



JAN THIELE/EDMUND BRANDT (HRSG.)

AKTUELLE HERAUSFORDERUNGEN DER WINDENERGIENUTZUNG

K:WER-SCHRIFTEN



Aktuelle Herausforderungen der Windenergienutzung

k:wer-Schriften

Herausgegeben von
Prof. Dr. Edmund Brandt

Redaktion:
Prof. Dr. Bernd Günter



Jan Thiele/Edmund Brandt (Hrsg.)

Aktuelle Herausforderungen der Windenergienutzung



BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8305-2110-5

© 2016 BWV • BERLINER WISSENSCHAFTS-VERLAG GmbH,
Markgrafenstraße 12–14, 10969 Berlin
E-Mail: bwv@bwv-verlag.de, Internet: <http://www.bwv-verlag.de>
Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen,
der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort

Die Umsetzung von Windenergievorhaben wird Jahr für Jahr schwieriger und stößt nicht selten an Grenzen, die vor gar nicht langer Zeit noch überhaupt nicht in Sicht waren. Unter den Umständen Flächen für neue Projekte zu finden und diese zu realisieren, erweist sich als eine alles andere als leicht zu bewältigende Herausforderung. Neben der Akteursvielfalt und einer starken Segmentierung bei der Sicht auf die anstehenden Probleme führt nicht zuletzt eine uneinheitliche, teilweise sogar widersprüchliche Rechtsprechung der Obergerichte zu beträchtlichen Irritationen, die sowohl auf der Makroebene – Stichwort: Umsetzung der Energiewende – als auch auf der Mikroebene problematisch sind.

Das gemeinsam von DOMBERT Rechtsanwälte und der Koordinierungsstelle Windenergierecht (k:wer) am 18.06.2015 in Braunschweig unter dem Titel „Aktuelle Herausforderungen der Windenergienutzung“ durchgeführte Seminar verfolgte das Ziel, vor diesem Hintergrund auf zentralen Handlungsfeldern einen Beitrag zur Schaffung einer größeren Handlungssicherheit zu leisten.

Experten aus Wissenschaft, Technik und Rechtsberatung referierten und diskutierten zu drei Themenschwerpunkten:

- dem Spannungsverhältnis Windenergie – Luftverkehr,
- dem Umgang mit planungs- und genehmigungsrechtlichen Regelwerken, Empfehlungen und Konventionen,
- neuen Instrumenten zum Umgang mit Nutzungskonflikten.

Für den Tagungsband wurden die Beiträge überarbeitet, teilweise auch ergänzt. Dabei wurde besonderer Wert darauf gelegt, neben der präzisen Herausarbeitung der spezifischen Problemlagen konkrete, für die Praxis nutzbare Lösungsansätze aufzuzeigen.

Allen, die mit ihren Beiträgen zum Erfolg der Tagung beigetragen haben und an der Erstellung der vorliegenden Schrift beteiligt waren, sei hiermit herzlich gedankt.

Potsdam/Braunschweig, November 2015

Rechtsanwalt Dr. Jan Thiele
DOMBERT Rechtsanwälte

Prof. Dr. Edmund Brandt
Leiter der Koordinierungsstelle
Windenergierecht (k:wer)

Inhaltsverzeichnis

Edmund Brandt

Das Spannungsfeld Luftverkehrsrecht – Windenergieanlagen.
Folgerungen vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung. 1

Jan Thiele

Windenergie contra DWD – Was sagt die aktuelle Rechtsprechung? 27

Sebastian Willmann

Das neue Helgoländer Papier. 51

Janko Geßner

Der Niedersächsische Windenergieerlass und
die Fortschreibung der Raumordnungsprogramme 73

Frank Albrecht

Windparkplanung in der Flurbereinigung ... der etwas andere Weg. 95

Laurens Bockemühl/Anne Gaertner

UVS und FFH-Verträglichkeitsprüfung im Genehmigungsverfahren
unter besonderer Berücksichtigung artenschutzrechtlicher Aspekte 101

Günter Ratzbor

Raumnutzungsanalyse – Ausweg aus dem Dilemma
„signifikant erhöhtes Tötungsrisiko“? 113

Autoren 137

Das Spannungsfeld Luftverkehrsrecht – Windenergieanlagen. Folgerungen vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung

I. Einleitung

Mit den jüngsten Entscheidungen des *OVG Lüneburg*¹ hat sich die Diskussion im Spannungsfeld Schutz von Flugsicherungseinrichtungen einerseits – Genehmigung von Windenergieanlagen andererseits weiter verschärft.²

Aus rechtlicher Sicht handelt es sich um folgende zentrale Konfliktbereiche:

- Auslegung des Tatbestandsmerkmals „... wenn dadurch Flugsicherungseinrichtungen gestört werden können“ (§ 18a LuftVG)
- Bedeutung der gutachtlichen Stellungnahme der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH
- Bedeutung der Entscheidung des Bundesaufsichtsamts für Flugsicherung (BAF)
- Bindungswirkung der Entscheidung des BAF für die Genehmigungsbehörde
- Gerichtliche Überprüfbarkeit
 - der gutachtlichen Stellungnahme der DFS
 - der Entscheidung des BAF
 - der Entscheidung der Genehmigungsbehörde und
 - Reichweite der Überprüfung.

Im vorliegenden Beitrag werden die einzelnen Fragen der Reihe nach in der Weise behandelt, dass zunächst der Diskussionsstand entfaltet und dann unter Heranziehung der juristischen Auslegungsregeln eine Klärung versucht wird. Im Einzelnen geht es um die Auslegung von § 18 Abs. 1 Satz 1 LuftVG (unter II.), die Herausarbeitung der Bedeutung der gutachtlichen Stellungnahme der DFS (unter III.), die Herausarbeitung der Bedeutung der Entscheidung des BAF (unter IV.) sowie übergreifend die Klärung der gerichtlichen Überprüfbarkeit (unter V.). Abgerundet wird der Beitrag durch eine Zusammenfassung (unter VI.).

1 *OVG Lüneburg*, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12, juris, sowie Beschl. v. 22.01.2015 – 12 ME 39/14, juris.

2 Bereits nach einer Erhebung des Bundesverbandes WindEnergie vom August 2013 wurden durch geltend gemachte Belange der Flugsicherheit Windprojekte von mehr als 3.500 MW blockiert: <https://www.wind-energie.de/verband/fachgremien/arbeitskreise/luftverkehr-und-radar>.

II. Auslegung von § 18 Abs. 1 Satz 1 LuftVG

Im Standardkommentar zum Luftverkehrsgesetz (LuftVG)³ gehen *Meyer/Wysk* davon aus, dass der baulichen Anlage⁴ abstrakt gesehen eine **Eignung zur Störung** [Hervorhebung im Original] von Flugsicherungseinrichtungen nicht von vornherein abzuspochen sein dürfe.⁵ Notwendig, aber auch ausreichend sei die Möglichkeit der Störung von Flugsicherungseinrichtungen. Der Begriff der Störung meine eine für ihre Funktion tatsächlich nachteilige Einwirkung. Da es um erst geplante Bauwerke gehe, könne die Einwirkung nicht bereits vorliegen und sei nicht empirisch – etwa durch Messungen – festzustellen, ob das Tatbestandsmerkmal erfüllt sei, sondern durch eine Prognose zu klären. Dabei genüge es, wenn sich die Störung als hinreichend wahrscheinlich erweise. Das sei der Fall, wenn sie konkret absehbar sei. Die bloß abstrakte Möglichkeit einer solchen Einwirkung, die auf allgemeinen Erfahrungssätzen über das generelle Störungspotenzial von Bauwerken im Nahbereich von Flugsicherungseinrichtungen fuße, reiche nicht aus.⁶

Die Versagungsbefugnis hänge nicht davon ab, dass durch das Bauwerk eine konkrete und unmittelbare Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs begründet oder verstärkt werde. Die Gefahr werde bei Einwirkungen auf Flugsicherungseinrichtungen vielmehr gesetzlich vermutet. Das sei sachlich ohne Weiteres gerechtfertigt: Die Wahrung der Belange der Sicherheit des Luftverkehrs gebiete ein auf weite Sicht auszurichtendes Überlegen und Planen, das sich stets danach auszurichten habe, eine sichere, flüssige und geordnete Abwicklung des Luftverkehrsgesetzes zu gewährleisten.⁷ Daher seien auch sich zukünftig erst ergebende Gefährdungen, die von durch Bauwerke gestörten Flugsicherungseinrichtungen ausgehen könnten, relevant. Dabei gelte – wie stets im Recht der Gefahrenabwehr und Risikovororge – im Sinne einer negativen Korrelation zwischen dem Grad der Wahrscheinlichkeit des Störungseintritts einerseits und dem dabei prognostizierten Störungsausmaß andererseits der Grundsatz: Je größer das zu erwartende Ausmaß der Störung und die daraus resultierenden Folgen seien, desto geringere Anforderungen seien an die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Störung zu stellen. Vor dem Hintergrund sei zu berücksichtigen, dass Störungen der Luftverkehrssicherheit in aller Regel weitreichende und gegebenenfalls sogar katastrophale Auswirkungen auf zentrale verfassungsrechtliche Schutzgüter im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG hätten.⁸

In ihrem Gutachten zur Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH⁹ wird vergleichsweise ausführlich auf die Frage nach der Rechtsnatur und -wirkung

3 *Grabherr/Reidt/Wysk*, Luftverkehrsgesetz: LuftVG. Kommentar (Loseblatt), Stand: Juni 2013.

4 Als Bauwerke i. S. v. § 18a LuftVG werden künstlich hergestellte physische Anlagen gefasst (*Meyer/Wysk*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, LuftVG, § 18a Rn. 6).

5 *Meyer/Wysk*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, LuftVG, § 18a Rn. 6.

6 *Meyer/Wysk*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk*, LuftVG, § 18a Rn. 9.

7 Ebenda – unter Verweis auf § 27c Abs. 1 sowie § 12 Abs. 4 LuftVG.

8 Ebenda.

9 *Hüttig* u. a., Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH, Berlin, 01.06.2014.

von Entscheidungen des BAF ausgegangen.¹⁰ Im Vergleich dazu finden sich zum Tatbestandsmerkmal „Störung“ nur einige wenige kursorische Hinweise.

Sobald eine Störung von Flugsicherungseinrichtungen möglich sei, konstatieren die Autoren ein unmittelbar gesetzlich angeordnetes Bauverbot.¹¹ Der Gesetzgeber schein hier die Abwägungsentscheidung selbst getroffen zu haben, indem er dem Funktionieren der Flugsicherung einen so hohen Stellenwert eingeräumt habe, dass jede Abwägungsentscheidung immer nur zugunsten der Flugsicherung ausfallen könne.¹²

In der gutachtlichen Stellungnahme von *Battis/Moench/von der Groeben*¹³ zur Bedeutung des Errichtungsverbots des § 18a bei der Genehmigung wird lediglich ausgeführt, es sei nicht notwendig, dass eine Störung sicher eintrete. Sie müsse allerdings im konkreten Einzelfall mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein. Das Luftverkehrsgesetz mache keine besonderen Vorgaben hinsichtlich der Prognoseentscheidung.¹⁴ Nicht gesagt wird, woraus die Autoren ableiten, dass a) eine Prognoseentscheidung zu treffen sei und b) woraus sich erheben soll, dass die Störung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein muss.¹⁵

Das *OVG Lüneburg* referiert als übereinstimmende Auffassung, dass zur Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands die Möglichkeit der Störung einer Flugsicherungseinrichtung reiche. Der Begriff der Störung meine eine für die Funktion der Einrichtung nachteilige Einwirkung. Ob eine solche zu erwarten sei, sei – weil es um geplante Bauwerke gehe – durch eine Prognose zu klären.¹⁶ Zu der Frage, wann anzunehmen sei, dass Flugsicherungseinrichtungen durch Bauwerke gestört werden könnten, ergebe sich aus § 18a LuftVG nichts. Insgesamt fehlten dazu gesetzliche oder anderweitige rechtlich konkretisierende Festlegungen. Von daher sei unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls festzustellen, wann die Möglichkeit einer für die Funktion der Flugsicherungseinrichtung nachteiligen Einwirkung den Begriff erfülle. Eine konkrete und unmittelbare Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs bzw. die Wahrscheinlichkeit eines konkreten Schadenseintritts sei nicht erforderlich. Bei Einwirkungen auf Flugsicherungseinrichtungen werde eine Gefahr gesetzlich vermutet. Die Wahrung der Belange der Sicherheit des Luftverkehrs gebiete es, die anzustellenden Überlegungen an einer sicheren,

10 Siehe dazu weiter unten unter IV.

11 *Hüttig* u. a., Flugsicherheitsanalyse, S. 67.

12 Ebenda. Aus den Ausführungen wird nicht deutlich, wo überhaupt der Anknüpfungspunkt für eine Abwägung liegen soll. Unklar ist weiterhin, was sich hinter der Formulierung, der Gesetzgeber schein die Abwägungsentscheidung selbst getroffen zu haben, verbergen soll.

13 *Battis/Moench/von der Groeben*, Zur Bedeutung des Errichtungsverbots des § 18a LuftVG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen, Berlin, 6. November 2014, S. 17.

14 Ebenda.

15 Im weiteren Verlauf referieren die Autoren sodann bezüglich der möglichen Störung die vom *VG Hannover* in seinem Beschl. v. 21.12.2010 – 12 B 3465/10 entwickelte zweistufige Prüfung, wonach eine Störung erstens voraussetzt, dass die Windenergieanlage die Funktion der – im konkreten Fall – Radaranlage nachteilig beeinflussen könne. Zweitens sei erforderlich, dass die Beeinflussung die Funktion der Radaranlage für den ihr zugewiesenen Zweck in nicht hinnehmbarer Weise einschränke. Auf der zweiten Stufe könnten wertende Kriterien berücksichtigt werden (a. a. O., S. 17 f.).

16 (Fn. 1), *juris*, Rn. 50, 67.

flüssigen und geordneten Abwicklung des Luftverkehrs auszurichten. Dabei seien auch erst zukünftig sich ergebende Gefährdungen, die von durch Bauwerke gestörten Flugsicherungseinrichtungen ausgehen könnten, zu berücksichtigen. Störungen der Luftverkehrssicherheit könnten weitreichende Auswirkungen auf verfassungsrechtliche Schutzgüter im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG haben. Auch dies sei bei der Frage, welche Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit einer Störung zu stellen seien, zu bedenken.¹⁷

Sowohl die Vorgehensweise als auch die erzielten Befunde divergieren beträchtlich. Vor dem Hintergrund erscheint es geboten, die Auslegung konsequent methodenstreng vorzunehmen und dabei nach der normativen Ausgangslage (dazu unter 1.) und der Heranziehung von Hilfsgrößen (dazu unter 2.) zu unterscheiden.

1. Normative Ausgangslage

Eine Legaldefinition des Begriffs „Störung“ gibt es im LuftVG in der Tat nicht. Die Begriffsklärung hat demzufolge mit Hilfe der üblichen Auslegungsregeln zu erfolgen. Dabei erweist sich die Wortsinninterpretation durchaus als ergiebig.

Die auf den Alltagssprachgebrauch ausgerichteten Synonyme lauten zum einen „Beeinträchtigung, Behelligung, Behinderung, Belästigung, Unterbrechung“, zum anderen „Defekt, Panne, Problem, Schaden, Schädigung“. Ausgedrückt wird also ein negativ besetzter bereits eingetretener Zustand.

Im Polizei- und Ordnungsrecht ist der Störungsbegriff in unmittelbarer Nachbarschaft zum Gefahrenbegriff – definiert als eine Sachlage, in der bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Schaden für eines der Schutzgüter (öffentliche Sicherheit bzw. Ordnung) eintreten wird¹⁸ – angesiedelt. Störung meint in dem Zusammenhang die bereits realisierte Gefahr.¹⁹ Mit einer anderen Formulierung wird Störung als eine in Zukunft fortbestehende Gefahr umschrieben.²⁰ Entsprechend wird im Energiewirtschaftsrecht Störung zeitlich nach einer Gefährdung verortet; sie setzt voraus, dass sich die Gefährdung tatsächlich verwirklicht hat.²¹

Da § 18a LuftVG erst geplante Bauwerke zum Gegenstand hat, kann die – abzuwendende – Beeinträchtigung noch nicht eingetreten sein. Es geht vielmehr um einen möglichen, zukünftigen Zustand, zu dem es nicht kommen soll. Dieser Zustand bezieht sich auf das Funktionieren der oben aufgezählten Flugsicherungseinrichtungen. Deren reibungsloses Funktionieren soll gewährleistet werden. Weitergehende qualitative Abstufungen sieht die Bestimmung nicht vor, auch wird keine wie auch immer geartete zeitliche Er-

17 (Fn. 1), *juris*, Rn. 53.

18 Siehe dazu zusammenfassend *Schoch*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2008, S. 285 ff.

19 Ebenda.

20 Ebenda.

21 *Tüngler*, in: Kment (Hrsg.), *Energiewirtschaftsgesetz: EnWG. Kommentar*, 2015, § 13 Rn. 17. Eine Störung im Sinne von § 13 Abs. 1 EnWG bezeichnet demnach einen örtlichen Ausfall des Übertragungsnetzes, einen kurzfristigen Engpass oder einen Fehler bei der Aufrechterhaltung der Frequenz, Spannung oder Stabilität (ebenda).

streckung verlangt. Die Beeinträchtigung der Flugsicherungseinrichtung muss also weder dauerhaft sein, noch wird vorausgesetzt, dass es zur Auswechslung von Komponenten kommt. Der Begriff Störung in § 18a Abs. 1 ist danach per se weit gefasst.

Einschränkungen des weiten Begriffsverständnisses könnten sich gegebenenfalls durch die verbale Einbettung durch das „werden können“ ergeben. Darauf ist nunmehr einzugehen.

Soweit hier von Belang, bedeutet „können“ laut *Duden* „möglicherweise der Fall sein, in Betracht kommen“. Ausgeschlossen ist damit von vornherein, dass die Störung mit Sicherheit eintreten muss. Die Frage spitzt sich deshalb darauf zu, wie wahrscheinlich es sein muss, dass es zu einer Störung kommt, und welche Parameter insoweit eine Rolle spielen.

Soll das Wort „können“ bzw. das Synonym „imstande sein“ sich nicht als völlig sinnentleert darstellen, reicht die bloße theoretische Konstruktion, die nicht weiter belegbare (und belegte) Möglichkeit nicht aus; andererseits bedarf es keiner unmittelbaren Gefahr für den Störungseintritt. Wäre Letzteres zu verlangen, hätte der Gesetzeswortlaut ein „Drohen“, „unmittelbar bevorstehend“ oder „mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten“ oder dergleichen enthalten müssen.

Zwischenergebnis:

Mit Hilfe der Wortsinninterpretation ist eine erste Annäherung im Hinblick auf die Klärung des Bedeutungsgehalts der Wörter „werden können“ erreicht worden. Eine endgültige Klärung ist jedoch noch nicht zustande gekommen. Deshalb müssen weitere Auslegungsansätze herangezogen werden.

Im Rahmen der systematischen Interpretation ist § 27c LuftVG heranzuziehen, wonach die Flugsicherung der sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs dient. Diese Querverbindung wird auch im Rahmen der teleologischen Auslegung eine Rolle spielen.²² Inwieweit sich auf die Weise eindeutige Maßstäbe für die abschließende Klärung des Bedeutungsgehalts der Wörter „werden können“ ableiten lassen, erscheint indes zweifelhaft: Die grundsätzlich bestehende Zielorientierung, was die Flugsicherung allgemein und Flugsicherungseinrichtungen im Besonderen anbelangt, steht außer Zweifel. Worum es bei der Feinjustierung geht, ist gerade die Ermittlung der Reichweite bzw. Ausstrahlung der Schutzgüter, die in § 27c Abs. 1 LuftVG aufgeführt sind. Anders als vom *OVG Lüneburg* zugrunde gelegt, kann in dem Zusammenhang freilich nicht ausschließlich auf die verfassungsrechtlichen Schutzgüter Leben und Gesundheit i. S. des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG rekurrert werden. Vielmehr sind die ebenfalls im Raum stehenden Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG (unternehmerische Betätigungsfreiheit, Eigentum) in die Betrachtung miteinzubeziehen.

Soweit es die Passagiere von Luftfahrzeugen betrifft, sind danach als überragende Schutzgüter Leben und Gesundheit, abgesichert durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, in die Ab-

22 So auch *OVG Lüneburg* (Fn. 1), Rn. 53: „Die Wahrung der Belange der Sicherheit des Luftverkehrs gebietet es, die anzustellenden Überlegungen an einer sicheren, flüssigen und geordneten Abwicklung des Luftverkehrs auszurichten (§ 27c Abs. 1 LuftVG);“ sowie *Battis/Moench/von der Groeben*, Zur Bedeutung des Errichtungsverbots des § 18a LuftVG, S. 25 f.