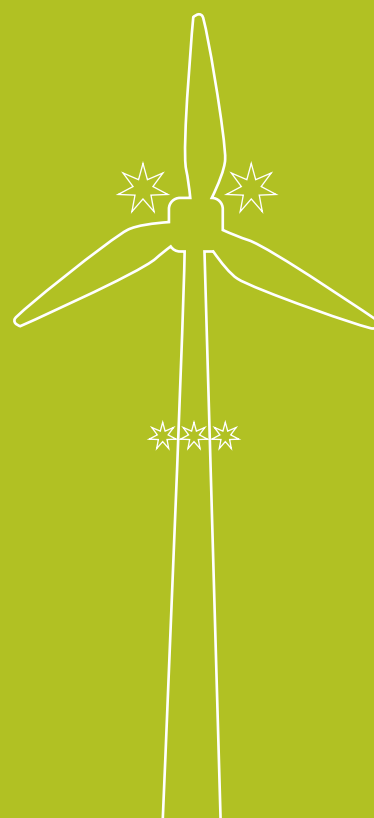
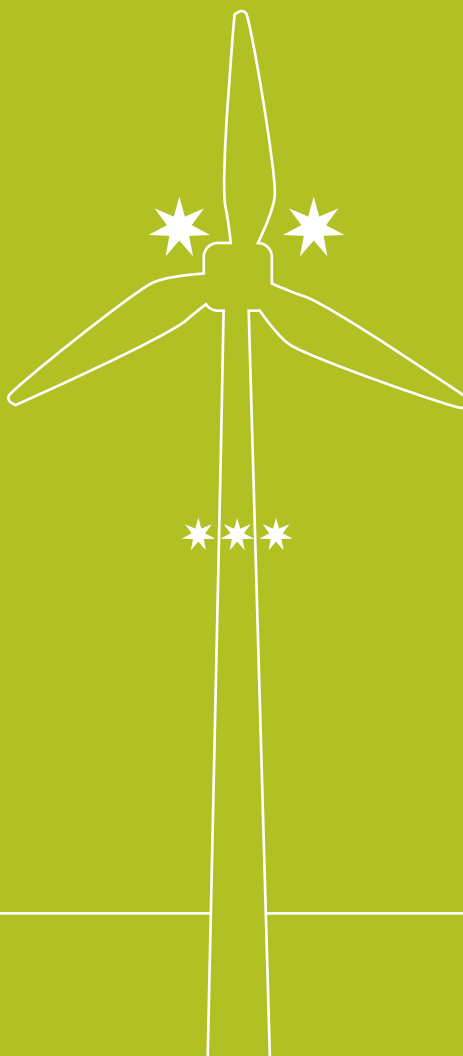




BNK – Genehmigt!

Das behördliche Genehmigungsverfahren und die rechtlichen
Handlungsinstrumentarien für bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung



BNK – Genehmigt!

Das behördliche Genehmigungsverfahren und die rechtlichen
Handlungsinstrumentarien für bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung

Marianna Roscher

Gefördert durch:



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie



aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Inhalt

Vorwort.....	5
1 Hintergrund.....	6
2 Grundlagen bedarfsgerechter Nachtkennzeichnung	7
2.1 Gesetzliche Grundlagen auf Bundesebene	7
2.1.1 Bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung im Rahmen des Energiesammelgesetzes	8
2.1.2 Abschätzung des von BNK tangierten Anlagenbestands	8
2.2 Gesetzliche Grundlagen auf Landesebene	10
2.2.1 Mecklenburg-Vorpommern	10
2.2.2 Schleswig-Holstein	10
2.2.3 Weitere Bundesländer	11
2.3 Technische Grundlagen	11
2.3.1 Primärradar	11
2.3.2 Sekundärradar	12
2.4 Fazit der gesetzlichen und technischen Grundlagen	12
3 Grundlagen des Genehmigungsverfahrens für die Praxis.....	13
4 Anschluss der Windenergieanlage an ein BNK-Radar im immissionsrechtlichen Genehmigungsverfahren	15
4.1 Rechtliche Zuordnung des BNK-Radars zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der Windenergieanlage	15
4.1.1 BNK-Radar als Anlagenkern	15
4.1.2 BNK als Nebeneinrichtung.....	16
4.1.3 Rechtliche Konsequenz der Einordnung als Nebeneinrichtung.....	17
4.2 Eigenständige immissionsschutzrechtliche Genehmigung für das Radarsystem	19
5 Anschluss der Windenergieanlage an ein BNK-Radar im baurechtlichen Genehmigungsverfahren	20
5.1 Die Genehmigungspflicht der BNK-Radaranlage	20
5.1.1 Genehmigungspflicht nach den Landesbauordnungen	20
5.1.2 Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung	21
5.2 Die Genehmigungsfähigkeit der BNK-Radaranlage.....	21
5.2.1 Das BNK-Radar als privilegierte Anlage im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 BauGB	21
5.2.2 Das BNK-Radar als sonstige Anlage im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB oder im Rahmen eines Bebauungsplanes	26
5.2.3 Das BNK-Radar als Anlage im Innenbereich	26
5.3 Fazit zur baurechtlichen Genehmigung des BNK-Radars	28
6 Ausstattung der Windenergieanlage mit einer BNK-Steuerungseinheit	29

7	Anerkennung der BNK und Zustimmung der Luftfahrtbehörde	30
7.1	Anerkennung der Bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung durch die DFS	31
7.1.1	Verfahren und Zuständigkeit	31
7.1.2	Stufe 1: Grundsatzprüfung/Anerkennung durch die DFS	31
7.1.3	Stufe 2: Standortspezifische Prüfung durch die DFS	32
7.2	Zustimmung der Luftfahrtbehörde	32
8	Frequenzzuteilung und EMVU-Bescheinigung für das BNK-Radar durch die Bundesnetzagentur	34
8.1	Frequenzzuteilung für das BNK-Radar	35
8.1.1	Frequenzzuteilung der jeweiligen BNK-Systeme	36
8.2	EMVU-Bescheinigung für das BNK-Radar	36
9	BNK im Rahmen behördlicher Instrumentarien	37
9.1	Vorgaben zur Befeuerung als Nebenbestimmungen	37
9.1.1	Wahl der Nebenbestimmung	37
9.1.2	Tatbestandliche Voraussetzungen zum Erlass einer Nebenbestimmung	39
9.1.3	Ermessensbegrenzung – Verhältnismäßigkeit	40
9.1.4	Zwischenfazit Nebenbestimmungen	41
9.2	Nachträgliche Anordnungen § 17 BImSchG	41
9.3	Fazit der BNK als behördliches Instrumentarium	41
10	BNK im Rahmen städtebaulicher Instrumentarien	42
10.1	BNK innerhalb von Bebauungsplänen	42
10.1.1	Gestaltung nach § 9 Abs. 4 BauGB	42
10.1.2	Anwendbare Vorschriften	43
10.1.3	Gestalterische Grenzen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit	43
10.2	BNK im Rahmen von städtebaulichen Verträgen	44
10.2.1	Anforderungen an städtebauliche Verträge	45
10.3	Fazit bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung im Rahmen städtebaulicher Instrumentarien	45
11	Fazit und Ausblick	46
	Impressum	48

Abbildungen und Tabellen

Tabelle 1:	Regionale Verteilung der Windenergieanlagen größer 100 m Gesamthöhe	9
Abbildung 1:	Genehmigungsverfahren für BNK-Radare	13
Abbildung 2:	Dauer Genehmigungsverfahren für Einrichtung eines BNK-Systems (Aktivradar)	14
Abbildung 3:	Bau- und immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren für BNK-Radare	28
Abbildung 4:	Anerkennung des BNK und Zustimmung der Luftfahrtbehörde	30
Abbildung 5:	Genehmigungen der Bundesnetzagentur	34



Vorwort

Sehr geehrte Leserin, sehr geehrter Leser,

seit Ende 2015 ist die bedarfsgerechte Befeuerung von Windenergieanlagen als technisches System zugelassen. Ihr Vorteil liegt in der deutlich verminderten Beleuchtung der nächtlichen Landschaft, welche normalerweise mit größeren Windenergieanlagen einhergeht. Damit soll das nächtliche Landschaftsbild geschont und ein Beitrag zur Akzeptanz der Windenergienutzung geleistet werden.

Steckten 2015 die ersten anerkannten Systeme zur BNK noch in ihren Anfängen, haben sich nicht nur die Systeme selbst, sondern auch die damit verbundenen technischen und betriebswirtschaftlichen Lösungen innerhalb kurzer Zeit weiterentwickelt. So wird mittlerweile die Befeuerung ganzer Windparks bedarfsgerecht gesteuert und die Kosten für die vorhandenen Systeme sind gesunken. Das führt dazu, dass sich die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung bei Behörden und Windenergieanlagenbetreibern zunehmend als veritables, akzeptanzsteigerndes System etabliert hat. Auch der Bundesgesetzgeber hat dies erkannt und koppelt zukünftig die Vergütung des Windstroms an die Einrichtung eines Systems zur bedarfsgerechten Steuerung der Nachtkennzeichnung.

Daraus ergeben sich in der Praxis neue Fragestellungen, welchen das Bedürfnis nach einer einheitlichen und rechtssicheren Umsetzung innewohnt. So werden bei der Installation einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung Immissions- und Luftfahrtbehörden, sowie ggf. das Bauamt und die Bundesnetzagentur in das Verfahren einbezogen. Hinzu kommt, dass die unterschiedlichen technischen Systeme zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung unterschiedliche Vorgehensweisen erfordern.

Das vorliegende Hintergrundpapier adressiert Fragestellungen rund um die Genehmigung von Neu- und Bestandsanlagen mit einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung und ebenso die Errichtung eines BNK-Radarmastes.

So gibt das vorliegende Papier zunächst einen grundlegenden Überblick über den aktuellen Sach- und Rechtsstand zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung. Es setzt sich weiterhin auch mit den gesetzlichen Anforderungen und erforderlichen behördlichen Verfahren auseinander. Begleitend dazu werden einzelne rechtliche Problemstellungen vertieft beleuchtet. Darüber hinaus geht das Hintergrundpapier aus juristischer Perspektive auf behördliche Instrumente im Rahmen von bedarfsgerechter Nachtkennzeichnung ein und zeigt mögliche Vorgehensweisen zur Zulassung der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen und den dafür notwendigen Anlagen auf.

Mit diesem Hintergrundpapier sollen damit generelle Fragen zu diesem Thema beantwortet und zugleich spezifische juristische Fragestellungen beleuchtet werden. Vor dem Hintergrund der umfassenden gesetzlichen Neuerungen möchte die FA Wind einen Beitrag für einen praxisgerechten und transparenten Ausbau der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung leisten.

Ich wünsche Ihnen eine interessante Lektüre.

Ihre



Dr. Antje Wagenknecht, Geschäftsführerin der
Fachagentur Windenergie an Land

1 Hintergrund

Die Befeuerung von Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von über 100 Metern ist aus Gründen der Luftsicherheit gesetzlich verpflichtend. Dabei kann insbesondere die nächtliche Befeuerung in Form roter Blinklichter als störend empfunden werden. Zusätzlich hat die Befeuerung auch Einfluss auf das nächtliche Landschaftsbild. Dies kann unter anderem eine abträgliche Wirkung auf die Wahrnehmung von Windenergieanlagen bei den Anwohnern haben.¹

Die bedarfsgerechte Befeuerung bzw. bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung (BNK)² bietet einen Lösungsansatz für diese Problemstellung. Die Befeuerung der Windenergieanlagen soll in der Form vermindert werden, dass die Befeuerung erst aktiviert wird, wenn sich der Windenergieanlage auch tatsächlich ein Flugzeug nähert. Auf

diesem Weg sollen Windenergieanlagen, unter gleichzeitiger Aufrechterhaltung eines uneingeschränkt sicheren Flugverkehrs, ca. 90 Prozent der Betriebszeit unbeleuchtet bleiben können.³ Dadurch werden die vorhandenen Lichtimmissionen erheblich vermindert und auch das nächtliche Landschaftsbild befriedet.

Bei der Ausstattung von Windenergieanlagen mit der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung sind jedoch nicht nur die zu erwartenden Kosten zu beachten. Von zentraler Bedeutung sind die Fragen der Genehmigungsbedürftigkeit und -fähigkeit der hierzu erforderlichen BNK-Radaranlagen und der behördlichen Instrumentarien zur Einführung einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung. Dieses Hintergrundpapier will die aktuellen Fragen rechtlich aufgreifen und praxisnahe Lösungsansätze bieten.

¹ Hübner/Pohl, Akzeptanz und Umweltverträglichkeit der Hinderniskennzeichnung von Windenergieanlagen, Abschlussbericht zum BMU-Forschungsvorhaben (FKZ: 03MAP134), 2010, S. 15 f., 21 f.

² Bedarfsgerecht wird von Gesetzgeber und Praxis begrifflich synonym zu bedarfsgesteuerter Nachtkennzeichnung verwendet.

³ Herrholz, Bedarfsgerechte Befeuerung: Mehr Akzeptanz für Windparks, WID Whitepaper 02/2015, S. 6, 7.

2 Grundlagen bedarfsgerechter Nachtkennzeichnung

2.1 Gesetzliche Grundlagen auf Bundesebene

Die Kennzeichnungspflicht für Windenergieanlagen ergibt sich aus den Vorschriften der International Civil Aviation Organisation (ICAO)⁴, welche in die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen (AVV Kennzeichnung)⁵ übertragen wurden⁶. Die Nachtkennzeichnung in Form roter Lichter ist grundsätzlich innerhalb von Städten und anderen dicht besiedelten Gebieten ab einer Bauwerkshöhe von 150 Metern und in wenig dicht besiedelten Gebieten schon ab einer Höhe von mehr als 100 Metern verpflichtend.⁷

Die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung als solche ist in der AVV Kennzeichnung Nr. 17.4 in Verbindung mit dem Anhang 6 gestattet. Sie bedarf danach der Anerkennung der Deutschen Flugsicherung (DFS) und der Zustimmung der zuständigen Luftfahrtbehörde, welche ihre Entscheidung auf die Stellungnahme der DFS nach § 31b Abs. 1 S. 1 Luftverkehrsgesetz (LuftVG)⁸ stützt.⁹

Die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung ist damit zwar zulässig, aber auf Bundesebene bisher keinesfalls verpflichtender Teil einer Genehmigung für Windenergieanlagen. Die Initiative einiger Bundesländer zur Einführung einer bundesweiten Verpflichtung für die bedarfsgerechte Nacht-

kennzeichnung wurde 2016 an das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur herangetragen. Aufgrund des damaligen technischen Standes und der nicht unerheblichen Kosten wurde von dem Ministerium eine dreijährige Evaluierungsphase vorgesehen, um im Anschluss daran eine verpflichtende Einführung zu überdenken.¹⁰

Die Verwendung der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung kann auf unterschiedliche Weise verpflichtend eingeführt werden. Von Bedeutung ist die Frage, auf welcher Basis eine Implementierung erfolgt. So kann der BNK-Einsatz verpflichtender Teil der Genehmigung nach § 6 Abs. 1 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG)¹¹ sein, sofern es beispielsweise durch Einführung im Baugesetzbuch (BauGB)¹² oder BImSchG erfolgt.

Demgegenüber könnte die Verwendung eines BNK-Systems lediglich fakultativer Teil einer Windenergieanlagengenehmigung werden. Das ist der Fall, wenn der Einsatz eines BNK-Systems außerhalb des BImSchG und der nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG anwendbaren Vorschriften erfolgen würde. Das ist beispielsweise der Fall bei einer Anknüpfung der BNK-Pflicht an die Förderung nach dem Erneuerbaren-Energien-Gesetz (EEG)¹³.

⁴ Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt (Chicagoer Abkommen), v. 7.12.1944, BGBl. 1956 II S. 411.

⁵ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen, v. 2.9.2004, BAnz. S. 19937.

⁶ Anhang SERA.5005 Buchstabe f Durchführungsverordnung (EU) Nr. 923/2012 (EU) Nr. 923/2012 (SERA) und Nr. 3.1 b) AVV Kennzeichnung.

⁷ Nr. 3.1 AVV Kennzeichnung.

⁸ Luftverkehrsgesetz, v. 10.5.2007, BGBl. I S. 698.

⁹ Nr. 17.4 AVV Kennzeichnung.

¹⁰ Nds. LT.-Drs. 17/5344, S. 2.

¹¹ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge (Bundes-Immissionsschutzgesetz – BImSchG) v. 17.5.2013, BGBl. I S. 1274.

¹² Baugesetzbuch (BauGB), v. 3.11.2017, BGBl. I S. 3634.

¹³ Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG 2017) v. 21.7.2014, BGBl. I S. 1066,

2.1.1 Bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung im Rahmen des Energiesammelgesetzes

Eine dahingehende Regelung wurde mit dem sog. Energiesammelgesetz¹⁴ in das EEG eingeführt werden. Der neue § 9 Abs. 8 EEG 2017 sieht vor, dass kennzeichnungspflichtige Windenergieanlagen an Land und teilweise auch auf See¹⁵ mit einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung auszustatten sind. Diese Anforderung wird damit als neue technische Vorgabe (§ 9 EEG 2017) eingeführt. Diese Pflicht soll ab dem 1. Juli 2020 für Neuanlagen und auch Bestandsanlagen gelten. Ausnahmen von dieser Pflicht kann die Bundesnetzagentur auf Antrag nur »kleinen Windparks« zugestehen, sofern die technische Nachrüstung wirtschaftlich nicht zumutbar ist. Eine Verlängerung der verhältnismäßig knappen Umsetzungsfrist kann die Bundesnetzagentur aussprechen, wenn die erforderlichen technischen Einrichtungen »nicht in ausreichendem Umfang am Markt angeboten werden« (§ 85 Abs. 2 Nr. 1a EEG 2017). In diesem Fall ist kein Antrag seitens des Anlagenbetreibers erforderlich, sondern die Behörde würde im Rahmen eines Festsetzungsbeschlusses eine generelle Fristverlängerung aussprechen.

Im Falle eines Verstoßes gegen die Verpflichtung wird der Anlagenbetreiber für die Dauer des Verstoßes dahingehend sanktioniert, dass der Zahlungsanspruch auf den anzulegenden Wert auf den Monatsmarktwert Wind Onshore gesenkt wird, § 52 Abs. 2 Nr. 1a EEG 2017.

Die Installation und Verwendung eines BNK-Systems ist damit verpflichtend nach dem EEG. Sie wird jedoch nicht verpflichtende Voraussetzung für die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Aufgrund dessen kann grundsätzlich keine Anlagengenehmigung verweigert werden. Durch das EEG wird nur ein starker Anreiz zur Nutzung eines BNK-Systems gesetzt. Sofern ein BNK-System genutzt werden soll, muss es jedoch als Nebenbestimmung (§ 12 BImSchG) in der BImSchG-Genehmigung der Windenergieanlage festgeschrieben werden (siehe Kapitel 9.1). Unbenommen bleibt auch weiterhin die Möglichkeit einer verpflichtenden Einführung im Rahmen landesrechtlicher Bauvorschriften (siehe Kapitel 2.2.1).

Die Nutzung eines transponderbasierten Systems und eine damit verbundene Anpassung der luftverkehrsrechtlichen Vorschriften sind in Art. 18 des Energiesammelgesetzes ausdrücklich vorgesehen. Der Gesetzgeber hat die Anforderungen an die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung technologie-neutral ausgestaltet, so dass die Kennzeichnungspflicht mit allen luftverkehrsrechtlich zugelassenen Optionen erfüllt werden kann.¹⁶

2.1.2 Abschätzung des von BNK tangierten Anlagenbestands

Für die Abschätzung des Umfangs von Windenergieanlagen, die von der Nachrüstpflicht des § 9 Abs. 8 EEG 2017 ab Mitte 2020 betroffen sein werden, wurden verschiedene Datenquellen herangezogen. Die Betrachtungen beschränken sich auf Anlagen mit einer spezifischen Mindestleistung von 500 Kilowatt (kW) soweit diese ab dem Jahr 2000 in Betrieb genommen wurden.¹⁷ Der analysier-

te Anlagenpark im Inbetriebnahme-Zeitraum 2000 bis 2014 basiert auf den EEG-Stammdaten, welche die vier Übertragungsnetzbetreiber jährlich zusammen mit der EEG-Jahresabrechnung veröffentlichen.¹⁸ Nachdem diese Datensätze keine höhenspezifischen Anlagenmerkmale beinhalten, wurden zur Abschätzung, wie viele der Anlagen höher als 100 Meter sind, Bundesländer spezifische

¹⁴ Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes, des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energie-rechtlicher Vorschriften, v. 17.12.2018, BGBl. I 2018 S. 2549.

¹⁵ Die weiteren Ausführungen beschränken sich auf den Onshore-Bereich.

¹⁶ Vgl. Begründung zu § 9 Abs. 8 EEG 2017, Drs. 19/6155, S. 113.

¹⁷ Inbetriebnahmen vor 2000 blieben unberücksichtigt, da die Betrachtungen ergaben, dass die Gesamthöhe bei Windturbinen vor der Jahrtausendwende ganz überwiegend unterhalb von 100 Metern lag.

¹⁸ Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB), Anlagenstammdaten zur EEG-Jahresabrechnung 2017, veröffentlicht am 27.8.2018.

Bestandsdaten¹⁹ herangezogen. Dort wo keine länderspezifischen Daten verfügbar waren, wurde der Anlagenbestand mit mehr als 100 Metern Gesamthöhe anhand rechnerischer Durchschnittswerte aus anderen Bundesländern in vergleichbarer Region abgeschätzt.²⁰ Windturbinen, die ab 2015 in Betrieb genommen worden sind, wurden dem (Marktstammdaten-) Register der Bundesnetzagentur entnommen.²¹ Die Auswertung der verschie-

denen Datenquellen hat ergeben, dass Ende 2018 rund 24.000 Windenergieanlagen mit mindestens 500 kW Generatorleistung am Netz waren, die seit dem Jahr 2000 in Betrieb genommen wurden. Davon haben nach unseren Berechnungen rund 17.500 Anlagen eine Gesamthöhe von mehr als 100 Metern, womit sie grundsätzlich der Pflicht zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung ab dem 1. Juli 2020 unterfallen.

Windenergieanlagen mit mehr als 100 Meter Höhe	Inbetriebnahme		gesamt
	2000–2009	2010–2018	
Baden-Württemberg	220	380	600
Bayern	175	760	935
Berlin	0	5	5
Brandenburg	1.700	1.190	2.860
Bremen	20	40	60
Hamburg	5	35	40
Hessen	150	600	750
Mecklenburg-Vorpommern	260	650	910
Niedersachsen	1.600	1.740	3.340
Nordrhein-Westfalen	930	1.040	1.970
Rheinland-Pfalz	460	850	1.310
Saarland	40	140	180
Sachsen	200	140	340
Sachsen-Anhalt	1.020	710	1.730
Schleswig-Holstein	510	1.320	1.830
Thüringen	250	340	590
Summe	7.540	9.940	17.480

Tabelle 1: Regionale Verteilung der Windenergieanlagen größer 100 m Gesamthöhe; Daten: ÜNB, BNetzA; Auswertung und Abschätzung: FA Wind

¹⁹ Einbezogen werden konnten anlagenspezifische Daten aus Bayern, Baden-Württemberg, Brandenburg, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz sowie Sachsen.

²⁰ Beispielsweise wurde der Anteil der WEA > 100 m Gesamthöhe, der 2002 in Thüringen in Betrieb ging, anhand des Durchschnittswerts der WEA > 100 m ermittelt, der im selben Zeitraum in Bayern, Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz und in Sachsen ans Netz ging. In diesem Fall liegt der Mittelwert über die fünf Bundesländer bei 50%, weshalb auf für Thüringen unterstellt wurde, dass dort 50% der 2002 in Betrieb gegangenen 68 WEA eine Gesamthöhe über 100 m aufwiesen, konkret also 34 der 68 Anlagen.

²¹ BNetzA, EEG-Registerdaten (Meldestand: 31.12.2018), veröffentlicht am 31.01.2019.

2.2 Gesetzliche Grundlagen auf Landesebene

In die Landesgesetzgebung hat die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung bislang nur in begrenztem Umfang Einzug gehalten.

2.2.1 Mecklenburg-Vorpommern

Lediglich in Mecklenburg-Vorpommern ist die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung als verpflichtend eingeführt worden. § 46 Abs. 2 Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern (LBauO M-V)²² lautet:

» [...] (2) Windenergieanlagen, die nach dem 29. Dezember 2017 genehmigt werden und aufgrund luftfahrtrechtlicher Bestimmungen einer Nachtkennzeichnung bedürfen, sind mit einer bedarfsgerechten, dem Stand der Technik entsprechenden Nachteinschaltvorrichtung zu versehen, die nur bei der Annäherung eines Luftfahrzeuges aktiviert wird ... «

Neben der zeitlichen Beschränkung der installationspflichtigen Windenergieanlagen besteht die Verpflichtung erst bei mehr als vier Anlagen, die in engem Zusammenhang

stehen. Andernfalls besteht die Möglichkeit gegen Zahlung einer Ablösesumme von 100.000 Euro je Windenergieanlage auf die Installation einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung zu verzichten.²³

Sofern die Nutzung einer BNK, wie hier, im Rahmen des Baurechts verpflichtend verlangt wird, ist sie damit Voraussetzung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG. Das bedeutet, dass eine Genehmigung verweigert werden kann, sofern die Vorgaben des § 46 Abs. 2 LBauO M-V nicht erfüllt sind.

Die Regelung des § 46 Abs. 2 LBauO M-V ist mit Blick auf die Gesetzgebungskompetenz des Landes nicht unumstritten.²⁴ Es bleibt abzuwarten, ob diese Fragestellung in Zukunft einer gerichtlichen Entscheidung zugeführt wird.

2.2.2 Schleswig-Holstein

Schleswig-Holstein hat eine Anreiz-Lösung zur Anwendung der BNK geschaffen. Der Runderlass »Grundsätze zur Planung von und zur Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung bei Windkraftanlagen« sieht vor, dass im Rahmen des naturschutzrechtlichen Vermeidungsgebotes (§ 13 Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG)) die Anwendung einer bedarfsgesteuerten Hinderniskennzeichnung zu prüfen und ggf. als Alternative (§ 15 Abs. 1

BNatSchG)²⁵ für eine Dauerbefeuerung zu erwägen. Der Einsatz einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung wird bei der Ermittlung der Kompensationszahlungen für Beeinträchtigungen des Landschaftsbildes berücksichtigt. Das erfolgt in der Weise, dass die durch die BNK anfallenden Kosten als prozentuale Abschläge den Ersatzgeldzahlungen entgegengehalten werden.²⁶

²² Landesbauordnung Mecklenburg-Vorpommern (LBauO M-V) v. 15.10.2015, GVOBl. M-V 2015, S. 344.

²³ § 46 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 LBauO M-V.

²⁴ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 32 ff., Kurzprotokoll 15. Sitzung des Ausschusses für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung 13.9.2017, 15/20.

²⁵ Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege (Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG) v. 29.7.2009, BGBl. I S. 2542.

²⁶ Bekanntmachung des Ministeriums für Energiewende, Landwirtschaft, Umwelt und ländliche Räume, v. 22.6.2016, V 533, Grundsätze zur Planung von und zur Anwendung der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung bei Windkraftanlagen; Kapitel 4.4.

2.2.3 Weitere Bundesländer

In Baden-Württemberg existiert ein finanzielles Anreizsystem.²⁷ Auch im Koalitionsvertrag der aktuellen Landesregierung von Nordrhein-Westfalen findet sich die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung als Idee wieder.²⁸ In Brandenburg wurde von den Fraktionen SPD, Die Lin-

ke und Bündnis 90/Die Grünen eine verpflichtende gesetzliche Regelung für die BNK angeregt.²⁹ In Thüringen wird aktuell eine Änderung der Bauordnung mit einer verpflichtenden BNK für UVP-pflichtige Vorhaben diskutiert.³⁰

2.3 Technische Grundlagen

Bei den in Deutschland bisher anerkannten Systemen zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung handelt es sich um radarbasierte Technik. Diese funktionieren so, dass das bestehende Befeuerungssystem an einer Windenergieanlage über eine Steuerungseinheit mit einem Radar-

system verbunden wird. Das Radar erkennt sich nähernde Flugobjekte und benachrichtigt die Steuerungseinheit der Befeuerung der Windenergieanlage. Bei Radarsystemen wird zwischen Primär- und Sekundärradaren unterschieden.

2.3.1 Primärradar

Primärradare erfassen Hochfrequenzimpulse und analysieren diese, um daraus Informationen über den Standort und die Entfernung von Flugobjekten zu gewinnen. Dabei ist zwischen Aktiv- und Passivradaren zu unterscheiden.

Aktivradare senden per Antennen elektromagnetische Impulse aus, welche von Flugobjekten reflektiert und von Sensoren erfasst werden. Anhand des empfangenen Echos kann eine Flugroute bestimmt und im Bedarfsfall die Befeuerung der Windenergieanlagen angepasst werden.³¹

Passivradare nehmen demgegenüber vorhandene Funksignale von bspw. Rund- oder Mobilfunk auf. Anhand der aufgefangenen Signale werden Abstand und Höhe von Flugobjekten im Bezug zur Windenergieanlage ausgewertet. Das Passivradar arbeitet damit ohne zusätzliche Strahlungs-Emissionen, denn es werden bereits vorhandene Fernseh- und Mobilfunk-Wellen von DVB-T1 und DVB-T2 genutzt.³²

Die primären Aktiv-Radarsysteme werden, variierend nach Hersteller, entweder direkt an den Windenergieanlagen angebracht oder eine sich drehende Antenne wird ggf. auf einem Mast außerhalb des Windparks errichtet. Soweit sich der Mast außerhalb des Windparks befindet, ist ein Abstand von ca. ein bis zwei Kilometern notwendig, um das Funktionieren der Radaranlage zu gewährleisten (sog. cone of silence).³³ Mittlerweile gibt es verschiedenste Modelle am Markt, welche sich sowohl in ihrer technischen Aufbereitung, als auch ihrer Finanzierung stark unterscheiden. Manche Radarsensoren bedienen gleichzeitig eine Vielzahl von Windenergieanlagen innerhalb von bis zu 1.000 Quadratkilometern. Auch muss nicht zwingend eine Radaranlage erworben werden, sondern es kann anstelle dessen ein Signal gekauft oder gemietet werden. In diesem Fall sind Windenergieanlagen- und Radarbetreiber unterschiedliche Personen.

²⁷ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 2

²⁸ Koalitionsvertrag für NRW 2017 – 2022, v. 26.6.2017, S. 39.

²⁹ Bbg, LT-Drs. 6/8998, S. 2 f.

³⁰ Th. LT-Drs. 6/5614, S. 1 f., Th. LT-Drs. 6/5578 S. 1.

³¹ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 18 ff.

³² FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 14, 19 f.

³³ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 13 f., 20 f.

2.3.2 Sekundärradar

Bei einem Sekundärradar sendet das Abfragegerät ein Signal, welches aktiv von einem Transponder im Flugobjekt erwidert und durch das Radar interpretiert wird. Insofern findet der Informationsaustausch in Form von Frage und Antwort statt. Die Transpondertechnik ist für die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung bislang noch kein nach der AVV Kennzeichnung zulässiges System. Bei Einführung des Anhang 6 AVV Kennzeichnung wurde insbesondere mit aufgenommen, dass eine bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung grundsätzlich von der technischen Ausstattung der Luftfahrzeuge unabhängig sein muss. Als Grund dafür wurde angegeben, dass Bordsysteme potentiell ausfallen können, ohne dass dies sofort bemerkt wird oder ein sicherer Weiterflug gewährleistet werden kann. Diese Annahmen bezogen sich jedoch auf den aktuellen Stand der Technik und sollten die Transpondertechnik nicht gänzlich ausschließen.³⁴ Ein anderer Grund ist, dass in Deutschland nicht alle Flugzeuge einer Transponderpflicht unterliegen und damit nicht durch ein darauf beruhendes BNK-System erfasst werden. Faktisch besteht

aber zumindest in der Nacht eine Transponderpflicht, um die Sicherheit des im Luftverkehr zu gewährleisten.³⁵

Die Änderungen am EEG 2017 lassen jedoch die Transpondertechnik als Voraussetzung zur Vergütung des Windstroms explizit zu. Für die luftfahrtrechtliche Zulassung der Transpondertechnik bedarf es auf Bundesebene jedoch noch mehrerer Anpassungen. So muss zunächst die AVV Kennzeichnung angepasst werden mit Blick auf die Anforderung der Unabhängigkeit von der Einrichtung des Luftfahrzeugs. Entsprechend Art. 85 Abs. 2 Grundgesetz (GG)³⁶ erfolgt eine Anpassung der allgemeinen Verwaltungsvorschrift durch die Bundesregierung unter Zustimmung des Bundesrates. Federführendes Ministerium ist das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (§ 32 Abs. 6 LuftVG). Weiterhin müssen Transponder in der Verordnung über die Flugsicherungsausrüstung der Luftfahrzeuge (FSAV)³⁷ zumindest für die Nachtstunden als verpflichtend eingeführt werden.

2.4 Fazit der gesetzlichen und technischen Grundlagen

Die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung ist nach Bundesrecht als technische Vorrichtung anerkannt. Neben vereinzelt landesrechtlichen Vorgaben zu BNK gibt es nunmehr auch eine bundesweite Regelung der Materie im Rahmen des EEG 2017 geben. Für die bedarfs-

gerechte Nachtkennzeichnung besteht eine Vielzahl an technischen Lösungen. Das bedeutet jedoch gleichzeitig, dass sich eine pauschale Behandlung im Genehmigungsverfahren der Anlagen verbietet.

³⁴ BR-Drs. 241/15, S. 53.

³⁵ DFS GmbH, VFR Pilot Info 01/2018, S. 1.; DFS GmbH, Transmission, 2 – 2017, Ein Code für alle, S. 26 ff.

³⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), v. 3.7.2017, BGBl. I S. 2347.

³⁷ Verordnung über die Flugsicherungsausrüstung der Luftfahrzeuge (FSAV) v. 26.11.2004, BGBl. I S. 3093.

3 Grundlagen des Genehmigungsverfahrens für die Praxis

Die Einrichtung einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung an eine bestehende oder noch zu errichtende Windenergieanlage bedarf mehrerer behördlicher Genehmigungen bzw. Zustimmungen. Die unterschiedlichen technischen Lösungen verhindern eine einheitliche Vorge-

hensweise. Die unterschiedlichen BNK-Systeme verfügen generell über ein Radar- und/oder Empfangseinheit und eine Steuerungseinheit für die Befuerung der Windenergieanlage. Dementsprechend sind bestimmte behördliche Schritte für (fast) alle Lösungen gleichermaßen erforderlich.



Abbildung 1: Genehmigungsverfahren für BNK-Radare

Die Installation einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung schlägt sich grundsätzlich in der immissionsschutzrechtlichen Windenergieanlagengenehmigung nieder. Grund dafür ist, dass die Befuerung von Windenergieanlagen Teil der Genehmigung der Windenergieanlage ist. Bei Neuanlagen findet sich die bedarfsgerechte

Nachtkennzeichnung als Nebenbestimmung in der Genehmigung. Bei Bestandsanlagen ist demgegenüber im Falle einer nachträglichen Anpassung eine Änderungsanzeige oder sogar eine Änderungsgenehmigung erforderlich (siehe Kapitel 4.1.3).

Hinzu kommt, dass das BNK-System als solches und bezogen auf den konkreten Einsatzstandort von Luftfahrtbehörden und der DFS als sicher anerkannt werden muss (siehe Kapitel 7). Sofern das BNK-System auf die Nutzung von Radarfrequenzen angewiesen ist, ist auch die Bundesnetzagentur einzubeziehen und eine Frequenzzuteilung für das Radar zu beantragen (siehe Kapitel 8).

Weiterhin ist zu bedenken, dass bestimmte technische Lösungen im Rahmen von Aktivradaren die Errichtung eines eigenständigen Radarmastes erfordern, damit eine Viel-

zahl von Windenergieanlagen bedarfsgerecht befeuert werden kann. Damit verbunden sind teilweise stark einzelfallbezogene baurechtliche Fragestellungen (siehe Kapitel 5).

Insgesamt zeigt sich damit die Vielschichtigkeit des Genehmigungsverfahrens. Es erfordert nicht nur die Abstimmung mit verschiedenen Behörden, sondern ist ebenso als zeitliche Komponente im Rahmen der Windenergieanlagenplanung beachtenswert.

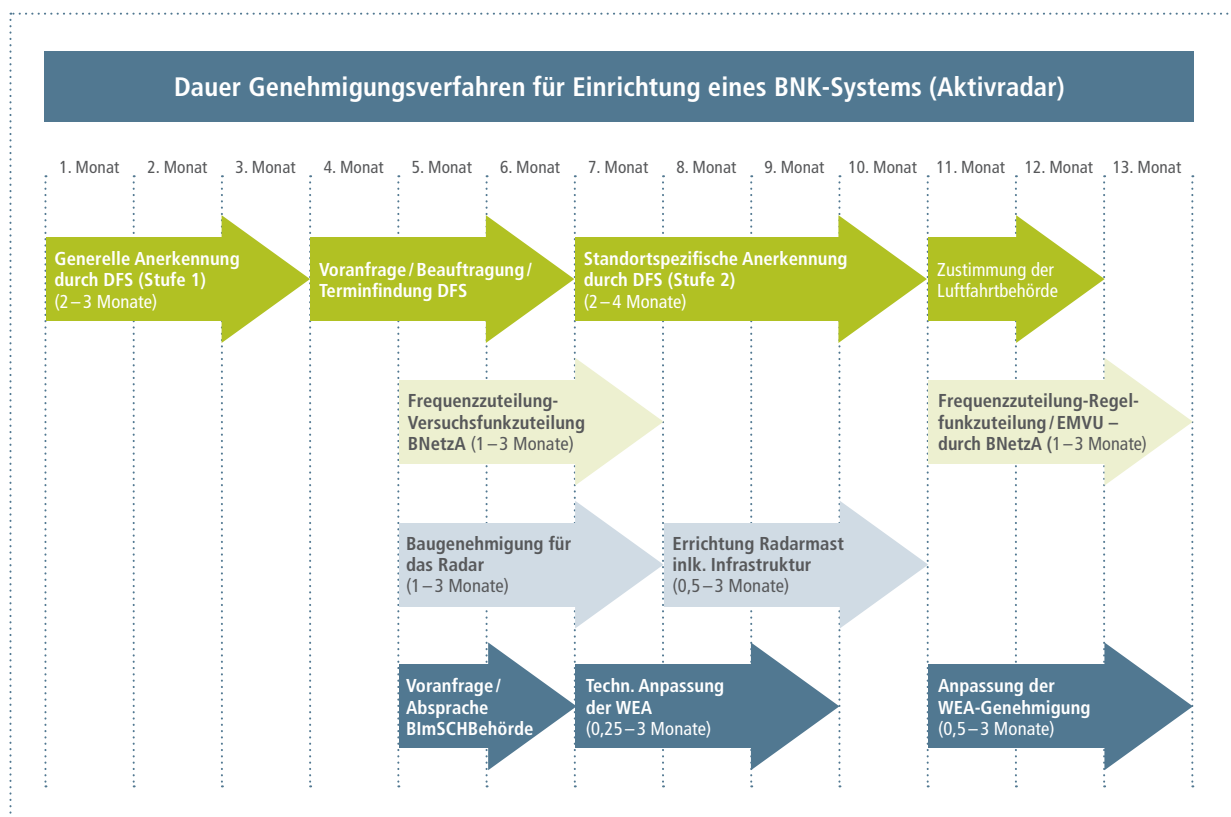


Abbildung 2: überschlägig ermittelte Dauer des Genehmigungsverfahrens für die Einrichtung eines BNK-Aktivradars

4 Anschluss der Windenergieanlage an ein BNK-Radar im immissionsrechtlichen Genehmigungsverfahren

Die Befeuerung einer Windenergieanlage ist Teil ihrer generellen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Dort findet sie sich in der Regel im Rahmen der Nebenbestimmungen.

Die Radaranlage für die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung ist eine von der Windenergieanlage eigenständige

technische Einrichtung. Die vorhandenen BNK-Systeme bieten unterschiedliche technische Lösungen an. Dabei stellt sich die Frage, ob das BNK-Radar einer eigenständigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung bedarf oder rechtlich einer vorhandenen bzw. zu beantragenden Windenergieanlagengenehmigung zugeordnet werden kann.

4.1 Rechtliche Zuordnung des BNK-Radars zur immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der Windenergieanlage

Zunächst ist fraglich, inwiefern das BNK-Radar schon von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der Windenergieanlage (§ 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG) erfasst sein kann. Die Radaranlage ist von der Genehmigung der

Windenergieanlage erfasst, soweit es sich um einen Teil des Windrads als Hauptanlage bzw. Teil des Anlagenkerns oder zumindest eine Nebeneinrichtung zu der Windenergieanlage handelt.

4.1.1 BNK-Radar als Anlagenkern

Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 der 4. Bundesimmissionsschutzverordnung³⁸ (4. BImSchV) sind alle »Anlagenteile und Verfahrensschritte, die zum Betrieb notwendig sind« Teil des Anlagenkerns. Als unmittelbarer Teil der Hauptanlage gehörten sie zum Kernbestand der Anlage und dienten deren Hauptzweck.³⁹ Für das Radar und seine Antenne

würde dies voraussetzen, dass sie unmittelbarer Teil des Herstellungsprozesses der Energiegewinnung sind. Da die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung der Sichtbarkeit der Windenergieanlagen bei verminderten Lichtverhältnissen als Einheit zur Luftsicherheit dient, ist dies im Ergebnis zu verneinen.

³⁸ Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen v. 31.5.2017, BGBl. I S. 1.440.

³⁹ BVerwG, Beschl. v. 29.12.2010 – 7 B 6.10, Rn. 20; Jarass in Jarass, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 4, Rn. 63 f.

4.1.2 BNK als Nebeneinrichtung

Da das BNK-Radar kein Teil des Anlagenkerns ist, könnte es dennoch Teil der Windenergieanlage in Form einer Nebeneinrichtung der Windenergieanlage gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 der 4. BImSchV sein.

Eine Nebeneinrichtung zeichnet sich nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 der 4. BImSchV dadurch aus, dass es sich um Anlagenteile handelt, die für die Erfüllung des Anlagenzwecks nicht erforderlich, gleichwohl aber auf die Haupteinrichtung ausgerichtet sind. Maßgeblich ist ein Funktionszusammenhang zwischen Haupt- und Nebenanlage. Dies ist bei typischen Hilfseinrichtungen mit dienendem und untergeordnetem Charakter der Fall.⁴⁰ Der Begriff der Nebeneinrichtung erfährt über diese Anforderung hinaus in § 1 Abs. 2 Nr. 2 der 4. BImSchV drei weiter einschränkende Voraussetzungen. Es bedarf eines räumlichen und betriebstechnischen Zusammenhangs und als dritte Voraussetzung einer möglichen Bedeutung für den Immissions- und Gefahrenschutz.⁴¹

Bedeutung für den Immissions- und Gefahrenschutz

Eine Bedeutung für den Immissions- und Gefahrenschutz ist gegeben, wenn die Nebeneinrichtung für das Emissions-, Immissionsverhalten oder die technische Sicherheit der Hauptanlage von Bedeutung ist.⁴² Die Radaranlage hat einen unmittelbaren Einfluss auf die Befeuerung der Windenergieanlage und damit die von ihr ausgehenden Emissionen. Gleichzeitig tragen die Befeuerung unmittelbar und das Radar mittelbar zur nächtlichen Wahrnehmung der Windenergieanlage und damit zur technischen Sicherheit bei.

Räumlicher Zusammenhang

Ein räumlicher Zusammenhang ist gegeben, wenn sich die Einrichtung nicht erst auf dem gleichen Betriebsgelände befindet, aber zumindest in der weiteren Nachbarschaft.⁴³ Eine räumlich entfernte Anlage kann damit auch noch als Nebenanlage verstanden werden. Insbesondere bedarf es keines »engen ... Zusammenhangs« wie in § 1 Abs. 3 S. 1 der 4. BImSchV. Maßgeblich für die Beurteilung ist im Einzelfall der Gesamtzuschnitt der Anlage und ihrer Nebeneinrichtungen. Es dürfte sich in der Gesamtlage dennoch eher um maximal einige hundert Meter handeln.⁴⁴ Die Frage nach einem räumlichen Zusammenhang ist damit für Radaranlagen keineswegs einheitlich zu beantworten, da dies stark von den Gegebenheiten des Einzelfalls abhängt.

Sofern das BNK-Radar unmittelbar an der Windenergieanlage angebracht ist, kann ein räumlicher Zusammenhang unproblematisch bejaht werden.

Anders verhält es sich jedoch bei räumlicher Distanz zwischen Windenergieanlage und Radar. Bei einem Mindestabstand von einem Kilometer ist ein räumlicher Zusammenhang zumindest nicht ohne weiteres zu bejahen, sondern in den Gesamtkontext zur Größe der Hauptanlage zu stellen. Gleichzeitig kann die Distanz von Radar- und Windenergieanlage auch noch deutlich weiter sein. Ein Zusammenhang ist hier in den meisten Fällen abzulehnen.

⁴⁰ BVerwG, Beschl. v. 29.12.2010 – 7 B 6.10, Rn. 21; Jarass in: Jarass, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 4, Rn. 68 f.

⁴¹ BVerwG, Beschl. v. 29.12.2010 – 7 B 6.10, Rn. 22; Jarass in: Jarass, BImSchG, 12. Aufl., 2017, § 4, Rn. 73 ff.

⁴² Jarass in: Jarass, BImSchG, 12. Aufl., 2017, § 4, Rn. 74.

⁴³ Jarass in: Jarass, BImSchG, 12. Aufl., 2017, § 4, Rn. 73.

⁴⁴ Hansmann/Röckinghausen in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 85. EL, 2017, § 1, 4. BImSchV, Rn. 17 f.

Betriebstechnischer Zusammenhang

Weitere Voraussetzung ist ein betriebstechnischer Zusammenhang zwischen der Nebenanlage und dem Anlagenkern. Dafür bedarf es einer Verbindung zum Anlagenkern in Form technischer Einrichtungen.⁴⁵ Hier erfolgt die Verbindung der Anlagen über eine Datenverbindung. Diese gewährleistet eine Kommunikation der Anlagen miteinander, um bei der Windenergieanlage gezielt die Befuerung zu steuern. Die Zuordnung bleibt auch erhalten, wenn das Radar die Befuerung mehrerer Windenergieanlagen steuert.⁴⁶

Zweifelhaft ist hingegen die Eigenschaft des BNK-Radars als Nebeneinrichtung, wenn durch dieses zahlreiche andere Anlagen versorgt werden. Übernimmt die Radareinrichtung eine selbständige Funktion, wie sie auch von einem Fremdunternehmer ausgeübt werden könnte, so hat sie keine untergeordnete Aufgabe im Betrieb der einzelnen Anlage. Das Radar bildet vielmehr ein eigenständiges Geschäfts- und Aufgabenfeld ab. Es kann den verschiedenen Windenergieanlagen dann nicht mehr jeweils als Nebeneinrichtung zugeordnet werden, sondern muss als selbständige Anlage betrachtet werden.⁴⁷ Folglich ist der betriebstechnische Zusammenhang stark von der konkreten Ausgestaltung der jeweiligen bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung abhängig.

4.1.3 Rechtliche Konsequenz der Einordnung als Nebeneinrichtung

Die Eigenschaft der Radaranlage als Anlagenkern im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 der 4. BImSchV ist in der Regel bei allen bisherigen technischen Lösungen abzulehnen.

Die Eigenschaft der Radaranlage als Nebenanlage nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 der 4. BImSchV ist stark von der einzelnen technischen Lösung und den örtlichen Gegebenheiten abhängig. Bei Radaranlagen mit räumlicher Distanz zur Windenergieanlage, die gleichzeitig eine Vielzahl von Windenergieanlagen bedienen, ist sowohl der räumliche als auch der betriebstechnische Zusammenhang zweifelhaft. Demgegenüber wird bei einem BNK-Radar, welches sich unmittelbar an der Windenergieanlage befindet und auch nur dieser dient, die Eigenschaft als Nebenanlage in der Regel bejaht.

Die unterschiedliche rechtliche Einordnung hat in der Praxis die Konsequenz, dass nur diejenige Radaranlage der Windenergieanlagen-Genehmigung unterfallen kann, die aufgrund ihrer räumlichen Nähe selbiger zugeordnet werden kann.

Demgegenüber bedarf ein BNK-Radar, welchem die Eigenschaft als Nebenanlage fehlt, einer eigenständigen Genehmigung.

BNK-Installation bei Neuanlagen

Bei neu errichteten Windenergieanlagen hat die Einordnung als Nebenanlage zur Folge, dass die Radaranlage von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der Windenergieanlage erfasst ist und keiner individuellen Genehmigung bedarf. Es kann jedoch hinsichtlich Fragen zu immissionsschutzrechtlichen Auswirkungen des Radars zu einer Erweiterung des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsumfangs kommen.

BNK-Installation bei Bestandsanlagen

Bei der »Aufrüstung« von bestehenden Windenergieanlagen mit einem BNK-Radar wird an der ursprünglichen Windenergieanlage eine Änderung vorgenommen. So wird nicht nur eine Verbindung mit dem Radar hergestellt, sondern auch die Befuerung der Windenergieanlage verändert. Insofern stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG) oder zu mindestens einer Änderungsanzeige (§ 15 BImSchG).

⁴⁵ Jarass in Jarass: BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 4, Rn. 73 f.

⁴⁶ BVerwG, Urt. v. 6.7.1984, NVwZ 1985, 46 (46 f.).

⁴⁷ Hansmann/Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 85. EL, 2017, § 1 4. BImSchV; OVG Greifswald, Urt. v. 5.4.2016 - 5 K 4/14, Rn. 69.

Änderung von Beschaffenheit, Lage oder Betrieb der Windenergieanlage

Änderungsanzeige und -genehmigung setzen beide voraus, dass eine Änderung der Lage, Beschaffenheit oder des Betriebes einer genehmigungsbedürftigen Anlage gegeben ist. Für das Vorliegen einer Änderung muss die Windenergieanlage in ihrer Beschaffenheit oder ihrem Betrieb von der ursprünglichen Genehmigung abweichen. Maßstab ist dabei die ursprüngliche Immissionsschutzgenehmigung der Windenergieanlage.⁴⁸

Das Anbringen eines BNK-Radars an einer Windenergieanlage führt dazu, dass sie in ihrer Beschaffenheit und ihrem Nachtbetrieb substantiell angepasst wird.⁴⁹ An der Windenergieanlage wird eine Schnittstelle für die Befeuerung und zusätzlich mit dem Radar eine technische Anlage angefügt. Damit wird an der Windenergieanlage nicht nur ein Einzelteil ausgewechselt, sondern eine technische Anlage hinzugefügt. Dies hat unmittelbaren Einfluss auf die Befeuerung der Anlage. Gerade die Befeuerung ist aus luftfahrtschutzrechtlichen Aspekten eine nicht unwesentliche Komponente an einer Windenergieanlage. Zusätzlich senden einige BNK-Radare eigenständige Funksignale, welche in der ursprünglichen Genehmigung nicht vorgesehen sind.

Damit wird durch die Installation des BNK-Radars eine Änderung vorgenommen.

Wesentliche Änderung

Für eine Änderungsgenehmigung nach § 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG muss eine Änderung aber auch wesentlich sein. Diese ist gegeben, wenn durch die Änderung nachteilige Umweltauswirkungen hervorgerufen werden können und diese für die Prüfung nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG erheblich sein können. Insofern darf im Vergleich zur ursprünglichen Genehmigung keine stärkere Belastung zu erwarten sein.⁵⁰

Die Systeme zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung beruhen grundsätzlich auf radarbasierter Technik. Unabhängig von der Intensität elektromagnetischer Strahlung ist diese vorhanden. Damit kommen beim Einsatz von Aktiv-Radaren zu den an sich vorhandenen Emissionen der Windenergieanlage zusätzliche hinzu. Diese sind auf ihre Übereinstimmung mit den Voraussetzungen des § 22 BImSchG zu prüfen (siehe Kapitel 4.2). Ebenso bedürfen Anlagen der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung einer luftfahrtrechtlichen Anerkennung (siehe Kapitel 7) und einer Frequenzuteilung durch die Bundesnetzagentur (siehe Kapitel 8). Die Radaranlage verfügt über eine neue Emissionsart in Form von elektromagnetischer Strahlung. Einzige Ausnahme bilden hierzu Passiv-Radare, da sie keine eigenen Emissionen abgeben.

Die Auswirkungen des BNK-Radars sind jedoch als geringfügig und die Änderungen als unwesentlich zu bewerten, wenn sie praktisch nicht ins Gewicht fallen und damit vernachlässigt werden können. Offensichtlich ist dies, soweit sie bereits im Rahmen einer summarischen Prüfung durch eine sachkundige Person vernünftigerweise ausgeschlossen werden können.⁵¹ Ist die Radaranlage direkt an der Windenergieanlage befestigt, gibt es keinen Hinweis, dass die Radarstrahlen zu einer Erhöhung der nachteiligen Auswirkungen der Windenergieanlage führen. Der notwendige Sicherheitsabstand wird durch den Abstand des Radargerätes zum Boden übertroffen. Damit findet eine geringe Quantifizierung der Emissionen statt. Gleichzeitig führt das Radar hinsichtlich der Lichtemissionen eine Emissions-Verringerung herbei.

⁴⁸ Büge/Ziegler, in: BeckOK UmweltR, 48. Edition, 2018, § 16 BImSchG Rn. 8; BVerwG, Urt. v. 25.8.2005 – 7 C 25/04, Rn. 9.

⁴⁹ Büge/Ziegler, in: BeckOK UmweltR, 48. Edition, 2018, § 16 BImSchG Rn. 9.

⁵⁰ Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 85. EL, 2017, § 16, Rn. 73 ff.; VGH Mannheim, v. 20.6.2002 – 3 S 1915/01, Rn. 30.

⁵¹ Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 85. EL, 2017, § 16, Rn. 95 f.; VGH München v. 13.5.2005 – 22 A 96.40 091, 3.1.6.

Unabhängig von der Frage der Immissionsintensität führt die BNK-Verwendung zu einer Änderung der in der Windenergieanlagengenehmigung enthaltenen Nebenbestimmung (§ 12 BImSchG) über die Nachtbefeuerung.

Ob es sich bei der Verwendung eines BNK-Systems um eine wesentliche Änderung handelt (§ 16 Abs. 1 S. 1 BImSchG), ist damit aufgrund der unterschiedlichen technischen Lösungen und insbesondere der jeweiligen Emissionen der Windenergieanlagen nur im Einzelfall bestimmbar. In jedem Fall ist zumindest eine Änderungsanzeige nach § 15 Abs. 1 BImSchG notwendig. Das bedeutet, dass der Antragsteller die Genehmigungsunterlagen im Sinne des § 10 Abs. 1 S. 2 BImSchG für das BNK-Radar vorlegen muss, um eventuell eine Abgrenzung zur Änderungsgenehmigung vornehmen zu können, § 15 Abs. 1 S. 2 BImSchG.

In der behördlichen Praxis zeichnet sich bislang keine einheitliche Handhabung dieser Fragestellung ab. Vor dem Hintergrund der neuen Regelung im EEG 2017 ist jedoch insbesondere ein starker Anstieg von BNK-Installationen zu erwarten. Dem wird die Verwaltungspraxis nur durch eine klare Vorgehensweise gerecht werden können.

Fazit

Im Ergebnis können nur diejenigen BNK-Radare Teil einer vorhandenen bzw. zukünftigen Windenergieanlage sein, die eine dazugehörige Nebenanlage sind, § 1 Abs. 2 Nr. 1, 2 der 4. BImSchV. Das ist hauptsächlich der Fall, wenn das Radar an der Windenergieanlage angebracht ist oder nur eine geringe Entfernung dazu aufweist. Sofern dies zu bejahen ist, wirkt sich dies auf die Genehmigung der Windenergieanlage aus, sodass es unter Umständen einer Änderungsgenehmigung bedarf.

4.2 Eigenständige immissionsschutzrechtliche Genehmigung für das Radarsystem

Sofern ein BNK-Radar nicht von der Windenergieanlagen-genehmigung erfasst ist, bedarf das BNK-Radar als solches keiner eigenständigen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nach § 4 Abs. 1 S. 3 BImSchG, in Verbindung mit der 4. BImSchV.

Das Radar ist dennoch als ortsfeste Einrichtung als Anlage im Sinne des § 3 Abs. 5 BImSchG zu verstehen. Beim Betrieb der Radaranlage entstehen umweltrelevante Emissionen im Sinne des § 3 Abs. 3 BImSchG. Die Radaranlage muss als nicht genehmigungsbedürftige Anlage den Anforderungen des § 22 BImSchG entsprechen und damit von ihr ausgehende mögliche schädliche Umwelteinwirkungen (§ 3 Abs. 1 BImSchG) verhindern oder, soweit es geht, vermindern. Die 26. BImSchV präzisiert u. a. die An-

forderungen und Richtwerte hinsichtlich Frequenzanlagen mit Blick auf deren Umweltschädlichkeit. Ob sich eine Anlage innerhalb der gesetzlichen Grenzwerte befindet, bestimmt sich nach der Einstufung als Hoch- (§ 1 Abs. 2 Nr. 1, 26. BImSchV) oder Niedrigfrequenzanlage (§ 1 Abs. 2 Nr. 2, 26. BImSchV) und den Richtwerten des Anhangs 1. Sie variiert damit anhand der spezifischen Radaranlagen und sind im Einzelnen vom Hersteller bestimmbar. Im Regelfall sind BNK-Radare als Hochfrequenzanlagen einzustufen.

Die Immissionsschutzbehörde ist befugt die Einhaltung der Richtwerte zu kontrollieren und bei Verstößen im Einzelfall Anordnungen zu treffen (§§ 24 f. BImSchG).

5 Anschluss der Windenergieanlage an ein BNK-Radar im baurechtlichen Genehmigungsverfahren

Bei der Errichtung bzw. Anbringung einer Radaranlage der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung stellt sich stets auch die Frage nach der Notwendigkeit einer Baugeneh-

migung. Hierbei ist zwischen der Genehmigungspflichtig und der Genehmigungsfähigkeit zu differenzieren.

5.1 Die Genehmigungspflicht der BNK-Radaranlage

Die Pflicht vor Errichtung einer Radaranlage eine Genehmigung einzuholen, bestimmt sich nach den jeweiligen gesetzlichen Vorschriften des Landesrechts.

5.1.1 Genehmigungspflicht nach den Landesbauordnungen

Das BNK-Radar wird bei einem Anbringen in räumlicher Entfernung zur Windenergieanlage auf einem 10 bis 60 Meter hohen Gittermast installiert. Damit ist es in dieser technischen Variante nach den jeweiligen Landesbauordnungen grundsätzlich genehmigungspflichtig, da hierdurch eine bauliche Anlage errichtet wird.⁵²

Bei manchen BNK-Radaren könnte die Genehmigungsbedürftigkeit für die Radaranlagen nach den Bauordnungen entfallen. Grund dafür ist, dass Radaranlagen als Anlagen der technischen Gebäudeausrüstung oder als Antennen als verfahrens-⁵³ oder genehmigungsfreie⁵⁴ Vorhaben eingeordnet werden können. Die Begriffe verfahrensfreier und genehmigungsfreier Vorhaben werden in diesem Zusammenhang weitestgehend synonym gebraucht. Es handelt sich um Bauvorhaben, die vor Bau-

beginn weder ein Baugenehmigungs- oder Zustimmungsvorhaben durchlaufen müssen. Verfahrensfreie Vorhaben unterliegen aber gleichermaßen der Verpflichtung zur Einhaltung aller gesetzlichen Bestimmungen. Der Bauherr muss also dennoch die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften gewähren. Anderenfalls kann die zuständige Aufsichtsbehörde bauaufsichtliche Maßnahmen ergreifen.⁵⁵

Jedoch verbietet sich aufgrund der sehr unterschiedlichen technischen Ausführungen von BNK-Systemen eine pauschale Einschätzung als verfahrens- und genehmigungsfreies Vorhaben. Ohnehin wäre eine Verfahrensfreiheit praktisch wenig relevant, da dennoch eine Übereinstimmung mit baurechtlichen Vorschriften gegeben sein muss.

⁵² Krämer, in: BeckOK BauGB, 42. Edition, 2018, § 29, Rn. 3 f.

⁵³ Art. 57 Abs. 1 Nr. 2a, 5 BayBO; § 50 Abs. 1 Anhang Nr. 5 LBO; § 61 Abs. 1 Nr. 2, 5 BauOBl; § 61 Abs. 1 Nr. 2 d, 4 BremLBO; § 60 Abs. 2 Anlage 2 I Nr. 2, 4 HBauO; § 61 Abs. 1 Nr. 2, 5 LBO MV; § 60 Abs. 1 Anhang Nr. 4 NBauO; § 61 Abs. 1 Nr. 2, 5 LBO; § 60 Abs. 1 Nr. 2, 5 SächsBO; § 60 Abs. 1 Nr. 2, 5 BauO LSA; § 63 Abs. 1 Nr. 2, 5 LBO; § 60 Abs. 1 Nr. 2, 5 ThürBO.

⁵⁴ § 61 Abs. 1 Nr. 2, 5 BbgBO; § 63 Anlage I 5 HBO; § 62 Abs. 1 Nr. 4 LBauO; § 65 Abs. 1 Nr. 17 ff. BauO NRW.

⁵⁵ Eiding/Heck, in: BeckOK Bauordnungsrecht Hessen, 8. Edition 2018, § 55 Rn. 1 ff.

5.1.2 Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung

Sofern das BNK-Radar Teil einer bestehenden bzw. zu errichtenden Windenergieanlage ist, unterfällt die Radaranlage deren Genehmigung. Aufgrund der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG bedarf es insofern keiner separaten Baugenehmigung. Gleichwohl entfällt aufgrund dessen keineswegs eine baurechtliche Prüfung. Vielmehr gibt das Prüfprogramm des § 6 Abs. 1 Nr. 1, 2 BImSchG auch eine Prüfung aller weiteren öffentlich-

rechtlichen Vorschriften hinsichtlich der Errichtung oder des Betriebs einer Anlage vor. Hierdurch ändert sich bloß die für die Genehmigungserteilung zuständige Behörde. Die prüfende Behörde ist jedoch weiterhin das Bauordnungsamt, welche die reguläre baurechtliche Prüfung vornimmt. Damit erfasst sind insbesondere die Baugenehmigungsvoraussetzungen nach Landesrecht.⁵⁶

5.2 Die Genehmigungsfähigkeit der BNK-Radaranlage

Unabhängig vom Baugenehmigungserfordernis stellt sich dennoch die Frage nach der Übereinstimmung mit öffentlichem Baurecht und nach der Genehmigungsfähigkeit der Anlage. Bei einem Verstoß hiergegen könnten anderenfalls ordnungsrechtliche Maßnahmen zur Gewähr-

ung baurechtmäßiger Maßnahmen, wie beispielsweise eine Abrissverfügung, erfolgen. Diese würden dann wiederum durch die »verdrängten« Bauaufsichtsbehörden erfolgen.⁵⁷

5.2.1 Das BNK-Radar als privilegierte Anlage im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 BauGB

BNK-Radare werden im Zusammenhang mit Windenergieanlagen errichtet. Damit ist häufig eine Errichtung bzw. Anbringung im Außenbereich erforderlich. Nach der Systematik und dem Gesetzeszweck des § 35 BauGB ist zu seiner Schonung der Außenbereich von Bebauung grundsätzlich freizuhalten.⁵⁸ Das BNK-Radar müsste zur Errichtung im Außenbereich folglich privilegiert sein.

Das BNK-Radar als privilegierte Anlage im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind Windenergieanlagen im Außenbereich privilegiert. Damit sind sie generell im Außenbereich zulässig, soweit ihnen keine öffentlichen Belange entgegenstehen und die Erschließung gesichert ist.

Voraussetzung ist, dass die Radaranlage der Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Windenergie dient. Eindeutig vom Tatbestand erfasst sind die Windenergieanlagen selbst und alle für die Energieerzeugung notwendigen Bestandteile.⁵⁹ Die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung

hat jedoch keinen unmittelbaren Beitrag an der Energiegewinnung. Vielmehr besteht ihr Hauptzweck in der Befeuers-Steuerung von Windenergieanlagen. Die Befeuers-Steuerung dient der Sicherheit des Luftverkehrs, indem sie der Sichtbarkeit der Windenergieanlagen dient; nicht aber der Energiegewinnung als solcher. Auch ist der Anwendungsbereich des Privilegierungstatbestandes eng zu verstehen. Dies rechtfertigt sich aus dem Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs, der generell eine geringe Bebauung verlangt.⁶⁰

Die Radaranlage selber gehört damit nicht zum Bestand der Windenergieanlage im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB.

⁵⁶ Giesberts, in: BeckOK UmweltR, 48. Edition, 2018, § 13 BImSchG Rn. 1, 13; BVerwG, Urt. v. 30.6.2004 – 4 C 9.03 II.

⁵⁷ Giesberts, in: BeckOK UmweltR, 48. Edition, 2018, § 13 BImSchG, Rn. 22; OVG Lüneburg, Beschl. v. 25.7.2011 – 4 ME 175/11, Rn. 4.

⁵⁸ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl., 2016, § 35 Rn. 28; BVerwG, Urt. v. 20.6.2013 – 4 C 2.12, Rn. 14.

⁵⁹ Söfker, in: BeckOK BauGB, 42. Edition, 2018, § 35, Rn. 33 ff.

⁶⁰ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl., 2016, § 35 Rn. 4 ff.; BVerwG, Urt. v. 20.6.2013 – 4 C 2.12, Rn. 14.

Das BNK-Radar als von der Privilegierung des § 35

Abs. 1 Nr. 5 BauGB »mitgezogene Nutzung«

Soweit die Radaranlage nicht selbst als privilegierte Anlage des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zu werten ist, ist es dennoch möglich, dass die Anlage an der Privilegierung teilhat. Voraussetzung dafür wäre, dass sie durch ihre betriebliche Zuordnung von der Privilegierung der Windenergieanlage »mitgezogen« wird. Dies hätte zum Resultat, dass die Radaranlage zwar nicht unmittelbar der Energieerzeugung, aber jedenfalls dem Betätigungsbereich der Windenergieanlage dient.

Ob dies der Fall ist, beurteilt sich im konkreten Einzelfall nach der Beziehung der Nebennutzung zu der privilegierten Anlage hinsichtlich der betrieblichen und räumlichen Gestaltung, Beschaffenheit und Ausstattung der Anlage. Dem Vorhaben muss eine untergeordnete und gleichfalls dienende Funktion im Verhältnis zu der privilegierten Hauptanlage zukommen. Damit ist insbesondere ein Blick auf die vorhandene Bebauung und das Ausmaß der wirtschaftlichen Nutzung zu werfen.⁶¹ Äußere Grenze ist auch hier erneut der Grundsatz der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs. Ebenso stellt sich die Frage, ob die mitgezogene Nutzung in ihrem Anwendungsbereich weit oder eng zu verstehen ist.

Betriebliche Zuordnung des BNK-Radars

Die Radaranlage hat als Hauptzweck die Befeuerung der Windenergieanlage zu steuern. Dies fördert die Akzeptanz der Windenergieanlage, aber zuvorderst die Sicherung des Luftverkehrs, indem die Sichtbarkeit der Windenergieanlage gewährleistet wird. Vor dem Hintergrund der Neuregelung im EEG 2017 ist der Betrieb eines BNK-Radars zudem Voraussetzung für einen Förderanspruch. Es dient damit der Funktionsweise und der Wirtschaftlichkeit der Windenergieanlage. Auch unter Einbeziehung des Schutzzweckes von § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB könnte man eine Einordnung als mitgezogene Anlage bejahen. Schließlich könnte eine enge Auslegung des Begriffs der mitgezogenen Anlage dazu führen, dass viele Hilfseinrichtungen von Windenergieanlagen nicht mehr nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB im Außenbereich privilegiert errichtet werden könnten. Dies wäre schlichtweg impraktikabel.

Räumliche Zuordnung des BNK-Radars

Sofern das BNK-Radar nicht schon von der Immissionschutzgenehmigung erfasst ist (siehe Kapitel 4.1.2.), spricht bei einem Radar an der Windenergieanlage in räumlicher Hinsicht viel für eine Wertung als mitgezogene Anlage. Schließlich ist damit eine starke räumliche Zuordnung gegeben und das Radar verfügt aufgrund seiner Größe über keine nennenswerte Präsenz in der Landschaft.

Eine mitgezogene Nutzung ist jedoch zweifelhaft, wenn das Radargerät in einer größeren Distanz zu der Windenergieanlage steht. Insbesondere sehen die aktuellen technischen Lösungen die Befeuerung einer Vielzahl von Windenergieanlagen vor, die nicht einmal notwendigerweise in einem Windpark stehen müssen. Damit stehen die direkte Zuordnung zu einer Windenergieanlage und auch die dienende Funktion in Frage. Hier ist allenfalls in Einzelfällen mit großem Begründungsaufwand eine »mitgezogene« Privilegierung zu bejahen.

Demgegenüber ist eine »mitgezogene« privilegierte Nutzung der Radaranlage im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB bei direkter Anbringung an die Windenergieanlage im Ergebnis zu bejahen. Als privilegiertes Vorhaben ist das Radar damit im Außenbereich generell vorgehen und mit den öffentlichen Belangen abzuwägen (§ 35 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 und S. 3 BauGB). Maßgeblich ist damit nicht schon eine Beeinträchtigung im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB, sondern ein konkretes Entgegenstehen der öffentlichen Belange. Dabei ist die gesetzgeberische Grundentscheidung zu Gunsten der Privilegierung zu berücksichtigen.⁶² Eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange nach § 35 Abs. 3 BauGB liegt bei den dort aufgeführten Komponenten vor.

⁶¹ VG München, Urt. v. 13.1.2005 – M 11 K 03.6585, II 1a; Stürer, in: Stürer, Bau- und Fachplanungsrecht, 5. Aufl., 2015, § 35 Rn. 2835 ff.

⁶² Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl., 2016, § 35, Rn. 70 ff.
VG Darmstadt, Beschl. v. 17.6.2015 – 6 L 571/15.DA; Rn. 70 ff.

Beschränkung der Privilegierung nach

§ 35 Abs. 3 S. 3 BauGB

Sofern man eine »mitgezogene« Privilegierung bejaht, darf dem keine Beschränkung nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB entgegenstehen.

Die Darstellungen in Flächennutzungsplänen (§§ 5 ff. BauGB) oder Ziele der Raumordnung (§§ 8 ff. ROG) können privilegierten Vorhaben als sog. Planungsvorbehalt entgegenstehen. In vielen Bundesländern dürfen Windenergieanlagen nur in sog. Konzentrationszonen errichtet werden, sofern ein schlüssiges Gesamtkonzept und keine bloße Verhinderungsplanung zu Lasten der Windenergie vorliegt.⁶³

Das BNK-Radar ist von dem Planungsvorbehalt nicht erfasst. Auch in diesem Zusammenhang ist die entsprechende Radaranlage eine Nebeneinrichtung (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 der 4. BImSchV) und zugleich lediglich »mitgezogene« privilegierte Anlage (§ 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB). Als Nebeneinrichtung ist sie zumindest im formell orientierten Genehmigungsverfahren den Windenergieanlagen gleichzusetzen. Windenergieanlagen sollen jedoch aufgrund ihrer möglichen Ausmaße und Auswirkungen auf bestimmte Flächen konzentriert werden. Das BNK-Radar ist jedoch unmittelbar an die Windenergieanlage angeschlossen. Es hat dieser gegenüber eine untergeordnete Funktion und dementsprechend kleinere räumliche und akustische Ausmaße. Ein gewollter Ausschluss der BNK von bestimmten Flächen müsste dementsprechend explizit erfolgen und wäre zudem auch schwer zu rechtfertigen.

Das BNK-Radar als privilegierte Anlage im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB

Sofern das BNK-Radar nicht von der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB erfasst ist, könnte die BNK-Anlage auch einem anderen Privilegierungstatbestand unterfallen. Vor Einführung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB wurde im Schrifttum eine Privilegierung von Windenergieanlagen

als solche nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB angenommen. Dies wurde jedoch durch das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der fehlenden »Ortsgebundenheit« abgelehnt.⁶⁴ Fraglich ist jedoch, ob ggf. Radaranlagen von § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB erfasst sind.

Die Radaranlage dient keineswegs der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas, Telekommunikationsleistungen, Wärme und Wasser oder der Abwasserwirtschaft im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 BauGB. Vor dem Grundsatz der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs ist auch hier eine zurückhaltende Auslegung geboten.⁶⁵

Unter Umständen kann die Radaranlage jedoch im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 2 BauGB einem ortsgebundenen gewerblichen Betrieb dienen. Die Eigenschaft als gewerblicher Betrieb ist gegeben, wenn ein Vorhaben auf Dauer und mit ernsthaften Gewinnbestrebungen betrieben wird.⁶⁶

Die Betriebseigenschaft ist bei einer Windenergieanlage grundsätzlich zu bejahen.

Weiterhin erforderlich ist das Vorliegen einer Ortsgebundenheit. Das bedeutet, dass die Windenergieanlage auf die geographischen und geologischen Eigenarten des jeweiligen Standorts angewiesen ist. Nicht ausreichend sind Zweckmäßigkeits- und Rentabilitätsabwägungen. Demgegenüber kann es ggf. auch ausreichen, dass ein Betrieb anstatt der Ortsgebundenheit einen spezifischen Standortbezug aufweist und damit zumindest raum- und gebietsgebunden ist. So ist es beispielsweise bei Mobilfunkanlagen.⁶⁷ Dies trifft auf Windenergieanlagen in vielen Fällen zu. Die Anlagen dürfen häufig nur im Außenbereich errichtet werden und sind zudem auf Konzentrationsflächen oder Standorte, für die eine raumordnerische Zustimmung erteilt werden kann, beschränkt. Aus diesem Grund kommen wohl grundsätzlich mehrere Standorte in Betracht, dennoch ist eine Gebietsbindung gegeben.

⁶³ Söfker, in: BeckOK BauGB, 42. Edition, 2018, § 35, Rn. 111 ff.; BVerwG, Urt. v. 13.12.2012 – 4 CN 1/11, Rn. 9 ff.

⁶⁴ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl., 2016, § 35, Rn. 46; BVerwG, Urt. v. 20.6.2013 – 4 C 2.12, Rn. 11.

⁶⁵ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl., 2016, § 35 Rn. 28; BVerwG, Urt. v. 20.6.2013 – 4 C 2.12, Rn. 14.

⁶⁶ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl., 2016, § 35 Rn. 31.

⁶⁷ BVerwG, Urt. v. 20.6.2013 – 4 C 2.12, Rn. 13. Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl., 2016, § 35, Rn. 29.

Erheblich ist jedoch zusätzlich eine räumliche Zuordnung zum Schwerpunkt des Betriebs. In Ausnahmefällen ist nicht zwingend eine unmittelbare Nähe zwischen den Anlagen erforderlich; so insbesondere bei Anlagen mit verstreuten Betriebsflächen.⁶⁸ Zwischen Radar- und Windenergieanlage besteht aber eine große Distanz von mindestens einem Kilometer. Dies stellt die Möglichkeit einer räumlichen Zuordnung in Frage.

Ebenfalls zweifelhaft ist, ob das zusätzliche Erfordernis des Dienens erfüllt ist. Dieser Begriff ist zur Schonung des Außenbereichs eng zu verstehen. Es bedeutet, dass es dem typischen Erscheinungsbild eines Betriebs dieser Art und seiner Funktion entspricht und vom Betrieb geprägt ist. Dabei stellt sich die Frage nach der Anordnung im Sinne einer vernünftigen Person.⁶⁹ Die Radaranlage dient der Befeuerung der Windenergieanlage und ist damit deren Funktionsbereich zugeordnet. Auch hindert es nicht zwingend, wenn eine Anlage anderen Zwecken dient.⁷⁰ Ein Dienen ist jedoch spätestens dann zweifelhaft, wenn das BNK-Radar eine Versorgung vieler Windenergieanlagen vorsieht. In diesem Fall ist die Zuordnung zu einer konkreten Windenergieanlage zweifelhaft.

Insofern ist eine Radaranlage im Ergebnis wohl nur in wenigen Einzelfällen von der Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB erfasst.

Radar als privilegierte Anlage im Sinne des § 35

Abs. 1 Nr. 4 BauGB

Das BNK-Radar könnte auch als sonstiges privilegiertes Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB im Außenbereich errichtet werden.

Nach dem Gesetzeszweck soll dieser Tatbestand all diejenigen Anlagen erfassen, die nicht den § 35 Abs. 1 Nr. 3, 5 – 8 BauGB unterfallen, aber aufgrund ihrer nachteiligen Wirkung oder ihrer Zweckbestimmung nur in den Außenbereich gehören. Damit nicht jegliches im Innenbereich störende Vorhaben unter diesen Tatbestand fällt, ist die Norm restriktiv auszulegen. Das erfordert, dass erhöhte Anforderungen an die anderen Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB zu stellen sind. Die Privilegierung soll insbesondere nur singuläre Genehmigungen ermöglichen. Nicht bezweckt ist, dass Vorhaben in großer Zahl beantragt werden könnten. Diesen soll nämlich eher durch vorausschaubare Gestaltungen im Wege der Bauleitplanung entsprochen werden.⁷¹

Voraussetzung ist, dass eine Anlage nur im Außenbereich errichtet werden kann. Dafür bedarf es einer individuellen Betrachtung der konkreten örtlichen Gegebenheiten und der Anlage selbst. Ein Vorhaben müsste dementsprechend nach den konkreten Umständen wegen seiner besonderen Zweckbestimmung nur im Außenbereich errichtet werden können.⁷² Die Notwendigkeit dazu muss sich aus einem der in § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB genannten Gründe ergeben.

Nachteilige Wirkung auf die Umgebung (§ 35 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 BauGB) haben besonders diejenigen Vorhaben, die wegen der von ihnen ausgehenden Emissionen oder Gefahren nicht im Innenbereich untergebracht werden sollen. Darunter fallen Tierbestattungsanlagen, Biovergärungsanlagen oder Sprengstofffabriken.⁷³ Ein BNK-Radar sendet elektromagnetische Wellen aus, die in ihrer Sendeleistung unter der Schädlichkeitsschwelle des BImSchG liegen. Eine nachteilige Wirkung auf die Umgebung ist daher nicht zu erwarten.⁷⁴

⁶⁸ Mitschang/Reidt, in: Batti/Krautzberger/Löhr BauGB, 13. Aufl., 2016, § 35 Rn. 21; OVG Lüneburg, Beschl. v. 27.7.2011 – 4 ME 175/11, Rn. 35.

⁶⁹ Mitschang/Reidt, in: Batti/Krautzberger/Löhr BauGB, 13. Aufl., 2016, § 35, Rn. 19; VGH München, Urt. v. 13.1.2011 – 2 B 10.269, Rn. 37.

⁷⁰ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger BauGB, 128. EL, 2018, § 35 Rn. 34b; VGH München, Beschl. v. 16.4.2015 – 15 ZB 13.2647, Rn. 16.

⁷¹ BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20/93, Rn. 19 ff.; OVG Münster, Urt. v. 12.6.2012 – 8 D 38/08.AK, Rn. 161 ff.

⁷² BVerwG, Urt. v. 16.6.1994 – 4 C 20/93, Rn. 19 f.

⁷³ Mitschang/Reidt, in: Batti/Krautzberger/Löhr BauGB, 13. Aufl., 2016, § 35 Rn. 35.

⁷⁴ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 10.

Ein Vorhaben, das aufgrund seiner besonderen Zweckbestimmung (§ 35 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 3 BauGB) nur im Außenbereich ausgeführt werden kann, ist dann gegeben, wenn es aufgrund seiner Funktion der Errichtung im Außenbereich bedarf. Beispielhaft zu nennen sind in Erholungslandschaften für die Allgemeinheit frei zugängliche Berg- und Skihütten oder Bade- und Jagdhütten. Die Anlage muss in ihrer Zweckbestimmung über eine individuelle, die Allgemeinheit ausschließende, Nutzung des Außenbereichs hinausgehen.⁷⁵ Das BNK-Radar ist nicht nur individuell, sondern für das allgemeine Empfinden einer Vielzahl von Personen potenziell nützlich, da für eine Vielzahl von Personen die Befuerung vermindert wird. Es ist nach seiner Zweckbestimmung jedoch nicht immer auf eine Errichtung im Außenbereich angewiesen. Es ist nur dann zwingend geboten, wenn es Windenergieanlagen bedient, die weit im Außenbereich stehen und die ansonsten nicht durch ein BNK-Radar angesteuert werden könnten. Durch die Konstellation der mit dem Radar anzusteuernenden Windenergieanlagen im Zusammenspiel mit der Reichweite des Radars kann es jedoch sinnvoll sein, dieses im Außenbereich zu errichten.

Besondere Anforderungen an die Umgebung (§ 35 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 BauGB) hat ein Vorhaben, wenn es nach seinem Funktionszusammenhang einer bestimmten Eigenschaften der Umgebung bedarf, die in beplanten bzw. bebauten Bereichen nicht vorzufinden sind. Das ist beispielsweise der Fall bei Aussichtstürmen, Freilichttheatern oder Wetterstationen.⁷⁶ Ein BNK-Radar wird in seiner spezifischen Sendeleistung nicht dadurch gestört, würde es im beplanten Innenbereich errichtet. Es hat als solches also generell kein besonderes Erfordernis nach einer Installation im Außenbereich.

Die Auseinandersetzung mit dem Tatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB zeigt, dass aufgrund seiner restriktiven Auslegung eine Subsumtion unter diesen Tatbestand einen erhöhten Begründungsaufwand erfordert. Das BNK-Radar ist nicht durchgehend zwingend auf eine Errichtung im Außenbereich angewiesen. Die Gesamtschau der in Rechtsprechung und Literatur behandelten Anlagen, wie beispielsweise Planetarien oder Tierhaltungsanlagen, zeigt zudem, dass den Anlagen eine Außenbereichsnutzung generell inhärent ist.

Es ist insofern stark vom Einzelfall abhängig, welche BNK-Radare nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert sind. Gerade aus den Umständen im konkreten Fall kann sich das Bedürfnis der Errichtung im Außenbereich ergeben. Aufgrund von Konzentrationsflächenplanung, der Größe und Anordnung von Windenergieanlagen kann ihre Errichtung weit in den Außenbereich verschoben werden. Zusätzlich ist das Radar auf gewisse Standorte angewiesen, um eine optimale Sendeleistung zu gewährleisten, welche durch Baumbewuchs, andere Funkquellen oder bergige Landschaft gestört wird.

Fazit zur privilegierten Errichtung des BNK-Radars im Außenbereich

Die Fragestellung der Privilegierung von BNK-Radaren im Außenbereich kann nicht einheitlich bewertet werden. Sie ist vielmehr in starkem Maße von der Ausgestaltung der technischen und räumlichen Konzeption der Radaranlage im konkreten Einzelfall abhängig. In der behördlichen Praxis finden sich damit Genehmigungen, die von einer Privilegierung nach den § 35 Abs. 1 Nr. 3, 4 und 5 BauGB ausgehen. Insofern ist bei der baurechtlichen Zulassung im Außenbereich eine erhöhte Begründungstiefe für den konkreten Fall empfehlenswert.

⁷⁵ BVerwG, Beschl. v. 9.5.2012 – 4 B 10.12, Rn. 7 f.

⁷⁶ Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr BauGB, 13. Aufl., 2016, § 35 Rn. 34.

5.2.2 Das BNK-Radar als sonstige Anlage im Sinne des § 35 Abs. 2 BauGB oder im Rahmen eines Bebauungsplanes

Das BNK-Radar könnte prinzipiell auch als sonstiges, nicht privilegiertes Vorhaben im Außenbereich möglich sein, § 35 Abs. 2 BauGB. Voraussetzung dafür ist, dass die Erschließung gesichert ist und öffentliche Belange nicht beeinträchtigt sind. Insofern gelten für diese Vorhaben deutlich höhere Voraussetzungen, weil alleine das Vorliegen eines öffentlichen Belangs jedwede Abwägung verhindert und zur Unzulässigkeit des Vorhabens führt. Soweit keine Belange beeinträchtigt werden, hat der Vorhabenträger, entgegen dem Wortlaut, einen Anspruch auf Genehmigung der baulichen Anlage.⁷⁷ Die Errichtung einer Radaranlage ist im Außenbereich damit durchaus denkbar. Positiv wirken sich dabei eine leichte Bauweise und die geringe Strahlenbelastung aus. Insbesondere wäre es praktisch denkbar das BNK-Radar an einem nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB privilegierten Mast mitanzubringen, um von der Privilegierung erfasst zu sein.

Zusätzlich könnte der Radaranlage im Wege eines Bebauungsplanes eine planerische Grundlage geschaffen werden, indem diese Nutzungsart dort festgeschrieben wird. Differenziert wird zwischen qualifiziertem (§ 30 Abs. 1 BauGB), vorhabenbezogenem (§ 30 Abs. 2, § 12 BauGB) und einfachem Bebauungsplan (§ 30 Abs. 3 BauGB). Bei der Regelungsdichte des jeweiligen Planes muss jedoch beachtet werden, dass insbesondere fehlende planerische Vorgaben einen Rückfall auf die Regelung des § 35 Abs. 2 BauGB erzeugen können. Der Bebauungsplan kann in manchen Fällen schon nicht erforderlich im Sinne des § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB sein, da das gewollte Planungsziel nicht erreicht werden kann.⁷⁸

5.2.3 Das BNK-Radar als Anlage im Innenbereich

Kommt die Errichtung der Radaranlage im Innenbereich in Betracht, sind hierbei die §§ 30 – 34 BauGB in Verbindung mit §§ 1 ff. Baunutzungsverordnung (BaunVO)⁷⁹ maßgeblich. Abhängig davon, ob es sich um einen beplanten (§ 30 BauGB) oder unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) handelt, muss sich die Radaranlage an die vom Bebauungsplan oder der näheren Umgebung vorgegebene Eigenarten einfügen. Maßstab dafür sind insbesondere Art (§§ 1 ff. BaunVO) und Maß (§§ 16 ff. BaunVO) der baulichen Nutzung.

Die bauliche Einordnung in vorhandene Bebauung erfordert eine Spezifizierung nach der Art der baulichen Nutzung der Radaranlage. Das BNK-Radar könnte dabei ggf. eine Nebenanlage nach § 14 BaunVO sein. Eine Einordnung als Nebenanlage könnte jedoch nicht zutreffend sein, wenn das BNK-Radar als Gewerbebetrieb einzuordnen wäre. In Anlehnung an die Rechtsprechung zu Mobilfunkmasten⁸⁰ ist eine Einordnung des BNK-Radars als Hauptanlage, nämlich ein Gewerbebetrieb, möglich. Der Begriff »Gewerbebetrieb« ist weit zu verstehen und umfasst typisierend eine Zusammenfassung gewerblicher Nutzungsweisen, welche alle Anlagen für gewerbliche Zwecke erfasst. Damit sind sowohl Außenanlagen der Fremdwerbung und Mobilfunkanlagen als Gewerbebetrieb zu verstehen.⁸¹ Sofern das BNK-Signal vermietet werden soll, ist eine gewerbliche Nutzung zu bejahen. Ausreichend ist insbesondere eine Gewinnerzielungsabsicht. Sofern das Radar aber nur der Befeuerung

⁷⁷ Söfker, in: BeckOK BauGB, 42. Edition, 2018, § 35, Rn. 56 f.

⁷⁸ Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr BauGB, 13. Aufl., 2016, § 30, Rn. 9 f.

⁷⁹ Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke – Baunutzungsverordnung v. 21.11.2017, BGBl. I S. 3786.

⁸⁰ VGH Kassel, Besch. v. 29.7.1999 – 4 TG 2118/99, Rn. 19.

⁸¹ Bönker, in: Bönker/Bischopink, BauNVO, 2. Aufl., 2018, § 8, Rn. 52 ff.; BVerwG, Urt. v. 13.12.1992 – 4 C 27/91, Rn. 35 ff.

der Windenergieanlagen des Betreibers der Radaranlage dient, ist ein Funktionszusammenhang zwischen der Nutzung der Windenergieanlage und der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung gegeben. In diesem Fall würde es sich bei dem Radar um eine Nebenanlage handeln.

Weiterhin müssen sich baulich Anlagen im Innenbereich einfügen. Dafür ist insbesondere der von der Radaranlage potentiell ausgehende Störungsgrad zu beachten. Dies erfordert eine typisierende Betrachtungsweise, ob von der beabsichtigten Nutzung unter Berücksichtigung der typischen Art und Weise des Betriebs der Anlage in der Regel Nachteile und Belästigungen ausgehen können, die so erheblich sind, dass sie die Nutzung im konkreten Baugebiet unzumutbar erscheinen lassen.⁸² Differenziert wird dabei, je nach Störanfälligkeit des jeweiligen Gebietes, zwischen nicht störenden⁸³, nicht wesentlich störenden⁸⁴, nicht erheblich belästigenden⁸⁵, sonstigen Gewerbebetrieben⁸⁶ und Gewerbebetrieben aller Art⁸⁷. Entscheidend für eine Störung sind sowohl die optische Wahrnehmbarkeit im Vergleich zur Restbebauung als auch die davon ausgehende Strahlung. Insbesondere die Richtwerte des BImSchG (§ 3 BImSchG, 26. BImSchV) können hierfür als Anhaltspunkt herangezogen werden. Sie sind aber keineswegs alleiniger Indikator (vgl. § 15 Abs. 3 BauNVO).⁸⁸ BNK-Radaranlagen überschreiten nach dem heutigen Stand der Technik generell nicht die immissionsrechtlichen Grenzwerte.

Im Einzelfall ist die Wertung des Rücksichtnahmegebots nach § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO von Bedeutung. Hierbei ist insbesondere die Größe der Radaranlage und der Bebauung und dessen Störanfälligkeit maßgeblich. Bei einer Größe von bis zu 60 Metern kann die Radaranlage nicht nur optisch aus der vorhandenen Bebauung herausragen, sondern diese auch soweit dominieren, dass eine erdrückende Wirkung entstehen kann.⁸⁹ Dies gilt teilweise auch bei der Errichtung auf einem Gittermast, der in der Bauweise leicht ist. Jedoch gibt es durchaus Rechtsprechung, welche beispielsweise die Errichtung eines Mobilfunkmastes in einem allgemeinen Wohngebiet als auch im Wohngebiet ausnahmsweise als zulässig bewertet.⁹⁰

Im Ergebnis unterliegt die Errichtung der Radaranlage im Innenbereich einer Einzelfallprüfung. Aufgrund der notwendigen individuellen Betrachtung verbietet sich eine pauschale Einordnung.

⁸² Mampel/Schmidt-Bleker, in: BeckOK BauNVO, 14. Edition, 2018, § 8, Rn. 26; BVerwG, Urt. v. 2.2.2012 – 4 C 14/10, Rn. 17.

⁸³ § 2 Abs. 3 Nr. 4; § 4 Abs. 3 Nr. 2, § 13a S. 1 BauNVO.

⁸⁴ § 5 Abs. 1; § 6 Abs. 1; § 7 Abs. 2 Nr. 3 BauNVO.

⁸⁵ § 8 Abs. 1 BauNVO

⁸⁶ § 4a Abs. 2 Nr. 3; § 5 Abs. 2 Nr. 6; § 6 Abs. 2 Nr. 4; § 6a Abs. 2 Nr. 4; § 13a S. 1 BauNVO.

⁸⁷ § 8 Abs. 2, § 9 Abs. 2 Nr. 1 BauNVO.

⁸⁸ Mampel/Schmidt-Bleker, in: BeckOK BauNVO, 14. Edition, 2018, § 8, Rn. 33.

⁸⁹ Stefan Pützenbacher, in: Bönker/Bischopink, BauNVO, 2. Aufl., 2018, Rn. 18ff.; OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2010 – 1 B 231/10, S. 6

⁹⁰ VG Münster, Beschl. v. 1.9.2004 – 2 L 1149/04, Rn. 21 f.

5.3 Fazit zur baurechtlichen Genehmigung des BNK-Radars

BNK-Radare sind bauliche Anlagen. Damit bedürfen sie in einem Großteil der Fälle einer baurechtlichen Genehmigung; zumindest aber einer Untersuchung der baurechtlichen Genehmigungsfähigkeit im Rahmen des Immissionsschutzverfahrens (§ 13 BImSchG). Maßgeblich sind hierbei die jeweiligen landesrechtlichen Bauord-

nungsvorschriften, welche unter anderem eine Prüfung der §§ 34 ff. BauGB erfordern. Es bietet sich die Errichtung im Innen- und Außenbereich an. Beide Varianten sind rechtlich denkbar, bedürfen jedoch einer konkreten Einzelfallbetrachtung.

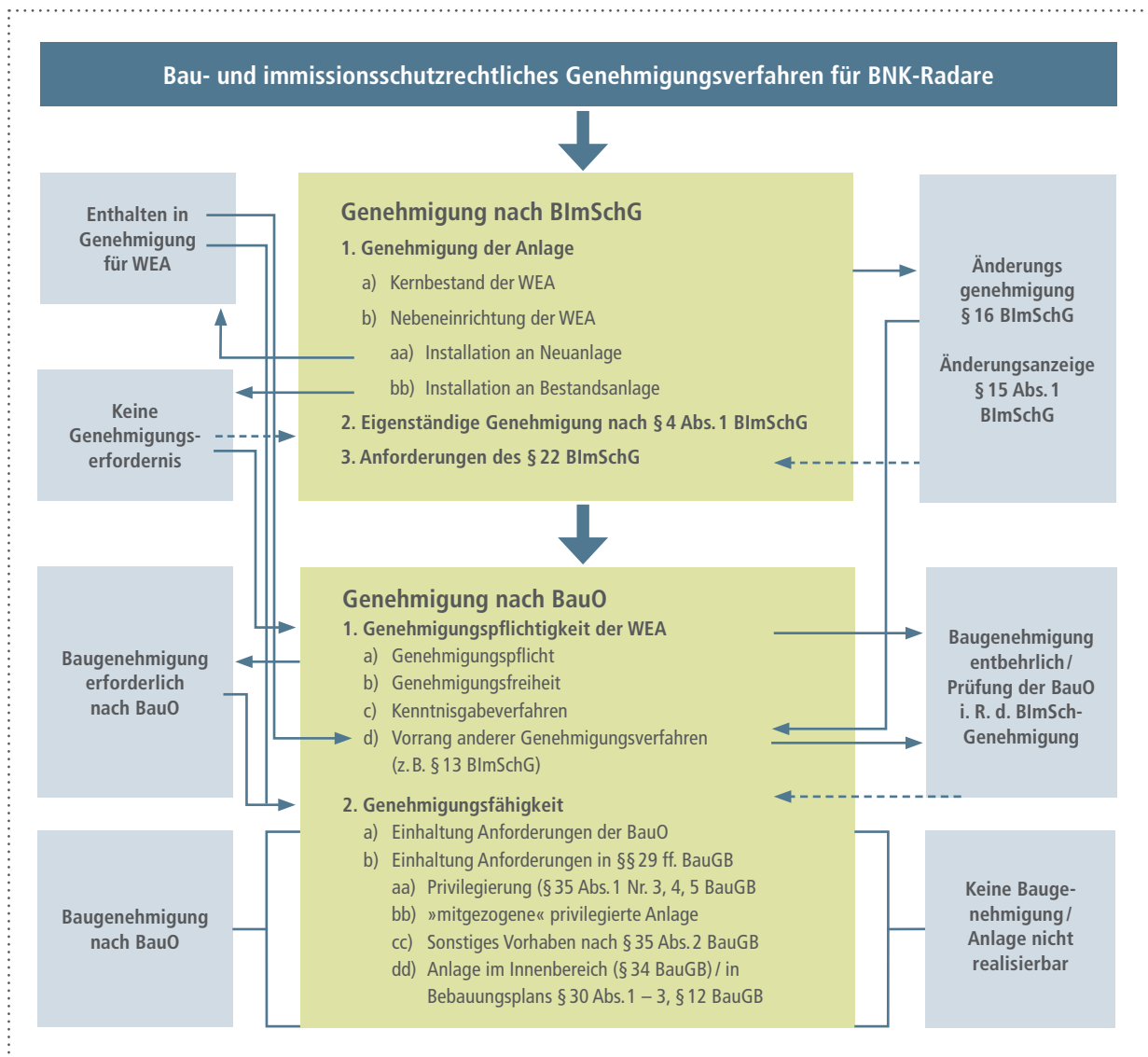


Abbildung 3: Bau- und immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren für BNK-Radare

6 Ausstattung der Windenergieanlage mit einer BNK-Steuerungseinheit

Neben der Ausstattung mit dem BNK-Radar muss die Befuerung der Windenergieanlagen über eine Steuerungseinheit angepasst werden.

Es stellt sich die Frage, inwiefern die BNK-Steuerungseinheit einer eigenständigen Genehmigung bedarf. Sie befindet sich in räumlicher Hinsicht direkt an der Befuerungseinrichtung der Windenergieanlage. Vergleichbar ist sie damit der rechtlichen Situation von BNK-Radaranlagen, die sich direkt an der Windenergieanlage befinden (siehe Kapitel 4.1.2).

Die Steuereinheit der BNK ist bei Neuanlagen aufgrund ihrer Anbringung als Nebeneinrichtung im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 der 4. BImSchV zu verstehen, da sie einen engen räumlichen und betriebstechnischen Zusammenhang und eine Bedeutung für den Immissions- und Gefahrenschutz aufweist. Damit kann die Steuereinheit grundsätzlich in einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung der Windenergieanlage enthalten sein, sofern dies vom Antragsteller so beantragt wird.

Lediglich, wenn die Steuerungseinheit bei Bestandsanlagen im Nachhinein »aufgerüstet« wird, schließt sich die Frage an, ob eine Änderungsanzeige oder -genehmigung hierfür erforderlich ist (siehe Kapitel 4.1.3). Dies ist vom Einzelfall und der jeweiligen technischen Ausrüstung abhängig.

7 Anerkennung der BNK und Zustimmung der Luftfahrtbehörde

Die AVV Kennzeichnung sieht die Kennzeichnung von Windenergieanlagen ab einer bestimmten Höhe vor. Darüber hinaus beinhaltet sie seit 2015 ebenfalls konkrete Regelungen zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung. Die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung als solche ist in der AVV Kennzeichnung Nr. 17.4 in Verbindung mit dem Anhang 6 grundsätzlich gestattet.

Vor dem Einsatz der BNK an einer Windenergieanlage an einem bestimmten Standort ist die Zustimmung der zuständigen Luftfahrtbehörde erforderlich. Der Zustimmung vorgelagert ist die Anerkennung der BNK durch die Deutsche Flugsicherung (DFS).

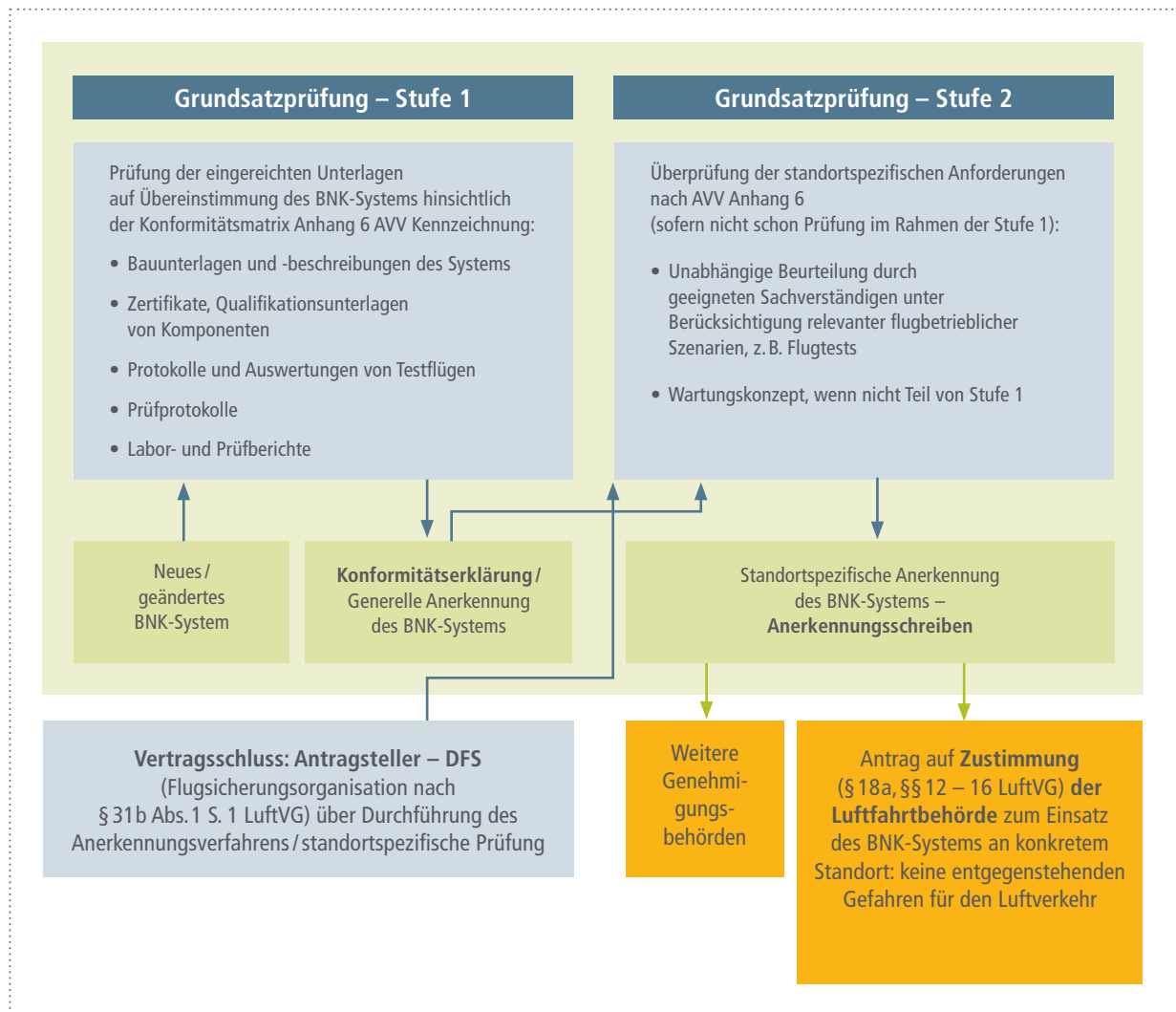


Abbildung 4: Anerkennung des BNK-Systems und Zustimmung der Luftfahrtbehörde

7.1 Anerkennung der Bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung durch die DFS

Nach der AVV Kennzeichnung Nr. 17.4 in Verbindung mit dem Anhang 6⁹¹ ist das Verfahren zur Anerkennung des BNK-Systems umfassend geregelt. Danach bedarf es der

generellen (Stufe 1) und standortspezifischen Anerkennung (Stufe 2) durch die DFS.

7.1.1 Verfahren und Zuständigkeit

Die Anerkennung erfolgt durch eine vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur benannte Stelle, hier die DFS Aviation Services GmbH (DFS) (§ 31b Abs. 1 und des § 31d Abs. 1 S. 1 Luftverkehrsgesetz (LuftVG)⁹²) in Verbindung mit der Verordnung zur Beauftragung eines Flugsicherungsunternehmens (FS-AuftragsV)⁹³. Die DFS ist ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen, das für die Flugverkehrskontrolle in Deutschland zuständig ist.

§ 27c LuftVG spezifiziert ihre Aufgabe dahingehen, dass sie den Luftverkehr sicher, geordnet und flüssig abzuwickeln hat.

Das Anerkennungsverfahren wird durch Vertragsschluss mit der DFS in Gang gesetzt. Die Anerkennung durch die DFS kann sich auf beide oder nur eine Stufe der Anerkennung beziehen.

7.1.2 Stufe 1: Grundsatzprüfung/Anerkennung durch die DFS

Die generelle bzw. grundsätzliche Anerkennung ist erforderlich, soweit ein neues Radar- und Steuerungssystem gegeben ist oder ein vorhandenes System wesentlich verändert wurde. In der gängigen Praxis wird die Stufe 1 vom Systemhersteller durchgeführt und liegt für das vermarktete Produkt vor. Der Hersteller muss dafür zunächst die erforderlichen Unterlagen einreichen, die belegen, dass die Vorgaben des Anhangs 6 der AVV Kennzeichnung erfüllt sind. Dafür muss das System die dort enumerativ aufgeführten Systemfunktionen aufweisen. Vorzulegen sind zur Überprüfung System-Aufbau und

-Funktionsbeschreibung, Zertifikate, Qualitätsunterlagen, Nachweis der Erfüllung relevanter Standards und i.d.R. ein Wartungskonzept. Weitere Unterlagen können im Bedarfsfall angefordert werden. Die Erfüllung der Stufe 1 kann auf Wunsch des Antragstellers bestätigt werden⁹⁴. Die generelle Anerkennung des jeweiligen BNK-Systems nach Stufe 1 ist Voraussetzung der konkreten standortbezogenen Zustimmung.

Änderungen am System machen eine erneute Prüfung notwendig.

⁹¹ AVV Kennzeichnung Anhang 6.

⁹² Luftverkehrsgesetz (LuftVG) v. 10.5.2007 (BGBl. I S. 698).

⁹³ Verordnung zur Beauftragung eines Flugsicherungsunternehmens (FS-AuftragsV) v. 11.11.1992, BGBl. I S. 1928.

⁹⁴ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 21 f.

7.1.3 Stufe 2: Standortspezifische Prüfung durch die DFS

Für jeden neu einzurichtenden Standort einer BNK-Radaranlage und der daran anzuschließenden Windenergieanlagen bedarf es einer standortspezifischen Anerkennung. Dabei werden die standortbezogenen Eigenschaften des BNK-Radars, wie der Abdeckungsbereich, und die Funktionsfähigkeit für die anzusteuernenden Windenergieanlagen geprüft, um die sichere Funktion für diese sicherzustellen. Entscheidend ist hierbei die Erfüllung der standortspezifischen Voraussetzungen des Anhangs 6 der AVV Kennzeichnung. Aufbauend auf dem Anerkennungsnachweis aus der Stufe 1 bedarf es für die Prüfung nach Stufe 2 einer Konformitätserklärung zu standortspezifischen Vorgaben nach der AVV Kennzeichnung, einer unabhängigen flugbetrieblichen Beurteilung durch einen Sachverständigen und eines Wartungskonzepts. Einzelne Prüfnachweise können ggf. schon Teil der Prüfung in Stufe 1 gewesen sein und sind dementsprechend nicht mehr durchzuführen. Die nach Stufe 2 erforderlichen Nachweise sind im Umfang

stark von den konkreten örtlichen Gegebenheiten der Radaranlage und der auszurüstenden Windenergieanlage/n abhängig. So können bei bergigem Gelände beispielsweise Vorab- und Kontroll-Flugtests erforderlich sein. Anhand der durch den Flugtest ermittelten Daten wird überprüft, ob das System den Anforderungen der Anhang 6 AVV der Kennzeichnung entspricht und die Befeuerung entsprechend geschaltet wurde.

Soweit die BNK-Radaranlage den Anforderungen entspricht, stellt die DFS dem Vorhabenträger ein Anerkennungsschreiben aus.⁹⁵

Zu beachten ist, dass wesentliche Änderungen der DFS angezeigt werden müssen und ggf. eine erneute Prüfung nach Stufe 2 erforderlich machen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn weitere Windenergieanlagen an das BNK-System angeschlossen werden.⁹⁶

7.2 Zustimmung der Luftfahrtbehörde

Nach Abschnitt 3 Nr. 17.4 AVV Kennzeichnung bedarf es für den Einsatz einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung an einer Windenergieanlage bzw. an einem Windpark in jedem Einzelfall der Zustimmung der zuständigen Luftfahrtbehörde. Deren Entscheidung stützt sich auf eine gutachterliche Stellungnahme der DFS als Flugsicherungsorganisation (§ 31b Abs. 1 S. 1 LuftVG). Grundlage der Stellungnahme ist das vormals beschriebene Anerkennungsverfahren durch die DFS.

Voraussetzung für die Zustimmung ist, dass keine Gefahren für den Luftverkehr dem Betrieb der Windenergieanlagen mit BNK entgegenstehen (§ 29 Abs. 1 LuftVG). Es bedarf damit für die Verweigerung einer konkreten Gefahr, also der Annahme, dass im konkreten Einzelfall mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in einem absehbaren Zeitraum mit einem Schadenseintritt gerechnet werden muss.⁹⁷ Sofern die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung aufgrund technisch zureichender Ausstattung die Wahrnehmbarkeit der Windenergieanlage gewährleistet, ist eine konkrete Gefahr aufgrund dessen grundsätzlich nicht gegeben. Insofern ist eine Gefahrenlage aufgrund der eingeschränkten Befeuerung generell zu verneinen.

⁹⁵ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 22 f.

⁹⁶ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 23.

⁹⁷ OVG Weimar, Urt. v. 30.9.2009 – 1 KO 89/07 S. 15.

Die Zustimmung im Sinne des 17.4. AVV Kennzeichnung erlangt rechtliche Verbindlichkeit über das LuftVG.

Bei Neuanlagen, die von Anfang an mit einer BNK ausgestattet werden sollen, ist gesetzlicher Anknüpfungspunkt der § 14 Abs. 1 LuftVG sofern das BNK-System an einer WEA außerhalb eines Bauschutzbereichs angebracht wird. Innerhalb eines Bauschutzbereichs ist rechtlicher Anknüpfungspunkt § 12 LuftVG. Die Nebenbestimmungen der Genehmigung der Windenergieanlage (§ 12 BImSchG) enthalten regelmäßig Vorgaben zum erforderlichen Hindernis- bzw. Gefahrenfeuer. Die Zustimmung der Luftfahrtbehörde ist damit eine Verpflichtung an die Immissionsschutzbehörde als »die für die Erteilung zuständige Behörde« im Sinne des § 14 LuftVG. Sie wird nämlich im Rahmen des bundesimmissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) erteilt. Für den Antragsteller ergibt sich daraus mittelbar eine rechtliche Wirkung, da die Immissionsschutzbehörde durch die Zustimmung unter luftfahrtrechtlichen Gesichtspunkten gebunden ist. Eine rechtliche Überprüfung der Zustimmung kann damit inzident erfolgen.⁹⁸

Bei geplanter Verwendung des BNK-Systems an einer Bestandsanlage bedarf es erneut der Anerkennung durch DFS und Luftfahrtbehörde. Die BNK-Installation erfordert zumindest der Anzeige bei der Bundesimmissionsschutzbehörde (§ 15 BImSchG), da sie eine Nebenbestimmung (§ 12 BImSchG) der Bestandsanlage modifiziert.⁹⁹ Daran schließt sich die Zustimmung der zuständigen Luftfahrtbehörde und eine Anerkennung durch die DFS an. Nach erfolgreicher Anerkennung übermittelt auch die Luftfahrtbehörde die Zustimmung zur Information an die Immissionsschutzbehörde.¹⁰⁰ Eine nicht eingeholte Zustimmung durch die Luftfahrtbehörde kann Ordnungsmittel der Immissionsschutzbehörde (§§ 20 f. BImSchG) oder auch der Luftfahrtbehörde (§ 29 LuftVG) zur Folge haben.

Alternativ zur Änderungsanzeige wäre es denkbar, die unmittelbare Anpassung der entsprechenden Nebenbestimmung zur Befeuern durch eine Änderungsgenehmigung (§ 16 BImSchG) zu legitimieren.¹⁰¹

⁹⁸ OVG Münster, Urt. v. 9.4.2014 – 8 A 430/12, Rn. 77 ff.; OVG Weimar, Urt. v. 30.9.2009 – 1 KO 89/07, S. 15.

⁹⁹ Siehe hierzu schon die Fragestellung zur Abgrenzung der Änderungsanzeige zur Änderungsgenehmigung in Kapitel 4.1.3.

¹⁰⁰ So die behördliche Praxis in Berlin/Brandenburg Landesbauamt für Bauen und Verkehr: Verfahrensablauf bei der behördlichen Zustimmung zum nachträglichen Einsatz einer bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung an Windenergieanlagen im Bestand im Land Brandenburg, S. 1 ff.

¹⁰¹ Agatz, Windenergie-Handbuch, 15. Aufl., 2018, S. 144 f.

8 Frequenzzuteilung und EMVU-Bescheinigung für das BNK-Radar durch die Bundesnetzagentur

Sofern das BNK-System auf Aktivradar-Technik beruht, bedarf es vor seinem Einsatz der Einbeziehung der Bundesnetzagentur (BNetzA). Grund dafür ist, dass das Ausenden von Radarsignalen über bestimmte Frequenzen

erfolgt. Das erfordert die Zuteilung einer konkreten Frequenz und den Nachweis zur Gewährleistung des Schutzes von Personen bei elektromagnetischen Feldern.



Abbildung 5: Genehmigungen der Bundesnetzagentur

8.1 Frequenzzuteilung für das BNK-Radar

Die Frequenzzuteilung hat für jeden Standort eines BNK-Radars zu erfolgen. Sie ist zur Gewährung einer störungsfreien Frequenznutzung nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG)¹⁰² erforderlich, § 52 Abs. 1 TKG. Die Frequenzzuteilung ist die behördliche Erlaubnis zur Nutzung bestimmter Frequenzen unter festgelegten Bedingungen. Zuständige Behörde dafür ist die Bundesnetzagentur, § 52 Abs. 2 TKG. Innerhalb der Bundesnetzagentur ist das Referat 226 (Richtfunk, Flug- Navigations- und Ortungsfunk) zuständig. Beantragt werden muss die Frequenz für ein konkretes BNK-Radar an einem Standort durch den jeweiligen Radarbetreiber, als sog. Frequenzzuteilungsnehmer. Für den Fall, dass sich der Frequenzzuteilungsnehmer ändert, erfordert dies, dass die Frequenzzuteilung gegen eine Gebühr umgeschrieben wird.

Die Frequenzzuteilung erfolgt bei BNK-Radaranlagen nicht als Allgemein- sondern als Einzelzuteilung im Sinne des § 55 Abs. 3, 4 TKG. Grund dafür ist, dass die Radaranlagen nach dem aktuellen technischen Stand mit hohen Sendeleistungen arbeiten und deshalb besonders koordiniert werden müssen.

Die Voraussetzungen für eine Frequenzzuteilung sind nach § 55 Abs. 1, Abs. 4 und Abs. 5 TKG aufgelistet.

Die Frequenzzuteilung wird bei der Außenstelle der BNetzA in Hamburg beantragt. Diesem Antrag sind sämtliche funktechnisch relevanten Parameter der Anlage (bspw. Hersteller und Typenbezeichnung) sowie Informationen über den geplanten Aufstellungsort beizufügen. In praktischer Hinsicht wird nach Prüfung der eingereichten Unterlagen eine Frequenzkoordinierung durchgeführt. Dafür erfolgt zunächst eine Versuchsfunkzuteilung. Unter Benachrichtigung anderer Frequenznutzer wird dabei das BNK-Radar regulär betrieben. Soweit keine funktechnischen Störungen auftauchen und das Luftfahrtrechtlich erforderliche Anerkennungsverfahren durchlaufen ist, erhält der Antragsteller eine Regelzuteilung. Diese Frequenzzuteilung ist auf 10 Jahre befristet im Sinne des § 55 Abs. 9 TKG. Zuteilung und Nutzung der Frequenz erfordern die Entrichtung einer einmaligen Gebühr (§ 142 Abs. 1 Nr. 1 TKG) und eines jährlichen Beitrags (§ 143 TKG). Sie bestimmen sich nach der Frequenzgebührenverordnung (FGebV¹⁰³ in Verbindung mit § 142 Abs. 3 S. 2 TKG) und der Frequenzbeitragsverordnung (FSBeitrV in Verbindung mit § 143 Abs. 4 TKG).¹⁰⁴

Für die BNK-Radaranlagen maßgeblich sind die »Zuteilungsregeln für Radare für die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen« veröffentlicht im Amtsblatt der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen.¹⁰⁵

¹⁰² Telekommunikationsgesetz v. 22.6.2004, BGBl. I S. 1190.

¹⁰³ Frequenzgebührenverordnung v. 21.5.1997, BGBl. I S. 1226.

¹⁰⁴ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 18 f.

¹⁰⁵ ABl. Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen 12/2017, v. 28.6.2017, Vfg Nr. 54/2017, 2642.

8.1.1 Frequenzzuteilung der jeweiligen BNK-Systeme

Die unterschiedlichen Radarsysteme (siehe Kapitel 2.3) bedürfen nicht durchweg einer Frequenzzuteilung durch die Bundesnetzagentur. So kommt es immer darauf an, ob das BNK-Radar auf die Nutzung von Radarfrequenzen angewiesen ist. Bei der Transponderlösung wird das für die zivile Flugsicherung bestehende Sekundärradarsystem genutzt. Das BNK-System greift auf die vorhandenen Daten zurück, um die Entfernung eines Flugzeugs zur Windenergieanlage abschätzen zu können. Neue Frequenzbereiche müssen dementsprechend nicht belegt werden.¹⁰⁶

Passivradare nutzen die elektromagnetischen Signale, die von nahegelegenen Sendern wie bspw. DVB-T2-Rundfunksendern ausgehen. Das Radar erfasst die durch Reflekti-

on am Luftfahrzeug ausgehenden Signale und errechnet damit dessen Distanz zur Windenergieanlage. Für diese Anlagen müssen keine Frequenzen zugeteilt werden.¹⁰⁷

Der Einsatz eines Primärradars geht folglich mit der Nutzung neuer Frequenzen einher. Bundesweit freie Frequenzbereiche stehen für die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung nicht zur Verfügung. Anstelle dessen wurden die vorhandenen Frequenzen nach ihrer Vereinbarkeit überprüft und den BNK-Radaren im Ergebnis die Frequenzbereiche 8.800 MHz–9.000 MHz und 9.200 MHz–9.500 MHz zugewiesen. Die Zuteilungsregelung wurde in Konsultation mit Herstellern und den aktuellen Nutzern (Wetter-, Flugsicherungs-, Lotsen und Militärradare) erstellt.¹⁰⁸

8.2 EMVU-Bescheinigung für das BNK-Radar

Sofern das BNK-Radar sich Funktechnik bedient, ist für den Standort eines BNK-Radars ein Nachweisverfahren zur Gewährleistung des Schutzes von Personen in den elektromagnetischen Feldern ortsfester Funkanlagen durchzuführen,¹⁰⁹ § 1 der Verordnung über das Nachweisverfahren zur Begrenzung elektromagnetischer Felder von Funkanlagen (BEMFV)¹¹⁰. Das Verfahren ist durch die BEMFV in Verbindung mit § 12 und des § 16 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes über Funkanlagen und Telekommunikations-

endeinrichtungen (FTEG) geregelt. Soweit die Unterlagen nach § 4 Abs. 5 BEMFV vollständig eingereicht sind, prüft die zuständige Behörde die Einhaltung des erforderlichen Sicherheitsabstands der für die Einhaltung der Richtwerte nach § 3 BEMFV erforderlich ist. Soweit der Abstand in zulässiger Weise eingehalten ist, erhält der Betreiber eine Standortbescheinigung durch die für den Betriebsort zuständige Außenstelle der BNetzA mit dem Referat 414, § 5 BEMFV.

¹⁰⁶ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 16 f.

¹⁰⁷ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 19 f.

¹⁰⁸ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 20.

¹⁰⁹ FA Wind, ON – OFF Fachaustausch zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, 2018, S. 20.

¹¹⁰ Verordnung über das Nachweisverfahren zur Begrenzung elektromagnetischer Felder von Funkanlagen, v. 20.8.2002, BGBl. I S. 3366.

9 BNK im Rahmen behördlicher Instrumentarien

Unabhängig von einem starken Anreiz zur Verwendung eines BNK-Systems besteht in der behördlichen Praxis die Möglichkeit, Neu-Genehmigungen von Windenergieanla-

gen mit einer Verpflichtung zur Nutzung einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung zu versehen.

9.1 Vorgaben zur Befeuerung als Nebenbestimmungen

Sofern es sich bei der Windenergieanlage, wie im Regelfall, um eine genehmigungsbedürftige Anlage im Sinne des § 4 BImSchG handelt, können nach § 12 BImSchG der Genehmigung Nebenbestimmungen beigefügt werden. Nebenbestimmungen sind Zusätze zum Hauptverwaltungsakt mit Regelungsfunktion, die diesen abändern. Der Erlass von Nebenbestimmungen soll dazu dienen, die Voraussetzungen des § 6 BImSchG sicherzustellen, § 21 Abs. 1 Nr. 4 der 9. Bundesimmissionsschutzverordnung (9. BImSchV)¹¹¹.

Die Befeuerung von Windenergieanlagen wird in der behördlichen Praxis regelmäßig im Rahmen von Nebenbestimmungen geregelt. In Abgrenzung zu Inhaltsbe-

stimmungen¹¹² regeln Nebenbestimmungen gerade nicht Kernaspekte der Energiegewinnung, sondern begleitende Aspekte wie beispielsweise Betriebsdauer und Maße der Anlage.

Beim Erlass von Nebenbestimmungen im Rahmen von bedarfsgerechter Nachtkennzeichnung verfügen Genehmigungsbehörden über einen gewissen rechtlichen Spielraum, dem jedoch konkrete rechtliche Grenzen gesetzt sind. Dabei gibt es keine allgemeingültigen Vorgaben, sondern im Einzelfall ist eine rechtssichere und interessengerechte Anwendung erforderlich. Diese beginnt mit der Wahl der Nebenbestimmung und endet mit einzelfallbezogenen Ermessenserwägungen.

9.1.1 Wahl der Nebenbestimmung

Zulässige Nebenbestimmungen sind nach § 12 BImSchG Bedingungen, Auflagen, Befristungen, Widerrufs- und Auflagenvorbehalte. Bei der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung sind die verschiedenen Nebenbestimmungen unterschiedlich praktikabel. Nebenbestimmungen müssen dem Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen. Damit muss dem Normadressaten im Wege der Bestimmung hinreichend genau eine Handlung beschrieben werden.¹¹³

¹¹¹ Neunte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes – Verordnung über das Genehmigungsverfahren v. 29.5.1992, BGBl. I S. 1001.

¹¹² OVG Münster, Urt. v. 10.12.1999 - 21 A 3481/96, Rn. 57 ff.

¹¹³ Giesberts, in: BeckOK UmweltR, 48. Edition, 2018, § 12 BImSchG, Rn. 12 f.; BVerfG, Beschl. v. 15.9.2011 - 1 BvR 519/10, Rn. 35 ff.

Bedingungen

Bedingungen nach § 12 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BImSchG sind Bestimmungen, von deren Eintritt oder Wegfall die Rechtswirkung der Genehmigung abhängig ist, § 36 Abs. 2 Nr. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) ¹¹⁴. Ihr Vorteil liegt darin, dass es keines weiteren Tätigwerdens der Behörde bedarf, sondern nur den Eintritt eines bestimmten Ereignisses. ¹¹⁵

Es bestünde die Möglichkeit, die immissionsschutzrechtliche Genehmigung von der Installation einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung abhängig zu machen, sodass die Betriebs-Genehmigung erst mit der Installation des BNK beginnt. Bedingungen werden in der behördlichen Praxis jedoch recht selten verwendet. Grund dafür ist, dass sie zu einer gewissen Ungewissheit bei allen Beteiligten führen, da für eine erteilte Genehmigung zunächst nur eine schwebende Wirksamkeit eintritt. ¹¹⁶ Hinzu kommt, dass die BNK-Installation als solche von vielfältigen weiteren Zwischenschritten abhängig ist. So sind im Laufe des Genehmigungsverfahrens unter anderem noch bau- und flugrechtliche Genehmigungen der Radaranlage erforderlich. Insbesondere das zweistufige Genehmigungsverfahren der Flugsicherheitsbehörden nimmt einen Zeitraum von mehreren Monaten in Anspruch. Dabei ergäbe sich in der zweiten Anerkennungsphase durch die Flugsicherheit unter Umständen eine Verzögerung der Inbetriebnahme der Windenergieanlage, da es einer konkreten Standortuntersuchung und Flugtests bedarf. Eine Suspendierung der Inbetriebnahme der kompletten Windenergieanlage ist unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten nachteilig. Insofern ist fraglich, ob diese im Einzelfall noch verhältnismäßig ist.

Auflagen

Die BNK kann auch durch eine Auflage im Genehmigungsbescheid verpflichtend festgeschrieben werden. Auflagen (§ 12 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BImSchG) sind Bestimmungen, in denen dem Genehmigungsinhaber ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird, § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG. Die Rechtswirkung der Genehmigung ist nicht von der Auflagenerfüllung abhängig. Die Erfüllung der Auflage kann demgegenüber durch Vollstreckungsmaßnahmen wie Untersagung (§ 20 Abs. 1 BImSchG) oder den Widerruf einer Windenergieanlagen-Genehmigung (§ 21 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) sichergestellt werden.

Der Auflage kommt neben der Hauptregelung eine eigenständige rechtliche Bedeutung zu. Gleichzeitig vermittelt sie den Beteiligten Rechtssicherheit. Sie eröffnet die Möglichkeit, dass die Windenergieanlagen während des luftfahrtrechtlichen Genehmigungsverfahrens der BNK schon betrieben werden können, was einen wirtschaftlichen Vorteil gewährt. Damit ist die Auflage im Rahmen von Verhältnismäßigkeitserwägungen gegenüber einer Bedingung als die grundsätzlich weniger belastende Maßnahme anzusehen. ¹¹⁷

Weitere Nebenbestimmungen

Die weiteren Arten von Nebenbestimmungen bieten sich nicht zwingend für die verpflichtende Nutzung der BNK an. Der Auflagenvorbehalt (§ 12 Abs. 2a, Abs. 3 Var. 3 BImSchG; § 36 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG) ist nur in engem Umfang möglich, anderenfalls müsste er den Voraussetzungen des § 17 BImSchG entsprechen. ¹¹⁸ Der Widerrufsvorbehalt kommt in seiner Wirkung einer Teilgenehmigung nahe und vermittelt damit wenig Rechtssicherheit, § 36 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. ¹¹⁹ Die Befristung bedarf eines vorhergehenden Antrags des Betreibers, § 12 Abs. 2 BImSchG, § 36 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

Bei der Auswahl der Nebenbestimmungsart gibt es insofern große Unterschiede, die die Interessenlagen der Betroffenen unterschiedlich aufgreifen.

¹¹⁴ Verwaltungsverfahrensgesetz v. 23.1.2003, BGBl. I S. 102.

¹¹⁵ BT-Drs. 7/179, S. 35; Mann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 85. EL, 2017, § 12 BImSchG, Rn. 58-60.

¹¹⁶ BT-Drs. 7/179, S. 35; Mann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 85. EL, 2017, § 12 BImSchG, Rn. 60 ff.

¹¹⁷ Mann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 85. EL-2017, § 12 BImSchG, Rn. 148 f.

¹¹⁸ VG Lüneburg, Urt. v. 7.5.2015 – 2 A 210/12, Rn. 113 ff.; Mann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 85. EL, 2017, § 12 BImSchG Rn. 98 ff.

¹¹⁹ Mann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 85. EL, 2017, § 12 BImSchG, Rn. 93 ff.

9.1.2 Tatbestandliche Voraussetzungen zum Erlass einer Nebenbestimmung

§ 12 BImSchG ist die abschließende Norm hinsichtlich des Erlasses von Nebenbestimmungen. Insbesondere § 36 VwVfG ist nur zu begrifflichen Zwecken, aber nicht ergänzend heranzuziehen, § 1 Abs. 2 VwVfG.¹²⁰ Der Behörde steht der Erlass von Nebenbestimmungen jedoch nur in begrenztem Umfang zur Verfügung.

Regelungszweck und auch zugleich tatbestandliche Voraussetzung ist, dass die Nebenbestimmung dazu dient, die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 BImSchG sicherzustellen. Durch § 6 BImSchG soll unter anderem die Einhaltung der Betreiberpflichten zur Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus und die Einhaltung sonstiger öffentlich-rechtlicher Pflichten sichergestellt werden. Dies umfasst die Sicherstellung der Grundpflichten aus § 6 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 Nr. 1-3, Abs. 3 Nr. 1-3, Abs. 4 S. 1 BImSchG und die Sicherstellung der Anforderungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG.

Darüber hinausgehende Nebenbestimmungen sind nicht zulässig, da anderenfalls zusätzliche Genehmigungsvoraussetzungen geschaffen würden, die von § 12 Abs. 1 BImSchG nicht vorgesehen sind. Über die Voraussetzungen des § 6 BImSchG hinausgehende Nebenbestimmung setzen damit das Einverständnis des Antragstellers voraus. Auf Basis eines freiwilligen Antrags bzw. der Zustimmung des Antragstellers können so ggf. über § 6 BImSchG hinausgehende Anforderungen in den Rechtskreis der Genehmigung mit aufgenommen werden und darüber rechtliche Verbindlichkeit erlangen.¹²¹

Von Nebenbestimmungen erfasst werden können auch Handlungen außerhalb des Anlagengrundstücks, soweit sich dies in einem räumlich überschaubaren Bereich befindet.¹²² Die Behörde kann eine Nebenbestimmung nur erlassen, wenn dadurch die Voraussetzungen der Genehmigung sichergestellt werden.¹²³ Hierzu ist sie auch im Rahmen ihres Entschließungsermessens verpflichtet.¹²⁴

Die verpflichtende Auflage zur Installation einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung ohne ausdrückliche Beantragung durch den Antragsteller ist damit nur dann gestattet, wenn sie die Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 BImSchG sicherstellt und ermessensfehlerfrei ist.

¹²⁰ OVG Münster, Urt. v. 19.7.2001 – 21 A 1832/98, Rn. 45.

¹²¹ VG Lüneburg, Urt. v. 7.5.2015 – 2 A 147/12, Rn. 112.

¹²² OVG Münster, Urt. v. 23.1.1986 – 21 A 1517/84, NVwZ 1987, 146 (147 f.).

¹²³ VG Lüneburg, Urt. v. 7.5.2015 – 2 A 147/12, Rn. 60.

¹²⁴ BT-Drs. 7/179, S. 35.

9.1.3 Ermessensbegrenzung – Verhältnismäßigkeit

Der Erlass von Nebenbestimmungen obliegt darüber hinaus behördlichem Ermessen (»kann«). Die Behörde ist insbesondere nicht an den Antrag im Sinne des § 10 Abs. 1 BImSchG gebunden, sofern der Erlass von Nebenbestimmungen die Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen nach § 6 BImSchG ermöglicht. Sie kann Nebenbestimmungen insbesondere auch ohne vorhergehenden Antrag erlassen.¹²⁵

Allgemeine Vorgaben des Ermessen

Beim Erlass von Nebenbestimmungen muss die Behörde ermessensfehlerfrei handeln. Ein wichtiger Aspekt ist die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen. Die Verhältnismäßigkeit bemisst sich im konkreten Einzelfall danach, ob die Auflage geeignet und erforderlich ist und darüber hinaus die Relation zwischen Zweck und Mittel wahrt. Anlagenbetreiber dürfen ihres wirtschaftlichen Ertrages nicht durch unangemessen hohe Investitionskosten beraubt werden.¹²⁶ Die Nutzung einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung ist geeignet, die Befeuerungs-Emissionen signifikant zu senken. Auch gibt es keine andere, gleich effektive Möglichkeit, die nächtliche Befeuerung zu minimieren.

Entscheidend ist letztlich die Angemessenheit der Maßnahme. Das ist der Fall, wenn der mit der Auflage verbundene Eingriff zu dem mit der Nebenbestimmung verfolgten Zweck in einem angemessenen Verhältnis steht.

Zentrale Aspekte der Verhältnismäßigkeit

Entscheidende Frage der Verhältnismäßigkeit ist, wie die tatsächlichen Vorteile des Einsatzes einer BNK mit den damit verbundenen Belastungen für den Betreiber in Ausgleich gebracht werden können. Eine Nebenbestimmung, welche die Installation einer BNK aufgibt, kann unter Umständen unverhältnismäßig und damit nicht vom behördlichen Ermessen gedeckt sein.

Für die Verwendung eines BNK-Radars spricht hingegen die deutliche Minderung von Licht-Immissionen. Auch wenn die nächtliche Befeuerung nach der Rechtsprechung nicht das Rücksichtnahmegebot verletzt¹²⁷, stellt sich dadurch dennoch eine qualitative Verbesserung ein, die akzeptanzsteigernd wirkt. So sind durch die Minderung der Lichtimmissionen eine Abschirmung von Wohn- und Schlafräumen nicht erforderlich und auch die Tierwelt profitiert von geringerer nächtlicher Befeuerung.

Dem Einsatz einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung können im Einzelfall absolute, rechtliche und tatsächliche Hindernisse (siehe bspw. § 44 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG) entgegenstehen. Davon erfasst sein können, dass die rechtliche Lage eine BNK-Errichtung an einer konkreten Stelle verbietet oder andere behördliche Mitwirkungsakte fehlen.

Ein weiteres Hindernis können hohe Realisierungskosten der Anlage sein. Aufgrund der ungleichen Verteilung der Windenergie innerhalb Deutschlands, ist auch die Nutzung einer BNK-Anlage unterschiedlich kostenintensiv. Hintergrund der Kostendifferenz ist, dass BNK-Radare im Erwerb i.d.R. nicht unerhebliche Kosten verursachen. Nach den aktuell verfügbaren BNK-Systemen ist es vorteilhaft, wenn ein Radar möglichst viele Windenergieanlagen ansteuern kann. Dementsprechend rentiert sich eine bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung primär in windenergiestarken Regionen. Je mehr Windenergieanlagen ein Radar bedienen kann, umso geringer sind die erforderlichen Betreiberkosten und damit auch die Kosten des Radarsignals. Um übermäßige Kosten zu vermeiden, könnte die Verpflichtung mit dem Zusatz versehen werden, dass der Einsatz dann verpflichtend ist, wenn die Einrichtung der BNK nicht mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist.

¹²⁵ OVG Weimar, Beschl. v. 10.2.2015 – 1 EO 356/14, S. 11.

¹²⁶ Mann in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 85. EL. 2017, § 12 Rn. 142 ff.; OVG Lüneburg, Urt. v. 10.1.2017 – 4 LC 198/15, Rn. 93.

¹²⁷ Siehe ausführlicher: FA Wind, bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen, 2016, S. 6 f.; VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 23.1.2017 – 8 L 689/16, Rn. 150.

Im Ergebnis könnte die Anordnung des BNK-Einsatzes ggf. unter den Vorbehalt gestellt werden, dass sie tatsächlich und rechtlich möglich sowie verhältnismäßig ist. Auch könnte sich eine Gestattung des BNK-Einsatzes unter dynamischer Verweisung auf die Voraussetzungen der AVV

Kennzeichnung anbieten. Um eine Nachkorrektur der Genehmigung bei Hindernissen in der Errichtung zu vermeiden, könnte zudem eine reguläre Befeuerng ersatzweise oder bis zur Einsatzfähigkeit des BNK-Systems vorgegeben werden.

9.1.4 Zwischenfazit Nebenbestimmungen

Der Einsatz von Nebenbestimmungen, welche regelmäßig die Verpflichtung zum Einsatz einer BNK beinhalten, ist für Behörden ein veritables Handlungsinstrumentarium. Es bedarf jedoch nach § 12 BImSchG eines Anlasses, damit Behörden einem Vorhabenträger eine solche zu-

sätzliche Verpflichtung auferlegen dürfen. Ebenfalls sind behördliche Ermessensgrenzen zu beachten, welche sich insbesondere bei für den Vorhabenträger unverhältnismäßigen Kosten ergeben können.

9.2 Nachträgliche Anordnungen § 17 BImSchG

Im Rahmen der nachträglichen Anordnung im Sinne des § 17 BImSchG hat die Behörde weiterhin die Befugnis, nachträglich erkennbaren Störungen durch eine genehmigungspflichtige Anlage abzuwenden. Insofern könnte für eine befeuerte Windenergieanlage im Nachgang die Verpflichtung zum Einsatz einer BNK ergehen. Dies wird durch die Dynamik der Pflichten nach §§ 5, 6 BImSchG begründet, welche eine Anpassung an geänderte Umstände ermöglichen soll.¹²⁸

Voraussetzung ist, dass dies zur Erfüllung der Vorschriften des BImSchG oder von Rechtsverordnungen aus dem

BImSchG ergeht, § 17 Abs. 1 BImSchG. Das würde aber bedeuten, dass die Befeuerng der Windenergieanlage einen Pflichtverstoß gegen die immissionsrechtlichen Vorschriften darstellen müsste, weil bspw. neue gesetzliche Vorgaben oder neue wissenschaftliche Erkenntnisse hinsichtlich Lichtimmissionen vorliegen. Da dies nach den bisherigen Ausführungen recht selten ist, ist diese im Fall bedarfsgerechter Nachtkennzeichnung für die Behörden ein wenig verwendbares Instrumentarium. Dies gilt auch bei einer Verpflichtung durch das EEG, da diese lediglich auf die Vergütung des Windstroms abzielt.

9.3 Fazit der BNK als behördliches Instrumentarium

Insgesamt steht der Behörde im Rahmen der immissionschutzrechtlichen Genehmigung primär die Möglichkeit des Einsatzes der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung in Form von Auflagen (§ 12 BImSchG) zu. Augenmerk ist

dabei auf die Verhältnismäßigkeit des Einsatzes der BNK zu legen, sodass der Betreiber einer Windenergieanlage insbesondere hinsichtlich der verursachten Kosten nicht überfordert werden darf.

¹²⁸ Hansmann/Ohms, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 85. EL, 2017, § 17 Rn. 1.; BT-Drs. 7/179, S. 36 f.

10 BNK im Rahmen städtebaulicher Instrumentarien

Die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung muss nicht zwangsläufig in einer konkreten Genehmigung als Nebenbestimmung festgelegt werden. Sie kann auch im

Rahmen des Planungsrechtes ihren Niederschlag finden und damit für eine Vielzahl von Fällen Anwendung finden.

10.1 BNK innerhalb von Bebauungsplänen

Im Rahmen der Erstellung von Bebauungsplänen (§§ 8 ff. BauGB) kann die Gemeinde gestalterisch tätig werden. In diesem Rahmen kann sie als Ausdruck ihrer kommunalen Planungshoheit (Art. 28 Abs. 2 GG) auf die Gestaltung des Gemeindegebiets einwirken.

§ 9 Abs. 1 BauGB gibt einen generell abschließenden Katalog an möglichen zu treffenden Festsetzungen vor.¹²⁹ Der Umfang der getroffenen Festsetzungen bestimmt, um welche Art von Bebauungsplan (§ 30 Abs. 1, 3; § 21 BauGB) es sich handelt. § 9 Abs. 1 BauGB gestattet unter anderem Festsetzungen zu Art und Maß der baulichen Nutzung, Bauweise, Grundstücksgrößen und Flächenwidmungen für besondere Nutzungsarten.

10.1.1 Gestaltung nach § 9 Abs. 4 BauGB

Die Festsetzungsmöglichkeiten des Bebauungsplanes umfassen nach § 9 Abs. 1 BauGB keine Möglichkeit zu gestalterischen Vorgaben von baulichen Anlagen. Damit kann auch die Verwendung einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung nicht in diesem Rahmen geregelt werden.

Gemeinden haben jedoch nach § 9 Abs. 4 BauGB die Möglichkeit über § 9 Abs. 1 BauGB hinaus gestalterische Festsetzungen zu treffen. § 9 Abs. 4 BauGB dient dem Zweck, dass der Plangeber ein einheitliches planerisches Konzept entwerfen kann, in dem alle relevanten Vorschriften Niederschlag finden. Sofern gestalterische Vorgaben im Zusammenhang mit den Zielen des Bebauungsplanes stehen, erscheint es zweckmäßig dies in einem einheitlichen Plan zusammenzufassen. Die gestalterischen Vorgaben sind damit Rechtssetzungsakte nach Landesrecht, die in den Bebauungsplan integriert sind.¹³⁰ Davon umfasst sind beispielsweise Vorschriften hinsichtlich der äußeren Ge-

staltung baulicher Anlagen, Werbeanlagen und Warenautomaten, Vorgärten, Spielplätze, Stellplätze und Garagen bis hin zur Gestaltung von Hausnummern, Einschränkung von Außenantennen, Dachformen, Fassaden oder Grenzabständen und auch die Verwendung einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung.

Vorgaben zur äußeren Gestaltung finden sich in Form örtlicher Bauvorschriften in den jeweiligen Landesbauordnungen. Anders als die Vorgaben des § 9 Abs. 1 BauGB beinhalten sie keine bodenrechtlichen Aspekte und unterfallen damit nicht der Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 74 Abs. 1 Nr. 14 GG). Voraussetzungen für das Einbringen gestalterischer Vorgaben in einen Bebauungsplan sind eine landesrechtliche Regelung und eine gemeindliche Ermächtigung zum Erlass eines Bebauungsplanes mit gestalterischen Vorgaben. Diese finden sich vorrangig im Rahmen der örtlichen Bauvorschriften der

¹²⁹ OVG Schleswig, Urt. v. 4.4.2013 – 1 LB 7/12, Rn. 45.

¹³⁰ VGH Mannheim, Urt. v. 22.4.2012 – 8 S 177/02, Rn. 32 ff.

Länder¹³¹, welche auch besondere Anforderungen an die äußere Gestaltung baulicher Anlagen gestatten.

Die Nutzung von BNK-Anlagen führt zu verringerten nächtlichen Immissionen und verändert damit die optische Wahrnehmbarkeit der Windenergieanlagen. Sie sind zudem wirksamer als lediglich synchronisierte Gefahrenfeuer, da die tatsächliche Wahrnehmbarkeit verringert wird.¹³²

10.1.2 Anwendbare Vorschriften

Das Verfahren über die Aufnahme von Festsetzungen nach § 9 Abs. 4 BauGB richtet sich grundsätzlich nach den landesrechtlichen Vorschriften zur Aufstellung von Bauleitplänen. Damit sind die bundesgesetzlichen Voraussetzungen nach dem BauGB nur bei einem expliziten oder auch impliziten Verweis darauf zulässig. Dies ergibt sich auch aus dem Gesetzeswortlaut (»...und inwieweit auf diese Festsetzungen die Vorschriften dieses Gesetzbuchs Anwendung finden...«). Im besten Fall finden Verweise ausdrücklich statt; anderenfalls muss der Wille des Plangebers ermittelt werden. Insofern stellt sich bei Festsetzungen nach § 9 Abs. 4 BauGB häufig die Frage, welche Vorschriften des BauGB Anwendung finden.

So können beispielsweise die Vorschriften der Bauleitplanung (§§ 1 – 13 BauGB), Planungsinstrumente (§§ 14 ff. BauGB), Befreiungen und Ausnahmen (§ 31 BauGB) für anwendbar erklärt werden. Die Vorschriften über Verfahrensmängel (§§ 214 ff. BauGB) als auch § 47 VwGO sind ebenfalls für Bauvorschriften nach § 9 Abs. 4 BauGB für Festlegungen zur äußeren Gestaltung von baulichen Anlagen im Rahmen eines Bebauungsplanes anwendbar, soweit die nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.¹³³

Sofern Vorgaben des Bebauungsplanes unwirksam sind, wirkt sich dies nur auf die Wirksamkeit der Festsetzungen aus, wenn die gestalterischen Vorgaben ohne den Bebauungsplan nicht mehr vollzogen werden könnten.¹³⁴

10.1.3 Gestalterische Grenzen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit

An die Gestaltung von Bebauungsplänen werden gewisse Anforderungen gestellt, welche der Gestaltung Grenzen setzen. Für die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung sind in diesem Zusammenhang besonders Verhältnismäßigkeitserwägungen von Bedeutung. Dabei sind unter anderem die Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen. Eine Abwägung erfolgt aber nicht zwingend nach § 1 Abs. 7 BauGB, sondern bedarf einer expliziten Einbeziehung.¹³⁵ Mit Blick auf die durch den Bebauungsplan eingeschränkten Rechte der Grundstückseigentümer (Art. 14 Abs. 1 GG) wird unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten (Art. 20 Abs. 3 GG) in den meisten Fällen,

unabhängig von § 1 Abs. 7 BauGB, dennoch eine Abwägung zwischen seinem Privatinteresse mit den Interessen der Allgemeinheit stattfinden müssen.¹³⁶

Ein wichtiger Aspekt der Verhältnismäßigkeit sind die technische Realisierbarkeit und durch die BNK anfallende Kosten. Deswegen ist eine strikte Verpflichtung zur Nutzung eines BNK-Systems bedenklich. Kosten und technische Umsetzung sind stark regional unterschiedlich und verursachen unter Umständen hohe Kosten bzw. sind nicht realisierbar. Auch sind die gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich zugelassener BNK-Systeme Ände-

¹³¹ § 74 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 7 LBO BW; Art. 81 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Bay-BO; § 87 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 9 BbgBO; § 85 Abs. 1 Nr. 1 LBO Bremen, § 91 Abs. 2a Hmbg BO, § 91 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 3 HBO; § 86 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 LBauO MV; § 84 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 6 NBauO; § 86 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 BauO NRW; § 88 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 LBauO RhPf; § 85 Abs. 1 Nr. 1; Abs. 4 SL BO; § 89 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 SächsBO; § 85 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2, 3 BauO LSA; § 48 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 LBO SH; § 88 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ThürBO.

¹³² Umweltbundesamt, Mögliche gesundheitliche Effekte von Windenergieanlagen, 2016, S. 4 f.

¹³³ Spannowsky, in: BeckOK BauGB, 42. Edition, 2018, § 9 Rn. 161.1.

¹³⁴ OVG Saarlouis, Urt. v. 4.12.1981 – 2 N 12/80, NVwZ 1983, 42 (45).

¹³⁵ BVerwG, Beschl. v. 10.7.1997 – 4 NB 15/97, Rn. 5 f.; OVG Koblenz, 27.1.2010 – 1 A 10779/09, Rn. 19.

¹³⁶ VGH Mannheim, Urt. v. 22.4.2012 – 8 S 177/02, Rn. 46 ff.

rungen unterworfen. Da Bebauungspläne an sich keine Abweichungsmöglichkeiten eröffnen, sollten unzumutbare Härten über die konkrete Regelung nach § 9 Abs. 4 BauGB aufgefangen werden. So kann die Nutzung einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung für den Fall angeordnet werden, dass dies wirtschaftlich sinnvoll und rechtlich möglich ist.

Die in den Bebauungsplan aufgenommenen Regelungen müssen hinsichtlich Inhalt und Funktion mit diesem in einem sachlichen Zusammenhang stehen. Konkret erfordert dieser einen Zusammenhang mit der sachlichen Nutzung der Grundstücke. Dies muss sich in einer sachlichen Begründung wiederfinden (§ 9 Abs. 8 BauGB), welche hinreichend bestimmt sein muss. Die Begründung des Bebauungsplanes muss danach die grundlegenden Punk-

te des Planes darstellen, sodass sich aus dem näheren Inhalt unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse der erkennbare Wille des Normgebers erschließen lässt.¹³⁷ Im Ergebnis sind damit keine strengen Voraussetzungen an die konkrete Begründung geknüpft. Sie darf dennoch nicht fehlen. Es bedarf insbesondere einer knappen Erläuterung, warum die BNK verpflichtend ist. Mögliche Gründe sind die verringerten Störungen für Menschen, Natur und Tiere.

Die Festsetzung einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung in Bebauungsplänen ist damit im Wege gestalterischer Vorgaben nach § 9 Abs. 4 BauGB grundsätzlich möglich. So hat die BNK unmittelbare Auswirkung auf die optische Wahrnehmbarkeit der Windenergieanlage.

10.2 BNK im Rahmen von städtebaulichen Verträgen

Ein weiteres Instrumentarium im Rahmen der Planung von Windenergieanlagen sind städtebauliche Verträge (§ 11 BauGB). Städtebauliche Verträge werden in der Praxis sowohl vor als auch während oder unabhängig von Bauleitplanverfahren geschlossen. Hierbei werden in der Regel zwischen Projektierern von Windenergieanlagen und Gemeinden Verträge geschlossen über städtebauliche Maßnahmen (bspw. Durchführung und Kosten eines Bebauungsplanentwurfs, Erstellen von Gutachten über immissions- oder artenschutzrechtliche Aspekte), über Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen oder auch über die Nutzung kommunaler Flächen und die Erschließung von Grundstücken. Abhängig von den konkreten Vertragsumständen ist der Vertrag als privat- oder öffentlich-rechtlich (§§ 54 ff. VwVfG) einzuordnen.¹³⁸

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 BauGB sind städtebauliche Verträge grundsätzlich zulässig, wenn es um die Vorbereitung und Durchführung städtebaulicher Maßnahmen geht. In § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-5 BauGB werden Inhalte von praxisrelevanten städtebaulichen Verträgen aufgeführt. Diese sind nur beispielhaft und nicht abschließend, was sich aus der Formulierung »insbesondere« ergibt.

Auch die Einrichtung einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung kann im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages vereinbart werden. Sie kann ihren Niederschlag in der Förderung und Sicherung planerischer Ziele nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB finden. Die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung im Rahmen eines städtebaulichen Vertrags würde damit eine zum Bebauungsplan zusätzliche Vorgabe sein. Eine reduzierte Befeuerung von Windenergieanlagen hat Vorteile. Sie führt zu einer optisch befriedeten Nachtlandschaft und verringert die bereits thematisierten möglichen Auswirkungen auf die Tier- und Pflanzenwelt und das Landschaftsbild. Damit können die Ziele der Bauleitplanung, wie bspw. diejenigen der § 1 Abs. 6 Nr. 1, 2, 7a BauGB und § 1a Abs. 3 BauGB gefördert werden.

¹³⁷ OVG Münster, Urt. v. 9.2.2000 – 7 A 2386/98, Rn. 33.

¹³⁸ BVerwG, Urt. v. 1.2.1980 – 4 C 40/77, Rn. 27.

10.2.1 Anforderungen an städtebauliche Verträge

Städtebauliche Verträge können eine große Bandbreite an Vertragsgegenständen aufweisen. Dennoch unterliegen sie nach dem Gesetz bestimmten Vorgaben.

Nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB müssen die vertraglich vereinbarten Leistungen nach den Gesamtumständen angemessen im Sinne von wirtschaftlich ausgewogen sein. Im Einzelfall ist also zu fragen, ob die tatsächlich bestehenden Belastungen einer Vertragspartei mit den erlangten Leistungen in einem angemessenen Verhältnis stehen.¹³⁹ Von der Errichtung einer BNK profitieren unmittelbar die umliegenden Grundstückseigentümer und Anwohner. Daneben kommt sie dem Windenergieanlagenbetreiber ebenfalls zu Gute, da die BNK die von der WEA verursachten Immissionen mindert. Aus der Verpflichtung als solcher lässt sich damit keine Unangemessenheit ableiten. Zu beachten sind jedoch auch hier die unterschiedlichen Kosten der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung, welche nicht außer Verhältnis zu ihrem Nutzen stehen dürfen. Damit sollten in einem städtebaulichen Vertrag rechtliche und wirtschaftliche Hindernisse Berücksichtigung finden und Abweichungen zulassen.

Ebenfalls zu beachten ist das Kopplungsverbot des § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB (§§ 56, 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG). Danach ist eine vertragliche Regelung unzulässig, wenn der

Vertragspartner ohnehin einen Anspruch auf die Leistung hat, und die Gegenleistung auch nicht durch eine Nebenbestimmung (§ 36 Abs. 1 VwVfG) erzielt werden kann.¹⁴⁰ Das bedeutet in manchen Fällen, dass ein städtebaulicher Vertrag vor Aufstellung eines Bebauungsplanes abgeschlossen werden sollte, da anderenfalls der Vorhabenträger nach dem neuen Bebauungsplan ohnehin über einen Anspruch auf Errichtung der WEA verfügt. Sofern dieser bestünde, dürfte unter Umständen keine Nebenbestimmung nach § 12 BImSchG erlassen werden, da anderenfalls gegen das Kopplungsverbot verstoßen werden könnte. § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB beinhaltet zudem den Gedanken, dass Leistung und Gegenleistung in einem sachlichen Zusammenhang zueinander stehen müssen. Im konkreten Einzelfall muss dies entsprechend der Vertragsumstände ermittelt werden. Die Einrichtung einer BNK steht in der Regel in einem sachlichen Zusammenhang mit der Errichtung einer WEA, da die Zielsetzung gerade die Vermeidung davon ausgehender Immissionen ist.

Möglicherweise zu beachten sind ggf. zusätzliche landes- oder bundesrechtliche Vorgaben, welche Beteiligungs-, Bekanntgabe und Zustimmungserfordernisse im Falle eines städtebaulichen Vertrages verlangen, sofern dessen Inhalt für die Erstellung des Bebauungsplanes maßgeblich ist.

10.3 Fazit bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung im Rahmen städtebaulicher Instrumentarien

Sowohl eine Festlegung in einem Bebauungsplan als auch in einem städtebaulichen Vertrag sind gute Instrumentarien, um eine BNK verpflichtend dem Planungsträger

aufzuerlegen. Zu beachten ist jedoch, dass strikte Regelungen zur bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung nicht empfehlenswert sind.

¹³⁹ BVerwG, Urt. v. 24.3.2011 – 4 C 11/10, Rn. 16 ff.

¹⁴⁰ VGH Kassel, Urt. v. 25.11.2004 – 12 A 1496/04, Rn. 76.

11 Fazit und Ausblick

Windenergieanlagen, die mit bedarfsgerechter Nachtkennzeichnung ausgestattet sind, bleiben einen Großteil der Nachtzeit dunkel. Das wirkt insofern akzeptanzsteigernd, als die nächtliche Landschaft unbeleuchtet bleibt und damit ortsansässige Anwohner sowie die Tier- und Pflanzenwelt deutlich weniger beeinträchtigt werden. Diese Vorteile haben sich »herumgesprochen«. So verwundert es nicht, dass die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung seit ihrer Anerkennung im Jahr 2015 Einzug in die behördliche Genehmigungspraxis von Windenergieanlagen gehalten hat. Die Praxis zeigt, dass die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung sowohl bei Behörden, als auch bei Herstellern wahrgenommen wird. So haben sich ausgereifte Wirtschaftsmodelle entwickelt und auch Behörden nehmen die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung als akzeptanzsteigerndes Instrument wahr.

Rechtsanwendung, behördliche Praxis und Einsatz von BNK-Systemen sind je nach Bundesland und Einzelfall, unterschiedlich, dennoch findet sich die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung in unterschiedlichsten Facetten in vielen Feldern behördlicher Praxis wieder.

Zum einen hat die bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung im Rahmen verschiedener Handlungsinstrumentarien einen Platz gefunden hat. Dabei kommen individuelle Maßnahmen in Form von Nebenbestimmungen (§ 12 BImSchG) in Betracht. Alternativ bieten sich städtebauliche Instrumente an, die eine Verpflichtungsmöglichkeit in Form eines generell wirkenden Bebauungsplanes (§§ 8 ff. BauGB) oder eines städtebaulichen Vertrages (§ 11 BauGB) bieten.

Für den jeweiligen Windenergieanlagenbetreiber ist zudem beachtenswert, welche konkreten behördlichen Genehmigungen und Zustimmungen für die Installation einer bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung im Einzelfall erforderlich sind. Das BNK-Radar bedarf neben der bau- und immissionsschutzrechtlichen Überprüfung der Genehmigung und Anerkennung durch die Bundesnetzagentur und der Deutschen Flugsicherheit bzw. der zuständigen Luftfahrtbehörden. Die unterschiedlichen technischen Konzepte der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung erfordern eine differenzierte rechtliche Bewertung des Einzelfalls. Insbesondere pauschale rechtliche Einstufungen verbieten sich insofern.

Mit der fortschreitenden Etablierung der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung in der Praxis, wird ihr Ausbau in der Zukunft stetig zunehmen. Insbesondere vor dem Hintergrund der Neuregelung im EEG 2017 ist in den nächsten zwei bis drei Jahren ein starker Zuwachs an bedarfsgesteuerten Befeuerung von Windenergieanlagen zu erwarten. Bei einer Zahl von ca. 18.000 anzupassenden Windenergieanlagen, stellt sich das gesetzgeberische Ziel des neuen § 9 Abs. 8 EEG 2017 als eine ambitionierte Aufgabe dar. Es wird sich zeigen, wie Verwaltung und Praxis dieser Herausforderung in der Zukunft gemeinsam gerecht werden.



Impressum

© FA Wind, Februar 2019

Herausgeber:

Fachagentur Windenergie an Land
Fanny-Zobel-Straße 11
12435 Berlin

www.fachagentur-windenergie.de
post@fa-wind.de

V.i.S.d.P.: Dr. Antje Wagenknecht, MBA

Die Fachagentur zur Förderung eines natur- und umweltverträglichen Ausbaus der Windenergie an Land e. V. ist ein gemeinnütziger Verein. Er ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, VR 32573 B.

Autoren:

Marianna Roscher
unter Mitarbeit von Jürgen Quentin (Kapitel 2.1.2.)

Zitiervorschlag:

FA Wind (2019): BNK - Genehmigt!

Gestaltung:

DreiDreizehn Werbeagentur GmbH, www.313.de

Haftungsausschluss:

Die in diesem Hintergrundpapier enthaltenen Informationen, Hinweise und Empfehlungen sind nach bestem Wissen ausgesucht, zusammengestellt und ausgeführt. Dennoch wird keine Gewähr für die Aktualität, Richtigkeit und Vollständigkeit übernommen.

Die Informationen, Hinweise und Empfehlungen dienen der allgemeinen Information und können eine Beratung im Einzelfall oder eine Rechtsberatung nicht ersetzen.

Bildnachweise:

Seite 4: Jan-Otto/istockphoto.com

Seite 47: Klaus Wohlgemuth/photocase.de

Druck:

1. Auflage (500 Exemplare), Februar 2019

Klimaneutral gedruckt auf 100 % Recycling-Papier
Mundoplus, ausgezeichnet mit dem Umweltzeichen
Blauer Engel.



Fachagentur Windenergie an Land e.V.

Fanny-Zobel-Straße 11 | 12435 Berlin
T +49 30 64 494 60-60 | F +49 30 64 494 60-61
post@fa-wind.de | www.fachagentur-windenergie.de