



Dr. Peter Sittig-Behm
Rechtsanwalt in der auf
Erneuerbare Energien spezia-
lisierten MASLATON Rechts-
anwalts-gesellschaft mbH,
Leipzig.

Funknavigation und Windenergienutzung

Anwendung des § 18a LuftVG im Lichte der jüngsten bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung

Dr. Peter Sittig-Behm

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes (BVerwG) vom 07.04.2016¹ scheint den vorläufigen Schlusspunkt in einem zum Teil heftig umstrittenen Diskurs zwischen Windenergienutzung und Flugsicherung durch Drehfunkfeuer zu setzen, der seitens der Rechtsprechung seinen Anfang vor allem in der Ausgangsent-scheidung zum bundesverwaltungsgerichtlichen Verfahren durch das Verwal-tungsgericht Hannover² und die Eilentscheidungen des Verwaltungsgerichts Oldenburg³ nahm. Auf den ersten Blick scheinen nunmehr zahlreiche der seitdem kontrovers diskutierte Problempunkte⁴ im Zusammenhang mit der Anwendung des § 18a LuftVG im Spannungsfeld zwischen Windenergieprivilegierung und Flug-sicherungsbedürfnis geklärt zu sein. Bei näherer Betrachtung der nun vorliegenden Urteilsgründe relativiert sich dieser Eindruck jedoch.

I. Rechtsnatur und Bindungswirkung der Entscheidung nach § 18a Abs. 1 LuftVG

Als eindeutig geklärt dürfte zunächst die Frage nach der Rechts-natur der „Entscheidung“ des Bundesaufsichtsamtes für Flug-sicherung (BAF) nach § 18a Abs. 1 LuftVG gelten: Zu Recht ver-weist das BVerwG auf den vom Gesetz vorgeschriebenen behördlichen Ablauf, der eine Übermittlung der Entscheidung allein an die Luftfahrtbehörde des betreffenden Bundeslandes vorsah⁵ und leitet daraus das Fehlen einer für einen Verwal-

tungsakt zwingend erforderlichen unmittelbaren Rechtswirkung nach außen ab. Dementsprechend geht das BVerwG zutreffend davon aus, dass die Einlegung eines die „Bestandskraft“ (die ja mangels Vorliegen eines Verwaltungsaktes nicht eintreten kann) hindernden, isoliert gegen die Entscheidung nach § 18a LuftVG gerichteten Rechtsbehelfs nicht erforderlich ist.⁶

So klar und zutreffend diese bundesverwaltungsgerichtliche Einschätzung ist, ist sie inhaltlich wenig überraschend. Die Rechts-qualität der Entscheidung des BAF nach § 18a Abs. 1 LuftVG war – nicht zuletzt wegen des klaren Gesetzeswortlauts – auch bis-lang weitgehend unumstritten.⁷ Überraschend ist eher ein Neben-satz im Urteil des BVerwG in diesem Zusammenhang, dessen es zur Klärung der Rechtsqualität eigentlich gar nicht (mehr) bedurft hätte: *„Mit der Änderung sollte zwar die Störungsfeststellung für andere Behörden verbindlich sein; eine Änderung der Rechtsqua-lität der Entscheidung gegenüber vom Bauverbot Betroffenen hat der Gesetzgeber damit aber erkennbar nicht verbunden.“*⁸ Zum Be-

1 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15.

2 VG Hannover, Urt. v. 22.09.2011 – 4 A 1052/10.

3 VG Oldenburg, Beschl. v. 05.02.2014 – 5 B 6430/13, ZNER 2014, 125 ff. sowie Beschl. v. 15.07.2014 – 5 B 1558/14.

4 Vgl. Falke, in: Maslaton, Windenergieanlagen – Rechtshandbuch, 1. Aufl. 2015, S. 52 ff.; Thiele, in: Geßner/Willmann, Abstände zu Windenergieanlagen – Radar, Infrastruktureinrichtungen, Vögel und andere (un)lösliche Probleme?, 1. Aufl. 2015, S. 65 ff.; Battis/Moench/von der Groeben, Gutachterliche Stellungnahme zur Bedeutung des Errichtungsverbots des § 18a LuftVG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen (vom 06.11.2014), abrufbar unter <https://www.wind-energie.de>, Stand: 08.08.2016; Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH (Gutachten vom 01.06.2014), abrufbar unter <https://www.wind-energie.de>, Stand 08.08.2016; Fülbier, ZUR 2015, 432 ff.; Battis/von der Groeben, ZNER 2015, 107 f.; Sittig/Falke, ER 2015, 17 ff.; Falke/Sittig, REE 2014, 76 ff.; Federwisch/Dinter, NVwZ 2014, 403 ff.

5 Dies ist durch die Gesetzesänderung infolge des Fünfzehnten Gesetzes zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes vom 28.06.2016 (BGBl. I S. 1548) dahingehend modifiziert worden, dass nunmehr die Luftfahrtbehörde, die ohnehin eher als „Poststelle“ zwischen Genehmigungsbehörde und BAF fungierte, aus dem Verfahren herausgenommen wurde und die Kommunikation direkt von der Genehmigungsbehörde zum BAF verläuft. An der inhaltlichen Bewertung dürfte diese „Korrektur“ des Verfahrensablaufs jedoch nichts ändern.

6 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 10).

7 Vgl. VG Düsseldorf, Urt. v. 24.07.2014 – 11 K 3648/12, NVwZ 2014, 501; VG Aachen, Urt. v. 24.07.2013 – 6 K 248/09, ZNER 2013, 544 (544 ff.); VG Schleswig, Urt. v. 16.02.2012 – 6 A 107/11; Sittig/Falke, ER 2015, 17 (19 f.); Battis/Moench/von der Groeben, Gutachterliche Stellungnahme zur Bedeutung des Errichtungsverbots des § 18a LuftVG bei der Genehmigung von Wind-energieanlagen (vom 06.11.2014), S. 11 f.; a.A. Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas, „Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH“ (Gutachten vom 01.06.2014), S. 11 f., 70, 129.

8 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 10), gemeint ist die Änderung im Zuge des Gesetzes zur Errichtung eines Bundesauf-sichtsamtes für Flugsicherung und zur Änderung und Anpassung weiterer Vorschriften vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2424).

leg für diese Aussage verweist das Gericht auf die Gesetzesbegründung in der BT-Drs. 16/11608, S. 15.⁹ Zwar mag man – wenn gleich auch dies nicht ausdrücklich in der Gesetzesbegründung zu § 18a LuftVG zu finden ist¹⁰ – aus dem Zusammenhang noch entnehmen können, dass eine Änderung der Rechtsqualität mit der Gesetzesänderung tatsächlich nicht beabsichtigt war. Allerdings findet sich die Aussage des ersten Teilsatzes in der Begründung des BVerwG – nämlich die nunmehr vom Gesetzgeber angestrebte Verbindlichkeit der Störfeststellung – nicht ansatzweise in der Gesetzesbegründung¹¹ und ergibt sich auch nicht durch Interpretation: Woran das Gericht diese Motivation des Gesetzgebers erkannt haben will, bleibt unergründlich. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass mit Blick auf die Rechtsqualität der Entscheidung nach § 18a Abs. 1 LuftVG das BVerwG mangels anderer Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung von der Fortgeltung des bisherigen Zustandes ausgeht¹², ist unerklärlich, weshalb dies hinsichtlich der Bindungswirkung – bei der erst recht keine Anhaltspunkte für eine derartige Motivation des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung ersichtlich sind – anders sein soll. Gerade die Formulierung

„Die Änderung der Vorschrift beschränkt sich im Wesentlichen darauf, dass die Wörter ‚die für die Flugsicherung zuständige Stelle‘ durch die Wörter ‚Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung‘ ersetzt werden. Darüber hinaus ist allerdings sicherzustellen, dass die für den sicheren Betrieb der Flugsicherungseinrichtung verantwortliche Stelle von derartigen Plänen Kenntnis erhält und in den Prozess mit eingebunden wird. Um diesen Mangel zu beheben, wird mit den Änderungen gleichzeitig ein entsprechender Informationsaustausch zwischen dem BAF und der Flugsicherungsorganisation vorgeschrieben.“¹³

war für das BVerwG offenbar Fingerzeig dafür, dass der Gesetzgeber nur ändern wollte, was er ausdrücklich benannt hat.¹⁴ Jedenfalls erschließt sich nur daraus das Argument des Senats zur gleichlebenden Rechtsnatur der Entscheidung, mangels anderer Anhaltspunkte in der Gesetzesbegründung. Konsequenterweise müsste diese Überlegung dann aber auch für alle anderen Befunde zu § 18a LuftVG zutreffen, so dass infolge der Änderung des Gesetzes materielle Änderungen nur bezweckt waren, wenn der Gesetzgeber dies in der Begründung zum Ausdruck brachte. Dabei ist der eigenen Auffassung des BVerwG („Mit dieser Änderung sollte [...] die Störfeststellung [...] verbindlich sein...“¹⁵) zu entnehmen, dass jedenfalls die ursprüngliche Anzeige gemäß § 18a Abs. 1 LuftVG a.F. seiner Meinung nach nicht bindend war. Wendet man die Argumentationslogik des Gerichtes zur Rechtsnatur konsequent auch auf die Frage der Bindungswirkung an und berücksichtigt man die tatsächlichen Inhalte der Gesetzesbegründung, käme man nicht zum Ergebnis, dass die Entscheidung des BAF nach § 18a Abs. 1 LuftVG bindend ist, vielmehr wäre das Gegenteil der Fall.

Die inhaltliche Aussage des o.g. scheinbar unbedeutenden Nebensatzes im Urteil des BVerwG im Rahmen seiner Diskussion zur Rechtsnatur der Entscheidung nach § 18a Abs. 1 LuftVG, die sich entgegen der Ausführungen des Senates jedoch gerade nicht der Gesetzesbegründung entnehmen lässt, zieht sich in der Folge

9 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 10).

10 Vgl. BT-Drs. 16/11608, S. 15.

11 Vgl. BT-Drs. 16/11608, S. 15.

12 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 10).

13 BT-Drs. 16/11608, S. 15.

14 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 10).

15 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 10).

als Axiom durch das gesamte Urteil und wird vom Gericht an den nachfolgenden Stellen nicht mehr in Frage gestellt bzw. als Grundlage weiterer Argumentationen (insbesondere zur Rechtsbetroffenheit des BAF; vgl. hierzu unten Ziff. V.) genutzt.¹⁶ Indessen ist diese Schlussfolgerung des Senats hinsichtlich der vom Gesetzgeber angeblich beabsichtigten Bindungswirkung der Störfeststellung mangels diesbezüglicher tatsächlicher Aussagen in der in Bezug genommenen Gesetzesbegründung zumindest zweifelhaft. Demzufolge dürfte die Frage der Bindungswirkung einer Entscheidung nach § 18a Abs. 1 LuftVG „nebenbei“ mit entschieden, dogmatisch aber unverändert kontrovers sein.

II. Störbegriff

Etwas mehr Klarheit dürfte infolge der nunmehr vorliegenden BVerwG-Entscheidung hinsichtlich des „Störbegriffs“ gewonnen sein. Danach liegt eine „...Störung einer Flugsicherungseinrichtung im Sinne des § 18a Abs. 1 LuftVG vor [...], wenn diese die vorgesehenen Fehlertoleranzen nicht einhält und somit nicht mit der gebotenen Präzision arbeitet.“¹⁷ Das klare Bekenntnis des BVerwG zur grundsätzlichen, funktionalen Verknüpfung des Störbegriffs ist durchaus positiv und liegt auf der Linie der Rechtsprechung auch zu anderen Anwendungsfällen.¹⁸ Demnach geht der Senat davon aus, dass „...nicht jede beliebige Beeinflussung einer Flugsicherungseinrichtung als Störung zu qualifizieren ist“¹⁹ und weist darauf hin, dass die Schwelle zur Störung erst dann überschritten sei, wenn sich die technische Beeinflussung auf die durch das Gericht als Schutzgüter des § 18a LuftVG erkannte „...sichere, geordnete und flüssige Abwicklung des Flugverkehrs auswirkt“.²⁰ Einschränkend muss jedoch die gerichtliche Maßstababildung zum Störbegriff im Anwendungsfall von Funknavigationsanlagen als ambivalent bezeichnet werden. Insofern fügt das BVerwG hinzu, dass es nicht (erst) auf Gefahren für die Luftsicherheit oder die Möglichkeit eines konkreten Schadenseintrittes „...etwa im Sinne einer gefährlichen Annäherung von Flugzeugen oder einer Kollision...“²¹ ankomme. Mit dieser Einschränkung erteilt das Gericht einer früheren Begriffsbestimmung durch das Verwaltungsgericht Aachen zu § 18a LuftVG (allerdings in anderem Anwendungs-Zusammenhang) eine klare Absage – freilich ohne diese Entscheidung zu benennen. Das Verwaltungsgericht Aachen hatte seinerzeit nämlich folgende Auffassung zum Störbegriff vertreten: „Erforderlich ist vielmehr, dass nicht nur hypothetisch, sondern mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in überschaubarer Zukunft mit einem Schadenseintritt (Kollision, gefährliche Annäherung) zu rechnen ist“.²² Das BVerwG betont hingegen, der Gesetzgeber habe auf eine diesbezügliche Relativierung des Störbegriffs absichtsvoll verzichtet und vor dem Hintergrund des bezweckten Schutzes vor Gefahren für Leben und Gesundheit dem Schutz der Flugsicherheit Vorrang vor dem hiermit etwaig konfligierenden Eigen-

16 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 28).

17 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 12 bzw. 14).

18 Vgl. VG Aachen, Urt. v. 24.07.2013 – 6 K 248/09, ZNER 2013, 544 (547 f.) zu Flugsicherungsanlagen; OVG Lüneburg, Beschl. v. 13.04.2011 – 12 ME 8/11, ZNER 2011, 366 zu Luftverteidigungsradaranlagen; OVG Koblenz, Urt. v. 13.01.2016 – 8 A 10535/15.OVG, ZNER 2016, 77 (80) und VGH München, Urt. v. 18.09.2015 – 22 B 14.1263, ZNER 2015, 605 (607) jeweils zu Wetterradaranlagen.

19 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 13).

20 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 13).

21 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 13).

22 VG Aachen, Urt. v. 24.07.2013 – 6 K 248/09, ZNER 2013, 544 (547).

tumsschutz Dritter eingeräumt.²³ Dies sei auch mit Blick auf die gleichzeitige Gewährung von Entschädigungsansprüchen nach § 19 LuftVG nicht zu beanstanden.²⁴

Zwar mag es sein, dass eine gewisse Kompensation etwaiger Eigentumsverluste durch § 19 LuftVG aufgefangen werden kann. Es fragt sich indes bereits, ob der Ausgangspunkt der bundesverwaltungsgerichtlichen Überlegungen (und gegebenenfalls auch der gesetzgeberischen Intention) mit Blick auf – auch im vorliegenden Fall betroffene – Funknavigationsanlagen realistisch ist. Denn es steht keineswegs außer Zweifel, ob Leben und Gesundheit durch die Hervorrufung von Störeinflüssen auf diese besonderen Flugsicherungseinrichtungen tatsächlich gefährdet werden können. So hatte das BAF in einem Verfahren zur Stilllegung einer VOR (englische Abkürzung für UKW-Drehfunkfeuer) wegen Überschreitung der Winkelfehler vorgetragen, dass daraus nicht zwangsläufig Gefahren für Leib und Leben resultieren.²⁵ Dies hatte das seinerzeitige Gericht zum Anlass genommen den gerichtlich verfolgten Stilllegungsantrag abzulehnen: „*Es ist dabei zunächst davon auszugehen, dass es bei dem Flugbetrieb [nach Instrumentenflugregeln] als Folge einer möglichen Ungenauigkeit des UKW-Drehfunkfeuers nicht zu einem Zusammenstoß von Luftfahrzeugen miteinander oder mit Hindernissen kommen kann [...] Auch im Hinblick auf den Flug nach Sichtflugregeln lässt sich dem Vortrag der Antragsgegnerin überzeugend entnehmen, dass eine Auswirkung der bei dem VOR Weser festgestellten Winkelfehler auf die Sicherheit des Luftverkehrs nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu befürchten ist. Insoweit kommt es auf die Genauigkeit eines Drehfunkfeuers nicht an, weil die Luftfahrzeugführer nach § 12 LuftVO verpflichtet sind, einen ausreichenden Abstand einzuhalten...*“²⁶ Vor diesem Hintergrund scheint die Annahme des BVerwG, dass der Schutz von Leib und Gesundheit es gebiete, gleichsam keine überzogenen Anforderungen an den Störbegriff zu stellen und im Zweifel diesen Schutzgütern Vorrang vor konkurrierendem Eigentumsschutz zu gewähren sei, mindestens zweifelhaft.

Der Senat nutzt mit der von ihm dargestellten Vorgehensweise der Gesetzesauslegung zudem im Ergebnis eine Vermutungsregel, nach welcher infolge eines (im Fall von Funknavigationsanlagen über Grenzwerte definierten; hierzu sogleich) bestimmten Maßes an technischer Beeinflussung gleichsam davon auszugehen sein soll, dass die Schutzgüter des § 18a LuftVG in einem nicht tolerierbaren Maß gefährdet sind²⁷. Anders lässt sich nicht erklären, dass das BVerwG einerseits auf die Notwendigkeit einer funktionellen Verknüpfung des Störbegriffs – also die Auswirkung einer technischen Beeinflussungen auf die Schutzgüter Leben und Gesundheit – hinweist, andererseits aber diese Feststellung gerade *nicht* von konkret erwartbaren Gefahrenszenarien abhängig machen will.²⁸ Es stellt sich allerdings dann die – vom BVerwG mangels Vortrags nicht geprüfte – Frage, ob ein potentieller Störer berechtigt wäre, diese Vermutung zu widerlegen. Dies wäre etwa dann denkbar, wenn nachgewiesen wird, dass von einem konkreten Vorhaben zwar möglicherweise

eine technische Beeinflussung i. S. einer Grenzwertüberschreitung der Funknavigationsanlage ausgeht, aber *keine* Gefahren für Leben und Gesundheit, die der Senat offenbar für die vordringlichsten Schutzgüter hält. Bejahendenfalls käme es unter diesen Umständen dann aber u.U. doch auf die Frage einer – dann ausschließbaren – konkreten Gefahr jedenfalls im Sinne eines Gegenbeweises zur gesetzlichen Vermutung an.

Löst man sich überdies vom konkreten Beispiel der Funknavigationsanlagen, bei denen das BVerwG die Frage einer relevanten Störung an die Überschreitung vertretbar festgelegter Grenzwerte (hierzu im Einzelnen sogleich) knüpft und somit die Vermutung einer relevanten Funktionsbeeinflussung scheinbar objektivierbaren Kriterien unterliegt, bleibt ungeklärt, wie die Frage der Funktionsbeeinflussung nach § 18a LuftVG für solche Flugsicherungseinrichtungen beantwortet werden soll, bei denen derartige Grenzwerte nicht bestehen. Es könnte daher möglich sein, dass die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Aachen, welches sich mit Flugsicherungsradaranlagen zu beschäftigen hatte²⁹, für die keine Grenzwerte in der Funktion abgeleitet werden können, weiterhin – dann für die Anwendungsfälle abseits von Funknavigationsanlagen – in § 18a LuftVG Bedeutung besitzt. Hierfür spricht, dass die Frage, welche im Einzelfall die „*gebotene Präzision*“³⁰ ist, nur mit Blick auf die konkrete Nutzung und die Folgen für die Nutzung bei Abweichungen beantwortet werden kann. Geboten ist, was für den Ausschluss von nicht beherrschbaren Verfahren erforderlich ist. In diesem Sinne wäre die Aussage des Senats, wonach es im Anwendungsbereich des § 18a LuftVG nicht auf konkret zu erwartende Schadensereignisse für die Ausfüllung des Störbegriffs ankommen soll, entgegen dem Urteilswortlaut allenfalls als auf den Anwendungsfall Funknavigationsanlagen bezogen zu verstehen. Denn für ohne Grenzwerte operierende Flugsicherungseinrichtungen lässt sich eine strikte Trennung zwischen technischer Beeinflussung und zu befürchtendem Schaden für die Schutzgüter, wie sie dem BVerwG vorschwebt, wohl kaum durchhalten. Es bestehen somit auch hinsichtlich der Reichweite der grundsätzlichen Erwägungen des Gerichts zum Maßstab des § 18a LuftVG durchaus divergierende Deutungsmöglichkeiten.

III. Inhaltliche Konkretisierung und beschränkte gerichtliche Überprüfung

Bei der inhaltlichen Ausfüllung des Störbegriffs schloss sich das BVerwG der Auffassung des Berufungsgerichts an.³¹ Demnach kann für den Anwendungsfall der Störung von Funknavigationsanlagen nunmehr als Richtschnur gelten, dass die internationalen Vorgaben der ICAO³² wenngleich nicht rechtsverbindlich, so doch als „...*international anerkannte und bestverfügbare Regeln der Technik*...“ für die Auslegung und Anwendung von § 18a LuftVG herangezogen werden können.³³ In der Tat entspricht diese Auf-

23 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 14).

24 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 14).

25 Vgl. die Sachverhaltsdarstellung in: VG Stade, Beschl. v. 27.01.2014 – 1 B 3181/13.

26 VG Stade, Beschl. v. 27.01.2014 – 1 B 3181/13.

27 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 113 ff.).

28 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 13).

29 VG Aachen, Urt. v. 24.07.2013 – 6 K 248/09, ZNER 2013, 544 ff.

30 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 12).

31 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 15 ff.).

32 International Civil Aviation Organization (Internationale Zivilluftfahrtorganisation), errichtet durch das Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt vom 07.12.1944 (Chicagoer Abkommen) (BGBl. 1956 II, S. 41).

33 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 15).

fassung der bisherigen Literatur und Rechtsprechung.³⁴ Problematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass auch nach den Erkenntnissen des Senats (und der Vorinstanz) sich aus den ICAO-Vorgaben durchaus unterschiedliche Grenzwerte herauslesen lassen und ein einzelner allgemein anerkannter Grenzwert für den höchstzulässigen Winkelfehler diesem Werk nur schwerlich zu entnehmen ist.³⁵ Zwar musste sich das Gericht schon deshalb nicht mit der Frage einer „richtigen“ Herleitung eines bestimmten Grenzwertes aus den ICAO-Vorgaben auseinandersetzen, weil sie als Teil der Sachverhaltswürdigung außerhalb von (hier nicht erhobenen) Verfahrensrügen nach § 137 Abs. 2 VwGO nicht revisibel waren. Indes zeigen die weiteren Ausführungen zur ebenfalls durch die Revision aufgeworfenen Frage der Zulässigkeit einer bloßen berufsgerichtlichen Vertretbarkeitskontrolle der Auffassung des BAF, dass das Bundesverwaltungsgericht wohl (noch) dazu tendiert, die praktische Auslegung der ICAO-Vorgaben dem BAF im Verein mit der DFS zu überlassen.³⁶ Grund hierfür ist, dass es nach Meinung des Gerichts an einem diesbezüglich einhelligen Konsens in der Fachwelt fehlt.³⁷ An dieser Auffassung dürften allerdings durchaus Zweifel bestehen. Aus den unterschiedlichen Verfahren zu diesem Themenkreis wird deutlich, dass jedenfalls ein großer Teil der Fachwelt die Methodik und die Wertfindung seitens der DFS und des BAF ablehnt.³⁸ Gleichzeitig ist bislang keineswegs bestritten worden, dass nicht auch die Bewertungen dieser Fachleute auf der Grundlage der ICAO-Vorgaben ruhen würden³⁹, d. h. also die Auffassung der fachlichen Opponenten zu DFS und BAF sind ebenfalls „vertretbar“ und nicht geradezu falsch. Es besteht daher zumindest die Möglichkeit, dass die von einer Vielzahl von Gerichten und auch hier vom Bundesverwaltungsgericht bemühte „Uneinigkeit der Fachwelt“⁴⁰ letztlich nur daher rührt, dass DFS und BAF selbst eine abweichende Auffassung vertreten und dadurch den Zustand herbeiführen, der ihnen zur Anerkennung eines Beurteilungsspielraums durch die Rechtsprechung verhilft. In diesem Fall fragt sich, wie belastbar die These einer fachlichen Uneinigkeit ist und – noch entscheidender – an welchem Punkt dieser Zustand zu Lasten von DFS

und BAF umschlagen würde. Es dürfte wohl jedenfalls nicht so weit gehen, dass es darauf ankäme, BAF und DFS zu „überzeugen“, denn dann würde sich das Argument einer fehlenden fachlichen Einigkeit tatsächlich dazu pervertieren, dass es nur darauf ankäme, ob DFS und BAF die Auffassung der übrigen Sachverständigenwelt teilen. Solange dies nicht der Fall wäre, würde man – unabhängig von der fachlichen Richtigkeit – nach Meinung des BVerwG von einem faktischen Beurteilungsspielraum zu Gunsten von DFS und BAF ausgehen müssen. Insoweit hat der Senat allerdings zumindest den einschränkenden Hinweis gegeben, dass die Rechtfertigung einer bloßen Vertretbarkeitskontrolle und deren Umfang infolge einer Fortentwicklung der wissenschaftlichen Erkenntnisse unter Umständen entfallen kann.⁴¹ Sollte sich infolge der Durchsetzung einer bestimmten Methode oder eines Maßstabs erweisen, dass eine der gegenteiligen Meinungen nicht mehr vertretbar ist, dann soll kein Grund mehr für eine bloße Vertretbarkeitskontrolle unterliegen, wobei jedenfalls diese Prüfung (zur noch bestehenden fachlichen Uneinigkeit) offenbar der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt.⁴² Dies bedeutet nichts anderes, als dass nach Meinung des BVerwG die Frage einer bloßen Vertretbarkeitskontrolle nur für den jeweiligen Zeitpunkt der gerichtlichen Befassung beantwortet werden kann. Es kann also auf der Grundlage der nunmehr vorliegenden bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheidung gerade nicht auch für die Zukunft geschlossen werden, dass es bei einer bloßen Vertretbarkeitskontrolle der Störfeststellung durch DFS und BAF verbleibt. Freilich müssen, um eine andersartige Rechtsprechung herbeizuführen, dann aber bislang nicht berücksichtigte oder aber gänzlich neue Erkenntnisse vorgelegt werden.

Abseits der o. g. tatsächlichen Bedenken überzeugt jedoch auch die dogmatische Begründung des Gerichts zur Beschränkung der gerichtlichen Überprüfung auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle nicht restlos.⁴³ Zwar stellt es zu Recht – wie auch bereits das Oberverwaltungsgericht⁴⁴ – fest, dass die Norm (gemeint ist offenbar § 18a LuftVG) „...einen die gesamte Auslegung und Anwendung der Norm umfassenden Beurteilungsspielraum...“ nicht einräumt.⁴⁵ Im selben Abschnitt verweist der Senat aber darauf, dass das Berufungsgericht zu Recht lediglich für den Fall der Widersprüchlichkeit der ICAO-Vorgaben – wobei das Gericht dies offenbar im konkreten Fall gleichwohl auf den gesamten Vorgang der Störfeststellung bezieht, nämlich Maßstab, Grenzwerte und Ermittlungsmethode – seine Überprüfung auf eine bloße Vertretbarkeitskontrolle beschränkt habe.⁴⁶ Hierfür soll eine „...hinreichende gesetzliche Grundlage...“ bestehen und zudem diese Auffassung von einem „...hinreichend gewichtigen am Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutz ausgerichteten Grund...“ getragen sein.⁴⁷ Bereits die These der gesetzlichen Grundlage fußt auf einer Überlegung des Gerichts, die genauso gut das gegenteilige Ergebnis tragen könnte. Der Senat verweist

34 Vgl. die Verweise in: BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15, sowie Falke, in: Maslaton, Windenergieanlagen – Rechtslehrbuch, 1. Aufl. 2015, S. 54; Thiele in Geßner/Willmann „Abstände zu Windenergieanlagen – Radar, Infrastruktureinrichtungen, Vögel und andere (un)lösbare Probleme?“, 1. Aufl. 2015, S. 73 f.; Battis/Moench/von der Groeben, Gutachterliche Stellungnahme zur Bedeutung des Errichtungsverbots des § 18a LuftVG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen“ (vom 06.11.2014), S. 18 f.; Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schynzel/Behrend/Kortas, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH (Gutachten vom 01.06.2014), S. 92 ff.; Falke/Sittig, REE 2014, 76 (82).

35 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 20); OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12, ZNER 2015, 63 (68).

36 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 21).

37 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 23 i.V.m. 25).

38 Insb. die streitigen Vorträge in: OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12, ZNER 2015, 63 (65 ff.); VG Oldenburg, Beschl. v. 05.02.2014 – 5 B 6430/13, ZNER 2014, 125 ff., VG Oldenburg, Beschl. v. 15.07.2014 – 5 B 1558/14; VG Düsseldorf, Urt. v. 24.07.2014 – 11 K 3648/12, NVwZ 2014, 501 (502 f.); vgl. auch die Verweise in: Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schynzel/Behrend/Kortas, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationshilfen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH (Gutachten vom 01.06.2014), S. 93; Fülbiel, ZUR 2015, 432 (434); Sittig/Falke, ER 2015, 17 (20).

39 Vgl. insb. hierzu OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12, ZNER 2015, 63 (66 f.).

40 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15; OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12, ZNER 2015, 63 (66 f.); VG Düsseldorf, Urt. v. 24.07.2014 – 11 K 3648/12, NVwZ 2014, 501 (502); jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

41 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 25).

42 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 25).

43 Vgl. zu den dogmatischen Bedenken an einer beschränkten gerichtlichen Überprüfung schon vor der bundesverwaltungsgerichtlichen Entscheidung: VG Oldenburg, Beschl. v. 05.02.2014 – 5 B 6430/13, ZNER 2014, 125 (129 f.); Battis/Moench/von der Groeben, Gutachterliche Stellungnahme zur Bedeutung des Errichtungsverbots des § 18a LuftVG bei der Genehmigung von Windenergieanlagen (Gutachten vom 06.11.2014), S. 29 ff.; Battis/von der Groeben, ZNER 2015, 107 f.; Falke/Sittig, REE 2014, 76 (80 f.).

44 OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12, ZNER 2015, 63 (64 f.).

45 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 22).

46 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 22).

47 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 22).

nämlich insoweit auf die gesetzgeberische Umformulierung im Vergleich zur Vorgängerfassung des Gesetzes (von „gestört werden“ zu „gestört werden können“) und interpretiert daraus den Willen, von einer Störgewissheit hin zu einer bloßen Störmöglichkeit.⁴⁸ Wie auch bereits im Rahmen der Bindungswirkung der Störfeststellung (vgl. oben Ziff. I) stellt sich die Frage, ob das Gericht mit diesem Argument die Motivationslage des Gesetzgebers nicht überinterpretiert. Denn in der Gesetzesbegründung zur Neufassung des § 18a LuftVG findet sich auch dieser Wille nicht – schon gar nicht ausdrücklich⁴⁹. Mangels diesbezüglicher verwertbarer Aussagen in der Gesetzesbegründung könnte man aber die Änderung im Wortlaut auch so verstehen, dass es dem Gesetzgeber nur darum ging, klarzustellen, dass es sich um eine prognostische, also in die Zukunft gerichtete, Beurteilung handelt. Für eine derartige Interpretation des gesetzgeberischen Willens spricht die Gesetzesbegründung schon eher, da bereits die ersten beiden Sätze wie folgt lauten: „§ 18a enthält Regelungen zum Schutz von Flugsicherungseinrichtungen vor störender Beeinflussung durch die Umgebung. So dürfen z. B. Bauwerke innerhalb eines bestimmten Bereichs um Flugsicherungseinrichtungen nur dann errichtet werden, wenn von ihnen keine Störungen ausgehen.“⁵⁰ und demnach – wenn überhaupt – eher auf eine tatsächliche Störung abstellen.

Auch soweit der Senat seine Auffassung darauf stützt, dass das Gesetz der gutachterlichen Stellungnahme der DFS und der darauf gestützten Entscheidung des BAF einen „im Vergleich mit anderen behördlichen Gutachten und Entscheidungen hervorgehobenen Stellenwert“ beimesse,⁵¹ überzeugt die Auffassung nicht.⁵² Zum einen ist nicht ersichtlich, woran das Gericht diesen erhöhten Stellenwert (etwa auch im Vergleich zur Genehmigungsentscheidung selbst) festmacht. Die entsprechende Aufgabenübertragung zur Gutachtenerstellung in § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG könnte auch eine bloße Zuständigkeitsverteilung darstellen, um einen harmonischen und eindeutigen behördlichen Prüfablauf zu gewährleisten.⁵³ Zum anderen spricht das Gesetz mitnichten davon, dass insbesondere das Gutachten der DFS einen besonderen Stellwert besitze; das Gesetz erwähnt die DFS überhaupt nicht, sondern spricht ausschließlich von „Flugsicherungsorganisationen“ als Gutachter. An dieser Stelle kommt es unweigerlich auch zur Frage der Neutralität der DFS⁵⁴ in diesem Prozess, zumal dann, wenn nach Meinung des BVerwG auch zu ihren Gunsten eine bloße Vertretbarkeitskontrolle der gutachterlichen Ermittlung stattfinden soll.⁵⁵ Hintergrund ist, dass die DFS im gegenständlichen Sachverhalt (und auch in den meisten anderen gerichtlichen Verfahren) Betreiberin der angeblich potentiell gestörten Flugsicherungseinrichtung und zugleich vom BAF hinzugezogener Gutachter nach § 18a Abs. 1 Satz 1 LuftVG war. Es besteht aber nach der gesetzlichen Vorschrift keineswegs ein Automatismus, der eine solche Doppelstellung (und damit das Hervorrufen von Zweifeln an der Neutralität) zwingend erforderlich macht. Da das Gesetz lediglich die Gutachtenerstellung durch eine Flugsicherungsorganisation vorschreibt (und nicht durch die DFS oder den Betreiber der betreffenden Flugsicherungseinrich-

tung), wäre es nach dem Wortlaut des Gesetzes möglich – und unter Berücksichtigung der Notwendigkeit exekutiver Neutralität sogar wünschenswert –, dass die betreffenden Gutachten nach § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG nicht durch den Betreiber der zu schützenden Einrichtungen verfasst werden. Dies vor allem dann, wenn – wie es in den bisherigen gerichtlichen Verfahren überwiegend der Fall war – eine kritische Prüfung der gutachterlichen Aussagen der DFS durch das BAF nicht erkennbar war und die Gerichte dies auch nicht erkennbar für erforderlich halten.⁵⁶ Zwar mag man mit dem BVerwG damit die Objektivität der DFS nicht gleichsam unter Generalverdacht stellen,⁵⁷ dass aber der Gesetzgeber trotz der möglichen Doppelstellung als Betreiber und Gutachter den Stellenwert eines Gutachtens einer Flugsicherungsorganisation durch die Gesetzesänderung verstärkt habe, wie der Senat meint, ist als Gegenargument ebenso wenig zwingend, weil das Gesetz diese Doppelstellung zwar ermöglicht, aber innerhalb eines konkreten Verfahrens keineswegs vorschreibt. Es wäre möglich (und aus Rechtsstaatlichkeitsgründen in der Praxis auch zu fordern), nicht gerade den Betreiber um die Gutachtenerstellung nach § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG zu bitten, sondern eine neutrale „dritte“ Flugsicherungsorganisation damit zu beauftragen. Hierzu wäre – auch aus Gründen der Wahrung staatlicher Neutralität – das BAF ebenso aufgerufen, wie zu einer kritischen und v. a. ergebnisoffenen Überprüfung des Gutachtens, bevor darauf die – erheblich in die Eigentumsrechte eingreifende – Entscheidung nach § 18a Abs. 1 LuftVG gestützt wird.

Schließlich überzeugt die Auffassung des Gerichts, dass die von ihm angenommene bloße Vertretbarkeitskontrolle im Rahmen der Störfeststellung auch am „Grundsatz eines wirksamen Rechtsschutzes ausgerichtet“ sei,⁵⁸ nicht. Tatsächlich führt die Rechtsprechung des BVerwG abseits noch nicht entschiedener Sachverhaltsbesonderheiten (hierzu sogleich unter Ziff. VI) dazu, dass der wirksame Rechtsschutz für Adressaten von Ablehnungsbescheiden in der Praxis nahezu unerreichbar ist. Nach Meinung des Gerichtes soll ja die Genehmigungsbehörde an die Entscheidung des BAF nach § 18a LuftVG gebunden sein (vgl. schon oben Ziff. I). Dies führt prozessual dazu, dass der Adressat des im negativen Fall zwangsläufig erfolgenden Ablehnungsbescheids seine Rechte nur noch im Wege der Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 2, 2. Alt. VwGO verfolgen kann. Um auf diesem Wege zu einer Genehmigung zu gelangen, müsste er aber hinreichend darlegen (können), dass die Störfeststellung in wesentlichen Punkten falsch war. Da das Gericht aber – jedenfalls nach dem Status quo – die Störfeststellung nur einer Vertretbarkeitskontrolle unterzieht, dürfte es schwierig sein, den entsprechenden Nachweis zu führen. Dies zumal – wie die bisherigen Verfahren⁵⁹ gezeigt haben – es hierfür bislang nicht genügte, dass nahezu alle Sachverständigen Zweifel

48 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 23).

49 BT-Drs. 16/11608, S. 15.

50 BT-Drs. 16/11608, S. 15.

51 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 23).

52 Hierzu krit. bereits: Sittig/Falke, ER 2015, 17 (20).

53 So auch: VG Schleswig, Urt. v. 05.03.2015 – 6 A 85/14.

54 Sittig/Falke, ER 2015, 17 (20).

55 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 24).

56 So wiesen insb. die Vorgängerentscheidungen zum BVerwG, VG Oldenburg, Beschl. v. 05.02.2014 – 5 B 6430/13, ZNER 2014, 125 (130 f) und OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12, ZNER 2015, 63 (64) auf erhebliche Nachlässigkeiten des BAF und der DFS im Hinblick auf die rechtsstaatliche Begründungspflicht der Entscheidung nach § 18a Abs. 1 LuftVG hin.

57 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 24).

58 BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 22).

59 Insb. die streitigen Vorträge in: OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12, ZNER 2015, 63 (66 f.); VG Oldenburg, Beschl. v. 05.02.2014 – 5 B 6430/13, ZNER 2014, 125 ff., VG Oldenburg, Beschl. v. 15.07.2014 – 5 B 1558/14; VG Düsseldorf, Urt. v. 24.07.2014 – 11 K 3648/12, NVwZ 2014, 501 ff.; vgl. auch die Verweise in: Hüttig/Giemulla/Lehmann/Schyndel/Behrend/Kortas, Flugsicherheitsanalyse der Wechselwirkungen von Windenergieanlagen und Funknavigationssystemen DVOR/VOR der Deutschen Flugsicherung GmbH (Gutachten vom 01.06.2014), S. 93; Fülbiel, ZUR 2015, 432 (434); Sittig/Falke, ER 2015, 17 (20).

an der Methode der DFS hegen. Vor diesem Hintergrund fragt sich, wann die Schwelle zum „nicht-mehr-vertretbar-sein“ überschritten ist. Damit ist (jedenfalls aktuell) der Nachweis der Unvertretbarkeit faktisch nicht führbar,⁶⁰ so dass der Verweis auf den wirksamen Rechtsschutz unter diesem Blickwinkel und aus Sicht von Adressaten einer auf § 18a LuftVG gestützten Ablehnung zumindest wohlfeil erscheint.

IV. Alignmentfehler

Allerdings hat das Gericht in einem Punkt dem der Auffassung des Berufungsgerichts widersprochen. Während ersteres nämlich die Berücksichtigung des höchstzulässigen Alignmentfehlers durch DFS und BAF für vertretbar hielt,⁶¹ geht das BVerwG davon aus, dass der höchstzulässige anlageneigene Fehler durch § 18a Abs. 1 LuftVG nicht geschützt wird.⁶² Daraus folgt, dass die Praxis von DFS und BAF von dem höchstzulässigen Gesamtwinkelfehler den höchstzulässigen anlageneigenen Fehler (2°) abzuziehen, um das Restfehlerbudget zu bestimmen und daraus die Störfeststellung abzuleiten, nicht mehr ohne Weiteres zulässig ist. Voraussetzung eines Abzugs geringerer Anlageneigenfehler soll allerdings die Sicherheit sein, dass unter Berücksichtigung der tatsächlichen performance der Gesamtwinkelfehler verlässlich nicht überschritten wird.⁶³ Der Sache nach läuft dies auf die Notwendigkeit eines hinreichend sicheren Nachweises eines geringeren Anlageneigenfehlers von 2° hinaus. Hierin aber liegt die Krux: Im zu Grunde liegenden Verfahren wurden zwar die Erkenntnisse aus den regelmäßigen Flugvermessungen zum Nachweis vorgelegt. Der Senat hielt aber das von der DFS vorgetragene Argument des Oberverwaltungsgerichts für zutreffend, wonach nicht sicher sei, dass diese Ergebnisse den sog. „worst-case“ abbilden, da es sich nur um „punktuelle Momentaufnahmen“ handele.⁶⁴ Soll heißen: Die sichere Annahme, dass bestimmte Werte eingehalten oder unterschritten werden, kann durch diese Vermessungsergebnisse nicht gewährleistet werden. So nachvollziehbar dieses Argument auch scheinen mag, fragt sich, wie denn die DFS selbst die Einhaltung der höchstzulässigen Werte an ihrer Anlage kontrolliert? Dies geschieht durch ebene Flugvermessungen. Wenn die Werte aber verlässlich genug sind, um zu Gunsten der DFS die Einhaltung der zulässigen Betriebsparameter nachzuweisen, ist – auch aus Gründen der Gleichberechtigung und der Rechtsstaatlichkeit – unerklärlich, weshalb ihnen zu Gunsten von Windenergieanlagenbetreibern nicht dieselbe Verlässlichkeit beigemessen werden kann. Im Ergebnis dürfte diese Frage die Rechtsprechung noch weiter beschäftigen, da nunmehr zwar klar ist, dass ein pauschaler Abzug des höchstzulässigen Anlageneigenfehlers nicht zulässig ist, (noch) nicht klar ist indessen, wie und mit welchen Untersuchungen die Unterschreitung dieses höchstzulässigen Wertes nachgewiesen werden kann. Die pauschale Zurückweisung der Flugvermessungsergebnisse durch das BVerwG überzeugt angesichts der Bedeutung dieser Ergebnisse für den Nachweis der Einhaltung der Betriebsparameter durch die DFS selbst jedenfalls nicht und dürfte zu einer nicht gerechtfertigten Ungleich-

behandlung führen, da die DFS in ihrem Betrieb von Flugsicherungseinrichtungen denselben Schutzgütern verpflichtet ist.

V. Eigene Rechtsposition von DFS und BAF

Schlusspunkte dürften nunmehr auch hinter die Diskussionen gesetzt worden sein, ob die DFS bzw. das BAF durch eine von der negativen Entscheidung nach § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG abweichende Genehmigungserteilung in eigenen Rechten betroffen sein können. Das BVerwG bejaht diese Frage. Hinsichtlich der DFS (und damit wohl aller Flugsicherungsorganisationen, deren Flugsicherungseinrichtungen betroffen sind) ergäbe sich dies aus dem Umstand, dass § 18a LuftVG nicht nur Gefahren für die Allgemeinheit abwehren wolle, sondern auch auf den Schutz der Flugsicherungseinrichtungen selbst ziele.⁶⁵ Dadurch sei auch der Eigentümer nicht nur reflexartig im Konflikt mit konkreten Nachbarinteressen begünstigt.⁶⁶ Folge dieser Auffassung ist zwangsläufig, dass Flugsicherungsorganisationen gegen Genehmigungen vorgehen können, wenn diese trotz negativer Entscheidung nach § 18a Abs. 1 Satz 2 LuftVG erteilt wurden und die betreffende Flugsicherungseinrichtung von der klagenden Flugsicherungsorganisation betrieben wird. Durch die Zuerkennung derartiger subjektiv-öffentlicher Rechte zu Gunsten der Flugsicherungsorganisation aktualisieren sich indessen die bereits o.a. Bedenken hinsichtlich der Neutralität der Flugsicherungsorganisationen angesichts einer Gutachterstellung für die eigenen Flugsicherungseinrichtungen. Es mutet jedenfalls widersprüchlich an, wenn das BVerwG einerseits keine Anhaltspunkte für Zweifel an der Objektivität erkennen will, andererseits aber explizit von subjektiven Rechten und Interessen der DFS ausgeht und damit deren Anfechtungsbefugnis begründet. Auch die Begründung hinsichtlich der Schutzbeziehung von § 18a LuftVG zum Eigentümer bzw. Betreiber der Flugsicherungseinrichtung überzeugt nicht restlos. Zwar mag es sein, dass § 18a LuftVG die Flugsicherungseinrichtung schützt, es fragt sich aber zu welchem Zweck. Hierzu stellt das BVerwG indessen eher die Behauptung auf, die Norm täte dies auch zur Begünstigung des Eigentümers, als dass es diese Meinung tatsächlich begründen würde. Angesichts der fehlenden Begründung einerseits und dem Umstand, dass der Senat an mehreren anderen Stellen im Urteil sinngemäß vom „*bezweckten Schutz von Leben und Gesundheit*“⁶⁷ spricht, liegt es näher von einem Allgemeininteresse auszugehen, welches hinter § 18a LuftVG steht.

Auch die Erwägungen zur Betroffenheit des BAF in eigenen Rechten in derartigen Fällen scheinen eher vom Ergebnis geleitet. Denn maßgeblicher Anknüpfungspunkt soll die Bindungswirkung der Entscheidung nach § 18a LuftVG sein, die es zu schützen und durchsetzungsfähig zu gestalten gälte.⁶⁸ Wie bereits oben ausgeführt, ist jedoch die angeblich vom Gesetzgeber gewollte Bindungswirkung jedenfalls nicht auf dem Weg nachzuweisen, wie es das BVerwG im Urteil anzeigte (vgl. oben Ziff. I). Denn die Gesetzesbegründung schweigt sich über diesen angeblichen Willen des Gesetzgebers aus. Insoweit stimmt auch der Alternativbefund des Gerichtes nicht, wonach das Bauverbot leerliefe, wenn

60 Denkbar sind freilich dennoch erfolgreiche Verpflichtungsklagen – vgl. hierzu näher unter Ziff. VI, aber auch oben Ziff. II.

61 Vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12, ZNER 2015, 63 (67).

62 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 20).

63 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 20).

64 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 20).

65 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 27).

66 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 27).

67 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 14, sinngemäß auch: Rn. 23).

68 Vgl. BVerwG, Urt. v. 07.04.2016 – 4 C 1.15 (zit. nach juris, Rn. 28).

dem BAF nicht eine eigene Rechtsbetroffenheit (und damit auch eine eigene Anfechtungsbefugnis von gegen seine Entscheidung ergangenen Genehmigungen) zugebilligt werde. Tatsächlich liefe aber nicht das Bauverbot des § 18a LuftVG leer (es würde lediglich die diesbezügliche Einschätzung durch BAF und DFS von Seiten der Genehmigungsbehörde geprüft), sondern allenfalls die Entscheidungsverbindlichkeit. Dies wäre jedoch nur dann ein Problem, wenn man die Bindungswirkung der Entscheidung als Faktum unterstellen wollte. Dafür gibt es jedoch – wie oben ausgeführt – auch nach der Entscheidung des BVerwG offensichtlich keinen tragenden Beweis.

VI. Offene Fragen und Fazit

Ungeachtet der von der aktuellen Rechtsprechung erfassten – wenn auch nicht immer zu einem überzeugenden Ergebnis geführten – Themenkomplexe stellen sich weitere Fragen, die bislang einer höchstrichterlichen Klärung noch nicht zugeführt wurden, die aber gleichermaßen existentiell sein können.

So fragt sich etwa weiterhin, ob eine Störung i.S.d. § 18a Abs. 1 LuftVG auch dann noch billigerweise angenommen werden kann, wenn die jeweilige Flugsicherungseinrichtungen nachweislich bereits oberhalb der als „vertretbar“ angenommenen Grenzwerte arbeitet. Dies scheint zum einen aus Kausalitätsgründen (das hinzutretende Störpotential ist für die Überschreitung der Grenzwerte nicht ursächlich), zum anderen nach dem aktuellen Stand der Rechtsprechung zu Störungen von Funknavigationsanlagen (die Überschreitung des Grenzwerts ist maßgeblich für die Frage einer Beeinträchtigung der Schutzgüter) eher abzulehnen zu sein.

Zudem fragt sich – wie oben bereits angedeutet –, welche praktischen Umstände eintreten müssten, um von einer einheitlichen Meinung der Fachwelt auszugehen, solange DFS und BAF auf ihrem Standpunkt beharren. Hieran anschließend wäre – vor dem Hintergrund der häufig sehr symbiontisch dargestellten Sachkompetenz⁶⁹ von BAF und DFS – noch zu klären, was passierte, wenn z. B. die DFS eine abweichende Auffassung zum BAF verträte (wie sie es möglicherweise bereits jetzt tut hinsichtlich der anzulegenden Grenzwerte für solche Funknavigationsan-

gen, die nicht für die Flächennavigation zugelassen sind). Wem gebührt dann im Innenverhältnis eine erhöhte „Sachkompetenz“ und welche Folgen ergäben sich daraus für die Vertretbarkeit der Auffassungen?

Auch die Möglichkeit von Nebenbestimmungen wie sie auch in anderen Themenkomplexen⁷⁰ üblich und alltäglich sind, sind bislang noch nicht innerhalb von Gerichtsverfahren erörtert worden.

Schließlich ist nicht geklärt, welcher Wert dem Umstand beizumessen ist, dass nach dem gültigen ICAO EUR DOC 015 für Doppler-Funknavigationsanlagen (DVOR) der sog. Prüfbereich für Anlagen von 15 km auf 10 km verringert wurde.⁷¹ Gerade vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung regelmäßig davon ausgeht, dass die ICAO-Vorgaben die anerkannten und bestverfügbaren Regeln der Technik darstellen sollen (vgl. oben Ziff. III), fragt sich, weshalb DFS und BAF davon einfach abweichen können sollen, ohne zumindest darlegen zu müssen, weswegen die Meinung der ICAO gerade in diesem Punkt falsch ist. Denn jedenfalls dürfte diese Frage nicht unter die bloße Vertretbarkeitsprüfung fallen, weil die ICAO in diesem Punkt eindeutig und gerade nicht widersprüchlich ist. Die Gerichte sind daher – und dies ist in der jüngsten Vergangenheit leider allzu selten erfolgt – auch dazu aufgerufen, selbstherrlichen Tendenzen einer Behörde die Grenzen aufzuzeigen und auch behördlicherseits „Rosinenpickerei“ zu unterbinden. Stellt man diesen Gedanken als Prämisse ein, dürfte der Diskurs um Reichweite und Inhalt des § 18a LuftVG auch nach dem eher ernüchternden Urteil des BVerwG noch nicht beendet sein.

Abschließend bleibt damit festzuhalten, dass zwar nunmehr eine höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 18a Abs. 1 LuftVG existiert. Ob dadurch die Fragen im konkreten Anwendungsfall jedoch tatsächlich weniger werden, ist fraglich. Immerhin bleiben selbst innerhalb der vom BVerwG behandelten Themen in der Anwendung des § 18a LuftVG zahlreiche Fragen offen, respektive scheinen die Argumente des Gerichtes nicht recht überzeugend. Es kann daher keineswegs ausgeschlossen werden, dass eine neue Rechtsprechung zu § 18a LuftVG ein abweichendes Ergebnis zu Tage fördern könnte.

⁶⁹ Vgl. hierzu etwa: OVG Lüneburg, Urt. v. 03.12.2014 – 12 LC 30/12, ZNER 2015, 63 (67); krit. dazu: *Battis/von der Groeben*, ZNER 2015, 107 (108); zuvor bereits: *Sittig/Falke*, ER 2015, 17 (20).

⁷⁰ So in jüngerer Zeit zu Wetterradaranlagen: VGH München, Urt. v. 18.09.2015 – 22 B 14.1263, ZNER 2015, 605 (613).

⁷¹ „EUROPEAN GUIDANCE MATERIAL ON MANAGING BUILDING RESTRICTED AREAS“ – Third Edition-, vom September 2015, dort APPENDIX 1.

Aktueller Entwicklungsstand: Umwelt- und Technikrecht im Jahre 2016




Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2016

Herausgegeben von
Prof. Dr. Timo Hebler,
Prof. Dr. Ekkehard Hofmann,
Prof. Dr. Alexander Proelß
und **Prof. Dr. Peter Reiff**

Redaktion: **Prof. Dr. Timo Hebler**
2016, 297 Seiten, fester Einband,
€ (D) 118,-, ISBN 978-3-503-17020-3
Umwelt- und Technikrecht, Band 131

Weitere Informationen:

 www.ESV.info/17020

Das Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts hat sich zu einer festen Institution entwickelt. Seit seinem Erscheinen begleitet es das aktuelle Geschehen im Umweltrecht. Auch das Jahrbuch 2016 bietet Ihnen wieder einen breit aufgestellten Themenkreis zu nationalen und internationalen Herausforderungen im Umweltrecht.

Dieses Jahr bewegt die Branche besonders:

„Eigentum, Energierecht und Gemeinwohl:
Das Beispiel von Braunkohletagebauen in
der Energiewende“

Prof. Dr. Felix Ekardt (Universität Roscock)

„Nachhaltigkeitsgovernance: Herausforderungen für
das juristische Verständnis eines Schlüsselbegriffs“

*PD Dr. Albert Ingold
(Ludwig-Maximilians-Universität München)*

„Flughäfen: Planfeststellung – Flugrouten-
bestimmung – Umweltschutz“

Prof. Dr. Wilfried Erbguth (Universität Roscock)

„Die Europäisierung des Verwaltungs(prozess)rechts
durch Umweltrecht: Folgen von Verfahrensfehlern
und Präklusion“

*Prof. Dr. Sabine Schlacke
(Westfälische Wilhelms-Universität Münster)*

„Erdkabel im Höchstspannungsbereich –
Anforderungen in Deutschland und in der Schweiz“

*Prof. Dr. Anja Henschel, Ass. iur. Markus Schreiber
(Universität Luzern)*

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

Auf Wissen vertrauen

Bestellungen bitte an den Buchhandel oder: Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG · Gemthiner Str. 30 G · 10785 Berlin
Tel. (030) 25 00 95-265 · Fax (030) 25 00 95-275 · ESV@ESVmedien.de · www.ESV.info