

**Zum Rechtsschutz der Gemeinden gegen
Flugroutenfestlegungen –
Besprechung des Beschlusses
des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes
vom 18.04.2001 – 2 Q 1064/01**

von

Johannes Bohl

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Würzburg

Johannes Bohl * **
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Christine Martin * **
Rechtsanwältin

Ulrich Oppelt
Rechtsanwalt

Jutta Kronewald M.A.
Rechtsanwältin

Franz-Ludwig-Straße 9
97072 Würzburg

Telefon: (09 31) 7 96 45-0
Telefax: (09 31) 7 96 45-50

E-Mail: info@bohl-martin.de
Internet: www.bohl-martin.de

* auch zugelassen beim
OLG Bamberg und BayObLG München

** zugelassene Gütestelle nach dem Bayer. Schlichtungsgesetz

Der Beschluß des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes vom 18.04.2001 – 2 Q 1064/01 – dürfte die erste Fachgerichtsentscheidung zu einer Verordnung zur Festsetzung von Flugrouten für den zivilen Luftverkehr am Flughafen Frankfurt a.M. sein. Im konkreten Fall war Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung die 13. Änderungsverordnung zur 177. Durchführungsverordnung zur Luftverkehrs-Ordnung, welche sich auf § 27 a Abs. 2 LuftVO stützt. Mehrere im nordwestlichen Anflugbereich des Flughafens Frankfurt a.M. gelegene Taunusgemeinden hatten im Wege eines Eilantrags nach § 123 VwGO versucht, die Einrichtung neuer Flugrouten über ihr Gemeindegebiet zumindest vorläufig zu verhindern. Diese Taunusgemeinden sehen sich durch die neuen Flugrouten erheblichen zusätzlichen Lärmbelastungen ausgesetzt, wobei die Besonderheit darin liegt, daß wegen der Höhenlage des Taunus die startenden Flugzeuge vom Flughafen Frankfurt a. M. in diesem Bereich erst eine Flughöhe von ungefähr 1500 m über N.N., d.h. ca. 800 m über den Gemeinden erreicht haben. Die Gemeinden beriefen sich im übrigen sämtlichst auf vorhandene Flächennutzungsplanungen mit der Darstellung von Wohnbauflächen, die wegen des zu erwartenden zusätzlichen Fluglärms der beabsichtigten Wohnbebauung planerisch nicht mehr zur Verfügung stünden.

Durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde mit Beschluß der 1. Kammer des 1. Senats vom 02.04.1997 – 1 BvR 446/96 (= NVwZ 1998, 169) – eine grundlegende Wende im Rechtsschutz erzwungen. Bis dahin war gegen Bundesverordnungen, denen eine unmittelbare, keines weiteren Vollzugsaktes erfordernde Wirkung zukam (sog. self executing-Verordnungen) kein verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegeben. Deshalb konnten solche Verordnungen des Bundes nur mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden. Das Bundesverfassungsgericht sah sich hier in die Rolle eines Tatsachen- und Fachgerichts gedrängt und hat deshalb insbesondere auch im Hinblick auf den Charakter der Planungs- und Einzelfallentscheidung der Flugroutenverordnungen nach § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO den Verwaltungsgerichten zur fachrichterlichen Überprüfung zugewiesen. Der in der Literatur bis dahin nur vereinzelt vertretende Vorschlag, gegen Bundesverordnungen als verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz die Feststellungsklage nach § 43 VwGO zuzulassen, ist nunmehr aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – zumindest für die Flugroutenverordnungen nach § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO – anerkannt. Dies wurde durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.06.2000 – 11 C 13/99 (= NJW 2000, 3584) – für die Klage eines lärm betroffenen Grundstückseigentümers gegen eine Flugroutenverordnung nach § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO zum Flughafen Köln/Bonn dann auch bestätigt. Da wegen Art. 19 Abs. 4 GG prinzipiell auch Eilrechtsschutz parallel zu Hauptsacheklagen vor den Verwaltungsgerichten zur Verfügung stehen muß, war es letztlich nur eine Frage der Zeit, bis auch An-

tragsteller im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO versuchen, zumindest vorläufig die Einführung und Umsetzung neuer Flugrouten, von denen sie zusätzliche Lärmimmissionsbelastungen befürchten, zu verhindern.

Der Beschluß des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 18.04.2001 wirft in diesem Zusammenhang eine Reihe grundsätzlicher Fragen auf, die einer kritischen Würdigung zu unterziehen sind:

1. Maßstab des eilgerichtlichen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof sieht in der begehrten einstweiligen Anordnung auf vorläufige Nichtanwendung der Flugroutenverordnung einen Fall der Vorwegnahme der Hauptsache. Die Taunusgemeinden haben vor dem Hess. Verwaltungsgerichtshof zugleich Feststellungsklagen nach § 43 VwGO gegen die Flugroutenverordnungen anhängig gemacht. Mit diesem Argument will das Gericht den von ihm herangezogenen besonders strengen Prüfungsmaßstab an die Eilentscheidung rechtfertigen. Dabei verkennt das Gericht, daß nach seinen Maßstäben letztlich nahezu jeder einstweiliger Rechtsschutz auf eine Vorwegnahme der Hauptsache hinausläufe. Auch in den gesetzlich nach § 80 Abs. 1 VwGO angeordneten Normalfällen der aufschiebenden Wirkung eines Anfechtungsrechtsbehelfs findet nämlich insofern eine Vorwegnahme der Hauptsache statt, daß jedenfalls für den Übergangszeitraum bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Anfechtungswiderspruch bzw. die Anfechtungsklage der existente und wirksame Bescheid in seiner Vollziehung suspendiert ist. Es ist gerade Wesen des einstweiligen Rechtsschutzes, daß für eine Übergangszeit bis zur Rechtskraft in der Hauptsacheentscheidung eine Veränderung des Rechts in der Regel nicht stattfinden soll. Von daher ist die Annahme des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs über eine zumindest vorübergehende Vorwegnahme der Hauptsache abzulehnen. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof verkennt insoweit, daß gerade aus dem Charakter der vorübergehenden Eilentscheidung das Argument folgt, daß eine Hauptsache nicht vorweggenommen wird. Eine Vorwegnahme der Hauptsache liegt nämlich grundsätzlich nur dann vor, wenn endgültig bereits über ein Recht in der einen oder anderen Richtung entschieden wird.

Eine andere Frage ist, welcher Maßstab an den Eilrechtsschutz zu stellen ist. Diese Frage ist wegen unvollkommener Normierung in der Verwaltungsgerichtsordnung offen. Letztlich sind wohl zwei Ansätze denkbar, zwischen denen man sich alternativ entscheiden muß.

a) Vorrang der Form

Will man dem formellen Ansatz folgen, dann ist Ausgangspunkt die Eigenschaft als (Bundes-)Verordnung. Bislang war nach herrschender Meinung hiergegen Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten gar nicht möglich, sondern nur die Verfassungsbeschwerde und der Eilantrag nach § 23 BVerfGG. Die Rechtsprechung des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts hat – wegen des materiellen Einzelfallgehalts – erzwungen, daß im Wege der Feststellungsklage nach § 43 VwGO Flugroutenverordnungen nach § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO vor den Verwaltungsgerichten justitiabel sind. Damit ist auch Eilrechtsschutz auf vorläufige Nichtanwendbarkeit der Verordnung nach § 123 VwGO der Form nach eröffnet. Diese Hilfskonstruktion überwindet nur die Lücke der VwGO, die eine Normenkontrolle nach § 47 VwGO gegen Bundesverordnungen nicht kennt. Die Normenkontrolle, die der Sache nach hier stattfindet, rechtfertigt dann, als Maßstab für die Eilentscheidung § 47 Abs. 6 VwGO heranzuziehen.

Damit hätte der Hessische Verwaltungsgerichtshof mit seinem an § 47 Abs. 6 VwGO angelehnten Bewertungsmaßstab recht.

b) Vorrang des konkret-individuellen Regelungsgehalts

Aber: Die These, den Rechtsschutz an der formellen Einstufung der Norm (hier: Verordnung) auszurichten, ist wohl falsch. Wie bereits geschildert, ist der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts der Auffassung, daß Flurroutenverordnungen nach § 27 Abs. 2 Satz 1 LuftVO als konkrete individuelle Rechtsakte im Kleid einer Verordnung der verwaltungsrechtlichen Prüfung zugänglich sein müssen. Die Festlegung von Flugrouten gleicht dem Bau (und der Widmung) von Straßen. Diese werden planfestgestellt. Der Planfeststellungsbeschluß ist nach hiesiger Meinung Verwaltungsakt in Form der Allgemeinverfügung nach § 35 Satz 2 VwVfG und zugleich Fachplan; er ist keine abstrakt generelle Norm gleich einer Verordnung oder Satzung.

Dann ist der Rechtsschutz nach § 43 VwGO und der Eilrechtsschutz nach § 123 VwGO nicht nur Verlegenheitslösung, sondern auch sachlich richtig. Für den Maßstab des § 47 Abs. 6 VwGO ist dann kein Raum.

Meines Erachtens hat deshalb der Hessische Verwaltungsgerichtshof unrecht, wenn er den Entscheidungsmaßstab des § 47 Abs. 6 VwGO auf § 123 VwGO überträgt.

2. Verneinung einer abwehrfähigen Rechtsposition aus dem Eigentum

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof sprach den Taunusgemeinden hinsichtlich der Beeinträchtigung von Grundstücken im gemeindlichen Eigentum eine rechtsschutzfähige Rechtsposition schon mit dem Argument ab, Gemeinden stehe das Recht aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht zu. Dies entspricht zwar der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 61, 82 [108 f.]), verkennt aber, daß den Gemeinden ebenso unstreitig zumindest auf einfachgesetzlicher Grundlage ein Abwehranspruch aus ihrem Eigentum zusteht. Dieser einfachgesetzliche Abwehranspruch steht demjenigen eines Privaten letztlich nicht nach. Die Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs ist deshalb zumindest in diesem Punkt lückenhaft.

3. Abwehrrechte der Gemeinden

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof verneint im übrigen auch andere denkbare öffentlich-rechtliche Abwehransprüche der Gemeinden. Den Rechtsansichten des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs ist dabei im konkreten Fall zumindest im Ergebnis zu folgen. Im Verfahren nach § 123 VwGO ist der Anordnungsausspruch glaubhaft zu machen. Anordnungsanspruch ist der Rechtsanspruch, auf Abwehr bzw. Unterlassung einer Rechtsverletzung. Den Gemeinden gelang es nicht, schlüssig darzulegen, daß subjektiv-öffentliche Abwehrrechte verletzt werden.

a) Planungshoheit Art. 28 Abs. 2 GG

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird durch Fachplanungsentscheidungen die Planungshoheit der Gemeinde erst dann rechtlich (im Sinne einer Klagebefugnis!) verletzt, wenn hinreichend konkrete Planungsabsichten beeinträchtigt oder vereitelt werden. Es wären also konkret die Planungen zu benennen, die beeinträchtigt werden. Diese müssen in einem fortgeschrittenen Planungsstadium stehen, dürfen aber auch noch nicht vollzogen sein. Bei vollzogenen Planungen steht der Rechtsschutz nämlich grundsätzlich nur noch den Grundstückseigentümern und –nutzern zu. Weiterhin ist auch die Beeinträchtigung darzulegen, d. h. es muß exakt nachgewiesen werden, daß mit der Fachplanung die beabsichtigte Planung nicht mehr ungehindert möglich, ohne die Fachplanung aber verwirklicht werden könnte. Bei befürchteten Lärmbeeinträchtigungen ist dafür ein prognostisches Lärmgutachten für die Glaubhaftmachung eines Anordnungsan-

spruchs unumgänglich. Angesichts der kurzen Zeit zwischen Veröffentlichung der Planung am 07.02.2001 und Beginn der Geltung der neuen Flugrouten am 19.04.2001 konnten die Taunusgemeinden ein solches aber nicht vorlegen.

Fehlt es an hinreichend konkreten Planungsabsichten, kann die Gemeinde nur Rechtsschutz erlangen, wenn sie nachweisen kann, daß sie ihrer Planungsmöglichkeiten gänzlich beraubt wird, der verbleibende Planungsspielraum also nicht mehr genügend im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG wäre. Bei Flächengemeinden dürfte dies derzeit unmöglich sein.

Insoweit wird das Hauptsacheverfahren noch zu interessanten Fragen führen, wenn es den Taunusgemeinden gelingen sollte, eine planungsvereitelnde Lärmbelästigung durch ein lärmtechnisches Fachgutachten zu belegen. In der besonderen örtlichen Lage der Taunusgemeinden ist dies zu erwarten. Solange aber ein solches prognostisches Lärmgutachten fehlt, ist der Antrag mangels glaubhaft gemachten Anordnungsanspruchs von Anfang an unzulässig wegen fehlender Substantiierung.

b) § 7 Satz 1 BauGB

Die Taunusgemeinden hatten sich auch auf eine Verletzung des § 7 Satz 1 BauGB berufen. Die Vorschrift betrifft öffentliche Planungsträger und will die Konkurrenz verschiedener Planungsträger um das selbe Planungsobjekt regeln. Planungsobjekt des Flächennutzungsplanes ist das Gemeindegebiet im Sinne der Bodenordnung. Planungsobjekt der Flugroutenverordnung ist der Luftraum in den für den zivilen Fluglinienverkehr vorgesehenen Höhen. Einziges Bindeglied zwischen diesen beiden verschiedenen Planungsobjekten ist die Tatsache, daß die Flugbewegungen über Lärmimmissionen auf das Planungsobjekt Boden einwirken. Das ist aber kein Fall des § 7 BauGB. Zweifel hieran gibt es meines Erachtens nicht. Der Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs ist deshalb insoweit zuzustimmen.

Gleichwohl offenbart sich hier eine Rechtslücke im Baugesetzbuch. Die Auswirkungen der Flugroutenverordnung auf die Bauleitplanung der betroffenen Gemeinden steht grundsätzlich einer Fachplanung z.B. im Wege einer fernstraßenrechtlichen Planfeststellung nicht nach. Hier ist der Gesetzgeber zu einer Nachbesserung des § 7 BauGB aufgefordert, weil ansonsten absehbar Gemeinden unter Berufung auf Art. 28 Abs. 2 GG Flugrouten kippen können, wenn diese unter bauplanerisch beeinträchtigender Wirkung ohne Berücksichtigung der gemeindlichen Planungsinteressen festgesetzt werden.

c) Verfahrensteilhabe aus Art. 28 Abs. 2 GG

Der Hessische Verwaltungsgerichtshof verneint einen Verfahrensfehler durch Nichtanhörung der Gemeinden, weil diese durch eine Informationsveranstaltung der Deutschen Flugsicherung GmbH (DFS) vorab Kenntnis von der Änderung der Flugrouten und damit Gelegenheit zur Stellungnahme hatten. Diese Schlußfolgerungen sind abzulehnen. Wie die Rechtsentwicklung des § 38 BauGB zeigt, steht den Gemeinden ein Recht auf Anhörung und auf Abwägung der gemeindlichen Planungsbelange und –absichten zu. Von daher ist ein Rechtsfehler in der Abwägung nicht schon dann ausgeschlossen, wenn die Gemeinden vorab von den Planungen Kenntnis hatten. Für eine erfolgreiche Hauptsachenklage ist es aber nach m.E. analog § 75 Abs. 1 a VwVfG erforderlich vorzutragen, daß bei fehlerfreier Abwägung die konkrete Möglichkeit besteht, daß ohne den Mangel an Planungsvorgang die Planung anders ausgefallen wäre (vgl. auch § 215 Abs. 3 Satz 2 BauGB, BVerwGE 64, 33/39). Insoweit mag die Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs im Ergebnis, nicht aber in der rechtlichen Begründung zutreffend sein.

Fazit: Die Hürden für Gemeinden, sich im Wege eines Eilantrags nach § 123 VwGO gegen die Einrichtung oder Änderung von An- und Abflugrouten zu Verkehrsflughäfen zur Wehr zu setzen, sind enorm. Dieser Rechtsschutz ist bei den Beteiligten noch nicht eingeübt. Die anzulegenden Entscheidungsmaßstäbe sind unklar. Es wird dann nur noch eine Frage der Zeit sein, bis das Bundesverfassungsgericht über die Maßstäbe des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Flugroutenverordnungen entscheiden muß.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, daß eine Rechtsverordnung auf dem Prüfstand steht. Fehler (auch formelle Fehler) führen zur Rechtswidrigkeit der Norm. Eine Heilung von formellen wie materiellen Fehlern kommt nur in Betracht, wenn entsprechende Heilungsvorschriften bestehen. Die zu § 28 Abs. 1 VwVfG entwickelten Grundsätze, daß eine unterlassene Anhörung durch die spätere Möglichkeit der Stellungnahme geheilt werden kann, sind nicht anzuwenden, denn § 28 Abs. 1 VwVfG gilt nur in Verwaltungsverfahren nach § 9 VwVfG, nicht aber im Verfahren auf Erlass einer Rechtsverordnung. Heilungsvorschriften wie z.B. § 214 und § 215 BauGB bestehen ebenfalls nicht, so daß damit im Ergebnis bei einer festgestellten Rechtswidrigkeit letztlich nur die Folge der Nichtigkeit der entsprechenden Rechtsverordnung konsequent wäre.

BOHL & MARTIN
Rechtsanwälte

Bohl
Fachanwalt für Verwaltungsrecht