



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 4 C 3.13
OVG 11 A 3.13

Verkündet
am 26. Juni 2014
Schmidt
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 2014
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Rubel
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Gatz, Petz, Dr. Decker und
Dr. Külpmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 23. Januar 2013 aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Kläger wenden sich gegen die Festlegung von Abflugverfahren.

- 2 Gegenstand der Klagen sind die Abflugverfahren GERGA 1 A, TUVAK 1 A und DEXUG 1 A, die das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) der Beklagten in der 247. Durchführungsverordnung zur Luftverkehrs-Ordnung (Festlegung von Flugverfahren für An- und Abflüge nach Instrumentenflugregeln zum und vom Flughafen Berlin Brandenburg) vom 10. Februar 2012 (BAnz S. 1086) in der derzeit gültigen Fassung der 3. Änderungsverordnung vom 23. Oktober 2013 (BAnz AT 23.10.2013 V1) festgesetzt hat. Die Verfahren führen in ihrem gemeinsamen Verlauf zwischen den Streckenpunkten DB 241 und DB 243 östlich an dem Gelände des Helmholtz-Zentrums Berlin in Berlin Wannsee vorbei, auf dem sich der Forschungsreaktor BER II (Berliner-Experimentier-Reaktor II), eine Lagerhalle für Brennelemente sowie die Landessammelstelle für klein- und mittelradioaktive Abfälle befinden. Der seitliche Abstand zwischen den Abflugstrecken und dem Reaktorgebäude beträgt etwa 3 km. Über eine spezielle Schutzhülle oder Betonabschirmung gegen den Absturz von Flugzeugen, Hubschraubern oder deren massiveren Teilen verfügen die Anlagen des Helmholtz-Zentrums nicht.
- 3 Die Kläger zu 1 bis 6 sind Eigentümer selbst genutzter Hausgrundstücke in einer Entfernung zwischen 0,485 bis 5,4 km zum Helmholtz-Zentrum. Die minderjährige Klägerin zu 7 wohnt mit ihren Eltern in unmittelbarer Nähe des Helmholtz-Zentrums.
- 4 Das Oberverwaltungsgericht hat festgestellt, dass die 247. Durchführungsverordnung zur Luftverkehrs-Ordnung in der damals gültigen Fassung der 2. Änderungsverordnung rechtswidrig ist und die Kläger in ihren Rechten verletzt, soweit bei der Benutzung der Startbahn 25 R Abflugverfahren über den Streckenpunkt DB 243 für die Streckenführungen GERGA 1 A, TUVAK 1 A und DEXUG 1 A festgelegt sind. Zur Begründung hat es darauf abgestellt, dass die Entscheidung des BAF abwägungsfehlerhaft sei. Die Behörde habe nicht dargelegt, wie hoch sie das Risiko eingeschätzt habe, dass ein Flugzeug oder Teile davon als Folge eines Unfalls das Reaktorgebäude oder störanfällige benachbarte Flächen trafen. Aus dem Ermittlungsdefizit folge als Abwägungsmangel, dass die Störfallrisiken weder bemessen noch gewichtet worden seien.

Es fehle die Prüfung, ob durch den Verlauf der umstrittenen Flugrouten der Bereich des tolerablen Restrisikos verlassen und bereits eine Gefahrenlage eingetreten sein könnte. Das BAF habe ferner nicht ermittelt, ob und inwieweit die Flugrouten die Wahrscheinlichkeit von gezielten Angriffen auf den Forschungsreaktor BER II und die benachbarten Lagerhallen erhöhten. Es hätte aufklären müssen, ob der vorgesehene seitliche Sicherheitsabstand ausreichend bemessen sei, um im Falle eines terroristischen Angriffs aus der Luft eine bestmögliche Gefahrenabwehr und Risikovorsorge zu gewährleisten.

- 5 Mit ihrer vom Oberverwaltungsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klagen. Die Kläger verteidigen das angefochtene Urteil.

II

- 6 Die Revision ist mit dem Ergebnis der Zurückverweisung der Revision an das Oberverwaltungsgericht begründet.
- 7 1. Das vorinstanzliche Urteil beruht auf der Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO).
- 8 Im Ausgangspunkt zutreffend und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteile vom 28. Juni 2000 - BVerwG 11 C 13.99 - BVerwGE 111, 276 <281>, vom 26. November 2003 - BVerwG 9 C 6.02 - BVerwGE 119, 245 <255 f.> und vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - BVerwGE 121, 152 <157>; Beschluss vom 4. Mai 2005 - BVerwG 4 C 6.04 - BVerwGE 123, 322 <330>) hat das Oberverwaltungsgericht angenommen, dass es sich bei der Festlegung von Flugverfahren in einer Verordnung auf der Grundlage des § 27a Abs. 2 LuftVO um eine staatliche Planungsaufgabe handelt, bei der die in der räumlichen Umgebung des Flughafens auftretenden Probleme und Interessenkonflikte bewältigt werden müssen, und das BAF deshalb eine Abwägungsentscheidung zu treffen hat. In welchem Umfang die Behörde einer Abwägungspflicht unterliegt, richtet sich nach den gesetzlichen

Vorgaben und im Übrigen nach dem rechtsstaatlich für jede Abwägung unabdingbar Gebotenen (Urteil vom 24. Juni 2004 a.a.O. S. 157 f.).

- 9 Äußere Grenzen können der Abwägung durch Entscheidungen gesetzt sein, die die zuständige Behörde in der Planfeststellung oder der luftverkehrsrechtlichen Genehmigung des Flughafens getroffen hat. Sie ergeben sich ferner aus § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG.

- 10 a) In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass das BAF bei seiner Abwägung die von der zuständigen Behörde in der Planfeststellung und der luftverkehrsrechtlichen Genehmigung des Flughafens getroffenen Entscheidungen zu beachten hat (Beschluss vom 4. Mai 2005 a.a.O. S. 330 f.). Zwar kann die Benutzung des Luftraums im Planfeststellungsverfahren nicht geregelt werden (Urteil vom 13. Oktober 2011 - BVerwG 4 A 4001.10 - BVerwGE 141, 1 Rn. 147). Das Planfeststellungsverfahren für die Anlegung oder den Ausbau eines Flughafens und das Verfahren zur Festlegung der Flugverfahren stehen jedoch nicht beziehungslos nebeneinander. Ist nach dem planerischen Konzept Grundlage für die Zulassung des Flughafens an dem gewählten Standort und mit der festgelegten Bahnkonfiguration beispielsweise, dass bestimmte, besonders schutzwürdige Gebiete von Verlärmung verschont bleiben, kann die Planfeststellungsbehörde dies mit bindender Wirkung für die spätere Festlegung von Flugverfahren feststellen (Urteil vom 31. Juli 2012 - BVerwG 4 A 5000.10 u.a. - BVerwGE 144, 1 Rn. 51). Auch der Schutz bestimmter Anlagen vor Flugzeugabstürzen kann zu den tragenden Erwägungen des Planfeststellungsbeschlusses gehören, zu denen sich das BAF bei der nachfolgenden Anordnung von Flugverfahren nicht in Widerspruch setzen darf.

- 11 Der Senat geht nach dem Inhalt des erstinstanzlichen Urteils davon aus, dass weder der Planfeststellungsbeschluss für den Ausbau des Flughafens Berlin Brandenburg vom 13. August 2004 noch der Planergänzungsbeschluss vom 20. Oktober 2009 der Festlegung der strittigen Flugverfahren entgegensteht. Denn nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts ist der Forschungsreaktor BER II in der Studie „M 21 Flugsicherheitsgutachten für den Ausbau des Flughafens Schönefeld“, die im Planfeststellungsverfahren einge-

holt worden ist, nicht in den Blick genommen worden (UA S. 19). In anderem Zusammenhang hat auch der Senat angenommen, dass das Risiko einer Gefährdung des Forschungsreaktors BER II bei der Planfeststellung nicht in die Abwägung hätte einbezogen werden müssen, weil die Lage des Flughafens für das Risiko eines Flugzeugabsturzes unabhängig von den Flugrouten keinen Zwangspunkt bilde und zum Schutz des Reaktors - soweit erforderlich - Flugbeschränkungen vorgesehen werden könnten (Urteil vom 31. Juli 2012 a.a.O. Rn. 90).

- 12 b) Eine Planungsschranke, die im Wege der Abwägung nicht überwindbar ist, wird durch § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG errichtet. Danach ist die Abwehr von betriebsbedingten Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs sowie für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch die Luftfahrt Aufgabe der Luftfahrtbehörden und der Flugsicherungsorganisation. Obwohl die Vorschrift die Voraussetzungen für luftfahrtbehördliche Einzelfallregelungen nach Art einer ordnungsrechtlichen Generalklausel bestimmt, hat sie auch Einfluss auf die Abwägung bei der Festlegung von Flugverfahren (Urteil vom 24. Juni 2004 a.a.O. S. 159). Eine Grenze, die nicht überschritten werden darf, setzt sie dem Abwägungsspielraum deshalb, weil es widersprüchlich wäre, wenn das BAF zur Festlegung von Flugverfahren ermächtigt wäre, deren Befolgung Anlass zu aufsichtsbehördlichem Einschreiten nach § 29 Abs. 1 Satz 2 LuftVG sein könnte. Sollte das Oberverwaltungsgericht § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG demgegenüber als Vorschrift angesehen haben, die Bestandteil des Abwägungsprogramms ist, wäre ihm ein Bundesrechtsverstoß unterlaufen.
- 13 Schutzgut des § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG ist, soweit es vorliegend darauf ankommt, die öffentliche Sicherheit. Sie umfasst die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, die Unversehrtheit der subjektiven Rechte und Rechtsgüter des Einzelnen sowie Bestand und Funktionieren der Einrichtungen des Staates oder sonstiger Träger der Hoheitsgewalt. Eine Gefahr liegt vor, wenn zu erwarten ist, dass ein Zustand oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für das Schutzgut führt. Betriebsbedingt ist eine Gefahr, wenn sie im Zusammenhang mit den betriebstechnischen Abläufen des Luftverkehrs steht.

- 14 aa) Hiernach steht fest, dass § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG die Festlegung von Flugverfahren nicht verbietet, wenn ihre Nutzung mit Gefahren für die öffentliche Sicherheit durch terroristische Anschläge aus der Luft verbunden ist. Diese Gefahren sind nicht betriebsbedingt. § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG bezweckt nicht die Abwehr äußerer, durch Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs verursachter Gefahren nach dem Luftsicherheitsgesetz (BTDrucks 15/2361 S. 23 zu Nr. 7). Zu solchen Angriffen gehören insbesondere Flugzeugentführungen, Sabotageakte und terroristische Anschläge (vgl. § 1 LuftSiG). § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG errichtet damit keine Planungsschranke gegenüber Gefahren, die nicht betriebsbedingt sind. Gefahren durch terroristische Angriffe aus der Luft sind aber - ebenso wie entsprechende Risiken - in der Abwägung beachtlich.
- 15 bb) Soweit es um die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit durch unfallbedingte, auf technisches oder menschliches Versagen zurückzuführende Abstürze von Flugzeugen geht, ist § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG wegen der Betriebsbezogenheit der Gefahren einschlägig.
- 16 Ein Absturz von Flugzeugen auf das Gelände des Helmholtz-Zentrums wäre mit einer Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit verbunden, weil nach den Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts durch die Freisetzung ionisierender Strahlung mit besonders nachhaltigen Folgewirkungen für hochrangige Rechtsgüter wie Leben und Gesundheit der Bevölkerung zu rechnen ist (UA S. 19). Nicht ermittelt hat das Oberverwaltungsgericht, ob die öffentliche Sicherheit durch die Festlegung der Flugverfahren gefährdet wird. Vielmehr hat es dem BAF vorgehalten, nicht geprüft zu haben, „ob durch den Verlauf der angegriffenen Flugroute in Bezug auf den Forschungsreaktor BER II und die benachbarten sensiblen Anlagen der Bereich des tolerablen Restrisikos verlassen und bereits eine Gefahrenlage eingetreten sein könnte“ (UA S. 20). Jedenfalls darin liegt ein Bundesrechtsverstoß. Bei der Befolgung von Regeln, die der Abwägung nicht zugänglich sind, geht es nicht um Planung, sondern um schlichte Rechtsanwendung durch Subsumtion eines Sachverhalts unter die vorgegebenen Rechtsbegriffe (vgl. Erbguth, Öffentliches Baurecht, 5. Aufl. 2009, S. 144 Rn. 115). Deshalb obliegt die Kontrolle, ob eine Abwägungsentscheidung mit

zwingendem Recht vereinbar ist, den Gerichten. Ob die festgelegten Flugverfahren die von § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG errichtete Planungsschranke überschreiten, kann der Senat mangels ausreichender tatrichterlicher Feststellungen nicht beurteilen. Da das Urteil, wie noch darzulegen sein wird, auch nicht aus anderen Gründen richtig ist, ist die Sache zur weiteren Klärung des Sachverhalts an das Oberverwaltungsgericht zurückzuverweisen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwGO).

- 17 Das Oberverwaltungsgericht wird sich für die erneute Entscheidung von seinem Standpunkt lösen müssen, dass eine Gefahrenlage besteht, wenn der Bereich des tolerablen Restrisikos verlassen ist. Die Vorinstanz ist sich bewusst, dass es neben den Kategorien der Gefahr und des Restrisikos die Kategorie des Risikos gibt; denn sie sieht das BAF im Anwendungsbereich des § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG zur „bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge“ verpflichtet (UA S. 21). Zu Unrecht hat sie jedoch - oberhalb der Schwelle des Restrisikos und unterhalb der Schwelle der Gefahr angesiedelte - Risiken in den Gefahrenbegriff des § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG einbezogen. Gefahren und Risiken unterscheiden sich strukturell und nicht lediglich graduell (entgegen VGH Kassel, Urteil vom 24. Oktober 2006 - 12 A 2216/05 - NVwZ 2007, 597 <603>). Das Risiko ist als Vorstufe der Gefahr ein Aliud (Kahl, DVBI 2003, 1105 <1108>).
- 18 Die Gleichsetzung von Gefahren und Risiken ist nicht deshalb gerechtfertigt, weil es vorliegend um den Grad der Wahrscheinlichkeit der Havarie nuklearer Anlagen als Folge eines Flugzeugabsturzes und die Schwere eines möglichen Schadens geht. Zwar legt das Atomgesetz die zuständigen Genehmigungsbehörden normativ (z.B. in § 7 Abs. 2 AtG) auf den Grundsatz der bestmöglichen Gefahrenabwehr und Risikovorsorge fest (BVerfG, Beschluss vom 20. Dezember 1979 - 1 BvR 385/77 - BVerfGE 53, 30 <58 f.>). Es nimmt aber nicht das BAF in die Pflicht. § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG, den das BAF zu beachten hat, beschränkt sich auf das Gebot zur Gefahrenabwehr im Sinne des allgemeinen Polizeirechts (VGH Mannheim, Urteil vom 15. Juni 1982 - 10 S 428/80 - DVBI 1983, 41; Wöckel, Schriften zum öffentlichen Recht, Band 1249, Festlegung von Flugverfahren, 2013, S. 103). Es überschreitet den Rahmen der Norm,

wenn das Oberverwaltungsgericht sie unter Rückgriff auf das Atomrecht um das Gebot zur Risikovorsorge anreichert.

- 19 Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, der das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit schützt, verlangt nicht, dass § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG das BAF auch zur Risikovorsorge verpflichtet. Es trifft nicht zu, dass aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zwischen dem Atomrecht und dem Luftverkehrsrecht differenziert werden darf. Entgegen der Ansicht der Kläger überformt die grundrechtliche Schutzpflicht für Leben und Gesundheit nicht das gesamte Gesetzesrecht.
- 20 Bei der Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten kommt dem Gesetzgeber grundsätzlich ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (Urteil vom 4. April 2012 - BVerwG 4 C 8.09 u.a. - BVerwGE 142, 234 Rn. 149). Eine Verletzung von Schutzpflichten kann nur festgestellt werden, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurück bleiben (BVerfG, Beschlüsse vom 15. Oktober 2009 - 1 BvR 3474/08 - NVwZ 2009, 1489 und vom 4. Mai 2011 - 1 BvR 1502/08 - NVwZ 2011, 991). Das ist nicht der Fall, weil der Gesetzgeber in § 6 Abs. 2 Nr. 4, § 7 Abs. 2 Nr. 5 und § 9 Abs. 2 Nr. 5 AtG Regelungen geschaffen hat, die auch dem Schutz eines in der Nähe einer kerntechnischen Anlage wohnenden Drittbetroffenen gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter dienen, sofern diese nicht dem Bereich des Restrisikos zuzuordnen sind (vgl. Urteil vom 22. März 2012 - BVerwG 7 C 1.11 - BVerwGE 142, 159 Rn. 18). Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht fordert nicht, dass der Schutz von atomaren Anlagen gegen Flugzeugabstürze gerade im Verfahren der Festlegung von Flugverfahren gewährt wird.
- 21 2. Das vorinstanzliche Urteil stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Die Revision ist deshalb nicht nach § 144 Abs. 4 VwGO zurückzuweisen.
- 22 a) Die Anordnung der Flugverfahren ist, auch wenn sie nicht gegen § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG verstoßen sollte, rechtswidrig, wenn sie vom Oberverwaltungsge-

richt zu Recht wegen Abwägungsfehlern beanstandet worden ist. Eine dahingehende Feststellung ist dem Senat jedoch nicht möglich.

- 23 aa) Dem Oberverwaltungsgericht ist allerdings darin beizupflichten, dass das - vom Senat für den vorliegenden Fall unterstellte - Risiko für eine atomare Anlage, im Einwirkungsbereich einer Abflugstrecke durch einen Flugzeugabsturz beschädigt zu werden, in der Abwägung zu berücksichtigen ist. Das im Bundesrecht verankerte rechtsstaatliche Abwägungsgebot, dem die Festlegung von Flugverfahren mangels fachgesetzlicher Normierung unterliegt (Urteil vom 28. Juni 2000 - BVerwG 11 C 13.99 - BVerwGE 111, 276 <281>), verlangt vom BAF jedenfalls, außergewöhnliche Verhältnisse am Boden in den Blick zu nehmen, die sich als abwägungsrelevant aufdrängen müssen. Außergewöhnliche Verhältnisse am Boden zeichnen sich entweder durch eine besondere Qualität der Bodennutzung aus wie etwa in einer touristisch geprägten Region mit zahlreichen Kur- und Rehabilitationseinrichtungen (vgl. Beschluss vom 4. Mai 2005 - BVerwG 4 C 6.04 - BVerwGE 123, 322 <336>) oder quantitativ durch eine besonders hohe Zahl von Betroffenen (vgl. Urteil vom 31. Juli 2012 - BVerwG 4 A 5000.10 u.a. - BVerwGE 144, 1 Rn. 51). Auf Einzelheiten kommt es hier nicht an; denn es liegt auf der Hand, dass die Risiken, die von kerntechnischen Anlagen ausgehen und sich durch unfallbedingte oder gezielt herbeigeführte Flugzeugabstürze verwirklichen können, wegen der besonderen Gefährlichkeit der Kernenergie und den weit reichenden Schadensfolgen bei der Festlegung von An- und Abflugstrecken zu bewerten und in die Abwägung einzustellen sind. Das BAF wird damit nicht unzumutbar belastet. Dies zeigt sich schon daran, dass es sich in seinem Abwägungsvermerk vom 26. Januar 2012 mit dem Forschungsreaktor BER II befasst hat.
- 24 Aus § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG lässt sich nicht ableiten, dass Risiken für Schutzgüter am Boden vom rechtsstaatlichen Abwägungsgebot nicht erfasst werden sollen. Der Senat hat im Urteil vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - (BVerwGE 121, 152 <159>) das Nebeneinander der Abwehr von betriebsbedingten Gefahren *für* die Sicherheit des Luftverkehrs und für die öffentliche Sicherheit und Ordnung *durch* die Luftfahrt betont. Festlegung oder Änderung eines Flugverfahrens setzen indes eine (polizeirechtliche) Gefahr in der Luft

nicht voraus (so auch Wöckel a.a.O. S. 104); vielmehr können Flugverfahren schon dazu dienen, Risiken im Luftraum zu minimieren. Dann aber liegt es in der Konsequenz des § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG, dass auch Risiken aus der Luft im Abwägungsprozess zu berücksichtigen sind. Nicht der Abwägung unterliegen lediglich Restrisiken, weil sie jenseits der Schwelle praktischer Vernunft liegen und als sozialadäquate Lasten von allen Bürgern zu tragen sind (vgl. zum Restrisiko: BVerfG, Beschluss vom 8. August 1978 - 2 BvL 8/77 - BVerfGE 49, 89 <137 f., 143>).

- 25 bb) Den bundesrechtlichen Maßstab hat das Oberverwaltungsgericht aber insoweit verfehlt, als es seine Entscheidung auf bloße Mängel im Abwägungsvorgang gestützt hat. Bei der richterlichen Kontrolle von (untergesetzlichen) Normen kommt es im Grundsatz auf das Ergebnis des Rechtsetzungsverfahrens an, also auf die erlassene Vorschrift in ihrer regelnden Wirkung, nicht aber auf die die Rechtsnorm tragenden Motive desjenigen, der an ihrem Erlass mitwirkt (Urteil vom 13. Dezember 1984 - BVerwG 7 C 3.83 u.a. - BVerwGE 70, 318 <335>). Der Weg zu einer verwaltungsgerichtlichen Überprüfung des Abwägungsvorgangs ist bei untergesetzlichen Normen nur eröffnet, wenn der Normgeber - wie etwa im Bauplanungsrecht - einer besonders ausgestalteten Bindung an gesetzlich formulierte Abwägungsdirektiven unterliegt. Sind solche - wie hier - nicht vorhanden, kann die Rechtswidrigkeit einer Norm mit Fehlern im Abwägungsvorgang nicht begründet werden (Urteil vom 26. April 2006 - BVerwG 6 C 19.05 - BVerwGE 125, 384 Rn. 16). Entscheidend ist allein, ob das Ergebnis des Normsetzungsverfahrens den anzulegenden rechtlichen Maßstäben entspricht. Diese Prüfung hat das Oberverwaltungsgericht nicht vorgenommen. Sie kann vom Senat nicht nachgeholt werden, weil das Oberverwaltungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - die dazu erforderlichen Tatsachen nicht festgestellt hat.
- 26 cc) Der Senat kann die Festlegung der Flugverfahren auch nicht als rechtswidrig bestätigen, weil das BAF, wie die Kläger geltend gemacht haben, mit der Festlegung der Flugverfahren ihr Interesse am Schutz vor unzumutbaren Lärmbeeinträchtigungen willkürlich unberücksichtigt gelassen hat. Das Oberverwaltungsgericht hat offengelassen, ob die Rüge berechtigt ist (UA S. 22). Es hat

deshalb keine Feststellungen getroffen, die dem Senat den Befund ermöglichen, dass das BAF die Lärmschutzbelange fehlerhaft abgewogen hat.

- 27 b) Anders als die Kläger meinen, genügt die Ermächtigungsgrundlage für die angegriffene Flugverfahrensverordnung den verfassungsrechtlichen Anforderungen.
- 28 Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Flugverfahrensverordnungen durch das BAF ist § 27a Abs. 2 Satz 1 LuftVO. Rechtsgrundlage für diese Vorschrift ist § 32 Abs. 4 Nr. 8 und Abs. 4c LuftVG. Nach § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG erlässt das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung die zur Durchführung des Luftverkehrsgesetzes und von Rechtsakten der Europäischen Union notwendigen Rechtsverordnungen über die Festlegung von Flugverfahren für Flüge innerhalb von Kontrollzonen, für An- und Abflüge zu und von Flugplätzen mit Flugverkehrskontrollstelle und für Flüge nach Instrumentenflugregeln, einschließlich der Flugwege, Flughöhen und Meldepunkte. Nach § 32 Abs. 4c Satz 1 LuftVG kann das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen u.a. nach Abs. 4 Nr. 8 auf das BAF übertragen.
- 29 § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG entspricht den Erfordernissen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, wonach Gesetze, durch die die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung bestimmen müssen (Urteil vom 26. November 2003 - BVerwG 9 C 6.02 - BVerwGE 119, 245 <250>). § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG bestimmt als Inhalt der Ermächtigung die Festlegung von Flugverfahren, d.h. von Anweisungen zur Steuerung des Verhaltens der Luftfahrzeugführer (Urteil vom 24. Juni 2004 a.a.O. S. 158). Zweck der Ermächtigung ist nach der erkennbaren Zielrichtung des § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG die Gewährleistung einer sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs (vgl. § 27c Abs. 1 LuftVG). Zum Ausmaß der Ermächtigung bestimmt § 32 Abs. 4 Nr. 8 LuftVG die Arten von Flügen, für die Flugverfahren festgelegt werden dürfen, und Parameter für die Verfahren.

- 30 c) Die Festlegung der Flugverfahren ist des Weiteren nicht deshalb rechtswidrig, weil die Kläger nicht angehört worden sind. Weder das Luftverkehrsgesetz noch die Luftverkehrs-Ordnung schreibt eine Verfahrensbeteiligung betroffener Gemeinden oder Privatpersonen vor dem Erlass von Flugverfahrensverordnungen vor. Mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ist das vereinbar. Das Rechtsstaatsprinzip enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Gebote und Verbote für die Ausgestaltung von Normsetzungsverfahren. Es bedarf vielmehr der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten durch die zuständigen Organe. Dabei müssen (lediglich) fundamentale Elemente des Rechtsstaats und der Rechtsstaatlichkeit im Ganzen gewahrt bleiben, mithin ein rechtsstaatlich gebotener Mindeststandard (Beschluss vom 8. April 1999 - BVerwG 7 BN 1.09 - juris Rn. 9). Dazu gehört eine Öffentlichkeitsbeteiligung nicht.
- 31 Gemeinden steht ein unmittelbar auf Art. 28 Abs. 2 GG beruhendes Anhörungsrecht nicht zu (Urteil vom 26. November 2003 a.a.O. S. 251). Auch Privatpersonen haben kein verfassungsrechtlich verbürgtes Anhörungsrecht. Dabei kann offenbleiben, ob sich dies auf die Erwägung stützen lässt, die Festlegung von Flugverfahren greife nicht unmittelbar in den Schutzbereich von Grundrechten (etwa Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) ein. Gegen ein Anhörungsrecht lässt sich jedenfalls ins Feld führen, dass es dem BAF möglich sein muss, die Anordnung von Flugverfahren, wenn für die Sicherheit des Luftverkehrs nötig, schnell und ohne großen Verfahrensaufwand zu korrigieren oder zu revidieren (Urteil vom 26. November 2003 a.a.O. S. 253). Flugverfahren sind Verkehrsregeln, die in erster Linie der sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs dienen (Urteil vom 24. Juni 2004 a.a.O. S. 158), für den der Luftraum über der Bundesrepublik Deutschland im Übrigen kraft Gesetzes (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 LuftVG) freigegeben ist. Anders als dies vielfach bei der Umsetzung von Genehmigungen und Planfeststellungsbeschlüssen der Fall ist, werden keine „vollendeten Tatsachen“ geschaffen. Verfassungsrechtlich ausreichender Rechtsschutz wird dadurch gewährt, dass Betroffene befugt sind, gerichtlich prüfen zu lassen, ob das BAF bei der Ausweisung von Flugrouten ihre rechtlich geschützten Interessen im Ergebnis fehlerfrei abgewogen hat (vgl. Urteil vom 26. November 2003 a.a.O. S. 253).

- 32 d) Die Festlegung der Flugverfahren ist schließlich nicht mangels vorheriger Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung rechtswidrig. Der Senat hat im Urteil vom 19. Dezember 2013 - BVerwG 4 C 14.12 - (NuR 2014, 280, zur Veröffentlichung in BVerwGE vorgesehen) dargelegt, dass die Festlegung von Flugrouten nicht zu den Entscheidungen gehört, für die nach dem Gesetz über die Umweltprüfung - UVPG - eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bestehen kann. Zur Begründung heißt es:

„Eine Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung folgt nicht aus § 3b Abs. 1 Satz 1 UVPG. Die Festlegung eines Flugverfahrens ist keine Entscheidung über den Bau eines Flugplatzes im Sinne der Begriffsbestimmungen des Abkommens von Chicago von 1944 zur Errichtung der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation (Anhang 14) (Anlage 1 Nummer 14.12 zum UVPG).

...

Die Festlegung eines Flugverfahrens ist auch keine Änderung eines Vorhabens, für das als solches eine UVP-Pflicht besteht, die nach § 3e Abs. 1 Nr. 2 UVPG zur Durchführung einer allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls verpflichtet.

Bezugspunkt und Maßstab für das Vorliegen einer Änderung ist der bisherige Gestattungszustand. Ob ein Änderungsvorhaben vorliegt, hängt also nicht davon ab, welche Umweltauswirkungen entstehen, ob etwa - wie der Kläger hier geltend macht - das geplante Flugverfahren bisher in der Umweltverträglichkeitsprüfung nicht beschriebene Umweltauswirkungen hat, sondern muss abhängig vom Inhalt bestandskräftiger Zulassungsentscheidungen beantwortet werden (Urteil vom 7. Dezember 2006 - BVerwG 4 C 16.04 - BVerwGE 127, 208 Rn. 31 ff.). Diese Sichtweise teilt das Unionsrecht (Urteil vom 7. Dezember 2006 a.a.O. Rn. 34). Da die Festlegung von Flugverfahren weder Gegenstand der Planfeststellung nach § 8 Abs. 1 LuftVG noch der Betriebsgenehmigung nach § 6 Abs. 1 Satz 1 LuftVG ist, kann die Festlegung von Flugverfahren auch keine Änderung im Sinne von § 3e Abs. 1 Nr. 2 UVPG sein.

...

Dass nach innerstaatlichem Recht die Festlegung von Flugverfahren nicht der Pflicht zur Durchführung einer

Umweltverträglichkeitsprüfung unterliegt oder unterliegen kann, ist unionsrechtlich unbedenklich. Nach Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 85/337/EWG des Rates vom 27. Juni 1985 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABI EG Nr. L 175 S. 40), neu kodifiziert durch die Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten (ABI EU Nr. L 26 S. 1 - UVP-RL), werden Projekte des Anhangs I grundsätzlich einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterzogen, bei Projekten des Anhangs II bestimmen die Mitgliedstaaten anhand einer Einzelfalluntersuchung oder von ihnen festgelegter Schwellenwerte bzw. Kriterien, ob das Projekt einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterzogen werden muss. Der Begriff des Projekts wird in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a UVP-RL definiert als die Errichtung von baulichen oder sonstigen Anlagen und sonstige Eingriffe in Natur und Landschaft. Durch Anhang I Nr. 7a und Anhang II Nr. 10 der UVP-RL erfährt er eine Beschränkung auf die Errichtung baulicher Anlagen, weil lediglich der Bau eines Flughafens der Pflicht zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung unterworfen ist oder sein kann. Diesem Projektbegriff entspricht eine Tätigkeit nur, wenn sie mit Arbeiten oder Eingriffen zur Anlegung oder Änderung des materiellen Zustands des Flughafens einhergeht (EuGH, Urteil vom 17. März 2011 - Rs. C-275/09 - Slg. 2011, I-1753 Rn. 24 und 30). Flugkorridore und ihre Zuordnung zu bestehenden Start- und Landebahnen sind nicht erfasst (vgl. die Antwort der Kommission vom 2. August 2002 auf die schriftlichen Anfragen E-2022/02 und E-2023/02 - ABI EU Nr. C 52 E S. 122).

Der Europäische Gerichtshof hat allerdings wiederholt festgestellt, dass die Richtlinie 85/337/EWG einen ausgedehnten Anwendungsbereich sowie einen sehr weit reichenden Zweck hat (EuGH, Urteile vom 24. Oktober 1996 - Rs. C-72/95 - Slg. 1996, I-5403 Rn. 31, vom 16. September 1999 - Rs. C-435/97 - Slg. 1999, I-5613 Rn. 40 und vom 28. Februar 2008 - Rs. C-2/07 - Slg. 2008, I-1197 Rn. 32) und an eine Gesamtbewertung der Auswirkungen von Projekten oder deren Änderung auf die Umwelt anknüpft. Es stellte eine Vereinfachung dar und liefe diesem Ansatz zuwider, wenn im Rahmen der Umweltverträglichkeitsprüfung eines Projekts oder seiner Änderung nur die unmittelbaren Wirkungen der geplanten Arbeiten selbst berücksichtigt würden, nicht aber die Auswirkungen auf die Umwelt, die durch die Benutzung und den Betrieb der aus diesen Arbeiten hervorgegangenen Anlagen hervorgerufen werden können (EuGH, Urteil vom 28. Februar 2008 a.a.O. Rn. 43). Die Pflicht, bei der Planung eines

Flughafens die mit der Benutzung und dem Betrieb verbundenen Umweltauswirkungen in den Blick zu nehmen, erstreckt sich indes nicht auf alle realistisch in Betracht kommenden An- und Abflugverfahren. Art. 2 Abs. 1 UVP-RL verlangt, dass ein Projekt „vor Erteilung der Genehmigung“ einer Prüfung unterzogen werden muss. Die Festlegung von Flugverfahren gehört nach innerstaatlichem Recht nicht zur Genehmigung des Projekts „Bau von Flugplätzen“. Sie ist auch nicht Teil eines gestuften Genehmigungsverfahrens in dem Sinne, dass zunächst eine Grundsatzentscheidung (über den Bau des Flughafens) und dann eine oder mehrere Durchführungsentscheidungen getroffen werden, und in dem die Auswirkungen, die ein Projekt möglicherweise auf die Umwelt hat, im Verfahren des Erlasses der Grundsatzentscheidung zu ermitteln und zu prüfen sind (vgl. zur Umweltverträglichkeitsprüfung in einem gestuften Genehmigungsverfahren EuGH, Urteil vom 4. Mai 2006 - Rs. C-508/03 - Slg. 2006, I-3969 Rn. 104). An- und Abflugverfahren sind nicht Bestandteil der Zulassungsentscheidung, sondern Verkehrsregeln zur sicheren Abwicklung des Flugverkehrs von und zu einem Flughafen.

Der Senat hat zur Kenntnis genommen, dass die Europäische Kommission im Mai 2013 ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 Abs. 1 AEUV eingeleitet hat, weil die bundesdeutsche Rechtslage, nach der die Festlegung von Flugverfahren keiner vorherigen Umweltverträglichkeitsprüfung bedarf, mit der Richtlinie 85/337/85 nicht vereinbar sei, und der Bundesrepublik Deutschland Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat. Welchen Verlauf das Verfahren nehmen wird, ist offen. In der Sache ist die innerstaatliche Rechtslage unionsrechtskonform. Das ergibt sich aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 17. März 2011 (a.a.O.). Einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 267 Abs. 1 AEUV bedarf es deshalb nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - Rs. C-283/81 - Slg. 1982, I-3415 Rn. 14).“

- 33 Daran hält der Senat fest.
- 34 3. Das Oberverwaltungsgericht wird zu prüfen haben, ob die Nutzung der festgelegten Abflugstrecken mit einer Gefahr für die kerntechnischen Anlagen auf dem Gelände des Helmholtz-Zentrums Berlin durch unfallbedingte Flugzeugabstürze verbunden ist. Ist das der Fall, ist die angegriffene Verordnung wegen eines Verstoßes gegen § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG rechtswidrig.

- 35 Steht § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG der Festlegung der Flugverfahren nicht entgegen, wird sich das Obergerverwaltungsgericht der Frage zu widmen haben, ob die Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung des Forschungsreaktors BER II durch einen unfallbedingten Flugzeugabsturz dem Bereich des Risikos oder des Restrisikos zuzuordnen ist. Im letzteren Fall wäre sie für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Flugverfahren irrelevant.
- 36 Das Risiko einer Havarie des Reaktors durch einen unfallbedingten Flugzeugabsturz ist abwägungserheblich. Abwägungserheblich ist auch das Risiko einer Havarie durch gezielt herbeigeführte Flugzeugabstürze, weil es nach der Auffassung des Obergerverwaltungsgerichts, gegen die revisionsgerichtlich nichts einzuwenden ist, nicht lediglich ein Restrisiko darstellt (UA S. 21).
- 37 Bei der auf das Abwägungsergebnis beschränkten Kontrolle wird das Obergerverwaltungsgericht von dem Ansatz auszugehen haben, dass die Kläger nicht ohne rechtfertigenden Grund mit rechtlich relevanten Risiken belastet werden dürfen. An einem rechtfertigenden Grund fehlt es, wenn sich die Risiken ohne Weiteres dadurch vermeiden lassen, dass das BAF ohne Vernachlässigung der für den Flugverkehr unabdingbaren Sicherheitserfordernisse andere, sich als eindeutig vorzugswürdig aufdrängende Flugverfahren festlegt (vgl. Urteil vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - BVerwGE 121, 152 <164>). Alternativrouten sind allerdings nicht schon dann vorzuziehen, wenn ihre Benutzung mit geringeren Risiken für die Anlagen des Helmholtz-Zentrums Berlin verbunden ist. Bei ihrer Betrachtung und dem Vergleich mit den umstrittenen Flugverfahren spielen auch alle anderen abwägungsbeachtlichen Belange, z.B. die Größenordnungen von Lärmbelastungen, eine Rolle.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Gatz

RiBVerwG Petz ist
urlaubsbedingt ge-
hindert, seine
Unterschrift beizu-
fügen.
Prof. Dr. Rubel

Dr. Decker

Dr. Külpmann

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf
105 000 € festgesetzt.

Prof. Dr. Rubel

Dr. Gatz

RiBVerwG Petz ist
urlaubsbedingt ge-
hindert, seine
Unterschrift beizu-
fügen.
Prof. Dr. Rubel

Dr. Decker

Dr. Külpmann

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Luftverkehrsrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

AtG	§ 7 Abs. 2
GG	Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 2, Art. 80 Abs. 1 Satz 2
LuftVG	§ 27c Abs. 1, § 29 Abs. 1 Satz 1, § 32 Abs. 4 Nr. 8
LuftVO	§ 27a Abs. 2 Satz 1
UVPG	§ 3b Abs. 1 Satz 1, § 3e Abs. 1 Nr. 2
UVP-RL	Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 und 2

Stichworte:

Flugverfahren; Abflugverfahren; Flugrouten; Atomanlage; kerntechnische Anlage; Forschungsreaktor; Flugzeugabsturz; - unfallbedingter; terroristischer Angriff; Schutz von Leben und Gesundheit; Gefahr; - betriebsbedingte; Risiko; Risikovorwarnung; Restrisiko; Planungsschranke; Abwägungsgebot; rechtsstaatliches -; Anhörung Betroffener; Umweltverträglichkeitsprüfung.

Leitsatz:

§ 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG errichtet eine Planungsschranke, die das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung bei der Festlegung von Flugverfahren nicht überwinden darf.

§ 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG richtet eine Planungsschranke nur bei Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit auf, nicht dagegen schon bei Vorliegen eines Risikos.

Das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung hat das Risiko, dass eine kerntechnische Anlage im Einwirkungsbereich einer Abflugstrecke durch einen unfallbedingten oder einen terroristischen Angriff gezielt herbeigeführten Flugzeugabsturz beschädigt wird, im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Restrisiken sind nicht abwägungsbeachtlich.

Flugverfahrensverordnungen sind nur hinsichtlich des Abwägungsergebnisses einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich.

Urteil des 4. Senats vom 26. Juni 2014 - BVerwG 4 C 3.13

I. OVG Berlin-Brandenburg vom 23.01.2013 - Az.: OVG 11 A 3.13 -