

7. Geltungsdauer einer als immissionsschutzrechtliche Genehmigung fortgeltenden Baugenehmigung

§ 16 Abs. 1 S. 1, § 18 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, § 67 Abs. 9 Satz 1 BImSchG; § 137 Abs. 1, 2 VwGO

Für das Erlöschen einer gemäß § 67 Abs. 9 Satz 1 BImSchG ab dem 1. Juli 2005 als immissionsschutzrechtliche Genehmigung fortgeltenden ursprünglichen Baugenehmigung für die Errichtung und den Betrieb einer Windenergieanlage ist allein § 18 BImSchG maßgeblich; eine bauordnungsrechtlich geregelte zeitliche Beschränkung der Geltungsdauer von Baugenehmigungen ist damit entfallen.

(amtlicher Leitsatz)

BVerwG, U. v. 21.12.2017 – 4 C 7.16 –; vorgehend OVG Koblenz v. 03.08.2016 – 8 A 10377/16.OVG –, ZNER 2016, 434, VG Neustadt a. d. Weinstraße v. 9.12.2015 – 3 K 1130/15.NW –

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin, Betreiberin einer Windenergieanlage, wendet sich gegen eine Anordnung zum Schutz einer benachbarten Windenergieanlage. Die Klägerin betreibt im Windpark H. eine Windenergieanlage am Standort WEA 2. Etwa 150 Meter nordwestlich davon befindet sich die Windenergieanlage der Beigeladenen am Standort WEA 7.

Am 23. September 2002 erteilte der Beklagte der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen für den Standort WEA 7 einen Bauvorbescheid für eine Windenergieanlage vom Typ Nordex N 90 und am 20. Juli 2004 eine Baugenehmigung für die Errichtung einer Windenergieanlage vom Typ Enercon E-66, deren Geltungsdauer er mit Bescheid vom 12. Juni 2008 bis zum 20. Juli 2012 „verlängerte“. Die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen machte von den Genehmigungsbescheiden keinen Gebrauch.

Der Klägerin erteilte der Beklagte am 16. Januar 2003 eine Baugenehmigung für die Errichtung einer Windenergieanlage am Standort WEA 2 (mit verschiedenen Änderungsgenehmigungen im Zeitraum September – Oktober 2004). Die Anlage wurde im April 2005 fertiggestellt und ist seither in Betrieb. Die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen erhob gegen die der Klägerin erteilte Genehmigung Widerspruch. Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens gab der Beklagte der Klägerin auf, die Standsicherheit der WEA 7 bei Ausnutzung der Genehmigung für die WEA 2 gutachtlich untersuchen zu lassen. Der mit der Gutachterstellung beauftragte T. N. kam zu dem Ergebnis, dass die Standsicherheit durch Abschaltung der die Turbulenzen jeweils verursachenden Windenergieanlage, aber auch durch Abschaltung der betroffenen Windenergieanlage gewährleistet werden könne. Auf dieser Grundlage wurde im Einvernehmen mit der Klägerin eine nachträgliche Auflage in ihre Baugenehmigung aufgenommen, die eine Abschaltverpflichtung für Wind aus bestimmten Sektoren der Windrichtung SSO mit bestimmter Stärke zum Gegenstand hatte. Die Auflage sollte in Kraft treten, sobald die Windenergieanlage der Beigeladenen errichtet und in Betrieb genommen sein würde.

Am 20. April 2012 erteilte der Beklagte der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen eine Baugenehmigung für die Errichtung einer Windenergieanlage vom Typ Enercon E-70 E4 (WEA 7). Mit Bescheid vom 31. Mai 2013 hob er die Baugenehmigung auf und erteilte der Beigeladenen eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung, die mit der Auflage versehen war, dass die Windenergieanlage bei Wind aus bestimmten Sektoren der Windrichtung NNW und bestimmten Stärken abzuschalten ist; eine Abschaltverpflichtung für Wind aus SSO bei bestimmten Windstärken wurde für den Fall vorbehalten, dass die Gefahr nicht durch Inanspruchnahme Dritter beseitigt werde. Mit Änderungsgenehmigung vom Februar 2014 wurde die Abschaltverpflichtung durch eine Abregelungsverpflichtung ersetzt. Mit dem Bau der WEA 7 hat die Beigeladene im November 2012 begonnen, im Jahre 2013 wurde die Anlage fertiggestellt und in Betrieb genommen.

Mit Bescheid vom 31. Mai 2013 verpflichtete der Beklagte die Klägerin, ihre Windenergieanlage (WEA 2) bei Wind aus SSO mit bestimmter Stärke abzuschalten. Die ursprüngliche Auflage vom Juli 2008 sei – so die Begründung des Bescheides – zwar von dem der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen ursprünglich genehmigten Anlagentyp Enercon E-66 abhängig gewesen. Dennoch bleibe es dabei, dass von der WEA 2 bei bestimmten Windrichtungen eine Gefahr für die benachbarte WEA 7 ausgehe. Zur Bewältigung der Gefahrenlage sei nach dem Grundsatz der Rücksichtnahme die Klägerin für die Auswirkungen bei Winden aus SSO, die Beigeladene für die Auswirkungen der Winde aus NNW verantwortlich.

Die Klägerin erhob Widerspruch sowohl gegen die der Beigeladenen erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung vom 31. Mai 2013 als auch

gegen die sie selbst betreffende ergänzende Anordnung vom 31. Mai 2013. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass nach der genehmigten Änderung des Anlagentyps allein die Beigeladene zur Bewältigung der Gefahrenlage durch Abschaltung ihrer WEA 7 verantwortlich sei. Die Widersprüche wurden zurückgewiesen.

Das Verwaltungsgericht hat der Klage gegen den Auflagenbescheid samt Kostenbescheid unter Aussetzung der Verfahren im Übrigen stattgegeben. Die der Klägerin auferlegte Abschaltverpflichtung sei rechtswidrig, weil der Beklagte sich nicht auf § 85 Abs. 1 Satz 1 LBauO berufen könne. Einschlägig sei die immissionsschutzrechtliche Ermächtigung in § 17 BImSchG, die aber nicht den Beklagten, sondern die Struktur- und Genehmigungsdirektion zum Erlass nachträglicher Anordnungen berechtige.

Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufungen des Beklagten und der Beigeladenen im Ergebnis zurückgewiesen. Der Auflagenbescheid sei rechtswidrig, weil der Beklagte von dem ihm in § 85 Abs. 1 Satz 1 LBauO eingeräumten Ermessen nicht in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht habe. Danach habe der Betreiber derjenigen Anlage die Verantwortung zur Konfliktbewältigung zu tragen, der durch die Realisierung seines Projekts die letzte Ursache für die Entstehung des Konflikts setze. Dies sei hier die Beigeladene, die für ihr im Jahr 2012 genehmigtes und begonnenes (Änderungs-)Vorhaben auf die bereits seit 2005 betriebene Windenergieanlage der Klägerin getroffen sei. Zwar habe das Vorhaben der Beigeladenen zunächst Vorrang genossen, weil hierfür im Jahr 2002 ein Bauvorbescheid und im Jahr 2004 eine Baugenehmigung erteilt worden sei. Der ursprüngliche Vorrang sei aber entfallen, weil im Jahre 2012 am Standort WEA 7 eine andere, wesentlich geänderte Anlage geplant und genehmigt worden sei. Hinzu komme, dass das Vertrauen der Beigeladenen in den Bestand ihrer ursprünglichen Vorrangstellung aufgrund des Ablaufs der Geltungsdauer der ihr zunächst erteilten Genehmigungen nicht mehr schutzwürdig sei.

Mit ihren vom Oberverwaltungsgericht zugelassenen Revisionen rügen der Beklagte und die Beigeladene eine unrichtige Anwendung der §§ 16 und 18 Abs. 3 BImSchG. Die Klägerin verteidigt das angegriffene Urteil.

Aus den Gründen:

Die zulässigen Revisionen sind unbegründet. Das angegriffene Urteil steht mit revidierbarem Recht im Einklang.

Nicht revidierbar ist allerdings nach § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 560 ZPO die landesrechtliche Ermächtigung in § 85 LBauO, auf die der Beklagte die angefochtene Anordnung gestützt hat. Hierzu gehört auch der Zweck der Ermächtigung, dem das Oberverwaltungsgericht die Maßstäbe für eine sachgerechte Lastenverteilung bei der Bewältigung des durch den Betrieb zweier unverträglich naher Windenergieanlagen entstehenden Konflikts entnommen hat. Deshalb beantwortet sich die Frage, ob die Verantwortung bei der Konfliktbewältigung – wie das Oberverwaltungsgericht angenommen hat – nach dem Grundsatz der Priorität in der Weise abzugrenzen ist, dass dem zuerst beantragten bzw. genehmigten Vorhaben der Vorrang einzuräumen sei, nach nicht revidierbarem Landesrecht.

Bundesrecht berühren dagegen die jeweils selbständig tragenden Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts zu § 16 BImSchG und § 18 Abs. 3 BImSchG. Jedenfalls die Überlegungen zu § 18 Abs. 3 BImSchG halten einer revisionsgerichtlichen Kontrolle stand.

1. Die Annahmen des Oberverwaltungsgerichts zur Genehmigungslage stehen

mit Bundesrecht im Einklang. Revisionsrügen sind insoweit nicht erhoben.

a) Zu Recht ist das Oberverwaltungsgericht davon ausgegangen, dass die der

Rechtsvorgängerin der Beigeladenen erteilte Baugenehmigung für die Errichtung einer Windenergieanlage ab dem 1. Juli 2005 als immissionsschutzrechtliche Genehmigung galt.

Gemäß § 67 Abs. 9 Satz 1 BImSchG gelten Baugenehmigungen für Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern, die bis zum 1. Juli 2005 erteilt worden sind, als Genehmigungen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz. Die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Übergangsvorschrift waren im Fall der Baugenehmigung der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen erfüllt. Nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts erteilte ihr der Beklagte mit Bescheid vom 20. Juli 2004 eine Baugenehmigung für die Errichtung einer Windenergieanlage vom Typ Enercon 66 mit einer Gesamthöhe von ca. 120 Metern am Standort WEA

7, die nach § 74 Abs. 1 Satz 1 LBauO am 1. Juli 2005 noch nicht erloschen war.

b) Zutreffend ist ferner die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, dass für das Erlöschen der ab dem 1. Juli 2005 als immissionsschutzrechtliche Genehmigung fortgeltenden ursprünglichen Baugenehmigung allein § 18 BImSchG maßgeblich war und die bauordnungsrechtlich geregelte zeitliche Beschränkung der Geltungsdauer von Baugenehmigungen damit entfallen ist.

§ 67 Abs. 9 BImSchG ist durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2003/105/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2003 zur Änderung der Richtlinie 96/82/EG des Rates zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen vom 25. Juni 2005 (BGBl. I S. 1865) mit Wirkung zum 1. Juli 2005 in das Bundes-Immissionsschutzgesetz eingefügt worden. Die in einem Änderungsantrag vorgeschlagene Gesetzesänderung (BT-Drs. 15/5443 S. 4) stand im Zusammenhang mit einer Initiative des Bundesrates (BR-Drs. 389/05), in deren Folge Nr. 1.6 des Anhangs 1 zur 4. BImSchV so gefasst wurde, dass nicht mehr – wie bisher – Windfarmen, sondern einzelne Windkraftanlagen mit einer Gesamthöhe von mehr als 50 Metern immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftig sind. Damit wurde die ungleiche rechtliche Behandlung von Windenergieanlagen in Windfarmen als immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen einerseits und baurechtlich genehmigungsbedürftige Windenergieanlagen andererseits beseitigt, „um bei den auf Grund des Urteils des 4. Senats des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2004 – 4 C 9.03 – (BVerwGE 121, 182) aufgekommene Fragen Klarheit zu schaffen“ (BR-Drs. 389/05 S. 4). Im Zusammenhang damit fügte der Bundesgesetzgeber § 67 Abs. 9 BImSchG ein, dessen Sätze 1 und 2 ausweislich der Begründung des Änderungsantrags (BT-Drs. 15/5443 S. 4) „Rechtsunsicherheiten hinsichtlich bestehender Anlagen beseitigen, die aufgrund einer Baugenehmigung in einer Windfarm betrieben werden“. Damit sollte die ungleiche rechtliche Behandlung auch für solche Anlagen beseitigt werden, die bereits zuvor baurechtlich genehmigt worden waren (VGH Mannheim, Urteil vom 4. August 2011 – 3 S 2439/09 – = juris Rn. 28). Eine baurechtlich genehmigte Windenergieanlage ist mit dem Regimewechsel deshalb in jeder Hinsicht wie eine immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlage zu behandeln (zutreffend Jarass, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 67 Rn. 43).

Der Senat folgt nicht der in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Auffassung, dass die bisherigen Baugenehmigungen zwar dem Regime des Bundes-Immissionsschutzgesetzes unterstünden, der Inhalt der Genehmigung aber – und hierzu zähle auch die kraft früheren Rechts limitierte Geltungsdauer von Baugenehmigungen – unberührt bleibe (OVG Weimar, Beschluss vom 2. September 2008 – 1 EO 448/08 – UPR 2009, 112 = juris Rn. 54; ihm folgend Hansmann/Röckinghausen, in: Landmann/Rohmer, UmwR, Stand Juli 2017, BImSchG, § 67 Rn. 49; unklar Jarass, BImSchG, 12. Aufl. 2017, § 67 Rn. 43). Sie läuft dem Zweck der Gesetzesänderung zuwider, die ungleiche rechtliche Behandlung von immissionsschutzrechtlich und baurechtlich genehmigungsbedürftigen Windenergieanlagen auch für baurechtlich bereits genehmigte Anlagen zu beseitigen. Denn Rechtsunsicherheiten wollte der Gesetzgeber gerade durch Gleichbehandlung aus dem Weg räumen. Aus dem in der Begründung des Änderungsantrags enthaltenen Hinweis (BT-Drs. 15/5443 S. 4), dass die Sätze 1 und 2 des § 67 Abs. 9 BImSchG keine „darüber hinausgehende Wirkung entfalten“, lässt sich deshalb für die Auffassung des OVG Weimar (a.a.O.) nichts herleiten. Vielmehr ist davon auszugehen, dass für eine als immissionsschutzrechtliche Genehmigung fortgeltende Baugenehmigung die Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes über das Erlöschen immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen (§ 18 BImSchG) Anwendung finden. Eine Besserstellung von originär baurechtlich genehmigten Windenergieanlagen ist damit nicht verbunden. Denn die Immissionsschutzbehörde hat es nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG in der Hand, die Geltungsdauer der grundsätzlich zeitlich unbeschränkt fortgeltenden Genehmigung, von der noch

kein Gebrauch gemacht wurde, nach pflichtgemäßem Ermessen zu begrenzen. Die ursprüngliche Baugenehmigung teilt damit, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt, das Schicksal der originär immissionsschutzrechtlichen Genehmigung.

c) Hinsichtlich der als immissionsschutzrechtliche Genehmigung grundsätzlich zeitlich unbefristet fortgeltenden Baugenehmigung der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen vom 20. Juli 2004 ist das Oberverwaltungsgericht davon ausgegangen, dass deren Geltungsdauer durch den Bescheid des Beklagten vom 12. Juni 2008 nachträglich beschränkt worden ist. Auch hiergegen gibt es bundesrechtlich nichts zu erinnern.

Das Oberverwaltungsgericht hat den Tenor des Verlängerungsbescheides vom 12. Juni 2008 auszugsweise wiedergegeben. Darin heißt es: „Aufgrund Ihres Antrags vom 1. April 2008 wird hiermit die Baugenehmigung vom 20. Juli 2004 ... um vier Jahre verlängert. Die Baugenehmigung gilt jetzt somit bis 20. Juli 2012.“ Das Oberverwaltungsgericht hat darin „– der Sache nach, wenn auch in Anwendung von Bauordnungsrecht –“ eine nachträgliche Beschränkung der Geltungsdauer der der Beigeladenen am 20. Juli 2004 als Baugenehmigung erteilten, seit dem 1. Juni 2005 als immissionsschutzrechtliche Genehmigung geltenden Genehmigung gesehen. Hierbei ging es um die Feststellung des gewollten Inhalts einer behördlichen Erklärung. Diese Feststellung ist Tatsachenfeststellung im Sinne des § 137 Abs. 2 VwGO und deshalb revisionsgerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar (BVerwG, Urteil vom 5. November 2009 – 4 C 3.09 – BVerwGE 135, 209 Rn. 18 m.w.N.). Die Bindung des Revisionsgerichts tritt nur dann nicht ein, wenn die vom Tatsachenrichter vorgenommene Auslegung einen Rechtsirrtum oder einen Verstoß gegen allgemeine Erfahrungssätze, Denkgesetze oder Auslegungsregeln erkennen lässt (BVerwG, Urteil vom 19. Februar 1982 – 8 C 27.81 – BVerwGE 65, 61 <69>). Gründe dafür haben die Revisionsführer nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Der Senat hat deshalb gemäß § 137 Abs. 2 VwGO die Feststellung des Oberverwaltungsgerichts zugrunde zu legen, dass die Geltungsdauer der als immissionsschutzrechtliche Genehmigung fortgeltenden ursprünglichen Baugenehmigung nachträglich bis zum 20. Juli 2012 begrenzt war.

2. Ausgehend von dieser Genehmigungslage hat sich das Oberverwaltungsgericht auf den Standpunkt gestellt, die Beigeladene bzw. ihre Rechtsvorgängerin habe nur darauf vertrauen können, die ihr genehmigte Anlage mit entsprechendem Vorrang hinsichtlich der Bewältigung der durch Turbulenzeffekte benachbarter Anlagen hervorgerufenen Konflikte lediglich für die Dauer der Wirksamkeit der Genehmigung beanspruchen zu können. Die hiergegen vorgebrachten Revisionsrügen greifen nicht durch.

Die Überlegungen des Oberverwaltungsgerichts zu § 18 Abs. 3 BImSchG sind bundesrechtlich nicht zu beanstanden. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 28. Oktober 2010 – 7 C 2.10 – Buchholz 406.25 § 15 BImSchG Nr. 8 Rn. 17) ist geklärt, dass bei der Entscheidung über die Fristverlängerung nach § 18 Abs. 3 BImSchG im Rahmen des Tatbestandsmerkmals der Zweckgefährdung kursorisch das Fortbestehen der Genehmigungsvoraussetzungen zu überprüfen ist. Die Revisionsführer folgern hieraus, dass die Behörde – anders als das Oberverwaltungsgericht angenommen habe – einen Antrag auf Fristverlängerung nicht in derselben Weise zu prüfen habe wie einen Antrag auf Neugenehmigung. Die Kritik geht ins Leere. Denn von identischen Prüfungsanforderungen bei Verlängerung und Neugenehmigung ist das Oberverwaltungsgericht nicht ausgegangen. Verlangt sei – so das Oberverwaltungsgericht – die Beurteilung, ob die Genehmigungsvoraussetzungen auch aufgrund der zwischenzeitlich eingetretenen Entwicklung im Einwirkungsbereich der Anlage noch gegeben sind, mit der Folge, dass das innerhalb der Geltung einer Genehmigung nicht realisierte Vorhaben im Verlängerungsverfahren an der dann aktuellen Sach- und Rechtslage zu messen sei. Diese Annahme widerspricht der zitierten Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht; zur Prüfungstiefe bei der Entscheidung über einen Verlängerungsantrag hat sich das Oberver-

waltungsgericht nicht geäußert. Im Übrigen wird die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts durch die doppelte Zwecksetzung der Beschränkungsmöglichkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG bestätigt, den Genehmigungsinhaber mit fruchtlosem Ablauf der Frist im Interesse einer leichteren Durchsetzbarkeit neuer Immissionschutzanforderungen in die Rolle des Antragstellers zurückzusetzen und zugleich Raum für die Genehmigungserteilung an konkurrierende Interessenten zu schaffen (Scheuing/Wirths, in: Führ, GK-BImSchG, 2016, § 18 Rn. 23).

3. Soweit sich die Revisionsführer gegen die vom Oberverwaltungsgericht herangezogenen Maßstäbe für eine sachgerechte Lastenverteilung wenden, sind ihre Rügen – wie dargelegt – dem nicht revisiblen Landesrecht zuzuordnen. Gleiches gilt, soweit der Beklagte geltend macht, im Rahmen der Ermessensausübung sei auch zu berücksichtigen, dass der Klägerin von Anfang an bekannt gewesen sei, dass ihre WEA 2 in eine vorbelastete Situation hinein errichtet werde, weshalb kein schutzwürdiges Vertrauen zugunsten der Klägerin bestehe.

4. Die Angriffe der Revision gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts, das nach Ansicht der Revisionsführer gegen § 17 BImSchG verstoßen habe, führen schon deshalb nicht zum Erfolg, weil die Revision gemäß § 137 Abs. 1 VwGO nur darauf gestützt werden kann, dass „das angefochtene Urteil“ auf der Verletzung von revisiblem Recht beruht. Mit der Revision angegriffen ist vorliegend das Berufungsurteil des Oberverwaltungsgerichts, § 132 Abs. 1 i.V.m. § 49 Nr. 1 VwGO, das der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts eine Absage erteilt und im Sinne der Revisionsführer bestätigt hat, dass sich der Beklagte zu Recht auf die bauordnungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage in § 85 LBauO gestützt habe.

8. Störung der Funktionsfähigkeit einer Radaranlage („Polygone“)

§ 35 Abs. 1 Nr. 5, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB; § 6 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG; GG Art. 87 a Abs. 1 G; § 42 Abs. 2, § 80 a Abs. 3 VwGO

1. Zu den Voraussetzungen für das Vorliegen einer Störung der Funktionsfähigkeit einer Radaranlage i. S. v. § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB durch Windenergieanlagen bei einer militärischen Zwecken dienenden Radaranlage.

2. Zur Interessenabwägung bei offener Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nach § 80 a Abs. 3 VwGO.

(amtl. Leitsätze)

OVG Koblenz, B. v. 27.02.2018 – 8 B 11970/17.OVG –, vorgehend VG Neustadt a. d. Weinstraße, B. v. 01.12.2017 – 3 L 1180/17.NW –, ZNER 2018, 103

Zum Sachverhalt:

[1] Die Beschwerde der Beigeladenen ist zulässig und begründet.

[2] Das Verwaltungsgericht hätte den Antrag der Antragstellerin, gemäß §§ 80a Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1, 80 Abs. 5 VwGO die sofortige Vollziehung der ihr erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 28. Dezember 2016 zur Errichtung und zum Betrieb von drei Windenergieanlagen anzuordnen, als unbegründet ablehnen müssen.

[3] Aufgrund einer Prüfung der in der Beschwerde der Beigeladenen dargelegten Gründe (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) gelangt der Senat zu der Überzeugung, dass sich die Sach- und Rechtslage im maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Eilentscheidung als offen erweist und die gebotene Interessenabwägung zu Lasten des Vollzugsinteresses der Antragstellerin ausfällt. Denn die bereits unter dem Aktenzeichen 3 K 1007/17.NW bei dem Verwaltungsgericht anhängige Anfechtungsklage der Beigeladenen gegen den Genehmigungsbescheid, an deren Zulässigkeit auch aus Sicht

des Senats keine durchgreifenden Bedenken bestehen (1.), kann entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht als offensichtlich unbegründet angesehen werden; vielmehr bedarf es zur Beurteilung der Frage, ob der angefochtene Genehmigungsbescheid materiell rechtmäßig ist, weiterer Sachaufklärung im Hauptsacheverfahren (2.). Vor diesem Hintergrund überwiegt das Aussetzungsinteresse der Beigeladenen das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin, bereits vor Abschluss des Hauptsacheverfahrens von der Genehmigung Gebrauch machen zu können (3.).

[4] 1. Ebenso wie das Verwaltungsgericht hegt auch der Senat keine durchgreifenden Bedenken an der Zulässigkeit der Klage der Beigeladenen gegen den Genehmigungsbescheid vom 28. Dezember 2016. Der Senat teilt insbesondere die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass die Beigeladene gemäß § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt ist. Eine wehrfähige Rechtsposition der Beigeladenen ergibt sich hier aus § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB; nach dieser Vorschrift, die im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 des Bundesimmissionsschutzgesetzes – BImSchG – als „andere öffentlich-rechtliche Vorschrift“ Anwendung findet, liegt eine Beeinträchtigung öffentlicher Belange, die der Zulassung von – wie hier nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB – privilegierten Außenbereichsvorhaben entgegenstehen kann, auch vor, wenn das Vorhaben „die Funktionsfähigkeit von Funkstellen und Radaranlagen stört“. Zu den „Radaranlagen“ im Sinne dieser Vorschrift gehören auch die militärischen Zwecken dienenden Radaranlagen der Bundeswehr (allgemeine Meinung; vgl. z.B. Senatsurteil vom 13. Januar 2016 – 8 A 10535/15.OVG –, DVBl. 2016, 317 und juris, Rn. 90, m.w.N.). Wie vom Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt, ergibt eine verfassungskonforme Auslegung des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB, dass diese Vorschrift für die beigeladene Bundesrepublik Deutschland als Trägerin der Bundeswehr eine wehrfähige Rechtsposition begründet, deren Verletzung diese auch im Klagewege geltend machen kann. Denn aus der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung des Verfassungsgebers, wonach dem Bund gemäß Art. 87a Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG die ausschließliche Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz für die militärische Landesverteidigung zusteht, folgt das Recht des Bundes, Übergriffe anderer bundesstaatlicher Ebenen in die Wahrnehmung der eigenen Kompetenzen abzuwehren (vgl. z.B. VG Hannover, Beschluss vom 21. Dezember 2010 – 12 B 3465/10 –, juris, Rn. 42 f., unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 29. Januar 1991 – 4 C 51.89 –, BVerwGE 87, 332 und juris, Rn. 172 ff.).

[5] Der Beigeladenen fehlt auch nicht deshalb das Rechtsschutzbedürfnis für ihre Klage gegen den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid, weil sie im Verfahren zur 2. Teilfortschreibung des Flächennutzungsplans der Verbandsgemeinde T. hinsichtlich der Darstellung von Sonderflächen für die Windenergie, zu denen auch die Standorte der streitgegenständlichen Windenergieanlagen gehören, keine Bedenken geäußert hat. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen im Beschluss des Verwaltungsgerichts verwiesen werden, denen die übrigen Beteiligten nicht entgegengetreten sind.

[6] Ist die Klage der Beigeladenen somit aller Voraussicht nach zulässig, so kommt ihr gemäß § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung zu, nachdem der Antragsgegner den Antrag der Antragstellerin, gemäß § 80a Abs. 1 Nr. 1 VwGO die sofortige Vollziehung der Genehmigung anzuordnen, mit Bescheid vom 31. März 2017 abgelehnt hat.

[7] 2. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts kann indessen aufgrund summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage im maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Eilentscheidung nicht festgestellt werden, dass die Anfechtungsklage der Beigeladenen gegen den Genehmigungsbescheid vom 28. Dezember 2016 aller Voraussicht nach keine Aussicht auf Erfolg haben wird. Wie von der Beigeladenen in der Beschwerdebegründung zu Recht gerügt, hält die Annahme des Verwaltungsgerichts, die angegriffene Genehmigung sei materiell offensichtlich rechtmäßig und die dagegen gerichtete Anfechtungsklage der Beigeladenen mithin offensichtlich unbegründet, einer Überprüfung nicht stand:

[8] So bestehen – wie von der Beigeladenen angesprochen – bereits erhebliche Zweifel, ob das Verwaltungsgericht hinsichtlich der Voraussetzungen für das Vorliegen einer für § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 BauGB relevanten Störung der Funktionsfähigkeit einer Radaranlage von einem zutreffenden Maßstab ausgegangen ist. Das Verwaltungsgericht führt insoweit aus, für eine rechterhebliche Störung der Funktionsfähigkeit einer Radaranlage im Sinne dieser Vorschrift sei erforderlich, dass es sich um eine „nachteilige Beeinflussung der Funktion der Radaranlage für den ihr zugewiesenen Zweck in nicht hinzunehmender Weise handelt“ (vgl. S. 22 des Beschlusses). Dies entspricht jedoch nicht dem Maßstab für das Vorliegen einer relevanten Störung, von dem die vom Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang zitierten obergerichtlichen Entscheidungen ausgegangen sind. Wie das OVG Niedersachsen in dem zitierten Beschluss vom 13. April 2011 (Az.: 12 ME 8/11, BRS 78 Nr. 119 und juris, Rn. 13) ausgeführt hat, erfolgt die Prüfung, ob ein Vorhaben zu einer Störung der Funktionsfähigkeit ei-