



**Rechtsgutachten im Auftrag des
Umweltbundesamtes:
Prüfung von formell- und materiell-
rechtlichen Aspekten bei der
Benehmensregelung zur Festlegung von
Flugrouten nach § 32 LuftVG zwischen
UBA und BAF**

Diese Publikation ist ausschließlich als Download unter <http://www.uba.de/uba-info-medien/4244.html> verfügbar.

Die im Gutachten geäußerten Ansichten und Meinungen müssen nicht mit denen des Herausgebers übereinstimmen.

Durchführung des Gutachtens: Prof. Dr. Eckhard Pache

Abschlussdatum: 21. Dezember 2011

Herausgeber: Umweltbundesamt
Wörlitzer Platz 1
06844 Dessau-Roßlau
Tel.: 0340/2103-0
Telefax: 0340/2103 2285
E-Mail: info@umweltbundesamt.de
Internet: <http://www.umweltbundesamt.de>
<http://fuer-mensch-und-umwelt.de/>

Dessau-Roßlau, Januar 2012

A.)	Gutachtenauftrag.....	4
B.)	Begriffliche und rechtliche Vorklärung	4
I.	Flugroute.....	4
II.	Verhältnis Flugroute / Einzelfreigabe	7
III.	Flugroutenfestlegung als Abwägungsentscheidung.....	12
C.)	Rechtlicher Rahmen der Benehmensentscheidung des Umwelt- bundesamtes nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8, Abs. 4 c LuftVG	13
I.	Rechtsgrundlage für die Festlegung von Flugrouten	13
1.	Stellung und Funktion des BAF	14
2.	Rolle der DFS	14
3.	Mitwirkung des Bundesrates.....	16
4.	Ablauf des Planungsverfahrens	17
II.	Formelle Vorgaben für die Festlegung von Flugverfahren	17
1.	Beteiligung der Träger öffentlicher Belange.....	18
a.	§ 32 a LuftVG.....	18
b.	§ 32 b LuftVG.....	18
2.	Öffentlichkeitsbeteiligung	19
3.	Beteiligung der betroffenen Gemeinden	21
4.	Begründungspflichten	22
5.	Zusammenfassung	23
III.	Materielle Vorgaben bzgl. der Abwägungsentscheidung	24
1.	Allgemeines	24
2.	Konkrete Vorgaben bzgl. der Festlegung von Flugrouten.....	27
IV.	Rolle des UBA bei der Festlegung von Flugrouten	35
1.	Gesetzliche Normierung des Benehmens des UBA	35
2.	Anwendungsbereich der Benehmensregelung	35
3.	Inhaltliche Ausgestaltung des Benehmens	36

a. Luftverkehrsrecht	36
b. Sonstiges Fachrecht und allgemeines Verwaltungsrecht.....	37
c. Historische Auslegung	37
d. Literatur und Rechtsprechung.....	40
aa. Allgemeines	40
bb. Partielle Beteiligtenstellung oder Anhörungsberechtigung.....	42
e. Teleologische und systematische Auslegung	44
4. Verfahrensrechte	44
a. Zeitpunkt der Beteiligung des UBA	44
b. Inhaltliche Reichweite des Benehmens.....	45
c. Verweigerungsrecht des UBA	48
d. Sonstige Formvorschriften	49
5. Bindungswirkung der Entscheidung.....	49
D.) Einzelfragen des Gutachtenauftrages	51

A.) Gutachtauftrag

Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist nach dem zugrundeliegenden Vertrag mit dem Umweltbundesamt auf der Grundlage der Leistungsbeschreibung vom 24.08.2011 die fachjuristische Prüfung und Beurteilung verschiedener formell- und materiell-rechtlicher Aspekte bei der Benehmensregelung zur Festlegung von Flugrouten nach § 32 LuftVG zwischen UBA und BAF.

Hierzu sind in der Leistungsbeschreibung 14 verschiedene Einzelfragen ausdifferenziert, die jeweils spezifische Aspekte des Verhältnisses von UBA und BAF bzw. der Verfahrensrechte des UBA oder Haftungsfragen thematisieren. Bei allen aufgeworfenen Fragen geht es aber letztlich um das Grundproblem, welche grundsätzliche Rechtsstellung dem UBA im Verfahren der Festlegung von Flugrouten nach § 32 LuftVG zukommt, und zwar insbesondere im Verhältnis zu DFS und BAF, im Hinblick auf eigene Vorschlags- oder Initiativrechte sowie im Hinblick auf die Verantwortlichkeit für die getroffenen Entscheidungen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sinnvoll, zunächst eine begriffliche und rechtliche Vorklärung verschiedener Vorgaben für die nach § 32 LuftVG vom UBA zu treffende Benehmensentscheidung vorzunehmen (hierzu nachfolgend B.), anschließend auf den formell- und materiell-rechtlichen Rahmen dieser Entscheidung und auf die einschlägige Benehmensregelung näher einzugehen (hierzu nachfolgend C.) und erst auf dieser Grundlage die konkreten Einzelfragen des Gutachtauftrags zu beantworten (nachfolgend D.).

B.) Begriffliche und rechtliche Vorklärung

I. Flugroute

Begutachtet werden soll nach Gutachtauftrag und Leistungsbeschreibung die Beteiligung des UBA nach § 32 LuftVG an der Festlegung sogenannter „Flugrouten“.

Der Begriff der „Flugroute“ wird allerdings in den für den Luftverkehr maßgeblichen normativen Regelwerken, also insbesondere im Luftverkehrsgesetz (nachfolgend LuftVG) und in der Luftverkehrsordnung (nachfolgend LuftVO), nicht verwendet.

In den einschlägigen gesetzlichen Vorgaben findet stattdessen der Begriff „Flugverfahren“ Verwendung. Zentral ist in dieser Hinsicht § 27 a Abs. 1 LuftVO, der regelt,

dass „der Luftfahrzeugführer bei Flügen innerhalb von Kontrollzonen, bei An- und Abflügen zu und von Flugplätzen mit Flugverkehrskontrollstelle und bei Flügen nach Instrumentenflugregeln die vorgeschriebenen Flugverfahren zu befolgen“ hat.

Damit sind im Rechtssinne für den An- und Abflug zu Flugplätzen mit Flugverkehrskontrollstelle die vorgeschriebenen Flugverfahren maßgeblich. Der Begriff der Flugroute wird allerdings in einem untechnischen Sinne als Synonym für diese vorgeschriebenen Flugverfahren verwendet, die vorgeschriebenen Flugverfahren werden also allgemein als Flugrouten oder Flugstrecken bezeichnet¹.

Obwohl damit der Begriff der Flugroute keinen Rechtsbegriff im technischen Sinne darstellt, ist er auch im Rahmen von rechtlichen Erörterungen als gebräuchliche Kurzformel für alle festgelegten Flugverfahren, Flughöhen und Meldepunkte anerkannt. Aus diesem Grunde wird mit dem Begriff der Flugroute nicht lediglich die räumliche Verteilung des Flugverkehrs bezeichnet, sondern auch die Art und Weise vorgegeben, in der jeweils zu fliegen ist². Damit werden mit dem Begriff der Flugroute landläufig die veröffentlichten Standard-Flugverfahren bezeichnet, die die Luftfahrzeugführer bei Instrument Flight Rules(IFR)-Flügen, An- und Abflügen zu und von kontrollierten Flugplätzen und innerhalb von Kontrollzonen einzuhalten haben, soweit sie nicht aufgrund einer im Einzelfall erteilten Flugverkehrskontrollfreigabe davon abweichen dürfen³.

Dem verantwortlichen Luftfahrzeugführer werden durch diese Flugrouten verbindliche dreidimensionale Vorgaben gemacht, die er auf seiner Flugstrecke einzuhalten hat, indem Steuerkurse, Flughöhen und Peilungen vorgeschrieben werden⁴. Es können etwa Vorgaben gemacht werden, wie das Flugzeug beim Abflug zu steuern ist, bis das Flugzeug die Höhe der Flugverkehrstrecken erreicht hat⁵. Auch werden die Flugzeugführer durch die Flugrouten beim Abflug angewiesen, sowohl nach dem Abheben als auch bei dem Ende des flugbetrieblich notwendigen Geradeausfluges besondere Meldepunkte an- und Kurse zu erfliegen, bis zu einer weiteren Freigabe auf eine Mindesthöhe zu steigen und Kontakt zu einer Flugkontrollstation auf einer vor-

¹ Stoermer, Der Schutz vor Fluglärm, Berlin 2005, S. 166.

² Wysk, Ausgewählte Probleme zum Rechtsschutz gegen Fluglärm (II), ZLW 1998, 285 (285ff.).

³ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 74.

⁴ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 75.

⁵ Stoermer, Der Schutz vor Fluglärm, Berlin 2005, S. 166.

bestimmten Funkfrequenz zu halten⁶. Daher handelt es sich bei diesen Flugrouten grundsätzlich um Verkehrsregeln, die an den Luftfahrzeugführer gerichtet sind⁷.

Die Flugrouten dienen dem Zweck, der Verkehrsluftfahrt eine sichere, geordnete sowie flüssige Abwicklung des Luftverkehrs zu ermöglichen⁸. Gemäß § 27 a LuftVO sollen sie die öffentliche Sicherheit, die öffentliche Ordnung und vor allem die Sicherheit des Luftverkehrs aufrechterhalten⁹. Zudem können sie die Kapazität der Luftbewegungen beeinflussen, bspw. durch zeitliche Staffelungen von Abflügen. Auch wird durch die festgelegten Routen eine Konzentration des Flugverkehrs auf einen bestimmten Luftkorridor vorgenommen. Dies hat zur Folge, dass Gebiete unterhalb der festgelegten Flugroute, insbesondere in der Nähe eines Flughafens, erhöhtem Fluglärm ausgesetzt sind. Daher entscheidet die Festlegung der Flugrouten maßgeblich über die Verteilung des Fluglärms¹⁰ und zählt deshalb zu den Maßnahmen des aktiven Lärmschutzes, da sie eine tragende Rolle bei der Verteilung des Fluglärms spielt¹¹.

Aus diesen Aspekten ergibt sich, dass Flugrouten eben nicht nur Verkehrsregeln für den Luftfahrzeugführer darstellen, sondern dass sie auch der rechtsstaatlichen Planung dienen, der die Aufgabe zukommt, die unterschiedlichen Interessenkonflikte, die überwiegend in der Umgebung von Flughäfen auftreten, in einem geordneten Verfahren adäquat zu bewältigen¹².

Hierzu erfolgt die Festlegung von Flugrouten, insbesondere der lärmrelevanten An- und Abflugstrecken zu Flughäfen, auf der Grundlage des § 32 LuftVG i.V.m. § 27 a LuftVO durch Rechtsverordnung¹³. Dabei ist nach § 27 a Abs. 2 S. 1 LuftVO das

⁶ Wysk, *Ausgewählte Probleme zum Rechtsschutz gegen Fluglärm (II)*, ZLW 1998, 285 (286).

⁷ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), *Kölner Kompendium Luftrecht*, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 75.

⁸ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), *Kölner Kompendium Luftrecht*, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 76; Stoermer, *Der Schutz vor Fluglärm*, Berlin 2005, S. 168.

⁹ Giemulla, in: Giemulla/Schmid (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht*, Band 2 Luftverkehrsverordnungen, Loseblatt, Neuwied Stand: August 2011, § 27 a LuftVO Rn. 1.

¹⁰ So deutlich Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), *Kölner Kompendium Luftrecht*, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 76.

¹¹ Wysk, *Ausgewählte Probleme zum Rechtsschutz gegen Fluglärm (II)*, ZLW 1998, S. 285 (286).

¹² BVerwG, Urteil vom 28.6.2000, 11 C 13/99 = NJW 2000, 3584 (3585); BVerwG, Urteil vom 24.06.2004, 4 C 11/03, Rn. 23.

¹³ BVerwG, Urteil vom 28.6.2000, 11 C 13/99 = NJW 2000, 3584 (3585); Giemulla, in: Giemulla/Schmid (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht*, Band 2 Luftverkehrsverordnungen, Loseblatt, Neuwied Stand: August 2011, § 27 a LuftVO Rn. 1; Repkewitz, *Festlegung von Flugrouten - Materielle und formelle Anforderungen*, Rechtsschutz, VBIBW 2005, 1 (1); Kukk, *Rechtsschutz von*

Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) ermächtigt, die Flugverfahren einschließlich der Flugwege, Flughöhen und Meldepunkte durch Rechtsverordnung festzulegen. Die Verpflichtung zur Einhaltung der festgelegten Flugverfahren folgt nicht unmittelbar aus diesen Rechtsverordnungen des BAF, sondern aus § 27 a Abs. 1 LuftVO selbst¹⁴. Dieser § 27 a LuftVO stellt im Verhältnis zu § 32 LuftVG die Subdelegationsnorm dar¹⁵.

Entgegen der relativ eindeutigen normativen Einordnung von vorgeschriebenen Flugverfahren als Rechtsverordnungen des BAF¹⁶ wurde längere Zeit vor allem aus Rechtsschutzüberlegungen erwogen, diese und insbesondere diejenigen Flugverfahren, die sich auf die lärmrelevanten An- und Abflugstrecken beziehen, trotz ihrer formalen Einordnung als Rechtsverordnung materiell als Verwaltungsakte in der Form von Allgemeinverfügungen einzuordnen, da gegen diese Rechtsschutz in Form eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage möglich sei, wohingegen sich der Rechtsschutz gegen Verordnungen des Bundes schwieriger gestaltet¹⁷. Diese rechtliche Einordnung vermag jedoch bereits wegen des eindeutigen Wortlauts von § 32 LuftVG sowie von § 27 a LuftVO nicht zu überzeugen, da in diesen Normen explizit davon die Rede ist, dass die Flugverfahren durch Rechtsverordnungen zu erlassen sind. Auch kann die Einordnung aus Rechtsschutzgesichtspunkten nicht mehr überzeugen, da mittlerweile durch das BVerwG Rechtsschutz gegen Flugrouten in Form der Feststellungsklage zugelassen wurde¹⁸.

II. Verhältnis Flugroute / Einzelfreigabe

Angesichts der vorstehend angesprochenen Einordnung der Flugrouten nicht ausschließlich als Instrument der Verkehrsregelung für den Luftverkehr und der Kapazitätssteuerung im Luftraum, sondern auch als rechtsstaatlich gebotenes Planungsinstrument zur Bewältigung der durch den Luftverkehr und insbesondere durch des-

Flughafenanwohnern gegen die Festlegung von Flugrouten – Zwei Schritte vor, ein Schritt zurück, NVwZ 2001, 408 (408f.).

¹⁴ Giemulla, in: Giemulla/Schmid (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Band 2 Luftverkehrsverordnungen, Loseblatt, Neuwied Stand: August 2011, § 27 a LuftVO Rn. 1.

¹⁵ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 77.

¹⁶ Zu möglichen Ausnahmen vgl. § 27 a Abs. 2 S. 2, 3 LuftVO.

¹⁷ Czybulka, Verwaltungsprozessuale Probleme bei der Klage gegen die Festlegung von „Flugrouten“, DÖV 1991, 410 (410).

¹⁸ Kukk, Rechtsschutz von Flughafenanwohnern gegen die Festlegung von Flugrouten – Zwei Schritte vor, ein Schritt zurück, NVwZ, 2001, 408 (409); BVerwG, Urteil vom 28.6.2000, 11 C 13/99 = NJW 2000, 3584 (3584).

sen Lärmbelastungen verursachten Konflikte stellt sich die Frage nach dem Verhältnis von im dafür vorgesehenen, grundsätzlich in § 32 LuftVG sowie in § 27 a LuftVO geregelten Verfahren aufgestellten „Flugrouten“ beziehungsweise „vorgeschriebenen Flugverfahren“ zu sogenannten Einzelfreigaben.

Bei Einzelfreigaben handelt es sich gesetzestechnisch um Flugverkehrskontrollfreigaben im Sinne des § 26 LuftVO. Mit einer solchen Flugverkehrskontrollfreigabe erhält der Luftfahrzeugführer die Erlaubnis, seinen Flug unter bestimmten in dieser Luftverkehrskontrollfreigabe festgelegten Bedingungen durchzuführen. Die zuständige Flugverkehrskontrollstelle kann bei der Bewegungslenkung der ihrer Kontrolle unterliegenden Flüge nach § 26 Abs. 2 S. 2 LuftVO den Flugverlauf, insbesondere den Flugweg und die Flughöhe, durch entsprechende Freigaben im Einzelnen festlegen¹⁹.

Das Verhältnis zwischen vorgeschriebenem Flugverfahren und Flugverkehrskontrollfreigabe im konkreten Einzelfall ist eindeutig zu beantworten: Die Einzelfreigabe bzw. die im konkreten Einzelfall erteilte Flugverkehrskontrollfreigabe besitzt Vorrang gegenüber den vorgeschriebenen Flugverfahren oder Flugrouten, die der Luftfahrzeugführer nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 27 a Abs. 1 LuftVO nur zu befolgen hat, „soweit die zuständige Flugverkehrskontrollstelle keine Flugverkehrskontrollfreigabe nach § 26 Abs. 2 Satz 2 erteilt“.

Dieser Vorrang der im Einzelfall erteilten Flugverkehrskontrollfreigabe nach § 26 LuftVO ist aus Gründen der Sicherheit und Leichtigkeit des Luftverkehrs auch grundsätzlich zwingend geboten und erforderlich, damit die zuständigen Flugverkehrskontrollstellen durch Entscheidungen im Einzelfall auf besondere Situationen und Umstände einzelner Flugbewegungen und –situationen reagieren, in jedem Einzelfall die normativ vorgegebene Sicherheit und Leichtigkeit des Luftverkehrs gewährleisten und zu diesem Zweck situativ von den für den Regelfall vorgeschriebenen Flugverfahren abweichen können.

Problematisch und rechtlich bedenklich wird das Verhältnis von vorgeschriebenen Flugverfahren oder Flugrouten zu Einzelfreigaben oder Luftverkehrskontrollfreigaben außerhalb der vorgeschriebenen Flugverfahren dann, wenn sich in der Praxis des

¹⁹ Zu Form, Bedeutung und Rechtsnatur der Flugverkehrskontrollfreigaben im Einzelnen näher Lüb-
ben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009,
Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 802f. Rn. 46ff.

Flugbetriebs Einzelfreigaben derart häufen, dass sich neben den im vorgesehenen Verfahren durch Rechtsverordnung der BAF festgelegten Flugrouten aufgrund entsprechender Verwaltungspraxis der Flugverkehrskontrollstellen zusätzliche faktische Flugrouten herausbilden. In dieser Situation kann zwar nicht im Einzelfall der Vorrang der Flugverkehrskontrollfreigabe gegenüber dem allgemein vorgeschriebenen Flugverfahren in Frage gestellt werden. Fraglich erscheint aber, ob hier nicht durch die Verwaltungspraxis der Flugverkehrskontrollstellen die auch für die Flugverkehrskontrollstellen maßgeblichen Vorgaben des LuftVG und der LuftVO zum Lärmschutz umgangen sowie die Funktion und der Sinn und Zweck der rechtsstaatlich gebotenen planerischen Abwägung bei der Festlegung von Flugrouten durch deren systematische Nichtanwendung in Frage gestellt werden.

Rechtliche Bedenken gegen eine derartige regelmäßige Praxis der Erteilung von Einzelfreigaben und gegen die Herausbildung faktischer Flugrouten außerhalb der vorgeschriebenen Flugverfahren hat bereits im Jahr 2003 der VGH Kassel wie folgt formuliert:

„Nach dem Vorbringen der Kläger insbesondere in der mündlichen Verhandlung betrifft ihr Einwand jedoch in erster Linie diejenigen Flugbewegungen, die aufgrund von Einzelfreigaben östlich des Raumes stattfinden, der durch die zugelassenen Flugverfahren (einschließlich deren Korridore) abgedeckt wird. Diese Flugbewegungen berühren, wie oben dargelegt, nicht die Rechtmäßigkeit der Flugverfahren; sie sind allerdings von den Fluglärmmessungen erfasst und deshalb in die Beurteilung der Lärmschutzbelange der Kläger eingeflossen. Obwohl diese "Directs" nicht Gegenstand der gerichtlichen Prüfung im vorliegenden Verfahren sind, weist der Senat zur Vermeidung weiterer Streitigkeiten auf Folgendes hin: Die DFS ermächtigt nach ihren Angaben in der mündlichen Verhandlung ihre Fluglotsen, Flugverkehrskontrollfreigaben außerhalb der "veröffentlichen" Verfahren zu erteilen, wenn die Flugbewegungen oberhalb des "lärmrelevanten Höhenbereichs" stattfinden; diese Grenze zieht sie bei 5.000 ft am Tag und 8.000 ft in der Nacht (jeweils über Grund). Diese Verwaltungspraxis - die Fluglotsen nehmen hoheitliche Funktionen wahr - deckt sich im Wesentlichen mit der von der Geschäftsleitung der DFS herausgegebenen Dienstanweisung an ihre Fluglotsen (vgl. Ziffern 3.2.1 und 3.2.2 der "Richtlinie Fluglärminderung"). Wenn sich, wofür hier einige Flugspuraufzeichnungen sprechen, Flugbewegungen aufgrund von Einzelfreigaben derart häufen oder gar bündeln, dass neben den durch Rechtsverordnung zugelassenen Flugverfahren weitere Flugrouten - faktische Flugrouten - entstehen, wirft das Rechtsfragen in zweifacher Hinsicht auf: Zunächst kann sich daraus ein Handlungsbedarf für das LBA ergeben. Die Existenz einer faktischen Flugroute indiziert ein Verkehrsbedürfnis. Die Einzelfreigabe versetzt den Flugzeugführer in die Lage, den Wegpunkt TABUM möglichst schnell zu erreichen. Neben dem Vorteil für das Luftfahrtunternehmen durch Zeitgewinn und Einsparung von Kraftstoff wirkt sich das auch für die DFS vorteilhaft aus, weil sich die Zeitspanne der einzelnen Flugverkehrskontrolle verkürzt. Stehen diesen flug- und flugsicherungstechnischen Interessen keine Lärmschutzbelange entgegen, kann die faktische Flugroute für das LBA Anlass sein, ein entsprechendes Flugverfahren durch Rechtsverordnung auszuweisen, d. h. mit anderen Worten die faktische Flugroute zu legalisieren.

Wenn dagegen eine Erweiterung der zugelassenen Flugrouten in Richtung Osten aus der Sicht des LBA nicht interessengerecht ist, unterliegt die Praxis der DFS nicht unerheblichen rechtlichen Bedenken. Diese resultieren in formeller Hinsicht daraus, dass die Fluglotsen bei der Vergabe der einzelnen Flugverkehrskontrollfreigaben an die gesetzlichen Bestimmungen, also auch an die durch Rechtsverordnung festgesetzten Flugverfahren gebunden sind. Der Senat verkennt nicht, dass die Ausweisung von Flugrouten als ein standardisiertes Verfahren an übliche Bedingungen anknüpft, so dass die Fluglotsen bei besonderen - z. B. meteorologischen - Situationen oder gar bei Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs in der Lage sein müssen, individuelle Flugwege zu bestimmen. Eine davon unabhängige generelle Ermächtigung, von zugelassenen Flugverfahren abzuweichen, lässt sich auch nicht aus der Erwägung herleiten, dass der gesamte Luftraum grundsätzlich allen Luftfahrzeugen offen steht. Denn wenn das LBA aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung bestimmte Flugrouten für den Weg von dem Flughafen bis zu dem Punkt TABUM festlegt, kommt darin auch der Wille zum Ausdruck, dass - soweit keine Ausnahmen vorgesehen sind - in diesem Bereich keine anderen als die zugelassenen Flugverfahren genutzt werden sollen.

In materieller Hinsicht bestehen Bedenken, den Höhenbereich über 5.000 ft GND am Tag generell als nicht lärmrelevant zu betrachten. Gerade im vorliegenden Verfahren hat sich gezeigt, dass auch von dem Flugverkehr oberhalb dieser Schwelle Lärmbelastungen ausgehen können, die zwar nicht als unzumutbar (im Sinne einer erheblichen Störung), wohl aber als abwägungsrelevant anzusehen sind und möglichst vermieden werden sollen (vgl. die Kritik von Berkemann, ZUR 2002, 202 <205>).²⁰

Zutreffend an dieser Einschätzung erscheint jedenfalls die Annahme, dass die regelmäßige Praxis der Flugverkehrskontrollstellen, bestimmte Flugstrecken im Wege der im Einzelfall außerhalb der vorgeschriebenen Flugverfahren erteilten Flugverkehrskontrollfreigabe zuzuweisen, für ein entsprechendes Verkehrsbedürfnis aus flug- und flugsicherungstechnischen Gründen spricht. In diesem Fall stellen LuftVG und LuftVO für die rechtliche Bewertung dieses Verkehrsbedürfnisses das Verfahren zum Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung durch das BAF im Benehmen mit dem Umweltbundesamt nach § 27 a Abs. 2 LuftVO i.V.m. § 32 LuftVG zur Verfügung. Dieses Verfahren ist wie bereits dargelegt rechtsstaatlich zur Konfliktbewältigung geboten. Es würde systemwidrig praktisch entwertet, wenn sich außerhalb der in diesem normativ vorgegebenen Verfahren festgelegten vorgeschriebenen Flugverfahren eine gleichgewichtige oder sogar umfänglichere Praxis der Abweichung von den vorgeschriebenen Flugverfahren aufgrund Flugverkehrskontrollfreigaben der Flugverkehrskontrollstellen, die selbstverständlich ihrerseits an die Vorgaben des LuftVG und der LuftVO gebunden sind, entwickeln könnte.

Ebenso wird in der Entscheidung des VGH Kassel zu Recht betont, dass die Flugverkehrskontrollstellen selbstverständlich von den vorgeschriebenen Flugverfahren abweichende Flugverkehrskontrollfreigaben erteilen können müssen, dass diese Befugnis aber nach der Systematik der gesetzlichen Vorgaben keineswegs vorausset-

²⁰ VGH Kassel, Urteil vom 11.02.2003, 2 A 1569/01 = ZUR 2003, 298ff.

zungslos besteht, sondern das Vorliegen besonderer Umstände voraussetzt. In besonderen Situationen oder bei Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs muss die Flugverkehrskontrollstelle diese Situationen oder Gefahren durch die Bestimmung individueller Flugwege bewältigen können. Wenn aber keine besondere Situation und keine Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs vorliegt, dann ist auch die Flugverkehrskontrollstelle – nicht zuletzt wegen der auch ihr obliegenden Verpflichtung aus § 29 b Abs. 2 LuftVG zum Schutz der Bevölkerung vor unzumutbarem Fluglärm - verpflichtet, die nach § 32 LuftVG i.V.m. § 27 a LuftVO festgelegten vorgeschriebenen Flugverfahren zu beachten. Eine generelle voraussetzungslose Abweichungsbefugnis von den vorgeschriebenen Flugverfahren wird der Flugverkehrskontrollstelle durch die LuftVO nicht eingeräumt. Eine solche Befugnis ist auch weder zur Erfüllung der Aufgaben der Flugverkehrskontrollstelle erforderlich noch mit Sinn und Zweck der vorgeschriebenen Flugverfahren oder der Regelungssystematik des LuftVG und der LuftVO vereinbar. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass faktische Flugrouten, die durch eine Häufung von Einzelfreigaben entstehen, als formell rechtswidrig einzuordnen sind, wenn diese durch eine ständige ohne zwingende Gründe gebotene Anwendung der Einzelfreigaben entstehen und die durch das BAF als Rechtsverordnung verabschiedeten Flugrouten praktisch verdrängen. In diesen Fällen würden die Flugverkehrskontrollstellen als unzuständige Behörde handeln, Flugrouten unter Missachtung des vorgesehenen Verfahrens und in einer fehlerhaften Form, namentlich als Allgemeinverfügung, erlassen²¹. Schließlich erscheint auch die generelle Annahme, Fluglärm oberhalb einer bestimmten Flughöhe als nicht nur nicht unzumutbar, sondern als nicht relevant zu betrachten und aufgrund dieses Umstandes von der Irrelevanz vorgeschriebener Flugverfahren für eine Flugverkehrskontrollfreigabe oder für eine ständige Praxis der Erteilung übereinstimmender Flugverkehrskontrollfreigaben auszugehen, materiell durchaus zweifelhaft.

Nach allem ist eine aus besonderem Anlass im Einzelfall erteilte Flugverkehrskontrollfreigabe außerhalb der vorgeschriebenen Flugverfahren diesen gegenüber rechtlich unproblematisch vorrangig. Eine ständige Praxis der Flugverkehrskontrollstellen, regelmäßig und ohne Vorliegen besonderer Umstände abweichend von den vorgeschriebenen Flugverfahren übereinstimmende Flugverkehrskontrollfreigaben zu ertei-

²¹ Beachte dazu § 32 LuftVG und § 27 a LuftVO, die das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung bzw. das BAF als zuständige Behörde normieren, ein Verfahren mit bestimmten Beteiligungsrechten und Rechtsverordnungen als Rechtsform der Flugrouten vorsehen.

len und auf diese Weise faktische zusätzliche Flugrouten zu eröffnen, ist dagegen mit der Regelungssystematik von LuftVG und LuftVO sowie mit der Funktion und mit Sinn und Zweck des Verfahrens der Festlegung von vorgeschriebenen Flugverfahren nicht vereinbar.

III. Flugroutenfestlegung als Abwägungsentscheidung

Für die Festlegung von Flugrouten besteht grundsätzlich eine Abwägungspflicht, deren Inhalt und Umfang sich nach den gesetzlichen Vorgaben sowie nach dem rechtsstaatlich für jede Abwägung unabdingbar Gebotenen richten²².

In der vorzunehmenden Abwägung kommt der Luftsicherheit überragende und nicht durch Abwägung zu überwindende Bedeutung im Sinne eines Planungsleitsatzes zu. Die Flüssigkeit des Luftverkehrs bzw. die Flughafenkapazität sind qualifiziert im Sinne eines Optimierungsgebotes zu berücksichtigen, das jedoch unter besonderen Umständen hinter andere Belange zurücktreten kann. Solche andere Belange ergeben sich aus der Eigenschaft der Festlegung von Flugrouten als raumbedeutsame Planung, die durch die Konzentration von Flugbewegungen über bestimmten Gebieten zwangsläufig verschiedene Probleme und Interessenkonflikte verursacht²³.

Insbesondere ist im Rahmen des Abwägungsvorgangs dem Schutz der Bevölkerung vor dem durch den Luftverkehr verursachten Lärm Rechnung zu tragen. Diese Verpflichtung ergibt sich normativ aus § 29 b Abs. 2 LuftVG, nach dem die Luftfahrtbehörden und die Flugsicherungsorganisation auf den Schutz der Bevölkerung vor unzumutbarem Fluglärm hinzuwirken haben.

Unzumutbar ist Fluglärm nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dann, wenn durch ihn erhebliche Belästigungen verursacht werden, die die Schädlichkeitsschwelle überschreiten. Allerdings steht selbst solcher unzumutbarer Lärm der Festlegung einer Flugroute nicht zwingend entgegen. Vielmehr können auch mit unzumutbarer Lärmbelastigung verbundene Flugrouten festgelegt werden, wenn die entsprechende Flugroute aus Gründen der Sicherheit des Luftverkehrs zwingend geboten ist.²⁴

²² BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = BVerwGE 121, 152 (157f.).

²³ Hierzu näher Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 817 Rn. 89ff. m.w.N.

²⁴ „Das Luftfahrt-Bundesamt hat sich an der anderweitig getroffenen Grundentscheidung über den zulässigen Umfang der Verkehrsmenge auszurichten. Zum Lärmschutz kann es nur insoweit beitragen, als Sicherheitsanforderungen dies zulassen. Wo Verteilungsmaßnahmen unter Ausschöpfung aller si-

Allerdings ist bei der Festlegung von Flugrouten der durch diese verursachte Fluglärm auch unterhalb der Zumutbarkeitsschwelle abwägungsrelevant und zu berücksichtigen. Jedoch reichen im Hinblick auf nicht unzumutbare, also nicht die Schädlichkeitsschwelle erreichende Lärmbelastungen bereits vernünftige, vertretbare Überlegungen aus, die die Festlegung der Route gegenüber dem Lärmschutzinteresse der Bevölkerung rechtfertigen²⁵. Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu entschieden:

„Die Wertung, die § 29 b Abs. 2 LuftVG zugrunde liegt, lässt den Schluss zu, dass das Interesse am Schutz vor Fluglärm, der nicht unzumutbar ist, hintangestellt werden darf, wenn sich hierfür sachlich einleuchtende Gründe ins Feld führen lassen. Dies trifft auch für die Festlegung von Flugverfahren zu. Muss die Entscheidung für eine bestimmte Flugroute nicht mit unzumutbaren Lärmbelastungen erkaufte werden, so genügt es, wenn sie sich mit vertretbaren Argumenten untermauern lässt. Das Luftfahrt-Bundesamt braucht nicht obendrein den Nachweis zu erbringen, auch unter dem Blickwinkel des Lärmschutzes die angemessenste oder gar bestmögliche Lösung gefunden zu haben. Einen Rechtsverstoß begeht es nur dann, wenn es die Augen vor Alternativen verschließt, die sich unter Lärmschutzgesichtspunkten als eindeutig vorzugswürdig aufdrängen, ohne zur Wahrung der für den Flugverkehr unabdingbaren Sicherheitserfordernisse weniger geeignet zu sein.“²⁶

C.) Rechtlicher Rahmen der Benehmensentscheidung des Umweltbundesamtes nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 8, Abs. 4 c LuftVG

I. Rechtsgrundlage für die Festlegung von Flugrouten

Die Rechtsgrundlage für die Festlegung von Flugrouten stellt § 32 Abs. 4 Nr. 8, Abs. 4 c LuftVG i.V.m. § 27 a Abs. 2 LuftVO dar.

cherheitsrechtlich vertretbaren Möglichkeiten keine Abhilfe versprechen, kann es nicht dafür einstehen müssen, vor unzumutbarem Fluglärm zu schützen. Insoweit steht das durch § 29 b Abs. 2 LuftVG vorgegebene Ziel unter dem Vorbehalt des Machbaren. Ist das Luftfahrt-Bundesamt mithin nicht daran gehindert, sich in dem Zielkonflikt zwischen Luftsicherheit und Lärmschutz für eine mit unzumutbaren Folgen verbundene Lösung zu entscheiden, so unterliegt es nach der Konzeption des Gesetzgebers doch einem besonderen Rechtfertigungszwang. Den Nachweis, dass schonendere Mittel nicht in Betracht kommen, kann es nur dann führen, wenn ihm überwiegende Gründe der sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs zur Seite stehen. Auch in der Kollision mit gewichtigen Lärmschutzinteressen haben sicherheitsrelevante Erwägungen Vorrang. Der Schutz vor unzumutbarem Fluglärm ist von hoher Bedeutung, er darf aber nach der Wertung des Gesetzgebers nicht auf Kosten der Luftsicherheit gehen.“; vgl. näher BVerwGE 121, 152 (160ff.).

²⁵ Näher Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 817 Rn. 95.

²⁶ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = BVerwGE 121, 152 (164).

1. Stellung und Funktion des BAF

Nach Art. 32 Abs. 4 c LuftVG kann das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung in den dort genannten Fällen die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates auf das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung übertragen. Dabei werden Verordnungen nach Absatz 4 Satz 1 Nr. 8, die von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm sind, im Benehmen mit dem Umweltbundesamt erlassen.

Mit der Möglichkeit der Übertragung der entsprechenden Rechtsverordnungen an das BAF wird bezweckt, dass es als sachnähere Behörde unmittelbar die wesentlichen für die Flugsicherung bedeutsamen Rechtsvorschriften selbst erlassen kann²⁷. § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG i.V.m. dem neu eingeführten § 32 Abs. 4 c LuftVG ermöglicht in diesem Sinne, die Zuständigkeit für den Erlass von An- und Abflugverordnungen, die vorher vom LBA auf der Grundlage von § 27a Abs. 2 LuftVO erlassen wurden, auf das BAF zu übertragen²⁸.

Die entsprechende Ermächtigung ist erfolgt. Diese sog. Subdelegation, also die Weiterübertragung der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen im Sinne des § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG vom durch § 32 Abs. 4 LuftVG ermächtigten Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung auf die BAF, findet ihre Rechtsgrundlage in § 32 Abs. 4 c LuftVG in Verbindung mit Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG. § 27a Abs. 2 S. 1 LuftVO stellt die entsprechende Delegation durch Rechtsverordnung dar.

2. Rolle der DFS

Die tatsächliche planerische Entscheidung bzgl. der Festlegung von Flugverfahren nimmt in der Praxis allerdings nicht selbständig das BAF vor, sondern diese Entscheidung wird weitgehend durch die Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS), die Nachfolgerin der Bundesanstalt für Flugsicherung (BFS), als fachlich zuständige Flugsicherungsstelle vorbereitet und durchgeführt. Die DFS ist vom BMVBS durch Rechtsverordnung auf der Grundlage des § 27 c LuftVG mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben zur Flugsicherung beliehen worden.

²⁷ Giemulla, in: Giemulla/Schmid (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Band 1.1 Luftverkehrsgesetz, Loseblatt, Köln Stand: Dezember 2010, § 32 LuftVG Rn. 12c.

²⁸ Giemulla, in: Giemulla/Schmid (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Band 1.1 Luftverkehrsgesetz, Loseblatt, Köln Stand: Dezember 2010, § 32 LuftVG Rn. 16.

Nach § 27a Abs. 2 LuftVO a.F. war bis zum 1.1.1993 die Bundesanstalt für Flugsicherung für die Kontrolle des Luftverkehrs, sowie für die Aufstellung von Flugverfahren zuständig. Bereits Mitte der 1980er Jahre wurde die Ansicht laut, dass die Flugsicherung in Form einer öffentlich-rechtlichen rechtsfähigen Anstalt nicht mehr in der Lage sei, den ständig wachsenden Anforderungen im Bereich des Luftverkehrs nachzukommen. Dadurch leide dieser Bereich an minderer Qualität²⁹. Deshalb entschied sich die damalige Bundesregierung für die Organisationsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung³⁰. Bezüglich dieser privatrechtlichen Ausgestaltung äußerte der damalige Bundespräsident Richard Weizsäcker seine Bedenken und verweigerte dementsprechend zunächst die Ausfertigung dieses Gesetzes. Dies begründete er damit, dass die geplante Organisationsprivatisierung nicht mit Art. 33 Abs. 4 und Art. 87 d Abs. 1 GG zu vereinbaren sei³¹. Aufgrund dessen wurde Art. 87 d Abs. 1 GG um einen Satz 2 ergänzt, nachdem über die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform durch Bundesgesetz entschieden werde³². Durch das 10. Gesetz zur Änderung des LuftVG³³ wurden die Normen §§ 27 c und 27 d sowie §§ 31 b und 31 d LuftVG eingeführt, die für die Privatisierung maßgeblich waren. Gem. § 31 b Abs. 1 S. 1 LuftVG fand eine Beauftragung der DFS durch § 1 Flugsicherungs-Auftrags-Verordnung statt, durch die sie mit der Wahrnehmung aller in § 27 c Abs. 2 LuftVG genannten Aufgaben beauftragt wurde. Seitdem nimmt sie die Aufgaben der Flugsicherung wahr.

In der Regel geht die Neugestaltung oder die Änderung von Flugrouten von der DFS aus, da ihr aufgrund ihrer Tätigkeit im Bereich der Flugsicherung meist zuerst auffällt, welche Probleme sich bei der Umsetzung von Flugrouten ergeben³⁴. Die DFS entwickelt sodann in einem Prüfverfahren die von ihr als notwendig angesehenen neuen Flugwege oder Flugverfahren unter Berücksichtigung der flugbetrieblich möglichen Varianten. Den von ihr ausgearbeiteten Entwurf einer Flugroutenfestlegung schlägt sie hiernach dem BAF vor, das neben einer Rechtsförmlichkeitsprüfung eine beschränkte inhaltliche Prüfung vornimmt. Dabei ist das Verfahren in der Weise ausgestaltet, dass der DFS insbesondere die Sachverhaltsermittlung sowie die Abwägung

²⁹ Schleiden, Rechtliche Grundfragen der Flugroutenfestlegung, Hamburg 2009, S. 8.

³⁰ Deutscher Bundestag, Drucksache 11/6261.

³¹ Vgl. Schreiben des Bundespräsidenten an den Bundesratspräsidenten, Bundesrat Drucksache 37/91.

³² Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 14.7.1992, BGBl. I S. 1254.

³³ Gesetz vom 23.7.1992, BGBl. I S. 1370, in Kraft getreten am 1.1.1993.

³⁴ Schleiden, Rechtliche Grundfragen der Flugroutenfestlegung, Hamburg 2009, S. 8.

übertragen wurden. Dies hat zur Folge, dass die DFS, bis sie einen Vorschlag für eine Flugroute vorlegt, das Verfahren allein in der Hand hat³⁵.

Das BAF übernimmt es in diesem Rahmen regelmäßig lediglich, die Flugverfahren, die durch die DFS erarbeitet wurden, als Rechtsverordnung festzustellen, da die DFS wegen ihrer privatrechtlichen Organisationsstruktur nicht in der Lage ist, als Verordnungsgeber tätig zu werden³⁶.

Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts ist dieses Vorgehen zulässig, solange das BAF formal für die Entscheidung verantwortlich bleibt, für die Einhaltung des Abwägungsgebots Sorge trägt und die Nachprüfbarkeit der Einhaltung der durch dieses Gebot vorgegebenen Maßstäbe sicherstellt³⁷.

Auch andere Gerichte schließen sich dieser Meinung des BVerwG an, so bspw. das OVG NRW, nach dem das BAF der DFS im Wesentlichen die Erarbeitung der Abwägungsentscheidungen überlassen kann. Dies ist nach dem OVG NRW deshalb sachgerecht, weil die DFS die Nachfolgerin der Bundesanstalt für Flugsicherung darstellt und daher „die für die Vorbereitung von Flugverfahren uneingeschränkt kompetente, personell und sachlich hinreichend ausgestattete Stelle ist, bei der zudem die Kenntnis über ganz wesentliche Faktoren, von denen eine möglichst optimale Festlegung von Flugverfahren abhängt, vorhanden ist“³⁸.

In diesem Rahmen überwacht dann das BAF bei der Festlegung der Flugverfahren nach § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG real im Wesentlichen lediglich im Rahmen einer Rechts- und Fachaufsicht, dass die Einhaltung der maßgeblichen vorhandenen Regelungen erfolgt³⁹.

3. Mitwirkung des Bundesrates

Grundsätzlich bedürfen Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage von Bundesgesetzen erlassen werden und von den Bundesländern im Auftrag des Bundes ausgeführt werden, nach Art. 80 Abs. 2 GG der Zustimmung des Bundesrates. Das Gleiche

³⁵ Repkewitz, Festlegung von Flugrouten - Materielle und formelle Anforderungen, Rechtsschutz, VBIBW 2005, 1 (10).

³⁶ Stoermer, Der Schutz vor Fluglärm, Berlin 2005, S. 179.

³⁷ BVerwG, Urteil vom 28.6.2000, 11 C 13/99 = BVerwGE 111, 276 (283f.).

³⁸ OVG NW, Urteil vom 4.3.2002, 20 D 120/97. AK = NZV 2002, 478 (480).

³⁹ Giemulla, in: Giemulla/Schmid (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Band 1.1 Luftverkehrsgesetz, Köln Stand: Dezember 2010, § 32 LuftVG Rn. 12c.

gilt für die allgemeinen Verwaltungsvorschriften gem. Art. 85 Abs. 2 S. 1 GG in der Bundesauftragsverwaltung.

Von diesem Mitwirkungserfordernis des Bundesrates wird jedoch in den Abs.3 und 4 des § 32 LuftVG, unter Nutzung des Vorbehalts in Art. 80 Abs. 2 GG, eine Ausnahme gemacht. Nach § 32 Abs.3 S. 1 LuftVG ist die Zustimmung des Bundesrates bspw. dann entbehrlich, wenn es sich um Rechtsverordnungen handelt, die der Durchführung von Richtlinien und Empfehlungen der ICAO dienen⁴⁰. Ferner ist in Abs. 4 S. 1 eine Reihe von Sachgebieten aufgezählt, innerhalb derer es einer Mitwirkung des Bundesrates nicht bedarf. Auch Abs. 4 c bestimmt ausdrücklich, dass in den dort aufgezählten Sachbereichen keine Mitwirkung des Bundesrats erforderlich ist.

4. Ablauf des Planungsverfahrens

Bezüglich des Ablaufes des Planungsverfahrens zum Erlass von Flugrouten sowie der dabei geltenden Anforderungen existieren keine gesetzlichen Regelungen, weder im LuftVG noch in der LuftVO⁴¹. Auch entsprechende Regelungen in Verwaltungsvorschriften sind nicht vorhanden.

Dies hat zur Folge, dass die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens dem BAF und der von diesem beauftragten DFS obliegt, die das Verfahren nach sachgerechtem Ermessen auszugestalten und durchzuführen haben⁴². Das BAF ist also trotz fehlender konkreter gesetzlicher Regelungen nicht völlig frei in der Verfahrensgestaltung, sondern verpflichtet, das Verfahren in sachgerechter Weise so zu betreiben, dass der Gesetzeszweck sinnvoll verwirklicht werden kann⁴³.

II. Formelle Vorgaben für die Festlegung von Flugverfahren

Formelle Vorgaben für einen Planungsvorgang sind im allgemeinen Planungsrecht hauptsächlich die Beteiligung öffentlicher Stellen, die Beteiligung der Öffentlichkeit sowie die Begründungspflichten, die für jeden Plan bestehen. Fraglich ist, inwieweit diese Anforderungen auch für die Planung von Flugrouten relevant werden.

⁴⁰ Giemulla, in: Giemulla/Schmid (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Band 1.1 Luftverkehrsgesetz, Loseblatt, Köln Stand: Dezember 2010, § 32 LuftVG Rn. 8f.

⁴¹ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 86.

⁴² OVG NW, Urteil vom 4.3.2002, 20 D 120/97. AK = NZV 2002, 478 (480).

⁴³ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 86.

1. Beteiligung der Träger öffentlicher Belange

Bei der Festlegung von Flugrouten ist weder eine Behördenbeteiligung noch eine Beteiligung der Träger öffentlicher Belange durch Gesetz vorgeschrieben. Nimmt jedoch die DFS ihre Arbeit auf, stellt sie zunächst das technische Material nach den Vorgaben der ICAO zusammen und koordiniert dessen Abstimmung mit weiteren Stellen⁴⁴.

a. § 32 a LuftVG

Zuerst gehört dazu die Beteiligung des Ausschusses nach § 32 a LuftVG. Nach dieser Norm soll für die Flugroutenfestsetzung ein repräsentativ zusammengesetzter Beratender Ausschuss gebildet werden. Dieser Ausschuss ist vor Erlass der Rechtsverordnung zur Festlegung von Flugrouten zu hören, wobei er nur Empfehlungen in Bezug auf den Schutz vor Fluglärm sowie vor Luftverunreinigungen ausspricht. Daher nimmt er nur Stellung in Hinblick auf öffentliche Belange und spart die der Privaten aus⁴⁵.

Wegen des bloßen Ausspruchs von Empfehlungen ist jedoch seine tatsächliche Bedeutung für das Planverfahren sehr gering⁴⁶. Werden die Empfehlungen, die der Ausschuss abgibt, für nicht geeignet gehalten, ist diese mangelnde Eignung dem Ausschuss nach § 32 a Abs.3 S. 3 LuftVG unter Angabe der Gründe schriftlich mitzuteilen⁴⁷.

b. § 32 b LuftVG

Im Gegensatz zu dem Beratenden Ausschuss ist die Beteiligung der örtlichen Fluglärmkommission nach § 32 b LuftVG ein wichtiges Element des Planungsverfahrens⁴⁸.

Diese örtliche Fluglärmkommission ist gem. § 32 b Abs. 1 S. 1 LuftVG für jeden Verkehrsflughafen, für den ein Lärmschutzbereich nach dem Gesetz zum Schutz vor Fluglärm festzusetzen ist, zu bilden⁴⁹. Aus § 32 Abs. 7 LuftVG ergibt sich, dass für andere Flugplätze als die in Abs. 1 genannten die Bildung einer Fluglärmkommission

⁴⁴ Stoermer, Der Schutz vor Fluglärm, Berlin 2005, S. 181.

⁴⁵ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (34).

⁴⁶ Stoermer, Der Schutz vor Fluglärm, Berlin 2005, S. 181.

⁴⁷ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (34).

⁴⁸ Stoermer, Der Schutz vor Fluglärm, Berlin 2005, S. 181.

⁴⁹ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (34).

angeordnet werden kann, wenn hierzu aus Gründen des Lärmschutzes oder zur Verringerung der Luftverunreinigung durch Luftfahrzeuge ein Bedürfnis besteht.

Nach § 32 b Abs. 4 LuftVG sollen neben den Vertretern der vom Fluglärm in der Umgebung des Flughafens betroffenen Gemeinden und der Bundesvereinigung gegen Fluglärm der örtlichen Fluglärmkommission auch Vertreter der Luftfahrzeugehalter, der für die Flugverkehrskontrolle zuständige Stelle, des Flugplatzunternehmers und der von der Landesregierung bestimmten obersten Landesbehörden angehören.

Zwar wird aus dem Wortlaut der Norm nicht ersichtlich, dass die Fluglärmkommission am Verfahren zu beteiligen ist⁵⁰. Es entspricht jedoch der gängigen Praxis, dass sie bei der Planung von Flugrouten weitreichenden Einfluss nehmen kann⁵¹.

Dabei bestehen die Aufgaben der Fluglärmkommission in der Beratung der Genehmigungsbehörde sowie der für die Flugsicherung zuständigen Stelle über Maßnahmen zum Schutz gegen Fluglärm und gegen Luftverunreinigungen durch Luftfahrzeuge. Damit vertritt sie weder eigene noch private Belange, sondern ebenfalls wie der Beratende Ausschuss öffentliche Belange und ist daher als Träger öffentlicher Belange einzuordnen.

Das Verfahren läuft so ab, dass die DFS die Kommission von der geplanten Festlegung oder Änderung eines Flugverfahrens unterrichtet, dieser Planungsalternativen erläutert und die zu erwartenden Lärmwirkungen beschreibt. Daraufhin kann die Kommission nach § 32 Abs.3 S. 1 LuftVG der DFS Vorschläge für Maßnahmen machen, die dem Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm dienen.

Wenn die DFS nach der Prüfung der flugbetrieblichen Voraussetzungen die vorgeschlagenen Maßnahmen für geeignet und durchführbar hält, setzt sie diese um. Kommt sie dagegen zu dem gegenteiligen Ergebnis, teilt sie nach § 32 Abs.3 S. 3 LuftVG dies der Kommission unter Angaben von Gründen mit.

2. Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Beteiligung der Öffentlichkeit, also der betroffenen Bürger, findet im Fachrecht selbst keine Erwähnung. Auch kann kein unmittelbarer Rückgriff auf die Vorschrift des § 13 VwVfG erfolgen, da es sich bei der Festlegung von Flugrouten um ein

⁵⁰ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (34); Wysk, Ausgewählte Probleme zum Rechtsschutz gegen Fluglärm (II), ZLW 1998, 285 (288).

⁵¹ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (34); Wysk, Ausgewählte Probleme zum Rechtsschutz gegen Fluglärm (II), ZLW 1998, 285 (288).

Rechtsetzungsverfahren und nicht um ein Verwaltungsverfahren nach § 9 VwVfG handelt⁵². Daher besteht keine Verpflichtung seitens der BAF, die durch das in Planung befindliche Flugverfahren betroffenen Bürger zu beteiligen.

Eine Beteiligungspflicht lässt sich auch nicht aus vorrangigem Recht, insbesondere aus den Grundrechten herleiten⁵³. Dies resultiert vor allem daraus, dass die Flugverfahren im Kern Maßnahmen der Gefahrenabwehr, in die Lärmschutzaspekte eingebunden sind, darstellen⁵⁴. Im Gegensatz zu den ebenfalls durch Rechtsverordnung festzusetzenden Lärmschutzzonen nach dem Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm finden jedoch bei der Festlegung der Flugrouten keine originären Eingriffe in vom Verfassungsrecht geschützte Positionen statt, wie auch das Bundesverfassungsgericht festgestellt hat⁵⁵. Vielmehr stellen die Lärmwirkungen, die aus den einzelnen Flugverfahren herrühren, lediglich Folgen vorausgegangener Entscheidungen dar, ob eine konkrete Anlage zulässig ist und der von dieser ausgehende Fluglärm die Unzumutbarkeitsschwelle nicht überschreitet⁵⁶.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass es sich bei der Festlegung von Flugrouten um eine Allgemeinverfügung i.S.d. § 35 S. 2 VwVfG handelt⁵⁷, kommt man bzgl. der Beteiligung der betroffenen Bürger zu keinem anderen Ergebnis. Zum einen ergibt sich dies aus § 28 Abs. 2 Nr.4 VwVfG, der bestimmt, dass bei Allgemeinverfügungen eine Anhörung durch die Behörde nicht zwingend erforderlich ist. Zudem kann man aus einem Umkehrschluss aus § 27a Abs. 1 LuftVO entnehmen, dass sich der gegebenenfalls anzuhörende Adressatenkreis der Flugrouten auf die Luftfahrzeugführer beschränkt, denn nach der Norm sind nur diese zur Befolgung der Flugrouten verpflichtet und somit Adressaten der Flugrouten⁵⁸.

Für eine Beteiligung der betroffenen Bürger wird vorgebracht, dass zwar im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens bzgl. eines Flughafenbaus oder einer Flughafenerweiterung ein Anhörungsverfahren durchzuführen ist, jedoch die Festlegung der Flugrouten eben nicht zu diesem Verfahren gehöre, sodass bei diesem eine separate

⁵² Wysk, Ausgewählte Probleme zum Rechtsschutz gegen Fluglärm (II), ZLW 1998, 285 (289).

⁵³ OVG NW, Urteil vom 4.3.2002, 20 D 120/97. AK = NZV 2002, 478 (479).

⁵⁴ OVG NW, Urteil vom 4.3.2002, 20 D 120/97. AK = NZV 2002, 478 (479).

⁵⁵ BVerfG, Beschluss vom 7.10.1980, 2 BvR 584, (598, 599, 604/76) = BVerfGE 56, 298ff.

⁵⁶ OVG NW, Urteil vom 4.3.2002, 20 D 120/97. AK = NZV 2002, 478 (479).

⁵⁷ Czybulka/Wandres, Rechtsschutz gegen zivilen Fluglärm bei der Festlegung von „Flugrouten“, DÖV 1990, 1033 (1038); Czybulka, Verwaltungsprozessuale Probleme bei der Klage gegen die Festlegung von „Flugrouten“, DÖV 1991, 410 (410).

⁵⁸ OVG NW, Urteil vom 04.03.2002, 20 D 120/97. AK = NZV 2002, 478 (479).

Beteiligung erfolgen sollte, da bei der Beteiligung im Planfeststellungsverfahren für die Betroffenen auch nicht abzuschätzen sei, inwiefern sie durch die später festzulegenden Flugrouten betroffen werden⁵⁹. Zudem spreche für eine Beteiligung die grundrechtliche Gewährleistung des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG, da die Gefahr einer Wertminderung der Grundstücke, die durch den Lärm betroffen werden, bestehe. Ferner komme eine solche Beteiligung im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 GG in Betracht, da durch den Lärm Gesundheitsbeeinträchtigungen hervorgerufen werden können⁶⁰.

Gegen dieses Vorbringen für ein Beteiligungsrecht der Betroffenen spricht jedoch zum einen, dass die Ausgestaltung des Flugroutenverfahrens wegen fehlender gesetzlicher Regelungen im sachgerecht auszuübenden Ermessen des BAF bzw. der DFS liegt und daher diese bestimmen können, auf welche Art und Weise sie die für das Verfahren notwendigen Erkenntnisse erlangen. Auch sprechen Praktikabilitätsgründe dagegen, dass eine Sachverhaltsaufklärung bis auf die Ebene der einzelnen Grundstückseigentümer durchgeführt wird, die eventuell durch die Flugrouten von Lärmauswirkungen betroffen sind, und dadurch quasi eine individuelle Anhörung erfolgt. Außerdem ist zu bedenken, dass es gar nicht möglich ist die potenziell beeinträchtigten Grundstücke genau zu bestimmen, da den festzulegenden Flugrouten wegen der Abweichungen von der Ideallinie noch ein Flugerwartungsgebiet zuzuordnen ist⁶¹.

Darüber hinaus setzt Art. 80 GG, der für den Erlass von Rechtsverordnungen, um die es sich bei Flugrouten handelt, die Maßstäbe setzt, keine Anhörung der betroffenen Beteiligten voraus⁶². Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass eine Beteiligung der lärm betroffenen Bürger im Verfahren der Festlegung von Flugrouten nicht erforderlich ist.

3. Beteiligung der betroffenen Gemeinden

Ebenso wenig wie die Beteiligung der betroffenen Bürger ist – über die Beteiligung in der Fluglärmkommission nach § 32 b Abs. 4 LuftVG hinaus, nach dem der Fluglärmkommission Vertreter der in der Umgebung des Flughafens vom Fluglärm betroffenen Gemeinden angehören sollen - eine unmittelbare Beteiligung der betroffenen

⁵⁹ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (32).

⁶⁰ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (31f.).

⁶¹ Stoermer, Der Schutz vor Fluglärm, Berlin 2005, S. 185.

⁶² VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003, 2 A 1569/01, Rn. 33.

Gemeinden am Verfahren der Festlegung von Flugrouten vorgesehen. Auch kann man entsprechende Beteiligungsrechte aus den gleichen Erwägungen wie bei der Beteiligung der betroffenen Bürger nicht aus dem VwVfG ableiten⁶³.

Auch aus Art. 28 Abs. 2 GG und der daraus resultierenden Planungshoheit lässt sich kein über die Einflussnahme in der Lärmschutzkommission hinausgehendes Anhörungsrecht der vom Fluglärm betroffenen Gemeinde ableiten. Das durch Art. 28 Abs. 2 GG garantierte Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde wird durch die überörtlichen Verwaltungsträgern nur dann berührt, wenn rechtliche oder tatsächlich gestaltende Einwirkungen auf die Infrastruktur stattfinden, lediglich durch Fluglärmwirkungen auf das Gemeindegebiet wird es dagegen nicht tangiert⁶⁴.

4. Begründungspflichten

Weiter stellt sich die Frage, ob das Verfahren der Festlegung von Flugrouten besonderen Begründungspflichten unterliegt, wie es im Planungsrecht teilweise der Fall ist, wenn etwa im Rahmen der Bauleitplanung sowohl der Flächennutzungsplan gem. § 5 Abs.5 BauGB als auch der Bebauungsplan gem. § 9 Abs.8 BauGB zu begründen sind.

In Bezug auf die Festlegung von Flugverfahren ist eine explizit normierte Begründungspflicht weder in den einschlägigen Fachgesetzen noch den relevanten Verordnungen normiert⁶⁵.

Eine Begründungspflicht könnte sich jedoch aus Art. 80 GG ergeben, da Flugrouten Rechtsverordnungen darstellen, für die die Vorgaben dieser Norm maßgeblich sind. Allerdings legt Art. 80 GG keine grundsätzliche Begründungspflicht für Rechtsverordnungen fest. Zwar stellt die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien in den §§ 62 ff. GGO Vorgaben in Bezug auf die Vorbereitung, Ausfertigung und Verkündung von Rechtsverordnungen auf. Jedoch spricht gegen eine Anwendung der Normen auf den vorliegenden Fall sowohl die Vorschrift des § 1 Abs. 1 GGO als auch § 78 GGO. Darin ist bestimmt, dass die Gemeinsame Geschäftsordnung auf die unmittelbar dem Bundeskanzler unterstellten obersten Bundesbehörden sinngemäß Anwendung findet. Aus dem Umkehrschluss folgt, dass sich der Anwendungsbereich der GGO gerade nicht auf alle anderen obersten Bundesbehörden erstreckt,

⁶³ Wysk, Ausgewählte Probleme zum Rechtsschutz gegen Fluglärm (II), ZLW 1998, 285 (288).

⁶⁴ Wysk, Ausgewählte Probleme zum Rechtsschutz gegen Fluglärm (II), ZLW 1998, 285 (288).

⁶⁵ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (35).

sodass sie beim Erlass von Rechtsverordnungen nach § 27a Abs. 2 LuftVO keine Anwendung findet⁶⁶.

Nach dem VGH Kassel muss bei „Rechtsverordnungen über die Ausweisung von Flugverfahren“, die sich „nicht auf rein flugsicherungstechnische Veränderungen beschränken“, „die Einhaltung der Anforderungen des Abwägungsgebots aus einer Begründung oder einem Erläuterungsbericht oder aus den im Zusammenhang mit der Planung einer Flugroute entstandenen Vorgängen ersichtlich sein“⁶⁷.

Diese Anforderung erscheint rechtsstaatlich wie aus Rechtsschutzgesichtspunkten naheliegend, da die Überprüfung, ob die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die vorzunehmende Abwägungsentscheidung zutreffend und vollständig ermittelt worden sind und ob der Abwägungsvorgang und das Abwägungsergebnis den rechtlichen Anforderungen entsprechen, ansonsten kaum durchzuführen ist. Daher erscheint es naheliegend, aus diesen Erwägungen eine Begründungspflicht abzuleiten⁶⁸.

Die normative Grundlage einer solchen Begründungspflicht ist aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Verfassungsprinzipien herzuleiten⁶⁹. Als Grundlagen kommen Art. 20 Abs.3 GG bzw. Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG in Betracht. Für die Ableitung einer Begründungspflicht aus diesen Normen spricht, dass ein effektiver Rechtsschutz die Erkennbarkeit der Intention und des Zwecks einer hoheitlichen Anordnung voraussetze, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um einen Verwaltungsakt, eine Rechtsverordnung oder um eine Satzung handelt. Daher sei es eine notwendige Konsequenz des grundgesetzlich verbürgten Rechtsschutzes, bei dem Erlass von Rechtsverordnungen eine Begründungspflicht zu fordern. Für die Begründungspflicht spreche vor allem eine Selbstkontrolle des Ordnungsgebers, die Verbesserung des individuellen Rechtsschutzes sowie die richterliche Kontrolle⁷⁰.

5. Zusammenfassung

Eine Beteiligung der Träger öffentlicher Belange nach § 32 a LuftVG und § 32 b LuftVG hat zu erfolgen.

⁶⁶ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (35).

⁶⁷ VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003, 2 A 1569/01, Rn. 54.

⁶⁸ Tendenziell etwas skeptischer Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (35).

⁶⁹ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (36).

⁷⁰ Ossenbühl in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band III, 2. Auflage, Heidelberg 1996, § 64 Rn. 66.

Eine Beteiligung der betroffenen Bürger sowie der betroffenen Gemeinden ist nicht zwingend erforderlich. Für die Beteiligung der Öffentlichkeit sowie die Bewertung der widerstreitenden Lärmschutzbelange ist es ausreichend, wenn die DFS die örtliche Fluglärmkommission anhört, diese über die geplanten Vorhaben informiert und deren Vorschläge zum Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm in die Planung einbezieht⁷¹.

Eine Begründungspflicht im Hinblick auf die Festlegung von Flugrouten folgt ungeachtet ihres Charakters als Rechtsverordnung aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips und der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG.

Im Übrigen liegt die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens der Festlegung von Flugrouten im sachgerecht auszuübenden Ermessen des BAF, das bei der Verfahrensgestaltung auf eine die Umsetzung der Vorgaben des LuftVG und der LuftVO ermöglichende Verfahrensgestaltung Bedacht zu nehmen hat.

III. Materielle Vorgaben bzgl. der Abwägungsentscheidung

Die rechtlichen Vorgaben für die Abwägungsentscheidung des BAF bei der Festlegung von Flugrouten folgen sowohl aus den rechtlichen Vorgaben des LuftVG und der LuftVO für die Festlegung von Flugrouten als auch aus den rechtstaatlichen Geboten, die bei der Abwägung zwingend zu beachten sind⁷².

Da zwar die DFS einen großen Teil der Planung übernimmt, die BAF jedoch letztlich für die Entscheidung verantwortlich bleibt, muss diese für die Einhaltung des Abwägungsgebots Sorge tragen sowie sich um die Nachprüfbarkeit seiner Einhaltung kümmern⁷³.

1. Allgemeines

Im Rahmen des Planungsrechts stellt das Abwägungsgebot einen ungeschriebenen Rechtsgrundsatz dar, d.h. es ist auch dann abzuwägen, wenn das für die Planung relevante Gesetz dies nicht explizit anordnet. Dieses Abwägungsgebot folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip mit der Folge, dass ihm Verfassungsrang zukommt⁷⁴.

⁷¹ Stoermer, Der Schutz vor Fluglärm, Berlin 2005, S. 185.

⁷² BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1230).

⁷³ VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003, 2 A 1062/01 = NVwZ 2003, 875 (879).

⁷⁴ Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 11. Auflage, München 2010, § 74 Rn. 51.

Bei Durchführung der Abwägung muss eine Bewältigung der bestehenden sowie der durch das Vorhaben unmittelbar oder mittelbar aufgeworfenen Probleme erzielt und ein inhaltlich ausgewogener Plan erstellt werden⁷⁵.

„Das Gebot gerechter Abwägung ist danach verletzt, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hat, wenn in der Abwägung nicht alles an Belangen eingestellt worden ist, was nach Lage der Dinge hätte eingestellt werden müssen, wenn das Gewicht der betroffenen öffentlichen und privaten Belange verkannt worden oder aber der Ausgleich zwischen den Belangen in einer Weise vorgenommen worden ist, die zur objektiven Bedeutung der Belange außer Verhältnis gestanden hat⁷⁶.“

Im Rahmen des Abwägungsgebots ist zwischen dem Abwägungsvorgang und dem Abwägungsergebnis zu unterscheiden. Eine rechtmäßige Abwägung muss sowohl den Anforderungen an den Abwägungsvorgang als auch an das Abwägungsergebnis genügen⁷⁷.

Dabei ist zunächst zu beachten, dass die sog. Planungsleitsätze durch die planerische Abwägung nicht zu überwinden sind⁷⁸. Diese Planungsleitsätze sowie deren Beachtlichkeit können sich entweder aus den speziellen Vorschriften für die entsprechende Planung ergeben, sog. interne Planungsleitsätze, oder aus außerfachgesetzlichen Bestimmungen, sog. externe Planungsleitsätze⁷⁹. Bei den Planungsleitsätzen handelt es sich, wie schon erwähnt, um solche Prinzipien, die einer Abwägung nicht zugänglich sind, d.h. sie können zum Vorteil anderer Belange nicht bei der Planung in den Hintergrund treten. Daher sind diese durch schlichte Rechtsanwendung durch Subsumtion des Sachverhalts unter die Vorgegebenen Rechtsbegriffe zu begegnen⁸⁰.

Von den Planungsleitsätzen sind die sog. Optimierungsgebote zu unterscheiden. Diese stellen Rechtsprinzipien dar, die der Abwägung zugänglich sind. Im Vergleich zu anderen Belangen zielen sie jedoch möglichst auf die Verwirklichung ab, ohne je-

⁷⁵ VGH München, Urteil vom 22.3.1982, 25 XIV/78 = NJW 1983, 297 (298f.); BVerwG, Urteil vom 9.3.1979, 4 C 41/75 = BVerwGE 51, 297 (297).

⁷⁶ BVerwG, Urteil vom 5.7.1974, 4 C 50/72 = BVerwGE 45, 309 (314f.); BVerwG, Urteil vom 12.12.1969, 4 C 105/66 = BVerwGE 34, 301 (309).

⁷⁷ Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 11. Auflage, München 2010, § 74 Rn. 53.

⁷⁸ BVerwG, Urteil vom 22.3.1985, 4 C 73/82 = BVerwGE 71, 163 (163).

⁷⁹ Tettinger/Erbugth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Auflage, Heidelberg, München [u.a.] 2009, § 27 Rn. 986.

⁸⁰ Hoppe, in: Hoppe/Bönker/Grotefels, Öffentliches Baurecht, 4. Auflage, München 2010, § 5 Rn. 22f.

doch ein Zurücksetzen gegenüber sonstigen, im Einzelfall gleich- oder höherwertige Belange auszuschließen⁸¹. Dies ändert aber nichts daran, dass Optimierungsgebote der Abwägung zugänglich sind und daher den ganz normalen Anforderungen, die an den Abwägungsvorgang und die Abwägungsergebnisse zu stellen sind, unterliegen⁸².

Um festzustellen, ob eine Abwägung den Anforderungen, die an sie zu stellen sind, gerecht wird, sind vier Fehlerkategorien anerkannt, der Abwägungsausfall, das Abwägungsdefizit, die Abwägungsfehlgewichtung und die Abwägungsdisproportionalität.

Wenn ein Fall des Abwägungsausfalls vorliegt, übersieht die Behörde, dass für sie ein Abwägungsspielraum besteht und geht daher von einer gebundenen Entscheidung aus⁸³.

Bei einem Abwägungsdefizit hat die Behörde nicht alle „nach Lage der Dinge“ erheblichen Belange erfasst oder in die Abwägungsentscheidung eingestellt⁸⁴.

Eine Abwägungsfehlgewichtung liegt vor, wenn die Gewichtung der einzelnen Belange innerhalb der Abwägung nicht ihrer rechtlichen und objektiv tatsächlichen Bedeutung gerecht werden⁸⁵. Im Rahmen der Abwägungsfehlgewichtung ist ferner zu berücksichtigen, dass die Optimierungsgebote vorgeben, auf welche Umstände bei der Abwägung ein besonderes Gewicht zu legen ist. Somit wird durch diese auch die Gesamtabwägung gesteuert⁸⁶.

Bei der Abwägung sind schließlich die unterschiedlichen Belange in ein angemessenes Verhältnis zueinander zu setzen. Die Entscheidung darüber wird durch das Gebot des angemessenen Ausgleichs gesteuert. Geschieht dies nicht liegt ein Fall der Abwägungsdisproportionalität vor⁸⁷.

⁸¹ BVerwG, Urteil vom 22.3.1985, 4 C 73/82 = BVerwGE 71, 163 (165).

⁸² Tettinger/Erbguth/Mann, Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Auflage, Heidelberg, München [u.a.] 2009, § 27 Rn. 989.

⁸³ Wolff in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 114 Rn. 241.

⁸⁴ Wolff in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 114 Rn. 246.

⁸⁵ Wolff in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 114 Rn. 267.

⁸⁶ Wolff in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 114 Rn. 274.

⁸⁷ Wolff: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, § 114 Rn. 276.

2. Konkrete Vorgaben bzgl. der Festlegung von Flugrouten

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gilt für die Abwägungsentscheidung, die bei der Festlegung von Flugrouten vorgenommen wird, grundsätzlich das rechtstaatliche Abwägungsgebot. Allerdings ist zu beachten, dass nicht alle inhaltlichen Anforderungen des allgemeinen rechtsstaatlichen Abwägungsgebotes unverändert auf die Festlegung von Flugrouten Anwendung finden.

Das BAF ist nämlich bei der Festlegung von Flugrouten zum einen auf Grund kompetenzrechtlicher Gründe darauf beschränkt, den Fluglärm lediglich zu verteilen. Dem BAF ist es jedoch nicht möglich, die ursprüngliche Störquelle des Lärms zu beseitigen oder diese einzuschränken.

Zum anderen ist im Rahmen der Abwägungsentscheidung „keine parzellenscharfe Ermittlung und Bewertung der Belange der Betroffenen geboten, sondern eine generalisierende Betrachtung ist ausreichend“.

Dies hat zur Folge, dass bei der Festlegung von Flugverfahren das BAF einer Abwägungspflicht unterliegt, die sich nach den gesetzlichen Vorgaben und im Übrigen nach dem rechtsstaatlich für jede Abwägung unabdingbar Gebotenen richtet⁸⁸.

Die ersten speziellen Vorgaben in Bezug auf die Abwägung ergeben sich aus der Rechtsgrundlage für die Festlegung der Flugrouten selbst, also aus der Norm des § 27a LuftVO, sowie aus deren systematischem Zusammenhang.

Nach § 27a Abs. 2 LuftVO ist das BAF ermächtigt, bei An- und Abflügen zu und von Flugplätzen mit Flugverkehrskontrollstelle die Flugverfahren einschließlich der Flugwege, Flughöhen und Meldepunkte durch Rechtsverordnung festzulegen. Diese Vorschrift beruht auf § 32 LuftVG. Aus dem systematischen Zusammenhang dieser beiden Normen wird ersichtlich, dass es sich nach der gesetzgeberischen Konzeption bei der Festlegung von Flugrouten, die ein wesentliches Element der Flugverfahren darstellt, primär um ein sicherheitsrechtliches Instrument handelt, das der Verhaltenssteuerung insbesondere bei An- und Abflügen zu und von näher bezeichneten Flugplätzen dient⁸⁹. Auch aus der Norm des § 27 c Abs. 1 LuftVG wird dies ersichtlich, danach ist das Interesse an einer sicheren, geordneten und flüssigen Abwick-

⁸⁸ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1230).

⁸⁹ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 91.

lung des Luftverkehrs zu berücksichtigen⁹⁰. Ebenso hebt die luftaufsichtsrechtliche Generalklausel des § 29 Abs. 1 LuftVG diesen sicherheitsrechtlichen Aspekt hervor⁹¹. Dabei ist unter der flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs die Verkehrsabwicklung des Flugverkehrs gemeint, die sich mittelbar auf die Kapazität eines Flughafens, also auf die Ausnutzung der vorhandenen Kapazitäten sowohl bezüglich der Flughäfen als auch des Luftraums auswirkt⁹².

Luftverkehrsregeln, die der Sicherheit und Flüssigkeit des Flugverkehrs dienen, sind bspw. Regeln zur Vermeidung von Flugunfällen durch Kollision sowohl am Boden als auch in der Luft, die Einhaltung von Wetter-Mindestbedingungen oder Regelungen, die die Ordnung des Flugplatzverkehrs betreffen⁹³.

Die geordnete und insbesondere die flüssige Abwicklung dient den wirtschaftlichen Interessen der Luftraumnutzer, mit Blick auf Zeitgewinn und sparsamen Treibstoffverbrauch möglichst ohne Wartezeiten und Umwege das Ziel zu erreichen⁹⁴. Daneben dient die Ordnung und Flüssigkeit des Luftverkehrs auch dem ökologischen Interesse, da hierdurch Emissionen durch die Einsparung von Treibstoff vermieden werden. Vor dem Hintergrund des immer stärker frequentierten Luftraums kommt diesen beiden Kriterien des Luftverkehrs eine immer größere Relevanz zu⁹⁵.

Es gibt darüber hinaus Vorschriften, die den direkten oder indirekten Schutz Dritter betreffen, so der Schutz vor unzumutbarem Lärm, dem bei der Planung von Flugrouten Sorge getragen werden muss⁹⁶. Das auf diesen Belang bei der Festlegung von Flugrouten Rücksicht zu nehmen ist, ergibt sich aus § 29 b Abs. 2 LuftVG, nach dem auf den Schutz der Bevölkerung vor unzumutbarem Lärm hinzuwirken ist⁹⁷.

⁹⁰ VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003, 2 A 1569/01, Rn. 34; Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 91.

⁹¹ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 91.

⁹² VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003, 2 A 1569/01= NVwZ 2003, 875 (878).

⁹³ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 790 Rn. 2.

⁹⁴ Risch, in: Grabherr/Reidt/Wysk (Hrsg.), Luftverkehrsgesetz Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juli 2011, § 27 c Rn. 30.

⁹⁵ Risch, in: Grabherr/Reidt/Wysk (Hrsg.), Luftverkehrsgesetz Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juli 2011 § 27 c Rn. 30.

⁹⁶ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 790 Rn. 2.

⁹⁷ VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003, 2 A 1569/01, Rn. 34.

Des Weiteren ergeben sich inhaltliche Bindungen bei der Flugroutenfestlegung für Ab- und Anflüge von und zu Flughäfen aus der durch die Planfeststellung vorgegebenen Menge des Flugverkehrs. Diese Bindung hat zur Folge, dass die Flugrouten grundsätzlich ohne Eingriffe in die genehmigte Flughafenkapazität festzulegen sind, zumindest soweit dies unter dem Aspekt der Flugsicherheit möglich ist⁹⁸. Als absolut geltende Vorgabe wird dies von den Gerichten jedoch nicht angesehen. So darf seitens des BAF eine bestimmte Variante nicht allein deshalb gewählt werden, weil bei dieser keinerlei Einfluss auf die Flughafenkapazität besteht⁹⁹.

Die Sicherheit des Luftverkehrs stellt das vordringlichste Ziel der Flugsicherung dar, wie sowohl der VGH Kassel als auch das BVerwG bestätigen¹⁰⁰. Diese Sicherheit des Luftverkehrs umfasst insbesondere die kollisionsfreie Führung und die Hindernisfreiheit des Flugweges sowie die Einhaltung flugbetrieblicher Notwendigkeiten der Absturzsicherheit.

Es geht dabei also nicht um die in § 1 LuftSiG definierte Luftsicherheit, die sich mit dem Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs beschäftigt, sondern vielmehr um die Luftverkehrssicherheit bzw. Flugsicherung, die der Abwehr betriebsimmanenter Gefahren dient¹⁰¹. „Die Reichweite der Flugsicherung bestimmt sich aus rechtssystematischen Gründen nach ihrem gesetzlich bestimmten räumlichen Anwendungsbereich und nach der Zugehörigkeit zu einem der von Abs. 2 S. 1 erfassten Flugsicherungsdienste¹⁰².“

Umstritten ist in der Literatur, mit welcher Gewichtung das Ziel der Gewährleistung eines sicheren Luftverkehrs in die Abwägung bei der Festlegung von Flugrouten einzubeziehen ist.

Nach einer Ansicht existiert bei der Festlegung von Flugrouten eine normative Steuerung der planerischen Abwägung in Form von Planungsleitlinien und Optimierungsgeboten nicht, wie das im allgemeinen Planungsrecht der Fall ist. Denn es gehe aus den Normen, die die Sicherheitsaspekte betreffen, in keiner Weise hervor, dass das

⁹⁸ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 92.

⁹⁹ VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003, 2 A 1569/01, Rn. 36.

¹⁰⁰ VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003, 2 A 1569/01, Rn. 35; BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1230).

¹⁰¹ Baumann, in: Ziekow (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Luftverkehr- Planfeststellungs- und Umweltrechts 2009, Berlin 2010, S. 45ff.

¹⁰² Risch, in: Grabherr/Reidt/Wysk (Hrsg.), Luftverkehrsgesetz Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juli 2011, § 27 c Rn. 30.

Kriterium der Sicherheit nicht genauso in die Abwägung einzubeziehen ist wie der Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm¹⁰³.

Nach einer anderen Ansicht ist der Aspekt der Sicherheit bei der Abwägung unüberwindbar, sodass diesem Aspekt der Charakter eines Planungsleitsatzes zukommt¹⁰⁴. Dieser Ansicht schließt sich auch das BVerwG an, indem es klarstellt, dass bei der Kollision mit gewichtigen Lärmschutzbelangen den sicherheitsrelevanten Erwägungen Vorrang zukommt. Zwar sei der Schutz vor unzumutbarem Fluglärm von hoher Bedeutung, aber er dürfe nach den Wertungen des Gesetzgebers nicht auf Kosten der Luftsicherheit gehen¹⁰⁵.

Dass der Schutz vor unzumutbarem Fluglärm mit der Sicherheit des Luftverkehrs bei der Abwägung gleichzustellen ist, scheint jedoch fernliegend. Schon der Wortlaut des § 29 b Abs. 2 LuftVG spricht dagegen, nach dem auf Lärmschutz lediglich „hinzuwirken“ ist. Im Gegensatz dazu ist in der Norm des § 27 c LuftVG die Rede von berücksichtigen, wodurch zum Ausdruck kommt, dass dies ein zwingendes Ziel bei der Flugroutenfestlegung darstellt. Aus diesem Grunde kommt dem Belang der Sicherheit der Charakter eines Planungsleitsatzes zu.

Unter Planungsleitsatz sind solche Vorgaben zu verstehen, die bei der öffentlichen Planung strikt zu beachten sind und daher nicht im Rahmen der planerischen Abwägung überwunden werden können¹⁰⁶. Währenddessen stellen die Flüssigkeit des Luftverkehrs bzw. die durch die Planfeststellung vorgegebene Flughafenkapazität eher Optimierungsgebote dar. Zwar sind sie qualifiziert bei der Festlegung zu beachten, können jedoch im Rahmen der Abwägung unter bestimmten Umständen auch anderen Belangen untergeordnet werden¹⁰⁷. Das Optimierungsgebot fordert eine möglichst weitgehende Beachtung der Belange¹⁰⁸.

Innerhalb des Abwägungsvorgangs ist es streitig, welche Rolle dem Schutz vor unzumutbarem Fluglärm gem. § 29b Abs. 2 LuftVG zukommt, ob dieser also als Optimierungsgebot oder als sonstiger Belang einzuordnen ist.

¹⁰³ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (43).

¹⁰⁴ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 93.

¹⁰⁵ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1232).

¹⁰⁶ BVerwG, Urteil vom 22.3.1985, 4 C 73.82 = BVerwG 71, 163 (165).

¹⁰⁷ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 93.

¹⁰⁸ BVerwG, Urteil vom 22.3.1985, 4 C 73.82 = BVerwG 71, 163 (165).

Zum Teil wird der Schutz vor unzumutbarem Fluglärm als ein Optimierungsgebot eingeordnet, so dass es sich nicht lediglich um eine bloße Schutzaussage, die gegebenenfalls auch völlig außer Acht gelassen werden oder nur irgendwie berücksichtigt werden darf, handeln würde¹⁰⁹.

Eine solche Einordnung wird jedoch der Rechtsprechung des BVerwG nicht gerecht, nach der eine Flugroute auch dann festgelegt werden kann, wenn eine unzumutbare Lärmbelastung für die betroffene Bevölkerung vorliegt, jedoch „überwiegende Gründe zur sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs dies gebieten“¹¹⁰. Nach dem BVerwG gehört das Lärmschutzinteresse zwar zu den Gesichtspunkten, die bei der Festlegung nach § 27a Abs. 2 LuftVO zu berücksichtigen sind. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass dem Lärmschutz unabhängig von seiner Bedeutung im Einzelfall regelmäßig im Wege einer „Optimierung“ Rechnung zu tragen ist¹¹¹.

Das BAF kann und soll nach der Rechtsprechung des BVerwG nur insoweit einen Beitrag zum Lärmschutz erbringen, als die Sicherheitsanforderungen, die an eine Flugroute gestellt werden, dies zulassen. „Wo Verteilungsmaßstäbe unter Ausschöpfung aller sicherheitsrechtlich vertretbaren Möglichkeiten keine Abhilfe versprechen, kann es nicht dafür einstehen müssen, vor unzumutbarem Fluglärm zu schützen. Insoweit steht das durch § 29b Abs. 2 LuftVG vorgegebene Ziel unter dem Vorbehalt des Machbaren“¹¹².

Deshalb wird die Einordnung des § 29b Abs. 2 LuftVG als Optimierungsgebot als zu weitgehend angesehen. Gestützt wird diese Ansicht insbesondere damit, dass bei dieser Norm die Kriterien für ein Optimierungsgebot nicht erfüllt sind. Diese Kriterien sind die folgenden: zunächst muss eine Vorschrift bestimmte Belange dem Regime des Abwägungsgebots unterstellen; weiter muss aus der Vorschrift deutlich werden, dass durch sie die Gewichtung bestimmter Belange beeinflusst wird, und schließlich muss der Ausgleich der Belange nach Maßgabe der Anordnung einer Optimierung für einen bestimmten Belang gesteuert werden, was i.d.R. im Wortlaut der Vorschrift dadurch zum Ausdruck kommt, dass der Belang „soweit wie möglich“ oder „möglichst

¹⁰⁹ Czybulka, in: Ziekow, Flughafenplanung, Planfeststellungsverfahren, Anforderungen an die Planungsentscheidung, Berlin 2002, S. 20.

¹¹⁰ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1229).

¹¹¹ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1234).

¹¹² BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1232).

weitgehend“ zu berücksichtigen ist¹¹³. Aus dem Wortlaut des § 29b Abs. 2 LuftVG wird jedoch nicht ersichtlich, dass die Lärmschutzbelange im Rahmen der Abwägung zu optimieren sind. Es handelt sich nach dem Wortlaut „hinzuwirken“ eindeutig um eine Zielvorgabe. Eine andere Auslegung dieser Bestimmung hätte zur Folge, dass alle vom Gesetzgeber festgelegten Planungsziele als Optimierungsgebote anzusehen wären¹¹⁴.

Des Weiteren spricht für diese Einordnung des § 29b Abs. 2 LuftVG ein Vergleich mit § 29 Abs. 1 S. 2 LuftVG, der nach der Rechtsprechung des BVerwG als Optimierungsgebot einzuordnen ist¹¹⁵. Nach dieser Norm ist auf die Nachtruhe der Bevölkerung im besonderen Maße Rücksicht zu nehmen, wohingegen in § 29b Abs. 2 LuftVG lediglich von „hinzuwirken“ die Rede ist. Aus dieser sprachlichen Differenzierung folgt, dass dem Schutz der Nachtruhe der Bevölkerung im Vergleich zum allgemeinen Schutz vor Lärm eine bedeutendere Rolle zukommt¹¹⁶.

Aus diesen Gesichtspunkten folgt, dass es sich bei § 29b Abs. 2 LuftVG nicht um ein Optimierungsgebot handelt, das eine möglichst weitgehende Berücksichtigung des Schutzes vor unzumutbarem Lärm fordern würde, sondern lediglich um die normative Vorgabe eines sonstigen Belanges, der in der Abwägung Berücksichtigung finden muss.

Derartige sonstige Belange folgen aus der Natur der Flugrouten als raumbedeutsame Planung. Diese ruft durch die Konzentration von Flugbewegungen über bestimmten Gebieten verschiedene Interessenkonflikte und Probleme hervor. Deshalb findet die Gestaltungsfreiheit der BAF hinsichtlich der Festlegung von Flugrouten ihre Grenzen in dem rechtsstaatlichen Abwägungsgebot, das für die staatliche Planung allgemein gilt¹¹⁷. Zu den im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigenden Belangen zählt vor allem auch, dem Interesse der Bevölkerung am Schutz vor dem mit Luftverkehr verbundenen unzumutbarem Lärm Rechnung zu tragen. Dabei sind mit „unzumutbarem Fluglärm“ i.S.d. § 29 b Abs. 2 LuftVG nicht sämtliche Lärmeinwirkungen gemeint, die bei der Planfeststellung als Abwägungspunkt zu beachten sind, sondern

¹¹³ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (44).

¹¹⁴ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (44); Repkewitz, Festlegung von Flugrouten – Materielle und formelle Anforderungen, Rechtsschutz, VBIBW 2005, 1 (5).

¹¹⁵ BVerwG, Beschluss vom 20.02.1998, 11 B 37/97 = NVwZ 1998, 850 (851).

¹¹⁶ Vgl. auch Schleiden, Rechtliche Grundfragen der Flugroutenfestlegung, Hamburg 2009, S. 36.

¹¹⁷ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 811 Rn. 94.

als unzumutbar wird durch den Gesetzgeber der Fluglärm qualifiziert, der von diesem auch im luftrechtlichen Zulassungsrecht und im sonstigen Luftrecht als unzumutbar bewertet wird. Ferner ist unter unzumutbarem Fluglärm nicht zu verstehen, dass vermeidbarer Fluglärm zu unterbleiben hat. Denn man kann nicht aus dieser Vorschrift schließen, dass jeder Fluglärm, der vermeidbar ist gleichzeitig auch die Zumutbarkeitsschwelle in diesem Sinne überschreitet. Sondern als unzumutbar werden seitens des Gesetzgebers nur solche Lärmeinwirkungen eingestuft, die die Schädlichkeitsgrenze durch das Merkmal der Erheblichkeit überschreiten. Dabei ist das Merkmal der Unzumutbarkeit wie das in § 29 Abs. 1 S. 3 LuftVG zu verstehen¹¹⁸. Zusammengefasst steht der Schutz vor „unzumutbarem“ Fluglärm als Synonym für den Schutz vor Fluglärm, durch den „erhebliche Belästigungen“ hervorgerufen werden. Trotz der Vorschrift des § 2 Abs. 2 S. 1 BImSchG, nach der das BImSchG nicht für Flugplätze gilt, wird der Begriff des „unzumutbaren“ Fluglärms an dem Begriff des BImSchG angelehnt¹¹⁹.

Daher und auch auf Grund der Formulierung in § 29 b Abs. 2 LuftVG, bei dem nur von „hinzuwirken“ die Rede ist, wird der Tatsache Rechnung getragen, dass das BAF eben nicht immer in der Lage ist dem Lärmschutzziel dieser Norm Rechnung zu tragen. Zwar stellt diese Vorschrift eine Verpflichtung auf, jedoch lediglich eine Regelverpflichtung, sodass dabei immer noch die Möglichkeit besteht wegen zwingender Gründe Ausnahmen dazu gelten zu lassen¹²⁰. Dies hat zur Folge, dass selbst das Vorliegen von unzumutbarem Lärm nicht die Festsetzung von Flugrouten zu ändern vermag, wenn dies unter Anwendung aller sicherheitsrechtlich vertretbaren Möglichkeiten nicht verhindert werden kann. Daher steht das durch § 29 b Abs. 2 LuftVG vorgegebene Ziel unter dem Vorbehalt des Machbaren¹²¹.

Kommt es schließlich dazu, dass das BAF „sich in dem Zielkonflikt zwischen Luftsicherheit und Lärmschutz für eine mit unzumutbaren Folgen verbundene Lösung“ entscheidet, so unterliegt es jedoch seitens der gesetzgeberischen Konzeption einem besonderen Rechtfertigungszwang. „Den Nachweis, dass schonendere Mittel nicht in Betracht kommen, kann es nur dann führen, wenn ihm überwiegende Gründe der sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs zur Seite ste-

¹¹⁸ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1231).

¹¹⁹ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1232).

¹²⁰ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1231f.).

¹²¹ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1232).

hen. Auch in der Kollision mit gewichtigen Lärmschutzinteressen haben sicherheitsrelevante Erwägungen Vorrang“. Zwar ist der Schutz der Bevölkerung von hoher Bedeutung, jedoch darf diesem Belang auf keinen Fall auf Kosten der Luftsicherheit Rechnung getragen werden, dies geht klar aus den Wertungen des Gesetzgebers hervor¹²².

Wenn durch die Flugroute lediglich lästiger, jedoch kein schädlicher Lärm verursacht wird, unterliegt das BAF keinem solchen Rechtfertigungszwang. Sprechen vertretbare Gründe für die Wahl der entsprechenden Flugroute, darf das Interesse am Schutz vor Fluglärm in den Hintergrund treten¹²³.

Soweit in § 29 Abs. 1 S. 1 LuftVG von „der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung“ die Rede ist, zählen darunter nicht nur solche Gefahren, die aus den Lärmauswirkungen hervorgehen. Sondern es müssen in die rechtsstaatlich gebotene Abwägung die nach der Lage der Dinge zu beachtenden Belange eingestellt werden. Bspw. kann daraus die Verpflichtung folgen, dass eventuell solche Gefahren zu beachten sind, die infolge eines Flugzeugabsturzes bei den Störfallanlagen auftreten können¹²⁴. Das Gleiche gilt auch, wenn es sich dabei nur um solche Risiken handelt, die zwar nicht von vornherein die Gefahrenschwelle überschreiten, jedoch nicht als so gering einzustufen sind, dass sie im Rahmen der Abwägung keine Erheblichkeit aufweisen. Etwas anderes gilt nur, wenn von Anfang an feststeht, dass sie nach den Umständen des Falles als so gering einzustufen sind, dass sie auf keinen Fall irgendeine Abwägungserheblichkeit beanspruchen können. „Insoweit gilt für Absturzrisiken grundsätzlich nichts anderes als für Lärmschutzbelange, die, soweit sie nicht als geringfügig einzustufen sind, unabhängig davon in die planerische Abwägung einzustellen sind, ob sie die Gesundheitsgefährdungs- oder lediglich die Erheblichkeitsschwelle erreichen¹²⁵.“

Zwischen der Flüssigkeit des Flugverkehrs und dem Lärmschutz der Bevölkerung besteht ein Spannungsverhältnis, in dem die Abwägungsentscheidung über die Flugstrecke besonderes Gewicht erlangt¹²⁶. Durch einen planerischen Gestaltungsspielraum wird den Luftsicherungsdiensten jedoch die Möglichkeit und bei Vorliegen der

¹²² BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1232).

¹²³ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1232).

¹²⁴ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 818 Rn. 96.

¹²⁵ VGH Kassel, Urteil vom 24.10.2006, 12 A 2216/05 = NVwZ 2007, 597 (603).

¹²⁶ VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003, 2 A 1569/01, Rn. 34.

entsprechenden Voraussetzungen auch die Verpflichtung zu Teil, sich für ein lärm-minderndes Verfahren zu entscheiden, auch wenn darunter die Flüssigkeit des Verkehrs leidet¹²⁷. Dem Gesetz ist in Bezug auf die Flüssigkeit des Flugverkehrs und dem Lärmschutz daher keine zwingende Abwägungsrangfolge zu entnehmen¹²⁸.

Im Ergebnis ist in der Einzelfallabwägung das Ausmaß der Beeinträchtigung der jeweiligen Belange zu ermitteln und entsprechend der jeweiligen Bedeutung zu gewichten¹²⁹.

IV. Rolle des UBA bei der Festlegung von Flugrouten

1. Gesetzliche Normierung des Benehmen des UBA

Das UBA spielt bei der Festlegung von Flugrouten eine wichtige Rolle, soweit es um den Lärmschutz der betroffenen Bevölkerung geht.

§ 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG sieht bei dem Erlass von Verordnungen nach § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG, die von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm sind, vor, dass diese im Benehmen mit dem Umweltbundesamt erlassen werden. Unter § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG fallen Rechtsverordnungen über die Festlegung von Flugverfahren für Flüge innerhalb von Kontrollzonen, für An- und Abflüge zu und von den Flugplätzen mit Flugverkehrskontrollstelle und für Flüge nach Instrumentenflugregeln, einschließlich der Flugwege, Flughöhen und Meldepunkte.

2. Anwendungsbereich der Benehmensregelung

Die gesetzliche Normierung in § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG des Benehmen des UBA wirft die Frage auf, ob das Benehmen des UBA für jede nach § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG erlassene Rechtsverordnung erforderlich ist oder nur für diejenigen Verordnungen, die von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm sind. Entscheidend für die Beantwortung dieser Frage ist, ob dem Halbsatz „die von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm sind“ deklaratorische oder konstitutive Bedeutung zukommt.

Einerseits kann davon ausgegangen werden, dass eine Eingrenzung auf lärmrelevante Verordnungen erreicht werden soll. Andererseits stellt sich die Frage, ob es überhaupt Flugverfahren innerhalb der Kontrollzonen gibt, die nicht besonders be-

¹²⁷ VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003, 2 A 1062/01 = NVwZ 2003, 875 (878).

¹²⁸ Pfaff/Heilshorn, Die Flugroutenfestlegung als Abwägungsentscheidung, NVwZ 2004, 412 (413).

¹²⁹ Pfaff/Heilshorn: Die Flugroutenfestlegung als Abwägungsentscheidung, NVwZ 2004, 412 (413).

deutsam für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm sind. Denkbar wären allenfalls Flugverfahren abseits einer von Lärm betroffenen Bevölkerung, also An- und Abflugrouten von nicht bevölkerungsnahen Flughäfen, so dass eine besondere Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm nicht erforderlich wäre. Diesem Fall kommt jedoch in einem dicht besiedelten Land wie Deutschland keine praktische Relevanz zu, so dass im Anwendungsbereich des LuftVG jeder Rechtsverordnung nach § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG besondere Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm zukommt, das UBA demnach grundsätzlich beteiligt ist.

3. Inhaltliche Ausgestaltung des Benehmens

Ist somit für die Festlegung einer Flugroute auf der Grundlage der §§ 32 Abs. 4 Nr. 8, Abs. 4 c LuftVG grundsätzlich das Benehmen des UBA erforderlich, stellt sich die Frage, wie dieses Benehmen rechtlich einzuordnen ist, insbesondere welche Anforderungen an den Verfahrensablauf zu stellen sind und welche Bedeutung das Benehmen des UBA rechtlich besitzt.

Ausdrückliche rechtliche Vorgaben hierzu können das LuftVG, die LuftVO, sonstiges Fachrecht oder eine allgemeine verfahrensrechtliche Regelung zur Ausgestaltung von Benehmensentscheidungen enthalten. Derartige konkrete normative Vorgaben sind aber, wie nachfolgend ausgeführt wird, nicht vorhanden.

Damit stellt sich die Frage, ob sich konkrete rechtliche Vorgaben für das Benehmen des UBA im Wege der Auslegung aus dem LuftVG, der LuftVO, anderen einschlägigen Vorschriften oder aus allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts oder des Verfassungsrechts herleiten lassen. Auch dies ist nur begrenzt der Fall, wie zu zeigen sein wird.

a. Luftverkehrsrecht

§ 32 LuftVG normiert lediglich das Benehmen des UBA als Voraussetzung für die Festlegung eines Flugverfahrens, trifft jedoch keine konkreten Aussagen über die Ausgestaltung des Verfahrens, den Zeitpunkt und die Rechtsverbindlichkeit des Benehmens des UBA. Um die rechtliche Relevanz des Benehmens des UBA einordnen und beurteilen zu können, bedarf es einer näheren inhaltlichen Bestimmung des Gehaltes der Benehmensregelung.

Hierzu bietet es sich zunächst an, vergleichend weitere im LuftVG geregelte Benehmensregelungen wie §§ 8 Abs. 2 Nr. 2, 10 Abs. 3, 12 Abs. 2 S. 3, 29 Abs. 1 S. 2,

32 Abs. 4 b LuftVG heranzuziehen. Jedoch werden auch im Rahmen der dort geregelten Verfahrensbeteiligungen konkrete Vorgaben für die Rechtsqualität und den Verfahrensablauf der jeweiligen Benehmensregelung nicht gemacht. Ebenso befinden sich in der LuftVO keine Hinweise oder rechtliche Konkretisierungen im Hinblick auf das Benehmen. Die normativen Vorgaben des Luftverkehrsrechts konkretisieren mithin nicht näher, welche verfahrensrechtlichen oder materiellrechtlichen Vorgaben für die Erteilung des Benehmens maßgeblich sein sollen.

b. Sonstiges Fachrecht und allgemeines Verwaltungsrecht

Da die relevanten Luftverkehrsgesetze keinen Aufschluss über das nähere Verfahren einer Benehmensregelung oder deren Rechtsverbindlichkeit erteilen, stellt sich die Frage, ob auf gesetzliche Normierungen des Benehmens im allgemeinen Verwaltungsrecht oder im sonstigen Fachrecht zurückgegriffen werden kann, um aus diesen rechtliche Vorgaben für das Verfahren der Benehmenserteilung, die Verfahrensrechte der Benehmensbehörde oder die rechtliche Bedeutung des Benehmens herzuleiten.

Zwar ist das Benehmen sowohl im VwVfG als auch in weiteren Fachgesetzen¹³⁰ als Form der Verfahrensmithilfe vorgesehen, doch enthalten auch diese Gesetze keine näheren Vorgaben zu Inhalt und Reichweite einer Benehmensregelung¹³¹, so dass auch aus dem Wortlaut anderer Gesetze keine Rückschlüsse auf die Bedeutung des Benehmensanforderung des LuftVG gezogen werden können.

c. Historische Auslegung

Ansatzpunkte für eine nähere Bestimmung des Verfahrensablaufs und der rechtlichen Einordnung der Benehmensregelung des LuftVG für das UBA kann hingegen eine historische Auslegung geben, bei welcher die Entstehungsgeschichte der Benehmensregelung genauer betrachtet wird.

Das UBA ist seit 2007 an der Festlegung von Flugrouten beteiligt, indem Verordnungen, die von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm sind, im Benehmen mit dem Umweltbundesamt erlassen werden müssen, § 32 Abs.

¹³⁰ So sieht beispielsweise das BNatSchG in §§ 17 Abs. 1 und 2, 18 Abs. 3 und 4, 22 Abs. 5, 32 Abs. 1, 57 Abs. 1, 58 Abs. 1 eine Benehmensregelung vor; ebenso § 58 Abs. 1 OWiG, § 71 d SGB IV, § 29 Abs. 6 KrW-/AbfG.

¹³¹ Siehe jedoch § 71 d S. 5 SGB IV, welcher der Benehmensbehörde eine Frist von einem Monat für die Erteilung des Benehmens vorschreibt.

3 S. 4 LuftVG. Diese Regelung wurde mit dem Gesetz zur Verbesserung des Schutzes vor Fluglärm in der Umgebung von Flugplätzen¹³² in das LuftVG eingefügt.

Hintergrund der Neuregelung war die Tatsache, dass das Fluglärmgesetz veraltet war und nicht mehr den aktuellen Erkenntnissen der Lärmwirkungsforschung entsprach¹³³. Daher war es erforderlich, dieses und auch die entsprechenden Vorschriften des LuftVG anzupassen¹³⁴, um eine Berücksichtigung von Lärmschutzbelangen bei fluglärmrelevanten Entscheidungen zu erreichen¹³⁵.

Die Gesetzesbegründung lautet dabei, dass durch die Ergänzung des § 32 Abs. 3 LuftVG „eine stärkere Berücksichtigung der Lärmschutzbelange bei der Festlegung der Flugstrecken und –verfahren erreicht (wird). Dazu wird festgelegt, dass diesbezügliche Rechtsverordnungen, die von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm sind, im Benehmen mit dem Umweltbundesamt erlassen werden.“ Weitere Hinweise darüber, wie durch das Benehmen des UBA die Lärmschutzbelange berücksichtigt werden sollen, finden sich in den Gesetzgebungsmaterialien nicht.

Aus der Gesetzesbegründung und dem Kontext seiner Entstehung lässt sich demnach nur ableiten, dass § 32 Abs. 3 LuftVG so zu verstehen ist, dass durch das Benehmen des UBA eine stärkere Berücksichtigung der Lärmschutzbelange erreicht werden soll.

2009 wurden die Regelungen des LuftVG erneut im Hinblick auf die Festlegung von Flugrouten modifiziert. Grund waren europarechtliche Vorgaben, die eine Trennung zwischen Aufsichts- und Durchführungsaufgaben vorsahen. Aufgrund dieser wurde das BAF, das den Aufgabenbereich der Flugaufsicht vom Luftfahrtbundesamt übernommen hat, neu gegründet¹³⁶. Infolge dieser Aufgabendelegation wurde zudem § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG eingeführt, der eine spezielle Rechtsgrundlage für die Festlegung von Flugverfahren regelt¹³⁷.

¹³² Vom 1.6.2007, BGBl. I, S. 986.

¹³³ Deutscher Bundestag, Drucksache 16/3813, S. 1.

¹³⁴ Deutscher Bundestag, Drucksache 16/3813, S. 2.

¹³⁵ Deutscher Bundestag, Drucksache 16/508, S. 2 und 14.

¹³⁶ Giemulla, in: Giemulla/Schmid (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Band 2 Luftverkehrsordnungen, Loseblatt, Neuwied Stand: August 2011, 27 a LuftVO Rn. 1; Deutscher Bundestag, Drucksache 16/11608, S. 13.

¹³⁷ Deutscher Bundestag, Drucksache 16/11608, S. 7.

Dieser Änderung der Rechtslage entsprechend wurde eine speziell auf die Festlegung von Flugrouten bezogene Benehmensregelung in § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG eingefügt, die anordnet, „Verordnungen nach Abs. 4 Satz 1 Nummer 8, die von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm sind, werden im Benehmen mit dem Umweltbundesamt“ zu erlassen¹³⁸.

Auch diesem Gesetzgebungsverfahren und dieser Gesetzgebungsbegründung lassen sich keine konkreten Aussagen zur Ausgestaltung der Benehmensregelung entnehmen. Bezüglich des Kontextes der neu eingeführten Regelungen des § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8, Abs. 4 c S. 2 LuftVG wird darauf verwiesen, dass durch diese eine Aufgabenübertragung auf das BAF möglich sei¹³⁹. Konkret auf das Benehmen des UBA bezogen, wird in der Gesetzesbegründung lediglich darauf hingewiesen, dass die Einführung dieser Regelung keine Änderung der Rechtslage mit sich bringe, da das Benehmen des UBA sich zuvor aus § 32 Abs. 3 S. 4 LuftVG ergeben habe¹⁴⁰.

Vor diesem Hintergrund, insbesondere vor der Tatsache, dass die Gesetzesbegründung selbst auf die vorherige Rechtslage verweist, stellt sich die Frage, ob allein durch die Verfahrensbeteiligung des BAF anstelle des LBA unterschiedliche Maßstäbe für die Bedeutung des Benehmens des UBA anzuwenden sind. Da das BAF jedoch die Aufgaben des LBA bei der Festlegung der Flugverfahren übernimmt¹⁴¹, bestehen dafür keinerlei Anhaltspunkte.

Mangels näherer Ausführungen kann allenfalls auf den Gesamtkontext des Gesetzgebungsverfahrens abgestellt werden, um die Bedeutung und Stellung des UBA bei dem Erlass von Flugrouten zu ermitteln. Aufgrund des Stellenwertes des Lärmschutzes, der in der Gesetzesbegründung deutlich wird, ist davon auszugehen, dass dem Benehmen des UBA keine nur untergeordnete Bedeutung zukommt. Dies wird auch aus dem Gesamtkontext sowohl des Gesetzgebungsverfahrens 2007, als auch des Gesetzgebungsverfahrens 2009 ersichtlich. Bei beiden Verfahren ist eindeutige Zielsetzung der bessere Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm.

Wenn nun das UBA diejenige Stelle ist, die im Verfahren zur Festlegung von Flugrouten gerade dazu da ist, den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm zu sichern,

¹³⁸ Deutscher Bundestag, Drucksache 16/11608, S. 8.

¹³⁹ Deutscher Bundestag, Drucksache 16/11608, S. 18.

¹⁴⁰ Deutscher Bundestag, Drucksache 16/11608, S. 18.

¹⁴¹ Deutscher Bundestag, Drucksache 16/11608, S. 1.

kann davon ausgegangen werden, dass derjenigen Instanz, die gerade diesem Schutz gerecht werden soll, auch die entsprechenden Beteiligungsrechte einzuräumen sind. Nur so kann eine ausreichende Interessensvertretung gewährleistet werden. Gleichzeitig ist zu beachten, dass der Gesetzgeber, wenn er denn dem UBA eine umfassend zu verteidigende Rechtsposition hätte einräumen wollen, für dieses nicht nur ein Benehmens-, sondern auch ein Einvernehmenserfordernis hätte normieren können.

Insofern kann dem Regelungszusammenhang, in dem das Benehmen des UBA eingeführt wurde, nicht eindeutig entnommen werden, wie groß der Einfluss des UBA bei der Festlegung von Flugrouten sein soll. Eine Betrachtung der Gesetzgebungshistorie und des Gesetzgebungsverfahrens ist demnach nicht ausreichend, um die Benehmensregelung im Wege historischer Auslegung inhaltlich eindeutig ausgestalten zu können.

d. Literatur und Rechtsprechung

Aufgrund der unzureichenden Hinweise über Bedeutung, Intensität und Reichweite des Benehmens des UBA im Luftverkehrsrecht, sonstigen Fachrecht und den Gesetzgebungsmaterialien ist darauf abzustellen, inwieweit Literatur und Rechtsprechung Hinweise auf die Verfahrensbeteiligung des Benehmens geben können. Dabei kann und muss nicht nur auf Literatur und Rechtsprechung zum LuftVG, sondern ebenso zum allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht zurückgegriffen werden.

aa. Allgemeines

Den Erlass einer Maßnahme im Benehmen mit einer anderen Behörde bzw. Stelle sehen verschiedene Gesetze vor (s.o.). Die entsprechende Literatur und Rechtsprechung differenzieren bei der Auslegung des Benehmens nicht nach den einzelnen Rechtsgebieten oder legen diese verschieden aus. Vielmehr verweisen sowohl Literatur als auch Rechtsprechung eines Fachgebiets auf Auslegung und Interpretation anderer Fachgebiete. Infolgedessen ist eine fachgebietspezifische Auslegung des Benehmens weder zweckdienlich noch möglich, sondern es muss eine allgemeine Annäherung an den Begriff des Benehmens erfolgen.

Benehmen wird gemeinhin als Gelegenheit zur Stellungnahme einer betroffenen Behörde gegenüber der für ein Verfahren zuständigen Behörde verstanden¹⁴². Es ist als reines Verwaltungsinternum einzuordnen¹⁴³. Eine klagefähige Rechtsposition begründet Benehmen nur, wenn dies ausdrücklich in dem entsprechenden Gesetz normiert ist¹⁴⁴.

Einigkeit besteht in Literatur und Rechtsprechung darüber, dass das Benehmen eine schwächere Beteiligungsform als ein Einvernehmen darstellt¹⁴⁵. Denn wesentlich an der Regelung des Benehmens ist, dass im Gegensatz zu einem Einvernehmen einer Behörde keine Willensübereinstimmung der beteiligten Behörden erforderlich ist¹⁴⁶.

Differenzierter sind die Auffassungen, inwieweit Benehmen sich von einem reinen Anhörungserfordernis unterscheidet. Teilweise wird vertreten, es sei zumindest mit der Anhörung gleichzustellen¹⁴⁷ und begründe ein Vortragsrecht für die betreffende Stelle¹⁴⁸. Demnach wäre das Benehmen nicht von der Anhörung zu unterscheiden und würde auch keine weiteren Rechte begründen. An anderer Stelle wird betont, Benehmen stelle gerade mehr als ein bloßes Anhören oder in Erwägung ziehen dar¹⁴⁹. Dieser Auffassung ähnlich wird Benehmen als Gelegenheit zur Stellungnahme mit dem Ziel der Verständigung ausgelegt¹⁵⁰. Demnach ist dem Benehmen eine verbindlichere Stellung einzuräumen als einem reinen Anhörungserfordernis, da die Verständigung zumindest auf einen Dialog der anzuhörenden und der entscheidenden Behörde ausgerichtet ist.

Ebenfalls wird zur Auslegung des Benehmens ausgeführt, dass es neben einer Anhörung die Prüfung von Einwänden beinhalte, und diese gegebenenfalls bei der Ent-

¹⁴² Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 11. Auflage, München 2010, § 74 Rn. 166.

¹⁴³ Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass auch das Einvernehmen als stärkere Beteiligungsform als reines Verwaltungsinternum einzuordnen ist, vgl. Meiß/Prillwitz/Prutzer/Reutzel/Rullmann, *Praxis der Kommunalverwaltung*, Loseblatt, Wiesbaden Stand: April 2006, § 4 HWG L 11 4.1.

¹⁴⁴ BVerwG Urteil vom 29.4.1993, 7A 2/92, Rn. 22.

¹⁴⁵ Theobald/Werk, in: Danner/Theobald (Hrsg.), *Energierrecht*, Loseblatt, München Stand: September 2011, § 60 a EnWG Rn. 25; Attendorn, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Hrsg.): *Beck'scher TKG-Kommentar*, 3. Auflage, München 2006, § 132 TKG Rn. 14; VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 31.07.2008, 4 L 764/08 = BeckRS 2008, 39443.

¹⁴⁶ BVerwG Urteil vom 31.10.2000, 11 VR 12.00 = NVwZ 2001, 90 (91).

¹⁴⁷ VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 31.07.2008, 4 L 764/08 = BeckRS 2008, 39443.

¹⁴⁸ Knopp, in: Sieder/Zeitler/Dahme/Knopp, *Wasserhaushaltsgesetz und Abwasserabgabengesetz*, Loseblatt, München Stand: August 2011, § 1 b a.F. WHG Rn. 14; Kropp, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar Umweltrecht*, Stand: 1.7.2011, § 29 KrW-/AbfG Rn. 59.

¹⁴⁹ Fluck, *KrW-/AbfG, AbfVerbrG, EG-AbfVerbrVO, BBodSchG*, Kommentar, Loseblatt, Heidelberg Stand: August 2011, § 29 KrW-/AbfG Rn. 456.

¹⁵⁰ Attendorn, in: Geppert/Piepenbrock/Schütz/Schuster (Hrsg.): *Beck'scher TKG-Kommentar*, 3. Auflage, München 2006, § 132 TKG Rn. 14.

scheidungsfindung berücksichtigt werden sollen¹⁵¹. Es bedeute, dass eine gesteigerte Berücksichtigungspflicht daraus ableitbar sei¹⁵² und die entscheidende Behörde sich über begründete Bedenken der Benehmensbehörde nicht willkürlich hinwegsetzen darf und sich um Übereinstimmung bemühen muss¹⁵³.

Diese verschiedenen in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten deuten darauf hin, dass Benehmen der Benehmensbehörde grundsätzlich eine stärkere Position einräumt als ein reines Anhörungsrecht. Es zeichnet sich ein weitgehender Konsens in Literatur und Rechtsprechung darüber ab, dass im Falle des Benehmens dieses Benehmen der Benehmensbehörde die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme eröffnet, mit der sich die entscheidende Behörde auseinandersetzen muss und die nach Möglichkeit berücksichtigt werden soll.

bb. Partielle Beteiligtenstellung oder Anhörungsberechtigung

Weiteren Aufschluss über die Stellung des UBA bei der Festsetzung von Flugverfahren könnte darüber hinaus eine Berücksichtigung der Grundsätze des Verwaltungsverfahrensgesetzes bieten. Dieses unterscheidet, ob einer Behörde in einem konkreten Verwaltungsverfahren eine partielle Beteiligtenstellung zukommt oder ob sie nur anhörungsberechtigt ist¹⁵⁴. Während Anhörungsberechtigten eher eine geringe Rechtsposition im Verwaltungsverfahren zukommt, stehen Beteiligten mit einer partiellen Beteiligtenstellung Rechte wie Akteneinsicht etc. eindeutig zu.

§ 13 VwVfG bestimmt die Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens und bietet die Grundlage zur Abgrenzung derjenigen Stellen, denen lediglich ein Anhörungsrecht zu Teil wird. Von einer Beteiligtenstellung ist auszugehen, wenn die Beteiligung der Durchsetzung eigener Interessen bzw. eines eigenen Aufgabenbereichs dient, von einer reinen Anhörungsbefugnis ist auszugehen, wenn die Anhörung einer Behörde

¹⁵¹ Knittel, in: Wagner/Knittel(Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Loseblatt, München Stand: Juli 2011, § 110 SGB V Rn. 8; Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, München Stand: Juli 2011, 12. BImSchV § 6 Rn. 15.

¹⁵² Theobald/Werk, in: Danner/Theobald, Energierecht, Loseblatt, München Stand: Mai 2011, EnWG § 60 a Rn. 25.

¹⁵³ Baier, in: Wagner/Knittel (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Loseblatt, München Stand: Juli 2011, SGB IV § 71 d Rn. 5.

¹⁵⁴ Siehe dazu Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 11. Auflage, München 2010, § 13 Rn. 55f.

nur bezweckt, die erforderliche Sachkenntnis und somit eine breite Entscheidungsbasis für die letztendlich entscheidende Behörde zu schaffen¹⁵⁵.

Betrachtet man die Beteiligung des UBA, so ist zu berücksichtigen, dass der Lärmschutz Teil des Fachgebietes gesundheitliche Belange des Umweltschutzes ist, welcher nach § 2 des Gesetzes über die Errichtung eines Umweltbundesamtes originäre Aufgabe des UBA ist. Wenn der Zweck der Benehmensregelung bei der Festlegung von Flugrouten sein soll, die Bevölkerung vor Fluglärm zu schützen, stellt sich die Frage, ob das Benehmen nicht als Durchsetzung eines eigenen Aufgabenbereichs zu verstehen ist und dem UBA bei der Festlegung von Flugrouten zumindest ein partieller Beteiligtenstatus eingeräumt wird.

Andererseits ist es fraglich, ob Lärmschutz gerade eine originäre Aufgabe des UBA ist, so dass diesem eine Beteiligtenstellung einzuräumen ist, oder ob es vielmehr darum geht, lediglich die Fachkenntnis des UBA in das Verfahren zum Erlass von Flugrouten einzubeziehen. Bei Betrachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zeigt sich, dass das BVerwG das Benehmen als eine Form der Verfahrensbeteiligung einordnet und Sinn und Zweck des Benehmens sei, dem Ziel des Verfahrens zu dienen¹⁵⁶. Entsprechend der Rechtsprechung soll demnach durch das Benehmen gerade nicht eine eigene Rechtsposition durchgesetzt werden.

Darüber hinaus ist in dem konkreten Fall des Erlasses von Flugrouten zu beachten, dass das UBA sein Benehmen vor Erlass einer Rechtsverordnung abgibt. Nach § 9 VwVfG sind Verwaltungsverfahren jedoch nur diejenigen Verfahren, die auf die Prüfung, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet sind. Die Festlegung von Flugverfahren ist demnach kein Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG. Insofern ist § 13 VwVfG nicht auf den vorliegenden Fall anzuwenden und eine Ermittlung einer partiellen Beteiligtenstellung nach § 13 VwVfG kann im vorliegenden Fall keinen Aufschluss über die Rechte der Benehmensbehörde geben. Allenfalls wäre denkbar, die Grundsätze zum Verwaltungsverfahren entsprechend auf die Stellung des UBA anzuwenden. Doch kann, wie dargelegt, nicht von einer partiellen Beteiligtenstellung des UBA im Sinne des § 13 VwVfG ausgegangen werden, so dass auch

¹⁵⁵ Ritgen, in: Knack/Henneke (Hrsg.), VwVfG, Kommentar, 9. Auflage Köln 2010, § 13 Rn. 24; siehe dazu Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 11. Auflage, München 2010, § 13 Rn. 55.

¹⁵⁶ BVerwG Urteil vom 29.4.1993, 7 A 2/92, Rn. 22.

bei entsprechender Anwendung aus der Vorschrift gerade keine besonderen Beteiligtenrechte abgeleitet werden können.

e. Teleologische und systematische Auslegung

Aufgrund der fehlenden normativen Ausgestaltung des Benehmensefordernisses im Luftverkehrsrecht und anderen Gesetzen, der mangelnden Klarheit des Begriffes in der Literatur zum allgemeinen Verwaltungsrecht und Fachrecht sowie der nicht zufrieden stellenden historischen Auslegung ist es erforderlich, Sinn und Zweck der Beteiligung des UBA bei der Festlegung von Flugrouten näher zu untersuchen und aus diesen weitere Vorgaben für die Ausgestaltung der Benehmensregelung des LuftVG herzuleiten.

Die Tatsache, dass innerhalb der Norm des § 32 LuftVG auch ein Einvernehmensefordernis beispielsweise in Abs. 1 mit dem Bundesministerium der Finanzen geregelt ist, zeigt, dass das Benehmen gerade nicht auf einen Konsens zwischen den verschiedenen Behörden gerichtet ist. Vielmehr geht aus der Differenzierung hervor, dass die Beteiligung des UBA durch das Benehmensefordernis keine starke Beteiligungsform darstellen soll, insbesondere dass das UBA nicht die Möglichkeit haben soll, die Festlegung einer Flugroute zu verhindern. Ansonsten ist nicht ersichtlich, warum der Gesetzgeber ein Benehmen und nicht ein Einvernehmen normiert hat.

Für die Reichweite des Benehmens kann somit geschlussfolgert werden, dass der Gesetzgeber dem UBA und somit der Berücksichtigung des Lärmschutzes bei der Festlegung von Flugrouten keine Position einräumen wollte, vermittels derer das UBA seine Position gegenüber dem BAF zwingend durchsetzen könnte.

4. Verfahrensrechte

Es stellt sich die Frage, welche Verfahrensrechte sich aus der Position des UBA bei dem Erlass von Flugverfahren ableiten lassen. Relevant ist dabei insbesondere, ob das UBA einen Anspruch hat, zu einem bestimmten Zeitpunkt an dem Verfahren beteiligt zu werden, zu welchen Aspekten es befugt ist, Stellung zu nehmen, ob es ein Recht hat, keine Stellungnahme abzugeben und ob das Benehmen sonstigen Formvorschriften unterliegt.

a. Zeitpunkt der Beteiligung des UBA

Ob dem UBA ein Recht zukommt, zu einem bestimmten Zeitpunkt des Verfahrens zur Festlegung von Flugrouten beteiligt zu werden, ist mangels expliziter Regelung

nicht eindeutig feststellbar. Unstreitig ist, dass das Benehmen spätestens im Zeitpunkt des Erlasses der Flugrouten vorliegen muss¹⁵⁷. Dies gibt jedoch nur Aufschlüsse darüber, wann spätestens das Benehmen des UBA vorliegen muss, und regelt nicht, wann genau die Beteiligung stattfinden muss. Das Vorliegen des Benehmens spätestens im Zeitpunkt des Erlasses ist denklogisch erforderlich, da nur so die Flugroute im Benehmen erlassen werden kann und das Beteiligungsrecht ansonsten vollständig ausgehöhlt würde.

Damit das BAF bei seiner Entscheidung allerdings die Stellungnahme des UBA noch hinreichend würdigen kann, sich mit ihr inhaltlich auseinandersetzen, eventuell aufgrund der Stellungnahme des UBA erforderliche weitere Ermittlungen, Berechnungen und Prüfungen noch vornehmen und damit seine rechtliche Verpflichtung zur ernsthaften Auseinandersetzung mit den vom UBA vorgetragenen Aspekten erfüllen kann, ist rechtlich zwingend geboten, das UBA weit vor dem Zeitpunkt der Entscheidung des BAF an dem Verfahren zu beteiligen.

Diese Auslegung der Beteiligung des UBA begründet jedoch nicht das Recht, zu einem bestimmten vorgelagerten Zeitpunkt bereits in das Verfahren eingebunden zu werden. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass das Benehmen eine Stellungnahme sein soll, die sich auf die beabsichtigten Maßnahmen bezieht¹⁵⁸. Daher ist es erforderlich, dass bereits feststeht, welche Maßnahme erlassen werden soll. Im konkreten Fall sollten demnach zumindest die in Frage kommenden Flugrouten bereits erarbeitet sein, damit sich das Benehmen des UBA auf diese beziehen kann. Dies bedeutet, dass eine Beteiligung des UBA vor Bestehen des Entwurfs nicht vorgesehen ist.

b. Inhaltliche Reichweite des Benehmens

Wesentlich im Bereich der Verfahrensrechte des UBA ist, ob sich das UBA generell zu allen mit den Flugrouten in Verbindung stehenden Aspekten, wie Lärm, Sicherheit und Flüssigkeit des Flugverkehrs und Wirtschaftlichkeit äußern darf, oder ob das UBA auf bestimmte Gesichtspunkte bei seiner Stellungnahme beschränkt ist.

Der Wortlaut des § 32 Abs. 4 c LuftVG führt bezüglich für den Lärmschutz relevanter Gesichtspunkte zu einer unstreitigen Auslegung. § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG sieht

¹⁵⁷ OVG Lüneburg, Beschluss vom 24.9.2002, 7 MS 180/02 = NVwZ-RR 2003, 478 (479); Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Auflage, München 2008, § 74 Rn. 243.

¹⁵⁸ Hansmann, in: Landmann/Rohmer, *Umweltrecht*, Loseblatt, München Stand: Juli 2011, 12. BImSchV § 6 Rn. 15.

ausdrücklich bei der Festlegung einer Flugroute nach § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG, die besondere Bedeutung für den Lärmschutz der Bevölkerung hat, ein Benehmen mit dem UBA vor. Damit legt schon der Wortlaut der Vorschrift fest, dass die Berücksichtigung des Schutzes der Bevölkerung vor Fluglärm zentrale und wesentliche eigene Aufgabe des UBA ist. Hieraus folgt eine Berechtigung des UBA, zu allen Aspekten des Schutzes der Bevölkerung vor Fluglärm, die aus einer beabsichtigten Flugroutenfestlegung folgen, seine Stellungnahme abzugeben, die berücksichtigt werden muss.

Weniger deutlich ist der Wortlaut bezüglich sonstiger Aspekte. Diese werden – im Gegensatz zum Lärmschutz der Bevölkerung – nicht entsprechend geregelt. Das UBA ist jedoch auch diesbezüglich zu einer Stellungnahme berechtigt. § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG sieht vor, dass die Verordnung nach § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG insgesamt im Benehmen mit dem UBA erlassen werden. Das Benehmen wird vom Wortlaut nicht auf bestimmte Aspekte begrenzt. Aus diesem umfassenden Bezug des Benehmens erfolgt die Berechtigung des UBA, zu allen Gesichtspunkten Stellung zu nehmen, die für die Entscheidung über den Erlass der Flugverfahren relevant sind.

Stellt man auf Sinn und Zweck des Benehmens ab, führt dies ebenfalls zu keiner Einschränkung des Benehmens. Sinn und Zweck der Beteiligung des UBA ist es, die Bevölkerung vor Fluglärm zu schützen. Daher ist es zwingend erforderlich, dass das UBA zu allen für die Abwägung erforderlichen Aspekte Stellung nehmen kann. Dabei kann es auch erforderlich sein, auf in die Abwägung einzustellende Optimierungsgedote oder zwingendes Recht aufmerksam zu machen, die neben Lärmaspekten berücksichtigt werden müssen. Denn gegebenenfalls kann nur durch eine Bewertung auch sonstiger Abläufe bei der Festlegung von Flugverfahren eine vollumfassende Berücksichtigung des Lärmschutzes erreicht werden.

Das UBA kann sich demnach auf Umstände beziehen, die für die Abwägung erheblich sind, zudem kann durch das Benehmen auf zwingende Gebote oder Verbote des materiellen Rechts hingewiesen werden¹⁵⁹.

¹⁵⁹ OVG Lüneburg, Beschluss vom 24.9.2002, 7 MS 180/02 = NVwZ-RR 2003, 478 (479); Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Auflage, München 2008, § 74 VwVfG Rn. 242.

Als Grundlage für die Stellungnahme des UBA bedarf es zudem einer umfänglichen Information des UBA durch das BAF bzw. die DFS. Dazu müssen vor der Stellungnahme der Benehmensbehörde dieser die beabsichtigten Maßnahmen mitgeteilt werden¹⁶⁰. Es müssen dem UBA alle entscheidungsrelevanten Daten, Unterlagen und Verfahrensakten zur Verfügung gestellt werden und ihm diese bei Unklarheiten, Widersprüchen oder Aufklärungsdefiziten entweder erläutert oder – auch zur Erfüllung der originär eigenen Aufgabe des BAF zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung und Ermittlung der abwägungsrelevanten Umstände – eine in der Sache gebotene weitere Aufklärung geleistet werden.

Aufgrund der Tatsache, dass das Benehmen des UBA sich allerdings auf die geplante Rechtsverordnung beziehen soll, haben BAF und DFS keine über die Informationspflicht hinausgehenden Pflichten. Alle vom UBA angeforderten Informationen und Daten müssen sich zumindest mittelbar auf die geplante Maßnahme beziehen. Das UBA kann nicht fordern, dass bestimmte neue Flugrouten ausgearbeitet werden. Dies würde über die Informationspflicht, die gegenüber der Benehmensbehörde besteht, hinausgehen.

Aus dem Beteiligungsrecht des UBA, insbesondere aus der Bezogenheit der Stellungnahme auf die erlassene Maßnahme, folgt, dass eine erneute Beteiligung des UBA erforderlich ist, wenn die vorgesehene Rechtsverordnung vor Erlass wesentlich verändert wird. Denn der Wortlaut erfordert den Erlass der Rechtsverordnung im Benehmen mit dem UBA. Liegen jedoch wesentliche Änderungen nach Beteiligung des UBA als Benehmensbehörde vor, so ist die konkret erlassene Rechtsverordnung nicht mehr von dem ursprünglichen Benehmen gedeckt, es sei denn die wesentlichen Änderungen sind in Übereinstimmung mit dem Benehmen erfolgt. Kleinere Änderungen begründen hingegen kein erneutes Beteiligungsrecht des UBA.¹⁶¹

Bezüglich der gerichtlichen Durchsetzung des Beteiligungsrechts des UBA ist zu beachten, dass höchstrichterliche Rechtsprechung vorliegt, die Benehmen generell als ein Verfahrensrecht einordnet, dem nur eingeschränkt materielle Rechte korrespondieren und das keine klagefähige Rechtsposition begründe, es sei denn dies sei

¹⁶⁰ Hansmann, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Loseblatt, München Stand: Juli 2011, 12. BImSchV § 6 Rn. 15.

¹⁶¹ Vergleiche dazu auch in: Baier, in: Wagner/Knittel (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Loseblatt, München Stand: Juli 2011, SGB IV § 71 d Rn. 6.

ausdrücklich in dem entsprechenden Gesetz normiert¹⁶². Eine solche klagefähige Rechtsposition ist für das UBA im LuftVG nicht vorgesehen, so dass ein gerichtliches Vorgehen des UBA in Hinblick auf bestimmte Verfahrensunterlagen bzw. –vorgänge gegen das BAF oder die DFS ausscheidet.

c. Verweigerungsrecht des UBA

Ein Recht des UBA, als Benehmensbehörde keine Stellungnahme abzugeben und dadurch das Verfahren zu blockieren, besteht nicht.

Bei Betrachtung der in Literatur und Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Definition des Benehmens als Möglichkeit zur Stellungnahme ist ein solches Recht abzulehnen. Die Verwendung des Begriffes Möglichkeit zeigt, dass dem UBA lediglich die Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen ist. Eine Pflicht des BAF, so lange mit dem Erlass der Flugrouten zu warten, bis das UBA sein Benehmen erteilt hat, besteht nicht. Die Stellungnahme der Benehmensbehörde muss innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen¹⁶³. Diese muss dem UBA ausreichend Möglichkeit einräumen, sich mit dem konkreten Verfahren auseinanderzusetzen und die für seine Stellungnahme erforderliche Abwägung durchzuführen. Wie bereits dargelegt, gibt das LuftVG keinen Aufschluss darüber, was eine angemessene Frist ist.

Das SGB IV normiert für das dort erforderliche Benehmen eine Frist von einem Monat nach Zugang des Haushaltsplans, auf den sich das Benehmen beziehen soll¹⁶⁴. Ob bzw. inwieweit diese sehr spezifische Regel auf die Frist übertragbar ist, binnen derer das UBA seine Stellungnahme abzugeben hat, erscheint jedoch sehr fraglich. Sachgerechter erscheint, auf die Komplexität der Abwägungsentscheidung, zu der das UBA sein Benehmen erteilen soll, abzustellen und jeweils eine sachgerechte, komplexitätsangemessene Frist für die Stellungnahme vorzusehen.

Sollte das UBA sich innerhalb dieser Frist nicht geäußert haben, ergibt die Tatsache, dass Benehmen lediglich eine Möglichkeit zur Stellungnahme einräumt, eine Berechtigung des BAF, die Flugroutenvorschläge dennoch zu erlassen. Ebenso wird auch in anderen Fachgesetzen das Benehmen nicht als Position, das Verfahren zu blockieren, gesehen. Unterbleibt das im Sozialgesetzbuch erforderliche Benehmen des § 71 d SGB IV, gilt das Benehmen nach einem Monat als hergestellt.

¹⁶² BVerwG Urteil vom 29.4.1993, 7A 2/92, Rn. 22.

¹⁶³ OVG Lüneburg, Beschluss vom 24.9.2002, 7 MS 180/02 = NVwZ-RR 2003, 478 (479).

¹⁶⁴ Vgl. § 71 d S. 5 SGB IV.

Dem UBA steht somit ein Recht zu, eine angemessene Frist für seine Stellungnahmen in Anspruch zu nehmen. Gibt das UBA jedoch keine Stellungnahme ab, so kann das BAF das Verfahren fortsetzen.

d. Sonstige Formvorschriften

Bezüglich der Form des Benehmens besteht kein bestimmtes Formerfordernis, das eingehalten werden muss. In der Regel wird die Stellungnahme schriftlich erfolgen, kann jedoch, sofern die geltend gemachten Belange ausreichend deutlich werden, auch in sonstiger Form abgegeben werden¹⁶⁵.

Für eine sinnvolle Auseinandersetzung ist jedoch eine schriftliche Stellungnahme zu empfehlen. Bei einer schriftlichen Stellungnahme kann sichergestellt werden, dass das BAF, welches sich mit den einzelnen Gesichtspunkten auseinandersetzen muss, diese auch vollständig zur Kenntnis nimmt und keine für die Abwägung relevanten Aspekte übersehen werden. Zudem erleichtert eine schriftliche Stellungnahme die Beweislast, falls Divergenzen bezüglich angesprochener Probleme auftreten.

5. Bindungswirkung der Entscheidung

Wesentlich an der Regelung des Benehmens ist, dass im Gegensatz zu einem Einvernehmen das BAF nicht an die Stellungnahme des UBA gebunden ist¹⁶⁶. Gleichzeitig kann jedoch auch nicht davon ausgegangen werden, dass das BAF sich in jedem Fall über das Benehmen des UBA hinwegsetzen kann. Denn eine solche Auslegung des Benehmens würde unweigerlich dazu führen, dass der Unterschied zwischen einem Benehmens- und einem Anhörungserfordernis verschwimmen würde.

Vielmehr ist die Bindungswirkung des Benehmens so zu verstehen, dass die entscheidende Stelle sich bemühen muss, die Einwendungen und Stellungnahmen des Benehmens zu berücksichtigen¹⁶⁷. Diese müssen in hervorgehobener Weise beachtet werden¹⁶⁸. Aus sachlichen Gründen kann jedoch gegen das Vorbringen der Benehmensbehörde entschieden werden¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 7. Auflage, München 2008, § 74 VwVfG Rn. 241.

¹⁶⁶ BVerwG, Beschluss vom 31.10.2000, 11 VR 12/00 = NVwZ 2001, 90 (91).

¹⁶⁷ Vgl. Stüer, in: ders., *Bau- und Fachplanungsrecht*, 4. Auflage, München 2009, E. Fachplanung Rn. 3354.

¹⁶⁸ Paetow, in: Kunig/Paetow/Versteyl (Hrsg.), *KrW-/AbfG Kommentar*, 2. Auflage, München 2003, § 29 Rn. 57.

¹⁶⁹ Kropp, in: Giesberts/Reinhardt, *Beck OK Umweltrecht*, Stand: 1.7.2011, § 29 KrW-/AbfG Rn. 59, m.w.N.

Diese begrenzte Bindungswirkung kann allerdings nicht für alle im Rahmen des Benehmens geltend gemachte Aspekte angeführt werden. Vielmehr ist nach der Rechtsprechung zu unterscheiden, ob hinter den geltend gemachten Belangen zwingende Gebote oder Verbote des materiellen Rechts oder nur Optimierungsgebote stehen¹⁷⁰. Während die erläuterte nur eingeschränkte Bindungswirkung des Benehmens für Optimierungsgebote gilt, müssen Ge- und Verbote des zwingenden Rechts, die von der Benehmensbehörde geltend gemacht werden, unstreitig von der entscheidenden Behörde beachtet werden.

Diese Differenzierung ist zwingend. Jedoch ergibt sich die Bindungswirkung an die im Benehmen geltend gemachten Verstöße gegen zwingendes Recht nicht aus der Stellung der Benehmensbehörde bzw. der Rechtsnatur des Benehmens, sondern direkt aus dem zwingenden Recht.

Bei Anwendung dieser Gesichtspunkte auf das Benehmen des UBA in der konkreten Rechtsbeziehung zwischen UBA und BAF lässt sich für die Bindungswirkung des Benehmens des UBA schlussfolgern, dass das BAF nicht an die im Benehmen des UBA geäußerten Aspekte gebunden ist. Das BAF steht jedoch in der Pflicht, die in der Stellungnahme geltend gemachten Kritikpunkte insoweit zu beachten, als es sich mit diesen vor Erlass der Flugverfahren auseinandersetzen muss und sich über die geäußerte Kritik nicht ohne sachlichen Grund hinwegsetzen darf.

Dieses Ergebnis ist auch nach Sinn und Zweck der Beteiligung des UBA zwingend geboten. Das UBA soll in dem Verfahren zur Festlegung von Flugrouten die Berücksichtigung des Lärmschutzes der Bevölkerung sicherstellen. Ein vergleichender Blick in § 32 Abs. 1 LuftVG zeigt dabei jedoch, dass der Gesetzgeber dem UBA gerade nicht die deutlich stärkere Position des Einvernehmens einräumen wollte und von der Norm eindeutig zwischen Einvernehmen und Benehmen unterschieden wird. Das UBA soll somit zwar unstreitig an dem Verfahren beteiligt werden, ihm soll jedoch nicht die Position eingeräumt werden, den Erlass der Flugverfahren verhindern zu können. Gleichzeitig kann das UBA jedoch mit dem Benehmen sicherstellen, dass zwingendes Recht eingehalten wird, da das BAF sich, vorausgesetzt das UBA weist auf einen solchen Verstoß hin, nicht über zwingende Ge- und Verbote hinwegsetzen darf.

¹⁷⁰OVG Lüneburg, Beschluss vom 24.9.2002, 7 MS 180/02 = NVwZ-RR 2003, 478 (479).

D.) Einzelfragen des Gutachtauftrages

Vor dem Hintergrund der vorstehenden grundsätzlichen Überlegungen können die Einzelfragen des Gutachtauftrages nachfolgend wie folgt beantwortet werden:

1. Welche Rahmenbedingungen ergeben sich aus § 32 LuftVG sowie der einschlägigen Rechtsprechung bzgl. formaler Benehmensregelungen?

A.) Benehmen des UBA

Das LuftVG weist dem UBA bei der Festlegung von Flugrouten, die für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm von besonderer Bedeutung sind, ausdrücklich eine wichtige verfahrensrechtliche und materielle Rolle zu.

§ 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG sieht bei dem Erlass von Verordnungen nach § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG, die von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm sind, vor, dass diese Verordnungen im Benehmen mit dem UBA erlassen werden.

Dabei werden von § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG Rechtsverordnungen über die Festlegung von Flugverfahren für Flüge innerhalb von Kontrollzonen, für An- und Abflüge zu und von den Flugplätzen mit Flugverkehrskontrollstelle und für Flüge nach Instrumentenflugregeln, einschließlich der Flugwege, Flughöhen und Meldepunkte erfasst. Die Zuständigkeit zum Erlass dieser Verordnungen wird durch § 27 a Abs. 2 LuftVO auf das BAF übertragen.

Demgemäß sind die Rechtsverordnungen über lärmrelevante Flugrouten vom BAF im Benehmen mit dem UBA zu erlassen.

B.) Bedeutung und Reichweite des Benehmens

Eine ausdrückliche normative Regelung, wie das Verfahren der Herstellung des Benehmens zwischen BAF und UBA im Anwendungsbereich des § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG ausgestaltet werden soll oder welche rechtlichen und tatsächlichen Gesichtspunkte das UBA bei seiner Entscheidung berücksichtigen muss oder darf, existiert bislang nicht. Weder das LuftVG noch die LuftVO äußern sich zu diesen Fragen, auch entsprechende Verwaltungsvorschriften liegen nicht vor.

Angesichts des Fehlens ausdrücklicher Regelungen oder Vorgaben in den einschlägigen luft- und luftverkehrsrechtlichen Vorschriften muss die rechtliche Beurteilung der Art und Weise der Beteiligung des UBA, seiner Verfahrensrechte und der inhaltlichen Reichweite seiner Benehmensentscheidung vorrangig nach der Systematik und nach Sinn und Zweck der vorliegenden Regelungen des LuftVG und der LuftVO erfolgen. Ergänzend kann als Grundlage auch auf die außerhalb von LuftVG und LuftVO vorhandene Praxis der Verwendung des Begriffs des Benehmens und auf dessen Ausgestaltung in anderen Bereichen des Verwaltungsrechts zurückgegriffen werden.

I. Benehmen im allgemeinen Verwaltungsrecht

Exemplarisch normiert § 74 Abs. 6 S. 1 Nr. 2 VwVfG die Herstellung eines Benehmens mit den Trägern öffentlicher Belange, deren Aufgabenbereich berührt wird, wenn an Stelle eines Planfeststellungsbeschlusses eine Plangenehmigung erteilt werden soll.

Zum Begriff des Benehmens ist in diesem Zusammenhang – wie generell – anerkannt, dass unter Benehmen die Gelegenheit einer betroffenen Behörde zur Stellungnahme gegenüber der für ein Verfahren zuständigen Behörde zu verstehen ist¹⁷¹. Wesentlich ist, dass im Bereich des Benehmens im Gegensatz zu einem Einvernehmen die zuständige Behörde nicht an die Stellungnahme der betroffenen Benehmensbehörde gebunden ist und somit für eine Entscheidung keine einheitliche Auffassung oder Einschätzung aller beteiligten Behörden erforderlich ist¹⁷².

Vielmehr wird das Benehmen des allgemeinen Verwaltungsrechts dahingehend verstanden, dass es ausreicht, wenn sich die Plangenehmigungsbehörde bemüht, Einwendungen und Stellungnahmen von anderen Trägern öffentlicher Belange zu berücksichtigen¹⁷³. Aus sachlichen Gründen kann die zuständige Behörde aber durchaus auch entgegen der im Rahmen einer Be-

¹⁷¹ Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 11. Auflage, München 2010, § 74 Rn. 166.

¹⁷² BVerwG, Beschluss vom 31.10.2000, 11 VR 12/00, NVwZ 2001, 90 (91).

¹⁷³ Stürer, in: ders., *Bau- und Fachplanungsrecht*, München, 4. Auflage 2009, E. Fachplanung Rn. 3354.

nehmensregelung vorgebrachten Einschätzung einer anderen Behörde entscheiden¹⁷⁴.

Die Stellungnahme einer Behörde, deren Benehmen im Rahmen des § 74 Abs. 1 VwVfG herzustellen ist, kann sich inhaltlich auf zwingende Vorschriften aus dem Aufgabenbereich der beteiligten Behörde beziehen. Sie kann sich aber darüber hinaus auch auf andere Umstände beziehen, die von der entscheidenden Behörde im Rahmen der von dieser zu treffenden Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen sind.¹⁷⁵

II. Benehmen des UBA nach § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG

Vor diesem Hintergrund begründet die Benehmensregelung des § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG für das UBA zunächst lediglich ein Beteiligungs- und Anhörungsrecht im Verfahren des Erlasses einer Rechtsverordnung durch das BAF. Das UBA kann sich an dem Verfahren der Festlegung der Flugrouten mit seiner Stellungnahme beteiligen, seine Stellungnahme ist aber für das BAF rechtlich nicht bindend. Vielmehr kann sich das BAF aus überwiegenden sachlichen Gründen auch gegen eine Stellungnahme des UBA entscheiden.¹⁷⁶

Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass die einschlägige Vorschrift, der § 32 LuftVG, in seinem Wortlaut ausdrücklich zwischen Einvernehmen und Benehmen unterscheidet und für andere auf seiner Grundlage zu erlassende Verordnungen ausdrücklich vorschreibt, dass diese im Einvernehmen mit anderen Stellen zu erlassen sind¹⁷⁷, während für die Festlegung der Flugrouten ausdrücklich angeordnet wird, dass diese nicht im Einvernehmen, sondern im Benehmen mit dem UBA erlassen werden.

Aus dieser Wortwahl des Gesetzgebers in § 32 LuftVG in Verbindung mit der auch ansonsten üblichen Verwendung des Begriffs des Benehmens im Ver-

¹⁷⁴ Kropp, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), Beck OK Umweltrecht, Stand: 1.7.2011, § 29 KrW-/AbfG Rn. 59, m.w.N.

¹⁷⁵ Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 24.9.2002, 7 MS 180/02 = NVwZ-RR 2003, 478 (479); Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Auflage, München 2008, § 74 Rn. 242.

¹⁷⁶ In diesem Sinne ist auch der Antwortentwurf der Bundesregierung in der Fassung vom 03.11.2011, Antwort zu Frage 35, zu verstehen. Von der Frage der rechtlichen Bindungswirkung der Stellungnahme des UBA zu unterscheiden ist die Frage der tatsächlichen bzw. politischen Bindungswirkung bzw. Auswirkung einer entsprechenden Stellungnahme, hierzu noch nachfolgend.

¹⁷⁷ Vgl. etwa einerseits § 32 Abs. 1 S. 3 – 5, Abs. 4 b S. 2 LuftVG, andererseits § 32 Abs. 4 b S. 1 oder Abs. 4 c S. 2 LuftVG.

waltungsrecht ergibt sich eindeutig, dass für das UBA das dargestellte Beteiligungs- und Anhörungsrecht besteht, das das UBA aber rechtlich nicht in die Lage versetzt, eine von seiner Stellungnahme abweichende Entscheidung zu verhindern.

Dabei kann sich die Stellungnahme des UBA zum einen auf zwingende Vorschriften aus dem eigenen Aufgabenbereich beziehen, zum anderen auf alle anderen Umstände, die vom BAF bei seiner Abwägungsentscheidung über die Festlegung von lärmrelevanten Flugrouten zu berücksichtigen sind.

1.) Lärmschutz

Die Vorschrift, die in diesem Sinne den eigenen Aufgabenbereich des UBA im Rahmen des Verfahrens der Herstellung seines Benehmens bei der Festlegung von Flugrouten betrifft, ist zentral der § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG. Dieser regelt, dass das Benehmen des UBA in den Fällen herzustellen ist, in denen Flugverfahren festgelegt werden, die von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm sind.

Die Beteiligung des UBA am Verfahren der Festlegung von Flugrouten ist also ausweislich des Gesetzeswortlautes dann vorgeschrieben, wenn die Festlegung einer Flugroute besondere Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm hat, und sie ist deshalb vorgeschrieben, damit das UBA in diesen Verfahren die Gesichtspunkte des Schutzes der Bevölkerung vor Fluglärm als unabhängige eigenständige wissenschaftliche Behörde sachkundig einbringt und ihre hinreichende Berücksichtigung im Verfahren überprüft.

Damit ist die Berücksichtigung des Schutzes der Bevölkerung vor Fluglärm die zentrale und wesentliche eigene Aufgabe, die dem UBA bei der Festlegung von Flugverfahren nach § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG, bei denen die entsprechenden Rechtsverordnungen nach § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG im Benehmen mit dem UBA erlassen werden, zugewiesen ist. Hieraus folgt, dass das UBA zu allen Aspekten des Schutzes der Bevölkerung vor Fluglärm, die aus einer beabsichtigten Flugroutenfestlegung folgen, seine Stellungnahme abgeben kann und dass das BAF diese Stellungnahme bei seiner Entscheidung berücksichtigen muss.

2.) Weitere abwägungsrelevante Gesichtspunkte

Darüber hinaus ist das UBA aber auch berechtigt, zu allen anderen Umständen Stellung zu nehmen, die vom BAF bei seiner Abwägungsentscheidung über die Festlegung von lärmrelevanten Flugrouten zu berücksichtigen sind. Das Benehmen des UBA bezieht sich nicht nur oder ausschließlich auf die spezifisch lärmrelevanten Aspekte einer Rechtsverordnung nach § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG, sondern die Verordnung insgesamt wird im Benehmen mit dem UBA erlassen.

Aus diesem umfassenden Bezug des Benehmens auf die Rechtsverordnung insgesamt folgt die Berechtigung des UBA, zu allen Gesichtspunkten Stellung zu nehmen, die für die Entscheidung über den Erlass der Rechtsverordnung relevant sind.

III. Verfahrensrechte des UBA

Fraglich ist, welche Verfahrensrechte des UBA im Verfahren der Erarbeitung von Flugrouten und des Erlasses entsprechender Rechtsverordnungen sich aus dieser Funktion und Rolle des UBA ergeben.

Diese Frage muss so gestellt werden, weil eine entsprechende ausdrückliche Regelung im LuftVG, in der LuftVO oder in einer durchaus vorstellbaren, rechtlich möglichen und im Interesse von Rechts- und Verfahrenssicherheit auch sinnvollen VerfahrensVO für das Verfahren der Festlegung von Flugverfahren nicht getroffen worden sind. Weil also eine ausdrückliche Regelung fehlt, müssen die Verfahrensrechte des UBA nach Sinn und Zweck seiner Beteiligung am Verfahren der Festlegung von Flugrouten und nach Reichweite und Umfang seiner Stellungnahme bestimmt werden.

Grundsätzlich muss das Benehmen des UBA erst zum Zeitpunkt der Entscheidung des BAF über den Erlass einer Rechtsverordnung nach § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG vorliegen.

Damit das BAF bei seiner Entscheidung allerdings die Stellungnahme des UBA noch hinreichend würdigen, sich mit ihr inhaltlich auseinandersetzen, eventuell aufgrund der Stellungnahme des UBA erforderliche weitere Ermittlungen, Berechnungen und Prüfungen noch vornehmen und damit seine rechtliche Verpflichtung zur ernsthaften Auseinandersetzung mit den vom UBA vor-

getragenen Aspekten erfüllen kann, ist rechtlich zwingend geboten, das UBA weit vor dem Zeitpunkt der Entscheidung des BAF an dem Verfahren zu beteiligen, ihm alle entscheidungsrelevanten Daten, Unterlagen und Verfahrensakten zur Verfügung zu stellen und ihm diese bei Unklarheiten, Widersprüchen oder Aufklärungsdefiziten entweder zu erläutern oder – auch zur Erfüllung der originär eigenen Aufgabe des BAF zur vollständigen Sachverhaltsaufklärung und Ermittlung der abwägungsrelevanten Umstände – eine in der Sache gebotene weitere Aufklärung zu leisten.

Diese Beteiligung des UBA muss sich auf alle Teile oder Gegenstände des Verfahrens der Festlegung von Flugrouten beziehen, zu denen das UBA im Rahmen der Herstellung seines Benehmens Stellung nehmen kann. Das UBA kann zu allen Umständen Stellung nehmen, die für die Abwägungsentscheidung des BAF relevant sind. Damit sind dem UBA rechtzeitig umfassende Beteiligungsrechte im Hinblick auf alle abwägungsrelevanten Umstände einzuräumen. Diese Beteiligungsrechte umfassen bei unvollständigen, widersprüchlichen oder unklaren Informationen in den Verfahrensunterlagen auch das Recht zur Nachfrage und die Bitte um Nachermittlung oder weitere Aufklärung.

IV. Verfahrensrechte gegenüber der DFS

Die Beteiligungsrechte des UBA bestehen nach § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG unmittelbar gegenüber dem BAF, mit dem das Benehmen herzustellen ist. Da die fachliche Erarbeitung der Flugroutenvorschläge allerdings im Wesentlichen nicht durch das BAF, sondern durch die DFS erfolgt, ist für die tatsächliche praktische Wirksamkeit der Verfahrensbeteiligung des UBA – und damit für die Verwirklichung des Gesetzeszweckes des § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG – von entscheidender Bedeutung, ob das UBA auch im Hinblick auf die Ermittlungen und Überlegungen der DFS beteiligungsberechtigt ist.

Diese Frage stellt sich in zweifacher Hinsicht: zum einen im Hinblick auf die Frage, ob das UBA bereits in der ersten Phase der Erarbeitung von Vorschlägen der DFS an das BAF verfahrensbeteiligt sein kann und etwa selbst der DFS Flugroutenvorschläge machen kann, die von dieser dann in ihre Prüfung miteinbezogen werden sollten. Zum anderen stellt sich die Frage aber auch dann, wenn das BAF auf der Grundlage der Vorarbeiten der DFS dem UBA

einen Entscheidungsvorschlag übermittelt: Kann das UBA in diesem Verfahrensstadium bei Unklarheiten, Widersprüchen oder Defiziten in den Unterlagen der DFS diese um Erläuterung, weitere Aufklärung oder Alternativenprüfung bitten?

Zur ersten Variante – der Beteiligung des UBA bereits in der Phase der Erarbeitung der Flugroutenvorschläge durch die DFS – ist darauf hinzuweisen, dass eine derartige Verfahrensgestaltung ohne weiteres vom Gesetzgeber in einer entsprechenden Regelung vorgesehen werden könnte und möglicherweise besonders effizient zur Berücksichtigung von Lärmschutzaspekten bei der Festlegung von Flugrouten beitragen könnte. Eine derartige ausdrückliche Regelung besteht aber bislang wie dargelegt nicht, und die zwingende Notwendigkeit einer derartigen Ausgestaltung der Verfahrensbeteiligung des UBA lässt sich auch nicht aus den vorhandenen Regeln oder aus Sinn und Zweck der Benehmensregelung herleiten.

Zur zweiten Variante – unmittelbarer Kontakt des UBA mit der DFS nach Übermittlung der Unterlagen durch das BAF an das UBA – ergibt sich allerdings aus den vorhandenen gesetzlichen Regelungen und aus Sinn und Zweck der Beteiligung des UBA am Verfahren des Erlasses der Rechtsverordnungen nach § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG, dass das UBA im Interesse der sinnvollen, effektiven Wahrnehmung der ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgaben, einer effizienten Gestaltung des anwendbaren Verwaltungsverfahrens und zugleich im Interesse der Herbeiführung einer oftmals dringend erforderlichen zeitnahen Entscheidung über die Festlegung von Flugverfahren zur unmittelbaren Kontaktaufnahme mit der DFS ebenso wie zu direkten Nachfragen, Bitten um weitere Aufklärung und Alternativvorschlägen berechtigt ist.

Diese Berechtigung ergibt sich daraus, dass das UBA gegenüber dem BAF zur Stellungnahme zu allen abwägungsrelevanten Gesichtspunkten der Entscheidung über die Festlegung der Flugverfahren berechtigt ist. Es stützt sich für diese Stellungnahme auf die ihm vom BAF übermittelten und teilweise von der DFS erarbeiteten Unterlagen und Erkenntnisse. Wenn diese Unterlagen und Erkenntnisse Unklarheiten, Widersprüche oder Defizite aufweisen, kann und muss das UBA unzweifelhaft in seiner Stellungnahme auf diese Unklarheiten, Widersprüche oder Defizite hinweisen, wenn nicht das BAF vor der

Abgabe der Stellungnahme für hinreichende Klärung gesorgt hat. Gleichzeitig ist es gesetzlich vorgegebene Aufgabe des BAF, Unklarheiten, Widersprüchen oder Defiziten, auf die das UBA hingewiesen hat, selbst nachzugehen und selbst für die erforderliche Klärung zu sorgen, bevor es eine Entscheidung über die Festlegung von Flugrouten trifft, weil das BAF zwar nicht an die Stellungnahme des UBA gebunden ist, aber sich mit ihr ernsthaft inhaltlich auseinandersetzen muss und sich über vorgebrachte Gesichtspunkte nur und erst nach sorgfältiger sachlicher Prüfung hinwegsetzen darf.

Vor diesem Hintergrund erscheint es als sachwidrige und ineffiziente Verfahrensgestaltung, das UBA in dem Fall, dass es in den ihm vom BAF übermittelten Unterlagen Defizite erkennt, die nicht vom BAF zu vertreten sind, sondern die durch die DFS verursacht worden sind, darauf zu beschränken, die Erteilung seines Benehmens zu verweigern, wodurch dann eine Verpflichtung des BAF mit den vom UBA problematisierten Defiziten begründet würde. Vielmehr können eventuelle Unklarheiten durch einen unmittelbaren Dialog zwischen DFS und UBA am unmittelbarsten und wirkungsvollsten geklärt werden, und im Rahmen dieses zu einer effektiven Verfahrensgestaltung erforderlichen Dialoges kann das UBA die DFS um Klärung aller von ihm erkannten und ansonsten zur Verweigerung seines Benehmens führenden Unklarheiten, Widersprüche oder Defizite ersuchen.

Dies führt insgesamt zu einer Verfahrensbeschleunigung, eröffnet dem UBA durch die bewirkte weitere Aufklärung gegebenenfalls die Möglichkeit einer positiven Entscheidung über die Erteilung seines Benehmens, schafft auch für das BAF eine tragfähigere Grundlage für eine Abwägungsentscheidung unter Berücksichtigung aller abwägungsrelevanten Umstände und erhöht dadurch die Wahrscheinlichkeit einer halbwegs zeitnahen sachgerechten Entscheidung über die Festlegung von Flugrouten. Denn auch wenn das BAF eine Flugroute auch ohne das Benehmen und entgegen vorgetragenen Einwänden des UBA festlegen könnte, so erscheint ein solches Vorgehen angesichts der großen öffentlichen Aufmerksamkeit, die die Entscheidungen des BAF über die Festlegung von Flugverfahren generell und umso mehr dann finden, wenn sie ohne das Benehmen des UBA erfolgen, im Interesse ihrer Akzeptabilität, ihrer

Akzeptanz und ihrer Eignung zur Herstellung von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden nur bedingt erstrebenswert.

2. Welche Anforderungen kann UBA (via BAF) an die Antragsunterlagen für Flugroutenänderungen stellen (Art, Umfang, Kostenübernahmen, Format, etc.)?

Da dem UBA mit der Benehmensregelung des LuftVG keine eigene aktive Verfahrensrolle im Verfahren der Festlegung von Flugrouten zugewiesen ist, aufgrund derer es selbst die Verfahrensgestaltung (mit)bestimmen könnte, kann es auch keine eigenständigen Anforderungen an die Antragsunterlagen stellen. Vielmehr hat das BAF, dem die Festlegung von Flugrouten normativ zugewiesen ist, ohne dass das dabei anzuwendende Verfahren oder die beizubringenden Unterlagen geregelt worden wären, das Verfahren nach seinem sachgemäßen Ermessen unter Berücksichtigung der Vorgaben des LuftVG und der LuftVO zu gestalten und dabei, gegebenenfalls im Zusammenwirken mit der DFS, die erforderlichen Antragsunterlagen auch im Hinblick auf Art, Umfang und Format festzulegen.

Das Verfahrensermessen des BAF ist dabei dahingehend auszuüben, dass durch die Festlegung der Antragsunterlagen auch im Hinblick auf Art, Umfang und Format sichergestellt wird, dass alle für die zu treffende Abwägungsentscheidung relevanten Umstände durch die Antragsunterlagen zusammen mit den weiteren Erkenntnissen der DFS und des BAF ermittelt werden und in den Verfahrensakten dokumentiert sind. Diese vollständigen, alle abwägungsrelevanten Umstände wie den Vorgang der Abwägung dokumentierenden Verfahrensunterlagen sind dabei dem UBA im Rahmen seiner Benehmensbeteiligung zur Verfügung zu stellen.

Stellt das UBA fest, dass abwägungsrelevante Umstände nach seiner Auffassung nicht oder nur unzureichend ermittelt worden sind oder in den vorgelegten Unterlagen – möglicherweise auch aufgrund von Art, Umfang oder Format der vorgelegten Unterlagen - nicht nachvollziehbar dokumentiert werden, kann es das BAF auf diese Defizite hinweisen und um Erläuterung der Unterlagen oder Behebung der festgestellten Mängel bitten, da ansonsten eine Erteilung

seines Benehmens wegen der unvollständigen Entscheidungsgrundlage nicht erfolgen kann.

Gleiches gilt, wenn bereits im Vorfeld der Übermittlung der Verfahrensakten erkennbar ist, dass die von DFS und BAF ihren Entscheidungen zugrunde gelegten Unterlagen aus Sicht des UBA nicht ausreichen. Auch in dieser Situation kann das UBA die BAF um Vorlage der aus seiner Sicht erforderlichen Unterlagen ersuchen.

Das BAF ist allerdings nur dann verpflichtet, entsprechende Anforderungen des UBA zu berücksichtigen, wenn die angeforderten Unterlagen oder Informationen tatsächlich für die zu treffende Abwägungsentscheidung erforderlich sind. Das Recht zur Anforderung von Unterlagen ergibt sich also nicht aus einer eigenen verfahrensrechtlichen Berechtigung des UBA, sondern aus der Verpflichtung des BAF zur sachgerechten Gestaltung des Verfahrens der Festlegung von Flugrouten im Zusammenwirken mit der materiellen Vorgabe einer Abwägungsentscheidung, zu der das Benehmen des UBA erfolgen soll.

3. Welche Zeitdauer kann UBA in Anspruch nehmen a) für Standardfälle und b) für Ausnahmefälle wie komplexe Situationen bzw. Flugstreckensysteme?

Offensichtlich ist weder im LuftVG noch in der LuftVO oder in sonstigen einschlägigen Regelwerken eine konkrete Frist für die Entscheidung des UBA über die Erteilung seines Benehmens geregelt.

Da das UBA jedoch auf der Grundlage der Vorgaben des LuftVG und der LuftVO in das Verfahren der Festlegung von Flugverfahren gezielt zur Wahrnehmung der wichtigen Aufgabe der Stärkung des Schutzes der Bevölkerung vor Fluglärm eingebunden worden ist, muss ihm ein hinreichender Zeitraum zur sachgerechten Erfüllung dieser Aufgabe eingeräumt werden.

Dieser Zeitraum kann durchaus standardisiert werden, muss jedoch auch eventuellen Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragen. Derartige Besonderheiten können etwa bei der Erteilung des Benehmens in besonders komplexen Situationen oder zu Flugstreckensystemen gegeben sein und erfordern zur sachgerechten Aufgabenwahrnehmung sicher einen größeren Zeitraum als unproblematische Standardfälle.

Zu beachten ist, dass jede im Einzelnen noch festzulegende Frist jedenfalls erst dann beginnen kann, wenn dem UBA die für die Wahrnehmung seiner Aufgaben erforderlichen vollständigen Unterlagen vorgelegt worden sind.

4. Kann das UBA regresspflichtig gemacht werden bei einer Klage gegen eine Verordnung zur Routenfestlegung bzgl. Lärm-Streitpunkten?

Zum einen stellt sich die Frage ob Bürger, die einer Beeinträchtigung durch Fluglärm ausgesetzt sind, unmittelbar Entschädigungsansprüche bzw. haftungsrechtliche Schadensersatzansprüche gegen das UBA geltend machen können (A.). Zum anderen ist zu untersuchen, ob die Möglichkeit besteht, dass das Umweltbundesamt Regressansprüchen des BAF ausgesetzt werden kann, soweit das BAF selbst Entschädigungszahlungen an die Bürger, die vom Fluglärm betroffen sind, leisten muss (B.).

A.) Entschädigungsansprüche / Schadensersatzansprüche Einzelner gegen das Umweltbundesamt

Zunächst könnten dem Bürger Ansprüche zustehen, die unmittelbar gegen das UBA gerichtet sind. Dies könnte sich jedenfalls daraus ergeben, dass das Benehmen des Umweltbundesamtes und die darauffolgende Flugroutenfestlegung rechtswidrig sind, da insbesondere Lärmbelange nicht ausreichend berücksichtigt wurden beziehungsweise soweit ein Abwägungsdefizit hinsichtlich etwaiger Lärmschutzbelange besteht (haftungsrechtliche Schadensersatzansprüche)¹⁷⁸. Eine solche Rechtswidrigkeit der Flugroutenverordnung würde in erster Linie jedoch dazu führen, dass das BAF als die für die Flugroutenfestlegung hauptverantwortliche Behörde mit haftungsrechtlichen Ansprüchen der Bürger rechnen müsste, weniger vermutlich das Umweltbundesamt.

Sollten Bürger dennoch direkt gegen das UBA vorgehen wollen, da dieses sein Benehmen zur geplanten Flugroutenfestlegung abgegeben hat, ist zu prüfen, inwieweit ein solches Vorgehen Aussicht auf Erfolg hätte.

Neben den haftungsrechtlichen Ansprüchen könnte der Bürger auch Entschädigungsansprüche gegen das Umweltbundesamt geltend machen. Entschädi-

¹⁷⁸ Zur Abgrenzung zwischen haftungsrechtlichen Fragen und Entschädigungsansprüchen vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, München 2010, § 66 Rn. 3f.

gungen werden im öffentlichen Recht dann geleistet, wenn ein Ausgleich für eine grundsätzlich rechtmäßige Inanspruchnahme von Rechtsgütern des einzelnen Bürgers durch den Staat gewährt wird¹⁷⁹. Eine solche Entschädigung könnte hier in Betracht kommen, um einen Ausgleich zu der extremen Lärm- belästigung zu schaffen, der einige Bürger aufgrund bestimmter Flugrouten- festlegungen ausgesetzt sind.

I. Vorrang der Folgenbeseitigung / Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustandes

Ein Schadensersatzanspruch könnte allerdings schon deshalb ausgeschlossen sein, weil im Recht der staatlichen Ersatzleistungen der Folgenbeseitigung Vorrang zukommt. Das bedeutet vorliegend, dass dem Bürger kein Wahlrecht, zwischen der Möglichkeit, den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen (Folgenbeseitigung) und der Möglichkeit, den rechtswidrigen Zustand beizubehalten und stattdessen Ersatz in Geld zu verlangen, eingeräumt wird. Vielmehr kommt nur dann ein Schadensersatzanspruch in Betracht, wenn eine Wiederherstellung bzw. Folgenbeseitigung nicht möglich oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden und damit unzumutbar ist¹⁸⁰.

Vorliegend könnte eine solche Unzumutbarkeit der Folgenbeseitigung in Betracht kommen. Sollte eine erlassene Flugroutenverordnung aufgrund von Lärmgesichtspunkten nicht rechtmäßig ergangen sein, da einige Gesichtspunkte bei der Abwägung außer Acht gelassen wurden, so würde eine Aufhebung dieser Verordnung dazu führen, dass das Flugroutenverfahren ein weiteres Mal durchlaufen werden muss, um anschließend alle möglichen Gesichtspunkte, die hinsichtlich Lärmstreitpunkten von Belang sein könnten, zu berücksichtigen. Wie bereits festgestellt wurde, ist solch ein Flugroutenverfahren sehr aufwendig und langwierig. Aus diesem Grund ist es zwar der einfachere Weg, eine solche Flugroutenverordnung beizubehalten und die Bürger statt einer Aufhebung und eines Neuerlasses einer solchen Verordnung für Beeinträchtigungen zu entschädigen.

Diese Gründe der Verwaltungspraktikabilität respektive des erforderlichen verfahrensrechtlichen Aufwandes zur Herbeiführung einer rechtmäßigen Flugrou-

¹⁷⁹ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, München 2010, § 66 Rn. 3.

¹⁸⁰ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, München 2011, 7. Teil, § 30 Rn. 6.

tenfestlegung führen jedoch nicht zur Unzumutbarkeit der Folgenbeseitigung, sondern stellen den rechtsstaatlich gebotenen Weg zu ihrer Bewerkstelligung her.

Deshalb sind Ersatzansprüche bereits wegen des Vorrangs der Folgenbeseitigung ausgeschlossen. Ungeachtet dessen soll nachfolgend weiter aufgezeigt werden, dass auch aus anderen Gründen keine entsprechende Haftung des UBA in Betracht kommt.

II. Schadensersatzansprüche gegen das Umweltbundesamt

Als Schadensersatzanspruch kommt zum einen der Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, zum anderen ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff in Betracht.

1. Amtshaftungsanspruch, § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG

Voraussetzung für einen Amtshaftungsanspruch ist, dass ein Amtswalter in Ausübung eines ihm anvertrauten Amtes die ihm gegenüber einem Dritten obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt.

a) Handeln in Ausübung eines öffentlichen Amtes

Der Begriff des Amtswalters im Rahmen eines Amtshaftungsanspruchs ist sehr weit zu verstehen, da er im Lichte des sehr umfassenden Art. 34 GG zu interpretieren ist¹⁸¹. Beamter i.S.d. § 839 BGB ist demzufolge jeder, dem ein öffentliches Amt anvertraut ist. Nach diesem haftungsrechtlichen Beamtenbegriff ist daher also nicht nur derjenige Beamte, der rechtswirksam zum Beamten ernannt worden ist, sondern entscheidend ist vielmehr, dass die betreffende Person im konkreten haftungsrechtlichen Fall ein öffentliches Amt ausgeübt hat¹⁸².

Im Rahmen der Flugroutenfestlegung sieht § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG vor, dass beim Erlass von Verordnungen nach § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG, die von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm sind, ein Benehmen des UBA gegenüber dem BAF erforderlich ist. Das UBA hat demzufolge die Möglichkeit, zu lärmrelevanten Fragestellungen selbstständig Stel-

¹⁸¹ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, München 2010, § 67 Rn. 13.

¹⁸² Durch dieses Tatbestandsmerkmal sollte das gesamte hoheitliche Handeln erfasst werden, vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, München 1998, S. 12f.

lung zu nehmen¹⁸³. Im Rahmen dieser Benehmensausübung wird das UBA hoheitlich tätig, sodass das UBA, das dem Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit untersteht, im Fall der Abgabe eines Benehmens gegenüber dem Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung im Rahmen der Flugroutenfestlegung in Ausübung eines öffentlichen Amtes handelt i.S.v. § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.

b) Verletzung einer Amtspflicht

Amtspflichten sind diejenigen Pflichten, die dem Handelnden gegenüber seinem Dienstherrn, also gegenüber dem Staat, bestehen¹⁸⁴. Es handelt sich daher um Pflichten im Innenverhältnis zwischen Amtswalter und Dienstherrn.

Vorliegend sind damit alle Pflichten gemeint, die das UBA gegenüber dem Bund, also der Bundesrepublik Deutschland, erfüllen muss. Amtspflichten, die zu einer Amtspflichtverletzung führen können, sind nicht ausdrücklich gesetzlich normiert. Sie können demzufolge nur aus einer Zusammenschau der Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur erfasst werden¹⁸⁵. Danach ist die bedeutendste Amtspflicht diejenige zu rechtmäßigem Handeln, die unter anderem aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus Art. 20 Abs. 3 GG resultiert¹⁸⁶. Bei der Erfüllung der staatlichen Aufgaben darf demzufolge nicht gegen Gesetz und Recht verstoßen werden.

Im Rahmen seines Benehmens hat sich das UBA an jegliche Rechtsetzung im Bereich Lärm zu halten, da sowohl Lärmbekämpfung als auch Lärmverhütung Staatsaufgaben sind¹⁸⁷, die gerade durch die Benehmensregelung des § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG erfüllt werden sollen. Dabei müssen insbesondere die Vorschriften des Lärmschutzgesetzes beachtet werden. Allgemeine immissionsschutzrechtliche Regelungen sind jedoch ebenfalls zu berücksichtigen. Soweit diese lärmrechtlichen Grundlagen jedoch nicht vom UBA eingehalten

¹⁸³ Kopp/Ramsauer, *Verwaltungsverfahrensgesetz* Kommentar, 11. Auflage, München 2010, § 74 Rn. 166.

¹⁸⁴ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, *Verwaltungsrecht II*, 7. Auflage, München 2010, § 67 Rn. 50.

¹⁸⁵ Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 5. Auflage, München 1998, S. 43.

¹⁸⁶ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, *Verwaltungsrecht II*, 7. Auflage, München 2010, § 67 Rn. 55; Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht*, 5. Auflage, München 1998, S. 43.

¹⁸⁷ Czybulka/Wandres, *Rechtsschutz gegen zivilen Fluglärm bei der Festlegung von „Flugrouten“*, DÖV 1990, 1033 (1034).

werden, handelt dieses nicht rechtmäßig, womit eine Amtspflichtverletzung in der Folge zu bejahen wäre.

c) Drittbezogenheit der Amtspflicht

Schadensersatz nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG wird nur dann geleistet, wenn die Amtspflicht nicht nur gegenüber dem Dienstherrn, vorliegend also der Bundesrepublik Deutschland besteht, sondern auch gegenüber dem Geschädigten¹⁸⁸. Die Amtspflichtverletzung muss demzufolge in die Rechtssphäre des Bürgers eingreifen¹⁸⁹. Dabei lässt sich die Drittbezogenheit in drei Bereiche unterteilen. Zunächst muss festgestellt werden, ob die verletzte Amtspflicht überhaupt eine drittschützende Wirkung entfalten kann. Falls diese Frage bejaht wird, muss anschließend geprüft werden, ob der Geschädigte zu dem geschützten Personenkreis gehört. Abschließend muss festgestellt werden, ob das verletzte Recht des Bürgers von der drittschützenden Wirkung erfasst wird¹⁹⁰.

aa) Drittschützende Wirkung der verletzten Amtspflicht

Im Rahmen dieser Fragestellung muss vorliegend untersucht werden, ob das Benehmen des UBA, das nach § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG gegenüber dem BAF ergehen muss, drittschützende Wirkung gegenüber dem Bürger entfaltet, der ggf. von den Beeinträchtigungen einer Flugroutenverordnung betroffen sein könnte. Eine ausdrückliche Regelung hinsichtlich des Drittschutzes des Bürgers aus § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG findet sich nicht. Auch hier muss, wie oben bereits bei der allgemeinen rechtlichen Einordnung des Benehmens, auf andere Vorschriften und auf die Ausgestaltung durch Literatur und Rechtsprechung abgestellt werden.

Allerdings wird auch in der Literatur im Hinblick auf weitere Rechtsnormen, in denen ein Benehmen erforderlich ist, keine Aussage darüber getroffen, inwieweit ein Benehmen Drittwirkung entfaltet oder gar einen Amtshaftungsanspruch des Bürgers gegen die betreffende Behörde begründet. Vielmehr ist auf andere Mitwirkungsrechte abzustellen, um letztlich die rechtliche Gestaltung des Benehmens klären zu können. Dabei wird zunächst die Frage auf-

¹⁸⁸ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, München 1998, S. 57.

¹⁸⁹ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, München 2010, § 67 Rn. 68.

¹⁹⁰ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, München 1998, S. 58.

geworfen, wo das Benehmen im Rahmen von weiteren Beteiligungsmöglichkeiten rechtlich einzuordnen ist.

Das Benehmen ist rechtlich zwischen einer Anhörung und einem Einvernehmen einzuordnen¹⁹¹.

Als schwächste Form der Mitwirkung ist die Anhörung zu qualifizieren. Hierbei ist ausreichend, dass dem Mitwirkungsberechtigten die Gelegenheit zur Äußerung gegeben wird, wobei die vorgebrachten Erwägungen jedenfalls bei der Entscheidung berücksichtigt werden müssen¹⁹². Demgegenüber gilt das Einvernehmen als stärkste Form der Beteiligung¹⁹³. Erforderlich ist hier, dass zwischen den beteiligten Behörden völlige Willensübereinstimmung besteht. Es ist letztlich eine Zustimmung der mitwirkungsberechtigten Behörde gegenüber der verantwortlichen Behörde erforderlich¹⁹⁴.

Das Benehmen stellt eine Mitwirkungsform dar, die zwischen diesen beiden deutlich häufiger geforderten Teilnehmungsrechten eingeordnet wird. Bei einem Benehmen ist dem Mitwirkungsberechtigten ebenfalls die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben, um eigene Vorstellungen vorzutragen. Es ist aber nicht erforderlich ein Einvernehmen herzustellen. Ein „Mehr“ zur Anhörung ergibt sich lediglich aus der Tatsache, dass die federführende Behörde zumindest versuchen muss, soweit wie möglich auf diese genannten Erwägungen einzugehen und eine Einigung zu erzielen¹⁹⁵. Um nun die Frage klären zu können, ob die Teilnehmungsform des Benehmens drittschützende Wirkung entfaltet, ist die Literatur und Rechtsprechung zur behördlichen Mitwirkungsmöglichkeit heranzuziehen, um auf diese Art und Weise gegebenenfalls hinsichtlich der hier relevanten Fallgestaltung Rückschlüsse ziehen zu können.

(1) Heranziehen des § 36 BauGB

Die umfassendsten Ergebnisse liefern dabei wohl die Literatur und Rechtsprechung zum gemeindlichen Einvernehmen nach § 36 BauGB. Dabei stellt das

¹⁹¹ Fluck, KrW-/AbfG, AbfVerbrG, EG-AbfVerbrVO, BBodSchG, Kommentar, Loseblatt, Heidelberg Stand: August 2011, § 29 Krw-/AbfG-Kommentar, Rn. 456.

¹⁹² Von Streng, Naturschutzrecht außerhalb der Naturschutzgesetze, Berlin 2004, S. 44.

¹⁹³ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB-Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juni 2011, § 36 Rn. 23.

¹⁹⁴ Von Streng, Naturschutzrecht außerhalb der Naturschutzgesetze, Berlin 2004, S. 44.

¹⁹⁵ Von Streng, Naturschutzrecht außerhalb der Naturschutzgesetze, Berlin 2004, S. 44; BVerwGE 04.11.1960, VI C 163.58, Rn. 17.

Einvernehmenserfordernis eine qualifizierte Form der Beteiligung der Gemeinde an der Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde dar¹⁹⁶. Dabei werden mit diesem Einvernehmen keinerlei Beziehungen zwischen Gemeinde und Bauherrn geschaffen. Das Einvernehmen hat vielmehr lediglich verwaltungsinternen Charakter. Die Maßnahme gegenüber dem Bürger stellt dann erst die Erteilung oder Nichterteilung der Baugenehmigung in Form des Verwaltungsaktes durch die federführende Baugenehmigungsbehörde dar. Diesen Verwaltungsakt kann der Bürger auch ohne weiteres angreifen beziehungsweise diesbezüglich unter bestimmten Voraussetzungen einen Amtshafungsanspruch geltend machen. Demgegenüber betrifft das Einvernehmen der Gemeinde lediglich einen im inneren Bereich der Behörde verbleibenden Vorgang, der der Vorbereitung der Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde über die Erteilung der Baugenehmigung dient¹⁹⁷. Daraus ergibt sich dann auch, dass der Bauherr weder gegen ein nicht erteiltes Einvernehmen mit Rechtsmitteln vorgehen kann, noch dass das Einvernehmenserfordernis des § 36 BauGB eine Schutznorm für den Bürger darstellt¹⁹⁸. Dem steht aber nicht entgegen, dass die Gemeinde die Amtspflicht, das Einvernehmen nicht rechtswidrig zu versagen, auch gegenüber dem Bauherrn hat¹⁹⁹. Insofern entfaltet jedenfalls die Rechtspflicht, das Einvernehmen nicht rechtswidrig zu versagen, Drittschutz. Begründet wird dies unter anderem damit, dass das Einvernehmen Bindungswirkung entfaltet. Soweit die Gemeinde also ihr Einvernehmen versagt, ist die Baugenehmigungsbehörde zur Ablehnung des Bauantrags verpflichtet²⁰⁰. Eine Amtspflichtverletzung wird also in dem Fall angenommen, in dem die federführende Behörde an das Einvernehmen der Gemeinde gebunden ist, weil sie ohne ein solches Einvernehmen die Baugenehmigung erteilt.

¹⁹⁶ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB-Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juni 2011, § 36 Rn. 23.

¹⁹⁷ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB-Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juni 2011, § 36 Rn. 23f.

¹⁹⁸ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB-Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juni 2011, § 36 Rn. 24, 28.

¹⁹⁹ So die ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. Urt. vom 29. 9. 1975, III ZR 40.73; Urt. vom 26. 4. 1979, III ZR 100.77; Urt. vom 11. 6. 1981, III ZR 34.80; Urt. vom 14. 6. 1984, III ZR 68.83; Urt. vom 14. 11. 1984, III ZR 70.83; Urt. vom 25. 10. 1990, III ZR 249.89; Urt. vom 21. 5. 1992, III ZR 14.91; Urt. vom 1. 7. 1993, III ZR 36.92; Urt. vom 21. 11. 2002, III ZR 278.01; Urt. vom 13. 10. 2005, III ZR 234.04; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB-Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juni 2011, § 36 Rn. 48a.

²⁰⁰ Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB-Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juni 2011, § 36 Rn. 48a.

nehmung nicht erlassen darf²⁰¹. Zwar hat sich an diesem Ergebnis durch Einführung des Ersetzens des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 Abs. 2 S. 3 BauGB nach Auffassung des BGH die Rechtslage entscheidend geändert²⁰², dies ist für die vorliegende Fragestellung nach dem allgemeinen Drittschutz der unterschiedlichen Beteiligungsformen aber nicht von Belang.

(2) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Zwar wurde festgestellt, dass die Einvernehmensregelung des § 36 BauGB durchaus Drittschutz gegenüber betroffenen Bürgern entfalten kann, fraglich ist aber ob man dieses Ergebnis auch auf das Benehmen des UBA, das nach § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG mit dem BAF hergestellt werden muss, übertragen kann. Das Hauptargument des BGH im Fall des Versagens des Einvernehmens der Gemeinde und den sich daraus ergebenden Drittschutz gegenüber dem Bürger ist, dass die letztlich verantwortliche Baugenehmigungsbehörde an das fehlende Einvernehmen gebunden ist und insofern ohne die Zustimmung der Gemeinde keine Baugenehmigung erlassen darf. Im Rahmen des Benehmens des UBA liegt der Fall aber anders. Hier stellt sich nicht die Frage nach dem Drittschutz des Bürgers, falls das UBA kein Benehmen mit dem BAF herstellt. Vielmehr stellt sich hier die Frage, ob Drittschutz angenommen werden kann, soweit das UBA das Benehmen rechtswidrig erteilt und dem Bürger daraus aus lärmrechtlichen Gesichtspunkten Nachteile entstehen. Das oben genannte Argument kann hier nicht herangezogen werden, da das Bundesaufsichtsamt, anders als die Baugenehmigungsbehörde im Fall des Versagens des Einvernehmens nach § 36 BauGB, nicht an die Entscheidung des UBA gebunden ist. Die Argumentation im Bereich des § 36 BauGB kann demzufolge auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden.

Gegen einen Drittschutz spricht des Weiteren, dass die Benehmensregelung in § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG aufgenommen wurde, um dem Bürger die bestmögliche Verwirklichung seiner Rechte zu gewährleisten, indem eine weitere Behörde, die sich inhaltlich mit dem Bereich „Lärm“ auseinandersetzt, an dem Verfahren zur Flugroutenfestlegung beteiligt wird, nicht hingegen, um dem

²⁰¹ BGH Urteil vom 18.12.1986, III ZR 174/85, Rn. 35.

²⁰² BGH Urteil vom 16.9.2010, III ZR 29/10 vor Rn. 1.

Bürger eine materielle Rechtsposition zu verschaffen²⁰³. Ziel der Aufnahme eines solchen Benehmens ist vielmehr die Schaffung einer breiteren Beurteilungsgrundlage, um damit eine bessere Entscheidungsfindung zu gewährleisten²⁰⁴.

Gegen den Drittschutz spricht auch die schwache Ausgestaltung der Beteiligung des UBA. Schließlich wird, anders als bei einem Einvernehmen, keine Willensübereinstimmung zwischen den beteiligten Behörden gefordert. Vielmehr soll das UBA lediglich Gelegenheit erhalten, ihre Vorstellungen in das Verfahren einzubringen. Dem Bürger dann aber eine Möglichkeit zu geben seine Rechte unmittelbar gegenüber dem UBA anstelle des BAF geltend zu machen, erscheint rechtlich nur schwer tragbar.

Jedoch muss berücksichtigt werden, dass im Staatshaftungsrecht vertreten wird, die Fälle der Drittbezogenheit einer Vorschrift auszudehnen²⁰⁵. Als Anhaltspunkt für die Bejahung eines solchen Drittschutzes wird häufig die Schutzrichtung der betreffenden Vorschrift herangezogen. Zieht man den Wortlaut des § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG heran, so erscheint eine Drittbezogenheit der Norm jedenfalls nicht unmöglich. So fordert die Vorschrift ausdrücklich nur dann ein Benehmen, soweit eine Flugroutenverordnung in Rede steht, die von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm ist. Diese Ausgestaltung des Gesetzes kann dafür sprechen, dass ein Drittschutz vom Willen des Gesetzgebers getragen ist, da dieser als Grundlage der Vorschrift nicht etwa eine bessere Zusammenarbeit der Behörden etc. nennt, sondern unmittelbar auf den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm abstellt.

Sollte man demzufolge trotz der entgegenstehenden Argumente (die durchaus nicht zwingend sind) einen Drittschutz des Bürgers aus einem Benehmen des UBA bejahen, so muss spätestens auf der Ebene der Kausalität zwischen dem eingetretenen Schaden und der Amtspflichtverletzung ein Amtshaftungsanspruch abgelehnt werden, worauf nachfolgend noch einzugehen sein wird.

²⁰³ So auch das BVerwG, Urteil vom 29.04.1993, 7 A 2/92, Rn. 22, das dem Kläger aus der früheren Benehmensregelung des § 9 BNatSchG keine Klagebefugnis einräumt. „Dritter“ im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs ist nämlich regelmäßig auch derjenige, dem die Klagebefugnis gegen die schädigende Maßnahme der Behörde zusteht (§ 42 Abs. 2 VwGO), vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, München 1998, S. 59.

²⁰⁴ BVerwG, Urteil vom 29.4.1993, 7 A 2/92, Rn. 22.

²⁰⁵ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, München 1998, S. 59.

bb) Geschädigter gehört zum geschützten Personenkreis

Soweit man den Drittschutz bejaht, kann jedenfalls der Bürger, der sich aufgrund von Fluglärm in seinen nicht berücksichtigten Rechten verletzt fühlt und deshalb einen Anspruch gegen das UBA klageweise geltend machen würde, zum von § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG geschützten Personenkreis zählen. Schließlich erwähnt die Vorschrift ausdrücklich, dass nur dann ein Benehmen des UBA erforderlich ist, soweit die betreffende Flugroutenverordnung von besonderer Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm ist. Dies spricht eindeutig dafür, dass, wenn eine drittschützende Funktion der Vorschrift angenommen wird, jedenfalls diejenigen Bürger unmittelbar in den Schutzbereich fallen, die von § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG ausdrücklich vor Fluglärm geschützt werden sollen.

cc) Verletztes Recht wird von drittschützender Wirkung erfasst

Als letzten Schritt erfordert die Prüfung der Drittbezogenheit, dass das verletzte Recht von der drittschützenden Wirkung der Amtspflicht erfasst wird. Auch dies kann ohne weiteres bejaht werden, soweit man davon ausgeht, dass gerade die Bürger ihre Ansprüche geltend machen wollen, die von dem Fluglärm unmittelbar betroffen sind. Die Benehmensregelung des § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG zielt gerade darauf ab, die Teile der Bevölkerung zu schützen, die dem Fluglärm aufgrund der jeweiligen Flugrouten ausgesetzt sind. Soweit Bürger also geltend machen in ihren Rechten verletzt zu sein, aufgrund der Tatsache, dass das UBA nicht alle Lärmschutzbelange ausreichend berücksichtigt hat, werden diese Rechte jedenfalls von der drittschützenden Wirkung der Amtspflicht erfasst.

d) Kausalität

Als weitere Voraussetzung verlangt § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG, dass der Schaden durch die Amtspflichtverletzung adäquat kausal verursacht worden sein muss²⁰⁶. Dabei können die Grundsätze herangezogen werden, die im übrigen Schadensersatzrecht gelten. Danach besteht ein adäquater Zusammenhang zwischen Amtspflichtverletzung und eingetretenem Schaden, soweit eine Tatsache im Allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz

²⁰⁶ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, München 2010, § 67 Rn. 87.

unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines Erfolges geeignet ist²⁰⁷.

Fraglich ist vorliegend, ob das Benehmen des UBA für einen beim Bürger eingetretenen Schaden kausal ist. Dies könnte bezweifelt werden, da nicht das UBA die letztverantwortliche Behörde ist, die nach Abschluss aller erforderlichen Überprüfungen und Untersuchungen die Flugroutenverordnungen erlässt. Vielmehr gibt das UBA nur sein Benehmen zu den geplanten Flugrouten ab. Die abschließende Entscheidung trifft letztlich das BAF. Zwar muss das BAF die Erwägungen des UBA berücksichtigen und versuchen mit dem UBA eine Einigung zu erzielen²⁰⁸. Die Aussagen des UBA sind jedoch nicht bindend, sodass rechtlich durchaus von den Vorschlägen des UBA abgewichen werden kann. Berücksichtigt man im Rahmen der Frage, ob eine Kausalität zwischen der Amtspflichtverletzung des UBA und dem eintretenden Schaden des Bürger bejaht werden kann, die Tatsache, dass die Verantwortung hinsichtlich der Flugroutenfestlegung in erster Linie nicht beim UBA, sondern vielmehr beim BAF liegt, so spricht einiges dafür, die Haftung des UBA abzulehnen und den Bürger vielmehr bei haftungsrechtlichen Fragen an das BAF zu verweisen.

In Bezug auf die Frage, ob bei einem rechtswidrig erteilten Einvernehmen der Gemeinde nach § 36 BauGB eine Haftung der Gemeinde in Betracht kommt, vertreten Literatur und Rechtsprechung eine vergleichbare Lösung²⁰⁹. Diese Fallgestaltung ist vergleichbar mit der vorliegenden. Die Gemeinde erklärt ihr Einvernehmen und auch die Bauaufsichtsbehörde erteilt anschließend die Genehmigung. Beide Entscheidungen sind rechtswidrig und dadurch erleidet beispielsweise ein Nachbar eine Vermögensbeeinträchtigung. Vorliegend ist ebenfalls zu erwägen, ob einem Bürger unmittelbar ein Anspruch gegen das UBA zusteht, soweit dieses im Rahmen seines Benehmens rechtswidrig han-

²⁰⁷ Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, München 1998, S. 71.

²⁰⁸ Von Streng, Naturschutzrecht außerhalb der Naturschutzgesetze, Berlin 2004, S. 44; BVerwGE 4.11.1960, VI C 163.58, Rn. 17; Seehusen/Schwede, Flurbereinigungsgesetz Kommentar, 8. Auflage 2008, § 38 Rn. 3.

²⁰⁹ Diese Frage ist zu unterscheiden von der oben genannten Problematik, ob eine Haftung der Gemeinde in Betracht kommt, wenn diese ihr Einvernehmen rechtswidrig versagt, vgl. oben im Rahmen der Prüfung des Drittschutzes.

delte und anschließend das BAF eine Flugroutenverordnung in Übereinstimmung mit den Erwägungen des UBA erlässt.

Rechtsprechung und Literatur sind sich im Rahmen des § 36 BauGB jedenfalls einig, dass in dem oben genannten Fall die rechtswidrige Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens für den Bereich der Haftung wegen enteignungsgleichen Eingriffs nicht zugerechnet werden kann, da die Verantwortung für die erteilte Baugenehmigung im Außenverhältnis allein die Baugenehmigungsbehörde treffe²¹⁰. Fraglich ist, ob diese Grundsätze, die im Rahmen eines Anspruchs aus enteignungsgleichem Anspruch entwickelt wurden, auch allgemein auf einen Amtshaftungsanspruch übertragbar sind. Der BGH hat diese Frage noch nicht abschließend entschieden. Es wurde jedoch vom Senat bereits erwogen, die Grundsätze auch auf eine Amtshaftung der Gemeinde zu übertragen²¹¹. Dem ist nun auch die Literatur gefolgt²¹². Aufgrund der Gleichartigkeit der Fragestellung im Rahmen des Amtshaftungsanspruches und des Anspruchs aus enteignungsgleichem Eingriff ist dieser Auffassung zu folgen. Es stellt sich aber weiterhin die Frage ob man die Erwägungen zu § 36 BauGB ausnahmslos auf die vorliegende Fallgestaltung übertragen kann. Dabei muss berücksichtigt werden, dass die Voraussetzungen durchaus vergleichbar sind. Schließlich ist auch im Rahmen eines rechtswidrig erteilten Einvernehmens der Gemeinde die Bauaufsichtsbehörde nicht an das Einvernehmen der Gemeinde gebunden. Vielmehr kann die Genehmigungsbehörde dennoch die Erteilung der Baugenehmigung verweigern²¹³. Um so weniger besteht eine solche Zurechenbarkeit im vorliegenden Fall, in dem nicht einmal eine Ablehnung der vorgeschlagenen Flugroutenverordnung durch das UBA im Rahmen seines Benehmens ausschlaggebende rechtliche Bedeutung für

²¹⁰ BGH, Urteil vom 18.12.1986, III ZR 174/85, Rn. 35; BGH, Urteil vom 5.7.1990, III ZR 190/88, Rn. 18.

²¹¹ BGH, Beschluss vom 4.7.1991, III ZR 311/89, Rn. 6; Senatsurteil vom 5.7.1990, III ZR 190/88, Rn. 18.

²¹² Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB-Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juni 2011, § 36 Rn. 48a.

²¹³ Eine Bindung der Bauaufsichtsbehörde besteht nur in den Fällen, in denen die Gemeinde ihr Einvernehmen verweigert. In diesem Fall darf die Genehmigungsbehörde nicht eigenverantwortlich die Genehmigung erteilen, vgl. BGH, Beschluss vom 4.7.1991, III ZR 311/89, Rn. 6; Senatsurteil vom 05.07.1990, III ZR 190/88, Rn. 18 (es hat sich insoweit etwas im Baurecht geändert, als neuerdings die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens möglich ist, vgl. Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB-Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juni 2011, § 36 Rn. 48a, dies ist für den vorliegenden Fall aber nicht relevant.

die Entscheidung des BAF haben könnte. Der faktische Einfluss, den das UBA auf die Entscheidung des BAF dadurch hat, dass das BAF auf seine Sachkunde und verantwortungsbewusste Prüfung vertraut, reicht nicht aus, um die Verantwortung im Außenverhältnis zum Bürger auf das UBA überzuwälzen²¹⁴. Vielmehr kann sich das BAF der besonderen Sachkunde des UBA im Bereich des Lärmschutzes zunutze machen. Es wird aber nicht etwa einer eigenen Prüfungspflicht enthoben. Demzufolge ist hier im Sinne eines Erst-Recht-Schlusses die Auffassung von Literatur und Rechtsprechung zu § 36 BauGB vergleichend heranzuziehen, um so letztlich eine Kausalität zwischen der Amtspflichtverletzung und einem beim Bürger eintretenden Schaden abzulehnen.

e) Ergebnis

Ein Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zugunsten des Bürgers unmittelbar gegen das UBA ist jedenfalls aufgrund fehlender Kausalität abzulehnen. Bei entsprechender Argumentation kann auch bereits ein Anspruch auf der Ebene der Drittwirkung einer Amtspflichtverletzung abgelehnt werden.

2. Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff gegen das Umweltbundesamt

Neben dem Amtshaftungsanspruch käme außerdem ein Anspruch des Bürgers aus enteignungsgleichem Eingriff gegen das UBA in Betracht. Ein enteignungsgleicher Eingriff liegt vor, wenn durch eine hoheitliche Maßnahme unmittelbar eine als Eigentum geschützte Rechtsposition in rechtswidriger Weise beeinträchtigt wird, die für den Bürger ein Sonderopfer darstellt²¹⁵. Grundsätzlich könnte man hier einen solchen Anspruch annehmen, wenn Bürger aufgrund eines Wertverlustes ihrer Grundstücke durch Lärmbeeinträchtigung in ihrem Recht aus Art 14 Abs. 1 GG verletzt werden.

²¹⁴ So auch BGH, Beschluss vom 4.7.1991, III ZR 311/89, Rn. 6; Senatsurteil vom 5.7.1990, III ZR 190/88, Rn. 18 in einem ähnlich gelagerten Fall, in dem das Gewerbeaufsichtsamt eine positive Stellungnahme hinsichtlich der Erfordernisse des Immissionsschutzrechts gegenüber der Baugenehmigungsbehörde abgab.

²¹⁵ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 4. Auflage, München 2010, § 87 Rn. 7.

Allerdings ist hier neben weiteren Voraussetzungen²¹⁶ - ähnlich wie im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs - eine Zurechenbarkeit der Eigentumsverletzung zu der in Anspruch genommenen Behörde erforderlich. Diese Zurechenbarkeit wird unter dem Prüfungspunkt der Unmittelbarkeitsbeziehung zwischen Maßnahme und Eigentumsbeeinträchtigung untersucht²¹⁷. Danach liegt ein Eingriff in diesem Sinne nur dann vor, wenn von einer hoheitlichen Maßnahme unmittelbar und nicht nur mittelbar Auswirkungen auf das Eigentum des Betroffenen ausgehen²¹⁸. Auf diese Art und Weise wird von der Rechtsprechung eine Zurechnung des Risikos und damit eine Einschränkung vorgenommen, nach der nur dann ein Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff bejaht werden kann, wenn Folgen der hoheitlichen Maßnahme in den Verantwortungsbereich der betroffenen Behörde fallen²¹⁹.

Bei der Frage, ob vorliegend eine solche Unmittelbarkeitsbeziehung zwischen dem Benehmen des UBA und den eigentumsrechtlichen Folgen des Bürgers angenommen werden kann, ist auf die obige Argumentation im Rahmen der Kausalität der Amtspflichtverletzung abzustellen. Danach wurde festgestellt, dass der Erlass der Flugroutenverordnung in den Verantwortungsbereich des BAF fällt. Demzufolge kann man die eigentumsrechtlichen Folgen nicht unmittelbar auf das Benehmen des UBA zurückführen. Schließlich ist federführende Behörde hier das BAF, da dieses nicht an das Benehmen des UBA gebunden ist und somit auch im Rahmen einer positiven Stellungnahme des UBA hinsichtlich eines Vorschlags zur Flugroutenfestlegung eine abweichende Entscheidung treffen kann. Hier kann nun wiederum auf die Rechtsprechung zu § 36 BauGB abgestellt werden, in der ausdrücklich festgestellt wurde, dass die Erteilung des gemeindlichen Einvernehmens, auch wenn dieses in rechtswidriger Weise erfolgte, der Gemeinde für den Bereich der Haftung wegen enteignungsgleichem Eingriffs nicht zugerechnet werden kann, da die Verantwor-

²¹⁶ Vgl. dazu Detterbeck, *Öffentliches Recht*, 8. Auflage, München 2011, Rn. 1034ff.;

Stein/Itzel/Schwall, *Praxishandbuch des Amts- und Staatshaftungsrechts*, Berlin u.a. 2004, Rn. 332ff.

²¹⁷ Dieses Unmittelbarkeitserfordernis geht sogar noch über eine reine Kausalität hinaus. Vielmehr stellt die Unmittelbarkeit in diesem Sinne auf das haftungsrelevante Risiko der jeweiligen Handlung oder die typischerweise mit einer hoheitlichen Handlung verbundenen Gefährdungen ab, vgl.

Wolff/Bachof/Stober/Kluth, *Verwaltungsrecht II*, 7. Auflage, München 2010, § 72 Rn. 69 i.V.m. Rn. 4; BGH, Urteil vom 25.1.1971, III ZR 208/68 = BGHZ 55, 229 (232); BGH, Urteil vom 9.4.1987, III ZR 3/86 = BGHZ 100, 335 (338).

²¹⁸ Sodan/Ziekow, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 4. Auflage, München 2010, § 87 Rn. 15.

²¹⁹ Sodan/Ziekow, *Grundkurs Öffentliches Recht*, 4. Auflage, München 2010, § 87 Rn. 15.

tung für die erteilte Baugenehmigung im Außenverhältnis allein die Baugenehmigungsbehörde trifft²²⁰. Soweit bereits eine Anwendung dieser Erwägungen auf den obigen Amtshaftungsanspruch bejaht wurde, steht einer Anwendung dieser Rechtsprechung auf den enteignungsgleichen Eingriff im vorliegenden Fall erst recht nichts entgegen. Hinsichtlich der Argumentation wird dabei auf obige Ausführungen verwiesen.

III. Entschädigungsansprüche

Als Entschädigungsanspruch der betroffenen Bürger gegen das UBA kommt ein Anspruch aus enteignendem Eingriff in Betracht. Der Unterschied zum enteignungsgleichen Eingriff liegt lediglich darin, dass es sich bei einem enteignungsgleichen Eingriff um einen solchen handelt, der rechtswidrig erfolgte. Ein enteignender Eingriff hingegen erfolgt rechtmäßig. Ein solcher Entschädigungsanspruch der betroffenen Bürger gegen das UBA käme grundsätzlich in Betracht, soweit es sein Benehmen nicht rechtswidrig ausgeübt hätte, aber dennoch aufgrund starker Beeinträchtigungen durch Fluglärm dazu gezwungen wäre, den Bürgern für eigentumsrelevante Eingriffe Entschädigung zu leisten. Aber auch im Rahmen dieses enteignenden Eingriffs fordert die Rechtsprechung eine Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung²²¹, wobei wiederum auf die Ausführungen zum enteignungsgleichen Eingriff verwiesen werden kann. Entschädigungsansprüche der Bürger gegen das UBA ergeben sich demzufolge nicht.

B. Regressansprüche des Bundesaufsichtsamts für Flugsicherung gegen das Umweltbundesamt

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob das UBA Regressansprüchen des BAF ausgesetzt sein könnte. In Betracht käme ein solcher Anspruch, soweit das UBA sein Benehmen abgegeben hat, aber bei seiner Prüfung bestimmte Lärmgesichtspunkte außer Acht gelassen hat. Soweit sich das BAF anschließend die Sachkunde des UBA zunutze macht und sich bei seiner abschlie-

²²⁰ BGH, Urteil vom 18.12.1986, III ZR 174/85, Rn. 35; BGH, Urteil vom 05.07.1990, III ZR 190/88, Rn. 18; Vgl. auch die Literatur in diesem Bereich, insbesondere Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), BauGB-Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juni 2011, § 36 Rn. 48a; Roeser, in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow (Hrsg.), Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Auflage, Köln 2002, § 36 Rn. 13.

²²¹ BGH, Urteil vom 25.1.1971, III ZR 208/68 = BGHZ 55, 229 (232); BGH, Urteil vom 9.4.1987, III ZR 3/86 = BGHZ 100, 335 (338).

ßenden Entscheidung darauf verlässt, dass das UBA alle erforderlichen Gesichtspunkte hinsichtlich Fluglärm berücksichtigt hat, könnte man einen Regressanspruch für möglich halten.

Ein solcher Regressanspruch könnte sich nur aus einem verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis zwischen den beiden Behörden ergeben, soweit man davon ausgeht, dass das Benehmen des UBA ein solches verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis begründen kann. Kennzeichnend für ein solches Verhältnis ist eine besonders enge Nähebeziehung zwischen den beteiligten Verwaltungsträgern²²², die es sinnvoll erscheinen lässt, entweder bestimmte zivilrechtliche Rechtsvorschriften sinngemäß anzuwenden oder die Rechtslage zumindest ähnlich wie im Zivilrecht zu beurteilen²²³. Eine solche besonders enge Nähebeziehung wird unter anderem bei sogenannten Verwaltungsträgerschäden angenommen, die insbesondere im Rahmen einer Amtshilfe oder amtshilfeähnlicher Zusammenarbeit entstehen können²²⁴. So werden nach zahlreichen Vorschriften Behörden eines Hoheitsträgers in ein Verfahren einbezogen, das an sich der Behörde eines anderen Hoheitsträgers obliegt, in deren Verantwortung letztlich auch der überwiegende Teil des Verfahrens verbleibt²²⁵. So können insbesondere im Amtshilfeverfahren durch Fehler der ersuchten Behörde dem Träger der ersuchenden Behörde Schäden zugefügt werden²²⁶. Mit einer solchen Amtshilfe vergleichbar sind Verfahren wie das vorliegende, in denen Stellungnahmen einer Behörde einzuholen sind, wobei diese Stellungnahmen aber keine Bindungswirkung gegenüber der federführenden Behörde entfalten²²⁷. All diesen Verwaltungsverfahren ist gemeinsam, dass eine Haftung nur dann in Betracht kommt, wenn die handelnden Verwaltungsträger unterschiedlichen Hoheitsträgern angehören²²⁸. Eine Haftung des UBA und dem BAF käme daher nur dann in Betracht, wenn die beiden Behörden unterschiedlichen Rechtsträgern angehören würden, das BAF mithin das Benehmen eines anderen Hoheitsträgers einholen würde.

²²² Oder meistens zwischen dem Verwaltungsträger und dem Bürger.

²²³ Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 4. Auflage, München 2010, § 90 Rn. 1.

²²⁴ Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, Berlin 1998, S. 93.

²²⁵ Vgl. u.a. § 4 Abs. 1 VwVfG, § 3 SGB X, § 111 AO (Amtshilfe aus Ersuchen einer Behörde).

²²⁶ Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, Berlin 1998, S. 93f.

²²⁷ Solche Verwaltungsverfahren kann man daher auch als formalisierte Amtshilfe bezeichnen, vgl. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, Berlin 1998, S. 96.

²²⁸ Vgl. Stelkens, Verwaltungshaftungsrecht, Berlin 1998, S. 94, 96.

Gemäß § 1 Abs. 2 BAFG²²⁹ wurde das BAF als Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung errichtet.

Das UBA wurde nach § 1 des Gesetzes über die Errichtung eines Umweltbundesamtes im Geschäftsbereich des Bundesministers für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit als eine selbständige Bundesoberbehörde errichtet.

Beide Behörden sind demzufolge Bundesbehörden; Rechtsträger ist daher jeweils die Bundesrepublik Deutschland. Da es sich somit nicht um unterschiedliche Hoheitsträger handelt, kommt ein Haftungsanspruch zwischen den beiden Behörden schon aus diesem Grund nicht in Betracht.

Demzufolge muss auf weitere Voraussetzungen eines ggf. bestehenden verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses nicht mehr eingegangen werden. Eine Haftung zwischen zwei Behörden, die demselben Rechtsträger angehören, scheidet in jedem Fall aus.

Regressansprüche des BAF gegen das UBA bestehen daher nicht.

C. Ergebnis

Es sind weder Entschädigungsansprüche bzw. Schadensersatzansprüche der Bürger gegen das UBA zu erwarten, noch bestehen Regressansprüche des BAF gegen das UBA.

5. Ist das UBA berechtigt, selbst Flugrouten-Vorschläge zu machen und die DFS via BAF zu beauftragen, diese hinsichtlich Flugsicherheitsaspekten zu prüfen?

Im Grundsatz ist das UBA mangels ihm zugewiesener eigener aktiver Verfahrensrolle nicht selbst berechtigt, eigene Flugroutenvorschläge zu machen und diese prüfen zu lassen. Vielmehr obliegt es der DFS und dem BAF, alle für die Festlegung von Flugrouten in Betracht kommenden Alternativen zu ermitteln und zu prüfen und in diese Prüfung jede sinnvolle Möglichkeit grundsätzlich einzubeziehen.

²²⁹ Gesetz über die Errichtung des Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung.

Wenn das UBA allerdings bei der Prüfung der ihm übermittelten Verfahrensunterlagen zu dem Ergebnis kommt, dass eine Flugroutenalternative, die aus seiner Sicht in Betracht kommt und möglicherweise vorzugswürdig wäre, von DFS und UBA nicht in die Prüfung einbezogen worden ist, kann dieser Umstand ein Abwägungsdefizit im Hinblick auf die zu treffende Abwägungsentscheidung über die Festlegung der Flugrouten darstellen. In diesem Fall ist es Aufgabe des UBA, das BAF auf das aus seiner Sicht bestehende Abwägungsdefizit hinzuweisen und um dessen Behebung zu bitten. Wenn das BAF dann zu der Auffassung gelangt, dass diese Einschätzung des UBA zutreffend ist, ist es verpflichtet, vor einer Entscheidung über die Festlegung der Flugrouten die vom UBA vorgeschlagene Flugroute prüfen zu lassen, damit die zu treffende Entscheidung nicht abwägungsfehlerhaft ergeht.

Angesichts dieser Rechtslage wäre es im Interesse einer effizienten Verfahrensgestaltung durchaus sinnvoll, dem UBA das Recht einzuräumen, von vornherein eigene Flugroutenvorschläge zu machen und diese prüfen zu lassen. Ob dem UBA dieses Recht eingeräumt wird, ist aber aktuell Entscheidung des BAF, die dieses im Rahmen seiner Pflicht zur sachgerechten Verfahrensgestaltung zu treffen hat.

6. Welches Gewicht muss Vorschlägen des UBA für zusätzliche flugbetriebliche Auflagen für eine Flugroute aus Lärmgründen eingeräumt werden?

Das BAF muss die Vorschläge des UBA prüfen und versuchen, ihnen bei seiner Entscheidung Rechnung zu tragen. Allerdings ist das BAF zur Umsetzung der Vorschläge des UBA nicht verpflichtet, sondern kann im Rahmen der von ihm vorzunehmenden Abwägungsentscheidung zu dem Ergebnis kommen, dass aus Gründen der Sicherheit, Leichtigkeit oder Flüssigkeit des Verkehrs Vorschläge des UBA nicht umgesetzt werden. Damit besteht eine Verpflichtung zur Umsetzung der Vorschläge des UBA nicht, eine Verpflichtung zur Berücksichtigung der Vorschläge im Rahmen der vom BAF zu treffenden Abwägungsentscheidung ist jedoch gegeben.

Die Bedeutung und Beachtung von entsprechenden Vorschlägen des UBA kann möglicherweise verwaltungspraktisch dadurch gesteigert werden, dass

das UBA dann, wenn es flugbetriebliche Auflagen für erforderlich hält, seine Benehmensentscheidung dergestalt trifft, dass es sein Benehmen mit der Festlegung einer Flugroute nur unter der Bedingung erteilt, dass die von ihm für erforderlich gehaltene flugbetriebliche Auflage erteilt wird. In diesem Fall würde das UBA also dann, wenn das BAF von der flugbetrieblichen Auflage absieht, sein Benehmen verweigern, wodurch das BAF wegen der Öffentlichkeitswirksamkeit einer Verweigerung des Benehmens des UBA einem gewissen zusätzlichen Druck zur intensiveren Auseinandersetzung mit der Möglichkeit der Festsetzung der vom UBA vorgeschlagenen flugbetrieblichen Auflage ausgesetzt wäre.

7. Inwiefern sind Kapazitätsanforderungen des Flughafens oder die Anforderungen an die personelle Ausstattung der örtlichen Flugsicherung bei der Flugroutenabwägung zu beachten?

Kapazitätsanforderungen des Flughafens sind bei der Flugroutenabwägung insoweit zu beachten, wie sie in der zugrundeliegenden Planfeststellung Berücksichtigung gefunden haben.

Flugrouten sind grundsätzlich möglichst ohne Eingriff in die genehmigte Flughafenkapazität festzulegen, soweit dies unter Berücksichtigung der Anforderungen der Flugsicherheit möglich ist²³⁰. Allerdings stellt diese Anforderung keinen Planungsleitsatz, also keine absolut geltende Vorgabe für den vorzunehmenden Abwägungsvorgang, dar, sondern eher ein Optimierungsgebot, das eine bevorzugte Berücksichtigung erfordert, aber unter besonderen Umständen anderen Belangen unterzuordnen sein kann²³¹.

Das Bundesverwaltungsgericht hat insoweit die grundsätzliche, aber nicht absolute Bedeutung der Planfeststellung und der luftverkehrsrechtlichen Genehmigung wie folgt betont:

„Bei einem inländischen Flughafen hat das Luftfahrt-Bundesamt bei seiner Abwägung die von der zuständigen Landesluftfahrtbehörde in der Planfeststellung und der luftverkehrsrechtlichen Genehmigung des Flughafens ge-

²³⁰ So Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 817 Rn. 92 m.w.N.

²³¹ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 817 Rn. 93 m.w.N.

troffenen Entscheidungen zu beachten. Deren Ausnutzung darf es nicht verteilen. Daher ist es gehindert, Regelungen zu treffen, die im Widerspruch zu bereits erlassenen Entscheidungen über den Betrieb des Flughafens stehen, und insoweit darauf beschränkt, den vorhandenen Lärm gleichsam zu "bewirtschaften" (vgl. BVerwGE 111, 276 <281>; 119, 245 <256>; Urteil vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - a.a.O., S. 159, 162). Daraus folgt indes auch für den Betreiber eines deutschen Flughafens kein Anspruch auf Benutzung bestimmter An- oder Abflugrouten während der gesamten Betriebszeit.²³²

Weitergehend hat der VGH Kassel die Bedeutung der Festlegungen der Planfeststellung und der luftverkehrsrechtlichen Genehmigung zur Flughafenkapazität wie folgt relativiert:

„Das Abwägungsgebot gilt für die Ausweisung von Flugrouten zwar grundsätzlich, aber nicht mit allen inhaltlichen Anforderungen, die in der Dogmatik des Fachplanungsrechts entwickelt worden sind. Das folgt aus der besonderen sachlichen Eigenart der zur Überprüfung stehenden Entscheidung. Eine erste Beschränkung ergibt sich daraus, dass das LBA aus kompetenzrechtlichen Gründen darauf beschränkt ist, den vorhandenen Fluglärm zu verteilen, ohne die eigentliche Störquelle beseitigen oder einschränken zu können. Aufgrund der Genehmigung oder Planfeststellung (oder ggf. der Fiktion des § 71 Abs. 2 LuftVG) des betreffenden Flughafens besteht als Vorgabe ein bestimmtes "Lärmpotenzial", das - im Rahmen der ebenfalls vorgegebenen Lage der Start- und Landebahnen - verteilt, aber nicht in seiner Gesamtheit verändert werden kann. Deshalb ist es rechtlich nicht ausgeschlossen, dass die Ausweisung einer Flugroute den Anforderungen des Abwägungsgebots genügt, obwohl die betroffene Bevölkerung einer unzumutbaren Lärmbelastung ausgesetzt wird. Diese rechtliche Konsequenz unterliegt im Hinblick auf die Rechtsschutzmöglichkeiten gegenüber der Planfeststellungsbehörde keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken (BVerwG, Urteil vom 28. Juni 2000, a. a. O., S. 3586).

Allerdings eröffnet der planerische Gestaltungsspielraum dem LBA die Möglichkeit und bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen auch die Verpflichtung, sich für ein lärminderndes Verfahren zu entscheiden, auch wenn darunter die Flüssigkeit der Abwicklung des Flugverkehrs leidet und sich dieses Phänomen mittelbar auf die Kapazität eines Flughafens auswirkt. Die Beklagte trägt zwar zu Recht vor, dass die Flugsicherung keinen Einfluss auf die aktuell zu bewältigende Flugmenge hat, langfristig aber spielt das Argument der Flüssigkeit der Verkehrsabwicklung bei der Festsetzung der Koordinierungseckwerte (Slots), die die abstrakte Kapazität eines Flughafens bestimmen, eine erhebliche Rolle (vgl. § 27a Abs. 2 LuftVG). Insoweit bedarf die oben getroffene Aussage, die Flugroutenbestimmung erfülle in Bezug auf den Fluglärm eine reine Verteilungsfunktion, einer Ergänzung. Unter engen Voraussetzungen, die hier nicht erörtert werden müssen, kann über lärmmindernde Ab- und vor allem Anflugverfahren eine Reduzierung des Lärms ins-

²³² BVerwG, Urteil vom 16.10.2008, 4 C 3.07 = BVerwGE 123, 322 (331).

gesamt erreicht werden, wenn auch mit Einbußen bei der Flüssigkeit der Verkehrsabwicklung und damit letztlich bei der Kapazität des Flughafens.“²³³

Insgesamt sind also die Kapazitätsanforderungen des Flughafens, soweit die in der Planfeststellung bzw. in der luftverkehrsrechtlichen Genehmigung anerkannt sind, als Optimierungsgebote zu berücksichtigen.

Die Anforderungen an die personelle Ausstattung der örtlichen Flugsicherung sind demgegenüber, soweit sie nicht als Aspekte der Sicherheit des Flugverkehrs einzuordnen sind, lediglich als sonstige in die Abwägung einzubeziehende Umstände zu berücksichtigen.

8. Kann bzw. soll UBA eigene Untersuchungen anstellen, wenn die vorgelegten Unterlagen nicht ausreichen (und wer hat die Kosten für diesen Zusatzaufwand zu tragen)?

Das BAF muss für die Ermittlung der für die gesetzlich vorgeschriebene Abwägungsentscheidung relevanten Umstände sorgen, damit diese Abwägungsentscheidung nicht wegen des Abwägungsfehlers des Abwägungsdefizits rechtswidrig ist.

Vor diesem Hintergrund kann das UBA, wenn aus seiner Sicht die vorgelegten Unterlagen zur Beurteilung abwägungsrelevanter Umstände nicht ausreichen, das BAF auf diesen Umstand hinweisen und um die ergänzende Ermittlung der noch fehlenden abwägungsrelevanten Umstände anregen.

Teilt das BAF die Auffassung des UBA, dass die fehlenden Unterlagen oder Ermittlungen abwägungsrelevant sind, muss es selbst die erforderlichen Untersuchungen vornehmen oder vornehmen lassen. Teilt es die Einschätzung des UBA nicht, ist davon auszugehen, dass es auch die Ergebnisse weiterer eigener Untersuchungen des UBA nicht in seine Abwägungsentscheidung einbeziehen würde, so dass die Untersuchungen des UBA voraussichtlich nur geringen Einfluss auf die Entscheidung des BAF haben würden.

²³³ VGH Kassel, Urteil vom 11.2.2003, 2 A 1062/01 = NVwZ 2003, 875 (878).

9. Soll die bisherige zeitliche Verfahrensreihenfolge beibehalten werden – also eine Beteiligung des UBA nach Abschluss der FLK-Beratungen, oder sprechen triftige Gründe für eine frühzeitigere Einbindung?

Für eine effektive Gewährleistung des Schutzes der Bevölkerung vor Fluglärm erscheint es sinnvoll, das UBA und seine lärmspezifische Sachkunde möglichst früh in das Verfahren der Festlegung von Flugrouten einzubeziehen. Insbesondere erscheint es – auch im Interesse einer zügigen und umfassenden Alternativenprüfung - sinnvoll und erforderlich, das UBA schon an der Auswahl der zu untersuchenden Flugrouten und Varianten zu beteiligen, da gerade bei diesem Vorgang entscheidende Weichenstellungen für den Lärmschutz der Bevölkerung erfolgen.

Insoweit erscheint es im Hinblick auf die bisherige Ausgestaltung des Verfahrens der Festlegung von Flugrouten naheliegend, das UBA an den Beratungen der örtlichen Fluglärmkommission nach § 32 b LuftVG zu beteiligen und ihm die Möglichkeit zu eröffnen, bereits hier und in diesem Verfahrensstadium Vorschläge für Maßnahmen zum Lärmschutz der Bevölkerung einzubringen.

Diese Vorschläge könnten dann von DFS und BAF in die Prüfung möglicher Flugrouten einbezogen werden. Dies würde einerseits die Einbeziehung der Sachkunde des UBA bereits in dieser Phase des Verfahrens der Festlegung von Flugrouten gewährleisten und könnte andererseits der DFS und dem BAF rechtzeitig zusätzliche wertvolle Erkenntnisse für eine vollständige und sachgerechte Abwägung vermitteln.

10. Inwiefern sind die Flugrouten-Aussagen aus einem Planfeststellungsbeschluss relevant für die formelle Festsetzung nach § 27a LuftVO?

Bei der Beurteilung des Verhältnisses von Flugrouten-Aussagen aus einem Planfeststellungsbeschluss zur formellen Festsetzung von Flugverfahren nach § 27a LuftVO ist zu beachten, dass diese Vorgänge in zwei getrennten Verfahren erfolgen. Planfeststellungspflichtig sind die Flughafenanlagen, denen nicht unmittelbar bestimmte Flugverfahren zugeordnet sind. Würde bereits die Planfeststellungsbehörde Flugverfahren zusammen mit dem Feststellungsbeschluss festlegen, würde sie als absolut unzuständige Behörde mit der Folge

der Nichtigkeit der entsprechenden Festlegungen handeln²³⁴. Darüber hinaus wäre die erforderliche Form für die Festlegung von Flugverfahren verletzt, wenn diese in einem Planfeststellungsbeschluss, der als Allgemeinverfügung erlassen wird, statt in der für Flugrouten vorgesehenen Rechtsform als Rechtsverordnung geregelt würden²³⁵.

Grundsätzlich erfolgen also nach aktueller Rechtslage die Flughafenplanung und die Flugroutenfestlegung in zwei getrennten Verfahren und sind daher auch rechtlich voneinander zu trennen.

Innerhalb des Planfeststellungsverfahrens und somit auch im Rahmen des Planfeststellungsbeschlusses gem. § 10 LuftVG wird keine rechtlich bindende Aussage über die Flugrouten getroffen²³⁶. Diese Situation ist durchaus problematisch im Hinblick auf das umfassende Problembewältigungsgebot, das innerhalb des Planfeststellungsverfahrens Geltung beansprucht²³⁷. Dieses besagt, dass der Planfeststellungsbeschluss alle Probleme und Konflikte bewältigen muss, die durch das planfestgestellte Vorhaben verursacht werden. Nur ausnahmsweise ist ein Vorbehalt hinsichtlich einer späteren Regelung zulässig, wenn die späteren Problemlösungen von der übrigen Planung derart abtrennbar sind, dass sie deren Gesamtgefüge nicht mehr in Frage stellen können²³⁸.

Die gegenwärtig von der Planfeststellung des Flughafens getrennte Flugroutenfestlegung wird jedoch durch die vorangegangene Planfeststellung in nicht unerheblichen Teilbereichen beeinflusst.

Durch die Lage der Start- und Landebahnen sowie der Anflugsektoren gem. § 12 Abs. 1 S. 2 Nr.5 LuftVG sind die Anfangs- und Endpunkte der Flugrouten schon durch die Flughafenplanung festgelegt. Dies hat zur Folge, dass diese zentralen Vorgaben für die Festlegung der Flugrouten durch das BAF nicht

²³⁴ Grabherr, in: Grabherr/Reidt/Wysk (Hrsg.), Luftverkehrsgesetz Kommentar, Loseblatt, München Stand: Juli 2011, § 8 Rn. 25.

²³⁵ Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 11. Auflage, München 2010, § 74 Rn. 8, § 44 Rn. 7ff.

²³⁶ Czybulka/Wandres, Rechtsschutz gegen zivilen Fluglärm bei der Festlegung von „Flugrouten“, DÖV 1990, 1033 (1035).

²³⁷ Czybulka/Wandres, Rechtsschutz gegen zivilen Fluglärm bei der Festlegung von „Flugrouten“, DÖV 1990, 1033 (1035).

²³⁸ Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 11. Auflage, München 2010, § 74 Rn. 26.

mehr zu verändern sind, so dass das BAF bei der Gestaltung der Flugrouten in wesentlichen Punkten auf Festlegungen Rücksicht nehmen muss, die bereits mit dem Planfeststellungsbeschluss erfolgt sind²³⁹.

Auch sind bei der Festlegung der Flugrouten die Aussagen des Planfeststellungsbeschlusses bezüglich der Flughafenkapazität zu berücksichtigen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die verschiedenen möglichen Streckenalternativen oftmals kapazitätsneutral sind und daher keine Auswirkungen auf die Kapazitätsfestsetzungen innerhalb des Planfeststellungsbeschlusses haben²⁴⁰. Allerdings können sich durchaus Konflikte etwa zwischen zum Lärmschutz erforderlichen flugbetrieblichen Auflagen und den Kapazitätsfestsetzungen des Planfeststellungsbeschlusses ergeben, bei denen derzeit von einem grundsätzlichen Vorrang der Kapazitätsvorgaben des Planfeststellungsbeschlusses ausgegangen wird.

Vor diesem Hintergrund erscheint es im Interesse einer umfassenden Problembewältigung sinnvoll und geboten, bereits bei der Planfeststellung eines Flughafens auch die künftigen Flugrouten rechtlich bindend in den Planfeststellungsvorgang einzubeziehen, anstatt wie bisher die beiden Problembereiche rechtlich strikt zu trennen und die im Planfeststellungsverfahren angenommenen voraussichtlichen künftigen Flugrouten als rechtlich nicht bindend einzuordnen. Die Folge, dass die nach § 27 a LuftVO tatsächlich festgelegten Flugrouten grundsätzlich und erheblich von den im Planfeststellungsverfahren zugrunde gelegten Flugrouten abweichen können, trennt rechtlich zwei sachlich untrennbar miteinander verbundene Problemfelder, schwächt die durch das Planfeststellungsverfahren bewirkte Legitimation und Konfliktbewältigung im Hinblick auf den Flughafen und verhindert eine zusammenhängende umfassende Prüfung aller vorstellbarer Alternativen bezüglich Flughafen und Flugrouten.

²³⁹ Repkewitz, Festlegung von Flugrouten - Materielle und formelle Anforderungen, Rechtsschutz, VBIBW 2005, 1 (8).

²⁴⁰ Pfaff/Heilshorn, Flugroutenfestlegung als Abwägungsentscheidung, NVwZ 2004, 412 (414).

11. Kann das UBA auch zu nicht lärmbezogenen Aspekten Stellung beziehen, wenn diese Einfluss auf die Auswahl der zur Entscheidung kommenden Flugroutenalternativen haben?

Die Beteiligung des UBA am Verfahren der Festlegung von Flugrouten ist also ausweislich des Gesetzeswortlautes dann vorgeschrieben, wenn die Festlegung einer Flugroute besondere Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm hat, und sie ist deshalb vorgeschrieben, damit das UBA in diesen Verfahren die Gesichtspunkte des Schutzes der Bevölkerung vor Fluglärm als unabhängige eigenständige wissenschaftliche Behörde sachkundig einbringt und ihre hinreichende Berücksichtigung im Verfahren überprüft.

Damit ist die Berücksichtigung des Schutzes der Bevölkerung vor Fluglärm die zentrale und wesentliche eigene Aufgabe, die dem UBA bei der Festlegung von Flugverfahren nach § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG, bei denen die entsprechenden Rechtsverordnungen nach § 32 Abs. 4 c S. 2 LuftVG im Benehmen mit dem UBA erlassen werden, zugewiesen ist. Hieraus folgt, dass das UBA zu allen Aspekten des Schutzes der Bevölkerung vor Fluglärm, die aus einer beabsichtigten Flugroutenfestlegung folgen, seine Stellungnahme abgeben kann und dass das BAF diese Stellungnahme bei seiner Entscheidung berücksichtigen muss.

Darüber hinaus ist das UBA aber auch berechtigt, zu allen anderen Umständen Stellung zu nehmen, die vom BAF bei seiner Abwägungsentscheidung über die Festlegung von lärmrelevanten Flugrouten zu berücksichtigen sind. Das Benehmen des UBA bezieht sich nicht nur oder ausschließlich auf die spezifisch lärmrelevanten Aspekte einer Rechtsverordnung nach § 32 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 LuftVG, sondern die Verordnung insgesamt wird im Benehmen mit dem UBA erlassen.

Aus diesem umfassenden Bezug des Benehmens auf die Rechtsverordnung insgesamt folgt die Berechtigung des UBA, zu allen Gesichtspunkten Stellung zu nehmen, die für die Entscheidung über den Erlass der Rechtsverordnung relevant sind.

12. Welche Relevanz muss dem Kriterium Flüssigkeit und Sicherheit des Verkehrs eingeräumt werden? Gibt es Fälle von abwägbarer relativer Sicherheit im Gegensatz zu absoluten Sicherheits-Ausschlussfaktoren?

Für die Festlegung von Flugrouten besteht grundsätzlich eine Abwägungspflicht, deren Inhalt und Umfang sich nach den gesetzlichen Vorgaben sowie nach dem rechtsstaatlich für jede Abwägung unabdingbar Gebotenen richten²⁴¹.

In der vorzunehmenden Abwägung kommt der Luftsicherheit überragende und nicht durch Abwägung zu überwindende Bedeutung im Sinne eines Planungsleitsatzes zu. Die Flüssigkeit des Luftverkehrs ist demgegenüber qualifiziert im Sinne eines Optimierungsgebotes zu berücksichtigen, das jedoch unter besonderen Umständen hinter andere Belange zurücktreten kann. Solche andere Belange ergeben sich aus der Eigenschaft der Festlegung von Flugrouten als raumbedeutsame Planung, die durch die Konzentration von Flugbewegungen über bestimmten Gebieten zwangsläufig verschiedene Probleme und Interessenkonflikte verursacht²⁴².

Insbesondere ist im Rahmen des Abwägungsvorgangs dem Schutz der Bevölkerung vor dem durch den Luftverkehr verursachten Lärm Rechnung zu tragen. Diese Verpflichtung ergibt sich normativ aus § 29 b Abs. 2 LuftVG, nach dem die Luftfahrtbehörden und die Flugsicherungsorganisation auf den Schutz der Bevölkerung vor unzumutbarem Fluglärm hinzuwirken haben.

Unzumutbar ist Fluglärm nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dann, wenn durch ihn erhebliche Belästigungen verursacht werden, die die Schädlichkeitsschwelle überschreiten. Allerdings steht selbst solcher unzumutbarer Lärm der Festlegung einer Flugroute nicht zwingend entgegen. Vielmehr können auch mit unzumutbarer Lärmbelästigung verbundene Flugrouten festgelegt werden, wenn die entsprechende Flugroute aus Gründen der Sicherheit des Luftverkehrs zwingend geboten ist.²⁴³

²⁴¹ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11.03 = BVerwGE 121, 152 (157f).

²⁴² Hierzu näher Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 817 Rn. 89ff. m.w.N.

²⁴³ „Das Luftfahrt-Bundesamt hat sich an der anderweitig getroffenen Grundentscheidung über den zulässigen Umfang der Verkehrsmenge auszurichten. Zum Lärmschutz kann es nur insoweit beitragen, als Sicherheitsanforderungen dies zulassen. Wo Verteilungsmaßnahmen unter Ausschöpfung al-

Allerdings ist bei der Festlegung von Flugrouten der durch diese verursachte Fluglärm auch unterhalb der Zumutbarkeitsschwelle abwägungsrelevant und zu berücksichtigen. Jedoch reichen im Hinblick auf nicht unzumutbare, also nicht die Schädlichkeitsschwelle erreichende Lärmbelastungen bereits vernünftige, vertretbare Überlegungen aus, die die Festlegung der Route gegenüber dem Lärmschutzinteresse der Bevölkerung rechtfertigen²⁴⁴. Das Bundesverwaltungsgericht hat hierzu entschieden:

„Die Wertung, die § 29 b Abs. 2 LuftVG zugrunde liegt, lässt den Schluss zu, dass das Interesse am Schutz vor Fluglärm, der nicht unzumutbar ist, hintangestellt werden darf, wenn sich hierfür sachlich einleuchtende Gründe ins Feld führen lassen. Dies trifft auch für die Festlegung von Flugverfahren zu. Muss die Entscheidung für eine bestimmte Flugroute nicht mit unzumutbaren Lärmbelastungen erkaufte werden, so genügt es, wenn sie sich mit vertretbaren Argumenten untermauern lässt. Das Luftfahrt-Bundesamt braucht nicht obendrein den Nachweis zu erbringen, auch unter dem Blickwinkel des Lärmschutzes die angemessenste oder gar bestmögliche Lösung gefunden zu haben. Einen Rechtsverstoß begeht es nur dann, wenn es die Augen vor Alternativen verschließt, die sich unter Lärmschutzgesichtspunkten als eindeutig vorzugswürdig aufdrängen, ohne zur Wahrung der für den Flugverkehr unabdingbaren Sicherheitserfordernisse weniger geeignet zu sein.“²⁴⁵

Mithin ist die Sicherheit des Luftverkehrs das vordringlichste Ziel der Flugsicherung²⁴⁶ und eine nicht durch Abwägung überwindliche Vorgabe für die Festlegung von Flugrouten²⁴⁷, die Flüssigkeit des Luftverkehrs demgegenüber ein durchaus im Einzelfall auch aus Gründen des Schutzes der Bevölkerung vor unzumutbarem Fluglärm überwindbares Optimierungsgebot.

ler sicherheitsrechtlich vertretbaren Möglichkeiten keine Abhilfe versprechen, kann es nicht dafür einstehen müssen, vor unzumutbarem Fluglärm zu schützen. Insoweit steht das durch § 29 b Abs. 2 LuftVG vorgegebene Ziel unter dem Vorbehalt des Machbaren. Ist das Luftfahrt-Bundesamt mithin nicht daran gehindert, sich in dem Zielkonflikt zwischen Luftsicherheit und Lärmschutz für eine mit unzumutbaren Folgen verbundene Lösung zu entscheiden, so unterliegt es nach der Konzeption des Gesetzgebers doch einem besonderen Rechtfertigungszwang. Den Nachweis, dass schonendere Mittel nicht in Betracht kommen, kann es nur dann führen, wenn ihm überwiegende Gründe der sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs zur Seite stehen. Auch in der Kollision mit gewichtigen Lärmschutzinteressen haben sicherheitsrelevante Erwägungen Vorrang. Der Schutz vor unzumutbarem Fluglärm ist von hoher Bedeutung, er darf aber nach der Wertung des Gesetzgebers nicht auf Kosten der Luftsicherheit gehen.“; vgl. näher BVerwGE 121, 152 (160ff).

²⁴⁴ Näher Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 817 Rn. 95.

²⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 24.6.2004, 4 C 11.03 = BVerwGE 121, 152 (164).

²⁴⁶ Meister, Flugroutenplanung und allgemeines Planungsrecht, ZLW 2004, 23 (43), mit Verweis auf Urteil von VHKG Kassel.

²⁴⁷ Lübben, in: Hobe/von Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Köln 2009, Teil I, E. Luftverkehrsregeln, S. 817 Rn. 93.

13. Welche Relevanz haben für die Routenabwägung ICAO PANS-OPS (mit unterschiedlichem Rechtscharakter: Empfehlungen oder Vorschriften)?

A.) Das Chicagoer Abkommen und die ICAO

Das Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt (im Folgenden: Chicagoer Abkommen (ChA)) wurde am 7. Dezember 1944 in Chicago geschlossen. Dieser multilaterale völkerrechtliche Vertrag²⁴⁸, der den rechtlichen Rahmen für die internationale Zivilluftfahrt bildet, besteht aus zwei Teilen, in dessen Teil I grundlegende Rechte und Pflichten der Internationalen Zivilluftfahrt aufgestellt werden. In Teil II des Abkommens wird die Internationale Zivilluftfahrtorganisation (International Civil Aviation Organization (ICAO)) konstituiert, deren primäre Aufgabe es ist, Grundsätze und technische Methoden für die internationale Luftfahrt auszuarbeiten sowie die Planung und Entwicklung des internationalen Luftverkehrs zu fördern²⁴⁹. Die ICAO bedient sich zur effektiven Wahrnehmung der ihr im Abkommen übertragenen Aufgaben verschiedener Organe, namentlich des Rates, der Versammlung und der Luftfahrtkommission²⁵⁰.

Zu betrachtender Gegenstand der vorliegenden Frage sind die Procedures for Air Navigation Services – Aircraft Operations²⁵¹ (im Folgenden: PANS-OPS). Bei Ihnen handelt es sich um Veröffentlichungen der ICAO, so dass im Fortgang der weiteren Betrachtung zunächst auf die allgemeinen Vorschriften zum Erlass derartiger Veröffentlichungen eingegangen wird und in diesem Rahmen eine Abgrenzung der verschiedenen Arten von Rechtsakten der ICAO erfolgt.

²⁴⁸ Die erstmalige Verkündung erfolgte in Deutschland im BGBl. 1956 Abs. 2 S. 411; gültig in der Fassung der Änderungsprotokolle vom 14.6.1954 (BGBl. 1959 Abs. 2 S. 69); vom 21.6.1961 (BGBl. 1962 Abs. 2 S. 884); vom 15.9.1962 (BGBl. 1964 Abs. 2 S. 217); vom 12.3.1971 (BGBl. 1972 Abs. 2 S. 257); vom 7.7.1971 (BGBl. 1978 Abs. 2 S. 500); vom 16.10.1974 (BGBl. 1983 Abs. 2 S. 763); vom 6.10.1980 (BGBl. 1997 Abs. 2 S. 1777); vom 10.5.1984 (BGBl. 1996 Abs. 2 S. 210); vom 6.10.1989 (BGBl. 1996 Abs. 2 S. 2498); vom 26.10.1990 (BGBl. 1996 Abs. 2 S. 2501).

²⁴⁹ Vgl. hierzu die einleitende Formulierung in Art. 44 CA. Eine verbindliche deutsche Sprachfassung existiert nicht. Maßgeblich sind allein die englische, französische, spanische und russische Fassung; vgl. die Schlussformel des CA sowie das Protokoll über die Verbindlichkeit der russischen Sprachfassung vom 30.9.1977.

²⁵⁰ Vgl. die einleitende Formulierung des Art. 43 CA, der zwar den Rat und die Versammlung, nicht jedoch die Luftfahrtkommission ausdrücklich erwähnt, die Zusammensetzung und Aufgaben letztgenannter jedoch in den Art. 56f. CA konkret dargestellt werden.

²⁵¹ International Civil Aviation Organization: Procedures for Air Navigation Services – Aircraft Operations, Volumes I und II, Doc. 8168 OPS/611, 5. Auflage 2006.

B.) Rechtsetzung durch die ICAO-Organe

Um die von den PANS-OPS ausgehende rechtliche Relevanz für die Routenabwägung einordnen zu können, muss zunächst grundsätzlich geprüft werden, welche Regelungsinstrumente der ICAO zur Verfügung stehen und in welchem Maße auf deren Grundlage erlassene Dokumente die Vertragsstaaten rechtlich binden können. Eine Bindung ist bei den PANS-OPS möglicherweise dann denkbar, wenn es sich bei diesen um gemäß dem ChA von den ICAO-Organen im Rahmen ihrer Kompetenzen erlassenes verbindliches Sekundärrecht handelt.

I. Ausgangslage des ChA

Die vertragliche Grundlage für eine rechtsetzende Tätigkeit der Organe der ICAO findet sich in Art. 37 ChA:

„Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, daran mitzuarbeiten, dass für Vorschriften, Richtlinien, Verfahren und Organisation in Bezug auf Luftfahrzeuge, Personal Luftstraßen, und Hilfsdienste der höchstmögliche Grad an Einheitlichkeit in allen Angelegenheiten erreicht wird, in denen dies die Luftfahrt erleichtert und verbessert. Zu diesem Zweck wird die Internationale Zivilluftfahrt-Organisation jeweils, soweit erforderlich, internationale Richtlinien, Empfehlungen und Verfahren annehmen und ergänzen in Bezug auf

...

c) Luftverkehrsregeln und Verfahren für die Flugverkehrsleitung

...;

ferner sonstige Angelegenheiten, die sich auf die Sicherheit, Regelmäßigkeit und Leistungsfähigkeit der Luftfahrt beziehen, soweit dies jeweils angebracht erscheint.“

Art. 38 ChA regelt die Möglichkeit des Abweichens von nach Art. 37 ChA erlassenen Richtlinien und Verfahren (sog. opting-out-Verfahren):

„Jeder Staat, der es für undurchführbar hält, einer internationalen Richtlinie oder einem solchen internationalen Verfahren in jeder Hinsicht nachzukommen, oder seine eigenen Vorschriften und Maßnahmen mit einer internationalen Richtlinie oder einem internationalen Verfahren nach ihrer Abänderung in volle Übereinstimmung zu bringen, oder der es für nötig hält, Vorschriften oder Verfahren anzunehmen, die irgendwie von denjenigen abweichen, die durch eine internationale Richtlinie festgesetzt sind, wird den Unterschied zwischen seiner eigenen Regelung und derjenigen, die durch die internationale Richtlinie festgelegt ist, sofort der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation anzeigen. Bei Änderungen von internationalen Richtlinien wird jeder Staat, der seine eigenen Vorschriften oder Verfahren nicht entsprechend ändert, dies innerhalb von 60 Tagen nach Annahme der Änderung der internationalen Richtlinie dem Rat anzeigen oder angeben, was er zu veranlassen beabsichtigt. In je-

dem derartigen Fall wird der Rat sofort allen anderen Staaten den Unterschied anzeigen, der zwischen einem oder mehreren Punkten einer internationalen Richtlinie und der entsprechenden inländischen Regelung in diesem Staat besteht.“

Da es sich bei der ICAO um eine internationale Organisation im klassischen Sinne handelt, sind deren Rechtsakte völkerrechtlicher Natur, was zur Folge hat, dass zu ihrer Geltung im innerstaatlichen Recht ein Transformationsakt notwendig ist²⁵². Die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsstaaten können durch Rechtsakte der ICAO jedoch insoweit erweitert werden, als die Staaten sich bereits durch die Ratifikation des ChA derartigen Bindungen unterworfen haben. Diese möglichen, in die Hoheitsgewalt der Vertragsstaaten eingreifenden Handlungen der ICAO-Organen sind nach dem grundsätzlichen Verständnis von der Souveränität der Staaten nur dann völkerrechtlich anerkannt, wenn die Handlungsermächtigungen den ICAO-Organen ausdrücklich durch das ChA eingeräumt wurden und eine Ausdehnung der Ermächtigungsnormen über deren Wortlaut hinaus nicht erfolgt²⁵³. Insbesondere aus diesem Grund und vor dem Hintergrund der Abgrenzbarkeit und Rechtsklarheit sind die Bestimmungen der Art. 37 f. ChA, die der ICAO eine rechtsetzende Befugnis verleihen, nach deren Wortlaut auszulegen.

Art. 37 lit. c) ChA gibt der ICAO insoweit die grundsätzliche Befugnis, Luftverkehrsregeln und Verfahren für die Flugverkehrsleitung auszuarbeiten.

Art. 28 ChA trifft Aussagen über die grundsätzliche Verpflichtung der Vertragsstaaten im Bereich der Luftfahrteinrichtungen und vereinheitlichten Systeme:

Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, soweit er es für durchführbar hält,

a) in seinem Hoheitsgebiet Flughäfen, Funk- und Wetterdienste und andere Luftfahrteinrichtungen zur Erleichterung der internationalen Luftfahrt gemäß den Normen und Verfahren bereitzustellen, die auf Grund dieses Übereinkommens jeweils empfohlen oder festgelegt werden;

²⁵² Vgl. zum Ganzen bereits Pache, Möglichkeiten der Einführung einer Kerosinsteuer auf innerdeutschen Flügen, Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Forschungsbericht 363 01 091, Text 12-05, S. 26ff. m.w.N.

²⁵³ So bereits Pache, Möglichkeiten der Einführung einer Kerosinsteuer auf innerdeutschen Flügen, Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Forschungsbericht 363 01 091, Text 12-05, S. 27 m.w.N.

b) die entsprechenden vereinheitlichten Systeme für Fernmeldeverfahren, Verschlüsselungen, Markierungen, Signale, Befeuerung und andere Betriebsverfahren und -regeln, die auf Grund dieses Übereinkommens jeweils empfohlen oder festgelegt werden, anzunehmen und einzuführen;

c) an internationalen Maßnahmen mitzuarbeiten, um die Veröffentlichung von Luftfahrtskarten gemäß den Normen zu gewährleisten, die auf Grund dieses Übereinkommens jeweils empfohlen oder festgelegt werden.

Zu prüfen ist insoweit, welche verschiedenen Regelungstypen den ICAO-Organen zur Verfügung stehen, welchen Rechtscharakter diese haben und wie in diesem Zusammenhang die PANS-OPS einzuordnen sind.

II. Richtlinien und Empfehlungen der ICAO-Organe

Eine grundsätzliche Unterteilung von ICAO-Rechtsakten ist in eine solche nach „standards“ (Richtlinien) und „recommended practices“ (Empfehlungen), die als Annexe zum ChA geführt werden²⁵⁴, möglich²⁵⁵.

Die von der ICAO erarbeitete Definition für standards lautet:

“Standard: Any specification for physical characteristics, configuration, matériel, performance, personnel or procedure, the uniform application of which is recognized as necessary for the safety or regularity of international air navigation and to which Contracting States will conform in accordance with the Convention; in the event of impossibility of compliance, notification to the Council is compulsory under Article 38.”

Recommended practices werden folgendermaßen definiert:

„Recommended Practice: Any specification for physical characteristics, configuration, matériel, performance, personnel or procedure, the uniform application of which is recognized as desirable in the interest of safety, regularity or efficiency of international air navigation, and to which Contracting States will endeavour to conform in accordance with the Convention.”²⁵⁶

²⁵⁴ Art. 54 lit. I) ChA.

²⁵⁵ Hierzu vertiefend Erler, Rechtsfragen der ICAO, Köln u.a. 1967, S. 116ff.

²⁵⁶ Beispielhaft ICAO, Annex 6 zum ChA: Operation of Aircraft Part II, 7. Auflage 2008, Foreword; diese Definition von standards und recommended practices wird in allen Anhängen, mit Ausnahme des Annex 9 verwendet, vgl. dazu bereits Pache, Möglichkeiten der Einführung einer Kerosinsteuer auf innerdeutschen Flügen, Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Forschungsbericht 363 01 091, Text 12-05 mit weiterführenden Hinweisen auf S. 30, Fn. 69.

Bereits einer Gegenüberstellung dieser beiden Bestimmungen lässt sich entnehmen, dass Richtlinien eine höhere Verbindlichkeit als den Empfehlungen zukommt²⁵⁷.

a.) Richtlinien

Während die Anwendung einer Richtlinie für notwendig erachtet wird, wird jene von Empfehlungen lediglich für wünschenswert gehalten. Hervorzuheben ist, dass lediglich die Begriffsbestimmung der Richtlinien auf das opting-out-Verfahren des Art. 38 ChA verweist, sich eine vergleichbare Regelung für Empfehlungen jedoch nicht finden lässt. Richtlinien kommt danach eine völkerrechtliche Verbindlichkeit jedenfalls insoweit zu, als die Vertragsstaaten zur Übernahme dieser Regelungen in ihre nationale Rechtsordnung verpflichtet sind²⁵⁸.

Hinsichtlich des Grades der Verbindlichkeit von Richtlinien finden sich bereits im ChA selbst Aussagen zur Relevanz derartiger Rechtsakte. In der Literatur werden zu diesem Aspekt verschiedene Ansichten vertreten, die von einer strikten Verbindlichkeit bis hin zur völligen Unverbindlichkeit reichen²⁵⁹. Sowohl Art. 37 Abs. 1 ChA als auch Art. 38 ChA beinhalten Formulierungen, die daraufhin deuten, dass Richtlinien zwar als verpflichtend anzusehen sind, sich aber eine Pflicht zur exakten Umsetzung daraus gerade nicht ergibt, sondern vielmehr lediglich Aufgabe besteht, eine bestmögliche Umsetzung anzustreben, wobei hier ein Ermessensspielraum den Vertragsstaaten bei der Einschätzung ihrer Umsetzungsmöglichkeiten zuzuerkennen ist²⁶⁰. Sinn und Zweck der Richtlinien ist es, der Sicherheit und Regelmäßigkeit des internationalen Luftverkehrs zu dienen, so dass eine völlige Unverbindlichkeit von Richtlinien nicht zielführend wäre und auch vor diesem Hintergrund der vermittelnden Literaturansicht zuzustimmen ist, wonach das ChA eine eingeschränk-

²⁵⁷ Zum Verfahren des Erlasses von Richtlinien und Empfehlungen Abeyratne, *Law Making and Decision Making Powers of the ICAO Council – a Critical Analysis*, ZLW 1992, 387 (388f.); Rosenthal, *Umweltschutz im internationalen Luftrecht*, Köln 1989, S. 152f.

²⁵⁸ Zum Ganzen Pache, *Möglichkeiten der Einführung einer Kerosinsteuer auf innerdeutschen Flügen*, Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Forschungsbericht 363 01 091, Text 12-05, S. 30f.

²⁵⁹ Hierzu ausführlich Rosenthal, *Umweltschutz im internationalen Luftrecht*, Köln 1989, S. 153ff.

²⁶⁰ Pache, *Möglichkeiten der Einführung einer Kerosinsteuer auf innerdeutschen Flügen*, Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Forschungsbericht 363 01 091, Text 12-05, S. 31.

te Verpflichtung der Vertragsstaaten begründet, Richtlinien nach Möglichkeit²⁶¹ in nationales Recht umzusetzen²⁶².

Die bereits genannte Begriffsbestimmung der ICAO zu Richtlinien spricht davon, dass das opting-out-Verfahren des Art. 38 ChA nur auf die Fälle Anwendung finden soll, wenn eine „Befolgung (der Richtlinie) unmöglich ist“²⁶³. Hieraus könnte man schließen, dass das subjektiv ausgestaltete Ermessen der Vertragsstaaten aus Art. 38 ChA durch diese Formulierung eine Art objektive Einschränkung erfährt, die – aufgrund langjährig praktizierter Anwendung ohne ersichtlichen Widerspruch der Mitgliedsstaaten – eine weitergehende Verbindlichkeit von Richtlinien zur Folge hätte²⁶⁴.

Ogleich die Begriffsdefinition eine möglicherweise erhöhte Verbindlichkeit zu begründen vermag, kann diese nicht eine extensive Verschärfung deren Charakters entgegen dem Wortlaut der Art. 37 Abs. 1 und 38 ChA zur Folge haben.

Nach wie vor bleibt festzuhalten, dass die Vertragsstaaten des ChA jedenfalls in sachlich begründeten (Ausnahme-)Fällen in ihrem Verhalten auch von den durch die ICAO erlassenen Richtlinien unter Anwendung des opting-out-Verfahrens abweichen können. Entscheidend ist hierbei sicherlich die Schwere der gegen eine Befolgung der Richtlinien sprechenden Argumente sowie der durch die Abweichung verfolgten Ziele.

b.) Empfehlungen

Wie bereits ausgeführt, wird in Abgrenzung zu Richtlinien die Anwendung einer Empfehlung nach dem Wortlaut der durch die ICAO gebrauchten Begriffsdefinition lediglich für wünschenswert gehalten. Ein weiterer wesentlicher Unterschied zu den Richtlinien ist, dass bei einer Abweichung von Empfehlungen

²⁶¹ Hinsichtlich ihres diesbezüglichen Ermessens sind die Staaten an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden, vgl. Dahm, Die völkerrechtliche Verbindlichkeit von Empfehlungen internationaler Organisationen, DÖV 1959, 361 (364).

²⁶² So bereits Pache, Möglichkeiten der Einführung einer Kerosinsteuer auf innerdeutschen Flügen, Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Forschungsbericht 363 01 091, Text 12-05, S. 31; Rosenthal spricht insoweit von einer „gelockerten Rechtspflicht“, Umweltschutz im internationalen Luftrecht, Köln 1989, S. 154.

²⁶³ Vgl. den Wortlaut „...in the event of impossibility of compliance...“.

²⁶⁴ Hierzu ausführlich Pache, Möglichkeiten der Einführung einer Kerosinsteuer auf innerdeutschen Flügen, Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, Forschungsbericht 363 01 091, Text 12-05, S. 32f.

gerade keine Informationspflicht der Vertragsstaaten vorgesehen ist, auf das opting-out-Verfahren des Art. 38 ChA somit verzichtet wird.

Besteht bei Richtlinien unter den Voraussetzungen der Art. 37 Abs. 1, 38 ChA für die Vertragsstaaten die Möglichkeit von Alleingängen, so gilt dies erst recht für Empfehlungen, bei denen bewusst auf das Erfordernis einer Anzeigepflicht verzichtet wurde.

Ein abweichendes Verhalten eines Vertragsstaates von den per definitionem nicht verbindlichen Empfehlungen der ICAO ist daher möglich, jedoch sollten auch hier im Sinne der Sicherheit und Regelmäßigkeit des Luftverkehrs nur solche Abweichungen erfolgen, die aufgrund örtlicher Gegebenheiten oder sonstiger wesentlicher Anforderungen geboten sind.

III. Stellung der PANS-OPS

Die PANS-OPS ergänzen die Richtlinien und Empfehlungen. Sie enthalten Regelungen, denen eine gewisse Reife fehlt, um sie als SARPS anzunehmen bzw. solches Material, das als zu detailliert angesehen wird, um es in die Annex zum ChA aufzunehmen²⁶⁵.

Während – wie dargestellt – bereits hinsichtlich der Umsetzung bzw. Anwendung von Richtlinien und Empfehlungen nach den Vorgaben des ChA und den Definitionen der ICAO Ermessensspielräume der Vertragsstaaten bestehen, sind nunmehr der Stellenwert und die daraus resultierende rangmäßige Relevanz der PANS-OPS zu untersuchen.

Sowohl im Vorwort des Volume I als auch Volume II der PANS-OPS finden sich ICAO-eigene Bestimmungen zum Stellenwert und zur Umsetzung der Verfahren (*procedures* – im Folgenden „ICAO-Verfahren“):

„3. Status: Procedures for Air Navigation Services (PANS) do not have the same status as Standards and Recommended Practices. While the latter are adopted by Council in pursuance of Article 37 of the Convention and are subject to the full procedure of Article 90, PANS are approved by Council and are recommended to Contracting States for worldwide application.“

“4. Implementation: The implementation of procedures is the responsibility of Contracting States; they are applied in actual operations only after, and in so far as States have enforced them. However, with a view to facilitating their

²⁶⁵ So wörtlich Rosenthal, Umweltschutz im internationalen Luftrecht, Köln 1989, S. 152 m.w.N.

processing towards implementation by States, they have been prepared in a language which will permit direct use by operations personnel. While uniform application of the basic procedures in this document is very desirable, latitude is permitted for the development of detailed procedures which may be needed to satisfy local conditions.”

“5. Publication of Differences:

5.1 The PANS do not carry the status afforded to Standards adopted by the Council as Annexes to the Convention and, therefore, do not come within the obligation imposed by Article 38 of the Convention to notify differences in the event of non-implementation.

5.2 However, attention of States is drawn to the provisions of Annex 15 related to the publication in their aeronautical information publications of lists of significant differences between their procedures and the related ICAO procedures.”

²⁶⁶

Diese von der ICAO erlassenen Bestimmungen legen insoweit fest, dass den ICAO-Verfahren nicht derselbe Stellenwert wie Richtlinien und Empfehlungen zukommt. Das zur Erfüllung der Vorgaben des Art. 37 ChA erforderliche förmliche (Beschluss-)Verfahren des Art. 90 ChA muss nicht durchlaufen werden, vielmehr genügt zur Legitimierung der ICAO-Verfahren die (einfache) Genehmigung durch den Rat²⁶⁷. Die Anwendung der ICAO-Verfahren wird den Vertragsstaaten lediglich „empfohlen“, was hinsichtlich des Anwendungsgebots eine im Vergleich zu den Richtlinien deutliche Abschwächung darstellt.

Wollen die Vertragsstaaten von den ICAO-Verfahren abweichen, so besteht in diesen Fällen keine Verpflichtung, die ICAO hierüber zu unterrichten. Jedoch wird den Vertragsstaaten die Aufforderung erteilt, gemäß Anhang 15 zum ChA wesentliche Abweichungen in ihren Luftfahrthandbüchern zu veröffentlichen²⁶⁸.

Die PANS-OPS stellen insoweit lediglich rechtlich nicht verbindliche Verhaltensvorschriften dar²⁶⁹, eine abwägenderische Relevanz geht von ihnen gleichwohl aus. Ihre Beachtung erscheint im Sinne der Sicherheit und Leichtigkeit des Luftverkehrs und der bestmöglichen Einheitlichkeit/Vergleichbarkeit luft-

²⁶⁶ International Civil Aviation Organization: Procedures or Air Navigation Services – Aircraft Operations, Volumes I und II, Doc. 8168 OPS/611, 5. Auflage 2006, Foreword, Ziff. 3, 4 und 5 sowie darüber hinaus die Zusammenfassung „ICAO Technical Publications“ auf der vorletzten Seite der Dokumente.

²⁶⁷ Zum Verfahren vgl. Schäffer, Der Schutz des zivilen Luftverkehrs vor Terrorismus - Der Beitrag der International Civil Aviation Organization (ICAO), Baden-Baden 2007, S. 129 m.w.N.

²⁶⁸ Schäffer, Der Schutz des zivilen Luftverkehrs vor Terrorismus - Der Beitrag der International Civil Aviation Organization (ICAO), Baden-Baden 2007, S. 130 m.w.N.; vgl. insoweit zu den PANS-OPS Volume II: DFS, Luftfahrthandbuch Deutschland, GEN 1.7-14, 13.3.2008.

²⁶⁹ So im Ergebnis wohl auch OVG NW, Urteil vom 30.3.2004, Az. 20 D 128/00.AK, S. 14.

verkehrsspezifischer Regelungen durchaus wünschenswert. Eine dem Grunde nach weltweite rechtliche Verbindlichkeit ähnlich der der Richtlinien geht von ihnen jedoch nicht aus. Ein Abweichen von PANS-OPS ist somit in jedenfalls sachlich begründeten Fällen nicht nur möglich, sondern im Ergebnis gerade auch von den betreffenden Vorschriften selbst vorgesehen.

14. Ab wann ist – nach geltender Rechtsprechung – von nicht-abwägbarem „unzumutbarem Fluglärm“ gemäß § 29 b Abs. 2 LuftVG auszugehen. Wie ist mit der Querbeziehung zu den Grenzwerten des Fluglärmgesetzes umzugehen?

A.) Unzumutbarer Fluglärm

Eine gesetzliche Normierung, ab wann unzumutbarer Fluglärm vorliegt, enthält das LuftVG nicht. Gleichzeitig ist es jedoch zur Anwendung des § 29 b Abs. 2 LuftVG erforderlich, Grenzwerte für unzumutbaren Fluglärm festzulegen.

In der Rechtsprechung und Literatur wurden verschiedene Stufen hinsichtlich der Intensität von Fluglärm entwickelt. Auf erster Stufe stehen geringfügige und damit unbeachtliche Lärmimmissionen, auf zweiter Stufe folgt abwägungserheblicher Lärm und auf der dritten Stufe stehen fachplanungsrechtlich unzumutbare gesundheitsrelevante Lärmimmissionen iSd § 29 b LuftVG, gefolgt von unmittelbar gesundheitsschädigenden und eigentumsrechtlich als Enteignung wirkenden Lärmimmissionen²⁷⁰. Damit sind zwar verschiedene Lärmstufen eingerichtet, die zu einer Eingruppierung der Lärmimmissionen führen, gleichzeitig kann dieser Eingruppierung jedoch nicht entnommen werden, ab welchen Immissionsgrenzwerten unzumutbarer Lärm vorliegt.

Das BVerwG hat entschieden, dass der Begriff des unzumutbaren Lärms im § 29 b LuftVG sich mit dem immissionsschutzrechtlichen Begriff der erheblichen Lärmbelästigung deckt²⁷¹. Die Rechtsprechung orientiert sich demnach für die Festlegung des unzumutbaren Lärms am BImSchG. Zwar schließt § 2 Abs. 2 S. 1 BImSchG den Anwendungsbereich des BImSchG auf Flugplätze

²⁷⁰ Ekardt/Schmidtke, Die Reichweite des neuen Fluglärmrechts - zugleich zu einigen Grundproblemen von Grenzwerten - , DÖV 2009, 187 (190).

²⁷¹ BVerwGE vom 24.6.2004, 4 C 11/03, LS. 3, Rn. 34 = NVwZ 2004, 1229.

bzw. Fluglärm aus, doch sollen die materiellen Regeln des BImSchG als Anhaltspunkte durchaus auf das Luftverkehrsrecht angewendet werden, sofern die spezielleren Regelungen des LuftVG dem nicht entgegen stehen²⁷².

Das BVerwG hat zudem festgelegt, dass die einfachgesetzliche Grenzlinie der Zumutbarkeit von Fluglärm im LuftVG einheitlich bestimmt werde und nur die Rechtsfolgen bei einer Genehmigung nach § 6 LuftVG, der Planfeststellung nach § 9 Abs. 2 LuftVG und im Rahmen der Luftaufsicht unterschiedlich ausgestaltet seien²⁷³. Dabei könne man laut BVerwG von unzumutbarem Fluglärm nicht bereits dann sprechen, wenn dieser im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens als Abwägungsgesichtspunkt miteinbezogen werden muss, da bereits Fluglärm unterhalb der Zumutbarkeitsschwelle bis zur Grenze des Unerheblichen abwägungsrelevant ist²⁷⁴. Zudem geht es bei dem Kriterium der „Zumutbarkeit“ auch nicht darum, etwaige Gesundheitsgefahren oder die Beeinträchtigung verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen abzuwehren²⁷⁵.

§ 29 b Abs. 2 LuftVG setzt im Interesse des Lärmschutzes schon unterhalb dieser durch das Verfassungsrecht markierten Zumutbarkeitsschwelle an²⁷⁶. Da § 29 b Abs. 2 LuftVG allerdings von unzumutbaren Lärmeinwirkungen spricht, bedeutet dies gleichzeitig, dass davon nicht jegliche Lärmimmissionen erfasst sein können²⁷⁷. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass ein Fluglärm nur dann als unzumutbar iSd § 29 b Abs. 2 LuftVG eingestuft werden kann, wenn dieser auch nach sonstigem Luftrecht als unzumutbar qualifiziert werden würde²⁷⁸. Hierbei ist insbesondere auf § 29 Abs. 1 S. 3 LuftVG und auf das luftverkehrsrechtliche Planungsrecht zurückzugreifen²⁷⁹. Dabei werden durch

²⁷² Jarass, in: Jarass, Bundesimmissionschutzgesetz Kommentar, München, 8. Auflage 2010, § 2 BImSchG Rn. 21f.

²⁷³ BVerwGE vom 24.6.2004, 4 C 11/03, Rn. 29 = NVwZ 2004, 1229.

²⁷⁴ BVerwGE vom 24.6.2004, 4 C 11/03, Rn. 29; de Witt, Schutzkonzepte gegen nächtlichen Lärm, UPR 2006, S. 8 (9).

²⁷⁵ BVerwGE vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229.

²⁷⁶ BVerwGE vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1231).

²⁷⁷ BVerwGE vom 24.6.2004, 4 C 11/03 = NVwZ 2004, 1229 (1231).

²⁷⁸ BVerwGE vom 24.6.2004, 4 C 11/03, Rn. 29; OVG NW vom 13.11.2008, Rn. 76.

²⁷⁹ BVerwGE vom 24.6.2004, 4 C 11/03, Rn. 29.

den Gesetzgeber nur solche Lärmeinwirkungen erfasst, bei denen eine Erheblichkeit der Schädlichkeitsgrenze überschritten wird²⁸⁰.

Sobald Fluglärm unzumutbar iSd § 29 b Abs. 2 LuftVG ist, hat dies nicht unweigerlich zur Folge, dass ein Ausgleich zu erfolgen hat²⁸¹. Jedoch können in einem solchen Fall nur zwingende Gründe, wie die Sicherheit des Luftverkehrs, eine unzumutbare Beeinträchtigung ohne Ausgleich rechtfertigen. Zudem machen unzumutbare Lärmimmissionen eine Flugroute nicht per se unzulässig²⁸². Allerdings kann diese nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt werden, dass auch eine Verlagerung der Flugroute an anderer Stelle zu unzumutbarem Fluglärm führen würde²⁸³.

B.) Werte des Fluglärmgesetzes

Im Jahr 2007 wurde das Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm novelliert und normiert nun u.a. neue Fluglärmgrenzwerte²⁸⁴. Zweck des neuen Fluglärmgesetzes ist der Schutz des Menschen vor Fluglärm und die Schaffung des Ausgleichs der Interessen der Luftfahrt und der vom Fluglärm betroffenen Anwohner²⁸⁵ dadurch, dass in der Umgebung von Flugplätzen zum Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft vor Gefahren, erheblichen Nachteilen und erheblichen Belästigungen durch Fluglärm bauliche Nutzungsbeschränkungen und baulicher Schallschutz sichergestellt werden²⁸⁶.

Die im alten Fluglärmgesetz festgelegten Vorgaben waren weder gedacht noch geeignet, zur Bestimmung flugplanungsrechtlicher Grenzwerte herangezogen zu werden²⁸⁷. Bis zum Inkrafttreten des novellierten Fluglärmgesetzes wurde daher die Unzumutbarkeit nach Maßgabe einer auf das konkrete Objekt bezogenen Gewichtung der Interessen und Belange der Allgemeinheit und

²⁸⁰ BVerwGE vom 24.6.2004, 4 C 11/03, Rn. 29.

²⁸¹ BVerwG, Urteil vom 28.6.2000, 11 C 13/99 = NJW 2000, 3584.

²⁸² BVerwG, Urteil vom 28.6.2000, 11 C 13/99 = NJW 2000, 3584 (3586); Repkewitz, Festlegung von Flugrouten – Materielle und formelle Anforderungen, Rechtsschutz, VBIBW 2005, S. 1 (5).

²⁸³ Repkewitz, Festlegung von Flugrouten – Materielle und formelle Anforderungen, Rechtsschutz, VBIBW 2005, S. 1 (5, 6).

²⁸⁴ Umfassend hierzu Mechel, Der Fluglärmenschutz nach der Gesetzesnovelle 2007, ZUR 2007, 561ff.

²⁸⁵ Giemulla/Rathgeb, Das neue Fluglärmgesetz, DVBI 2008, 669 (669).

²⁸⁶ § 1 Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm.

²⁸⁷ Ekardt/Schmidtke, Die Reichweite des neuen Fluglärmrechts – Zugleich zu einigen Grundproblemen von Grenzwerten -, DÖV 2009, 187 (187f.); Koch/Wieneke, Umweltprobleme des Luftverkehrs, NVwZ 2003, 1153 (1167).

des Betreibers der Verkehrsanlage bestimmt²⁸⁸. Seit dem Inkrafttreten des neuen Fluglärmsgesetzes im Jahre 2007 werden teilweise entsprechend § 8 Abs. 1 S. 3 LuftVG, § 13 Abs. 1 S. 1 Fluglärmsgesetz auch die in § 2 Abs. 2 Fluglärmsgesetz festgelegten Werte für die Bestimmung schädlicher Umwelteinwirkungen durch Fluglärm²⁸⁹ berücksichtigt.

Fraglich ist, welche Aussage den normierten Lärmwerten genau zukommt. Jedenfalls gelten diese als Mindeststandard im Bereich des luftverkehrsrechtlichen Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahrens²⁹⁰. Hierfür spricht der Wortlaut des § 8 Abs. 1 S. 3 LuftVG, wonach diese Werte „beachtet“ werden müssen²⁹¹. Auch die Tatsache, dass es sich lediglich um eine Novellierung des alten Fluglärmsgesetzes handelt, welches unumstritten keinen abschließenden Charakter hatte, legt nahe, dass die Grenzwerte nur als Mindeststandards zu verstehen sind²⁹². Die Grenzwerte dürfen damit planerisch nicht zu Lasten der Betroffenen überschritten werden²⁹³.

Allerdings wurde im Rahmen der Gesetzesnovelle 2007 keine Änderung des § 29 b Abs. 2 LuftVG vorgenommen und damit auch nicht festgeschrieben, dass die Lärmwerte des § 2 Abs. 2 Fluglärmsgesetz gleichzeitig auch die Unzumutbarkeitsschwelle definieren²⁹⁴. Folglich kann bei einer Überschreitung der Lärmwerte des Fluglärmsgesetzes auch nicht automatisch von einem unzumutbaren Fluglärm iSd § 29 b Abs. 2 LuftVG ausgegangen werden.

²⁸⁸ OVG NW vom 13.11.2008, 20 D 124/06.AK, Rn. 77.

²⁸⁹ So der Wortlaut in § 8 Abs. 1 S. 3 LuftVG.

²⁹⁰ Ekardt/Schmidtke, Die Reichweite des neuen Fluglärmsrechts - zugleich zu einigen Grundproblemen von Grenzwerten - , DÖV 2009, 187 (190); Giemulla/Rathgeb, Das neue Fluglärmsgesetz, DVBl 2008, 669 (677).

²⁹¹ Ekardt/Schmidtke, Die Reichweite des neuen Fluglärmsrechts - zugleich zu einigen Grundproblemen von Grenzwerten - , DÖV 2009, 187(190); Giemulla/Rathgeb, Das neue Fluglärmsgesetz, DVBl 2008, 669 (677).

²⁹² Ekardt/Schmidtke, Die Reichweite des neuen Fluglärmsrechts - zugleich zu einigen Grundproblemen von Grenzwerten - , DÖV 2009, 187 (191).

²⁹³ OVG NW vom 13.11.2008, 20 D 124/06.AK, Rn. 77.

²⁹⁴ Giemulla/Rathgeb, Das neue Fluglärmsgesetz, DVBl 2008, 669 (677).