe in ihr Grundrecht aufgrund behördlicher (Vor-)Entscheidungen hinnehmen, gegen die ihnen Rechtsschutz gänzlich versagt geblieben wäre.*“¹⁴² Droht eine Beeinträchtigung von Art. 14 GG, gebietet das Bundesverfassungsgericht also eine **umfassende gerichtliche Kontrolle auch von behördlichen Vorentscheidungen**. Die gerichtliche Kontrolle der Entscheidung des BAF kann daher nicht mit dem Hinweis auf einen Beurteilungsspielraum beschränkt werden.¹⁴³ Dies wäre mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren und würde den Eingriffscharakter des Errichtungsverbots verkennen.

¹³⁹ VG Aachen, Urteil vom 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 121.

¹⁴⁰ BVerfGE 134, 242 (311).

¹⁴¹ BVerfGE 134, 242 (311).

¹⁴² BVerfGE 134, 242 (311).

¹⁴³ So aber VG Schleswig, Urt. v. 16.2.2012 – 6 A 107/11 – juris, Rn. 38; VG Düsseldorf, Urt. v. 27.7.2014 – 11 K 3648/12 – juris, Rn. 65.

III. Sonderkonstellationen

Die Befürwortung der vollen gerichtlichen Kontrolle wird nicht durch zwei Sonderkonstellationen, in denen von der Rechtsprechung ausnahmsweise ein Beurteilungsspielraum anerkannt wurde, in Frage gestellt. Die Rechtsprechung zu den Sonderkonstellationen verdeutlicht, warum ein Beurteilungsspielraum nicht auf die Entscheidung nach § 18a LuftVG übertragen werden kann.

1. Militärische Verteidigungsanlagen

In der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht ist anerkannt, dass dem Bundesminister für Verteidigung zur Erfüllung der **hoheitlichen Verteidigungsaufgaben der Bundeswehr** ein verteidigungspolitischer Entscheidungsspielraum zusteht.¹⁴⁴ Mit Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG hat der Verfassungsgeber eine verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die militärische Landesverteidigung getroffen.¹⁴⁵ Einrichtung und Funktionsfähigkeit der Bundeswehr kommen danach verfassungsrechtliche Bedeutung zu.¹⁴⁶ Es ist Sache des Gesetzgebers und der für das Verteidigungswesen zuständigen Organe des Bundes, diejenigen Maßnahmen zu beschließen, die zur Konkretisierung des **Verfassungsgrundsatzes der militärischen Landesverteidigung** erforderlich sind.¹⁴⁷ Welche Maßnahmen im Einzelfall erforderlich sind, haben diese Organe nach weitgehend politischen Erwägungen in eigener Verantwortung zu entscheiden.¹⁴⁸ Im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist dieser verteidigungspolitische Beurteilungsspielraum jedoch nicht unbegrenzt.¹⁴⁹ Es ist daher gerichtlich überprüfbar, ob der Bundesverteidigungsminister von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, den einschlägigen rechtlichen Rahmen erkannt hat, sich von sachgerechten Erwägungen hat leiten lassen und die zivilen Interessen in die gebotene Abwägung einbezogen und nicht unverhältnismäßig zurückgesetzt hat.¹⁵⁰

¹⁴⁴ BVerfGE 48, 127 (159 f.) – Wehrpflichtnovelle; BVerwG, BauR 2007, 78 (79); BVerwGE 97, 203 (209) m. w. N.

¹⁴⁵ BVerfGE 48, 127 (159); BVerwGE 97, 203 (209).

¹⁴⁶ BVerfGE 48, 127 (159 f.).

¹⁴⁷ BVerfGE 48, 127 (160).

¹⁴⁸ BVerfGE 48, 127 (160); BVerwGE 97, 203 (209).

¹⁴⁹ BVerfGE 48, 127 (159 f.); BVerwG, BauR 2007, 78 (79); BVerwGE 97, 203 (209).

¹⁵⁰ BVerwG, BauR 2007, 78 (79), BVerwGE 97, 203 (209).

1.1 Beurteilungsspielraum bei militärischen Luftverteidigungsradars

Die Rechtsprechung hat einen **verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum** in Bezug auf eine Störung von Luftverteidigungsradars der **Bundeswehr** durch Windenergieanlagen bejaht. Bei der Frage, ob eine Windenergieanlage die Funktionsfähigkeit eines Luftverteidigungsradars der Bundeswehr stört, hat das VG Hannover eine differenzierte Betrachtungsweise vorgenommen und seine zweistufige Prüfung entwickelt.¹⁵¹ Auf der ersten Stufe wird geprüft, ob die Windenergieanlage die Radaranlage nachteilig beeinflussen kann. Hierfür trage die Bundesrepublik als diejenige, die allein Einsicht in die technischen Details ihrer Radaranlagen hat und sich auf entgegenstehende Belange beruft, die Darlegungslast.¹⁵² Ob und wie die Windenergieanlage die Funktion des Radars nachteilig beeinflussen werde, unterliege als naturwissenschaftlich-technische Frage **grundsätzlich** der **vollen gerichtlichen Kontrolle**.¹⁵³ Auf der zweiten Stufe müsse berücksichtigt werden, dass nicht jede Beeinflussung einer Radaranlage zugleich eine Störung sei. Es sei erforderlich, dass die Beeinflussung die Funktion der Radaranlage für den ihr zugewiesenen Zweck in nicht hinzunehmender Weise einschränkt. Diese Hinnehmbarkeitsschwelle sei nicht naturwissenschaftlich-technisch zu definieren, sondern erfordere eine wertende Einschätzung, die in den verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum der zuständigen Stellen der Bundeswehr falle.¹⁵⁴ Diese haben zu überprüfen, welche Einschränkungen aus **militärischer Sicht** hinnehmbar sind und welche nicht.¹⁵⁵ In der Entscheidung des VG Hannover kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Bundesrepublik schon nicht substantiiert dargelegt hatte, dass die umstrittenen Windenergieanlagen das Verteidigungsradar der Bundeswehr tatsächlich beeinflussen können.¹⁵⁶ Auf den Beurteilungsspielraum kam es daher letztlich nicht an.

¹⁵¹ VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 56; OVG Lüneburg, Beschl. v. 13.04.2012 – 12 ME 8/11 – juris, Rn. 13: „jedenfalls gut vertretbaren rechtlichen und tatsächlichen Prüfungsansatz“.

¹⁵² VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 54.

¹⁵³ VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 55.

¹⁵⁴ BVerwG, Beschl. v. 5.9.2006 – 4 B 58/06 – juris, Rn. 7; VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 56.

¹⁵⁵ VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 56.

¹⁵⁶ VG Hannover, Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 57.

1.2 Keine Übertragbarkeit auf zivile Flugsicherungsanlagen

Der vom VG Hannover herausgearbeitete und vom OVG Lüneburg bestätigte verteidigungspolitische Beurteilungsspielraum im Hinblick auf **militärische Verteidigungsradars** ist auf **zivile Flugsicherungsanlagen** aus zwei Gründen nicht übertragbar.

Erstens fehlt es bereits an einem verfassungsrechtlichen Grundauftrag, aus dem sich ein Beurteilungsspielraum ergeben könnte. Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG stellt die verfassungsrechtliche Grundentscheidung ausdrücklich nur für den Fall der militärischen Landesverteidigung auf. Der Bereich der Verteidigung ist aber nicht betroffen, sofern es um **bloße Flugsicherung** geht. Ein **Flugsicherungsradar** der Bundeswehr ist – wie das VG Aachen ausdrücklich klargestellt hat – nicht mit einem **Luftverteidigungsradar** gleichzusetzen.¹⁵⁷ Nur im Hinblick auf letzteres ist der Verteidigungsauftrag des Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG relevant und den Entscheidungsträgern ein verteidigungspolitischer Beurteilungsspielraum einzuräumen.¹⁵⁸ Die Flugsicherung eines militärischen Flughafens unterscheidet sich grundsätzlich nicht von der Flugsicherung eines zivilen Flughafens. Ziel ist in beiden Fällen *„die sichere, geordnete und flüssige Abwicklung des Luftverkehrs.“*¹⁵⁹ Hinsichtlich der bloßen Flugsicherung besteht daher kein Bedürfnis für einen Beurteilungsspielraum der Bundeswehr, *„zumal dieser vorliegend zu einem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Bauverbot führen und sich damit unmittelbar in einer Grundrechtsbeeinträchtigung Einzelner widerspiegeln würde. Der Einfluss von Windenergieanlagen auf die sichere, geordnete und flüssige Abwicklung des An- und Abflugverkehrs auch eines militärischen Flughafens muss daher gerichtlich voll überprüfbar sein.“*¹⁶⁰ Wenn selbst im Bereich der militärischen Flugsicherungsanlagen kein Beurteilungsspielraum besteht, dann ist dieser **erst recht** nicht für den Bereich ziviler Flugsicherungsanlagen zu gewähren.

Zweitens umfasst der verteidigungspolitische Beurteilungsspielraum einzig die Frage, ob eine nachteilige Beeinflussung der Anlagen **militärisch zumutbar** ist oder nicht. Wie das VG Hannover feststellte, unterliegt die Frage, ob und wie eine Windenergieanlage die Funktion des Radars nachteilig beeinflussen wird, als naturwissenschaftlich-technische Frage grundsätzlich der vollen gerichtlichen Kontrolle. Ein Beurteilungsspielraum besteht auf dieser Stufe gerade nicht. Ein solcher ergibt sich nur auf einer zweiten Stufe aus dem Bedürfnis nach einer wertenden Ein-

¹⁵⁷ VG Aachen, Urt. v. 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 119 ff.

¹⁵⁸ VG Aachen, Urt. v. 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 121.

¹⁵⁹ VG Aachen, Urt. v. 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 121.

¹⁶⁰ VG Aachen, Urt. v. 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 121.

schätzung, ob aus **militärischer Sicht** eine Beeinflussung noch akzeptabel ist oder nicht. Militärische Erwägungen sind aber für den Bereich der zivilen Flugsicherung unerheblich. Ein Bedürfnis nach einem Beurteilungsspielraum besteht im zivilen Bereich daher nicht.

2. Naturschutz

Im Naturschutzrecht gesteht das Bundesverwaltungsgericht der zuständigen Genehmigungsbehörde einen naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraum zu.¹⁶¹ Dieser Rechtsprechung haben sich auch einige Obergerichte angeschlossen.¹⁶²

2.1 Entwicklung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative an, da es im Bereich des Naturschutzes regelmäßig um ökologische Bewertungen und Einschätzungen gehe, für die normkonkretisierende Maßstäbe fehlten.¹⁶³ Die Rechtsanwendung sei „auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis angewiesen, die sich aber nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber“ erweise. Da verschiedene Methoden und darauf basierende naturschutzfachliche Einschätzungen wissenschaftlich vertretbar seien, müsse die Wahl der Methode letztlich der Behörde überlassen bleiben.¹⁶⁴ Eine naturschutzfachliche Meinung sei einer anderen Einschätzung nicht bereits deshalb überlegen oder ihr vorzugswürdig, weil sie ‚strengere‘ Anforderungen für richtig hält.¹⁶⁵ Das sei erst dann der Fall, wenn sich diese Auffassung als allgemein anerkannter Standpunkt der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird.¹⁶⁶ Die Prüfung des Gerichts wird dadurch letztlich auf eine **Vertretbarkeitskontrolle** beschränkt.¹⁶⁷

¹⁶¹ BVerwGE 130, 299 (327); 131, 274 (295 f.); 133, 239 (253); 140, 149 (176); 147, 118 (125 f.); BVerwG NVwZ 2009, 1296 (1302); BVerwG NVwZ 2014, 524 (525).

¹⁶² OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 28.10.2009 – 1 A 10200/09 – juris, Rn. 52; OVG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 19.1.2012 – 2 L 124/09 – juris, Rn. 46; Bay VGH, Beschl. v. 26.1.2012 – 22 CS 11.2783 – juris, Rn. 15; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 28.9.2012 – OVG 11 S 61.12 – juris, Rn. 5.

¹⁶³ BVerwGE 131, 274 (295 f.); 147, 118 (126).

¹⁶⁴ BVerwGE 147, 118 (126).

¹⁶⁵ BVerwG NVwZ 2009, 1296 (1304).

¹⁶⁶ BVerwG NVwZ 2009, 1296 (1304).

¹⁶⁷ BVerwGE 147, 118 (126); BVerwG NVwZ 2009, 1296 (1302).

Die Annahme dieser weiteren Fallgruppe zum Beurteilungsspielraum hat in der Literatur teils Skepsis,¹⁶⁸ teils heftigere Kritik¹⁶⁹ ausgelöst. Der durch Art. 19 Abs. 4 GG verbürgte Rechtsschutz schließe die Kontrolle der Verwaltungsentscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht mit ein. Ausnahmen im Sinne einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative seien nicht gerechtfertigt.¹⁷⁰ Bedenken ergäben sich ferner vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungsgrundsatzes aus Art. 20 Abs. 2 GG. Durch die Einräumung eines Beurteilungsspielraums komme es zu einer bedenklichen Verschiebung von Kompetenzen.¹⁷¹ Die bloße Vertretbarkeitskontrolle des Gerichts laufe letztlich auf eine Vertretbarkeitskontrolle von Sachverständigenausagen hinaus. Verfügten die Behörden weder über die nötige besondere Sachkunde noch über ein überragendes Erfahrungswissen und bedienten sie sich deshalb externen Sachverständigen, so sei nicht einzusehen, weshalb nicht auch ein Richter diese Frage unter Heranziehung externer Sachverständiger beantworten können sollte.¹⁷²

2.2 Keine Übertragbarkeit auf § 18a LuftVG

Die Kritik an der Rechtsprechung zum naturschutzfachlichen Beurteilungsspielraum bedarf an dieser Stelle keiner Bewertung. Die Rechtsprechung lässt sich jedenfalls nicht auf das Errichtungsverbot nach § 18a LuftVG übertragen.¹⁷³

Gegen eine Übertragung sprechen die unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Maßgaben. Während das Grundgesetz die Flugsicherung lediglich als Teil der Kompetenz zur Luftverkehrsverwaltung (Art. 87d GG) thematisiert, ist der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen materielles Staatsziel (Art. 20a GG).

Vor allem aber ist die Entscheidung des BAF nach § 18a LuftVG nicht mit der **mehrstufigen Artenschutzprüfung** zu vergleichen. Diese beinhaltet zunächst die Erfassung des Bestands der geschützten Arten und sodann die Bewertung der ihnen drohenden Gefahren.¹⁷⁴ Diese Gefahren können je nach betroffener Art ganz unterschiedlich sein. Entsprechend heterogen sind die tech-

¹⁶⁸ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 212; *Brand*, NUR 2013, 482 (483 f.).

¹⁶⁹ *Gassner*, DVBl. 2012, 1479 (1483); differenzierend *Gellermann*, NUR 2014, 597 (601).

¹⁷⁰ *Gassner*, DVBl. 2012, 1479 (1482).

¹⁷¹ *Brand*, NUR 2013, 482 (483).

¹⁷² *Gellermann*, NUR 2014, 597.

¹⁷³ A.A. VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 – 11 K 3648/12 – juris, Rn. 59.

¹⁷⁴ Zu den Stufen der Bestandserfassung und Risikobewertung siehe etwa BVerwG NVwZ 2014, 524; *Gellermann*, NUR 2014, 597 (597).

nischen und wissenschaftlichen Fragestellungen, denen sich Sachverständige bei der Erfassung und Bewertung zu widmen haben.¹⁷⁵ Die luftverkehrsrechtliche Prüfung basiert dagegen auf ungleich größerer Gewissheit. Die betroffene Flugsicherungseinrichtung steht fest und die Art und Weise ihrer möglichen Beeinflussung durch das Bauwerk, d.h. der zu erwartende Winkelfehler lässt sich berechnen. Es ist also nicht unklar, bei welcher Einrichtung es zu welcher Art von Fehler kommen kann. Umstritten ist lediglich, in welchem Umfang eine Beeinflussung durch die Windenergieanlage stattfinden wird und berücksichtigt werden muss.

Angesichts des Komplexitätsgrades der Artenschutzprüfung verwundert es nicht, wie uneinig die ökologischen Fachwissenschaften nicht nur hinsichtlich der zu beachtenden Maßstäbe, sondern auch bei der Wahl der anzuwendenden Erfassungsmethoden sind. Im Luftverkehrsbereich existieren dagegen durchaus **internationale fachliche Standards und Methoden bei der Bestimmung von Winkelfehlern**. Die Sachverständigen sind sogar einig darin, wie die verschiedenen bekannten Quellen von Winkelfehlern zu berücksichtigen sind.¹⁷⁶ Die Fragen, ab welcher Höhe ein Winkelfehler zu einer Störung im Sinne von § 18a Abs. 1 LuftVG führen kann und ob ein pauschalierter Alignmentfehler der Anlage selbst zu berücksichtigen ist, bringen dagegen in ihrer Komplexität die Rechtsprechung nicht an ihre Funktionsgrenzen. Auch die Auswirkungen bereits bestehender Windenergieanlagen kann die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang durchaus überprüfen, wie die Entscheidung des VG Hannover exemplarisch demonstriert.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Exemplarisch zu den Schwierigkeiten der Bestandserfassung von Fledermäusen (speziell zur „faunistischen Potenzialanalyse“) BVerwG NVwZ 2014, 714 (718 f.).

¹⁷⁶ Dazu VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 65.

¹⁷⁷ VG Hannover, Urt. v. 22.9.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 69 ff. (83 ff.).

E. DAS ERRICHTUNGSVERBOTS IM PLANUNGSVERFAHREN AM BEISPIEL NORDRHEIN-WESTFALENS

Das Errichtungsverbot des § 18a LuftVG bezieht sich grundsätzlich nicht auf die Raumordnungs- oder Bauleitplanung, sondern auf konkrete Bauwerke, die erst durch immissionsschutzrechtliche Genehmigungen hinreichend bestimmt werden.¹⁷⁸ Allerdings ist der Schutz von Flugsicherungseinrichtungen bereits bei Planungsentscheidungen zu beachten. Dies betrifft sowohl die Raumordnungs- als auch die Bauleitplanung.

Durch den Planungsvorbehalt in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB können Gemeinden und Planungsverbände die grundsätzlich vorgesehene Privilegierung von Windenergieanlagen im Außenbereich (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB) steuern. Dies erfolgt, indem ein entsprechendes Ziel in Raumordnungsplänen ausgewiesen wird und Flächen für Windenergieanlagen im Flächennutzungsplan dargestellt werden.¹⁷⁹

Es stellt sich u.a. die Frage, ob Schutzbereiche von Flugsicherungseinrichtungen bereits planerisch zu berücksichtigen sind. Es könnte angenommen werden, dass die von der ICAO vorgeschlagenen Schutzbereiche von 15 km als Abstandsflächen in die Planung aufgenommen werden müssen. Eine Verpflichtung hierzu besteht jedoch nicht, weil die Vorschläge der ICAO für die Plangeber **nicht rechtsverbindlich** sind.¹⁸⁰ Dies schließt jedoch die Möglichkeit der Berücksichtigung nicht aus. Zu beachten ist aber, dass selbst die ICAO den Schutzbereich von 15 km lediglich als Prüf- und nicht etwa als Tabubereich versteht. Schließlich gewinnt die Frage von Schutzabständen auch durch den neu eingeführten § 249 Abs. 3 BauGB an Bedeutung. Nach dieser Vorschrift haben die Länder bis zum 31. Dezember 2015 die Möglichkeit gesetzlich bestimmte Mindestabstände von Windenergieanlagen zu baulichen Nutzungen festzulegen.¹⁸¹ In Bayern hat die Staatsregierung bereits im Mai 2014 eine Gesetzesänderung initiiert, wonach Windkraftanlagen einen Mindestabstand von 10 H (H = Nabenhöhe der Windkraftanlage zuzüg-

¹⁷⁸ VG Oldenburg, Beschl. v. 5.2.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 31.

¹⁷⁹ Exemplarisch zur bauplanungsrechtlichen Unzulässigkeit einer Windenergieanlage außerhalb eines raumordnungsrechtlichen „Vorrangstandorts“ VG Hannover, Urt. v. 22.09.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 38 ff.

¹⁸⁰ Zur rechtlichen Unverbindlichkeit dieser „fachlichen Orientierungshilfe“ statt vieler VG Oldenburg, Beschl. v. 05.02.2014 – 5 B 6430/13 – juris Rn. 40.

¹⁸¹ Siehe dazu *Lippert/Kindler*, DVBl. 2014, 1235 (1239 ff.); *Raschke*, NVwZ 2014, 414 (415).

lich Radius des Rotors) zu **Wohngebäuden** einhalten müssen, um noch privilegiert zu sein.¹⁸² Die brandenburgische Landesregierung erklärte jüngst in der Antwort auf eine anlässlich der Ermächtigung in § 249 Abs. 3 BauGB gestellte Kleine Anfrage, keine pauschalen Abstände zwischen Windkraftanlagen und Wohnbebauung festzulegen.¹⁸³ Die Landesregierung Nordrhein-Westfalen hat gleichfalls ablehnend Stellung genommen.¹⁸⁴ Zudem hat der Landtag des Landes Nordrhein-Westfalen am 28. März 2014 beschlossen, von der Länderöffnungsklausel keinen Gebrauch zu machen.¹⁸⁵ Mindestabstände zu Flugsicherungseinrichtungen sind bislang von keinem Land festgelegt worden.

Am **Beispiel Nordrhein-Westfalens** wird im Folgenden die planerische Situation sowohl mit Blick auf die Raumordnungsplanung (dazu unter I.) als auch mit Blick auf die Flächennutzungsplanung (dazu unter II.) näher beleuchtet.

I. Raumordnungsplanung

In **Nordrhein-Westfalen** erfolgt die Raumordnungsplanung durch einen **Landesentwicklungsplan** (LEP) sowie durch **Regionalpläne**. Darin können gem. § 8 Abs. 7 ROG u. a. Vorranggebiete und Eignungsgebiete ausgewiesen werden. Vorranggebiete haben eine zielförmige Innenwirkung und schließen entgegenstehende Nutzungen innerhalb des Vorranggebietes aus (Innenwirkung). Eignungsgebiete schließen demgegenüber die festgelegte Nutzung an anderer Stelle im Planungsraum aus (Außenwirkung).¹⁸⁶ § 8 Abs. 7 Satz 2 ROG ermöglicht eine Verbindung von Vorrang- und Eignungsgebiet; die mit der Wirkung eines Eignungsgebiets ausgestatteten Vorranggebiete entfalten dann Ausschlusswirkung nach außen.¹⁸⁷

1. Landesentwicklungsplan

Der gültige LEP von 1995 wird derzeit überarbeitet. Stellungnahmen zum Entwurf des neuen LEP (Stand: 25. Juni 2013) konnten zwischen dem 30. August 2013 und dem 28. Februar 2014

¹⁸² LT-Drucks. 17/2137, S. 2; näher dazu *Hennecken*, I+E 2014, 113 (113 f.).

¹⁸³ LT-Drucks. 5/9509, S. 2.

¹⁸⁴ Beantwortung der kleinen Anfragen 1796 (LT-Drs. 4533), 1847 (LT-Drs. 4690), 2055 (LT-Drs. 16/5123), 2483 (LT-Drs. 6302), 2484 (LT-Drs. 6303) und 2671 (LT-Drs. 16/6772).

¹⁸⁵ LT-Drs. 16/5290, Plenarprotokoll 16/55.

¹⁸⁶ *Bovet/Kindler*, DVBl 2013, 488 (494).

¹⁸⁷ Siehe zum Ganzen *Goppel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel (Hrsg.), ROG, 1. Aufl. 2010, § 8 Rn. 68 ff.

abgegeben werden.¹⁸⁸ Im LEP-Entwurf für Nordrhein-Westfalen werden die Träger der **sechs Regionalplangebiete** angehalten, Gebiete mit einem bestimmten Mindestumfang als Vorranggebiete für die Windenergienutzung festzusetzen. Insgesamt werden dadurch **54.000 ha als Vorranggebiet** vorgesehen.¹⁸⁹ Zu den Aspekten, die bei der Festlegung geeigneter Standorte für Windenergieanlagen im Interesse der Minimierung von Nutzungskonflikten zu prüfen sind, zählt der LEP-Entwurf u. a. die Luftverkehrssicherheit.¹⁹⁰

Eine **Mengenvorgabe der Landesplanung** gegenüber der nachgeordneten Regionalplanung liegt im planerischen Ermessen des Landes.¹⁹¹ So hat das Land Niedersachsen schon früh Vorgaben in Form von installierter Leistung (Megawatt pro Landkreis) in seinem Landesraumordnungsprogramm getroffen.¹⁹² Sachsen hat die seinem Energiekonzept¹⁹³ entstammenden Strommengen (Gigawattstundenzahlen) vorgegeben¹⁹⁴ und ist darin gerichtlich bestätigt worden.¹⁹⁵ Jüngeren Datums ist die Änderung des Landesentwicklungsplans Hessen 2000 mit der Vorgabe zur Vorranggebietsausweisung im Umfang von 2 % der Planungsregionsfläche, die u.a. mit den Ergebnissen einer Windpotenzialstudie des TÜV begründet wurde.¹⁹⁶ Insofern steht es auch Nordrhein-Westfalen grundsätzlich offen, eine entsprechende Mengenvorgabe zu treffen, wobei sich wegen des Kriteriums der Raumbedeutsamkeit ein Raumbezug in Form von Prozent- oder Hektarvorgaben empfiehlt, wie er auch im LEP-Entwurf verwendet wurde.

Solche Vorgaben sind allerdings durch die tatsächlich zur Verfügung stehende Flächenkulisse und den auch auf Ebene der Regionalplanung erforderlichen Ermessensspielraum beschränkt. Wenn eine landesweite Potenzialstudie eine Flächenkulisse ermittelt hat, so ist dies grundsätz-

¹⁸⁸ <http://www.nrw.de/landesregierung/landesplanung/erarbeitung-des-neuen-lep-nrw.html> (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

¹⁸⁹ Vgl. LEP-Entwurf NRW, Juni 2013, (LEP-Entwurf) 10.2-2 (S. 130).

¹⁹⁰ LEP-Entwurf, Erläuterung zu 10.2-2 (S. 133).

¹⁹¹ Zur Zulässigkeit von quantitativen Mengenvorgaben durch die Raumordnung: von *Seht*, DÖV 2011, 915 (919f.); *Bovet/Kindler*, DVBl 2013, 488 (493).

¹⁹² Niedersächsisches Ministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Landesraumordnungsprogramm 1994, Ergänzung 1998, Änderung 2002, Teil II (LROP II), Ziel C 3.5 05 mit Mindestvorgaben an festzulegender Vorrangfläche für aufgelistete Megawattleistungen in zehn Landkreisen, http://www.ml.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=1454&article_id=4542&psmand=7.

¹⁹³ Sächsisches Staatsministerium für Umwelt und Landwirtschaft, Klimaschutzprogramm des Freistaats Sachsen, Dresden 2001.

¹⁹⁴ LEP Sachsen 2003, G 11.3 und Z 11.4.

¹⁹⁵ OVG Bautzen, Urt. v. 17.07.2007 – 1 D 10/06, Rn. 31.

¹⁹⁶ GVBl. Nr. 17 v. 10.07.2013, 479, 481 f., Nr. 3.1 Z 1, G 1.

lich eine geeignete Grundlage, um eine Teilmenge der Potentialfläche zur Vorranggebietsausweisung vorzugeben. Die **Potenzialstudie** des Landesamts für Natur, Umwelt und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen hat neben dem **naturräumlichen Potenzial** auch den nordrhein-westfälischen Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen (**Windenergie-Erlass**) vom 11. Juli 2011 beachtet. Dabei handelt es sich um norminterpretierende Verwaltungsvorschriften, die für nachgeordnete Behörden bindend sind. Für die Regional- und Landesplanung sowie für die Gemeinden als Trägerinnen der Planungshoheit ist der Windenergie-Erlass Empfehlung und Hilfe bei der Ausübung ihres Planungsermessens. Der nordrhein-westfälische Windenergie-Erlass zählt auch § 18a LuftVG zu den Vorschriften, aus denen sich Baubeschränkungen für Windenergieanlagen in der Umgebung von Flugplätzen auch jenseits festgesetzter Bauschutzbereiche ergeben.¹⁹⁷ Allerdings war Leitlinie des Erlasses die Öffnung von Flächen für die Windenergienutzung.¹⁹⁸ Wenn landesweite Potenzialuntersuchungen wie in Hessen und Nordrhein-Westfalen auch Schutzbereiche um Flugsicherungseinrichtungen als **Potenzialflächen** berücksichtigen, so entspricht dies der Wertung, dass diese Schutzbereiche keine harten Tabuzonen sind. Da die Schutzbereiche lediglich auf eine nicht rechtsverbindliche ICAO-Empfehlung zurückgehen, wäre es widersprüchlich sie als rechtlich nicht zur Verfügung stehende Flächen zu werten. Insofern ist ihre Berücksichtigung als Potenzialfläche schlüssig.

Nordrhein-Westfalen hat in seinem Planentwurf neben der allgemeinen Mengenvorgabe eine **Proportionalitätsvorgabe** getroffen. Danach hat die Ausweisung von Vorranggebieten proportional zum regionalen Potenzial zu erfolgen. Dies erkennt die unterschiedlichen Potenziale verschiedener Planungsregionen wie z.B. des ländlicher geprägten Münsterlands und des urbaneren Ruhrgebiets an. Dadurch werden Regionen mit einem unterdurchschnittlichen Potenzial vor einer sie überfordernden landesweiten Mengenvorgabe geschützt. Die Vorgabe würde die Planungsregionen allein zur Ermittlung und Ausweisung des proportionalen Flächenanteils verpflichten. Dazu, inwieweit dabei die von Luftverkehrsbelangen betroffenen Flächenkulisse herangezogen wird, trifft dieses Ziel keine Aussage. Die Landesregierung hätte nur durch die Rechtsaufsicht der Landesplanung über die Regionalplanung eine Steuerungsmöglichkeit.

Die Landesregierung Nordrhein-Westfalen hat sich im LEP-Entwurf darüber hinaus dazu entschieden, die in der Potenzialstudie ermittelten notwendigen proportionalen Beiträge der **ein-**

¹⁹⁷ Gemeinsamer Runderlass, Erlass für die Planung und Genehmigung von Windenergieanlagen und Hinweise für die Zielsetzung und Anwendung (Windenergie-Erlass), 11.7.2011, Ziff. 8.2.5.

¹⁹⁸ Dazu *Fest*, ZNER 2011, 402 (404).

zelen Planungsregionen als Hektarvorgaben zu beschreiben. Die Umsetzung dieses Ziels der Raumordnung obliegt der Regionalplanung. In der Regionalplanung müssen alle Belange einschließlich der Luftverkehrssicherheit im Planverfahren abgearbeitet und die Umsetzbarkeit des gefundenen Ergebnisses begründet werden. Dabei kann ein Träger der Regionalplanung die beabsichtigte Geltungsdauer des LEP von fünfzehn Jahren und die in diese Zeit fallende geplante Fertigstellung des Satellitennavigationssystems Galileo als dann neuen Stand der Technik berücksichtigen. Ebenfalls können die fehlende Rechtsverbindlichkeit der ICAO-Empfehlung und fehlende Hinweise auf eine Nichtumsetzbarkeit von Seiten der Luftverkehrsverwaltung und der DFS berücksichtigt werden. Insofern steht es grundsätzlich im planerischen Ermessen, die Potenzialflächen in Anlagenschutzbereichen zu berücksichtigen oder sie aus Vorsorgegründen freizuhalten.

2. Regionalplanung

In den letzten Jahren mehren sich bundesweit die Versuche, durch die Regionalplanung zusätzliche Standorte für die Windenergie zu öffnen. Beispielsweise sind in **Baden-Württemberg** für die Windenergie nach dem reformierten Landesplanungsgesetz keine Ausschlussgebiete mehr zulässig, sondern nur noch Vorranggebiete.¹⁹⁹ **Nordrhein-Westfalen** verfolgt planerisch im Gegensatz etwa zu Hessen²⁰⁰ den Ansatz, auf der Ebene der Raumordnung Vorranggebiete grundsätzlich ohne die Wirkung von Eignungsgebieten auszuweisen, also ohne die Nutzung anderer Gebiete für Windenergie auszuschließen. Diese **Praxis bloßer Vorranggebietsplanung** wurde 2010 durch eine Änderung der Durchführungsverordnung zum Landesplanungsgesetz (LPIG) auf eine rechtssichere Grundlage gestellt.²⁰¹ Auf diese Weise kann mit den Instrumenten der Raumordnungsplanung eine räumliche Mindestvorgabe zugunsten von Windenergieanlagen festgelegt werden, ohne den Kommunen die weitere eigene Standortplanung mit Ausschlusswirkung zu verwehren. Auf der Ebene der Bauleitplanung können dann die Gemeinden durch die Ausweisung von Konzentrationszonen auch außerhalb der regionalplanerisch festgelegten Vorranggebiete geeignete Flächen für Windenergieanlagen festlegen.

¹⁹⁹ Eingehend dazu *Schlarmann/Conrad*, VBIBW 2013, 164.

²⁰⁰ Vgl. exemplarisch den sachlichen Teilplan Erneuerbare Energien des Regionalplans Südhessen (Entwurf Dezember 2013), der Vorranggebieten für die Windenergie zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten verleiht, abrufbar unter http://www.rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?cid=99f53294d4166a36cf4c4331c137306b (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

²⁰¹ Dazu *Fest*, ZNER 2011, 402 (404).

Bei der Ausarbeitung des Planungskonzepts sind im ersten Schritt **Tabuzonen**²⁰² zu ermitteln, die für Windenergieanlagen ungeeignet sind.²⁰³ Zu den sog. harten Tabuzonen zählen Gemeindegebietsteile, „*die für eine Windenergienutzung, aus welchen Gründen immer, nicht in Betracht kommen, mithin für eine Windenergienutzung ‚schlechthin‘ ungeeignet sind*“.²⁰⁴ Es stellt sich daher die Frage, ob auch um Flugsicherungseinrichtungen Schutzbereiche im Sinne harter Tabuzonen zu beachten sind.²⁰⁵ Dabei käme ein Schutzbereich von 3 km oder 15 km in Frage. Die Berücksichtigung eines Schutzabstandes von 15 km als harte Tabuzone hätte erheblichen Einfluss auf die für Windenergie noch verfügbaren Flächen. Da er lediglich auf eine nicht rechtsverbindliche ICAO-Empfehlung zurückgeht und auch von der ICAO nur als Prüfbereich verstanden wird, ist er **keine harte Tabuzone**. Anders wäre dies, wenn aus einer entsprechend qualifizierten Stellungnahme des BAF hervorginge, dass Windenergieanlagen in diesem Gebiet keinesfalls genehmigungsfähig sind. Dies ist jedoch nicht zu erwarten. Die DFS selbst empfiehlt zwar der Landes- und Regionalplanung, „*innerhalb von Anlagenschutzbereichen keine Vorrang- und Eignungsgebiete zur Windenergienutzung auszuweisen*“, verneint aber explizit ein generelles Bauverbot für Windenergieanlagen in diesen Bereichen.²⁰⁶

Daher besteht auch im Radius von 3 km keine harte Tabuzone. Zwar ist es möglich, dass in diesem Nahbereich eine Windenergieanlage stören könnte, das Störungspotenzial muss allerdings im Einzelfall gem. § 18a LuftVG erst ermittelt werden. Diese Einzelfallbewertung gem. § 18a LuftVG kann nicht bereits auf der Regionalplanungsebene vorweggenommen werden. Auch die Umgebung rund um Flugsicherungseinrichtungen ist daher als Potenzialfläche zu berücksichtigen. Allerdings sollte im zweiten Planungsschritt, wie im Regionalplan Südhessen,²⁰⁷ der Umkreis von 3 km wegen der größeren Wahrscheinlichkeit einer Störung frei gehalten und nicht als Vorranggebiet ausgewiesen werden.

²⁰² Zum Begriff der Tabuzone siehe BVerwGE 145, 231; *Stüer/Garbrock*, ZfBR 2014, 647.

²⁰³ *Scheidler*, VerwArch 103 (2012), 587 (593 ff.).

²⁰⁴ BVerwGE 145, 231 (233).

²⁰⁵ *Nagel/Schwarz/Köppel*, UPR 2014, 371 (376).

²⁰⁶ Siehe Antwort auf Fragen 4.4, 5.1 und 5.2 unter http://www.dfs.de/dfs_homepage/de/Flugsicherung/Umwelt/Windkraft/ (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

²⁰⁷ Sachlichen Teilplan Erneuerbare Energien des Regionalplans Südhessen (Entwurf Dezember 2013), der Vorranggebieten für die Windenergie zugleich die Wirkung von Eignungsgebieten verleiht, abrufbar unter http://www.rp-darmstadt.hessen.de/irj/RPDA_Internet?cid=99f53294d4166a36cf4c4331c137306b (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

Die **Bezirksregierung Arnsberg** berücksichtigt in ihrem Regionalplanentwurf (Sachlicher Teilplan „Energie“ 2014) im Verfahren zur Festlegung von Vorranggebieten für die Windenergie u.a. die Luftverkehrssicherheit. Dabei beschränkt sich indes das Planungskonzept *„auf das direkte Umfeld der Flughäfen und Flugplätze in der Region. Die Thematik der Radarüberwachung des Luftraumes kann auf Ebene der Regionalplanung hingegen nicht geklärt werden. Eine Prüfung der Vereinbarkeit von Windenergieanlagen und Radaranlagen kann jeweils nur im Einzelfall in Kenntnis des konkreten Anlagentyps und Standortes erfolgen.“*²⁰⁸

Die **Bezirksregierung Münster** hat am 27. Juni 2014 den Regionalplan Münsterland bekannt gemacht.²⁰⁹ Der Teilplan „Energie“²¹⁰ befindet sich noch im Entwurfsstadium. Darin widmet sich die Bezirksregierung Fragen der Windenergieplanung. Die im Teilplan für die Windenergienutzung vorgesehenen Flächen von 9.500 ha übertreffen die im LEP-Entwurf geforderten Flächen von 6.000 ha dabei deutlich.²¹¹ Die Bezirksregierung formuliert mehrere Ziele mit Bezug zur Windenergie. U.a. heißt es unter Ziel 2.2: *„In den Windenergiebereichen haben Windkraftanlagen Vorrang vor anderen raumbedeutsamen Planungen und Vorhaben, wenn diese mit dem Bau und Betrieb von Windkraftanlagen nicht vereinbar sind.“* Die Bezirksregierung wirft auch die Frage auf, ob der Schutz von Flugsicherungseinrichtungen bereits im Planungsverfahren beachtet werden muss.²¹² Mangels abschließender Klärung durch die Rechtsprechung belässt die Bezirksregierung die von Flugsicherungseinrichtungen betroffenen Windenergieberei-

²⁰⁸ S. 8 ff. (10), abrufbar unter http://www.bezreg-arnsberg.nrw.de/themen/r/regionalplan/tp_energie/entwurf/index.php (zuletzt abgerufen am 24.10.2014). Daneben enthält der Planentwurf einen Anhang 2 zu Vorranggebieten im Interessen- und Vorlagenbereich militärischer Großradaranlagen.

²⁰⁹ http://www.bezreg-muenster.de/startseite/Dez_32_Regionalplan-2012/Regionalplan_Muensterland/index.html (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

²¹⁰ Regionalplan Münsterland, Sachlicher Teilplan „Energie“ – Entwurf, Stand: 30. Juni 2014, abrufbar unter http://www.bezreg-muenster.de/startseite/Dez_32_Regionalplan-2012/Teilplan_Energie/Planungsunterlagen/Textliche_Darstellung.pdf (zuletzt abgerufen am 24.10.2014).

²¹¹ Regionalplan Münsterland, Sachlicher Teilplan „Energie“ – Entwurf, Stand: 30. Juni 2014, abrufbar unter http://www.bezreg-muenster.de/startseite/Dez_32_Regionalplan-2012/Teilplan_Energie/Planungsunterlagen/Textliche_Darstellung.pdf (zuletzt abgerufen am 24.10.2014), Rn. 38.

²¹² Regionalplan Münsterland, Sachlicher Teilplan „Energie“ – Entwurf, Stand: 30. Juni 2014, abrufbar unter http://www.bezreg-muenster.de/startseite/Dez_32_Regionalplan-2012/Teilplan_Energie/Planungsunterlagen/Textliche_Darstellung.pdf (zuletzt abgerufen am 24.10.2014), Rn. 234 ff.

che im Entwurf dieses Teilplans. Gleichzeitig gibt sie den für die Flugsicherung zuständigen Behörden Gelegenheit, im weiteren Erarbeitungsverfahren Stellung zu nehmen.²¹³

Indem die Regionalplanungsbehörden gleichermaßen die Anlagenschutzbereiche nicht als harte Tabuzonen werten, entsprechen sie insoweit der Rechtsprechung von Bundesverwaltungsgericht und OVG Münster.²¹⁴ Erst Stellungnahmen der Luftverkehrsbehörden im Rahmen des Beteiligungsverfahrens können ein Anlass sein, einzelne in einem Planentwurf enthaltene Flächen zu streichen. Allerdings müssen diese Stellungnahmen sich konkret auf Schutzbereiche nach § 18a LuftVG in geplanten Vorranggebieten beziehen und über pauschale Freihalteempfehlung aller Schutzbereiche hinausgehen. Sofern eine solche konkrete Stellungnahme ausbleibt, steht es im planerischen Ermessen der Regionalplanung, aus Vorsorgegründen Flächen als weiche Tabuzonen auszuschließen, um die Umsetzbarkeit der Planung sicherzustellen. Solange die Flächenkulisse durch die Verringerung der Vorranggebietskulisse nicht die Hektarvorgaben von Ziel 10.2-2 LEP-Entwurf unterschreitet, besteht kein Konflikt mit der Landesentwicklungsplanung.

II. Flächennutzungsplanung

Auf der Ebene der Gemeinden besteht die Möglichkeit, die Windenergieplanung noch konkreter auszugestalten. Nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 b) BauGB können Flächennutzungspläne die Ausstattung des Gemeindegebiets mit Anlagen zur dezentralen Erzeugung von Strom vorsehen, worunter auch Windenergieanlagen fallen.²¹⁵ Gemeinden können dazu in Flächennutzungsplänen Gebiete für Windenergienutzung ausweisen (sog. Konzentrationszonen) und damit gleichzeitig Windenergieanlagen im übrigen Planungsgebiet ausschließen. Wenn eine Gemeinde den Beschluss fasst, einen Flächennutzungsplan aufzustellen, kann sie gem. § 15 Abs. 3 BauGB unter bestimmten Voraussetzungen auf Antrag erreichen, dass Genehmigungsverfahren von Windenergieanlagen für bis zu ein Jahr ausgesetzt werden.²¹⁶ Bei Vorliegen besonderer Umstände kommt gemäß § 15 Abs. 3 Satz 4 BauGB eine Aussetzung für ein weiteres Jahr in Betracht. Durch eine umfassende Flächennutzungsplanung soll eine ungeordnete „Verspargelung“ der Landschaft

²¹³ Regionalplan Münsterland, Sachlicher Teilplan „Energie“ – Entwurf, Stand: 30. Juni 2014, abrufbar unter http://www.bezreg-muenster.de/startseite/Dez_32_Regionalplan-2012/Teilplan_Energie/Planungsunterlagen/Textliche_Darstellung.pdf (zuletzt abgerufen am 24.10.2014), Rn. 238.

²¹⁴ BVerwG, Urt. v. 11.04.2013 – 4 CN 2.12; OVG Münster, Urt. v. 01.07.2013 – 2 D 46/12.NE; siehe dazu auch *Nagel/Schwarz/Köppel*, UPR 2014, 371; *Stüer/Garbrock*, ZfBR 2014, 647.

²¹⁵ Näher dazu *Schlarmann/Conrad*, VBIBW 2013, 164 (165).

²¹⁶ Siehe dazu VG Minden, Beschl. v. 12.5.2014 – 11 L 180/14 – juris, Rn. 5.

verhindert werden.²¹⁷ Allerdings darf es dadurch nicht zu einer reinen Verhinderungsplanung kommen, bei der die Flächen für Windenergienutzung unverhältnismäßig begrenzt werden.²¹⁸

Bei der Ausarbeitung des Planungskonzepts ist in gleicher Weise vorzugehen, wie bei der Raumordnungsplanung. Zunächst sind Tabuzonen zu ermitteln, die für Windenergieanlagen ungeeignet sind.²¹⁹ Hier gilt das zur Raumordnungsplanung Festgestellte gleichermaßen. Der 15 km Schutzbereich um Flugsicherungsanlagen ist danach *per se* keine zu berücksichtigende Tabuzone. Ob der 3 km Radius um Flugsicherungsanlagen als weiche Tabuzone ausgewiesen wird, liegt im Ermessen des Planungsträgers. Es ist jedoch überzeugend, den Umkreis von 3 km frei zu halten und nicht als Konzentrationszone auszuweisen. Sonst besteht die Gefahr, dass trotz Ausweisung des Gebiets zur Windenergienutzung aufgrund eines Konflikts mit Flugsicherungseinrichtungen Windenergieanlagen nicht genehmigt werden können.²²⁰ Diesen absehbaren Widerspruch gilt es zu vermeiden.

²¹⁷ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, NVwZ 2003, 733 (735); OVG Koblenz, Urt. v. 21. 1. 2011 – 8 C 10850/10, NVwZ-RR 2011, 432 (435).

²¹⁸ BVerwG, Urt. v. 17.12.2002 – 4 C 15/01, NVwZ 2003, 733 (735); siehe auch *Scheidler*, VerwArch 103 (2012), 587 (590 ff.).

²¹⁹ Beispielhaft für eine Konzentrationsfläche im FNP jüngst BVerwG, Urt. v. 31.10.2013 – 4 CN 1.12 – ZfBR 2013, 475.

²²⁰ *Nagel/Schwarz/Köppel*, UPR 2014, 371 (376).

F. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

Die rechtliche Begutachtung des Errichtungsverbots gem. § 18a LuftVG und seiner Bedeutung im Genehmigungsverfahren, im Prozess und für Planverfahren konnte eine Reihe von Streitfragen klären.

1. Zunächst ist festzuhalten, dass die **Entscheidung des BAF** selbst **kein Verwaltungsakt** ist, sondern eine bloße Mitwirkungshandlung im Rahmen eines gestuften Verwaltungsverfahrens. Insoweit besteht in der Rechtsprechung Einigkeit. Vereinzelt abweichende Literaturmeinungen überzeugen nicht. Sie verkennen die fehlende Außenwirkung der Entscheidung des BAF.
2. Das BAF ist bei seiner Entscheidung nicht formal an die **Stellungnahme der DFS** gebunden. Vielmehr hat es seiner Entscheidung eine umfassende Beurteilung des Einzelfalls zu Grunde zu legen. Hier ist der **Doppelstatus der DFS** als mit Hoheitsbefugnissen ausgestatteter Beliehener einerseits und wirtschaftlich tätiger Privater andererseits zu beachten. Dieser Doppelstatus führt dazu, dass die DFS aufgrund ihrer eigenen Interessenlage als neutraler Gutachter ungeeignet ist. Es ist dem BAF daher zu empfehlen, weitere Gutachten einzuholen. Keinesfalls darf die Entscheidung des BAF praktisch von der DFS vorweggenommen werden.
3. Der Prüfungsmaßstab des eigentlichen Errichtungsverbotes ist umstritten. Es empfiehlt sich in Anlehnung an die Rechtsprechung des VG Hannover eine **zweistufige Prüfung**.
 - 3.1 Auf der ersten Stufe ist die **Möglichkeit einer Beeinflussung** zu prüfen. Dabei ist klar zu begründen, warum welcher maximale Gesamtwinkelfehler und welcher Alignmentfehler zugrunde gelegt werden. Gesetzlich verbindliche Vorgaben gibt es dazu nicht. Insbesondere sind die ICAO-Dokumente nicht rechtsverbindlich. Jüngste Kritik an den Methoden der DFS zeigen, dass hier ein genaueres Vorgehen notwendig ist.
 - 3.2 Auf der zweiten Stufe ist die **Hinnehmbarkeit der Beeinflussung** abzuwägen. Auf dieser Stufe bleibt damit Raum für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, die betroffene Grundrechte, insbesondere Art. 14 GG, berücksichtigt. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist Voraussetzung für eine verfassungskonforme Anwendung des § 18a LuftVG. In diesem Zusammenhang ist nur dann von einer Störung auszugehen, wenn tatsächlich eine Gefahr für die Flugsicherheit besteht.

4. Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens bleibt die **Letztentscheidung der Genehmigungsbehörde** überlassen. Eine Bindung an die Entscheidung des BAF besteht nicht. Insofern ist dem VG Oldenburg zu folgen. Die Konzentrationswirkung des Verwaltungsverfahrens sowie die Systematik des LuftVG sprechen für dieses Ergebnis. Es entspricht auch dem Normzweck des § 18a LuftVG und wird allein rechtstaatlichen und grundrechtlichen Anforderungen gerecht.
5. Sollte es zu einem Gerichtsverfahren kommen, trifft die Behörde die **Darlegungslast** hinsichtlich der Voraussetzungen des Errichtungsverbots. Der Stellungnahme der DFS kommt keine herausgehobene Bedeutung zu, vielmehr ist sie aufgrund der privatwirtschaftlichen Eigeninteressen der DFS kritisch zu bewerten. Jedenfalls ist sie nicht wie ein amtliches Gutachten zu behandeln.
6. Insgesamt ist die Genehmigungsentscheidung einschließlich des Errichtungsverbots **gerichtlich voll überprüfbar**. Es gibt **keinen behördlichen Beurteilungsspielraum**. An diesem Punkt ist die Rechtsprechung uneinheitlich. Die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, keine Ausnahme von der grundsätzlich vollen gerichtlichen Überprüfbarkeit zuzulassen. Zwingende Gründe für eine solche Ausnahme bestehen nicht. Im Ergebnis geht es um eine naturwissenschaftlich-technische Frage, die von Gerichten nicht schlechter beurteilt werden kann als von den zuständigen Behörden. Es konnte auch gezeigt werden, dass Sonderkonstellationen, auf die vereinzelt verwiesen wird, sich von dem untersuchten Sachverhalt erheblich unterscheiden. Die Sonderkonstellationen betreffen einerseits militärische Verteidigungsspielräume und andererseits eine naturschutzfachliche Einschätzungsprärogative. Die von § 18a LuftVG bezweckte Gefahrenabwehr ist davon zu trennen.
7. Schließlich wurde am Beispiel Nordrhein-Westfalens das **Verhältnis von Flugsicherung und Windenergienutzung im Planungsverfahren** untersucht.
 - 7.1 Auf der Ebene der **Raumordnungsplanung** betreibt Nordrhein-Westfalen eine Vorrangplanung ohne Ausschlusswirkung. Leitlinie dabei ist der Windenergie-Erlass vom 11. Juli 2011. Ein aktueller **Landesentwicklungsplan** ist in Vorbereitung. Es wird eine **Ermöglichungsplanung** mit einer Mindestmengenvorgabe und Proportionalitätsvorgabe zur Ausweisung von Vorranggebieten in der Regionalplanung vorgenommen. Diese stehen im planerischen Ermessen des Landes.

- 7.2 Auch die **Regionalpläne** in Nordrhein-Westfalen werden derzeit überarbeitet und beinhalten eine Vorrangplanung ohne Ausschlusswirkung. Dabei verschiebt sich die Planungsentscheidung mit Regelausschlusswirkung für die Windenergienutzung auf die kommunale Ebene. Die Einzelfallbewertung gem. § 18a LuftVG kann nicht bereits auf der Planungsebene vorweggenommen werden. Auch die Umgebung rund um Flugsicherungseinrichtungen ist daher als Potenzialfläche zu berücksichtigen. Allerdings sollte im zweiten Planungsschritt der Umkreis von 3 km wegen der Wahrscheinlichkeit einer Störung frei gehalten und nicht als Vorranggebiet ausgewiesen werden.
- 7.3 Bei der **Flächennutzungsplanung** ist zu beachten, dass die von der ICAO herangezogenen Schutzbereiche um Flugsicherungsanlagen nicht als harte Tabuzonen anzusehen sind. Somit bleibt den Kommunen ausreichend Flexibilität. Allerdings ist zu beachten, dass keine Konzentrationszonen ausgewiesen werden dürfen, in denen Vorhaben im Genehmigungsverfahren letztlich scheitern würden. Aus diesem Grund empfiehlt es sich auch bei der Flächennutzungsplanung, den Umkreis von 3 km um Flugsicherungseinrichtungen frei zu halten.



Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis



Prof. Dr. Christoph Moench



Dr. Constantin von der Groeben, LL.M.