

Luftverkehr und Windenergie  
Radar, Bundeswehr und Luftverkehr – der letzte Stand der  
Rechtsprechung



**Luftverkehr und Windenergie**  
**Radar, Bundeswehr und Luftverkehr – der letzte Stand der**  
**Rechtsprechung**

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen
2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr

**M A S L A T O N**

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Leipzig · München · Köln

Hinrichsenstraße 16, 04105 Leipzig

Prof. Dr. Martin Maslaton, Recht der Erneuerbaren Energien  
TU Chemnitz / TU Bergakademie Freiberg,  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

# Luftverkehr und Windenergie

## Radar, Bundeswehr und Luftverkehr – der letzte Stand der Rechtsprechung



### Prof. Dr. Martin Maslaton

1. Rechtliche Ausgangslage – aktuelle Entscheidungen
2. Aktuelle Probleme mit militärischem Luftverkehr

Prof. Dr. Martin Maslaton ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht sowie geschäftsführender Gesellschafter der MASLATON Rechtsanwaltskanzlei mbH, die sich schwerpunktmäßig mit sämtlichen Fragen des Rechts der Erneuerbaren Energien befasst ; dort mit zur Zeit acht Berufsträgern und einem entsprechenden Stab wissenschaftlicher Mitarbeiter ([www.maslaton.de/kanzlei/personen.html](http://www.maslaton.de/kanzlei/personen.html))

Als Hochschullehrer unterrichtet er dieses Fachgebiet und das Umweltrecht an der TU Chemnitz/TU Bergakademie Freiberg. Die Forschungsstelle „Neue Energien und Recht“ der beiden Hochschulen leitet er als deren Direktor. Er publiziert und referiert national und international zu den rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Rahmenbedingungen der Erneuerbaren Energien (Publikations-/Vortragsübersicht unter [www.maslaton.de](http://www.maslaton.de)), mit denen er sich seit seiner Tätigkeit als Referent im Deutschen Bundestag 1987 beschäftigt. Als Funktionsträger ist er in einer Reihe von Branchenverbänden engagiert.



## 1. Rechtliche Ausgangslage – aktuelle Entscheidungen

### a) Errichtung von WEA in Bauschutzbereichen

- LuftVG stellt die Umgebung von Flughäfen (ggf. auch Landeplätzen und Segelfluggeländen) aus Gründen der Luftsicherheit unter ein besonderes Baurecht (§§ 12 ff LuftVG)
- bei der Genehmigung eines Flughafens (Planfeststellung) wird immer ein sog. Bauschutzbereich festgelegt, § 12 LuftVG
- bei Genehmigung von Landeplätzen und Segelfluggeländen wird kein Bauschutzbereich nach § 12 LuftVG festgelegt
- Luftfahrtbehörde kann aber bestimmen, dass die Baugenehmigungsbehörde die Errichtung von Bauwerken im Umkreis von 1,5 km um den Flughafenbezugspunkt nur mit Zustimmung der Luftfahrtbehörde genehmigen darf (sog. beschränkter Bauschutzbereich), § 17 LuftVG

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 1. Rechtliche Ausgangslage – aktuelle Entscheidungen

### a) Errichtung von WEA in Bauschutzbereichen

#### **Aktuell:**

#### **OVG Weimar, Urt. v. 30.09.2009 (1 KO 89/07)**

#### Sachverhalt:

Kläger begehrte Genehmigung für 8 WEA im Bauschutzbereich

Luftverkehrsbehörde verweigerte die gem. § 12 LuftVG erforderliche Zustimmung wegen der Lage im Bauschutzbereich, da der Luftverkehr gefährdet sei und der Ausbau des Flughafens Erfurt entgegenstehe

Genehmigungsbehörde lehnte beantragte Genehmigung mit gleicher Begründung ab

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 1. Rechtliche Ausgangslage – aktuelle Entscheidungen

### OVG Weimar, Urt. v. 30.09.2009 (1 KO 89/07)

#### Entscheidung:

Luftverkehrsbehörde hat Zustimmung zu Unrecht versagt

#### **Zustimmung darf auch im Bauschutzbereich nur bei konkreter Gefahr verweigert werden**

→ konkrete Gefährdung des Luftverkehrs war nicht feststellbar

- Ausbaumöglichkeiten des Flughafens durften nicht zur Versagung der Zustimmung führen: da Beginn des Ausbaus zeitlich ungewiss, war Versagung der Zustimmung unverhältnismäßig

→ Erteilung der Zustimmung unter *Auflage*, dass die WEA nach bestandskräftigen Planfeststellungsbeschluss zur Erweiterung des Flughafens wieder beseitigt werden

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 1. Rechtliche Ausgangslage – aktuelle Entscheidungen

### b) Errichtung von WEA außerhalb der Bauschutzbereiche

- gem. **§ 14 LuftVG** darf die für die Erteilung einer Baugenehmigung zuständige Behörde die Errichtung von Bauwerken, die eine **Höhe von 100 m** über der Erdoberfläche überschreiten, außerhalb des Bauschutzbereichs nur mit Zustimmung der Luftfahrtbehörden genehmigen
- sog. luftverkehrsrechtliche Zustimmung ergeht auf Grundlage einer gutachtlichen Stellungnahme der DFS GmbH (bzw. der jeweils für die Flugsicherung zuständigen Stelle z.B. „The Tower Company“ etc.), § 31 Abs. 3 LuftVG
- Luftfahrtbehörde ist an diese Stellungnahme nicht gebunden
- andererseits: keine Ermessensentscheidung; gerichtlich voll überprüfbar

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 1. Rechtliche Ausgangslage – aktuelle Entscheidungen

### b) Errichtung von WEA außerhalb der Bauschutzbereiche

wird die Zustimmung zu Unrecht verweigert, wird sie gerichtlich „ersetzt“; Prüfungsmaßstab für die luftverkehrsrechtliche Zustimmung ist § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG:

→ Aufgabe der Luftfahrtbehörden: Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs

→ Zustimmung darf nur erteilt werden, wenn Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs nicht bestehen (VG Neustadt (Weinstraße), Urt. v. 11.04.2005, 3 K 1624/04)

→ Zustimmung nach § 14 LuftVG zur Errichtung eines Bauwerks (WEA) darf nur verweigert werden, wenn eine konkrete Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs vorliegt

(vgl. BayVGH, Beschl. v. 31.03.2008 (8 ZB 07.2824);  
VG Minden, Urt. v. 23.01.2002 (3 L 47/02); OVG Weimar)

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 1. Rechtliche Ausgangslage – aktuelle Entscheidungen

### b) Errichtung von WEA außerhalb der Bauschutzbereiche

### **Mögliche Lösungswege bei Problemen mit den Belangen des Luftverkehrs:**

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr

aa) Luftverkehrsbehörde versäumt Frist nach § 12 Abs. 2 S. 2  
LuftVG i. V. m. § 14 Abs. 1 LuftVG (zwei Monate):

Zustimmung liegt unwiderruflich, nicht rücknehmbar vor  
(gesetzliche Fiktion, ähnlich wie gemeindliches  
Einvernehmen)

bb) Luftverkehrsbehörde hat bereits zugestimmt, nimmt die  
Zustimmung aber aufgrund neuer Bedenken zurück:

Behörde ist an einmal erteilte Zustimmung gebunden  
(Gesetzeszweck: innerhalb der Frist soll verbindlich Klarheit  
geschaffen werden); auch gemeindl. Einvern. kann nicht  
zurückgenommen werden

cc) Keine Umgehung der Verfristung bzw. Bindung durch § 35 Abs. 3





## 1. Rechtliche Ausgangslage – aktuelle Entscheidungen

### c) Errichtung in der Nähe von Flugsicherungseinrichtungen nach § 18a LuftVG

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

- § 18a Abs. 1: Bauwerke dürfen nicht errichtet werden, wenn dadurch Flugsicherungseinrichtungen gestört werden können

- Praxis:

→ Relevanz bisher vor allem bei zivilen Navigationsanlagen  
(Funknavigation)

→ aktuelle Brisanz: Bundeswehr beruft sich auf §18a LuftVG

- Radaranlagen als Flugsicherungseinrichtungen?

- § 18a LuftVG bestimmt *keine Frist* (→ keine Fiktion)

- Bundeswehr maßt sich alleinige Entscheidungskompetenz  
an

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 1. Rechtliche Ausgangslage – aktuelle Entscheidungen

### c) Errichtung in der Nähe von Flugsicherungseinrichtungen nach § 18a LuftVG

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

*Wann liegt Störung gem. § 18a LuftVG vor?*

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr

- Funktionsfähigkeit von Flugsicherungsanlagen muss in Frage gestellt sein, also WEA den reibungslosen, ordnungsgemäßen Ablauf der Flugsicherung durch die Anlage in seiner Gesamtheit beeinträchtigen
- Konkretisierung durch ICAO für Funkfeuer: definiert, welche Beeinträchtigungen einer Navigationsanlage noch hinnehmbar sind und welche nicht – ab 19.11.2009 gelten höhere Toleranzgrenzen
- Verbindlichkeit als Verwaltungsvorschrift ähnlich wie TA-Lärm



## 1. Rechtliche Ausgangslage – aktuelle Entscheidungen

### c) Errichtung in der Nähe von Flugsicherungseinrichtungen nach § 18a LuftVG

*Was bedeutet „können“ nach neuer Rechtslage? Abstrakte Gefahr?*

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

→ auch hier wird man *konkrete* Gefahr für die Funktionssicherheit der Anlage und damit zwangsläufig verbunden für die Sicherheit des Luftverkehrs verlangen

→ folgt schon aus Schutzzweck und Aufgaben des LuftVG

→ unterschiedliche Maßstäbe bei gleichem Schutzgut (Sicherheit des Luftverkehrs) sind nicht gerechtfertigt

→ anderes Ergebnis folgt auch nicht aus der Gesetzesbegründung

Fazit: Nach Gesetzesänderung verlangt „können“ eine *konkrete* Gefahr für die Funktionssicherheit der Anlage und damit für die Flugsicherheit

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 2. Militärischer Luftverkehr – aktuelle Probleme

### a) Problemfelder:

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr

- Verhinderungseinwand der angeblichen Beeinträchtigung von **An-/Abflugstrecken** (WEA als Hindernisse) der Flughäfen
  - Ablehnung von Genehmigungsanträgen wegen angeblich unzumutbarer Beeinträchtigung dieser Radaranlagen
  - Radarabschattung durch WEA → sog. **Primärzielverluste**
  - Hubschraubertiefflug → Hauptproblem: Berufung auf **verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum**:  
Wie weit geht dieser?



## 2. Militärischer Luftverkehr – aktuelle Probleme

### b) Radaranlagen:

*Allgemeiner Umdruck Nr. 51 „Schutzbereiche von Funkstellen“:*

- Interessenbereich: Bereich, in denen möglicherweise militärische Belange, insbesondere Belange von militärischen Funkstellen, berührt sein können bzw. könnten

### **Folge:**

- Interessenbereich ist nur „Prüfbereich“, keinesfalls Unzulässigkeit von WEA
- Umdruck hat keinen Gesetzescharakter, auch keine Verwaltungsvorschrift → wird faktisch (beliebig) in bestimmten Fällen von WBV herangezogen, in anderen Fällen wiederum nicht
- jedenfalls aber außerhalb des 20 km Kreises nach eigener Einschätzung der Bundeswehr keine Konfliktsituation mehr

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 2. Militärischer Luftverkehr – aktuelle Probleme

### b) Radaranlagen:

VG Aachen; Urt. v. 15.07.2008 (6K 1367/07)

bestätigt durch **OVG Weimar**, Urt. v. 30.09.2009 (1 KO 89/07):

- im konkreten Einzelfall müsste in überschaubarer Zukunft mit Schadenseintritt hinreichend wahrscheinlich gerechnet werden
- bloße Möglichkeit eines schädigenden Ereignisses aufgrund hypothetischen Sachverhaltes genügt nicht; im konkreten Fall stellte die Störung der Radarerfassung keine solche konkrete Gefahr dar
- gegen konkrete Gefahr spricht insbesondere der Umstand, dass die beantragte WEA in der Nähe zu bereits bestehenden WEA errichtet werden sollte, weil gerade diese Nähe die schon vorhandene Radarbeeinträchtigung nicht weiter vergrößert (Abschattungsargument greift daher nicht)

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 2. Militärischer Luftverkehr – aktuelle Probleme

### b) Radaranlagen:

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr

- der bloße Hinweis auf die durch WEA verursachte Radarbeeinträchtigung (so das Ergebnis einiger radartechnischer Gutachten – sog. Störfelder) reicht auch nicht, um die Genehmigung wegen Entgegenstehens öffentlicher Belange i. S. d. § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 8 BauGB abzulehnen
- denn die strengen Anforderungen des § 14 LuftVG gelten auch hier (konkrete Gefahr!), zudem genügt nach § 35 Abs. 1 BauGB eine bloße Beeinträchtigung nicht
- Behauptung, Kleinflugzeuge könnten unentdeckt den Flugplatz schädigen, ist bloße hypothetische Möglichkeit; jedenfalls ohne Benennung von Referenzfällen (Unfälle oder Beinaheunfälle) keine konkrete Gefahr feststellbar



## 2. Militärischer Luftverkehr – aktuelle Probleme

### b) Radaranlagen:

#### **Fazit:**

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr

- a) pauschale Behauptung eines Sicherheitsrisikos reicht nicht; vielmehr dazulegen, warum gerade diese WEA mit Wahrscheinlichkeit absehbar zu einem Schadenseintritt führte
- b) bloße Beeinträchtigung v. Radaranlage (Störzellen) reicht nicht
- c) Repowering führt in jedem Fall zu keiner rechtlich relevanten Verschlechterung der Radarsituation; im Gegenteil: Störsituation wird verbessert (falsche Sichtweise der Bundeswehr hierzu)
- d) bei Anlage(n) außerhalb der veröffentlichten An- /Abflugrouten gibt es schon mangels Flugverkehrs keine Gefährdungssituation (kein Zielverlust)
- e) unbedingt zu prüfen: Abwägungsabschichtungsvorbehalt !  
Regionalplanerische Situation nicht vergessen!





## 2. Militärischer Luftverkehr – aktuelle Probleme

### b) Radaranlagen: **Aktuelle Entwicklungen**

- Arbeitskreis Radar (AK Radar): Gespräche zwischen BWE und Verteidigungsministerium → Zielstellung und Zwischenergebnisse
- Stellungnahme der Bundesregierung auf kleine Anfrage im Bundestag:
  - ab 2010 werden Radargeräte vom Typ ASR-910 durch neue digitale Radartechnik vom Typ ASR-S ersetzt, Abschluss der Umrüstung ist für 2015 geplant → erste techn. Verbesserungen der Vereinbarkeit von Windenergie mit militärischen Belangen
  - Verbesserungen durch Radarkonzept ASR-ES mit verbesserter Signal- und Datenverarbeitungskomponente erwartet, sodass für diesen Radartyp von WEA kaum noch Störwirkungen ausgehen, messtechnischer Nachweis fehlt aber noch
- Möglichkeit der Genehmigungserteilung mit Nebenbestimmungen?

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 2. Militärischer Luftverkehr – aktuelle Probleme

### c) Tiefflugstrecken:

Typischer Ablehnungsgrund: Lage innerhalb eines sog. Sicherheitskorridors der Tiefflugstrecken

**Folge:** aufgrund der Ablehnung seitens der WBV wird die Zustimmung nach § 14 LuftVG verweigert

### Rechtsprechung

VG Stuttgart/ VGH Mannheim/BVerwG:

*„Der Bundeswehr kommt bei der Prognose, ob durch eine WEA im Korridor einer Tiefflugstrecke ein unzulässiges Gefahrenpotenzial erzeugt wird, ein Beurteilungsspielraum zu.“*

→ BW hat verteidigungspolitischen Beurteilungsspielraum bezüglich der Lage der Strecke, insb. bei Nachttiefflügen a. G. schlechter Sichtbedingungen → erhöhtes Sicherheitsrisiko durch WEA

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 2. Militärischer Luftverkehr – aktuelle Probleme

### c) Tiefflugstrecken:

#### Realisierungschancen trotz dieser Rechtspr.?

Erforderlich für die Verweigerung der Zustimmung ist:

- konkrete Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs
- hervorgerufen durch die geplante WEA

→ **Einzelfallentscheidung!**

- Differenzierung nach:
- Nacht-/Tagestiefflug?
  - Ausbildungsbetrieb?
  - Vorbelastung?

#### Grenzen des Beurteilungsspielraums:

→ WBV muss stichhaltig, fachlich nachvollziehbar und widerspruchsfrei begründen (Darlegungslast bei Bundeswehr)

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 2. Militärischer Luftverkehr – aktuelle Probleme

### d) Exkurs: Rechtsmittel durch Wehrbereichsverwaltung?

→ Kann die Wehrbereichsverwaltung bzw. ihr Rechtsträger gegen eine gegen ihren Willen erteilte Genehmigung klagen?

#### **Aktuelles Beispiel:**

#### **VG Stade, Beschl. v. 14.07.2010, Az.: 2 B 181/10**

- Klage der Wehrbereichsverwaltung gegen die Erteilung einer Genehmigung für 4 WEA (Drittanfechtung)
- VG geht von Klage durch den *Bund*, vertreten durch die WBV, aus
- Bund sei klagebefugt, da in der Wahrnehmung eigener Aufgaben aus Art. 87a GG betroffen und nicht auf die Möglichkeit der Einzelweisung an die zuständige Behörde beschränkt

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen

2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr



## 2. Militärischer Luftverkehr – aktuelle Probleme

### d) Exkurs: Rechtsmittel durch Wehrbereichsverwaltung?

gem. § 42 Abs. 2 VwGO ist in Drittanfechtungssituation klagebefugt, wer die Verletzung eigener subjektiver Rechte geltend machen kann

1. Rechtliche Ausgangslage – aktuelle Entscheidungen

#### → Klagebefugnis des Bundes aus Art 87 a GG ?

2. Aktuelle Probleme mit militärischem Luftverkehr

- bloße Kompetenzzuweisung
- Schluss von der Aufgabenzuweisung auf eigene Rechtsposition ist in Drittanfechtungssituation zirkulär

- Einheitlichkeit der Staatsverwaltung: kein Klagerecht des Staates gegen den Staat; Ausnahmen nur im Rahmen sondergesetzlicher Zuweisung eigener

Rechtspositionen bzw. in der ausnahmsweisen Grundrechtsfähigkeit von jur. Personen des öffentlichen Rechts (Gemeinden, Rundfunk)



# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

1. Rechtliche  
Ausgangslage –  
aktuelle  
Entscheidungen
2. Aktuelle Probleme  
mit militärischem  
Luftverkehr

**M A S L A T O N**

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Leipzig · München · Köln

Hinrichsenstraße 16, 04105 Leipzig

Prof. Dr. Martin Maslaton, Recht der Erneuerbaren Energien TU  
Chemnitz / TU Bergakademie Freiberg,  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht