

## ABHANDLUNGEN

## Die Festlegung von Flugrouten nach § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO

Von Fabian Michl, Regensburg\*

## A. Einleitung

Die Flugroutenfestlegung ist ein für die Sicherheit und Flüssigkeit des Luftverkehrs unverzichtbares Instrumentarium staatlicher Planung. Allerdings sorgen gerade An- und Abflugrouten häufig für Konflikte zwischen fluglärm betroffenen Anwohnern, Kommunen, politisch Verantwortlichen und Flughafenbetreibern. Ein aktuelles Beispiel sind die Kontroversen um die An- und Abflugrouten des neuen Verkehrsflughafens Berlin Brandenburg (BBI – „Willy Brandt“). Zahlreiche Bürgerinitiativen wenden sich dort gegen die Routenplanungen; diese werden als „Hinterzimmerentscheidungen“ wahrgenommen und stoßen so auf wenig Akzeptanz. Der örtliche Widerstand gegen Flugrouten ist hingegen kein neues Phänomen – bei jedem Flughafenneu- bzw. -ausbau in den vergangenen Jahren wurde die Öffentlichkeit ähnlichen Bildern von protestierenden Bürgern sowie Erklärungs- und Beschwichtigungsversuchen seitens der Politik, der Verwaltung und der Luftfahrtindustrie gewärtig. Die wesentlichen Gründe für die immer wieder aufflammenden Konflikte sind juristische. Das Verfahren der Flugroutenfestlegung ist kaum gesetzlich geregelt und verzichtet weitgehend auf eine Einbeziehung der Lärmbetroffenen. Auch der Rechtsschutz gegen Flugrouten ist aufgrund einer geringen Kontrolldichte der Gerichte wenig effektiv. Im Folgenden werden die Grundzüge des Festlegungsverfahrens sowie die darauf bezogene Judikatur dargestellt (B). Anschließend sollen Möglichkeiten aufgezeigt werden, wie dem gesteigerten Bedürfnis an Öffentlichkeitsbeteiligung und gerechter Abwägung aller Belange Rechnung getragen werden kann (C). Die wesentlichen Ergebnisse werden in einem Fazit zusammengefasst (D).

## B. Flugroutenfestlegung in Verwaltungspraxis und Rechtsprechung

Neben einer rechtlichen Einordnung des Planungsinstruments „Flugroute“ soll im Folgenden ein Überblick über das Festlegungsverfahren und über die Rechtsschutzmöglichkeiten gegeben werden. Dabei kommt der Rechtsprechung des BVerwG eine zentrale Rolle zu, da die gesetzliche Ausgestaltung der Flugroutenfestlegung sehr rudimentär<sup>1</sup> gehalten ist.

## I. Begriff und Rechtsnatur der Flugroute

Der Begriff „Flugroute“ wird vom Gesetz nicht verwendet. Terminus technicus im wahrsten Wortsinne ist gem. § 27 a LuftVO „Flugverfahren“. Entgegen dem juristischen Verfahrensbegriff wird damit auf die technischen Abläufe Bezug genommen, also

auf das Verfahren des Luftfahrzeugführers. Nach § 27 a Abs. 1 LuftVO ist unter dem Flugverfahren eine rechtliche Vorgabe zu verstehen, die der Luftfahrzeugführer innerhalb von Kontrollzonen, bei An- und Abflügen zu und von Flugplätzen mit Flugverkehrskontrollstelle und bei Flügen nach Instrumentenflugregeln (sog. IFR-Flüge)<sup>2</sup> zu befolgen hat. Diese Vorgaben umfassen gem. § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO Flugwege, Flughöhen und Meldepunkte. Zwar handelt es sich bei diesen Anweisungen um sehr konkrete Befehle,<sup>3</sup> doch ist die Vorstellung von Flugrouten als exakte Striche eine Illusion. Vielmehr ergeben sich Streuungen – vor allem beim Abflugverkehr –, sodass sich die Flugroute als eine Art Ideallinie darstellt, der am Boden ein Flugerwartungsgebiet korrespondiert.<sup>4</sup> Aus dem Umstand, dass insbesondere An- und Abflüge durch Flugrouten geregelt werden und diese sich nur auf den Luftraum beziehen, ergibt sich ihre tatsächliche räumliche Eingrenzung: Sie beginnen am Ende der Piste, führen in Richtung Zielflughafen und binden die Maschinen so in das „Luftstraßensystem“ ein.<sup>5</sup> Die Frage nach der Rechtsnatur der Flugroute beantwortet sich nunmehr<sup>6</sup> aus dem Wortlaut des § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO: Es handelt sich um eine Rechtsverordnung. Der Ordnungsgeber hat sich somit gegen die vor 1999 von *Czybulka* und *Wandres*<sup>7</sup> vertretene Ansicht, es handele sich bei der Flugroute um eine Allgemeinverfügung i. S. v. § 35 Satz 2 VwVfG, gewendet.<sup>8</sup> Damit passte er den Verordnungstext an die bestehende Verwaltungspraxis an, in der Flugverfahren seit jeher durch Rechtsverordnung festgelegt werden.<sup>9</sup> Adressat der Verordnung ist der jeweilige Luftfahrzeugführer.<sup>10</sup> Fügt man tatsächliche und rechtliche Cha-

\* Der Verfasser ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere deutsches und europäisches Verwaltungsrecht (Prof. Dr. Gerrit Manssen), Universität Regensburg, sowie Mitarbeiter einer Abgeordneten des Bayerischen Landtags.

<sup>1</sup> *Wysk*, ZLW 1998, 285, 288; *Meister*, ZLW 2004, 23.

<sup>2</sup> *Lübben*, in: Hobe/Ruckteschell (Hrsg.), Kölner Kompendium des Luftrechts, Bd. 2, 1. Aufl. 2009, I E Rn. 74.

<sup>3</sup> *Czybulka*, in: Ziekow, (Hrsg.), Flughafenplanung, Planfeststellungsverfahren, Anforderungen an die Planungsentscheidung, 2002, S. 9, 10.

<sup>4</sup> BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 283; *Wysk*, ZLW 1998, 286, 286; *Czybulka* (Fn. 3), S. 9, 10; *Repkewitz*, VBIBW 2005, 1, 2.

<sup>5</sup> *Meister*, ZLW 2004, 23, 26.

<sup>6</sup> Vor der Neubek. der Luftverkehrsordnung v. 27.03.1999, BGBl. I, S. 580, wurde die Rechtsform im Wortlaut nicht ausdrücklich bezeichnet; vgl. *Czybulka*, ZUR 2001, 268, 267.

<sup>7</sup> *Czybulka/Wandres*, DÖV 1990, 1033, 1038 f.; *Czybulka*, DÖV 1991, 410.

<sup>8</sup> Vgl. aber § 27 a Abs. 1 Satz 2 und 3 LuftVO, der die Anordnung von Flugrouten im Einzelfall durch Allgemeinverfügung ermöglicht.

<sup>9</sup> *Wysk*, ZLW 1998, 286, 289.

<sup>10</sup> *Czybulka/Wandres*, DÖV 1990, 1033, 1036; *Wysk*, ZLW 1998, 286, 287; *Meister*, ZLW 2004, 23, 26.

rakteristika aneinander, so lässt sich die Flugroute als technische Anweisung an den Luftfahrzeugführer zur Bewegungslenkung bei An- und Abflügen bzw. Flügen in Kontrollzonen oder bei IFR-Flügen definieren, die als Rechtsverordnung erlassen wird. Durch die Flugroute wird gleichsam eine „Luftstraße“ errichtet, die stets und nur dann wahrnehmbar wird, wenn der Luftfahrzeugführer mit seinem Fluggerät die Anweisung – hinsichtlich Weg und Höhe – nachvollzieht.<sup>11</sup>

## II. Festlegung von Flugrouten in der Praxis

Bei einem Blick auf das Festlegungsverfahren werden schnell die wesentlichen Unterschiede zu anderen Instrumenten der Infrastrukturplanung – zuvörderst Fach- und Bauleitplanung – deutlich, die eine wesentliche Ursache für die geringe Akzeptanz von Flugroutenfestlegungen in der betroffenen Öffentlichkeit darstellen.

### 1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeiten für die Zulassung von Flughäfen und die Einrichtung von Flugrouten fallen auseinander. Die Planfeststellung von Flughäfen wird gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 LuftVG von Landesbehörden in Bundesauftragsverwaltung (vgl. Art. 87 d Abs. 2 GG) bewältigt. Flugrouten werden dagegen in bundeseigener Verwaltung festgelegt (vgl. Art. 87 d Abs. 1 Satz 1 GG). Nach der Verordnungsermächtigung in § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG erlässt das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung die Flugroutenverordnungen ohne Zustimmung des Bundesrats. Gem. § 32 Abs. 4 c Satz 3 LuftVG kann das Ministerium die Zuständigkeit für den Erlass der Verordnungen dem Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF)<sup>12</sup> übertragen. Von dieser Möglichkeit wurde in § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO Gebrauch gemacht. Das Ende der Subdelegationskette ist damit indes noch nicht erreicht, da in der Praxis das BAF die gesamte Ausarbeitung der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS) überlässt.<sup>13</sup>

### 2. Vorbereitung der Festlegungsentscheidung

Wie bei jedem staatlichen Planungsvorgang<sup>14</sup>, müssen auch bei der Flugroutenfestlegung formelle Verfahrensschritte eingehalten werden, die sich jedoch in Ausgestaltung und Regeldichte von den aus dem Bau- und Fachplanungsrecht bekannten Abläufen unterscheiden. Dies ist auf die nur rudimentäre gesetzliche Ausgestaltung zurückzuführen, die dem BAF weitgehend freie Hand in der Verfahrensgestaltung lässt.<sup>15</sup> Dieses hat über die Durchführung nicht verbindlich vorgeschriebener Verfahrensschritte grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.<sup>16</sup>

#### a) Einleitung des Verfahrens

Die Festsetzung einer neuen Flugroute wird naturgemäß durch die Errichtung oder Erweiterung von Flugplätzen eingefordert. Der Vorschlag für eine Neuregelung (insbesondere für die Veränderung einer bestehenden Flugroute) kann aber auch von anderer Stelle an das BAF herangetragen werden; eine diesbezügliche Beschränkung gibt es nicht. In der Praxis wird es nicht selten eine örtliche Fluglärmmmission (§ 32 b LuftVG) sein, die den Anstoß für ein solches Verfahren gibt.<sup>17</sup> Das BAF beauftragt in der Folge gemäß der oben geschilderten „Sachverständigkeitszuständigkeit“ die DFS mit der Überprüfung und Entwurfserstellung für eine neue Flugroute. Aufgrund ihrer Sachnähe wird die Initiative häufig sogar von der DFS selbst ausgehen.<sup>18</sup>

#### b) Technische Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen

Damit das BAF am Ende des Verfahrens eine dem rechtsstaatlichen Abwägungsgebot, das nach dem BVerwG auch bei der Flugroutenfestlegung Geltung beansprucht,<sup>19</sup> genügende Ent-

scheidung treffen kann, ist es auf die Ermittlung der entscheidungserheblichen Umstände und Belange durch die DFS angewiesen. Die Komplexität der Routenfestlegung im Allgemeinen und die drohenden Zielkonflikte im Besonderen machen an dieser Stelle des Verfahrens den großen Sachverstand der DFS unverzichtbar. Neben der technischen Realisierbarkeit, liegt ein Hauptaugenmerk auf der Prognose der Lärmbelastung in den Flugroutengebieten. Hierfür greift die DFS auf ein computergestütztes Simulationsmodell namens „Noise Impact Reduction and Optimization System“ (NIROS) zurück, das die Lärmbelastung für Flächeneinheiten von hundert mal hundert Metern ermittelt und im Verhältnis zu Bevölkerungszahl Güterwerte errechnet.<sup>20</sup> Bei der bloßen Änderung bestehender Flugrouten kann darüber hinaus auf bereits erhobene Lärmkonturen und Aufzeichnungen über die tatsächlichen Flugs Spuren (sog. FANOMOS-Plots<sup>21</sup>) zurückgegriffen werden.<sup>22</sup>

#### c) Anhörung der örtlichen Fluglärmmmission

In der Praxis hört die DFS auch die örtliche Fluglärmmmission nach § 32 b LuftVG an.<sup>23</sup> Ob dies vom Gesetz gefordert wird, ist nicht abschließend geklärt. Gem. § 32 b LuftVG berät die örtliche Fluglärmmmission das BAF über Maßnahmen zum Schutz gegen Fluglärm und gegen Luftverunreinigungen durch Luftfahrzeuge. Solche Maßnahmen unterfallen aber der Verordnungsermächtigung des § 32 Abs. 1 Nr. 15 und 16 LuftVG und nicht der für die Flugrouten maßgeblichen Vorschrift des § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG. Mit Blick auf die Gesetzesystematik muss eine Pflicht zur Anhörung der örtlichen Fluglärmmmission bei Flugroutenfestlegungen also abgelehnt werden.<sup>24</sup> Dass dennoch eine Anhörung erfolgt, ist aus Gesichtspunkten einer umfassenden Verfahrensbeteiligung aller Betroffenen aber nur zu begrüßen. Eine große rechtliche Bedeutung kommt der Fluglärmmmission allerdings ohnehin nicht zu: Sie hat als Trägerin öffentlicher Belange<sup>25</sup> nur beratende Funktion und kann nach § 32 b Abs. 3 Satz 1 LuftVG Vorschläge unterbreiten. Zusammengesetzt ist die örtliche Fluglärmmmission gem. § 32 b Abs. 4 Satz 1 LuftVG aus Vertretern der fluglärmbetroffenen Gemeinden, der Bundesvereinigung gegen Fluglärm, der Luftfahrzeughalter, des Flugplatzunternehmers und schließlich Vertretern der von den Landesregierungen bestimmten oberster Landesbehörden.

11 Vgl. *Meister*, ZLW 2004, 23, 26, nach dessen treffender Formulierung sich der Luftfahrzeugführer die „Luftstraße“ nachgerade „erfliegt“.

12 Das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung wurde mit Gesetz v. 29.07.2009 (BGBl. I S. 2424) als oberste Bundesbehörde im Geschäftsbereich Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung errichtet und übernimmt seither zahlreiche Aufgaben, die früher das Luftfahrt-Bundesamt (LBA) erfüllt hat.

13 Vgl. § 1 der Verordnung zur Beauftragung eines Flugsicherungsunternehmens vom 11.11.1992, BGBl. I S. 2942.

14 Nach BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 281 ist auch die Flugroutenfestlegung eine staatliche Planungsaufgabe; vgl. auch *Meister*, ZLW 2004, 23, 27, der von einem „Typus räumlicher Planung“ spricht.

15 *Wysk*, ZLW 1998, 285, 288.

16 OVG NRW, Urt. v. 04.03.2002, NZV 2002, 478, 480; *Repkewitz*, VBIBW 2005, 1, 10.

17 *Wysk*, ZLW 1998, 285, 288.

18 *Repkewitz*, VBIBW 2005, 1, 10.

19 BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 280 f.

20 *Sydow/Fiedler*, DVBl. 2006, 1420; *Lübben* (Fn. 2), Rn. 88; zu den Details vgl. *Pfaff/Heilshorn*, NVwZ 2004, 412, 417.

21 FANOMOS steht für „Flight Track and Aircraft Noise Monitoring System“.

22 *Pfaff/Heilshorn*, NVwZ 2004, 412, 416.

23 *Wysk*, ZLW 1998, 285, 288; *Czybulka* (Fn. 3), S. 9, 17; *Sydow/Fiedler*, DVBl. 2006, 1420.

24 A. A. OVG NRW, Urt. v. 04.03.2002, NZV 2002, 478, 480, nach dem Flugrouten auch Maßnahmen zum Schutz gegen Fluglärm sein sollen; der Entscheidung liegt allerdings eine ältere Fassung des § 32 LuftVG zugrunde.

25 *Meister*, ZLW 2004, 23, 34.

## d) Anhörung des beratenden Ausschusses

Nach § 32 a Abs. 1 Satz 1 LuftVG ist ein beratender Ausschuss vor Erlass von Rechtsverordnungen auf Grund des Luftverkehrsgesetzes zu hören, soweit diese dem Schutz gegen Fluglärm und gegen Luftverunreinigungen dienen. Obschon hier wegen der Bezugnahme auf die Regelungsgegenstände i. S. v. § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 15 und 16 LuftVG dieselben systematischen Bedenken wie bei der Anhörung der örtlichen Fluglärmkommission greifen (müssten), wird teilweise in der Literatur ohne nähere Erörterung der systematischen Problematik von einer Anhörungspflicht ausgegangen.<sup>26</sup> Richtigerweise ist auch bezüglich des beratenden Ausschusses eine solche Rechtspflicht abzulehnen.<sup>27</sup> Es wäre auch nicht praktikabel eine Anhörung durchzuführen, da der beim Bundesumweltministerium angesiedelte Ausschuss grundsätzlich nur einmal jährlich tagt (§ 32 a Abs. 3 Satz 1 LuftVG) und somit die Aufgabe einer kontinuierlichen Beteiligung an den deutschlandweiten Flugroutenplanungen nicht bewältigen könnte.

## e) Benehmen mit dem Umweltbundesamt

Nur wenn die Flugroute eine besondere Bedeutung für den Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm hat, muss das BAF gem. § 32 Abs. 4 c Satz 2 LuftVG im Benehmen mit dem Umweltbundesamt (UBA) entscheiden. Es hat also die Stellungnahme des UBA in solchen besonderen Fällen zu berücksichtigen. An sie gebunden ist das BAF wegen des schlichten Behemmersfordernisses aber nicht. Für weitere Träger öffentlicher Belange besteht keine gesetzlich normierte Beteiligungspflicht.<sup>28</sup>

## f) Öffentlichkeitsbeteiligung

Die Parallelen der Flugroutenfestlegung zum allgemeinen Planungsrecht<sup>29</sup> mögen zwar eine Beteiligung der (betroffenen) Öffentlichkeit naheliegender erscheinen lassen, diese ist aber weder de iure durchzuführen,<sup>30</sup> noch findet sie de facto statt.<sup>31</sup> Auf § 28 VwVfG kann, da es sich bei der Flugroutenfestsetzung um ein Rechtsetzungs- und nicht um ein Verwaltungsverfahren i. S. v. § 9 VwVfG handelt, nicht zurückgegriffen werden.<sup>32</sup> Auch Europa- oder Völkerrecht verlangen nicht die Durchführung einer generellen Öffentlichkeitsbeteiligung; insbesondere unterfällt die Flugroutenfestlegung nicht dem Regelungsbereich der Richtlinie über die Prüfung von Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme<sup>33</sup>, die in ihrem Art. 6 eine verstärkte Öffentlichkeitsbeteiligung vorschreibt.<sup>34</sup> Quelle einer Pflicht zur Öffentlichkeitsbeteiligung könnten aber die Grundrechte der einzelnen Lärmbetroffenen sein. Seit der „Mülheim-Kärlich-Entscheidung“ des BVerfG<sup>35</sup> ist der Grundrechtsschutz durch Verfahrensbeteiligung grundsätzlich anerkannt. Bei der Flugroutenplanung spielen die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG und vor allem das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eine Rolle. Ob die Grundrechtsbetroffenheit durch den durch die Flugroutenfestlegung hervorgerufenen Fluglärm allerdings jener einer Gefährdung durch Atomkraftanlagen – wie in der „Mülheim-Kärlich-Entscheidung“ – entspricht, wird unterschiedlich beantwortet.<sup>36</sup> Für das OVG NRW sind beide Fälle „nicht ansatzweise vergleichbar“, weshalb es eine auf Grundrechte gestützte Öffentlichkeitsbeteiligung ablehnt.<sup>37</sup> Da der Gedanke des Grundrechtsschutzes durch Verfahren auch in der späteren Rechtsprechung keine Rolle mehr spielte, darf davon ausgegangen werden, dass zumindest die verwaltungsgerichtliche Praxis eine grundrechtlich begründete Öffentlichkeitsbeteiligung ablehnt. Freilich ist es dem BAF unbenommen eine Anhörung durchzuführen,<sup>38</sup> zumal es ohne Anhörung das Risiko einer fehlerhaften Abwägungsentscheidung trägt.<sup>39</sup>

## g) Beteiligung der betroffenen Gemeinden

Auch hinsichtlich einer Pflicht zur Beteiligung der Gemeinden im Flugerwartungsgebiet gibt es keine einfachgesetzliche Regelung. Dies ist ein bemerkenswerter Unterschied zur Rechtslage im Bau- und Fachplanungsrecht.<sup>40</sup> Diese auf den ersten Blick unverständliche Diskrepanz erkennend leitete der VGH BW in seinem Urteil vom 22. März 2002 ein Beteiligungsrecht der betroffenen Gemeinden unmittelbar aus dem gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG her.<sup>41</sup> Er rief damit ein geteiltes Echo in der Literatur hervor.<sup>42</sup> Der HessVGH lehnte ein Beteiligungsrecht der Gemeinden dagegen in der Tendenz ab.<sup>43</sup> Die Gelegenheit zu einer – zumindest für die gerichtliche Praxis maßgeblichen – Klärung der Frage bot sich dem BVerwG im November 2003, als es über die Revision gegen das oben erwähnte Urteil des VGH BW zu entscheiden hatte. Die Bundesrichter wandten sich in ihrer Entscheidung ausdrücklich gegen eine verfassungsunmittelbar begründete Anhörungspflicht.<sup>44</sup> Zwar hätten sowohl das BVerfG als auch das BVerwG selbst bereits unmittelbar auf Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG begründete Beteiligungsrechte von Gemeinden anerkannt,<sup>45</sup> die dabei inmitten stehenden Planungsverfahren hätten aber im Bezug auf die Intensität der Beeinträchtigung des Selbstverwaltungsrechts eine andere Qualität gehabt, als Verordnungen über Flugrouten.<sup>46</sup> Im Gegensatz zu jenen greife die Flugroutenfestlegung weder unmittelbar auf das Gemeindegebiet zu<sup>47</sup> noch seien die Einflüsse auf die gemeindliche Planungshoheit so gravierend, dass sie eine erhebliche Einschränkung des planer-

<sup>26</sup> Wysk, ZLW 2004, 285, 288; Meister, ZLW 2004, 23, 34. Dies ist umso erstaunlicher, als beide die Frage nach der Anhörungspflicht der örtlichen Fluglärmkommission erörtern. Sydow/Fiedler, DVBl. 2006, 1420 f. erwähnen den beratenden Ausschuss dagegen nicht.

<sup>27</sup> So auch im Ergebnis, aber mit anderer Begründung Repkewitz, VBIBW 2005, 1, 12 dort in Fn. 141.

<sup>28</sup> Repkewitz, VBIBW 2005, 1, 12 will im Wege einer europarechtskonformen Reduktion des Verfahrensermessens des BAF eine obligatorische Beteiligung von Behörden, die für die Überwachung von Betriebsbereichen i. S. v. Art. 3 Nr. 5 der Seveso-II-Richtlinie 96/82/EG, ABl. Nr. L 010 vom 14.01.1997, S. 13, zuständig sind, konstruieren. Die Seveso-II-Problematik muss hier aus Gründen der Übersichtlichkeit indes ausgespart werden; vgl. dazu Sellner/Scheidmann, NVwZ 2004, 267 ff.; Repkewitz, VBIBW 2005, 1, 6 ff., 12; ders., VerwArch 97 (2006), 503, 515 ff.

<sup>29</sup> Vgl. § 3 BauGB bzw. § 73 Abs. 2, 4 und 6 VwVfG.

<sup>30</sup> Vgl. OVG NRW, Ur. v. 04.03.2002, NZV 2002, 478, 479.

<sup>31</sup> Sydow/Fiedler, DVBl. 2006, 1420, 1421.

<sup>32</sup> OVG NRW, Ur. v. 04.03.2002, NZV 2002, 478, 479; vgl. Hermann, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 1. Aufl. 2010, § 28 Rn. 5.

<sup>33</sup> Richtlinie 2001/42/EG, ABl. Nr. L 197 vom 21.07.2001, S. 30.

<sup>34</sup> Zum Ganzen Repkewitz, VBIBW 2005, 1, 11; Sydow/Fiedler, DVBl. 2006, 1420, 1421.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. vom 20.12.1979, E 53, 30, 65.

<sup>36</sup> Eine ähnlich gewichtige Beeinträchtigung bejahen Czybulka (Fn. 3), S. 9, 13 und Meister, ZLW 2004, 23, 31; diese ablehnend dagegen Wysk, ZLW 1998, 285, 288 und Sydow/Fiedler, DVBl. 2006, 1420, 1422.

<sup>37</sup> OVG NRW, Ur. v. 04.03.2002, NZV 2002, 478, 479.

<sup>38</sup> Lübben (Fn. 2), Rn. 88.

<sup>39</sup> Vgl. BVerwG, Ur. v. 26.11.2003, E 119, 245, 254.

<sup>40</sup> § 4 BauGB bzw. § 73 Abs. 2 VwVfG.

<sup>41</sup> VGH BW, Ur. v. 22.03.2002, DVBl. 2002, 1129, 1132 f.

<sup>42</sup> Krit. Buchner, DVBl. 2002, 1136, 1140, der Ausführungen zur Intensität der zu erwartenden Lärmbetroffenheit vermisst; zust. Quaas, NVwZ 2003, 649, 651; Meister, ZLW 2004, 23, 33.

<sup>43</sup> HessVGH, Ur. v. 11.02.2003, NVwZ 2003, 875, 877; krit. bereits zur Entscheidung des HessVGH im einstweiligen Rechtsschutz Bohl, NVwZ 2001, 764, 765.

<sup>44</sup> BVerwG, Ur. v. 26.11.2003, E 119, 245, 251 ff.

<sup>45</sup> BVerfG, Beschl. v. 07.10.1980, E 56, 298, 318 ff.; BVerwG, Ur. v. 14.02.1969, DÖV 1969, 428, 429; Ur. v. 07.07.1978, E 56, 110, 137; Ur. v. 22.06.1979, NJW 1980, 718, 719 f.; Ur. v. 18.03.1987, E 77, 128, 133; Ur. v. 16.12.1988, E 81, 95, 166; Ur. v. 14.12.2000, E 112, 274, 290 f.

<sup>46</sup> BVerwG, Ur. v. 26.11.2003, E 119, 245, 251 f.

<sup>47</sup> BVerwG, Ur. v. 26.11.2003, E 119, 245, 252.

schen Gestaltungsspielraums bedeuteten. Ein verfassungsunmittelbar begründetes Beteiligungsrecht könne sich nur bei einer erheblichen und nachhaltigen Beeinträchtigung der Selbstverwaltungsgarantie ergeben, was bei Flugroutenfestlegungen nicht anzunehmen sei. Überdies erblickte der 9. Senat einen erheblichen Unterschied zu den oben genannten anderen Verfahren darin, dass Flugrouten „ohne großen Verfahrensaufwand korrigiert oder revidiert werden können“; durch sie würden daher keine „vollendeten Tatsachen“ geschaffen.<sup>48</sup> Folglich haben Gemeinden nach der Ansicht des höchsten deutschen Verwaltungsgerichts keinen Anspruch darauf, im Flugroutenfestlegungsverfahren angehört zu werden.<sup>49</sup>

### 3. Entscheidung des BAF

Zur Entscheidung über die Festlegung der Flugroute ist gem. § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO das BAF berufen. An den Inhalt der Flugrouten stellen sowohl die nationale Rechtsordnung als auch das Europa- und Völkerrecht gewisse Anforderungen. Das BAF hat daran seine Entscheidung auszurichten.

#### a) Sicherheit des Luftverkehrs

Flugrouten müssen die Sicherheit des Luftverkehrs gewährleisten. Bis zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes 2009<sup>50</sup> ergab sich dies unmittelbar aus § 32 Abs. 3 Satz 2 und 3 LuftVG a. F., sodass ein nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG strikt einzuhaltender Rahmen vorgegeben war. Der lapidaren Formulierung des § 32 Abs. 4 Nr. 8, Abs. 4 c Satz 1 LuftVG n. F. lässt sich diese Zielsetzung nicht mehr entnehmen. Dass Flugrouten aber vorrangig der Sicherheit des Luftverkehrs Rechnung tragen sollen, ergibt sich aus der Stellung des § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO im zweiten Abschnitt der Luftverkehrsordnung, der allgemeine Regeln zur Gewährleistung der Sicherheit des Luftverkehrs aufstellt. Auch die Vorschrift des § 27 c Abs. 1 LuftVG, nach welcher die dem BAF obliegende Aufgabe der Flugsicherung der sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs dient, stützt diesen Befund. Darüber hinaus weist § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG dem BAF ausdrücklich die Aufgabe der Abwehr von Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs sowie die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zu.<sup>51</sup> Zutreffend wird daher die Gewährleistung eines sicheren Luftverkehrs in der Rechtsprechung als Primärziel der Flugroutenfestlegung bewertet.<sup>52</sup> Will man mit *Meister* den Grundsatz der Planrechtfertigung aus dem allgemeinen Planungsrecht auf die Flugroutenfestlegung übertragen, lässt sich formulieren, dass eine Flugroute nur dann erforderlich ist, wenn sie unumgänglich zur Sicherung des Luftverkehrs ist.<sup>53</sup> Der Luftsicherheit kommt darüber hinaus aufgrund des ihr durch Gesetz eingeräumten Stellenwerts der Rang eines nicht durch Abwägung überwindlichen Planungsleitsatzes zu.<sup>54</sup>

#### b) Ziele der Raumordnung

Ob sich zwingende Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen unter Umständen auch aus Zielen der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG) ergeben können,<sup>55</sup> bedarf einer näheren Betrachtung. Voraussetzung dafür ist, dass es sich bei der Flugroutenfestlegung um eine raumbedeutsame Planung i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG handelt. Raum wird zwar durch die Flugroute nicht in Anspruch genommen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 ROG), jedoch könnte durch sie die räumliche Funktion oder Entwicklung eines Gebiets beeinflusst werden (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 ROG). Da bloß geringfügige Beeinflussungen nicht ausreichen,<sup>56</sup> scheiden Flugverfahren im mittleren und oberen Luftraum aus. Wohl aber können An- und Abflugrouten als die räumliche Funktion oder Entwicklung beeinflussend und damit als raumbedeutsam angesehen werden.<sup>57</sup> Eine Bindung nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 ROG tritt für das BAF allerdings gem. § 5 Abs. 1 ROG nur ein, wenn es an der Aufstellung des Raumordnungsplans

beteiligt worden ist, innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Mitteilung des Ziels nicht widersprochen hat und die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 ROG nicht vorliegen. Insbesondere dürfte § 5 Abs. 2 Nr. 2 ROG einer Bindung des BAF häufig entgegenstehen, da An- und Abflugrouten bereits aus technischen Gründen nur an ganz bestimmten Stellen festgelegt werden können. Ein Ziel der Raumordnung, das dort Überflug ausschließt, wird somit keine Bindungswirkung entfalten. Ziele der Raumordnung sind also nur unter engen Voraussetzungen bei der Flugroutenfestlegung zwingend zu beachten.

#### c) Europa- und völkerrechtliche Vorgaben

Auch übernationalen Rechtsnormen können zwingende Anforderungen an Flugrouten-Verordnungen stellen. Auf europäischer Ebene ist zunächst die Marktzugangsverordnung für den Luftverkehr<sup>58</sup> zu erwähnen.<sup>59</sup> Auch aus der Seveso-II-Richtlinie können sich wohl im Zusammenhang mit Störfallanlagen zwingend zu beachtende Vorgaben ergeben, sofern man sie für anwendbar erachtet.<sup>60</sup> Aufgrund der internationalen Prägung des Luftverkehrsrechts sind Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen auch dem Völkerrecht zu entnehmen.<sup>61</sup> Im Rahmen der Flugroutenfestlegung sind insbesondere Vorschriften des Chicagoer Abkommens über die Internationale Zivilluftfahrt<sup>62</sup> sowie der Transitvereinbarung<sup>63</sup> zu beachten.<sup>64</sup>

#### d) Rechtsstaatliches Abwägungsgebot

Dreh- und Angelpunkt der materiellen Rechtmäßigkeit der Festlegungsentscheidung ist das Abwägungsgebot. Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist es auch bei der Flugroutenplanung zu beachten, obschon es keinen Ausdruck in den Vorschriften des Luftverkehrsgesetzes und der Luftverkehrsordnung findet. Die Geltung des Abwägungsgebots hänge nämlich weder von seiner fachgesetzlichen Normierung noch von einer bestimmten Handlungs- oder Verfahrensform ab. Es folge vielmehr bereits aus dem Wesen einer rechtsstaatlichen Planung und gelte dementsprechend allgemein.<sup>65</sup> Bei der Festlegung von Flugrouten handele es sich um die Verwirklichung einer staatlichen Planungsaufgabe, bei der die in der räumlichen Umgebung des Flughafens auftretenden Probleme und Interessen-

<sup>48</sup> BVerwG, Urt. v. 26.11.2003, E 119, 245, 253.

<sup>49</sup> Zust. *Sydow/Fiedler*, DVBl. 2006, 1420, 1422.

<sup>50</sup> Durch Gesetz v. 29.07.2009, BGBl. I S. 2424.

<sup>51</sup> *Risch*, in: *Grabherr/Reidt/Wysk* (Hrsg.), Luftverkehrsgesetz, Stand: August 2010, § 27 c Rn. 23.

<sup>52</sup> BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 158 f.; OVG NRW, Urt. v. 04.03.2002, NZV 2002, 478, 479; VGH BW, Urt. v. 22.03.2002, DVBl. 2002 1129, 1132 dort aber nicht abgedruckt, zit. nach juris; HessVGH, Urt. v. 11.02.2003, NVwZ 2003, 875, 878.

<sup>53</sup> Vgl. *Meister*, ZLW 2004, 23, 38.

<sup>54</sup> *Lübben* (Fn. 2), Rn. 93; zum Begriff vgl. BVerwG, Urt. v. 22.03.1985, E 71, 163, 165; *Stüer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 4. Aufl. 2009, Rn. 1313.

<sup>55</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Repkewitz*, VBIBW 2005, 1, 3; zu den raumordnungsrechtlichen Fragestellungen im Bezug auf den Flughafen BBI vgl. *Klinger*, LKV 2011, 8, 11.

<sup>56</sup> *Runkel*, in: *Spannowsky/Runkel/Goppel* (Hrsg.), Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 3 Rn. 112.

<sup>57</sup> *Repkewitz*, VBIBW 2005, 1, 3.

<sup>58</sup> Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Luftverkehrs vom 23.07.1992, ABl. Nr. L 240 S. 8.

<sup>59</sup> Ausführlich und m. w. N. *Lübben* (Fn. 2), Rn. 100.

<sup>60</sup> *Lübben* (Fn. 2), Rn. 101; vgl. ausführlich *Sellner/Scheidmann*, NVwZ 2004, 267 ff.; *Repkewitz*, VBIBW 2005, 1, 6 ff., 12; *ders.*, VerwArch 97 [2006], 503, 515 ff.

<sup>61</sup> *Meister*, ZLW 2004, 23, 38.

<sup>62</sup> Vom 07.12.1944, BGBl. 1956 II S. 411.

<sup>63</sup> Vereinbarung über den Durchflug im internationalen Fluglinienverkehr vom 07.12.1944, BGBl. 1956 II S. 442.

<sup>64</sup> Vgl. *Lübben* (Fn. 2), Rn. 103 f.

<sup>65</sup> BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 280 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 07.07.1978, E 56, 110, 122.

konflikte bewältigt werden müssten. Daher schränke das rechtsstaatliche Abwägungsgebot den Gestaltungsspielraum des BAF ein.<sup>66</sup> Das Abwägungsgebot verlangt grundsätzlich<sup>67</sup>, dass erstens eine sachgerechte Anwendung überhaupt stattfindet, dass zweitens in die Abwägung an Belangen eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie einzustellen ist, und dass drittens die Bedeutung der betroffenen privaten Belange nicht verkannt und der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, die im Verhältnis zu ihrer objektiven Wichtigkeit steht.<sup>68</sup>

Einzustellen hat das BAF eine Vielzahl von Belangen, die je nach Einzelfall differieren und nicht abschließend dargestellt werden können.<sup>69</sup> Der praktisch wichtigste Belang neben der sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs ist gewiss der Schutz der Bevölkerung vor unzumutbarem Fluglärm. Dieser hat in § 29 b Abs. 2 LuftVG auch eine gesetzliche Normierung erfahren, die das BAF verpflichtet, auf einen solchen Schutz hinzuwirken. § 29 b Abs. 2 LuftVG kommt als Sonderbestimmung zur luftaufsichtsrechtlichen Generalklausel des § 29 Abs. 1 LuftVG auch im Rahmen des Flugroutenfestlegungsverfahrens Bedeutung zu.<sup>70</sup> Allein die konkrete Einordnung der Hinwirkungspflicht ist umstritten. Jedenfalls eine Klassifizierung als Planungsleitsatz scheidet aus; dieser Rang ist der Luftsicherheit vorbehalten und kann der Formulierung des § 29 b Abs. 2 LuftVG nicht entnommen werden. *Czybulka* sieht darin ein Optimierungsgebot.<sup>71</sup> Dies würde bedeuten, dass der Gesetzgeber mit § 29 b Abs. 2 LuftVG eine Wertung dergestalt getroffen hätte, dass der Schutz der Bevölkerung vor unzumutbarem Fluglärm „bei der Abwägung in der ersten Reihe“<sup>72</sup> stünde. Im Gegensatz zum Planungsleitsatz Luftsicherheit wäre dieser Belang zwar durch Abwägung grundsätzlich überwindbar,<sup>73</sup> hätte aber relativen Vorrang gegenüber anderen Belangen je nach den Umständen des Einzelfalls.<sup>74</sup> Gegen eine solche Einordnung spricht allerdings die „weiche Formulierung“<sup>75</sup> des § 29 b Abs. 2 LuftVG. Schon der Vergleich mit dem anerkannten Optimierungsgebot in § 50 Satz 1 BImSchG<sup>76</sup> zeigt, dass § 29 b Abs. 2 LuftVG ein solches nicht sein kann. Ordnet jener an, dass „[. . .] die für eine bestimmte Nutzung vorgesehenen Flächen einander so zuzuordnen sind, dass schädliche Umweltwirkungen [. . .] so weit wie möglich vermieden werden“, verlangt dieser ein bloßes *Hinwirken*. Es wird dem BAF mit § 29 b Abs. 2 LuftVG also keine gesetzgeberische Wertentscheidung nahegelegt, die eine vorrangige Berücksichtigung des Schutzes vor unzumutbarem Lärm verlangen würde, sondern nur ein weiterer (schlichter) Belang, der in die Abwägung einzustellen ist. *Czybulkas* Auslegung hätte letztlich zur Folge, dass alle vom Gesetzgeber festgelegten Planungsziele auch als Optimierungsgebote anzusehen wären.<sup>77</sup> Da dies eine Unterteilung der Belange in Planungsziele, Optimierungsgebote und Planungsleitsätze überflüssig machen würde, muss der Wortlaut als Ausdruck des gesetzgeberischen Willens bei der Einordnung beachtet werden, um Abgrenzungen nicht beliebig werden zu lassen. Wie auch für die Abwägung in der Planfeststellung anerkannt ist,<sup>78</sup> muss bei der Flugroutenentscheidung außerdem nicht nur unzumutbarer Lärm berücksichtigt werden, sondern auch solcher, der unter der Zumutbarkeitsgrenze – wie diese im Einzelfall auch immer gezogen werden mag – anzusiedeln ist.<sup>79</sup> So ist es nach dem 4. Senat des BVerwG mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar, wenn das BAF Lärmeinwirkungen, die sich ohne Weiteres vermeiden oder vermindern lassen, in Kauf nähme, nur weil sie von ihrem Ausmaß her noch nicht als schädlich, sondern bloß als lästig einzustufen sind. Auch unterhalb der Zumutbarkeitsschwelle bräuchten lärmbeeinträchtigende Belastungen nicht hinzunehmen, die sich zur Erreichung des mit einer bestimmten Maßnahme verfolgten Ziels objektiv als unnötig erweisen.<sup>80</sup> Die Lärmbelastung über und unterhalb der Zumutbarkeitsschwelle ist demnach ein

in die Abwägung einzustellender Belang und als solcher ein Planungsziel.

Eine weitere Direktive in der Abwägung ist die durch die Flughafengenehmigung bzw. Planfeststellung vorgegebene Menge des Flugverkehrs. Flugrouten sollen nach der Rechtsprechung des BVerwG grundsätzlich so festgelegt werden, dass in die zugelassene Flughafenkapazität nicht eingegriffen wird.<sup>81</sup> Die Quelle des Fluglärms soll somit der Einwirkung des BAF entzogen sein; seine Möglichkeiten beschränkten sich darauf, den vorhandenen Lärm gleichsam zu „bewirtschaften“.<sup>82</sup> Ein absoluter Charakter (und damit der Rang eines Planungsleitsatzes) ist diesem Belang allerdings nicht zuzubilligen, erkennt doch die Rechtsprechung an, dass durch die Flugroutenfestlegung mittelbar die Kapazität des Flughafens sehr wohl beeinträchtigt werden kann und darf.<sup>83</sup> Qualitativ entspricht die Bindung an die Flughafenkapazität damit einem Optimierungsgebot; diese gesetzgeberische Wertung lässt sich dabei der gesetzlich vorgesehenen vorgelagerten Entscheidung der Planfeststellungsbehörde über die Flughafenkapazität entnehmen.

#### e) Zusammenfassung

In materieller Hinsicht wird die Entscheidung des BAF besonders vom Planungsleitsatz der Luftsicherheit geprägt. Strikte Bindungen können sich auch aus europa- und völkerrechtlichen Vorschriften ergeben. Unter Umständen ist das BAF sogar an bestimmte Ziele der Raumordnung gebunden. Im Rahmen der Abwägung ist insbesondere zwischen den konfligierenden Interessen des Lärmschutzes und der flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs ein gerechter Ausgleich zu finden. Der Ausschöpfung der Flughafenkapazität kommt dabei der Rang eines Optimierungsgebots zu.

### III. Rechtsschutz gegen Flugrouten

Die Frage, ob und wie gegen Flugrouten der Klageweg beschränkt werden kann, wurde in den vergangenen zwanzig Jahren im Schrifttum ausführlich erörtert.<sup>84</sup> Im Mittelpunkt dieser Diskussion stand dabei die Rechtsprechung des BVerwG seit seinem Grundsatzurteil vom 28. Juni 2000<sup>85</sup>. In weiteren Entscheidungen<sup>86</sup> konkretisierte das BVerwG seine Vorstellungen vom

66 BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 281; Urt. v. 26.11.2003, E 119, 245, 255; Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 157; Beschl. v. 04.05.2005, E 123, 322, 330.

67 Dass die gerichtliche Kontrolldichte bei Flugrouten diesen Grundsätzen nicht entspricht, wird noch zu zeigen sein.

68 St. Rspr. seit BVerwG, Urt. v. 12.12.1969, E 34, 301, 309.

69 *Repkewitz*, VBIBW 2005, 1, 4.

70 BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 160.

71 *Czybulka* (Fn. 3), S. 9, 20.

72 *Stüer* (Fn. 54), Rn. 1316.

73 BVerwG, Urt. v. 22.03.1985, E 71, 163, 166.

74 *Stüer* (Fn. 54), Rn. 1316.

75 *Repkewitz*, VBIBW 2005, 1, 4.

76 Vgl. *Jarass*, Bundesimmissionsschutzgesetz, 8. Aufl. 2010, § 50 Rn. 19 m. w. N.

77 So die zutreffende Schlussfolgerung von *Meister*, ZLW 2004, 23, 43.

78 Vgl. *Rausch-Gast*, in: Ziekow (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Luftverkehrs-, Planfeststellungs- und Umweltrechts 2009, 2010, S. 63, 66 m. w. N.

79 *Meister*, ZLW 2004, 23, 44 f.

80 BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 163 f.

81 BVerwG, Beschl. v. 04.05.2005, E 123, 322, 330 f.; *Lübbers* (Fn. 2), Rn. 92.

82 BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 159.

83 HessVGH, Urt. v. 11.02.2003, NVwZ 2003, 875, 878.

84 *Czybulka/Wandres*, DÖV 1990, 1033, 1035 ff.; *Czybulka* DÖV 1991, 410 ff.; *Wysk*, ZLW 1998, 285, 289 ff.; *Czybulka*, ZUR 2001, 268 ff.; *Kukk*, NVwZ 2001, 408, 409 ff.; *Bohl*, NVwZ 2001, 764 ff.; *Rupp*, NVwZ 2002, 286 ff.; *Czybulka* (Fn. 3), S. 9, 17 ff.; *Fellenberg/Karpenstein*, NVwZ 2006, 1133 ff.; *Sydow/Fiedler*, DVBl. 2006, 1420, 1422 ff.

85 BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276.

86 BVerwG, Urt. v. 26.11.2003, E 119, 245; Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152; Beschl. v. 04.05.2005, E 123, 322.

Rechtsschutz gegen Flugrouten. Im Folgenden soll diese Entwicklung in der Rechtsprechung nachvollzogen werden, da sie zwar eine weitgehend rechtsschutzlose Zeit beendete, doch bis heute nicht alle Rechtsschutzdefizite behoben hat. Darin ist – wie sich zeigen wird – ein Hauptgrund für die Kritik am bestehenden Verfahren der Flugroutenfestlegung zu sehen.

### 1. Zulässigkeitsfragen

Vor allem Zulässigkeitsfragen beschäftigten die Gerichte seit den 1990er-Jahren, was auf die Rechtsnatur der Flugrouten als Verordnungen zurückzuführen ist, die bei der Einordnung in das herkömmliche Rechtsschutzsystem der Verwaltungsgerichtsordnung Probleme bereitet.

#### a) Rechtsweg

Als problematisch erwies sich schon die Bestimmung des Rechtswegs.<sup>87</sup> Handelt es sich bei einer Klage gegen eine Flugroutenfestlegung zweifellos um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i. S. v. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, gibt doch das Kriterium „nicht verfassungsrechtlicher Art“ Anlass zu Bedenken. Da eine prinzipale Normenkontrolle gem. § 47 VwGO schon nach dem Wortlaut ausscheiden musste, eine inzidente Normenkontrolle aufgrund der Qualität der Flugroute als *self-executing*<sup>88</sup>-Verordnung nicht stattfinden konnte und den Richtern auch sonst keine Möglichkeit einleuchtete, wie man sich gegen derartige Bundesrechtsverordnungen zur Wehr setzen könnte, entschied der BayVGh, dass die Verfassungsbeschwerde einzig zulässiger Rechtsbehelf sei und somit eine verfassungsrechtliche Streitigkeit vorliege,<sup>89</sup> für die der Rechtsweg nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht eröffnet ist. Dass der BayVGh hier einen Irrweg eingeschlagen hatte, liegt auf der Hand, bezieht sich doch das Verwerfungsmonopol des BVerfG nur auf förmliche Gesetze und nicht auf Rechtsverordnungen;<sup>90</sup> darüber hinaus kann die Rechtsform des Verwaltungshandelns nicht die Eröffnung des Rechtswegs, sondern nur die Rechtsschutzform bestimmen.<sup>91</sup> Dennoch schloss sich dieser Ansicht alsbald das NdsOVG an.<sup>92</sup> Erst das BVerfG erzwang mit seinem Beschluss vom 2. April 1997 ein Umdenken. Es stellte darin fest, dass es den Verwaltungsgerichten sehr wohl möglich sei, Flugrouten-Verordnungen zu überprüfen; zu einem Hinweis auf die richtige Klageart ließen sich die Verfassungsrichter indes nicht herab.<sup>93</sup> Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten dürfe jedenfalls nicht mit der Begründung abgeschnitten werden, Rechtsschutz i. S. d. Art. 19 Abs. 4 GG werde durch die Verfassungsbeschwerde gewährleistet.<sup>94</sup> Diese Sichtweise ist überzeugend, da sie dem Umstand Rechnung trägt, dass die Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf des Bürgers zum Schutz seiner Grundrechte nicht zum Rechtsweg gehört<sup>95</sup> und aufgrund des eingeschränkten Prüfungsmaßstab des BVerfG ein derart effektiver Rechtsschutz wie vor den Verwaltungsgerichten damit nicht erreicht werden kann. Die Frage nach der Rechtswegeröffnung ist somit geklärt: gegen Flugrouten-Verordnungen müssen die Verwaltungsgerichte angerufen werden.

#### b) Statthafte Klageart

Die Frage nach der statthafte Klageart stellt sich als kompliziertes Folgeproblem dar. Entgegen einer früher vertretenen Auffassung<sup>96</sup> sind Flugrouten keine Allgemeinverfügungen; daher müssen jedenfalls Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ausscheiden.<sup>97</sup> Da auch der Weg zur prinzipalen Normenkontrolle nach § 47 VwGO versperrt ist, verbleiben aus dem Repertoire des Verwaltungsprozessrechts die allgemeine Leistungsklage und die Feststellungsklage nach § 43 VwGO. Das BVerwG entschied sich für letztgenannte. Die Leistungsklage liefe ins Leere, da sie sich auf die Aufhebung einer für nichtig gehaltenen und mithin nicht aufhebbaren, sondern rechtlich nicht existenten Norm richtete.<sup>98</sup> Diesem formalistischen Argument könnte

man zwar die Möglichkeit der Aufhebung des Rechtsscheins der Wirksamkeit durch Leistungsurteil entgegenhalten, allerdings wird dieser Rechtsschein auch durch ein Feststellungsurteil beseitigt,<sup>99</sup> sodass zwar die Argumentation in ihrer Absolutheit nicht überzeugt, der vom BVerwG eingeschlagene Weg aber ein gangbarer ist. Mit der Anerkennung der Statthafteit der Feststellungsklage nach § 43 VwGO gegen Flugrouten wurde die rechtsschutzlose Zeit endgültig beendet. Für die Lärmbetroffenen bedeutete dies einen „wesentlichen Schritt nach vorn“.<sup>100</sup> Die Feststellungsklage gegen Flugrouten-Verordnungen hat sich in der Rechtsprechung etabliert<sup>101</sup> und entwickelte sich über den luftverkehrsrechtlichen Bereich hinaus zu einer allgemeinen Feststellungsklage gegen den Normgeber.<sup>102</sup>

#### c) Sachliche und örtliche Zuständigkeit

§ 48 Abs. 1 Nr. 6 VwGO ordnet die erstinstanzliche Zuständigkeit der Oberverwaltungsgerichte nur für Streitigkeiten, die das Anlegen, die Erweiterung oder Änderung und den Betrieb von Verkehrsflughäfen betreffen, an. Das BVerwG begründet daraus aber auch die sachliche Zuständigkeit hinsichtlich Streitigkeiten über Flugrouten, da diese in einem engen räumlichen und betrieblichen Zusammenhang mit dem Betrieb des betreffenden Verkehrsflughafens stünden. Auch die örtliche Zuständigkeit folge demnach dem Ort des Flughafens gem. § 52 Nr. 1 VwGO.<sup>103</sup> Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung erscheint diese Zuständigkeitsverteilung als einzige sinnvoll, sodass die pragmatische Lösung des BVerwG – soweit ersichtlich – allgemein akzeptiert wird.

#### d) Klagebefugnis

Die Rechtsprechung wendet bei der Nichtigkeitsfeststellungsklage die Vorschrift des § 42 Abs. 2 VwGO analog an;<sup>104</sup> so auch konsequenterweise bei der Klage gegen Flugrouten.<sup>105</sup> Damit ist erforderlich, dass der Kläger eine subjektive Rechtsverletzung geltend macht, wofür er sich wiederum auf eine Norm stützen können muss, die – zumindest auch – dem Schutz von Individualinteressen derart zu dienen bestimmt ist, dass die

<sup>87</sup> Rechtsweg und Gerichtszuständigkeit sind wegen § 17 a Abs. 2 GVG, (§ 83 VwGO) eigentlich keine Zulässigkeitsvoraussetzungen, werden aber der Übersichtlichkeit halber an dieser Stelle abgehandelt.

<sup>88</sup> Kukk, NVwZ 2001, 408, 409.

<sup>89</sup> BayVGh, Gerichtsbeschl. v. 30.11.1993, NVwZ-RR 1995, 114, 116; Urt. v. 12.04.1994, NVwZ-RR, 1995, 117 f.

<sup>90</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.12.1984, E 68, 319, 326; Urt. v. 18.12.1985, E 71, 305, 337.

<sup>91</sup> So zutreffend Czybulka, ZUR 2001, 268.

<sup>92</sup> Unveröffentlichte Beschl. v. 17.03.1995 – 12 M 585/95 und 25.01.1996 – 12 M 7755/95, zit. nach Wysk, ZLW 1998, 285, 290.

<sup>93</sup> Czybulka, ZUR 2001, 268, 269 sieht darin eine „ganz subtil[e] Rache“; wohl dafür, dass der BayVGh das BVerfG mit seiner Auffassung zu einem Tatsachengericht heruntergestuft hat. Krit. zur Entscheidung Rupp, NVwZ 2002, 286, 289 f.

<sup>94</sup> BVerfG, Kammerbeschl. v. 02.04.1997, NVwZ 1998, 169, 170; zust. Kilian, NVwZ 1998, 142.

<sup>95</sup> BVerfG, Urt. v. 13.06.1952, E 1, 332, 334; Beschl. v. 28.02.1989, E 79, 365, 367.

<sup>96</sup> Czybulka/Wandres, DÖV 1990, 1033, 1037 ff.; Czybulka, DÖV 1991, 410.

<sup>97</sup> So schon Wysk, ZLW 1998, 285, 293.

<sup>98</sup> BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 279.

<sup>99</sup> Vgl. Czybulka, ZUR 2001, 268, 269.

<sup>100</sup> Kukk, NVwZ 2001, 408, 409.

<sup>101</sup> BVerwG, Urt. v. 26.11.2003, E 119, 245, 249; Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 156; Beschl. v. 04.05.2005, E 123, 322, 326.

<sup>102</sup> Ausführlich und m. w. N. Fellenberg/Karpenstein, NVwZ 2006, 1133 ff.

<sup>103</sup> BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 277.

<sup>104</sup> Vgl. Pietzcker, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 18. Aufl. 2009 § 43 Rn. 29 ff. m. w. N.

<sup>105</sup> BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 279; Urt. v. 26.11.2003, E 119, 245, 249. Dabei wird das Verhältnis zum Feststellungsinteresse des § 43 Abs. 1 VwGO nicht thematisiert; vgl. Czybulka, ZUR 2001, 268, 269 f.

Träger der Individualinteressen die Einhaltung des Rechtssatzes sollen verlangen können.<sup>106</sup> Das BVerwG gesteht dem Kläger ein subjektives Recht auf gerechte Abwägung seiner Belange aus dem Abwägungsgebot zu.<sup>107</sup> Der Schutznormcharakter des Abwägungsgebots war bereits seit langem<sup>108</sup> anerkannt und der „Rückzug“ auf dieses – relativ leicht zu begründende – subjektive Recht bot sich dem BVerwG geradezu an.<sup>109</sup> Somit konnte offen bleiben, ob sich aus luftverkehrsrechtlichen Vorschriften (v. a. § 29 b LuftVG) ein subjektiv-öffentliches Recht ableiten lässt.<sup>110</sup> Zudem musste die Frage nicht geklärt werden, ob das subjektive Recht aus dem Abwägungsgebot nur rechtlich geschützte Belange des Betroffenen<sup>111</sup> oder alle abwägungserheblichen Interessen<sup>112</sup> umfasst. *In casu* machte der Kläger – wie wohl jeder Lärmbetroffene – nämlich eine Verletzung rechtlich geschützter Belange, namentlich Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und Eigentum (Art. 14 Abs. 1 GG) geltend, die jedenfalls in die Abwägung einzustellen waren.<sup>113</sup> Die Hürde der Klagebefugnis kann somit mit relativ geringem Begründungsaufwand genommen werden. Dass die Rechtsprechung auf ein besonderes Feststellungsinteresse i. S. v. § 43 Abs. 1 VwGO nicht eingeht, mag darauf zurückzuführen sein, dass es sich bei der Feststellungsklage gegen Flugrouten um keine typische solche handelt und zudem die – angreifbare<sup>114</sup> – Analogie zu § 42 Abs. 2 VwGO Ausführungen zu einem über die Klagebefugnis hinausgehenden Interesse erübrigt. Auch für lärm-betroffene Gemeinden wird sich die Klagebefugnis meist aus dem Abwägungsgebot ergeben, setzt eine Verletzung der von Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG geschützten Planungshoheit doch voraus, dass die Gemeinde in hinreichend konkreten Planungsabsichten beeinträchtigt wird oder diese vereitelt werden, wobei sich diese Absichten in einem fortgeschrittenen Planungsstadium befinden müssen.<sup>115</sup> Dies darzulegen wird den Gemeinden selten gelingen. Ebenso wenig wie aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG im Regelfall ein Beteiligungsrecht der Gemeinden abzuleiten ist, kann die Selbstverwaltungsgarantie demnach als möglicherweise verletztes subjektives Recht ins Feld geführt werden.<sup>116</sup>

## 2. Gerichtliche Kontrolldichte

Mit der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gegen Flugrouten, dem statthaften Rechtsbehelf der Feststellungsklage und der Geltung des Abwägungsgebotes ist – im Vergleich zur vorangegangenen rechtsschutzlosen Zeit – für die Fluglärm-betroffenen schon viel gewonnen: die Rechtsprechung hat sinnbildlich „zwei Schritte vorwärts“<sup>117</sup> getan. Im gleichen Atemzug aber dämpften die Bundesrichter die hohen Erwartungen an eine gerichtliche Kontrolle der Flugroutenfestlegung, indem sie in einigen wesentlichen Punkten von der allgemeinen Dogmatik der gerichtlichen Abwägungskontrolle abwichen und für die Flugrouten damit quasi ein eigenes Prüfprogramm entwarfen.

a) Anforderungen an die Ermittlung der Abwägungsbelaenge  
Das aus der allgemeinen Abwägungslehre bekannte Kriterium, dass in die Abwägung an Belangen eingestellt werden muss, was nach Lage der Dinge in sie einzustellen ist, wird in seiner Bedeutung zurückgestuft. Zu beachten sei, dass der vom Gericht anzulegende Prüfungsmaßstab durch die besondere sachliche Eigenart der Flugroutenfestlegungsentscheidung bestimmt und begrenzt wird. Im Gegensatz zu Verkehrswegeplanungen sei die Flugroutenplanung dadurch gekennzeichnet, dass keine „parzellenhafte“ Beurteilung der Beeinträchtigung Dritter möglich ist, da die Flugroute nur eine Ideallinie beschreibe, der ein Flugerwartungsgebiet zuzuordnen ist.<sup>118</sup> Bei der Sachverhaltsermittlung soll es demnach ausreichen, dass das BAF (bzw. die DFS) sich auf aussagekräftiges Kartenmaterial sowie Unterlagen über die Einwohnerzahl stützt. Konkrete Ermittlungen vor Ort seien nicht notwendig. Das computersimulierte Optimierungsverfahren sei überdies geeignet, die „allein geforderte general-

isierende Betrachtungsweise“ zu gewährleisten.<sup>119</sup> Das BVerwG verlangt also nur, dass solche Belange in die Abwägung einzustellen sind, die bei dieser generalisierenden Betrachtungsweise erkennbar waren – ein augenfälliger Unterschied zur gewöhnlichen Abwägungskontrolle.

Geringe Anforderungen stellte das BVerwG auch an die Tatsachenermittlung im Rahmen einer Flugroutenplanung, die ausnahmsweise die Flüssigkeit und Leichtigkeit des Betriebs zugunsten des Lärmschutzes beeinträchtigt. Streitgegenständlich war in der Entscheidung vom 4. Mai 2005 die Festlegung von An- und Abflugrouten für den Flughafen Zürich, dessen Anflüge zu 95 Prozent über deutschem Luftraum abgewickelt wurden.<sup>120</sup> Die Benutzung der festgelegten Routen wurde tageszeitlich beschränkt, was zu einer Beeinträchtigung des Flugbetriebs am Flughafen führte. Das BAF habe diese Auswirkungen aber nicht im Einzelnen aufklären müssen.<sup>121</sup> Auch hätten „pauschale Einschätzungen“ der Lärmauswirkungen (die hier zur Rechtfertigung einer Einschränkung des Flugverkehrs angeführt wurden) ausgereicht.<sup>122</sup> Schließlich sei hinsichtlich der Bedenken der schweizerischen Luftfahrtbehörden dergestalt eine ausreichende Tatsachenbasis geschaffen worden, dass das BAF seiner Entscheidung Vermerke des Bundesverkehrsministeriums zugrunde gelegt hat, die die Argumente der Gegenseite (angeblich) entkräfteten.<sup>123</sup> Auch hier legte das BVerwG die Messlatte also denkbar tief an. Vor allem die Annahme, dass Vermerke des Ministeriums eine ausreichende Tatsachenbasis schafften und das BAF gleichsam von eigenen Ermittlungen und einer Auseinandersetzung mit den Belangen der beeinträchtigten schweizerischen Luftfahrt befreiten, ist bemerkenswert.

## b) Willkürkontrolle

Mit der eingeschränkten Überprüfung der Ermittlung von Belangen hatte die Anpassung an die „besondere sachliche Eigenart“ der Flugroutenplanung aber nicht ihr Bewenden. Vielmehr führte das BVerwG aus, dass die richterliche Prüfung der Abwägung sich darauf beschränke, dass das BAF von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, den gesetzlichen, insbesondere durch § 29 b LuftVG bestimmten Rahmen erkannt und die Lärmschutzinteressen der Betroffenen in die gebotene Abwägung eingestellt und nicht ohne sachlichen Grund zurückgestellt hat.<sup>124</sup> Entspricht diese Formulierung noch in etwa der gewohnten Abwägungsdogmatik, so kommt es im folgenden Satz zu einem Bruch mit ebendieser: „Eine Klage wird letztlich nur dann erfolgreich sein können, wenn die Behörde das Interesse der Kläger am Schutz vor unzumutbaren Lärmbeeinträch-

<sup>106</sup> BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 280 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. v. 24.09.1998, E 107, 215, 220 m. w. N.

<sup>107</sup> BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 280.

<sup>108</sup> Vgl. schon BVerwG, Urt. v. 14.02.1975, E 48, 56, 66.

<sup>109</sup> Czybulka (Fn. 3), S. 9, 19 sieht darin eine „moderne“ Tendenz.

<sup>110</sup> Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 280, wo auch offen gelassen wird, ob sich aus der Ermächtigungsgrundlage des § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 3 LuftVG a. F. Drittschutz ableiten lässt. Nach der „neutralen“ Neufassung der Ermächtigungsgrundlage dürfte sich diese Frage erübrigen.

<sup>111</sup> So BVerwG, Urt. v. 14.02.1975, E 48, 56, 66.

<sup>112</sup> So BVerwG, Urt. v. 24.09.1998, E 107, 215.

<sup>113</sup> BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 281 f.

<sup>114</sup> Pietzcker (Fn. 104), § 43 Rn. 30 f. m. w. N.

<sup>115</sup> Vgl. Bohl, NVwZ 2001, 764, 765.

<sup>116</sup> Vgl. zu einem Abwehrrecht aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG allgemein Quaas, NVwZ 2003, 649, 652.

<sup>117</sup> Kukk, NVwZ 2001, 408.

<sup>118</sup> BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 283.

<sup>119</sup> BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 284.

<sup>120</sup> BVerwG, Beschl. v. 04.05.2005, E 123, 322, 323.

<sup>121</sup> BVerwG, Beschl. v. 04.05.2005, E 123, 322, 333.

<sup>122</sup> BVerwG, Beschl. v. 04.05.2005, E 123, 322, 334.

<sup>123</sup> BVerwG, Beschl. v. 04.05.2005, E 123, 322, 334 f.

<sup>124</sup> BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 283.

tigungen willkürlich unberücksichtigt gelassen hat.<sup>125</sup> In einer weiteren Entscheidung zur Flugroutenproblematik findet sich ebenso die Rücknahme der Abwägungsüberprüfung auf das Niveau einer Willkürkontrolle.<sup>126</sup> Auch wenn die dogmatische Einordnung dieser Willkürkontrolle in die Abwägungslehre nicht so recht gelingen mag,<sup>127</sup> so drückt sie im Kontext der Entscheidungen aus, dass die Abwägungsentscheidungen bei Flugroutenfestlegungen nur zurückhaltend überprüft werden sollen.

#### c) Zumutbarkeit des Lärms

Eine weitere Einschränkung der Kontrolldichte erfolgte 2004, als der – nunmehr zuständige – 4. Senat des BVerwG bei der Abwägung von Lärmschutzinteressen eine Differenzierung nach unzumutbaren und zumutbaren Lärmbeeinträchtigungen vornahm. Lediglich bei unzumutbaren Lärmbeeinträchtigungen soll das BAF demnach einem „besonderen Rechtfertigungszwang“ unterliegen. Dies ergebe sich aus der Hinwirkungspflicht des § 29 b Abs. 2 LuftVG, die gerade den unzumutbaren Lärm im Blick habe.<sup>128</sup> Für geringere Lärmbelastigungen stelle der Gesetzgeber kein Lösungsmodell zur Verfügung, da ein dem § 8 Abs. 1 Satz 2 LuftVG entsprechendes einfachgesetzlich normiertes Abwägungsgebot für die Flugroutenplanung fehle. Dieses gesetzgeberische Schweigen verbiete es, auf die in der Rechtsprechung zum fachplanerischen Abwägungsgebot entwickelten Grundsätze abzustellen.<sup>129</sup> Konsequenz daraus sei, dass das BAF nicht den Nachweis erbringen müsse, die für den Lärmschutz angemessenste Lösung gefunden zu haben. Rechtswidrig sei die Entscheidung nur dann, wenn „es die Augen vor Alternativen verschließt, die sich unter Lärmschutz Gesichtspunkten als eindeutig vorzugswürdig aufdrängen, ohne zur Wahrung für den Flugverkehr unabdingbaren Sicherheitserfordernisse weniger geeignet zu sein.“<sup>130</sup> Die Bundesrichter befreien also den planenden Normgeber bei (nur) zumutbaren Lärmbelastigungen davon, überhaupt darzulegen, aus welchen Gründen der Lärmschutz hinter anderen Gesichtspunkten habe zurücktreten müssen; nur bei unzumutbarem Lärm ist demnach eine solche Begründungspflicht anzunehmen. Auch insoweit wird die gerichtliche Kontrolle der Abwägung eingeschränkt, die folglich lediglich bei einer willkürlichen Zurücksetzung von Lärmschutzinteressen über der Zumutbarkeitsschwelle zu einer Beanstandung der Flugroutenfestlegung führen kann. Der Kontrollmaßstab wurde somit auf ein Minimum reduziert.

#### d) Zusammenfassung

Sowohl die hinsichtlich der Sachverhaltsermittlung lediglich geforderte generalisierende Betrachtungsweise als auch die bloße Überprüfung der Abwägungsentscheidung auf Willkürlichkeit sowie die Differenzierung nach zumutbarem und unzumutbarem Lärm zeigen, dass das rechtsstaatliche Abwägungsgebot nach Ansicht der Rechtsprechung zwar auch bei der Flugroutenfestlegung gelten soll, die gerichtliche Kontrolldichte aber weit hinter dem aus dem allgemeinen Planungsrecht Bekannten zurückbleibt. Der 4. Senat des BVerwG bringt dies in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2004 insoweit zum Ausdruck, als er klarstellt, dass das Anforderungsprofil bei der Festlegung von Flugverfahren sich aus Gründen der Sachgesetzlichkeit nicht in Anlehnung an die Grundsätze bestimmen ließe, die im Fachplanungsrecht für das Abwägungsgebot entwickelt worden sind.<sup>131</sup> Für die rechtsschutzsuchenden Lärmbetroffenen bedeutet dies einen großen „Schritt zurück“<sup>132</sup>. Aber auch für Flughafenbetreiber, zumal im Ausland, sind die Erfolgsaussichten bei einer Klage gegen Flugroutenplanungen – wie das Beispiel des Flughafens Zürich zeigt – gering. Die Frage, welche Bedeutung dem rechtsstaatlichen Abwägungsgebot nach der gegenwärtigen Rechtsprechung überhaupt noch zukommt,<sup>133</sup> wird daher nicht zu Unrecht gestellt.

### C. Kritik und Verbesserungsmöglichkeiten

Das Festlegungsverfahren entspricht mangels Öffentlichkeitsbeteiligung nicht dem, was die Bürger aus anderen Verfahrensarten, insbesondere der Planfeststellung gewohnt sind. Die Entscheidung über die Flugroute wird von einer anonym wirkenden Behörde ohne Einwendungs- und Erörterungsmöglichkeit für die Betroffenen gefällt. Mit Fug und Recht kann man das Festlegungsverfahren als anachronistisch bezeichnen.<sup>134</sup> Auch der dagegen eröffnete Rechtsschutz bleibt aufgrund der geringen Erfolgsaussichten hinter den Erwartungen von lärmbeeinträchtigten Bürgern und Gemeinden zurück. Bürgerproteste sind daher vorprogrammiert. Ob und wie sich diese Situation, auch um der Akzeptanz der Flugroutenfestlegung in der Öffentlichkeit willen, verbessern lässt, ist eine Frage, die im Schrifttum bislang wenig Erörterung erfahren hat.

#### I. Flugroutenfestlegung im Planfeststellungsverfahren

Bedenkenswert ist der Ansatz, die Flugroutenfestlegung dergestalt in das Planfeststellungsverfahren des Flughafen- oder -ausbaus (§§ 8 ff. LuftVG) einzubeziehen, dass die Routen bereits Gegenstand der dort durchzuführenden Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 10 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 LuftVG, § 73 VwVfG) sind. Die ausdifferenzierten Auslegungs- und Einwendungsvorschriften des Planfeststellungsrechts könnten auf diese Weise die Lücke an Beteiligungsregelungen schließen, die die Flugroutenplanung bislang kennzeichnen. Ob eine derartige Einbeziehung der Flugroutenfestlegung in die Flughafenplanung aber *de lege lata* möglich ist, erscheint sehr zweifelhaft.

##### 1. Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses

Über die Konzentrationswirkung des Planfeststellungsbeschlusses nach § 9 Abs. 1 Satz 1 LuftVG i. V. m. § 75 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 VwVfG kann dieses Ziel jedenfalls nicht erreicht werden. § 9 Abs. 1 Satz 1 LuftVG ordnet nämlich nur die Ersetzung von Genehmigungen, Erlaubnissen, Verleihungen und Zustimmungen durch den Planfeststellungsbeschluss an, die für die Zulassung des Flughafenprojekts erforderlich sind. Demnach werden nur Verwaltungsakte ersetzt.<sup>135</sup> Die Flugroute als Rechtsverordnung wird also von der Konzentrationswirkung nicht umfasst. Darüber hinaus ist sie keine Zulässigkeitsvoraussetzung des Flughafens, sondern eine primär sicherheitsrechtliche Regelung des An- und Abflugverkehrs. Durch einen Planfeststellungsbeschluss können aber prinzipiell nur solche behördlichen Entscheidungen ersetzt werden, die für die Zulassung des Vorhabens selbst erforderlich sind.<sup>136</sup> Eine Ersetzung der Konzentrationswirkung auf die An- und Abflugrouten bedürfte einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, die *de lege lata* nicht existiert.<sup>137</sup>

125 BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 283.

126 BVerwG, Urt. v. 26.11.2003, E 119, 245, 256.

127 Vgl. Czybulka, ZUR 2001, 269, 271.

128 BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 162.

129 BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 163.

130 BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 164.

131 BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 166.

132 Kukk, NVwZ 2001, 408, 410.

133 So Lübben (Fn. 2), Rn. 122.

134 So Klingner, LKV 2011, 8, 12.

135 Grabherr, in: ders./Reidt/Wysk (Hrsg.), Luftverkehrsgesetz, Stand: August 2010, § 8 Rn. 21.

136 Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2008, § 75 Rn. 10; Kämper, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 1. Aufl. 2010, § 75 Rn. 5.

137 Vgl. auch Repkewitz, VerwArch 97 [2006], 503, 518.



### 2. Flugroutenplanung als Vorstufe der Planfeststellung

Auch handelt es sich bei der Flugroutenfestlegung nach § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO nicht um ein mit der Linienbestimmung im Fernstraßenrecht (§ 16 FStrG) vergleichbares Institut, das gleichsam als vorgelagerte Planungsstufe anzusehen wäre und damit die Flughafenplanung selbst vorsteuerte.<sup>138</sup> Vielmehr erfolgt die Flugroutenplanung *nach* der Zulassung des Flughafens, denn sie regelt nicht gleich einem Planungskorridor die Lage der Start- und Landebahnen, sondern errichtet sichere Luftwege für den zu erwartenden Verkehr. Ein Stufenverhältnis zwischen Flugrouten- und Flughafenplanung widerspräche dem Sinn und Zweck beider Planungsinstrumente, die unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen.

### 3. Grundsatz der Konfliktbewältigung

Schließlich kann auch über den planungsrechtlichen Grundsatz der Konfliktbewältigung eine Einbeziehung der Flugroutenfestlegung in die Planfeststellung nicht erreicht werden. Zwar wird in der Literatur angeführt, dass die Planfeststellungsbehörde schon bei ihrer Entscheidung über die Flugrouten gleichsam vorentscheide, da sich der aufzulösende Konflikt bereits aus der Planung der Flughafenanlage ergebe und die Planfeststellungsbehörde somit gehalten sei, ihn zu lösen.<sup>139</sup> Dabei wird jedoch offenbar übersehen, dass die Rechtsprechung vom Verbot des Konflikttransfers Ausnahmen anerkennt; jedenfalls wird die Flugroutenplanung an diesen nicht gemessen.<sup>140</sup> So stellt sich das BVerwG auf den Standpunkt, dass die Problembewältigung auch darin bestehen könne, dass die Planfeststellungsbehörde die endgültige Problemlösung auf ein nachfolgendes Verwaltungsverfahren verlagere, wenn hierdurch die Durchführung der erforderlichen Problemlösungsmaßnahmen sichergestellt ist.<sup>141</sup> Gleiches müsse gelten, wenn für die Problemlösung außerhalb von Planfeststellungsverfahren, ein spezialisiertes und verbindliches, auf gesetzlichen Regelungen beruhendes Verfahren existiere, dem die endgültige Problemlösung vorbehalten bleiben kann.<sup>142</sup> Vor diesem Hintergrund ist für das Verhältnis von Flughafen- und Flugroutenplanung zu fragen, ob die Flugroutenplanung als spezialisiertes und verbindliches, auf gesetzlichen Regelungen beruhendes Verfahren anzusehen ist, von dem die Planfeststellungsbehörde auch annehmen darf, dass es die durch die Flughafenplanung aufgeworfenen Konflikte hinsichtlich der An- und Abflugrouten zu lösen vermag. Um diese Frage beantworten zu können, muss die Praxis der Flughafenplanung kurz näher beleuchtet werden. Die Planfeststellungsbehörde blendet nämlich die durch die An- und Abflugverfahren bedingte Lärmbelastung bei ihrer Planung nicht aus, sondern prognostiziert das zu erwartende Verkehrsaufkommen und die daraus resultierenden Beeinträchtigungen anhand eines Betriebsmodells.<sup>143</sup> Eine vollständige Ausklammerung der aus der Flugroutenfestlegung entstehenden Konflikte würde im Rahmen der Planfeststellung in der Tat zu einem Planungs- und Konfliktbewältigungsdefizit und somit zu einer fehlerhaften Abwägungsentscheidung führen.<sup>144</sup> Natürlich handelt es sich bei dem Betriebsmodell um ein mit Unsicherheitsmomenten behaftetes Element der Prognose von Lärmauswirkungen,<sup>145</sup> aber immerhin dient es der Planfeststellungsbehörde dazu, die Wahrscheinlichkeit der Konfliktlösung in der nachfolgenden Flugroutenfestlegung abschätzen zu können. Das Betriebsmodell bindet das BAF nicht,<sup>146</sup> es ist von ihm aber sehr wohl als Abwägungsmaterial zu berücksichtigen.<sup>147</sup> Die Planfeststellungsbehörde erkennt also die Konflikte bei einer prognostischen Betrachtung anhand des Betriebsmodells, kann die Wahrscheinlichkeit ihrer Lösung einschätzen und anschließend die Problembewältigung dem BAF überlassen. Dabei stellt das Verfahren nach § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO ein spezialisiertes, verbindliches und auf gesetzlichen Regelungen basierendes Verfahren dar, das nachgerade dazu bestimmt ist, die durch die Flughafenplanung aufge-

worfenen Konflikte in einem zweiten Schritt zu lösen. Mag man auch die rudimentäre Verfahrensausgestaltung sowie die zurückhaltende gerichtliche Kontrolle beklagen, so kann doch kaum bezweifelt werden, dass der Gesetzgeber mit der getrennten Regelung der Flughafen- und der Flugroutenplanung ebendiesen Konflikttransfer gesetzlich einfordern wollte. Insbesondere dem Kriterium des spezialisierten nachfolgenden Verfahrens trägt die bestehende Verwaltungspraxis Rechnung. Der Konflikttransfer ist aufgrund des Sachverständnisses des BAF und der DFS auch zweckmäßig. Die Prämisse der „Konfliktbewältigungslösung“, dass die Planfeststellungsbehörde aufgrund des planungsrechtlichen Konfliktbewältigungsgrundsatzes gezwungen sei, über die An- und Abflugrouten zu entscheiden, ist somit angesichts des erlaubten und gesetzlich geforderten Konflikttransfers unhaltbar.

### 4. Zwischenergebnis

*De lege lata* kann die Flugroutenfestlegung also nicht in die luftverkehrsrechtliche Planfeststellung integriert werden, sodass Lösungen außerhalb des Planfeststellungsrechts gefunden werden müssen.

## II. Umfassende Abwägungskontrolle

Eine Verbesserung der Rechtsstellung der Lärmbetroffenen kann nur über ein Umdenken in der Rechtsprechung erfolgen. Mag man die Ablehnung von Beteiligungsrechten im Festlegungsverfahren noch als akzeptabel ansehen,<sup>148</sup> so überzeugt die Rücknahme der inhaltlichen Überprüfung der Abwägungsentscheidung nicht. Insbesondere die Großzügigkeit bei der Ermittlung des Abwägungsmaterials trieb in der Vergangenheit wunderliche Blüten. So soll es nach dem BVerwG kein Ermittlungsdefizit darstellen, dass das BAF die Höhe des zu überfliegenden Geländes schlechterdings übersehen hat und daher in der Lärmprognose 500 Meter Höhenunterschied unberücksichtigt blieben.<sup>149</sup> Auch darf sich das BAF auf Aktenvermerke des Bundesverkehrsministeriums als Entscheidungsgrundlage stützen, die die Einwendungen ausländischer Behörden als unzutreffend bezeichnen, ohne eigene Ermittlungen anstellen zu müssen.<sup>150</sup> Bei anderen staatlichen Planungen wären solche Vorgänge Paradebeispiele für die Annahme eines Ermittlungsdefizits. Auch die Zurücknahme der Kontrolle des Abwägungsvorgangs als solchen auf eine reine Willkürprüfung ist bedenklich. Das Kriterium der Willkür lässt sich an dieser Stelle dogmatisch nicht einordnen, da der eigentliche Anwendungsbereich des Willkürverbots – Art. 3 Abs. 1 GG – hier nicht eröffnet ist. Zu Recht betont daher *Czybulka*, dass die Nennung der Willkürlichkeit überflüssig ist, da sie ohnehin stets zur Verfassungswidrigkeit staatlichen Handelns führt.<sup>151</sup> Der Begriff der Willkürkontrolle ist in diesem Zusammenhang nicht mehr als eine euphemistische Umschreibung richterlicher Rechtsschutzverweigerung, spricht doch nichts dagegen, an die Flugroutenplanung die ge-

<sup>138</sup> So aber *Rausch-Gast*, (Fn. 78), S. 63, 71.

<sup>139</sup> *Czybulka* (Fn. 3), S. 9, 14; deutlicher *Repkewitz*, *VerwArch*, 97, [2006], 503, 518; *Rausch-Gast*, (Fn. 78), S. 63, 68 f.

<sup>140</sup> Auch nicht bei *Rausch-Gast*, (Fn. 78), S. 63, 68 f., obschon sie ihren Ansatz als „umfassend“ ausgibt.

<sup>141</sup> BVerwG, Urt. v. 22.11.2000, E 112, 221, 224 f.

<sup>142</sup> BVerwG, Urt. v. 26.05.2004, E 121, 57, 62 zum Verhältnis von Planfeststellung und Luftreinhalteplanung nach § 47 BImSchG.

<sup>143</sup> *Wysk*, ZLW 1998, 285, 291 f.; *Czybulka* (Fn. 3), S. 9, 15; *Pfaff/Heilshorn*, NVwZ 2004, 412, 414.

<sup>144</sup> *Pfaff/Heilshorn*, NVwZ 2004, 412, 414.

<sup>145</sup> So *Wysk*, ZLW, 1998, 285, 291 f.

<sup>146</sup> Krit. *Czybulka* (Fn. 3), S. 9, 15.

<sup>147</sup> *Pfaff/Heilshorn*, NVwZ 2004, 412, 414.

<sup>148</sup> *Sydow/Fiedler*, DVBl. 2006, 1420, 1426.

<sup>149</sup> BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 167 f.

<sup>150</sup> BVerwG, Beschl. v. 04.05.2005, E 123, 322, 334 f.

<sup>151</sup> *Czybulka*, ZUR 2001, 268, 271; *ders.* (Fn. 3), S. 9, 21.

wöhnlichen Maßstäbe der Abwägungskontrolle anzulegen. Angebliche sachliche Eigenarten<sup>152</sup> der Flugroutenfestlegung bzw. Sachgesetzlichkeiten<sup>153</sup> können für sich genommen eine derart geringe gerichtliche Prüfungsintensität nicht begründen. Schließlich kann von der Komplexität einer staatlichen Planung nicht die Überprüfbarkeit durch die Gerichte abhängen. In letzter Konsequenz bedeutete dieser Ansatz, dass je großflächiger und komplizierter die Planung ist, umso geringer die Erfolgsaussichten des Klägers ausfallen. Ein merkwürdiges Ergebnis, hängt doch die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen nicht von der Komplexität der Planung, sondern von der Intensität der zu besorgenden Beeinträchtigung ab.<sup>154</sup> Überdies geht die Annahme der Bundesrichter, dass eine „parzellenhafte Betrachtung“ der Lärmauswirkung nicht möglich sei, fehl: Moderne Navigationstechnologien – allen voran die Satellitennavigation (GPS) – ermöglichen dem Luftfahrzeugführer heute eine recht exakte Steuerung entlang der Ideallinie. Die Flugerwartungsgebiete nähern sich daher schmalen Toleranzbereichen an, sodass teilweise Flugrouten auf wenige hundert Meter gebündelt werden können.<sup>155</sup> Die Lärmbeeinträchtigung in diesen eng einzugrenzenden Bereichen kann demnach relativ detailliert prognostiziert und gemessen werden. Praktikabilitätserwägungen alleine können daher die Zurücknahme des Prüfungsmaßstabs ebenso wenig rechtfertigen wie die angeblichen Sachgesetzlichkeiten der Flugroutenplanung. Auch mit Blick auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG ist die bisherige Judikatur bedenklich. Die dargestellte Rechtsprechung des BVerwG zur Abwägungskontrolle überzeugt nicht und bedarf dringend einer Korrektur.<sup>156</sup>

Es ist somit augenfällig, dass bereits *de lege lata* eine Verbesserung der Rechtsstellung der Lärmbetroffenen erreicht werden könnte, wenn die Rechtsprechung ihre Überprüfung der Flugroutenfestlegungen an den für das rechtsstaatliche Abwägungsgebot geltenden Vorgaben ausrichten würde. Zu prüfen ist folglich gemäß dem „abwägungsrechtlichen Dreischritt“, ob eine sachgerechte Anwendung überhaupt stattgefunden hat, ob in die Abwägung an Belangen eingestellt wurde, was nach Lage der Dinge in sie einzustellen war, und ob die Bedeutung der betroffenen privaten Belange nicht verkannt und der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wurde, die im Verhältnis zu ihrer objektiven Wichtigkeit steht.<sup>157</sup> Nur wenn die Entscheidung über die Flugroute diesen Kriterien entspricht, kann sie vor den Gerichten Bestand haben. Eine Abwägungskontrolle nach „gewöhnlichen“ Maßstäben führte auch dazu, dass das BAF im Vorfeld der Entscheidung betroffene Anwohner und Gemeinden eher miteinbezöge, um das Risiko einer fehlerhaften Abwägung zu minimieren. Schließlich ist es, um ein Ermittlungsdefizit zu vermeiden, unumgänglich, vor Ort und je nach den Umständen des Einzelfalls auch im Dialog mit prospektive lärmbeeinträchtigten Bürgern und Gemeinden alle abwägungserheblichen Belange in Erfahrung zu bringen. Vorbildlich ist in dieser Hinsicht die „Bombodrom-Entscheidung“ des OVG Berlin-Brandenburg, in der auf die grundsätzliche Bedeutung einer Öffentlichkeitsbeteiligung für eine rechtmäßige Abwägung abgestellt wird.<sup>158</sup> Die materielle Abwägungskontrolle hätte somit eine wichtige verfahrensrechtliche Konsequenz, die über eine gewisse Öffentlich-

keitsbeteiligung auch zur Steigerung der Akzeptanz von Flugroutenentscheidungen beitragen würde. Indem die Gerichte die im Planungsrecht üblichen Maßstäbe an die Abwägungsentscheidung anlegen, könnten sie zugleich das Beteiligungs- wie auch das Rechtsschutzdefizit beheben und dazu beitragen, die Konflikte über Flugrouten zumindest in einem gewissen Maße einzudämmen. Dadurch würde auch das Vertrauen der Betroffenen in Justiz und Verwaltung gestärkt, das aufgrund der schieren Machtlosigkeit des einzelnen gegenüber den Entscheidungen des BAF in den vergangenen Jahren arg gelitten hat. In einem aktuelleren Beschluss<sup>159</sup> zur Flugroutenfestlegung lässt das BVerwG allerdings leider keinen Willen zum Umdenken erkennen.

## D. Fazit

Der derzeitigen Praxis der Flugroutenplanung werden nicht zu Unrecht Unzulänglichkeiten attestiert. Aufgrund der lückenhaften Verfahrensvorschriften, die keine Beteiligungsrechte der Betroffenen vorsehen, werden die Flugroutenfestlegungen oft als „planerische Überraschungsentscheidungen“<sup>160</sup> wahrgenommen. In der Tat ist es nicht leicht, ohne Anhörungs- und Einwendungsmöglichkeiten bei der Bevölkerung Akzeptanz für die Routenentscheidung zu schaffen. Die Einbeziehung der Flugroutenplanung in die Planfeststellung mit dem Ziel, diese Defizite zu beseitigen, ist nach dem geltenden Recht nicht möglich. Dagegen zeigt sich, dass die zurückhaltende Kontrolle der Abwägungsentscheidung des BAF durch die Rechtsprechung der Wirklichkeit der Flugroutenfestlegung nicht gerecht wird. Durch eine Intensivierung der Abwägungskontrolle, wären die zuständigen Stellen gehalten, in einem gewissen Maß den Dialog mit den Betroffenen zu suchen, sodass festgelegte Flugroute sich nicht mehr als Entscheidung am grünen Tisch darstellt. Schon das Gebot des effektiven Rechtsschutzes verlangt von den Gerichten, sich nicht hinter vorgebliche Sachgesetzlichkeiten zurückzuziehen. Ein Umdenken in der Rechtsprechung würde dazu beitragen, derart erbittert ausgetragene Konflikte um Flugrouten, wie sie zur Zeit rund um den neuen Flughafen Berlin Brandenburg wieder fröhliche Urständ feiern, zu befrieden und eine größere Akzeptanz für die wichtigen Infrastruktureinrichtungen des Luftverkehrs zu schaffen. Möglicherweise bietet gerade dieser aktuelle Konflikt, der mit hoher Wahrscheinlichkeit die Gerichte noch längere Zeit beschäftigen wird, die Gelegenheit zu einer Anpassung der richterlichen Maßstäbe an die Abwägungskontrolle bei Flugroutenentscheidungen.

152 BVerwG, Urt. v. 28.06.2000, E 111, 276, 283.

153 BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, E 121, 152, 166.

154 Vgl. *Czybulka*, ZUR 2001, 268, 270, nach dem das Verhältnis von Komplexität und Ermittlungstiefe sich genau umgekehrt darstellt.

155 Zum Ganzen und m. w. N. *Pfaff/Heilshorn*, NVwZ 2004, 412, 413 f.

156 Im Ergebnis auch *Pfaff/Heilshorn*, NVwZ 2004, 412, 417; *Sydow/Fiedler*, DVBl. 2006, 1420, 1426.

157 St. Rspr. seit BVerwG, Urt. v. 12.12.1969, E 34, 301, 309.

158 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.03.2009 – Az. 2 B 9.08 zit. nach juris. Vgl. zu einer Übertragung dieser Grundsätze auf das Flugroutenverfahren BBI *Klinger*, LKV 2011, 8, 9 f.

159 BVerwG, Beschl. v. 05.10.2009 – Az. 4 B 8/09 zit. nach juris.

160 *Czybulka* (Fn. 3), S. 9, 15.