



Genehmigungsverfahren, bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung, Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, mitgezogene Nebenanlage

### **OVG Schleswig, Beschluss vom 21. Februar 2020 – 1 MB 24/19**

**Die Radaranlage für eine bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung fällt weder offensichtlich unter § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, noch kann eine Privilegierung offensichtlich verneint werden. Soweit eine Privilegierung als Hauptanlage zu verneinen ist, spräche viel für eine Einordnung der Radaranlage als mitgezogene Nebenanlage der Windenergieanlage.  
(redaktioneller Leitsatz)**

#### **Hintergrund der Entscheidung**

Die Antragstellerin, eine Gemeinde im Kreis D, wendet sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen das Ersetzen ihres gemeindlichen Einvernehmens.

Im Januar 2019 hatte die Beigeladene eine Baugenehmigung zur Errichtung eines ca. 35 m hohen Radarmasten beim Antragsgegner, dem Kreis D, beantragt. Der Radarmast soll der bedarfsgerechten bzw. bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung (BNK) von Windenergieanlagen im Umkreis von ca. 25 km dienen. Ein weiterer Radarmast war bereits wenige hundert Meter entfernt genehmigt worden. Der Antragsgegner ersetzte das diesbezüglich verweigerte gemeindliche Einvernehmen der Antragstellerin und ordnete dessen sofortige Vollziehung an. Im Juni 2019 erteilte der Antragsgegner die beantragte Baugenehmigung.

Die Antragstellerin legte gegen das Ersetzen ihres Einverständnisses Widerspruch und im Anschluss daran Klage ein. Darüber hinaus beantragte die Antragstellerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage. Gegen den ablehnenden Beschluss des Verwaltungsgerichts Schleswig<sup>1</sup> erhob die Antragstellerin Beschwerde vor dem OVG Schleswig.

#### **Inhalt der Entscheidung**

Das Oberverwaltungsgericht wies die Beschwerde als unbegründet zurück.

Zunächst komme der Radaranlage weder die Eigenschaft als immissionsschutzrechtliche Haupt-, noch als Nebeneinrichtung (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 und 2 der 4. BImSchV) zu. Da die Radaranlage eine große Anzahl an Windenergieanlagen versorge, sei sie nach Größe und Umfang sowie ihrer technischen und betrieblichen Organisation nicht mehr auf die einzelne Windenergieanlage ausgerichtet. Damit entfielen besonders die Eigenschaft als Nebeneinrichtung. (Rn. 18)

Demgegenüber sei es möglich, dass die Radaranlage dem Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB unterfällt. Die käme insbesondere in Betracht, sofern ein weites Verständnis des „Dienstens“ zur Nutzung der Windenergie zugrunde gelegt würde. Dafür spreche, dass der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB initial dazu geschaffen wurde, um regenerative Energien umfassend zu stärken. Auch vor dem Hintergrund der anstehende Ausstattungspflicht für Windenergieanlagen mit einem BNK-System (§ 9 Abs. 8 EEG 2017) sei zu prüfen, inwiefern eine dazu dienende Radaranlage für das Betreiben einer Windenergieanlage rechtlich erforderlich sei. Würde von einer Erforderlichkeit ausgegangen werden, müsse der Radarmast auch unmittelbar dem Privilegierungstatbestand unterfallen. Diese Frage sei jedoch nicht im einstweiligen Rechtsschutz zu klären. (Rn. 19 – 26)

---

<sup>1</sup> VG Schleswig, Beschl. v. 23.8.2019 – [8 B 42/19](#).

Selbst wenn eine Privilegierung des Radars als Hauptanlage verneint würde, spräche viel für deren Einordnung als mitgezogene Anlage zur Windenergieanlage. Der Radarmast sei den Windenergieanlagen unmittelbar zu- und untergeordnet und nach seiner Gestaltung und Beschaffenheit auf deren Funktionen ausgerichtet. Unschädlich sei in diesem Zusammenhang, wenn die Betreiber von Radar- und Windenergieanlagen personenverschieden seien. Die Zuordnung bestimme sich vielmehr danach, dass das Radar funktional der Sicherstellung der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung von mindestens 79 Windenergieanlagen diene. Irrelevant sei zudem, dass die Radaranlage für den Betrieb der Windenergieanlagen nicht zwingend notwendig sei. Es genüge, dass ein vernünftiger Anlagenbetreiber, mit Blick auf eine mögliche Reduzierung der Förderungsvergütung (§ 52 Abs. 2 Nr. 1a EEG 2017), seine Windenergieanlage mit einer BNK ausstatten würde. (Rn 27 – 34)

Auch bedürfe es keineswegs einer Zuordnung des Radars zu einer konkreten Windenergieanlage. Anders als bei § 35 Abs. 1 Nr. 2, 3 BauGB sei dies schon vom Wortlaut her nicht vorgesehen. Auch unter Berücksichtigung der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs habe der Beigelade hinreichend dargelegt, dass die Radaranlage an dem gewählten Standort aus Sicht eines vernünftigen Anlagenbetreibers geboten sei. Bei der Standortwahl für das Radar müsse geprüft werden, ob ggf. geeignete Standorte im Innenbereich zur Verfügung ständen. Das Gesetz sehe jedoch keine darüber hinausgehende Prüfung alternativer Standorte vor. (Rn. 35 – 41)

### Fazit

Die bedarfsgerechte bzw. bedarfsgesteuerte Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen hat mit ihrer verpflichtenden Einführung durch § 9 Abs. 8 EEG 2017 deutlich an praktischer Relevanz gewonnen. So ist es nicht verwunderlich, dass erste Fragen die Gerichte erreichen. Der vorliegende Beschluss des OVG Schleswig baut unmittelbar auf einer Entscheidung des VG Schleswig<sup>2</sup> auf.

Das Oberverwaltungsgericht geht umfassender als die Vorinstanz auf die Frage der Privilegierung eines Radarmasten für eine bedarfsgerechte Nachtkennzeichnung ein. Dabei untersucht es sowohl eine unmittelbare Privilegierung des Radarmasten nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB,<sup>3</sup> als auch die Möglichkeit einer mitgezogenen Nutzung. Beide Fragestellungen haben bislang in Rechtsprechung und Literatur, speziell mit Blick auf § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB, wenig Beachtung gefunden. Das Gericht sah beide Varianten als möglich an. Eine endgültige Entscheidung traf es jedoch letztendlich nicht, sondern verwies vielmehr auf das Hauptsacheverfahren.

Eine gerichtliche Klärung dieser Fragestellung wäre nicht nur für das Thema der bedarfsgerechten Nachtkennzeichnung wünschenswert. Gerade vor dem Hintergrund eines zunehmenden Ausbaus der Erneuerbaren Energien, kann ein vertieftes Normverständnis des § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB für eine funktionierende Anwendungspraxis von Bedeutung sein.

Der Volltext der Entscheidung kann kostenfrei im Internet abgerufen werden unter:

[http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bsshopprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoc-case=1&js\\_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdocto-doc=yes&doc.id=JURE200005673%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1](http://www.gesetze-rechtsprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bsshopprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoc-case=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdocto-doc=yes&doc.id=JURE200005673%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1)

---

<sup>2</sup> VG Schleswig, Beschl. v. 23.8.2019 – 8 B 42/19 (in Rundbrief [1/2020](#) besprochen).

<sup>3</sup> Für die unmittelbare Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB: Raschke/Roscher, Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Radaranlagen zur bedarfsgesteuerten Nachtkennzeichnung von Windenergieanlagen, ZfBR 2020, 343 (345 f.).