

RECHTSGUTACHTEN

zur

**Geltendmachung einer Beeinträchtigung von Belangen des
DWD bei Errichtung von Windenergieanlagen**

für

**das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft
Baden-Württemberg**

erstellt durch

**Rechtsanwalt Christof Federwisch
Rechtsanwalt und Dipl. Geogr. Dr. Holger Schmitz**

am

17.07.2015

INHALTSVERZEICHNIS

I. Fragestellung.....	3
II. Zusammenfassung.....	5
III. Technische Annahmen auf der Grundlage der vorliegenden Gutachten und Dokumente	6
IV. Rechtliche Würdigung	8
1. Rechtsgrundlagen	8
2. Maßstäbe der Prüfung des Vorliegens des öffentlichen Belangs des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB.....	10
a) Zweistufige Prüfung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB	10
b) Bezugspunkt der Prüfung auf der zweiten Stufe	12
aa) <i>Grammatikalische Auslegung</i>	13
bb) <i>Historisch-genetische Auslegung</i>	13
cc) <i>Systematische Auslegung</i>	16
dd) <i>Teleologische Auslegung</i>	17
c) Beurteilungsspielraum des DWD auf der zweiten Stufe.....	19
d) Vorgaben der WMO	26
e) Darlegungslast des DWD auf der zweiten Stufe	29
3. Maßstäbe der Abwägung zwischen dem öffentlichen Belang des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB und einem nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.....	35
a) Entscheidung der Genehmigungsbehörde.....	36
b) Abwägungsrelevante Gesichtspunkte.....	38
aa) <i>Grundsätzliche Maßgaben</i>	38
bb) <i>Insbesondere: Hinnehmbarkeit der Beeinträchtigung der Aufgaben des DWD</i>	39
cc) <i>Insbesondere: Technische Ausweichmöglichkeiten auf Seiten des DWD</i>	42
dd) <i>Ergebnis</i>	44

I. Fragestellung

Der Deutsche Wetterdienst (DWD) betreibt auf dem Feldberg und bei Türkheim auf der Schwäbischen Alb jeweils eine Wetterradarstation. Bei der Planung und Errichtung von Windkraftanlagen kommt es in der Umgebung der Station in Türkheim zu Konflikten mit dem DWD. In der Umgebung von Türkheim liegen an der Albkante einige windhöfliche Gebiete, die bereits als Vorranggebiete für Windenergieanlagen ausgewiesen sind bzw. ausgewiesen werden sollen.

Bei Windenergieanlagen macht der DWD indes neben Abstandsanforderungen (Radius: 5 Kilometer) auch Höhenbeschränkungen (Radius: 15 Kilometer) geltend. Die Vorgaben haben zur Folge, dass weitreichende Gebiete für Windenergieanlagen nicht nutzbar sind. Dabei bezieht sich der DWD auf angebliche Vorgaben der Commission for Instruments and Methods of Observation, eines Gremiums der Weltorganisation für Meteorologie (WMO), das nach Ansicht des DWD im Abschlussbericht ihrer 15. Sitzung bestimmte Grenzen für Windenergieanlagen vorgegeben habe. Diese Anforderungen hat der DWD in die von ihm herausgegebenen „Informationen zur Errichtung von WEA im Nahbereich der Messsysteme des DWD“ übernommen. In der Folgezeit haben Bauinteressenten für Windenergieanlagen innerhalb der vom DWD beanspruchten Schutzzone von 15 km um die Wetterradarstation Türkheim in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren (mit den Antragsunterlagen) signaturtechnische Gutachten vorgelegt, welche die vom DWD vorgetragene Bedenken entkräften sollen. Die Genehmigungsbehörden stehen allerdings vor dem Problem, sowohl den fachlich schwierigen Sachverhalt zu prüfen, als auch die vorgetragene Bedenken des DWD und die Entgegnungen des Antragstellers rechtssicher zu würdigen.

Das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg hat den signaturtechnischen Sachverständigen Dr. Andreas Frye, Airbus Defence and Space, EADS Deutschland GmbH, Airbus Allee 1, 29199 Bremen mit einer Grundsatzuntersuchung zur Errichtung von Windenergieanlagen im Bereich des DWD Radarstandortes Türkheim beauftragt. Auf die Endfassung der Grundsatzuntersuchung vom 31.03.2015 beziehen sich die folgenden Erläuterungen. Am 09.04.2015 fand in den Räumlichkeiten des Ministeriums eine Erörterung der fachlichen und rechtlichen Fragestellungen statt, an der neben Herrn Dr. Frye u.a. der Sachverständige Dr. Jan Handwerker, Institut für Meteorologie und Klimaforschung des Karlsruher Instituts für Technologie, teilnahm. Die

dort ausgetauschten und erörterten fachlichen Erläuterungen sind ebenfalls in das vorliegende Rechtsgutachten eingeflossen.

Das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg ersucht die Kanzlei Noerr LLP um gutachterliche Prüfung der rechtlichen Tragweite der Einwände des DWD gegen die Errichtung von Windenergieanlagen auf der Basis einer Auswertung der heterogenen Rechtsprechung diverser Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte, nicht zuletzt auch in Bezug auf die teilweise vergleichbaren Einwände im Bereich des Militärs und der Flugsicherheit. Hierbei soll insbesondere auf folgende Fragen eingegangen werden:

- *Darstellung der rechtlichen Grundlagen für die Geltendmachung einer Beeinträchtigung von Belangen des DWD (BauGB, DWD Gesetz, WMO Vorgaben etc.).*
- *Wie sind die Einwände des DWD im Vergleich zu Einwänden im Bereich des Militärs und der Flugsicherheit gegen die Errichtung von Windkraftanlagen zu werten?*
- *Wie ist der Einfluss des Landesklimaschutzgesetzes auf Abwägungen auf den verschiedenen Planungsebenen und im Rahmen von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu bewerten?*
- *Inwieweit sind internationale Richtlinien der Weltorganisation für Meteorologie (WMO) für den DWD bindend (insbesondere der „Commission for Instruments and Methods of Observation, Fifteenth session“)?*
- *Kommt dem DWD ein Beurteilungsspielraum bei der fachlichen Beurteilung der Erheblichkeit einer Beeinträchtigung seiner Radaranlage durch WEA (2. Stufe der Prüfung des § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 BauGB) zu?*
- *Wie konkret muss der DWD die geltend gemachten Beeinträchtigungen auf der 2. Stufe im einzelnen Genehmigungsverfahren darlegen, insbesondere im Hinblick auf Artikel 14 Grundgesetz? Genügt hier die Nennung von Beeinträchtigungen auf der 1. Stufe und daraus gefolgerte, abstrakt befürchtete Schadensereignisse, wie Unwetter (Starkregen oder sog. Minitornados) auf der 2. Stufe, die dann nicht mehr, wie vom DWD erwartet, vorhergesagt werden könnten bzw. deshalb keine ent-*

sprechenden Warnungen mehr generiert werden könnten (Darlegungslast)?

- *Wo läge die Grenze, an der eine Beeinträchtigung der Funktion der Wetterradaranlage vom DWD für die ihm zugewiesene Aufgabe nicht mehr hingenommen werden muss? Ist diese Frage primär technisch zu beantworten oder ist es eine juristisch zu beantwortende Wertungsfrage?*
- *Unter welchen Voraussetzungen müsste der DWD, falls es technische Lösungen zur Reduzierung ggf. vorhandener erheblicher Beeinträchtigungen seiner Anlage gäbe, diese anwenden und in welchem Umfang (Kosten, technische Verfahrenssicherheit, Verhältnismäßigkeit etc.)?*
- *Können sich die Genehmigungsbehörden über eine negative Stellungnahme des DWD hinwegsetzen, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?*

II. Zusammenfassung

Die Einwände des DWD gegen die Errichtung von Windenergieanlagen sind erheblich weniger einschneidend, als vom DWD behauptet und in der bislang vereinzelt gebliebenen Rechtsprechung des VG Regensburg angenommen.

Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung ist, dass die Entscheidung über die Beeinträchtigung des öffentlichen Belangs des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB der Genehmigungsbehörde obliegt. Bezugspunkt kann insoweit nur der übergeordnete Zweck der konkret betroffenen Radaranlage sein, der allein in der Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des DWD nach dem DWDG liegt. Dem DWD kommt insoweit keine Entscheidungsbefugnis und erst recht kein Beurteilungsspielraum zu. Im Gegenteil trifft den DWD, der als Träger eines öffentlichen Belangs im Genehmigungsverfahren lediglich zu beteiligen ist, eine umfassende Darlegungslast, deren Gegenstand eine konkrete Gefahr für ein Schutzgut sein muss, dem zu dienen die Radaranlage bestimmt ist.

Keinesfalls sind im behördlichen Entscheidungsprozess pauschale Angaben oder Schutzradien ausreichend. Solche können insbesondere nicht den angebliehen Vorgaben der WMO entnommen werden, die in keiner Weise Bindungswirkung entfalten. Im Rahmen des abschließenden Abwägungsprozesses zwischen dem öffentlichen Belang des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB und einem

nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierten Windenergieanlagenvorhaben hat die Genehmigungsbehörde insbesondere zu berücksichtigen, dass Beeinträchtigungen von Wetterradaren, die nur lokale Wirkung zeigen, durch den DWD hinzunehmen sind und der DWD gegebenenfalls technische Lösungen zur Abmilderung der Kollisionslage zu ergreifen hat. Allenfalls erscheint ein Überwiegen der Belange des DWD bei WEA in unmittelbarer Umgebung des Wetterradars denkbar, wenn durch die räumliche Nähe sowie die Größe des statischen Anteils der WEA Verschattungen zu erwarten sind, die – wenn auch nur in einem sehr schmalen Korridor – weit über jedweden Schutzbereich hinausreichen. Hierfür muss die WEA aber nach derzeitigem Erkenntnisstand in jedem Falle deutlich innerhalb des 5 km Radius um das Wetterradar belegen sein und die Darlegungslast trägt wie geschildert der DWD.

Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass die behördliche Abwägungsentscheidung gerichtlich voll überprüfbar ist.

III. Technische Annahmen auf der Grundlage der vorliegenden Gutachten und Dokumente

- Der **statische Anteil der WEA** (bis Gondelhöhe) kann eine Beeinflussung des elektromagnetischen Feldes bzw. eine Leistungsminderung hinter der WEA hervorrufen. Man spricht dabei von einer sog. **Verschattung** oder Strahlblockierung.
- Durch die Rotorblätter, d. h. den bewegten Anteil der WEA wird demgegenüber keine praxisrelevante Verschattung hervorgerufen, selbst wenn die Rotorblätter von der niedrigsten Antennensenderichtung erfasst werden.
- Die Verschattung durch den statischen Anteil der WEA kann die Detektion von Wetterphänomenen in einem schmalen Richtungskorridor hinter der WEA einschränken. Die Breite dieser Richtungskorridore beträgt maximal 10 m für den Richtungsbereich hinter der WEA. Zusätzlich sind seitlich jeweils Bereiche mit einer Azimutbreite von ca. 2° zu berücksichtigen, in denen eine Einschränkung der Datenqualität durch Streufelder nicht ausgeschlossen ist.
- Die Verschattung (Richtungskorridor hinter der WEA) liegt nur vor im Falle von WEA in kurzer Distanz zum Radar.

- Der Bereich, in dem Verschattungen ausgelöst werden können, wird von der WMO mit 0-5 km vom Radar aus („Definite Impact Zone“) angegeben (WMO Guidance Statement on Weather Radar/Wind Turbine Siting). Die Messergebnisse haben gezeigt, dass diese Verschattungswirkung relativ schnell mit zunehmender Entfernung zwischen WEA und Radar so weit abnimmt, dass sie für die Funktionsfähigkeit des Wetterradars nicht mehr relevant ist. Dies ist wohl schon bei einer deutlich geringeren Entfernung als 5 Km der Fall.
- In größerer Entfernung jenseits der WEA nimmt die Verschattung aufgrund der Volumenmessung des Radars zusätzlich ab. Direkt hinter einer WEA ist die Feldstärkenminderung am Größten; über eine längere Distanz gleicht sich der Feldstärkeverlauf dem ungestörten Fall zumindest wieder an.
- Unter Berufung auf „internationale Richtlinien“ der WMO fordert der DWD, dass der nähere Umkreis von fünf Kilometern um die Radarstandorte von WEA freizuhalten ist.
- Der **bewegte Anteil der WEA** (Rotor) kann Dopplerreflexionen bzw. Fehlechos im Nahbereich um jede WEA hervorrufen. Man spricht hier vom Störgebiet oder „**Impact Zone**“ um eine WEA.
- Durch den statischen Anteil der WEA werden demgegenüber keine relevanten Dopplerreflexionen bzw. Fehlechos hervorgerufen.
- Die Reflektivität jeder WEA liegt um mehrere Dekaden oberhalb der Systemschwelle des Radars und schließt deshalb eine Detektion von Wetterphänomenen im Nahbereich um jeden WEA-Standort sicher aus. So wird die Detektion von Niederschlag und von Scherwinden beeinträchtigt. Es kann zu einem fälschlichen Auslösen von automatischen Warnprodukten des DWD kommen. Hinsichtlich der Gewitterwarnung betrifft dies den vom DWD angenommenen Grenzwert von 46 dBZ; Gewitter die diesen Grenzwert weit überschreiten, werden unproblematisch erkannt (Niederschrift über die öfftl. Sitzung des VG Trier zum Az. 6 K 869/14, Vernehmung des Sachverständigen Dr. Handwerker, Seite 10).
- In Einzelfällen bei mehreren WEA in gleicher Distanz zum Radar kann sich das Störgebiet seitlich ausdehnen.

- Die Höhe des Störvolumens ist auf die Gesamthöhe einer WEA (bis Rotorblattspitze) begrenzt.
- Radarmessergebnisse sowie Simulationen belegen, dass auch jenseits von 15 km vom Radar aus Störeinflüsse durch WEA zu erwarten sind („Clutter“). Tatsächlich nimmt die Flächenausdehnung von WEA-Störgebieten beispielsweise bei steigender Entfernung zum Radarstandort aufgrund des größer werdenden Auflösungsvolumens zu, während die Stärke der Clutterstörung in Abhängigkeit von der Anzahl erfasster WEA abnimmt.
- Der Bereich, in dem WEA im niedrigsten Elevationswinkel sichtbar sind und Störungen hervorgerufen werden können, wird von der WMO mit 45 km angegeben. Selbst den Bereich jenseits der 45 km Entfernung bezeichnet die WMO als „Intermittent Impact Zone“ und empfiehlt eine Anzeige von WEA.
- Demgegenüber fordert der DWD wiederum unter Berufung auf „internationale Richtlinien“ der WMO in einem Radius von 15 km um Radarstandorte Höhenbeschränkungen, wobei die maximale Höhe der WEA bis zur Rotorspitze nicht die Antennenhöhe überschreiten darf (bereinigt um die Erdkrümmung).
- Schließlich hat auch die Elevation selbst Einfluss auf die verfügbaren Daten. In einem konkreten Einzelfall gelangte der gerichtliche Sachverständige zu dem Ergebnis, dass für 75% des Bundesgebietes aufgrund der Elevation keine Daten unterhalb der Gesamthöhe der betreffenden WEA zur Verfügung stünden (Niederschrift über die öfftl. Sitzung des VG Trier zum Az. 6 K 869/14, Vernehmung des Sachverständigen Dr. Handwerker, Seite 9).

IV. Rechtliche Würdigung

1. Rechtsgrundlagen

Die Erteilung einer nach § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG i. V. m. § 1 Abs. 1 der 4. BImSchV und Nr. 1.6 des Anhangs zur 4. BImSchV erforderlichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung zur Errichtung einer Windenergieanlage ab einer Gesamthöhe (Mast zuzüglich Rotor) von über 50 m setzt voraus, dass die immissionsschutzrechtlichen Voraussetzungen gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erfüllt sind und dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften gemäß

§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG nicht entgegenstehen. Zu dem sich nach der letztgenannten Bestimmung ergebenden Prüfungsprogramm gehört insbesondere auch die Einhaltung baurechtlicher Bestimmungen. Für die hier aufgeworfene Fragestellung ist von besonderer Bedeutung, ob dem Vorhaben der öffentliche Belang des Schutzes von Funk- und Radaranlagen gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB entgegensteht:

„Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt insbesondere vor, wenn das Vorhaben [...] die Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen stört.“

Neben den technisch-naturwissenschaftlichen Gegebenheiten sind die Aufgaben und Befugnisse des Deutschen Wetterdienstes (nachfolgend DWD) nach dem Gesetz über den Deutschen Wetterdienst¹ (nachfolgend DWDG) von besonderer Bedeutung für die Beantwortung der sich stellenden Rechtsfragen. Die Aufgaben des DWD werden in § 4 DWDG geregelt. Aus dem dort aufgelisteten Aufgabekatalog sind *„die meteorologische Sicherung der Luft- und Seefahrt“* (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 DWDG), *„die Herausgabe von amtlichen Warnungen über Wettererscheinungen, die zu einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen können, insbesondere in Bezug auf drohende Hochwassergefahren“* (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 DWDG) und *„der Betrieb der erforderlichen Mess- und Beobachtungssysteme zur Erfüllung der unter den Nummern 1 bis 7 genannten Aufgaben“* (§ 4 Abs. 1 Nr. 8 DWDG) von besonderer Bedeutung.

Die Befugnisse des DWD sind in § 5 DWDG geregelt. Zu diesen ist festzustellen, dass dem DWD keinerlei Entscheidungsbefugnisse die Wahrung seiner Belange betreffend, wie sie etwa § 18a Abs. 1 LuftVG zugunsten des Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung vorsieht, oder Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Verwaltungsakten eingeräumt werden.

Keine im Zusammenhang der hier bearbeiteten Fragestellung relevante rechtliche Grundlage stellen dagegen die vermeintlichen Richtlinien der Weltorganisation für Meteorologie (nachfolgend WMO), insbesondere der *„Commission for Instruments and Methods of Observation, Fifteenth session“* dar.

¹ Gesetz über den Deutschen Wetterdienst vom 10. 09.1998, BGBl. I S. 2871; zuletzt geändert durch Art. 10 G zur Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung und zur Änd. und Anpassung weiterer Vorschriften vom 29. 07. 2009, BGBl. I S. 2424.

Die vorstehende Skizze der für die Fragestellung dieses Rechtsgutachtens maßgeblichen Rechtgrundlagen lässt bereits erkennen, dass sich eine Vielzahl von Parallelen zur gleichermaßen ausdifferenzierten wie divergenten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtsbarkeit zu den Einwänden im Bereich des Militärs und der Flugsicherheit gegen die Errichtung von Windenergieanlagen ziehen lassen, aber gleichermaßen auch gewichtige und – wie zu zeigen sein wird – im Ergebnis entscheidende rechtliche Unterschiede zu diesen bestehen.

Mit den Einwänden des DWD gegen die Errichtung von Windenergieanlagen haben sich – soweit ersichtlich – unmittelbar bislang lediglich zwei Verwaltungsgerichte befasst, die sich inhaltlich in entscheidenden Punkten widersprechen: Das VG Trier² in einem recht kursorischen Beschluss im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und nunmehr ausführlich in dem entsprechenden Urteil in der Hauptsache³ sowie das VG Regensburg⁴ in einem Urteil. Die Eilentscheidung des VG Trier sowie das Urteil des VG Regensburg datieren aus dem Jahre 2013, das Urteil des VG Trier aus dem Jahre 2015.

2. Maßstäbe der Prüfung des Vorliegens des öffentlichen Belangs des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB

a) Zweistufige Prüfung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB

Das VG Regensburg hat zutreffend die in der Rechtsprechung zur Störung von Verteidigungsradaren und Flugsicherungseinrichtungen entwickelte zweistufige Prüfung, nach der auf der ersten Stufe zunächst festzustellen ist, ob das Radar durch ein Vorhaben überhaupt technisch beeinflusst wird, und sodann auf der zweiten Stufe zu prüfen ist, ob sich diese Störung auf die Funktionsfähigkeit des Radars auswirkt,⁵ auch auf die Wetterradare des DWD übertragen.⁶

² VG Trier, Beschluss vom 03.05.2013 – 5 L 324/13.TR – juris.

³ VG Trier, Urteil vom 23.03.2015 – 6 K 869/14.TR.

⁴ VG Regensburg, Urteil vom 17.10.2013 – RO 7 K 12.1702 – juris.

⁵ Grundlegend VG Hannover, Beschluss vom 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 55; bestätigend OVG Lüneburg, Beschluss vom 13.04.2011 – 12 ME 8/11 – juris, Rn. 13; zustimmend auch VG Aachen, Urteil vom 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris; VG Schleswig, Urteil vom 16.02.2012 – 6 A 107/11 – juris. Vgl. zum Ganzen *Federwisch/Dinter*, Windenergieanlagen im Störfeld der Flugsicherung, NVwZ 2014, 403.

⁶ VG Regensburg, Urteil vom 17.10.2013 – RO 7 K 12.1702 – juris, Rn. 34.

Gegen die zweistufige Prüfung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB hat sich in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bislang – soweit ersichtlich – ausschließlich Widerspruch des VG Stade⁷ artikuliert⁸. Nach diesem liegt in jeder technischen Beeinflussung einer Funk- oder Radaranlage zugleich auch deren Störung:

„Weil besonders schwere Gefahren drohen, ist es nicht plausibel, noch Spielräume im Rahmen des Merkmals ‚Störung‘ des § 35 Absatz 3 BauGB (oder des § 18a Absatz 1 LuftVG) zu schaffen, wenn eine Störung tatbestandlich festgestellt ist.“⁹

Eine auch nach Ansicht des VG Stade erforderliche Korrektur des ansonsten ausufernden öffentlichen Belangs des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB habe erst und ausschließlich im Wege der Abwägung gegenüber dem nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierten Vorhaben zu erfolgen:

„Andererseits ist eine wertende Einschränkung rechtlich geboten, und zwar hier schon deshalb, weil die Errichtung der Windkraftanlagen nach § 35 Absatz 1 Satz 1 Nummer 6 BauGB [sic!] ein privilegiertes Vorhaben ist. Die Möglichkeit dazu ergibt sich aber systematisch schon daraus, dass das Vorhaben bauplanungsrechtlich nur dann unzulässig ist, wenn der öffentliche Belang des § 35 Absatz 3 Satz 1 Nummer 8 BauGB - ‚Störung‘ - dem Vorhaben im Sinn des § 35 Absatz 1 Satz 1 BauGB ‚entgegensteht‘. [...] Es handelt sich also nicht um eine zweite Stufe der Prüfung des Tatbestandsmerkmals ‚Störung‘. Eine einschränkende Wertung ist daher methodisch nur plausibel, wenn sie nicht bei dem Tatbestandsmerkmal ‚Störung‘ oder bei der Rechtsfolge ansetzt, sondern bei dem Merkmal ‚entgegensteht‘.“¹⁰

Das Prüfungsmodell des VG Stade führt allerdings zu einer folgenreichen und kaum absehbaren Ausweitung des Kreises öffentlicher Belange und damit der am Genehmigungsverfahren zu beteiligenden Träger eben dieser, die letztlich zu einer mit der durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten

⁷ VG Stade, Urteil vom 01. April 2014 – 2 A 408/10 – juris, Rn. 152 ff.

⁸ Insoweit unklar VG Trier, Urteil vom 23.03.2015 – 6 K 869/14.TR – Urteilsumdruck S. 20 f.

⁹ VG Stade, Urteil vom 01. April 2014 – 2 A 408/10 – juris, Rn. 153.

¹⁰ VG Stade, Urteil vom 01. April 2014 – 2 A 408/10 – juris, Rn. 154

Baufreiheit kaum noch zu vereinbarenden Verlangsamung und Verkomplizierung des Baugenehmigungsverfahrens führte. Dies gilt umso mehr, als § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB nach allgemeiner Ansicht auch die Funk- und Radaranlagen Privater erfasst.¹¹ Einen sachgerechten „Filter“ öffentlicher Belange des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB bietet daher alleine die zweistufige Prüfung der Vorschrift selbst.

b) Bezugspunkt der Prüfung auf der zweiten Stufe

Ist auf der zweiten Stufe der oben skizzierten zweistufigen Prüfung zu ermitteln, ob sich die auf der ersten Stufe nach naturwissenschaftlich-technischen Kriterien ermittelte Beeinflussung einer Radaranlage tatsächlich auf die Funktion des Radars erheblich auswirkt, ist hierfür von fundamentaler Bedeutung, was überhaupt der Bezugspunkt der „Funktion“ des Radars ist.

So ist die Funktion eines Wetterraders naturgemäß zunächst eine andere als die von Flugsicherungs- oder Verteidigungsradaren, entscheidend ist aber jeweils der übergeordnete Zweck der konkreten Radaranlage. Hinsichtlich der Funktion eines Flugsicherungsradars war der Bezugspunkt der Störung demgemäß stets eindeutig auf den durch die jeweilige Flugsicherungsanlage überwachten Luftverkehr zu beschränken. Insoweit zutreffend das VG Stade:

„Die Radaranlagen haben aber ihrerseits stets einen konkreten – und damit eingeschränkten – Einsatzbereich, nämlich für die vorgeschriebenen oder üblichen Flugrouten, gegebenenfalls auch Ausweichrouten. Den gesamten sogenannten Anlagenschutzbereich des Radars – z. B: eines 15 km Radius um die Anlage – von jeglichem Einfluss freizuhalten, ist daher ersichtlich schon gar nicht Sinn der Regelung in § 35 BauGB oder § 18a LuftVG.“¹²

Dementgegen fordert der DWD pauschal einerseits die Freihaltung des näheren Umkreises von fünf Kilometern um die Radarstandorte von WEA

¹¹ Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang/Reidt, BauGB, § 35 Rn. 98; EZBK/Söfker BauGB, § 35 Rn. 110a; Dürr, in: Brügelmann, Baugesetzbuch, 90. EL 2014, § 35 Rn. 100b: „Hätte der Gesetzgeber nur öffentliche Funk- und Radaranlagen schützen wollen, hätte er dies zum Ausdruck bringen müssen.“

¹² VG Stade, Urteil vom 01.04.2014 – 2 A 408/10 – juris, Rn. 154.

und andererseits in einem Radius von 15 km um Radarstandorte Höhenbeschränkungen, wobei die maximale Höhe der WEA bis zur Rotorspitze nicht die Antennenhöhe überschreiten darf (bereinigt um die Erdkrümmung). Da innerhalb des Geltungsbereichs der Höhenbegrenzungen WEA nur dann zulässig wären, wenn sie vollständig unterhalb des niedrigsten Elevationswinkels des Wetterraders blieben, kommen die Höhenbegrenzung letztlich einem Errichtungsverbot für moderne WEA im besagten 15 km Radius gleich.

Tatsächlich wird man aber auch beim Wetterrader auf eine Störung der übergeordneten Funktion, des übergeordneten Zwecks der Radaranlage abstellen müssen. Eine rein technische Betrachtung der Betriebsparameter genügt demgegenüber nicht. Dies bestätigt auch die Anwendung der klassischen Auslegungscanones.

aa) Grammatikalische Auslegung

Der bloße Wortlaut des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB liefert für die hier aufgeworfene Frage keinen Anhaltspunkt. Der verwendete Begriff der Funktionsweise kann semantisch gleichermaßen die Arbeitsweise der konkret in Frage stehenden Anlage innerhalb ihrer technische Parameter wie den Fortbestand ihrer Eignung für den übergeordneten Zweck, dem zu dienen sie bestimmt ist, sein.

bb) Historisch-genetische Auslegung

Der öffentliche Belang des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB wurde mit der BauGB-Novelle aus dem Jahre 2004 in das Gesetz aufgenommen¹³. Nach dem ursprünglichen Gesetzesentwurf der Bundesregierung sollte die Norm zunächst weiter gefasst werden, nämlich:

„[Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange liegt insbesondere vor, wenn das Vorhaben] 8. die Funktionsfähigkeit von Telekommunikations- und Radaranlagen stört.“¹⁴

In der Begründung des Regierungsentwurf hieß es dazu lapidar:

¹³ Europarechtsanpassungsgesetz Bau vom 24.06.2004, BGBl. I S. 1359.

¹⁴ BR-Drs. 756/03, S. 36.

„Dem Katalog der öffentlichen Belange soll eine Nummer 8 angefügt werden. Hiermit soll verdeutlicht werden, dass namentlich die Errichtung von Windenergieanlagen im Außenbereich nur zulässig ist, wenn das Vorhaben die Funktionsfähigkeit von Telekommunikations- und Radaranlagen nicht stört.“¹⁵

Gegen die ursprüngliche Formulierung hat der Bundesrat erhebliche Bedenken eingewendet. Die mit der Sache befassten Ausschüsse des Bundesrats gingen sogar soweit, die Einfügung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB ganz zu streichen.¹⁶ Zur Begründung des Streichungsvorschlags wurde die tatbestandliche Weite der vorgeschlagenen Formulierung und die fragwürdige Privilegierung von Telekommunikations- und Radaranlagen gegenüber anderen Einrichtungen angeführt:

„Die vorgeschlagene Änderung würde dazu führen, dass die Funktionsfähigkeit von Telekommunikations- und Radaranlagen generell als öffentlicher Belang anerkannt wird. Dieser Bereich kann in Teilen im öffentlichen Interesse stehen, in der Regel finden diese Anwendungen aber im Rahmen wirtschaftlicher Unternehmen statt. Die damit verbundene besondere Gewichtung gegenüber anderen Anlagen ist nicht gerechtfertigt. Die im öffentlichen Interesse stehenden Funk- und Kommunikationseinrichtungen können auf Grundlage der bestehenden Rechtslage entsprechend berücksichtigt werden, einer besonderen Regelung bedarf es somit nicht.“¹⁷

Hilfswise schlugen die Ausschüsse vor, jedenfalls den Begriff der „Telekommunikationsanlage“ durch denjenigen der „Funkstelle“ zu ersetzen.¹⁸ Diese Einschränkung wurde unter anderem mit der Befürchtung begründet, dass ein zu weites Verständnis des öffentlichen Belangs des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB zukünftige Baugenehmigungsverfahren unangemessen erschweren und verlangsamen kön-

¹⁵ BR-Drs. 756/03, S. 154; BT-Drs. 15/2250, S. 55.

¹⁶ BR-Drs. 756/1/03, S. 42 Ziff. 48.

¹⁷ BR-Drs. 756/1/03, S. 42 Ziff. 48.

¹⁸ BR-Drs. 756/1/03, S. 42 Ziff. 49.

ne, während die Einschränkung dem eigentlichen gesetzgeberischen Ziel einer Sicherstellung der Flugsicherheit besser entspreche:

„Zu bedenken ist insoweit auch, dass der weite Begriff der Telekommunikationsanlagen in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB mit Erschwernissen im Baugenehmigungsverfahren verbunden sein wird, da der Kreis der zu beteiligenden Stellen erweitert werden müsste.

Demgegenüber entspricht die Aufnahme des Belangs der ‚Funktionsfähigkeit von Funkstellen‘ den vom Bundesministerium der Verteidigung geltend gemachten Belangen der Flugsicherheit. Durch Windkraftanlagen im Außenbereich könne nur der Betrieb von Funkstellen gestört werden. Insbesondere durch die rotierenden Teile der Windkraftanlagen könne nämlich die Funkverbindung (Sprachübertragung, Datenübertragung) gestört werden, was zu einem (vorübergehenden) Totalausfall von Funkstrecken führen könne; dies wiederum kann die Flugsicherheit beeinträchtigen.“¹⁹

Diesen Ausführungen hat sich sodann die Bundesregierung ausdrücklich angeschlossen:

„Der Begriff der Telekommunikationsanlagen als umfassender Begriff der Nachrichtentechnik würde eine Vielzahl von Einrichtungen erfassen. [...] Zu bedenken ist insoweit auch, dass der weite Begriff der Telekommunikationsanlagen in § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB mit Erschwernissen im Baugenehmigungsverfahren verbunden sein wird, da der Kreis der zu beteiligenden Stellen erweitert werden müsste. [...] Demgegenüber entspricht die Aufnahme des Belangs der ‚Funktionsfähigkeit von Funkstellen‘ den vom Bundesministerium der Verteidigung geltend gemachten Belangen der Flugsicherheit.“²⁰

Der entsprechenden Fassung des Gesetzesvorschlags haben Bundesrat und Bundestag schließlich zugestimmt, letzterer ebenfalls unter

¹⁹ BR-Drs. 756/1/03, S. 43 Ziff. 49.

²⁰ BT-Drs. 15/2250, S. 81

ausdrücklicher Bezugnahme auf die Einwände des Bundesrates durch den zuständigen Ausschuss.²¹

Trotz aller verfassungsrechtlicher und methodischer Bedenken²² gegen eine allzu unkritische Verwendung der Gesetzesmaterialien im Rahmen der Gesetzesauslegung dokumentieren diese hier gleichermaßen klar wie eindeutig einen gesetzgeberischen Willen, den öffentlichen Belang des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB erstens tendenziell eher eng auszulegen²³ und zweitens den neuen öffentlichen Belang streng auf die übergeordnete Funktion der konkreten Funk- oder Radaranlage – wie etwa die in den Materialien konkret genannte – Flugsicherheit zu beziehen.

cc) *Systematische Auslegung*

Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man bei systematischer Betrachtung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB. Die Qualifikation eines zu schützenden Rechtsguts als öffentlicher Belang i. S. d. § 35 Abs. 3 BauGB setzt dessen bodenrechtliche Relevanz voraus.²⁴ Dementsprechend bildet auch der öffentliche Belang der Beeinträchtigung des Denkmalschutzes i.S.d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB einen eigenständigen bodenrechtlichen Begriff des Denkmalschutzes ab.²⁵ Das Bodenrecht umfasst nach der klassischen Definition des Bundesverfassungsgerichts allerdings ausschließlich solche „*Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben, also die rechtlichen Beziehungen des Menschen zum Grund und Boden regeln.*“²⁶ Ein solch einengendes Verständnis des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB ist nach Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs angesichts der begrenzten Gesetzgebungskompetenz des Bundes bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend:

²¹ BT-Drs. 15/2996, S. 67.

²² Vgl. überblicksweise Waldhoff, Gesetzesmaterialien aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Fleischer, Mysterium „Gesetzesmaterialien“, S. 75 ff.

²³ So auch OVG Münster, Urteil vom 18.08.2009 - 8 A 613/08 - ZfBR 2010, 170 (173).

²⁴ Dürr, in: Brügelmann, Baugesetzbuch, 90. EL 2014, § 35 Rn. 77.

²⁵ EZBK/Söfker BauGB, § 35 Rn. 95.

²⁶ BVerfGE 3, 407 (427).

„Darüber hinaus ist klärungsbedürftig, wann ein Außenbereichsvorhaben die Funktionsfähigkeit von Funkstellen i. S. von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB ‚stört‘. Aufgrund der eingeschränkten Gesetzgebungskompetenz des Bundesgesetzgebers über Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG und unter Berücksichtigung der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Rechtsgutachten vom 16. Juni 1954 (BVerfGE 3, 407) ist davon auszugehen, dass es sich insoweit um eine auf städtebaulichen Gründen beruhende Störung handeln muss.“²⁷

Einen in diesem Sinne bodenrechtlichen Bezug kann der Schutz von Funk- und Radaranlagen aber nur dann aufweisen, wenn sich in ihm ein Nutzungskonflikt bezüglich der knappen Ressource „Boden“ artikuliert. Ein solcher Nutzungskonflikt ist jedoch nur in Bezug auf die übergeordnete Funktion der Funk- oder Radaranlage angemessen zu beurteilen. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass nach wohl allgemeiner Ansicht § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB auch private Anlagen erfasst.²⁸ Der Schutz der bloß technischen Funktion einer privaten Anlage kann aber von vorneherein kein öffentlicher Belang sein. Zum öffentlichen Belang kann der Schutz einer privaten Anlage alleine im Hinblick auf ihr übergeordnete Funktion werden.

dd) Teleologische Auslegung

Schließlich und entscheidend sprechen auch Sinn und Zweck des öffentlichen Belangs des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB dafür, den Begriff der „Funktionsfähigkeit“ ausschließlich auf den übergeordneten Zweck der Funk- oder Radaranlage zu beziehen. Es ist schlechterdings nicht ersichtlich, warum die technisch-funktionale Integrität von Funk- und Radaranlagen – mit den einschneidenden Rechtsfolgen von § 35 Abs. 1 Satz 1 BauGB – um ihrer selbst willen geschützt sein soll. Dies gilt umso mehr – es sei nochmals betont – als dass die

²⁷ BayVGH, Urteil vom 23.11.2011 – 14 BV 10.1811 – juris, Rn. 53.

²⁸ Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang/Reidt, BauGB, § 35 Rn. 98; EZBK/Söfker BauGB, § 35 Rn. 110a; Dürr, in: Brügelmann, Baugesetzbuch, 90. EL 2014, § 35 Rn. 100b: „Hätte der Gesetzgeber nur öffentliche Funk- und Radaranlagen schützen wollen, hätte er dies zum Ausdruck bringen müssen.“

Vorschrift auch private Anlagen erfasst.²⁹ Vor dem Hintergrund der Rechtsfolgen einer Einordnung als öffentlicher Belang betont das OVG Münster sogar, dass § 35 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 BauGB nur solche Anlagen umfassen könne, die zu Abwehr erheblicher Gefahren bestimmt sind:

„Daraus, dass der Gesetzgeber Gefahren für die Flugsicherheit abwehren wollte, ersichtlich aber nicht schlechthin jede Telekommunikationsverbindung vor Beeinträchtigungen schützen wollte, folgt indessen zumindest, dass der in § 35 Absatz 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB normierte öffentliche Belang nur dann die bauplanungsrechtliche Unzulässigkeit eines Vorhabens begründet, wenn es um die Abwehr von Gefahren geht, deren Gewicht den im Gesetzgebungsverfahren in den Blick genommenen öffentlichen Belangen – hier: militärische Belange sowie Flugsicherheit – vergleichbar ist. Qualitätseinbußen beim terrestrischen Rundfunkempfang zählen dazu ersichtlich nicht.“³⁰

Nicht zuletzt wäre eine andere Auslegung vor dem Hintergrund der entgegenstehenden und durch Art. 14 GG geschützten Interessen der Investoren von Windenergieanlagen kaum noch als verfassungskonform zu betrachten. Zwar folgt aus der Beeinträchtigung eines öffentlichen Belangs i.S.d. § 35 Abs. 3 BauGB noch nicht notwendig die Baurechtswidrigkeit eines nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierten Vorhabens, doch schränkt schon die zur Beurteilung eines Entgegenstehens öffentlicher Belange i.S.d. § 35 Abs. 1 BauGB vorzunehmende Abwägung und die damit verbundene Verzögerung und Verkomplizierung des Baugenehmigungsverfahrens durch die Beteiligung eines weiteren Trägers eines öffentlichen Belangs – den durch den Bundesrat im Gesetzgebungsverfahren artikulierten Bedenken entsprechend – die Grundrechtsposition des Bauinteressenten in rechtfertigungsbedürftiger Weise ein. Eine entsprechende Rechtfertigung käme für die bloß technische Funktionalität einer Funk- oder

²⁹ Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang/Reidt, BauGB, § 35 Rn. 98; EZBK/Söfker BauGB, § 35 Rn. 110a; Dürr, in: Brügelmann, Baugesetzbuch, 90. EL 2014, Rn. 100b.

³⁰ OVG Münster, Urteil vom 18.08.2009 - 8 A 613/08 - ZfBR 2010, 170 (173), bestätigend OVG Münster, Beschluss vom 27.08.2014 – 8 B 550/14 – juris, Rn. 19; vgl. auch BayVGH, Urteil vom 23.11.2011 – 14 BV 10.1811 – juris, Rn. 52.

Radaranlage ohne Rücksicht auf ihre übergeordneten Funktion jedoch kaum in Betracht.

Im Ergebnis schließt sich auch das VG Regensburg der hier vertretenen Auffassung an:

„Die Anlage auf dem E... ist Teil des Wetterradarverbunds des Beigeladenen zu 1 und einer von insgesamt 17 Standorten im Bundesgebiet. Sie dient der Erfüllung der Aufgaben nach § 4 des Gesetzes über den Deutschen Wetterdienst. [...] Jedenfalls ist für die Frage der Funktionsfähigkeit der Radaranlage entscheidend die Auswirkung der Störwirkung der Windkraftanlage auf die Auswertung und Interpretation der Daten und damit letztlich auf die verschiedenen vom Beigeladenen zu 1 (DWD) angebotenen Produkte.“³¹

c) Beurteilungsspielraum des DWD auf der zweiten Stufe

Auf der zweiten Stufe, also hinsichtlich der Erheblichkeit einer Beeinträchtigung durch ein Vorhaben, billigt das VG Regensburg dem DWD einen Beurteilungsspielraum zu.³²

Ohne sich ausdrücklich mit der Frage zu beschäftigen, war das VG Trier zuvor zum gegenteiligen Ergebnis gekommen.³³ Zwar hat das Gericht den Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung einer Änderungsgehmigung für eine Windkraftanlage – nachdem der DWD Widerspruch gegen diese erhoben hatte – angesichts des summarischen Charakters des Verfahrens im einstweiligen Rechtsschutz abgelehnt, doch betont das Gericht in den Gründen, dass eine Rechtsverletzung des DWD durch die erteilte Genehmigung zwar nicht auszuschließen sei, deren Feststellung aber *„in der Hauptsache weiterer Sachverhaltsaufklärung – wohl durch Einholung eines Sachverständigengutachtens –, inwieweit die Wetterradaranlage der Beigeladenen durch die genehmigte Erhöhung der Windkraftanlage*

³¹ VG Regensburg, Urteil vom 17.10.2013 – RO 7 K 12.1702 – juris, Rn.27, 37.

³² VG Regensburg, Urteil vom 17.10.2013 – RO 7 K 12.1702 – juris, Rn. 37.

³³ Beschluss vom 03.05.2013 – Az. 5 L 324/13.TR – juris.

tatsächlich gestört wird“³⁴ bedürfe. Demnach hielt das Gericht also einen Beurteilungsspielraum des DWD für ausgeschlossen.

Jüngst hat das VG Trier dieses Ergebnis in der Entscheidung in der Hauptsache ausdrücklich bestätigt:

*„Ebenso wenig vermag die Kammer zu erkennen, dass die privaten Belange der Beigeladenen ohne weiteres zurückzutreten hätten, weil nur die Klägerin kraft eines ‚Beurteilungsspielraums‘ beurteilen könne, wann ihre Radaranlage in unzumutbarer Weise gestört werde.“*³⁵

Nach dem VG Trier steht dem DWD weder ein eigenständiger Beurteilungsspielraum zu, noch kann er sich lediglich aufgrund der Tatsache, dass er auch für das Bundesministerium der Verteidigung Wetterdaten erhebe, auf den in der Rechtsprechung anerkannten³⁶ verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum berufen.³⁷

Das VG Regensburg räumt zwar auch ein, dass sich ein Beurteilungsspielraum zugunsten des DWD nicht in Analogie zu dem in der Rechtsprechung bejahten Beurteilungsspielraum der Bundeswehr hinsichtlich der Erheblichkeit der Störung von Luftverteidigungsradaren³⁸ begründen ließe, da dieser seine Rechtfertigung in der Eigenart des Verteidigungsauftrags der Bundeswehr und der mit diesem nach dem Grundgesetz gegebenen besonderen Stellung der Bundeswehr finde.³⁹

Ein Beurteilungsspielraum des DWD ergebe sich allerdings angesichts vergleichbarer Erkenntnisprobleme in Bereichen von Naturwissenschaft und Technik insbesondere in Übertragung der höchstrichterlich bestätigten naturschutzrechtlichen Einschätzungsprärogative der Naturschutzbehörden bei der artenschutzrechtlichen Prüfung⁴⁰:

³⁴ VG Trier, Beschluss vom 03.05.2013 – 5 L 324/13.TR – juris, Rn. 24.

³⁵ VG Trier, Urteil vom 23.03.2015 – 6 K 869/14.TR – Urteilsumdruck S. 23.

³⁶ Vgl. dazu VG Hannover, Beschluss vom 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 56.

³⁷ VG Trier, Urteil vom 23.03.2015 – 6 K 869/14.TR – Urteilsumdruck S. 23 f.

³⁸ Vgl. dazu VG Hannover, Beschluss vom 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 56.

³⁹ VG Regensburg, Urteil vom 17.10.2013 – RO 7 K 12.1702 – juris, Rn. 37.

⁴⁰ VG Regensburg, Urteil vom 17.10.2013 – RO 7 K 12.1702 – juris, Rn. 37.

„Nach Auffassung der Kammer ist die Annahme eines entsprechenden Beurteilungsspielraums auch in der vorliegenden Fallkonstellation geboten. Es kann dabei dahinstehen, inwieweit überhaupt der Umfang der Erfassung von Windenergieanlagen durch Radaranlagen und deren genauer Störbereich nach allgemeinen Mess- und Berechnungsverfahren objektiv ermittelt werden kann (nach der Erläuterung in der mündlichen Verhandlung z.B. wohl nicht bezüglich des Seitenstrahls). Jedenfalls ist für die Frage der Funktionsfähigkeit der Radaranlage entscheidend die Auswirkung der Störwirkung der Windkraftanlage auf die Auswertung und Interpretation der Daten und damit letztlich auf die verschiedenen vom Beigeladenen zu 1 (DWD) angebotenen Produkte. Es liegt auf der Hand, dass Umfang und Qualität dieser Auswirkung nur von diesem selbst wegen der detaillierten Kenntnis der weiteren Prozesse der Datenverarbeitung beurteilt werden kann und deshalb auch nur er selbst bewerten kann, ob eine (noch) akzeptable Beeinträchtigung vorliegt.“

Den Ausführungen des VG Regensburg kann allerdings bereits im Ansatz nicht gefolgt werden. Aus dem verfassungsrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG folgt die grundsätzliche Pflicht der Gerichte, angefochtene Verwaltungsakte vollständig in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu überprüfen.⁴¹ Eine vollumfängliche Kontrolle ist im Regelfall auch dann vorzunehmen, wenn eine gesetzliche Regelung unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet oder eine Prognose vorsieht.⁴² Angesichts der Bedeutung eines effektiven Rechtsschutzes sind eingeschränkt überprüfbare Beurteilungsermächtigungen als Ausnahmeerscheinungen anzusehen.⁴³ Eine eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte besteht nur dort, wo das materielle Recht in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise das Entscheidungsverhalten nicht vollständig determiniert und der Verwaltung einen Einschätzungs- und Auswahlspielraum belässt. Dazu hat die Rechtsprechung einen Kriterienkatalog entwickelt.⁴⁴ Erforderlich ist da-

⁴¹ BVerfGE 129, 1 (20); BVerwGE 94, 307 (308 f.); vgl. zum Ganzen *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403 (405).

⁴² BVerfGE 103, 142 (156 f.); 129, 1 (20); *Wolff*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO, 3. Aufl. 2010, § 114 Rn. 303 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 72. EL 2014, Art. 19 IV Rn. 191 ff.

⁴³ BVerwGE 100, 221 (225).

⁴⁴ BVerfGE 129, 1 (22); BVerwGE 94, 307 (309 f.); vgl. dazu auch *Schmidt-Aßmann/Groß*, Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte nach der Privatgrundschul-Entscheidung des BVerfG,

nach, dass ein solcher Spielraum zum einen ausdrücklich im Gesetz verankert ist oder sich zumindest durch Auslegung hinreichend deutlich ermitteln lässt. Denn es kann weder der Verwaltung noch den Gerichten überlassen werden, ohne gesetzliche Grundlage durch die Annahme behördlicher Letztentscheidungsrechte die Grenzen zwischen Gesetzesbindung und grundsätzlich umfassender Rechtskontrolle der Verwaltung zu verschieben. Zum anderen bedarf es für die Einschränkung der gerichtlichen Kontrollrechte stets eines hinreichend gewichtigen, am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichteten Sachgrunds.

Diese Voraussetzungen liegen im Falle von Wetterradaren nicht vor, und zwar selbst dann nicht, wenn man die aktuelle Rechtsprechung des OVG Lüneburg zum Beurteilungsspielraum bei Flugsicherungseinrichtungen als maßgeblich unterstellen würde.⁴⁵

Eine Beurteilungsermächtigung zugunsten des DWD ist an keiner Stelle ersichtlich, sie ergibt sich weder ausdrücklich noch nach Auslegung aus den Vorschriften des DWD-Gesetzes noch aus § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB. Eine Beurteilungsermächtigung setzt zunächst voraus, dass eine

NVwZ 1993, 617 (621); *Wolff*, in: Sodan/Ziekow, a.a.O., § 114 Rn. 305, sowie jüngst Jacob/Lau, NVwZ 2015, 241.

⁴⁵ OVG Lüneburg, Urteil vom 03.12.2014 – 12 LC 30/12 – juris, Rn. 83 (noch nicht rechtskräftig); OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.01.2015 – 12 ME 39/14 – juris, Rn. 16. Indes soll an dieser Stelle nicht verschwiegen werden, dass auch die vorgenannten Entscheidungen des OVG Lüneburg in verschiedenster Hinsicht nicht zu überzeugen vermögen. Dies gilt zunächst insoweit, als das OVG für die Entscheidung des BAF (lediglich) einen Vertretbarkeitsmaßstab anlegt, ohne aber die vom BVerfG entwickelten Anforderungen an einen Beurteilungsspielraum im Einzelnen abzuarbeiten. Dabei übersieht das Gericht unter anderem, dass es sich bei den im Zusammenhang des Betriebs von Flugsicherungsanlagen stehenden Fragen keineswegs ausnahmslos um solche wertender, außerjuristischer Natur handelt, so z. B. wenn es um die Frage geht, ob der DFS ein sog. Fehlerbudget zusteht, welches zur Versagung von Genehmigungen für WEA führen kann, selbst wenn die Funktionsfähigkeit der konkreten Navigationsanlage tatsächlich nicht gestört würde. Auch werden die tragenden Erwägungen des OVG dem dynamischen Charakter der fachlichen Einschätzungsprärogative nicht gerecht. In zeitlicher Hinsicht hätte sich das OVG angesichts des massiven Eingriffs in die durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Baufreiheit zumindest mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob § 18a Abs. 1 LuftVG überhaupt noch im verfassungsrechtlichen Sinne hinreichend bestimmt ist, wenn diesem, wie durch das OVG behauptet, auch durch Auslegung keinerlei Maßstäbe zu entnehmen sind, „wann anzunehmen ist, dass Flugsicherungseinrichtungen durch Bauwerke gestört werden können“ (Rn. 50). Überdies ist eine tatsächliche Auseinandersetzung des BAF mit dem aktuellen Stand der einschlägigen Fachwissenschaften an keiner Stelle ersichtlich. Auch das OVG nimmt eine solche nicht vor und verkennt grob die Voraussetzungen der fachlichen Einschätzungsprärogative, wenn es zur Erschütterung der Entscheidung des BAF verlangt, der Kläger müsse beweisen, dass er sich auf „die einzig vertretbare Analysemethode“ berufe. Vgl. auch *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403.

wie auch immer geartete Entscheidungsbefugnis der Behörde in der Sache besteht, wie sie etwa § 18a Abs. 1 LuftVG bezüglich der Störung von Flugsicherungseinrichtungen zugunsten des Bundesaufsichtsamts für Flugsicherung vorsieht.

An einer solchen Entscheidungsbefugnis mangelt es aber bezüglich des DWD bereits. Entgegen der Auffassung des DWD regelt das DWDG in § 4 lediglich die Aufgaben des DWD, begründet jedoch keine Entscheidungskompetenzen in allen mit diesen Aufgaben in Zusammenhang stehenden Angelegenheiten. Auch der mit „Befugnisse“ überschriebene § 5 DWDG enthält solche nicht. Der DWD ist daher lediglich – wie jeder andere Träger eines öffentlichen Belangs i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB⁴⁶ – am Genehmigungsverfahren zu beteiligen, zu einer Entscheidung in der Sache ist alleine die Genehmigungsbehörde bzw. Immissionsschutzbehörde berufen. Würde man jedem Träger eines öffentlichen Belangs ein Entscheidungsrecht – bei Beurteilungsspielraum sogar ein Letztentscheidungsrecht – einräumen, würde die verwaltungsorganisationsrechtliche Kompetenzordnung völlig ausgehebelt. Schlösse man sich dann noch der wohl allgemeinen Ansicht an, nach der § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB auch private Anlagen erfasst,⁴⁷ müsste man konsequenterweise auch Privaten ein gerichtlich nicht überprüfbares Letztentscheidungsrecht über die Grundrechtsverwirklichung anderer Privater zubilligen.

Auch die vom VG Regensburg ausdrücklich gezogene Parallele⁴⁸ zur naturschutzrechtlichen Einschätzungsprärogative der Naturschutzbehörden bei der artenschutzrechtlichen Prüfung vermag nicht zu überzeugen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die dogmatische Grundlage dieser Rechtsfigur wie folgt zusammengefasst:

„Grund für die Zuerkennung einer naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative ist der Umstand, dass es im Bereich des Naturschutzes regelmäßig um ökologische Bewertungen und Einschätzungen geht, für die normkonkretisierende Maßstäbe fehlen. Die Rechts-

⁴⁶ So EZBK/Söfker BauGB, § 35 Rn. 104.

⁴⁷ Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang/Reidt, BauGB, § 35 Rn. 98; EZBK/Söfker BauGB, § 35 Rn. 110a; Dürr, in: Brügelmann, Baugesetzbuch, 90. EL 2014, Rn. 100b: „Hätte der Gesetzgeber nur öffentliche Funk- und Radaranlagen schützen wollen, hätte er dies zum Ausdruck bringen müssen.“

⁴⁸ VG Regensburg, Urteil vom 17.10.2013 – RO 7 K 12.1702 – juris, Rn. 37.

anwendung ist daher auf die Erkenntnisse der ökologischen Wissenschaft und Praxis angewiesen, die sich aber nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweist. Bei zahlreichen Fragestellungen steht - jeweils vertretbar - naturschutzfachliche Einschätzung gegen naturschutzfachliche Einschätzung, ohne dass sich eine gesicherte Erkenntnislage und anerkannte Standards herauskristallisiert hätten. Sind verschiedene Methoden wissenschaftlich vertretbar, bleibt die Wahl der Methode der Behörde überlassen. Eine naturschutzfachliche Meinung ist einer anderen Einschätzung nicht bereits deshalb überlegen oder ihr vorzugswürdig, weil sie umfangreichere oder aufwändigere Ermittlungen oder ‚strengere‘ Anforderungen für richtig hält. Das ist erst dann der Fall, wenn sich diese Auffassung als allgemein anerkannter Stand der Wissenschaft durchgesetzt hat und die gegenteilige Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird.“⁴⁹

In der Sache ähnlich, aber ohne den Begriff der Einschätzungsprärogative oder des Beurteilungsspielraums zu verwenden, hat sich jüngst wie bereits erwähnt das OVG Lüneburg in Bezug auf die Störung einer Flugsicherungsanlage durch Windenergieanlagen geäußert:

„Die Möglichkeiten und Methoden der Analyse und Berechnung von durch Windenergieanlagen zu erwartenden Fehlerbeiträgen und deren Summierung sind umstritten [...]. Eine validierte und damit unangreifbare Analysemethode gibt es derzeit nicht [...]. In einer solchen Lage, in der sich die Wissenschaft noch nicht als eindeutiger Erkenntnisgeber erweist, es also noch an gesicherten Erkenntnissen mangelt und allgemein anerkannte Standards und Beurteilungsmaßstäbe noch nicht entwickelt worden sind, fehlt es den Gerichten an der auf besserer Erkenntnis beruhenden Befugnis, die fachliche Einschätzung der dafür zuständigen Stellen als ‚falsch‘ und ‚nicht rechens‘ zu beanstanden. Dass andere Sachverständige zu einer davon abweichenden Einschätzung gelangen, vermag das Vorgehen jener vom Gesetzgeber mit der gutachtlichen Beurteilung und Kompetenz zur Entscheidung betrauten Stellen nicht durchgreifend in Zweifel zu

⁴⁹ BVerwG, Urteil vom 27. Juni 2013 – 4 C 1/12 –, BVerwGE 147, 118-127, zit. nach juris, Rn. 15; ebenso etwa BVerwG, Urt. v. 09.07.2008 – 9 A 14/07 – BVerwGE 131, 274 = NVwZ 2009, 302 Rn. 64 ff.

ziehen. Das ist erst der Fall, wenn jene abweichende Auffassung allgemeine Anerkennung gefunden hat und die (hier) der Entscheidung zugrunde gelegte Meinung als nicht (mehr) vertretbar angesehen wird.“⁵⁰

Die Entscheidung des OVG Lüneburg sieht sich bereits fundamentaler Kritik ausgesetzt. Nicht nur setzt sich das Gericht in keiner Weise mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte auseinander. Vielmehr verkennt es darüber hinaus, dass es sich bei den umstrittenen Fragestellungen keineswegs um solche naturwissenschaftlicher Art handelt, sondern überwiegend um typische Abwägungsvorgänge, die zum Kernbereich richterlicher Tätigkeit zählen.⁵¹

Ungeachtet dessen gehen sowohl das VG Regensburg als auch das OVG Lüneburg von einer gemeinsamen Prämisse aus, die im Falle der Wetterradare des DWD in entscheidender Weise nicht gegeben ist. Wie das OVG Lüneburg ausdrücklich festhält, ist die Grundvoraussetzung auch für die Zuerkennung einer fachwissenschaftlichen Einschätzungsprärogative, dass die mit der „Kompetenz zur Entscheidung betrauten Stellen“ diese Einschätzung vornehmen. Eine solche Kompetenz zur Entscheidung sieht im Übrigen auch § 48 BNatSchG in Verbindung mit den weiteren Fachgesetzen im Falle der artenschutzrechtlichen Prüfung ausdrücklich vor.⁵² Hinter dieser Überlegung steht der tiefergehende Gedanke, den das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers entwickelt hat⁵³, dass bei einer Unentscheidbarkeit in der Sache auf empirischer Grundlage, diejenige Stelle zur Entscheidung berufen ist, welche mit der höchsten demokratischen Legitimation ausgestattet ist. Dies kann gegebenenfalls auch eine Behörde sein, die von Gesetzes wegen mit der Entscheidung in der Sache betraut ist. An einer solchen Übertragung fehlt es allerdings, wie bereits ausgeführt, in Bezug auf den DWD gerade.

⁵⁰ OVG Lüneburg, Urteil vom 03. Dezember 2014 – 12 LC 30/12 – juris, Rn. 56 f. (noch nicht rechtskräftig); OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.01.2015 – 12 ME 39/14 – juris, Rn. 39 f.

⁵¹ Zu der grundlegenden Kritik auch an dieser Entscheidung siehe Fn. 45.

⁵² Vgl. aber zu den erheblichen Bedenken gegenüber der naturschutzfachlichen Einschätzungsprärogative *Gassner*, DVBl 2012, 1479.

⁵³ Vgl. zu dieser Struktur insbesondere *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers 2014, S. 131.

Überdies besteht auch kein besonderer sachlicher Grund für einen Beurteilungsspielraum des DWD. Ein solcher folgt insbesondere nicht aus einer überlegenen Expertise des DWD.⁵⁴

Der DWD scheidet bereits aufgrund seiner Doppelstellung einerseits als Hoheitsaufgaben wahrnehmender nationaler meteorologischer Dienst der Bundesrepublik Deutschland gem. § 4 DWDG und andererseits als nach betriebswirtschaftlichen Maßstäben zu führender Anbieter am Markt für Wetterdaten gem. §§ 5, 6 DWDG als überlegener und unabhängiger Gutachter aus.⁵⁵ Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass der DWD im Wege des Beurteilungsspielraums das eigene Wetterradarnetz gegenüber negativen Einflüssen absichert und sich auf diese Weise einen nicht zu rechtfertigenden Wettbewerbsvorteil gegenüber privaten Konkurrenten am Markt für Wetterdaten verschafft.

d) Vorgaben der WMO

Der DWD verweist zur Frage, ob eine Störung im Sinne der zweiten Stufe des oben beschriebenen zweistufigen Prüfungsmodells vorliegt, wiederholt auf angebliche Vorgaben der Weltorganisation für Meteorologie (WMO), die er als für sich bindend betrachtet. Insbesondere bezieht er sich auf die Beschlüsse der 15. Sitzung der „Commission for Instruments and Methods of Observations“⁵⁶. Auch das VG Regensburg hat diese vermeintliche „Richtlinie“⁵⁷ der WMO zu Begründung seines Urteils herangezogen.

Bei diesen Beschlüssen handelt es sich allerdings nicht um verbindliche Richtlinien oder gar Rechtsnormen.

Die WMO ist eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen, der die Bundesrepublik Deutschland 1954 beigetreten ist. Aufgrund des Beitrittsabkommens ist die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich zunächst an die Konvention der WMO gebunden. Diese entfaltet aufgrund des Bei-

⁵⁴ Vgl. zu dieser Kategorie bezüglich § 18a Abs. 1 LuftVG VG Düsseldorf, Urteil vom 24.07.2014 – 11 K 3647/12 – juris, Rn. 51; vgl. dazu *Battis/Moench/v. d. Groeben*, Gutachterliche Stellungnahme zur Bedeutung des Errichtungsverbots des § 18a LuftVG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, 2014, S. 33 f.

⁵⁵ Vgl. bezüglich der DFS ebenso *Battis/Moench/v. d. Groeben*, a.a.O., S. 34.

⁵⁶ www.wmo.int/pages/prog/www/IMOP/reports.html.

⁵⁷ So VG Regensburg, Urteil vom 17.10.2013 – RO 7 K 12.1702 – juris, Rn. 33.

trittsgesetzes gem. Art. 59 Abs. 2 GG auch innerstaatliche Bindung für alle Organe der Bundesrepublik. Hinsichtlich des von den Organen der WMO erlassenen Sekundärrechts ist allerdings zu differenzieren: Es bindet die Bundesrepublik Deutschland zwar völkerrechtlich, entfaltet mangels Umsetzung in nationales Recht – und mangels Qualifizierung als Völkergewohnheitsrecht i. S. d. Art. 25 GG – aber keine innerstaatliche Wirkung.

Angesichts fehlender Umsetzung in deutsches Recht können die Beschlüsse der 15. Sitzung der Commission for Instruments and Methods of Observations also von vornherein keine innerstaatlich geltenden Rechtsnormen sein.

Aber auch völkerrechtlich sind diese Beschlüsse für die Bundesrepublik Deutschland nicht bindend. Bindendes Sekundärrecht der WMO können gem. Art. 9 Abs. a der WMO-Konvention nur solche Normen darstellen, die der Kongress der WMO förmlich beschlossen hat.⁵⁸ Hier handelt es sich aber lediglich um ein Dokument eines Gremiums auf bloß technisch-vorbereitender Ebene.

Über die rechtliche Einordnung des Dokuments hinaus kann bereits dem Wortlaut der hier konkret relevanten Abschnitte der Beschlüsse nicht die Intention einer verbindlichen Wirkung entnommen werden, wie jüngst auch das VG Trier festgestellt hat:

„Für die Frage, wann ein Wetterradar gestört ist, fehlt es an konkreten gesetzlichen oder anderweitigen rechtlich konkretisierenden Festlegungen. Auch die Empfehlungen der WMO sind offen formuliert.“⁵⁹

Der DWD und das VG Regensburg – dieses ohne die Fundstelle konkret zu benennen – entnehmen die Reichweite der Radien um eine Wetterradarstation, in denen Windkraftanlagen überhaupt nicht oder nur unter Einhaltung von Höhenbeschränkungen zu errichten sein sollen, dem Annex VI des Dokuments. Dieser Annex bezieht sich auf Nr. 5.13 der eigentlichen

⁵⁸ Frenzel, Sekundärrechtsetzungsakte internationaler Organisationen, 2011, S. 139 ff.; vgl. bereits Ott, Die Weltorganisation für Meteorologie, 1976, S. 60.

⁵⁹ VG Trier, Urteil vom 23.03.2015 – 6 K 869/14.TR – Urteilsumdruck S. 21.

Beschlüsse, der verdeutlicht, dass es der Commission zunächst lediglich um die Schärfung des Problembewusstseins⁶⁰ in der Angelegenheit geht:

„It was recognized that there is a need to raise the awareness of the environment agencies and wind industry companies on the impact that wind turbines can have on weather radar (...).“

Angesichts dieser Zielrichtung wird erklärlich, dass die Commission keinerlei Angaben dazu macht, unter Anwendung welcher naturwissenschaftlicher Methoden und unter Anlegung welcher qualitativer Maßstäbe sie zu ihren Empfehlungen gelangt. Dementsprechend heißt es in Annex VI auch lediglich, dass die bloße Entfernung zwischen Windkraftanlagen und Wetterradarstationen eine allgemeine Beschreibung des Konfliktszenarios erlaube:

„The range between wind turbines and the weather radar can be used to generally describe the impact on radar quality data and also used to provide a mitigation strategy for cooperative siting of weather radars and wind turbines.“

Vor diesem Hintergrund ruft die WMO zur Entwicklung belastbarer Störungsmaßstäbe auf:

„The WMO encourages national radio agencies to develop acceptable obstruction criteria and to provide tools to help the wind farm developer on site selection.“

Dementsprechend zurückhaltend formuliert die Commission im Anschluss, dass es beim Betrieb von Windkraftanlagen in einem Radius von 5 km um eine Wetterradarstation zu Störungen kommen *kann*, sodass Windkraftanlagen in diesem Bereich nicht errichtet werden *sollten*:

„The wind turbine may completely or partially block the radar and can result in significant loss of data that cannot be recovered. Wind turbines should not be installed in this zone.“

⁶⁰ So auch VG Trier, Urteil vom 23.03.2015 – 6 K 869/14.TR – Urteilsumdruck S. 21.

Wie das VG Regensburg dazu kommt, das hier verwendete Wort „*should*“, also ganz deutlich kein „*shall*“, durch ein „*ist*“⁶¹ in den Urteilsgründen zu übersetzen, bleibt sprachlich wie inhaltlich nicht zu erklären. Demgegenüber hat das VG Trier – unter konkreter Nennung des relevanten Abschnitts des Dokuments – den oben genannten Empfehlungen zutreffender Weise lediglich eine indizielle Wirkung beigelegt, die es durch die Einholung eines fachwissenschaftliches Gutachtens zu hinterfragen und gegebenenfalls zu konkretisieren gelte.⁶²

Angesichts der inhaltlichen wie methodischen Unschärfe des Dokuments und dessen bloßen Appellcharakters ist es im Gegensatz zu den technischen Spezifikationen der ICAO⁶³ auch ausgeschlossen, dieses als Wiedergabe des aktuellen Stands der Technik, also als fachlichen Standard, heranzuziehen.

e) **Darlegungslast des DWD auf der zweiten Stufe**

Der DWD ist als Träger eines öffentlichen Belangs gemäß § 11 der 9. BImSchV am Genehmigungsverfahren zu beteiligen und zur Abgabe einer Stellungnahme aufzufordern. Die grundsätzliche Entscheidung der Rechtsprechung, eine mögliche Beeinträchtigung des öffentlichen Belangs des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB zweistufig zu prüfen, wobei zunächst festzustellen ist, ob das Radar durch ein Vorhaben überhaupt technisch beeinflusst wird, und sodann zu prüfen ist, ob sich diese Störung auf die Funktionsfähigkeit des Radars auswirkt,⁶⁴ würde ad absurdum geführt, begnügte man sich im Rahmen der Prüfung der zweiten Stufe mit der bloßen Darlegung von Beeinflussungen im Sinne der ersten Stufe und mit der aus dieser folgenden abstrakten Gefährdungen. Es ist nämlich gerade Sinn und Zweck der zweistufigen Prüfung, nicht jede Beeinträchtigung des öffentli-

⁶¹ VG Regensburg, Urteil vom 17.10.2013 – RO 7 K 12.1702 – juris, Rn. 33.

⁶² VG Trier, Beschluss vom 03.05.2013 – 5 L 324/13.TR – juris, Rn. 24.

⁶³ Zur Bedeutung der Spezifikationen der ICAO insbesondere OVG Lüneburg, Urteil vom 03.12.2014 – 12 LC 30/12 – juris, Rn. 51 ff.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.01.2015 – 12 ME 39/14 – juris, Rn. 34 ff.; ferner VG Hannover, Urteil vom 22.09.2011 – 4 A 1052/10 – juris, Rn. 64; *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403 (404); *Meyer/Wysk*, in: Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, 17. EL Juni 2013, § 18a Rn. 13.

⁶⁴ Grundlegend VG Hannover, Beschluss vom 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 55; bestätigend OVG Lüneburg, Beschluss vom 13.04.2011 – 12 ME 8/11 – juris, Rn. 13; zustimmend auch VG Aachen, Urteil vom 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris; VG Schleswig, Urteil vom 16.02.2012 – 6 A 107/11 – juris. Vgl. zum Ganzen *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403.

chen Belangs des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB als Störung im Sinne dieser Norm werten zu müssen.⁶⁵ Erst durch eine zweistufige Prüfung wird damit – auf der zweiten Stufe – Raum für eine wertende Abwägung zwischen dem öffentlichen Belang des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB einerseits und der durch Art. 14 GG geschützten Eigentümerposition des Grundstückseigentümers bzw. Bauinteressenten geschaffen, die erst eine verfassungskonforme Anwendung von § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB ermöglicht⁶⁶. Diese Abwägung hat nach der Rechtsprechung bezüglich der Beeinträchtigung von Flugsicherungsanlagen auf der Grundlage eines „nachvollziehbaren Schadensszenarios“ zu erfolgen, das der Radaranlagenbetreiber im Rahmen seiner Stellungnahme darzulegen habe.⁶⁷ Auch das VG Hannover fordert insoweit eine „hinreichende Wahrscheinlichkeit“, die nicht gegeben sei, wenn eine „nur ganz entfernt liegende Möglichkeit des Eintritts“ eines Schadens bestehe.⁶⁸ Insoweit begründet nach der Ansicht des OVG Münster gerade die einem faktischen Bauverbot entsprechende Intensität des Eingriffs in Art. 14 GG die Darlegung einer konkreten Gefahr.⁶⁹

Die diesbezügliche Darlegungslast trifft alleine den Radaranlagenbetreiber, da nur dieser Einsicht in alle technischen Details der Radaranlage hat.⁷⁰ Die gegenteilige, vereinzelt gebliebene Rechtsauffassung des VG Frankfurt a.M., nach der eine Darlegungslast des Anlagenbetreibers nicht bestehe, sondern umgekehrt der Bauinteressent substantiiert darzulegen habe, dass sein Vorhaben die in Frage stehende Anlage nicht störe⁷¹, führt jede Rechtsschutzmöglichkeit des Bauinteressenten in den Bereich des Unmöglichen und ist daher mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu vereinbaren. Dies gilt umso mehr, als selbst im streng formalisierten und vom Beibringungsgrundsatz beherrschten Zivil-

⁶⁵ VG Hannover, Beschluss vom 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 56.

⁶⁶ Vgl. dazu im Kontext von § 18a LuftVG *Battis/Moench/v. d. Groeben*, a.a.O., S. 22.; ferner VG Hannover, Urteil vom 22.09.2011 – A 1052/10 – juris, Rn. 60.

⁶⁷ VG Oldenburg, Beschluss vom 05.02.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 57; vgl. auch VG Aachen, Urteil vom 24.07.2013 – 6 K 248/09 – juris, Rn. 90, 131.

⁶⁸ VG Hannover, Urteil vom 22.09.2011 – A 1052/10 – juris, Rn. 60; vgl. OVG Münster, Urteil vom 09.04.2014 – 8 A 431/12 – juris, Rn. 83 zu § 12 Abs. 2 und 3 LuftVG.

⁶⁹ OVG Münster, Urteil vom 09.04.2014 – 8 A 431/12 – juris, Rn. 83 zu § 12 Abs. 2 und 3 LuftVG.

⁷⁰ VG Hannover, Beschluss vom 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 55; bestätigend OVG Lüneburg, Beschluss vom 13.04.2011 – 12 ME 8/11 – juris, Rn. 13; *Gatz*, Windenergieanlagen in der Verwaltungs- und Gerichtspraxis, 2. Aufl. 2013, Rn. 348.

⁷¹ VG Frankfurt, Urteil vom 08.10.2014 – 8 K 3509/13.F – juris, Rn. 47.

prozess in einer der hier zu beurteilenden Situation entsprechenden prozessualen Lage die Grundsätze der sekundären Darlegungslast griffen, nach denen die eigentlich nicht beweispflichtige Partei eine umfassende Darlegungslast trifft, wenn der beweisbelasteten Partei näherer Vortrag nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist.⁷²

Gegenstand des darzulegenden Schadensszenarios muss die konkrete Gefahr für ein Rechtsgut sein, dem zu dienen die beeinträchtigte Radaranlage bestimmt ist:

„Im Hinblick auf dieses Rechtsgut [die sichere, geordnete und flüssige Abwicklung des Luftverkehrs] reicht nicht jede naturwissenschaftlich-technisch ermittelte Beeinträchtigung einer Funknavigationsanlage zur Annahme einer Störung im Sinne des § 18 a LuftVG aus. Erforderlich ist vielmehr, dass nicht nur hypothetisch, sondern mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in überschaubarer Zukunft mit einem Schadenseintritt (etwa Kollision, gefährliche Annäherung) zu rechnen ist.“⁷³

Übertragen auf die Wetterradare des DWD bedeutet dieser Maßstab, dass der DWD nicht lediglich darzulegen hat, dass eine technisch-naturwissenschaftlich festgestellte Störung einer Wetterradaranlage dazu führt, dass diese Messwerte außerhalb ihres Fehlertoleranzbereichs auswirft. Die Darlegungslast des DWD umfasst vielmehr auch, dass diese Überschreitung des Fehlertoleranzbereichs gerade ein konkretes, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in überschaubarer Zukunft ein eintretendes Schadensszenario in Bezug auf die Aufgaben des DWD zur Folge hat. In Betracht kommt namentlich die Aufgabe der „meteorologischen Sicherung der Luft- und Seefahrt“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 DWDG) oder „die Herausgabe von amtlichen Warnungen über Wettererscheinungen, die zu einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen können, insbesondere in Bezug auf drohende Hochwassergefahren“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 DWDG) .

Zwar gibt das VG Oldenburg zu bedenken, dass *„die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts desto geringer [sind], je*

⁷² Vgl. statt aller BGH NJW 2005, 2395 (2397).

⁷³ VG Oldenburg, Beschluss vom 05.02.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 55.

*höher und bedeutender das betroffene Schutzgut ist*⁷⁴, doch enthebt auch das freilich bedeutende Schutzgut der meteorologischen Katastrophenvorsorge nicht von der Notwendigkeit, die befürchteten Gefahren konkret zu benennen. Lediglich an die Wahrscheinlichkeit des Eintritts sind geringere Anforderungen zu stellen.

Gegen eine darzulegende konkrete Gefahr für das übergeordnete Schutzgut der in ihrer Funktion gestörten Radaranlage hatte sich bislang alleine das VG Stade mit Verweis auf die Qualität des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB als öffentlichen Belang gewandt:

*„Die strengen Darlegungsanforderungen der Beigeladenen haben dagegen keine Grundlage. Die Bedenken der Beigeladenen gehen wohl in die Richtung, dass sie auch hier für erforderlich hält, dass eine konkrete Gefahr dargelegt wird. Dann wären die hohen Anforderungen, die sie stellt, konsequent. Um einen öffentlichen Belang [...] feststellen zu können, bedarf es jedoch keiner konkreten Gefahr.“*⁷⁵

Diese Wertung ist allerdings vor dem weichenstellenden Hintergrund der bislang – zurecht (vgl. oben II. 3. a) – vereinzelt gebliebenen Rechtsprechung des VG Stade zu sehen, nach welcher der öffentliche Belang des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB überhaupt nicht zweistufig zu prüfen ist⁷⁶. Lässt man es nämlich für eine Berührung des öffentlichen Belangs des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB tatsächlich genügen, dass eine Funk- oder Radaranlage technisch beeinflusst wird, sind konsequenterweise weitere Darlegungen überflüssig.

Ebenso wenig lässt sich die – ohnehin kritikwürdige – jüngste Annahme des OVG Lüneburg, wonach im Falle einer Einwirkung auf Flugsicherungseinrichtungen eine Gefahr gesetzlich vermutet werde, auf die Wetterradarsysteme des DWD übertragen. So führt das OVG Lüneburg an, dass für die Annahme einer solchen von Gesetzes wegen fingierten Gefahr gerade die Wertung des § 27c Abs. 1 LuftVG maßgeblich sei, der bestimmt,

⁷⁴ VG Oldenburg, Beschluss vom 05.02.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 55.

⁷⁵ VG Stade, Urteil vom 01.04.2014 – 2 A 408/10 – juris, Rn 163.

⁷⁶ VG Stade, Urteil vom 01. 04.2014 – 2 A 408/10 – juris, Rn. 152 ff.

dass die Flugsicherung der sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs dient.⁷⁷

An einer vergleichbaren gesetzgeberischen Wertung fehlt es allerdings im DWDG, was angesichts der gegenüber dem Luftverkehr deutlich herabgesetzten potentiellen Schadensnähe der Wetterbeobachtung auch nicht zu verwundern vermag.

Dass diese niedrigen Anforderungen an eine Subsumption unter den Rechtsbegriff der Störung – wenn überhaupt – ausschließlich den Eigenarten des Luftverkehrsrechts geschuldet sind, verdeutlicht das OVG Lüneburg an anderer Stelle:

„Da nach § 18a Abs. 1 Satz 1 LuftVG Bauwerke nicht errichtet werden dürfen, wenn dadurch Flugsicherungseinrichtungen gestört werden können, reicht zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands die Möglichkeit der Störung einer Flugsicherungseinrichtung.“⁷⁸

Während es nach dem Wortlaut des § 18a Abs. 1 Satz 1 LuftVG nämlich bereits ausreicht, dass Bauwerke Anlagen stören *können*, verlangt § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB gerade, dass ein Vorhaben eine Anlage tatsächlich *stört*.

Der Radaranlagenbetreiber trägt nach der Ansicht des VG Hannover nicht nur die Darlegungslast für das Vorliegen einer Störung im oben beschriebenen Sinne, sondern darüber hinaus auch für den Kausalzusammenhang zwischen der Störung und dem in Rede stehenden Bauvorhaben. So heißt es in Bezug auf die Störung eines Flugsicherungsradars:

„Ist es der Beigeladenen mithin trotz eines entsprechenden Hinweises der Kammer und trotz ausführlicher Erörterung der Problematik unter sachverständiger Begleitung nicht gelungen, in plausibler und nachvollziehbarer Weise darzulegen, dass gerade die hinzutretende Anlage zu einem relevanten Reichweitenverlust führt, geht die Kammer davon aus, dass die Beigeladene selbst im Unklaren darüber ist,

⁷⁷ OVG Lüneburg, Urteil vom 03. 12. 2014 – 12 LC 30/12 – juris, Rn. 53 (nicht rechtskräftig); OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.01.2015 – 12 ME 39/14 – juris, Rn. 36. Vgl. zur Frage der Gefahr für das übergeordnete Schutzgut Federwisch/Dinter, NVwZ 2014, 403 (404).

⁷⁸ OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.01.2015 – 12 ME 39/14 – juris, Rn. 33.

ob und gegebenenfalls wie sich die genehmigte Windenergieanlage auf die Funktion ihrer Radaranlage auswirken wird.“⁷⁹

Diese Anforderung an die Darlegungslast des Radaranlagenbetreibers hat das OVG Lüneburg seinerzeit ausdrücklich als angemessen und nicht überzogen erachtet.⁸⁰ Wenn sich das OVG Lüneburg in seiner allerjüngsten Rechtsprechung nunmehr anders positioniert, kann dieser Rechtsauffassung keinesfalls gefolgt werden.⁸¹ So lässt sich dies allenfalls vor dem Hintergrund der – hier schon mehrfach betonten – besonderen Sensibilität des Schutzgutes des ungestörten Luftverkehrs erklären, die das OVG Lüneburg offenbar dazu bewegt haben, Unsicherheiten im Bereich zutreffender naturwissenschaftlich-technischer Berechnungsmethoden zu Lasten eines Bauinteressenten zu werten:

„Dass sich ‚Doppelverwertungen‘ nicht schlechterdings ausschließen lassen, hat auch die Beigeladene zu 2. eingeräumt, dies aber mit der Eigenart der Störbeiträge, den bisher begrenzten Möglichkeiten zu deren Ermittlung und jeweiligen Zuordnung sowie dem im Bereich der Flugsicherung anzustrebenden hohen Sicherheitsniveau erläutert und gerechtfertigt. Kann indes die geforderte Gewissheit in einer fachwissenschaftlich umstrittenen Frage angesichts der auch insoweit bestehenden ungesicherten Erkenntnislage derzeit nicht erlangt werden, sind die damit verbundenen Unwägbarkeiten von den Gerichten hinzunehmen.“⁸²

Dieser Begründungsansatz vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil nach dem Vortrag der DFS in entsprechenden Gerichtsverfahren eine Gefahr für Leib und Leben selbst bei Störung einer konkreten Flugsicherungseinrichtung sicher ausgeschlossen werden kann. Für den Bereich der nicht durch das LuftVG spezialgesetzlich besonders geschützten Radaranlagen, mithin also auch für die Wetterradare des DWD, lässt sich eine solche Gewichtung tatsächlicher Unklarheiten aber keinesfalls übernehmen. So lässt das OVG Münster im Rahmen der Prüfung von § 35 Abs. 3 Satz 1

⁷⁹ VG Hannover, Beschluss vom 21.12.2010 – 12 B 3465/10 – juris, Rn. 67; vgl. auch die ausführliche Erörterung des VG Oldenburg, Beschluss vom 05.02. 2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 49 ff.

⁸⁰ OVG Lüneburg, Beschluss vom 13.04.2011 – 12 ME 8/11 – juris, Rn. 14 f.

⁸¹ Vgl. zu den rechtsstaatlichen Bedenken oben Fn. 45.

⁸² OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.01.2015 – 12 ME 39/14 – juris, Rn. 51.

Nr. 8 BauGB den Einwand, die Berechnungen eines fachwissenschaftlichen Gutachters seien für die konkrete Aufgabenerfüllung einer angeblich gestörten Funkanlage nicht „praxistauglich“ nicht genügen, ohne dass der Anlagenbetreiber selbst fachlich verlässliche Berechnungsmethoden vorträgt:

„Es drängt sich nicht auf, dass die - ohne entsprechenden fachlichen Beleg - aufgestellte Behauptung der Antragstellerin zutrifft, die Berechnungen seien nicht ‚praxistauglich‘. Die Antragstellerin hat selbst keine alternative Berechnungsmethode genannt. Sollte sie mit ihrem Vortrag andeuten wollen, es fehle generell an einer zuverlässigen Berechnungsmethode, wäre allerdings ihre Angabe, es lägen ihre eigene Prognose stützende Berechnungen ihrer Techniker vor, nicht verständlich.“⁸³

3. Maßstäbe der Abwägung zwischen dem öffentlichen Belang des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB und einem nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB

Anlagen der Windenergie sind gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich „privilegiert“ zulässig. In Abgrenzung zu den einzelnen in Abs. 1 enumerativ aufgeführten Vorhaben, bestimmt Absatz 2 der Vorschrift, unter welchen Voraussetzungen sonstige Vorhaben (im Einzelfall) zugelassen werden können. Die Unterscheidung ist im unterschiedlichen Grad der Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich begründet. Die nach Abs. 1 zu beurteilenden Vorhaben sind im Außenbereich zulässig, soweit ihnen nicht (überwiegende) öffentliche Belange entgegenstehen. Sie werden daher als „privilegiert zulässig“ bezeichnet. Demgegenüber sind die sonstigen, nach Abs. 2 zu beurteilenden Vorhaben nur zulässig, wenn sie nicht öffentliche Belange beeinträchtigen, was erfahrungsgemäß zumeist der Fall ist⁸⁴. Trotz dieser Privilegierung ist eine Entscheidung der Genehmigungsbehörde im Einzelfall erforderlich, wobei diese insbesondere zu prüfen hat, ob öffentliche Belange, namentlich hier die Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB, entgegenstehen. Die Behörde hat hier eine sog. *nachvollziehende Abwägung* vorzunehmen, die sich von der Abwägung eines Planungsträgers, etwa der für die Festlegung eines Regionalen Raumordnungsplans oder des Flächennutzungsplans unterscheiden. Denn anders als bei der Regional- oder Bauleit-

⁸³ OVG Münster, Beschluss vom 27. 08.2014 – 8 B 550/14 – juris, Rn. 29.

⁸⁴ So *Söfker* in Beck'scher Online-Kommentar Öffentliches Baurecht, Stand. 01.01.2015, § 35 Rn. 1.

planung hat hier der Gesetzgeber planähnlich die gestalterischen Entscheidungen – wenn auch abstrakt und nicht auf den konkreten Standort bezogen – bereits getroffen. Das Bundesverwaltungsgericht umschreibt dies wie folgt:

„Diese [die privilegierten Vorhaben] sind dem Außenbereich vom Gesetzgeber im Grundsatz ‚planähnlich‘ zugewiesen (BVerwG, Urteil vom 25. Oktober 1967 – Az 4 C 86.66 – BVerwGE, Seite 148). Sie sind gleichwohl nicht zulässig, wenn ihnen die in § 35 Abs. 3 Satz 1 BauGB beispielhaft genannten öffentlichen Belange entgegenstehen. Ob dies der Fall ist, hat die Behörde innerhalb einer die gesetzliche Wertung für den konkreten Einzelfall nachvollziehenden Abwägung zu ermitteln. Ein Ermessensspielraum steht ihr dabei nicht zu. Diese ‚nachvollziehende‘ Abwägung ist gerichtlich uneingeschränkt überprüfbar (stRspr, vgl. zuletzt BVerwG, Urteil vom 19. Juli 2001 - Az 4 C 4.00 -, DVBl. 2001 Seite 1855)“⁸⁵

a) Entscheidung der Genehmigungsbehörde

Ein besonders offensichtlicher Unterschied zwischen der Berücksichtigung der Einwände des DWD im Vergleich zu den Einwänden im Bereich der Flugsicherheit gegen die Errichtung von Windenergieanlagen liegt in der alleinigen Zuständigkeit der Genehmigungsbehörde zur Entscheidung über die Einwände des DWD.

Während gemäß § 18a Absatz 1 Satz 2 LuftVG das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherheit entscheidet, ob die Voraussetzungen des Errichtungsverbots vorliegen und diese Entscheidung regelmäßig als Mitwirkungshandlung im Wege eines mehrstufigen Verwaltungsverfahrens in das Genehmigungsverfahren für das betreffende Bauvorhaben eingebunden wird,⁸⁶ fehlt eine vergleichbare Norm zugunsten des DWD. Insbesondere enthält das DWDG – wie bereits ausgeführt (vgl. II.3.c) – keinerlei Entscheidungsbefugnis zugunsten des DWD in dieser Angelegenheit.

Damit verbleibt es bei dem gesetzlichen Regelfall, dass die Genehmigungsbehörde über die Einwände des DWD gegen Windenergieanlagen als öffentlichen Belang i. S. d. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB zu entscheiden hat. Konkret zuständig ist also, soweit es sich um eine nach § 4 Abs. 1

⁸⁵ BVerwG, Urteil vom 13. Dezember 2001- 4 C 3.01, ZfBR 2002, 360.

⁸⁶ Vgl. dazu *Federwisch/Dinter*, NVwZ 2014, 403 (404 f.).

Satz 1 BImSchG i. V. m. § 1 Abs. 1 der 4. BImSchV und Nr. 1.6 des Anhangs zur 4. BImSchV immissionsschutzrechtlich zu genehmigende Windenergieanlage handelt, die zuständige Immissionsschutzbehörde, ansonsten die Baugenehmigungsbehörde.

Da dem DWD – wie bereits ausgeführt (vgl. II.3.c) – keine Entscheidungsbefugnis in der Sache und erst recht kein Beurteilungsspielraum zukommt, kann und muss sich die Genehmigungsbehörde über eine negative Stellungnahme des DWD hinwegsetzen, wenn sie der Auffassung ist, dass der öffentliche Belang des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB bereits gar nicht betroffen ist oder sie im Rahmen der Abwägung zwischen dem öffentlichen Belang des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB einerseits und der durch Art. 14 GG geschützten Eigentümerposition des Bauinteressenten andererseits im konkreten Einzelfall zu dem Ergebnis gelangt, die rechtlichen Interessen des Eigentümers und Bauinteressenten überwiegen.

Der Genehmigungsbehörde obliegt daher im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 24 Abs. 1 VwVfG BW auch und gerade, die technisch-naturwissenschaftlichen Angaben des DWD auf der ersten Stufe der Prüfung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB – notfalls unter Heranziehung sachverständiger Hilfe – zu überprüfen und insbesondere die Darlegungen des DWD, die zweite Stufe dieser Prüfung betreffend, zu hinterfragen. Erst auf der Grundlage eines eigenen Bildes des Sachverhalts darf die Behörde entscheiden, ob der öffentliche Belang des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB überhaupt berührt ist und gegebenenfalls in den Abwägungsprozess gemäß § 35 Abs. 1 BauGB eintreten. Sämtliche Schritte des Genehmigungsverfahrens sind voll der gerichtlichen Prüfung zugänglich. Die Genehmigungsbehörde unterliegt gemäß § 39 Abs. 1 VwVfG BW einer umfassenden Begründungspflicht, die sich hinsichtlich ihrer inhaltlichen Dichte an den Darlegungslasten des Anlagenbetreibers auf der zweiten Stufe der Prüfung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB (vgl. II.3.d) zu orientieren hat.

b) Abwägungsrelevante Gesichtspunkte

aa) Grundsätzliche Maßgaben

Bei einer Windenergieanlage handelt es sich gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB (wie bereits ausgeführt) um ein im Außenbereich privilegiertes Vorhaben, das unter anderem dann zulässig ist, wenn dem Vorhaben „öffentliche Belange nicht entgegenstehen“. Allerdings führt nicht jede Beeinträchtigung öffentlicher Belange zur Unzulässigkeit von privilegierten Vorhaben. Insbesondere darin unterscheiden sich die privilegierten gemäß § 35 Abs. 1 BauGB von den sonstigen Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB. Bei den nach § 35 Abs. 1 BauGB privilegierten Vorhaben ist zur Beurteilung der Frage, ob ihnen ein öffentlicher Belang entgegensteht, eine „nachvollziehende Abwägung“ zwischen dem Zweck des Vorhabens und dem öffentlichen Belang vorzunehmen.⁸⁷ Im Rahmen dieser Abwägung ist das Gewicht, das der Gesetzgeber einem Vorhaben im Gestalt der Privilegierung im Außenbereich beimisst, besonders zu berücksichtigen.⁸⁸ Die Privilegierung eines Vorhabens nach § 35 Abs. 1 BauGB bewirkt also ein grundsätzlich stärkeres Durchsetzungsvermögen gegenüber den von einem Vorhaben berührten öffentlichen Belangen. Durch die generelle Privilegierung und damit Verweisung der von § 35 Abs. 1 BauGB erfassten Vorhaben in den Außenbereich hat der Gesetzgeber selbst gewissermaßen eine planähnliche Entscheidung zugunsten dieser Vorhaben getroffen und in der Folge auch Fälle der Beeinträchtigung öffentlicher Belangen grundsätzlich in Kauf genommen.⁸⁹

Neben dieser gesetzgeberischen Grundentscheidung hat die Genehmigungsbehörde insbesondere das rechtliche Gewicht der kollidierenden Interessen zwischen einem Bauinteressenten und einem Träger eines öffentlichen Belangs zu berücksichtigen. Unbestreitbar handelt es sich bei den gesetzlichen Aufgaben des DWD, im Falle der „meteorologischen Sicherung der Luft- und Seefahrt“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 DWDG) und der „die Herausgabe von amtlichen Warnungen über Wettererscheinungen, die zu einer Gefahr für die öffentliche Si-

⁸⁷ BVerwGE 28, 148 (151); 48, 109 (114); st. Rspr.

⁸⁸ BVerwGE 28, 148 (151), 48, 109 (114); st. Rspr.

⁸⁹ Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang/Reidt, BauGB, § 35 Rn. 68; vgl. BVerwGE 28, 148 (151).

cherheit und Ordnung führen können, insbesondere in Bezug auf drohende Hochwassergefahren“ (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 DWDG) um öffentliche Aufgaben von einem hohen Rang, die sich in letzter Konsequenz auf die staatliche Schutzpflicht zugunsten von Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 GG zurückführen lässt. Ihnen stehen allerdings mindestens ebenso gewichtige Rechtsgüter von Verfassungsrang entgegen, nämlich die durch Art. 14 GG geschützte Baufreiheit des Bauinteressenten und nicht zuletzt auch die staatliche Schutzpflicht zugunsten der natürlichen Lebensgrundlagen aus Art. 20a GG.

Auch wenn dem Staat bei der Erfüllung von Handlungsverpflichtungen, insbesondere aus Art. 20a GG, eine besonders weite Einschätzungsprärogative und ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt,⁹⁰ so ist diese doch im Hinblick auf den Klimaschutz im Zuge der Energiewende zugunsten einer besonderen Förderung der erneuerbaren Energien konkretisiert worden, wie § 35 Abs. 1 Nr. 5 und 6 BauGB, aber auch nicht zuletzt das Landesklimaschutzgesetz Baden-Württemberg nachdrücklich dokumentieren.

Die so skizzierte Abwägung kann selbstredend nicht schematisch vorgenommen werden, sondern ist stets lediglich anhand der Gegebenheiten des in Frage stehenden konkreten Einzelfalls vorzunehmen, wobei durch die Genehmigungsbehörde neben den soeben skizzierten grundsätzlichen rechtlichen Überlegungen insbesondere zu beachten sein wird, ob eine bereits festgestellte Beeinträchtigung der Aufgaben des DWD hinnehmbar ist (vgl. sogleich II.4.b.aa) und ob technische Ausweichmöglichkeiten auf Seiten des DWD bestehen (vgl. sodann II.4.b.bb)

bb) Insbesondere: Hinnehmbarkeit der Beeinträchtigung der Aufgaben des DWD

Die zentrale Rechtsfrage⁹¹ des skizzierten Abwägungsvorgangs lautet, ob eine tatsächlich festgestellte Beeinträchtigung der Aufgaben des DWD unter wertender Betrachtung im Einzelfall hinnehmbar ist.

⁹⁰ BVerfGE 118, 79 (111); *Vofßkuhle*, NVwZ 2013, 1 (4); vgl. ferner BVerfGK 11, 445.

⁹¹ Vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 03.12.2014 – 12 LC 30/12 – juris, Rn. 72.

Diesen Einzelfallcharakter betont auch das OVG Lüneburg in seiner jüngsten Rechtsprechung:

„Insgesamt fehlen dazu gesetzliche oder anderweitige rechtlich konkretisierende Festlegungen. Von daher ist unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls festzustellen, wann die Möglichkeit einer für die Funktion der Flugsicherungseinrichtung nachteiligen Einwirkung den Begriff der Störung erfüllt.“⁹²

Nach diesen eigenen Maßgaben muss es umso mehr erstaunen, dass das OVG Lüneburg zur Lösung des konkreten Falls auf eine Art „Faustformel“ verfällt, nach der im Zweifel der Sicherheit des Luftverkehrs der Vorzug gegenüber den Interessen des Bauwilligen einzuräumen ist:

„Wenn sich in Fällen der vorliegenden Art das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung nach § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG gegen die Errichtung der Windenergieanlagen ausspricht, steht dies im Übrigen im Einklang mit Nr. 5.2.4 des Europäischen Anleitungsmaterials zum Umgang mit Anlagenschutzbereichen - 2. Aufl. - Sept. 2009, ICAO EUR DOC 015, S. 6, wo empfohlen wird, im Zweifel den Bauantrag abzulehnen („Für den Fall, dass keine endgültige Antwort gefunden werden kann, wird empfohlen, dass die technische Stelle die Anlage schützt, in dem sie den Antrag ablehnt“).“⁹³

Eine solche Faustformel vermag den kollidierende Rechtspositionen und den hinter ihnen stehenden verfassungsrechtlichen Wertungen nicht genüge zu tun. Diese sind vielmehr im Wege praktischer Konkordanz einem möglichst schonenden Ausgleich im Einzelfall zuzuführen.⁹⁴

⁹² OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.01.2015 – 12 ME 39/14 – juris, Rn. 33

⁹³ OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.01.2015 – 12 ME 39/14 – juris, Rn. 54

⁹⁴ Vgl. zu diesen tradierten Rechtsfiguren als allgemeinem verfassungsrechtlichen Kollisionsregime Schladebach, Der Staat 53 (2014), 263.

Selbst unter Zugrundelegung der in der Rechtsprechung zu Luftverkehrsradaren teilweise geforderten worst-case-Betrachtung⁹⁵ gilt es indes insbesondere zu berücksichtigen, dass die technische Beeinflussung der Wetterradare des DWD durch Windenergieanlagen zuvörderst lokal eng begrenzte Effekte zur Folge hat.⁹⁶ So kommt es nur dann zu einer relevanten Verschattung (Richtungskorridor hinter der WEA) wenn sich die WEA in kurzer Distanz zum Radar befindet. Direkt hinter einer WEA ist die Feldstärkenminderung am Größten; über eine längere Distanz gleicht sich der Feldstärkeverlauf hingegen dem ungestörten Fall zumindest wieder an. Der Bereich, in dem relevante Verschattungen ausgelöst werden können, wird hierbei von der WMO mit 0-5 km vom Radar aus („Definite Impact Zone“) angegeben (WMO Guidance Statement on Weather Radar/Wind Turbine Siting). In Messungen und Simulationen hat sich gezeigt, dass die Distanz tatsächlich sogar deutlich geringer ist. Zudem kann der bewegte Anteil der WEA (Rotor) Dopplerreflexionen bzw. Fehlechos im Nahbereich um jede WEA hervorrufen. Man spricht hier vom Störgebiet oder „Impact Zone“ um eine WEA.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass beide technische Effekte nur die Erhebung solcher Daten erschweren, die in einem weiteren Radius um das jeweilige Wetterradar aufgrund der Erdkrümmung, aufgrund der Elevation des Radarstrahls oder aufgrund von dort mangels durch den DWD geltend gemachter Einwände zugelassener Windenergieanlagen ohnehin nicht mehr zu erheben sind.

Die Aufgabe des DWD liegt aber gerade nicht in der lokalen Wetterbeobachtung in einem engen Umkreis um die Wetterradare, sondern in der bundesweiten Katastrophenvorsorge, insbesondere in Gestalt der *„meteorologischen Sicherung der Luft- und Seefahrt“* (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 DWDG) und *„der Herausgabe von amtlichen Warnungen über Wettererscheinungen, die zu einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung führen können“* (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 DWDG). Es er-

⁹⁵ OVG Lüneburg, Beschluss vom 22.01.2015 – 12 ME 39/14 – juris, Rn. 46 f. i. vgl. auch VG Düsseldorf, Urt. v. 24.7.2014 -11 K 3648/12 – juris, Rn. 80, 87 ff.

⁹⁶ Vgl. hierzu und im Folgenden oben Kap. III. zu den technische Annahmen auf der Grundlage der vorliegenden Gutachten und Dokumente.

scheint kaum denkbar, dass sich die Erhebung von Daten, die ohnehin nicht flächendeckend zu erheben sind, in relevanter Weise auf die Aufgabenerfüllung des DWD auswirken können.⁹⁷ Das bloß meteorologische Interesse an der Datenerhebung wird aber durch § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB nicht geschützt.

Ferner gilt es zu berücksichtigen, dass sich durch die Gestaltung der Anordnung der Windenergieanlagen im Verhältnis zu dem jeweiligen Wetterradar (radial/tagential, Abstand) die nachteiligen technischen Effekte der Windenergieanlagen auf die Funktionsweise der Wetterradare noch weiter verringern lassen, so dass im Genehmigungsverfahren bezüglich neuer Windenergieanlagen stets auch entsprechende Nebenbestimmungen als im Vergleich zu einer Versagung der Genehmigung milderer Mittel zu erwägen sind.

cc) *Insbesondere: Technische Ausweichmöglichkeiten auf Seiten des DWD*

Schließlich ist im Rahmen der Abwägung der Tatsache Rechnung zu tragen, dass der DWD selbst über technische Möglichkeiten verfügt, die Kollisionslage zu lindern.

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist weitgehend anerkannt, dass ein Träger öffentlicher Belange Möglichkeiten ergreifen muss, um eine Kollisionslage gegenüber Bauvorhaben durch technische Lösungen abzumildern. Das VG Aachen hat dies im Hinblick auf § 35 Absatz 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB ausdrücklich festgehalten:

„Kann aber - wie hier wohl - die Richtfunkstrecke durch zumutbare technische Vorkehrungen (insbesondere durch die Anbringung eines sog. Repeaters am Mast der Windkraftanlage) weiter betrieben werden, kann bei wertender Betrachtung nicht von einer Störung im Sinne von § 35 Absatz 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB ausgegangen werden.“⁹⁸

⁹⁷ Vgl. so nunmehr auch VG Trier, Urteil vom 23.03.2015 – 6 K 869/14.TR – Urteilsdruck S. 26.

⁹⁸ VG Aachen, Beschluss vom 14.03.2014 - 6 L 106/14, BeckRS 2014, 50342.

In ähnlicher Weise hat sich das VG Oldenburg zu Flugsicherungsanlagen verhalten:

„Des Weiteren weist der Antragsgegner im Rahmen der Verhältnismäßigkeits- bzw. Zumutbarkeitserwägungen zutreffend darauf hin, dass selbst im Fall einer prognosewidrig dauerhaft auftretenden Störung der Luftverkehrssicherheit ein zumutbarer Ausgleich in anderer Weise geschaffen werden könnte als durch Versagung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. So ließen sich etwa durch eine häufigere Nachjustierung der DVOR (zur Anpassung an den veränderten magnetischen Norden oder zum Ausgleich sendeanlagenbezogener Abweichungen) anlageneigene Fehler sicher kontrollieren und minimieren.“⁹⁹

Das VG Trier hat eine entsprechende Verpflichtung nunmehr auch ausdrücklich für den DWD anerkannt und wesentlich auf das baurechtliche Gebot der Rücksichtnahme zurückgeführt:

„Die Beeinträchtigung des Wetterradars der Klägerin steht im vorliegenden Fall nicht gemäß § 35 Abs. 1 BauGB dem Vorhaben der Beigeladenen ‚entgegen‘, da die Klägerin der Störung ihres Wetterradars durch eine Weiterentwicklung ihrer Datenverarbeitung wirksam entgegenwirken kann. Hierbei berücksichtigt das Gericht, dass auch in der Rechtsprechung zum baurechtlichen Gebot der Rücksichtnahme anerkannt ist, dass der gestörte Grundstücksnutzer unter gewissen Umständen verpflichtet sein kann, durch mögliche und zumutbare Maßnahmen der ‚architektonischen Selbsthilfe‘ auf die von einer benachbarten Anlage ausgehenden Immissionen seinerseits Rücksicht zu nehmen (BVerwG, Urteil vom 23. September 1999 - 4 C 6.98 -, BRS 62, Nr. 86; OVG RP, Beschluss vom 27. Oktober 2008 - 8 A 10927/08.OVG -). Die gleichen Überlegungen müssen nach Ansicht des Gerichts auch gelten, wenn ein Grundstücksnutzer oder Anlagenbetreiber durch eigene technische Maßnahmen Beeinträchtigungen seiner Anlage in zumut-

⁹⁹ VG Oldenburg, Beschluss vom 05.03.2014 – 5 B 6430/13 – juris, Rn. 59, insoweit durch das OVG Lüneburg nicht beanstandet.

barer Weise abwenden kann. Weiterhin ist im Rahmen der Abwägung zu sehen, dass auch die Klägerin als Betreiberin einer nicht genehmigungsbedürftigen Anlage nach Maßgabe von § 22 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG verpflichtet ist, nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß zu beschränken.“¹⁰⁰

Für den DWD besteht allen voran die Möglichkeit, durch Windenergieanlagen erzeugte und daher kalkulierbare Dopplerreflexionen aus den automatischen Warnprogrammen herauszurechnen und so Fehlwarnungen zu vermeiden.¹⁰¹ Ganz grundsätzlich kann der DWD Kollisionslagen aber auch durch eine Erhöhung der Wetterradaranlagen und die damit verbundene Verbesserung des Ausgangspunktes des Elevationswinkels weitgehend vermeiden. Eine solche bauliche Erhöhung eines Wetterradars wäre mit finanziellen Aufwendungen verbunden, die unter den Investitionskosten für eine Windenergieanlage liegen.

Dies gilt umso mehr, als dass sich der DWD als Behörde keinesfalls auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berufen kann, der Geltung alleine im Verhältnis zwischen Staat und Bürger beansprucht und der DWD als Träger öffentlicher Gewalt auch einer Handlungspflicht aus Art. 20a GG zur Verbesserung des Klimaschutzes unterliegt.

dd) *Ergebnis*

Nach den vorstehenden Erwägungen erscheint es aktuell kaum vorstellbar, dass die durch den bewegten Anteil der WEA (Rotor) ausgelösten Dopplerreflexionen bzw. Fehlechos im Nahbereich um jede WEA (Impact Zone) im Rahmen der nachvollziehenden Abwägung gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB zur bauplanungsrechtlichen Unzulässigkeit von WEA führen. Allenfalls erscheint dies bei WEA in unmittelbarer Umgebung des Wetterradars denkbar, wenn durch

¹⁰⁰ VG Trier, Urteil vom 23.03.2015 – 6 K 869/14.TR – Urteilsumdruck S. 24 f.

¹⁰¹ Vgl. hierzu oben Kap. III. zu den technische Annahmen auf der Grundlage der vorliegenden Gutachten und Dokumente. Zu diesem Ergebnis ist auch der durch das VG Trier bestellte gerichtliche Sachverständige gelangt, vgl. VG Trier, Urteil vom 23.03.2015 – 6 K 869/14.TR – Urteilsumdruck S. 25, 27.

die räumliche Nähe sowie die Größe des statischen Anteils der WEA Verschattungen hervorgerufen werden, die – wenn auch nur in einem sehr schmalen Korridor – weit über jedweden Schutzbereich hinausreichen. Hierfür muss die WEA aber nach derzeitigem Erkenntnisstand in jedem Falle deutlich innerhalb des 5 km Radius um das Wetterradar belegen sein. Die Darlegungslast trägt wie geschildert der DWD.