

SCHLESWIG-HOLSTEINISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT



Az.: **1 MB 24/19**
8 B 42/19

BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

der Gemeinde Volsemenhusen, vertr. d. d. Bürgermeister, Norderwisch 10, 25693
Volsemenhusen

– Antragstellerin und Beschwerdeführerin –

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte ...

g e g e n

den Landrat des Kreises Dithmarschen, Stabsstelle 1 – Innerer Service – Juristi-
scher Service, Stettiner Straße 30, 25746 Heide

– Antragsgegner und Beschwerdegegner –

Beigeladen:

...

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte ...

Streitgegenstand: Baugenehmigung
Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens
Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung
hier: Beschwerde

hat der 1. Senat des Schleswig-Holsteinischen Obergerichts in
Schleswig am 21.02.2020 beschlossen:

Die Beschwerde gegen den Beschluss des Schleswig-Holstei-
nischen Verwaltungsgerichts – 8. Kammer – vom 23.08.2019
wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfah-
rens.

Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind erstattungsfähig.

Gründe :

I.

Die Antragstellerin, eine kreisangehörige Gemeinde im Kreis Dithmarschen, wendet sich gegen die Ersetzung ihres gemeindlichen Einvernehmens, bezüglich derer der Antragsgegner die sofortige Vollziehung angeordnet hat.

Unter dem 16.11.2018, eingegangen bei der Antragstellerin am 07.01.2019, beantragte die Beigeladene die Erteilung einer Baugenehmigung für die Errichtung eines Radarmastes zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen (WEA) mit einer Gesamthöhe von 35,96 m im Gemeindegebiet der Antragstellerin.

Die Antragstellerin erklärte diesbezüglich unter dem 12.02.2019, dass sie ihr Einvernehmen gemäß § 36 Abs. 1 BauGB nicht erteile. Zur Begründung führte sie aus, der Bauantrag komme zu einer Zeit, da die Errichtung einer Radaranlage nur einige hundert Meter weiter südwestlich auf dem Gebiet der Gemeinde Helse bereits genehmigt worden sei. Es sei völlig unsinnig, ein konkurrierendes Radarsystem, das in seinem Wirkungsbereich die gesamte Fläche der Südermarsch fast vollständig überlappe, zusätzlich zu errichten. Es werde keine doppelte Radarabdeckung benötigt. Viele WEA-Betreiber, gerade auch im Gemeindegebiet der Antragstellerin, hätten sich bislang nicht einer Radarlösung verpflichtet, weil sie auf die luftfahrttechnische Genehmigung der deutlich günstigeren Transpondertechnik warteten.

Am 02.04.2019 bat der Fachdienst Bau, Naturschutz und Regionalentwicklung des Kreises Dithmarschen den Antragsgegner um Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens unter Anordnung der sofortigen Vollziehung.

Im Rahmen der vom Antragsgegner durchgeführten Anhörung führte die Antragstellerin am 29.04.2019 aus, die geplante Radaranlage liege dicht an der Wohnbebauung im Ortsteil Kannemoor, in 150 m Entfernung zur aus fünf Gebäuden bestehenden Wohnbebauung. Sie befürchte, dass nachteilige Umwelteinwirkungen im Sinne von § 35 Abs. 3 Nr. 3 BauGB eintreten könnten. Dem Minimierungsgebot der Ziffer 3 der Verwaltungsvorschrift zur Durchführung der Verordnung über elektromagnetische Felder – 26. BImSchV – könnte nicht Genüge getan worden sein. Zudem stehe die Radaranlage in der im Übrigen flachen Marsch wie auf dem Präsentierteller und beeinträchtige das Landschaftsbild. Es handele sich bei der geplanten Anlage nicht um eine privilegierte Anlage im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB. Das Vorhaben falle weder unter § 35 Abs. 1 Nr. 3 noch Nr. 5 BauGB. Entscheidend sei insofern, ob ein vernünftiger Vorhabenträger auch und gerade unter Berücksichtigung des Gebots größtmöglicher Schonung des Außenbereichs das Bauvorhaben mit etwa gleicher Verwendung sowie etwa gleicher Gestaltung und Ausstattung für einen entsprechenden Betrieb errichten würde. Für das Dienen sei notwendig, dass das Vorhaben durch seine Zuordnung zu dem konkreten Betrieb auch äußerlich erkennbar geprägt werde. Grundsätzlich werde auch die Identität zwischen dem Inhaber des herrschenden und des dienenden Vorhabens gefordert. Dies könne hier klar verneint werden, selbst wenn man wohlwollend annehme, dass die Radaranlage nicht quasi ein eigenständiges Bauvorhaben wie beispielsweise ein Umspannwerk sei, sondern in einem funktionalen Zusammenhang stehe. In einem weiteren Schreiben vom selben Tag wies die Antragstellerin darauf hin, dass sie während der Planungsphase nicht von der Beigeladenen bzw. deren Vorgängerin informiert worden sei und beklagte die Wahl des Standortes. Die fünf nördlichen Höfe, unter anderem ein Mehrfamilienhaus, im Ortsteil Kannemoor würden aus einer Entfernung zwischen 150-350 m entweder vom Wohnzimmer, von der Terrasse oder vom Hofplatz aus auf den Turm, der sozusagen auf dem Präsentierteller für die Anwohner stehe, blicken. Man habe der Antragstellerin keine Gelegenheit gegeben, über eine mögliche Verlegung des Standortes zu verhandeln. Eine betroffene Familie mit zwei kleinen Kindern sei in Sorge um die Gesundheit. Zudem werde die dauerhafte Nachtbefeuern der WEA möglicherweise eingetauscht gegen eine dauerhafte Radarstrahlung. Es stelle sich die Frage ob nicht eine genehmigende Baubehörde dahingehend Verantwortung zu übernehmen habe, dass eine Belastung für die

Menschen geprüft werden müsse, insbesondere, wenn zwei oder mehr konkurrierende Radarsysteme dauerhaft überlagernde Strahlungen aussendeten.

Mit Bescheid vom 29.05.2019 ersetzte der Antragsgegner das gemeindliche Einvernehmen der Antragstellerin und ordnete gleichzeitig gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung der Ersetzung des Einvernehmens an. Zur Begründung führte er aus, das Vorhaben sei ein privilegiertes Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB. Es diene der Windenergie.

Die Antragstellerin legte am 24.06.2019 Widerspruch ein. Sie machte geltend, eine mitgezogene Nutzung sei zweifelhaft, wenn das Radargerät in einer größeren Distanz zu der WEA stehe. Insbesondere sehe die Anlage die Unterstützung der bedarfsgerechten Befeuerung einer Vielzahl von WEA vor, die nicht einmal notwendigerweise in einem Windpark stehen müssten. Damit stünde die direkte Zuordnung zu einer WEA und auch die dienende Funktion infrage. Es sei allenfalls in Einzelfällen mit großem Begründungsaufwand eine mitgezogene Privilegierung zu bejahen. Dementsprechend fordere die Rechtsprechung auch in den gleich gelagerten Fällen der Mobilfunksendeanlagen ein standortbezogenes Alternativgutachten, das hier fehle. Die Antragstellerin sei keineswegs gegen eine bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung von WEA, störe sich jedoch gerade an diesem konkreten Standort für die Anlage und sei daher gerne bereit, die Angelegenheit mit dem Vorhabenträger zu besprechen. Möglicherweise gebe es weniger belastende Alternativstandorte im Außenbereich.

Mit Bescheid vom 04.07.2019 wurde der Widerspruch zurückgewiesen.

Mit Bescheid vom 20.06.2019 erteilte die zuständige Bauaufsichtsbehörde, der Fachdienst Bau, Naturschutz und Regionalentwicklung des Kreises Dithmarschen, die Baugenehmigung für die Errichtung der streitgegenständlichen Anlage. Dagegen legte die Antragstellerin am 10.07.2019 Widerspruch ein.

Am 02.08.2019 hat die Antragstellerin einen Antrag auf Gewährung einstweiligen

Rechtsschutzes gestellt und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer am selben Tag gegen den Bescheid vom 29.05.2019 erhobenen Klage (Aktenzeichen VG 8 A 157/19) beantragt.

Mit Beschluss vom 23.08.2019, der Antragstellerin zugestellt am 27.08.2019, hat das Verwaltungsgericht den Antrag abgelehnt. Zur Begründung hat es unter anderem ausgeführt, das öffentliche Vollzugsinteresse überwiege gegenüber dem Aussetzungsinteresse der Antragstellerin, da sich die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens durch den Bescheid vom 29.05.2019 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04.07.2019 nach summarischer Prüfung als offensichtlich rechtmäßig erweise. Bei dem streitgegenständlichen Radarmast der Beigeladenen handle es sich um ein gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiertes Vorhaben, dem öffentliche Belange nicht entgegenstünden. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin lasse sich aus dem Tatbestandsmerkmal des „Dienens“ nicht zwingend ableiten, dass ein räumlich-funktionaler Zusammenhang zu einer konkreten WEA oder einem konkreten Windpark gegeben sein müsse. Dies folge bereits daraus, dass – anders als bei den Tatbeständen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BauGB – das Vorhaben nicht einem konkreten, ortsbezogenen „Betrieb“ dienen müsse, sondern vielmehr nur allgemein der „Nutzung der Windenergie“. Dies sei bei Anlagen wie dem streitgegenständlichen Radarmast der Fall, da er nicht einer einzigen konkreten WEA diene, sondern vielmehr einer Vielzahl von Anlagen in einem Umkreis von 25 km Durchmesser. Hierdurch werde im Übrigen gerade einem wesentlichen gesetzgeberischen Ziel des § 35 BauGB – nämlich der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs – Rechnung getragen. Der Antragsgegner habe nachvollziehbar dargelegt, dass der Standort der Radaranlage so gewählt worden sei, dass möglichst viele WEA in der Umgebung mit einem Signal zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung versorgt werden könnten, und dass keine alternativen Standorte im Innenbereich der Antragstellerin oder in den Umlandgemeinden in Betracht kämen.

Dagegen richtet sich die am 09.09.2019 erhobene und am 27.09.2019 begründete Beschwerde der Antragstellerin.

II.

A. Das Rubrum war unter Berücksichtigung des Begehrens der Antragstellerin zu korrigieren, § 88 VwGO. Zwar richtet sich der Antrag dem Wortlaut nach gegen den Kreis Dithmarschen, jedoch begehrt die Antragstellerin die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen die Ersetzung ihres gemeindlichen Einvernehmens vom 29.05.2019 durch den Landrat des Kreises Dithmarschen als Kommunalaufsichtsbehörde, § 121 Abs. 1 GO, und damit als untere Landesbehörde, § 3 Abs. 1 Nr. 1 Gesetz über die Errichtung allgemeiner unterer Landesbehörden in Schleswig-Holstein, und nicht als Organ des Kreises Dithmarschen. Antragsgegner ist daher der Landrat des Kreises Dithmarschen, § 69 Abs. 2 LJG.

B. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 23.08.2019 ist unbegründet. Die zu ihrer Begründung dargelegten Gründe, die allein Gegenstand der Prüfung durch den Senat sind (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), stellen das Ergebnis des angefochtenen Beschlusses nicht in Frage.

Soweit die Antragstellerin primär rügt, bei der Radaranlage handele es sich nicht um ein Vorhaben, das der Nutzung der Windenergie im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB diene, weil es zumindest an einem räumlichen Zusammenhang fehle, verhilft dies der Beschwerde im Ergebnis nicht zum Erfolg. Dieser Gesichtspunkt führt zwar dazu, dass eine Privilegierung der Radaranlage nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht offensichtlich bejaht werden kann, er führt aber nicht dazu, dass der Bescheid wegen offensichtlich fehlender Privilegierung offensichtlich rechtswidrig ist (1). Auch die weiteren Beschwerdevorbringen der Antragstellerin führen nicht zu einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit des Bescheides (2). Die daher vorzunehmende weitere Interessenabwägung fällt im Ergebnis zu Lasten der Antragstellerin aus, so dass die aufschiebende Wirkung der Klage nicht wiederherzustellen ist (3).

1. Die streitgegenständliche Radaranlage fällt weder offensichtlich unter § 35 Abs. 1

Nr. 5 BauGB, noch kann eine Privilegierung offensichtlich verneint werden.

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB sind unter anderem Vorhaben privilegiert, die der Nutzung der Windenergie dienen.

a) Bei einem engen Wortlautverständnis des Dienens zur Nutzung von Windenergie, das nur Anlagen umfasst, die technisch für den Vorgang der Umwandlung von Windenergie in Elektrizität (Strom) erforderlich sind (vgl. dazu EZBK/Söfker, 135. EL September 2019, BauGB § 35 Rn. 58a), wäre die streitgegenständliche Radaranlage zwar keine der Windkraft dienende Hauptanlage. Denn für den technischen Vorgang der Stromerzeugung selbst ist sie nicht notwendig und sie ist auch nicht Nebeneinrichtung einer solchen Kernanlage im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 4. BImSchV, so dass sie nicht unter die entsprechende immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Kernanlage fällt, sondern selbst einer eigenen – hier baurechtlichen – Genehmigung bedarf. Denn der Begriff der Nebeneinrichtung schließt zwar nicht aus, dass eine solche Einrichtung mehreren genehmigungsbedürftigen Anlagen gemeinsam zugeordnet sein kann und in Bezug auf alle diese Anlagen die damit verbundenen typischen Merkmale erfüllt. Die Grenze einer solchen Betrachtungsweise ist aber wie im vorliegenden Fall dort erreicht, wo eine Einrichtung nach Art und Auslegung eine Vielzahl einzelner Kernanlagen versorgen soll und damit notwendigerweise in ihrer technischen und betrieblichen Organisation sowie nach Größe und Umfang nicht mehr auf die einzelne Kernanlage ausgerichtet ist (BVerwG, Urteil vom 06.07.1984, 7 C 71.82, juris Rn. 12).

b) Bei einem weiteren Verständnis des Wortlauts könnte die Radaranlage unmittelbar als Hauptanlage privilegiert sein. Insofern spricht einiges dafür, dass auch Anlagen, die rechtlich für das Betreiben einer Anlage, die Windenergie in Elektrizität umwandelt, erforderlich sind, unmittelbar als eigenständige Hauptanlagen privilegiert sind. Denn Hintergrund der Privilegierung von Anlagen zur Nutzung von Windenergie durch Gesetz vom 30.07.1996 (damals § 35 Abs. 1 Nr. 7 BauGB) war, dass es sich nach vormaliger Rechtslage bei WEA in der Regel um sonstige, nicht privilegierte Anlagen nach § 35 Abs. 2 BauGB handelte (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.06.1994, 4 C 20.93, juris). Durch die Neuregelung sollten WEA im Interesse einer Stärkung regenerativer Energien bundesrechtlich umfassend privilegiert werden (BT-Ds. 13/2208, Seiten 1, 5). Der Gesetzgeber hat mit der Privilegierung die

Grundsatzentscheidung getroffen, dass die Nutzung der Windenergie als wichtig und wirtschaftlich notwendig anzusehen ist. Dieser gesetzgeberischen Intention ist bei der Auslegung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB Rechnung zu tragen (so auch OVG Saarl., Beschluss vom 02.09.2010, 2 B 215/10, juris Rn. 24).

Insofern wäre jedoch Voraussetzung, dass eine Radaranlage zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung von WEA rechtlich für das Betreiben von WEA erforderlich ist.

WEA mit einer Höhe ab 100m sind als Luftfahrthindernisse nach Teil 3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Kennzeichnung von Luftfahrthindernissen (AVV Kennzeichnung) zu kennzeichnen. Nachts ist eine Befeuerung erforderlich, 17.1 AVV Kennzeichnung. Die Einschaltung der Befeuerung erfolgt jedoch nach der noch geltenden Fassung der AVV Kennzeichnung grundsätzlich über einen Dämmungsschalter mit einer durchgängigen nächtlichen Befeuerung; unter weiteren Voraussetzungen ist eine bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung aber zulässig, 17.4 AVV Kennzeichnung.

Es gibt aktuell fünf Hersteller von bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnungssystemen, die über die nötigen luftverkehrsrechtlichen Zulassungen verfügen bzw. sich aktuell im Anerkennungsverfahren befinden (Bundesnetzagentur, Beschluss vom 22.10.2019, BK6-19-142, Seite 7), darunter die Beigeladene. Alle Anbieter verwenden ein Primärradar. Vier Anbieter verwenden ein Aktivradar-System, d. h. ein System, bei dem mittels eines eigenen Radarsenders Luftfahrzeuge innerhalb eines Luftraums um das Luftfahrthindernis erfasst werden und auf dieser Basis die Nachtkennzeichnung eingeschaltet wird. Der fünfte Anbieter verwendet ein passives Primärradar, das keines eigenen Radarsenders bedarf, sondern vorhandene Funksignale (z. B. Rundfunk- oder Mobilfunk) nutzt.

Technisch ist zur Sicherstellung einer bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung auch die Nutzung eines Sekundärradars bzw. transponderbasierter Systeme, die Daten vom Luftfahrzeug empfangen, möglich. Da die AVV Kennzeichnung in ihrer derzeit noch geltenden Fassung vorsieht, dass bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnungen grundsätzlich von der technischen Ausstattung der Luftfahrzeuge unabhängig sein müssen (Anhang 6, Absatz 2), ist die Nutzung eines Sekundärradars jedoch

derzeit rechtlich unzulässig. Am 08.01.2020 hat die Bundesregierung eine Neufassung der AVV Kennzeichnung beschlossen; nach Zustimmung des Bundesrates am 14.02.2020 (BR-Ds. 15/20 sowie 15/20[B]) wird diese am Tag nach der Veröffentlichung im Bundesanzeiger in Kraft treten. Nach deren Teil 4, Abschnitt 3 (Punkt 16) – Nachtkennzeichnung von WEA – i. V. m. den allgemeinen Anforderungen in Teil 3 (Punkt 5.4.) ist eine bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung bei Einhaltung der in Anhang 6 geregelten Anforderungen zulässig. Es sind sowohl bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnungssysteme auf Basis des Empfangs und der Auswertung von Transpondersignalen oder Radarsignalen als auch Systeme auf Basis von anderen Technologien, die ein vergleichbares Sicherheitsniveau erfüllen, zulässig. Vor Inbetriebnahme der bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung ist die geplante Installation der zuständigen Luftfahrtbehörde anzuzeigen, die im Einzelfall feststellen kann, dass aufgrund von Luftsicherheitsanforderungen nur eine dauerhafte Befeuering in Betracht kommt.

Zudem wurde mit dem Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, des Kraft-Wärme-Kopplungsgesetzes, des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energierechtlicher Vorschriften vom 17.12.2018 § 9 Abs. 8 EEG eingeführt, nach dem die Betreiber von WEA, die nach den Vorgaben des Luftverkehrsrechts zur Nachtkennzeichnung verpflichtet sind, ihre Anlagen ab dem 01.07.2020 mit einer Einrichtung zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung ausstatten müssen. Ziel der Änderung war es, das bisher einen Großteil der Zeit (95-100%) unnötige Blinken der WEA zu minimieren und gleichzeitig den Anforderungen der Luftsicherheit gerecht zu werden (BT-Ds. 19/5523, Seite 69). Die Umsetzungsfrist wurde mit Beschluss vom 22.10.2019 durch die Beschlusskammer 6 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur) auf Grundlage von § 29 Abs. 1 EnWG, § 85 Abs. 2 Nr. 1a EEG 2017 bis zum Ablauf des 30.06.2021 verlängert (Aktenzeichen BK6-19-142).

Insofern hat die Beigeladene zumindest im einstweiligen Rechtsschutzverfahren (Schriftsatz vom 25.10.2019) plausibel dargelegt, dass sie Verträge mit Betreibern von 79 WEA abgeschlossen hat und der Vertragsabschluss mit Betreibern von weiteren 20 WEA konkret im Raum stehe sowie mit Betreibern von nochmals weiteren 50 WEA möglich wäre und erstrebt werden soll, so dass insgesamt bis zu 150 WEA

in einem Bereich von ca. 16 bis 26km um die Radarmasten mit der bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung abgedeckt werden könnten

Zwar sieht § 9 Abs. 8 EEG nunmehr eine Verpflichtung zur Kennzeichnung von WEA mit einer bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung vor, das EEG formuliert aber als Rechtsfolge bei Nichteinhaltung dieser Pflicht nach § 52 Abs. 2 Nr. 1a EEG allein eine Verminderung des für den Zahlungsanspruch der Anlagenbetreiber anzulegenden Werts. Die Neuregelung beeinflusst daher nicht die Genehmigung der bestehenden WEA. Vor diesem Hintergrund ist es fraglich und nicht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu klären, ob eine Radaranlage zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung von WEA rechtlich für das Betreiben von WEA erforderlich und daher unmittelbar als Hauptanlage nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegiert ist.

c) Soweit eine Privilegierung als Hauptanlage zu verneinen sein könnte, spräche jedoch nach Ansicht des Senats viel für eine Einordnung der Radaranlage als mitgezogene Nebenanlage für die WEA, für die sie eine bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung sicherstellen soll. Sie diene damit selbst der Nutzung der Windenergie, da sie von der Privilegierung der WEA, für die sie die bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung sicherstellen soll, mitgezogen würde.

Die Grundsätze zur Mitziehung von Nebenanlagen wurden in der Rechtsprechung maßgeblich in Bezug auf nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB privilegierte Betriebe entwickelt. Danach können, wenn ein landwirtschaftlicher Betrieb vorhanden ist, einzelne Betätigungen – die bei isolierter Betrachtung landwirtschaftsfremd sind – durch ihre betriebliche Zuordnung zu der landwirtschaftlichen Tätigkeit gleichsam mitgezogen werden und damit im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB an der Privilegierung teilnehmen. Ist dies der Fall, so kann ein Vorhaben, das diesem Betätigungsbereich dient, im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB dem landwirtschaftlichen Betrieb auch dann "dienen", wenn dies bei isolierter Betrachtung verneint werden müsste (BVerwG, Urteil vom 30.11.1984, 4 C 27.81, juris Rn. 11 m. w. N.; Urteil vom 22.01.2009, 4 C 17.07, juris Rn. 16 m. w. N.). Diese Rechtsgrundsätze sind auf die übrigen Privilegierungstatbestände des § 35 Abs. 1 BauGB zu übertragen.

Die Teilnahme einer nichtprivilegierten Anlage an der Privilegierung einer anderen

Anlage ist davon abhängig, dass die hinzutretende Anlage eine bodenrechtliche Nebensache ist. Das ist dann der Fall, wenn sie der Hauptanlage unmittelbar funktional zu- und untergeordnet ist und durch diese Zu- und Unterordnung auch äußerlich erkennbar geprägt wird (BVerwG, Urteil vom 22.01.2009, 4 C 17.07, juris Rn. 16). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

Die streitgegenständliche Radaranlage ist den WEA, für die sie zu dienen bestimmt ist, funktional zugeordnet und auch ihrer Gestaltung und Beschaffenheit nach auf ihre Funktion ausgerichtet.

Dafür ist es unschädlich, dass die Betreiber der Radaranlage und der WEA personenverschieden sind. Denn ob zwischen Haupt- und Nebenanlage eine Beziehung besteht, die die Anwendung der Grundsätze über den mitgezogenen Betriebsteil rechtfertigt, bestimmt sich nach der Zweckbestimmung der Anlagen, nicht nach der Person ihrer Bauherren, Eigentümer oder Betreiber. Es muss gewährleistet sein, dass die mitgezogene Nebenanlage zur Unterstützung der Hauptanlage eingesetzt wird (BVerwG, Urteil vom 22.01.2009, 4 C 17.07, juris Rn. 17).

Wie ausgeführt soll die streitgegenständliche Radaranlage dazu dienen, die bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung von mindestens 79 WEA, mit deren Betreibern die Beigeladene bereits entsprechende Verträge geschlossen hat, sowie potentiell bis zu insgesamt 150 WEA sicherzustellen.

Die Radaranlage dient der Unterstützung dieser Hauptanlagen. Insofern ist es nicht erforderlich, dass die Radaranlage für den Betrieb der WEA zwingend notwendig ist. Entscheidend ist, ob ein vernünftiger Anlagenbetreiber ein entsprechendes Vorhaben errichten würde (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.11.1985, 4 C 71.82, juris Rn. 12 m. w. N.). Vorliegend hat der Gesetzgeber wie ausgeführt mit der Änderung des § 9 Abs. 8 EEG eine Verpflichtung zur Ausstattung mit einer bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung eingeführt. Bei Verstoß gegen diese Verpflichtung verringert sich nach § 52 Abs. 2 Nr. 1a EEG während des Pflichtverstoßes der für den Zahlungsanspruch der Anlagenbetreiber anzulegende Wert. Ein vernünftiger Anlagenbetreiber würde daher seine WEA mit einer Anlage zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung ausstatten, was auch ausdrückliche gesetzgeberische Intention ist (BT-Ds. 19/5523, Seite 69).

Die Radaranlage ist aufgrund ihrer Größe (Vollprofil-Gittermast mit 35m Aufbauhöhe, am Mastkopf Radarsensor mit rotierender Antenne von maximal 4m Länge) den WEA auch bodenrechtlich untergeordnet und auch in ihrer Dimensionierung an dem erstrebten Hilfsnutzen orientiert.

Auch dürfte es nicht schaden, dass keine Zuordnung zu einer speziellen einzelnen WEA erfolgt. Insofern ist zu berücksichtigen, dass die Privilegierung der Hauptvorhaben aus § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB folgt. Anders als der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, in Bezug auf den die Grundsätze der mitgezogenen Nebenanlagen maßgeblich entwickelt wurden und der weiter Hauptanwendungsfall dieser Grundsätze sein dürfte, und auch anders als die Privilegierungstatbestände in § 35 Abs. 1 Nr. 2 und 3 Halbsatz 2 BauGB sieht bereits der Wortlaut des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB nicht vor, dass das Vorhaben einem konkreten Betrieb dienen muss. Vielmehr ist allein darauf abzustellen, ob es der Nutzung der Windenergie dient. Dies ist auch bei der Frage der mitgezogenen Nebenanlage zu berücksichtigen.

Soweit die Rechtsprechung für Vorhaben, die der öffentlichen Versorgung mit Elektrizität, Gas, Telekommunikationsdienstleistungen, Wärme und Wasser sowie der Abwasserwirtschaft, § 35 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 1 BauGB, dienen, voraussetzt, dass das Vorhaben zu dem vorgesehenen Standort eine der Ortsgebundenheit gewerblicher Betriebe vergleichbare Beziehung hat (BVerwG, Urteil vom 21.01.1977, IV C 28.75, juris Leitsatz 2 sowie Rn. 23) ist dies auf nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB privilegierte Hauptanlagen wie WEA selbst nicht anwendbar. Denn der Grund der Privilegierung der Anlagen nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 1 BauGB liegt darin, dass diese regelmäßig leitungsgebunden sind und daher die den Versorgungsunternehmen obliegende umfassende Versorgungsaufgabe ohne Berührung des Außenbereichs nicht erfüllt werden könnte (BVerwG, Urteil vom 20.06.2013, 4 C 2.12, juris Rn. 11). Dementgegen sollte die Regelung, dass Vorhaben zur Erforschung, Entwicklung oder Nutzung der Wind- oder Wasserenergie privilegierte Vorhaben im Sinne des § 35 Abs. 1 BauGB sind, wie oben ausgeführt einer Stärkung regenerativer Energien dienen. Der gesetzgeberischen Wertung, dass die Nutzung der Windenergie als solche privilegiert werden soll, ist bei der Auslegung des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB Rechnung zu tragen. Insofern ist auch zu

berücksichtigen, dass der Gesetzgeber die Regelung des § 9 Abs. 8 EEG ausdrücklich technologieneutral eingeführt hat (BT-Ds. 19/5523, Seite 69) und die dabei unter anderem verwendeten Aktivradarsysteme darauf angelegt sind, die bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung einer Vielzahl von WEA zu steuern (Bundesnetzagentur, Beschluss vom 22.10.2019, BK6-19-142, Seite 14).

Dies führt gleichwohl nicht zu einer uferlosen Privilegierung von den WEA nutzenden Nebenanlagen ohne Prüfung jeglicher räumlicher Zuordnung.

Die wie ausgeführt maßgeblich anhand der Privilegierung des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB entwickelte Anforderung der räumlichen Zuordnung zu selbst privilegierten Hauptanlagen beruht darauf, dass eine von den landwirtschaftlichen Betriebsflächen abgesonderte Lage eines Vorhabens ein Indiz dafür sein kann, dass es in Wahrheit nicht dem Betrieb "dienen" soll, sondern ein anderer Zweck im Vordergrund steht und die Berufung auf den privilegierten Zweck missbräuchlich wäre. Denn das Gesetz lässt Bauvorhaben, die einem landwirtschaftlichen Betrieb dienen, nicht deshalb bevorzugt im Außenbereich zu, weil es die Landwirte als Personengruppe begünstigen will, sondern weil Landwirtschaft Bodenertragsnutzung auf – typischerweise weiten – Außenbereichsflächen ist und die möglichst nahe räumliche Zuordnung der Hofstelle zu den Betriebsflächen der landwirtschaftlichen Betriebsweise in besonderer Weise dienlich und für den Betriebserfolg im allgemeinen von Bedeutung ist. Insofern ist bei der Beurteilung, ob ein Vorhaben in der konkret beabsichtigten Ausgestaltung dem Betrieb dient, beispielsweise auch zu berücksichtigen, ob es sich um einen Betrieb mit verstreuten Betriebsflächen handelt. Maßstab ist, ob ein vernünftiger Landwirt – auch und gerade unter Berücksichtigung des Gebots der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs – das Vorhaben für einen solchen Betrieb an etwa diesem Standort verwirklichen würde (BVerwG, Urteil vom 03.11.1972, 4 C 9.70, juris, Leitsatz 2 und Rn. 19; Urteil vom 22.11.1985, 4 C 71.82, juris Rn. 14; Urteil vom 16.05.1991, 4 C 2.89, juris Rn. 17).

Dies ist unter Berücksichtigung der Besonderheiten des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB auf die Anlagenbetreiber zu übertragen. Maßstab ist daher, ob ein vernünftiger Anlagenbetreiber – auch und gerade unter Berücksichtigung des Gebots der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs – ein der Nutzung der Windenergie förderliches Vorhaben an etwa diesem Standort verwirklichen würde. Dies ist vorliegend im Rahmen der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen

summarischen Prüfung zu bejahen.

Wie ausgeführt sind Aktivradarsysteme darauf angelegt, die bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung einer Vielzahl von WEA zu steuern (Bundesnetzagentur, Beschluss vom 22.10.2019, BK6-19-142, Seite 14). Ein vernünftiger Betreiber würde daher insbesondere auch unter der Berücksichtigung des Gebots der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs unter Vermeidung einer Aufstellung zahlreicher, wenn auch ggf. kleinerer, Anlagen, eine zentrale Radaranlage so errichten, dass eine größtmögliche Anzahl von WEA erfasst werden kann. Vorliegend befindet sich die streitgegenständliche Radaranlage inmitten eines Feldes von WEA, denen sie zu dienen bestimmt ist. Dieses Feld besteht aus zwei sich teilweise überschneidenden Kreisflächen mit Radien von jeweils 16km, deren Zentren – die Radaranlage in Kuden sowie die streitgegenständliche Radaranlage – voneinander 10km entfernt sind. Die Beigeladene hat ausgeführt (Schriftsatz vom 25.10.2019), dass für die Standortwahl des Radarmastes in Kuden sowie des streitgegenständlichen Radarmastes entscheidend war, einerseits eine möglichst große Anzahl an Bestands-WEA abzudecken und andererseits den geografischen Gegebenheiten in der Region Südermarsch gerecht zu werden. Diesbezüglich hat der Antragsgegner (Schriftsatz vom 17.10.2019) ausgeführt, der Standort beruhe darauf, dass der innere Überwachungsraum (Radar to Turbine Distance, inner circle) mit dem maximalen Radius von 16km vom Radar zu einer WEA eine systemtechnische Bedingung und sicherheitstechnische Anforderung für die Zulassung des gesamten Systems darstelle. Der äußere Radius (Radar Coverage, outer circle) mit 22km Abstand zwischen Radar und der Anlage beschreibe den Erfassungstreifen, in dem ein Luftfahrzeug im Anflug auf die Überwachungskulisse vom Radarsystem erfasst werden müsse, damit die Befehrerung an den WEA rechtzeitig eingeschaltet werden könne, was ebenfalls eine zulassungsrelevante Vorgabe darstelle. Der Abstand zwischen den Radaren sei auch wichtig, weil die Beigeladene bei ihrer Planung des Vorhabens von zwei Punkten (den Radarstandorten in Kuden sowie in Volsemenhusen) auf das Ziel (Luftfahrzeug) schauen müsse und diese doppelte Erfassung aus Sicherheitsgründen benötigt werde. Der Grund für den Abstand zwischen den beiden Radarsystemen liege auch darin, dass sich beide Systeme sonst leichter gegenseitig stören würden. Schließlich sei ein Mindestabstand zur nächstgelegenen WEA technisch erforderlich. Als topografischer Aspekt sei zu berücksichtigen gewesen, dass die hohe Geest bei Kuden mit ihrem steil zum Nord-Ostsee-Kanal

in süd-östlicher bzw. nord-östlicher Richtung abfallenden Gelände eine natürliche Barriere für das geplante Vorhaben darstelle. Eine Verlagerung der beiden Radarmasten in östliche Richtung hätte eine mindestens doppelte Höhe des östlichen Mastes zur Folge gehabt, was die gesamte Systemfunktionalität in Frage gestellt hätte. Anlage 2 des Schriftsatzes enthält eine auf den 24.07.2018 datierte grafische Darstellung möglicher Standorte unter Berücksichtigung u. a. des Abstands zu vorhandenen WEA, Wohnbebauung, Waldflächen, Bereichen mit (straßenrechtlichen) Anbaubeschränkungen und im Regionalplanentwurf 2016 vorgesehenen Potentialflächen und Vorranggebieten. Es sind in dieser Darstellung neben dem nunmehr streitgegenständlichen (realisierten) zwei weitere Standorte als potentielle Standorte markiert (auf dem Flurstück ..., in ca. 112m Entfernung vom nunmehr streitgegenständlichen Standort sowie westlich von Norderwisch, auf dem Flurstück ...). Insofern hat die Beigeladene (Schriftsatz vom 25.10.2019) auch ergänzend erklärt, dass gegen alternative Standorte mit dann Radarmasten von über 60m statt wie vorliegend 35,96m technische und finanzielle Gründe sowie die mögliche Beeinträchtigung des Landschaftsbilds gesprochen hätten.

Diese Angaben sind für die summarische Prüfung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes plausibel.

2. Auch die weiteren Beschwerdevorbringen der Antragstellerin führen nicht zu einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit des Bescheides.

So wäre, wenn ein „Dienen“ im Sinne des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB zu bejahen wäre, nicht darüber hinaus zu prüfen, ob die Radaranlage auch im Innenbereich hätte errichtet werden können. Denn die Wahl des Standortes ist keine Frage des "Dienens". Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals des "Dienens" kann der beabsichtigte Standort nur ein (bestätigendes oder abweisendes) Indiz im Rahmen der Würdigung sein (BVerwG, Urteil vom 19.06.1991, 4 C 11.89, juris Rn. 24). Ergibt die Würdigung, dass das Vorhaben den privilegierten Vorhaben unmittelbar zugeordnet ist, durch den Verwendungszweck äußerlich geprägt wird und seine Errich-

tung auch mit Blick auf das Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs "vernünftig" ist, kann seine privilegierte Zulässigkeit im Außenbereich nicht mit der Begründung verneint werden, das Vorhaben könne ohne nennenswerte Nachteile auch im Innenbereich verwirklicht werden (BVerwG, Urteil vom 22.01.2009, 4 C 17.07, juris Rn. 23 m. w. N.).

Ähnliches gilt, soweit die Antragstellerin geltend macht, der Abdeckungsbereich von 1.000km² werfe die Frage auf, warum der Standort nicht weiter optimiert werden könne zugunsten wohngebäudefernerer Standorte. Wenn ein Vorhaben im Außenbereich privilegiert ist, sind allein die sich beispielsweise aus Abstandsflächen oder Immissionsschutz ergebenden Entfernungen zur Wohnbebauung zu berücksichtigen. Es gibt darüber hinaus kein Gebot der größtmöglichen Entfernung zur Wohnbebauung. Ein solches legt das Bundesverwaltungsgericht auch nicht in seiner Rechtsprechung zu § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB zugrunde. Vielmehr ist für die Standortanalyse in diesem Zusammenhang allein zu prüfen, ob geeignete Innenbereichsstandorte vorhanden und sowohl rechtlich als auch tatsächlich nutzbar sind; es ist keine Standortalternativenprüfung im Außenbereich vorzunehmen (BVerwG, Urteil vom 20.06.2013, 4 C 2.12, juris Rn. 14 m. w. N.).

Auch soweit die Antragstellerin darüber hinaus rügt, die Anlage befinde sich außerhalb eines Windvorranggebietes nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB, kann – derzeit – die Vorschrift des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB der Zulässigkeit von der Windenergie dienenden Vorhaben nicht entgegengehalten werden. Die vormalige regionalplanerische Grundlage – Regionalplan für den Planungsraum IV (Schleswig-Holstein Süd-West: Kreise Dithmarschen und Steinburg; Teilfortschreibung zur Ausweisung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung vom 06.11.2012 [Amtsblatt SH Seite 1336]) –, die für WEA eine „Ausweisung an anderer Stelle“ vorsah, ist unwirksam (Senat, Urteil vom 29.03.2017, 1 LB 2/15, juris Rn. 47).

3. Es ist daher eine Interessenabwägung zwischen dem Aussetzungsinteresse der Antragstellerin sowie dem öffentlichen Vollzugsinteresse vorzunehmen. Diese fällt

zu Lasten der Antragstellerin aus.

Denn die Antragstellerin würde für den Fall, dass die aufschiebende Wirkung nicht wiederhergestellt wird, die Klage sich jedoch später als erfolgreich erweist, lediglich für einen zeitlich begrenzten Zeitraum und durch eine eher kleine Anlage in ihrer Planungshoheit verletzt. Soweit die Antragstellerin insbesondere im Verwaltungsverfahren auch auf die Interessen ihrer Einwohner verwiesen hat, kann sie diese nicht selbst geltend machen. Für den Fall, dass die aufschiebende Wirkung wiederhergestellt wird, sich die Klage jedoch später als nicht erfolgreich erweist, würde die Beigeladene nicht ausgleichbare wirtschaftliche Einbußen erleiden. Zudem würde es zu höheren Immissionen kommen, da die WEA, mit deren Betreibern die Beigeladene Verträge zur Sicherstellung der bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung geschlossen hat, nachts weiter durchgängig – anstatt bedarfsgesteuert – emittieren würden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Es entspricht billigem Ermessen, die Kosten der Beigeladenen der Antragstellerin als unterliegender Partei aufzuerlegen, da die Beigeladene im Beschwerdeverfahren einen eigenen Sachantrag gestellt und sich damit am Kostenrisiko beteiligt hat, § 162 Abs. 3, § 154 Abs. 3 VwGO.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

...
Vors. RichterIn am OVG

...
RichterIn am OVG

...
RichterIn am VG