

Dr. Stefan Paetow
Vorsitzender Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D.

**Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit
dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“**

Erstattet im Auftrag des Senats von Berlin im Januar 2018

Inhaltsverzeichnis

Kernaussagen zum Umgang mit dem Volksentscheid.....	4
Vorbemerkung: Ausgangspunkt und Gegenstand des Rechtsgutachtens.....	8

Teil A

Die gegenwärtige Gesetzeslage

I. Rechtsgrundlagen des Betriebs von TXL bis zum Konsensbeschluss.....	10
II. Der Konsensbeschluss (Single-Airport-Konzept).....	12
III. Rechtliche Umsetzung des Konsensbeschlusses.....	12
1. Landesplanung.....	13
2. Widerruf der Betriebsgenehmigung TXL (Schließungsbeschluss 2004).....	14
3. Aufhebung der fiktiven Planfeststellung TXL (Schließungsbeschluss 2006).....	15
4. Planfeststellungsbeschluss BER („Ausbau Berlin-Schönefeld“).....	16
IV. Folgerungen für den Weiterbetrieb des Flughafens Tegel.....	17

Teil B

Voraussetzungen für die Änderung der Gesetzeslage

I. Einverständnis aller Gesellschafter der FBB.....	19
II. Hilfgutachtliche Überlegungen zur Änderung der Gesetzeslage.....	20
1. Änderung des § 19 Abs. 11 LEPro 2003.....	21
a) Verfahrensrechtliche Voraussetzungen.....	21
b) Materiellrechtliche Voraussetzungen.....	23
2. Änderung des LEP FS.....	23

a) Bedeutung der Raumordnung für die Festlegung des Standorts eines internationalen Verkehrsflughafens.....	24
b) Gegenstand der Festlegungen in einem geänderten LEP FS.....	25
c) Grundsätzliches zur Abwägung des Planungsträgers und zur gerichtlichen Abwägungskontrolle.....	27
d) Die maßgebenden Abwägungsgründe für den LEP FS 2003/2006.....	28
e) Anderes Abwägungsergebnis auf Grund veränderter Umstände rechtlich möglich?....	30
aa) Die Kapazitätsfrage.....	31
bb) Erstes Szenario: Unzureichende Kapazität.....	34
cc) Zweites Szenario: Ausreichende Kapazität.....	35
f) Unter welchen Voraussetzungen wäre die Offenhaltung rechtsfehlerhaft?.....	36
g) Unter welchen Voraussetzungen wäre die Offenhaltung rechtlich möglich?.....	40
3. Rechtsschutz gegen einen geänderten LEP FS.....	42
4. Änderung des LEP BB.....	44

Teil C

Voraussetzungen für die Aufhebung der Schließungsbeschlüsse 2004 und 2006

I. Aufhebung des Bescheids vom 2. Februar 2006 (Planfeststellung).....	45
1. Wiederherstellung der (bedingungsfreien) fiktivem Planfeststellung.....	45
2. Erstmalige „echte“ Planfeststellung erforderlich?.....	50
3. Rechtslage nach dem endgültigen Erlöschen der fiktiven Planfeststellung.....	53
II. Aufhebung des Bescheids vom 29. Juli 2004 (Widerruf der Betriebsgenehmigung).....	53
III. Rechtsschutzmöglichkeiten.....	54

Teil D

Gefährdung des Planfeststellungsbeschlusses für den BER?

I. Nachträglicher Wegfall der Planrechtfertigung.....	56
II. Anträge und Klagen auf Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses	58

Teil E

Der „Berliner Sonderweg“: Ausstieg aus der gemeinsamen Landesplanung

I. Kündigung des Landesplanungsvertrags.....	63
1. Rechtliche Folgen der Kündigung.....	63
2. Wer wäre Betreiber des TXL?	65
3. Schlussfolgerung.....	66
II. Teilweise Kündigung des Landesplanungsvertrages.....	67

Teil F

Zusammenfassung der Ergebnisse (= Kernaussagen zum Umgang mit dem Volksentscheid)	69
--	-----------

Kernaussagen zum Umgang mit dem Volksentscheid

A. Aktuell mögliche Maßnahmen des Senats von Berlin zur Umsetzung des Volksentscheids

I.

Nach geltender Gesetzeslage in dem gemeinsamen, von Berlin und Brandenburg als Rechtsverordnung erlassenen Landesentwicklungsplan Flughafenstandortentwicklung (LEP FS) von 2003/2006 muss der Flughafen Tegel (TXL) nach Inbetriebnahme des Flughafens Berlin Brandenburg (BER) geschlossen werden. An diese gesetzliche Vorgabe sind alle Gesellschafter der Flughafengesellschaft Berlin Brandenburg (FBB) wie auch die FBB selbst gebunden, solange diese Gesetzeslage nicht im Einvernehmen aller Gesellschafter geändert worden ist. An diesem Einvernehmen fehlt es derzeit.

Der Senat von Berlin darf deshalb gegenwärtig von Gesetzes wegen keine Maßnahmen einleiten, um der Aufforderung des Volksentscheides vom 24. September 2017 nachzukommen, unter Aufgabe der Schließungsabsicht den unbefristeten Fortbetrieb des Flughafens Tegel zu sichern.

II.

Die einzige Maßnahme, die schon jetzt denkbar wäre, um einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel wenigstens vorzubereiten, wäre der einseitige Ausstieg Berlins aus der gemeinsamen Landesplanung mit Brandenburg. Das erfordert die frühestens zum 1. Januar 2022 wirksam werdende Kündigung des Landesplanungsvertrages zwischen Berlin und Brandenburg.

Die nach der Kündigung notwendig werdenden, nunmehr auf Berlin beschränkten neuen landesplanerischen Regelungen wären inhaltlich schwierig, zeitlich aufwendig und rechtlich risikoreich zu realisieren und könnten voraussichtlich nicht vor etwa dem Jahr 2025 – wenn überhaupt – wirksam werden. Erst danach könnte die Aufhebung der Beschlüsse in Angriff genommen werden, mit denen die fiktive Planfeststellung und die fiktive Betriebsgenehmigung für den Flughafen Tegel aufgehoben bzw. widerrufen wurden.

Eine Teilkündigung des Landesplanungsvertrages im Sinne der Herausnahme nur der Flughafenplanungen für BER und TXL aus der gemeinsamen Landesplanung wäre rechtlich unzulässig.

Abgesehen von der ohnehin eher theoretischen Möglichkeit eines Ausstiegs ist wegen der großen Bedeutung einer gemeinsamen Landesplanung für den wachsenden Verdichtungsraum Berlin/Brandenburg von einer Kündigung des Landesplanungsvertrages abzuraten.

B. Vorsorgliche Prüfung der Rechtslage, falls künftig alle Gesellschafter der FBB den unbefristeten Weiterbetrieb des TXL befürworten würden

I.

Als erste Maßnahme müssten Berlin und Brandenburg den LEP FS unter Aufgabe des Single-Airport-Konzepts ändern und den unbefristeten Weiterbetrieb des TXL landesplanerisch ermöglichen. Hierfür genügt nicht ein bloßer „politischer Wille“. Vielmehr müsste der gesetzlich vorgegebene Rahmen eingehalten werden, nämlich die Durchführung eines aufwendigen Verfahrens mit einer Strategischen Umweltprüfung (SUP) unter Beteiligung der Öffentlichkeit und insbesondere der Anhörung der betroffenen Anwohner.

Eine Aufgabe des Single-Airport-Konzepts könnte rechtlich nur gelingen, wenn eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ein Abrücken von diesem Konzept rechtfertigt. Eine solche Änderung könnte nach Lage der Dinge nur darin bestehen, dass – anders als bisher angenommen – der künftige BER bereits bei Inbetriebnahme oder kurze Zeit später an Kapazitätsgrenzen stößt.

Beständen nach Eröffnung des BER und in den darauf folgenden Jahren keine oder keine gravierenden Kapazitätsengpässe, wäre eine Änderung des LEP FS zugunsten eines unbefristeten Weiterbetriebs des TXL abwägungsfehlerhaft und somit rechtswidrig.

Andererseits könnte eine Änderung des LEP FS dann rechtsfehlerfrei gelingen, wenn etwaige gravierende Kapazitätsengpässe am BER nicht durch ausreichende und zeitgerechte Erweiterungsmaßnahmen beseitigt werden könnten und deshalb der BER seine Funktion als einziger internationaler Verkehrsflughafen in der Region Berlin/Brandenburg auf Dauer nicht erfüllen könnte.

Dabei ist allerdings davon auszugehen, dass nach derzeitigem Kenntnisstand die Konfiguration der Start- und Landebahnen des BER auch für künftige deutliche Kapazitätserhöhungen ausreichend ist. Ein Engpass erscheint daher – wenn überhaupt – nur für die Abfertigungsanlagen realistisch.

II.

Unterstellt man eine rechtsfehlerfrei gelingende Änderung des LEP FS, müsste die Aufhebung der Beschlüsse vom 29. Juli 2004 und vom 2. Februar 2006, mit denen die fiktive Betriebsgenehmigung und die fiktive Planfeststellung für den Flughafen Tegel widerrufen bzw. aufgehoben wurden, in einem planerischen Verfahren in Angriff genommen werden. Es spricht viel dafür, dass dies nur in einem förmlichen Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren geschehen könnte, weil die bisherige Planfeststellungs- und Genehmigungsfiktion des TXL wohl nicht wieder aufleben kann.

In diesen Verfahren könnte die Aufhebung der Beschlüsse vom 29. Juli 2004 und vom 2. Februar 2006 nur im Fall gravierender und dauerhafter Kapazitätsengpässe rechtsfehlerfrei gelingen. Sehr viel schwieriger wäre dies allerdings, wenn die Änderung des LEP FS erst nach Eröffnung des BER und damit nach der Schließung des Flughafens Tegel rechtswirksam würde.

III.

Durch eine (rechtswirksam erfolgte) Änderung des LEP FS und die dadurch ermöglichte unbefristete Offenhaltung des Flughafens Tegel würde der Planfeststellungsbeschluss für den BER vom 13. August 2004 nicht ernstlich gefährdet und bliebe eine bestandskräftige Grundlage für die Inbetriebnahme und den weiteren Ausbau des BER. Allerdings könnte es nach dem Wegfall der Funktion als Single-Airport rechtlich geboten sein, die bisher vorgesehenen Nachtflugbeschränkungen am BER zum Schutz der Anwohner auszuweiten.

IV.

Es wäre zu erwarten, dass gegen sämtliche der vielen zu treffenden Entscheidungen Klagen von betroffenen Personen, Gemeinden und Umweltvereinen erhoben würden, die bei zwei Instanzenzügen (Oberverwaltungsgericht und Bundesverwaltungsgericht) jahrelange Verzögerungen mit sich bringen dürften.

Ausgangspunkt und Gegenstand des Rechtsgutachtens

Der Verkehrsflughafen Berlin Tegel (TXL) ist derzeit der größte und wichtigste Flughafen in der Region Berlin-Brandenburg. Dort wurden im Jahr 2016 etwa 21,4 Millionen Passagiere abgefertigt. Der Flughafen Berlin Schönefeld (SXF) fertigte 2016 ca. 11,5 Millionen Passagiere ab, so dass sich eine Gesamtzahl von ca. 32,9 Millionen Passagieren ergibt. In Umsetzung des sog. Konsensbeschlusses der drei Anteilseigner der Flughafengesellschaft Berlin, Brandenburg und Bund aus dem Jahr 1996 wird das Berliner Flughafensystem durch mehrere planungs- und luftverkehrsrechtliche Maßnahmen grundlegend zu einem sog. Single-Airport-Konzept umgestaltet. Einziger Verkehrsflughafen soll der entsprechend erweiterte Flughafen Berlin Schönefeld (BER) werden, während die innerstädtischen Flughäfen Tempelhof und Tegel zu schließen sind. Die Schließung des Flughafens Tegel (Tempelhof ist schon stillgelegt) hat spätestens sechs Monate nach der funktionsfähigen Eröffnung des BER zu erfolgen.

Der durch Planfeststellungsbeschluss vom 13. August 2004 genehmigte Flughafen BER ist zwar seit Jahren im Bau, seine ursprünglich für 2011/2012 vorgesehene Eröffnung hat sich aber immer wieder verzögert. Nunmehr ist von der Flughafengesellschaft als verbindlicher Eröffnungstermin der Monat Oktober 2020 bekannt gegeben worden.¹ Seit Erlass des Planfeststellungsbeschlusses für den BER ist die Zahl der an TXL und SXF abgefertigten Passagiere weit stärker gestiegen als seinerzeit prognostiziert. Auch für die Zukunft werden wachsende Passagierzahlen vorhergesagt. Angesichts dieser Entwicklung wird seit längerem und zunehmend kritisch in Politik und Öffentlichkeit darüber diskutiert, ob der BER bei

¹ Pressemitteilung der FBB vom 15.12.2017

seiner Eröffnung und in der darauf folgenden Zeit überhaupt die nötige Kapazität aufweist, um den gegenwärtigen und künftigen Luftverkehrsbedarf der Region zu decken. Eine verbreitete Auffassung hält den Weiterbetrieb von TXL neben dem BER für unerlässlich. Dem hat sich die Berliner Bevölkerung angeschlossen, indem sie mehrheitlich dem am 24. September 2017 zur Abstimmung gestellten Volksentscheid „Berlin braucht Tegel“ zugestimmt hat.

Der durch Volksentscheid angenommene Beschluss lautet:

„Der Flughafen Berlin-Tegel „Otto-Lilienthal“ ergänzt und entlastet den geplanten Flughafen Berlin Brandenburg „Willy Brandt“ (BER). Der Berliner Senat wird aufgefordert, sofort die Schließungsabsichten aufzugeben und alle Maßnahmen einzuleiten, die erforderlich sind, um den unbefristeten Fortbetrieb des Flughafens Tegel zu sichern!“

Bei dem erfolgreichen Volksentscheid handelt es sich um einen „sonstigen Beschluss“, der im Rahmen der Entscheidungszuständigkeit des Abgeordnetenhauses zu Gegenständen der politischen Willensbildung, die Berlin betreffen, gefasst wurde (siehe Art. 62 Abs. 1 Satz 2 der Verfassung von Berlin, § 40 Abs. 3 Abstimmungsgesetz). Ein solcher Beschluss hat zwar nur appellativen Charakter. Doch ist der Senat von Berlin verpflichtet, zu dem Ergebnis des Volksentscheids Stellung zu nehmen und seine Haltung durch einen Beschluss zum Ausdruck zu bringen.

Im Zuge der Prüfung, welche Schritte auf Grund des Ergebnisses des Volksentscheides zu erfolgen haben, hat der Senat von Berlin alle Senatsverwaltungen gebeten, eine ihren Geschäftsbereich betreffende Folgeabschätzung eines möglichen Weiterbetriebs des Flughafens Tegel zu übermitteln. Die Zusammenfassung dieser Folgeabschätzungen liegt unter dem Datum vom 6. November 2017 vor. Als weitere Maßnahme hat der Senat beschlossen, den Verfasser mit der Erstellung einer neutralen juristischen Begutachtung über den Umgang des Senats mit dem Ergebnis des Volksentscheides „Berlin braucht Tegel“ zu beauftragen. Der Aufgabenbereich umfasst die Sichtung und Auswertung der Folgeabschätzungen der Senatsverwaltungen. Ferner sollen die rechtlichen Konsequenzen für das Land Berlin sowie den Luftverkehrsstandort Berlin und Brandenburg und die gemeinsame Landesentwicklungsplanung mit dem Land Brandenburg Berücksichtigung finden. Dabei soll es insbesondere um Prozessrisiken für bestehende Planungen zum Luftverkehrsstandort und

etwa notwendige neue Maßnahmen zur Umsetzung des Volksentscheides gehen. Der Senat wird die Ergebnisse und Empfehlungen des Gutachters entgegennehmen und auf der Grundlage einen Beschluss fassen, der dem Abgeordnetenhaus vorgelegt wird.

Das folgende Gutachten wird ist also durch den Gegenstand des Volksentscheides – die unbefristete Offenhaltung des Verkehrsflughafens Tegel – begrenzt. Darüber hinaus gehende Überlegungen, z. B. mit Blick auf die Möglichkeit einen nur kurzzeitigen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel kann das Gutachten nicht oder allenfalls am Rande anstellen. Außerdem beschränkt sich die Untersuchung auf die rechtliche Problematik. Soweit für die Begutachtung rechtlicher Fragen auch (verkehrs-)politische, wirtschaftliche oder finanzielle Gesichtspunkte von Bedeutung sind, wird der Verfasser darauf so weit wie es ihm möglich ist eingehen. Dabei wird es je nach Situation unumgänglich sein, mit unterstellten Szenarien zu arbeiten.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der größere Teil des Gutachtens aus vorsorglich angestellten Überlegungen besteht. Denn nach der gegenwärtigen Gesetzeslage ist wegen der Haltung des Landes Brandenburg (und wohl auch des Bundes) eine Offenhaltung von Tegel rechtlich unzulässig. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die drei Anteilseigner der Flughafengesellschaft – aus welchen Gründen auch immer – in der Zukunft doch noch einen unbefristeten Weiterbetrieb ins Auge fassen, werden die dann auftauchenden rechtlichen Fragen in der Art eines „Hilfsgutachtens“ behandelt.

Teil A

Die gegenwärtige Gesetzeslage

I. Rechtsgrundlagen des Betriebs von TXL bis zum Konsensbeschluss

Der seit 1948 bestehende Flughafen Tegel (TXL) hat bezüglich seiner Rechtsgrundlagen eine lange und differenzierte Geschichte hinter sich. Für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens bildet der sog. Konsensbeschluss von 1996 eine entscheidende Zäsur. Deshalb empfiehlt es sich, nachfolgend die Zeiträume von 1948 bis 1996 und von 1996 bis heute gesondert zu betrachten.

Der im Zuge der alliierten Luftbrücke im Jahr 1948 von der französischen Besatzungsmacht errichtete Militärflughafen unterstand alliiertem Besatzungsrecht. Aufgrund einer Vereinbarung vom 7. Juli 1960 zwischen der französischen Militärregierung und der Berliner Flughafengesellschaft mbH (BFG) war seit 1960 auch ziviler Luftverkehr zugelassen. Im Jahr 1975 wurde eine Vereinbarung über die Nutzungsrechte der BFG an den inzwischen errichteten Anlagen des Flughafens geschlossen. Danach blieben im Wesentlichen die Kontrolle des Flugverkehrs, der Betrieb der Navigationseinrichtungen und die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auf dem Gelände in der Hand der französischen Militäradministration.

Im Rahmen der Herstellung der Einheit Deutschlands wurden auch die für den Flughafen Tegel maßgebenden Rechtsgrundlagen an die neuen staatsrechtlichen Verhältnisse angepasst. Die wichtigste bundesrechtliche Regelung findet sich § 2 Abs. 5 des Sechsten Überleitungsgesetzes vom 25. September 1990 (BGBl. I S. 2106). Danach gelten die aufgrund alliierten Rechts angelegten oder betriebenen Flughäfen Berlin-Gatow, Berlin-Tegel und Berlin-Tempelhof nach Übergabe durch die Alliierten im Sinne der §§ 6 bis 10 des Luftverkehrsgesetzes (LuftVG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 1981 (BGBl. I S. 61) als genehmigt und im Plan rechtskräftig festgestellt. Die Übergabe des Flughafens Tegel und seiner Anlagen durch die französische Militäradministration geschah im Wesentlichen unmittelbar nach dem Inkrafttreten der Übereinkommen zur Herstellung der deutschen Einheit am 3. Oktober 1990. Endgültig abgeschlossen wurde die Übergabe im Jahr 1994 mit der vollständigen Aufgabe der militärischen Nutzung auch im Bereich Tegel-Nord.

Eine weitere Überleitungsregelung betraf den Lärmschutz. Nach § 2 Abs. 8 Nr. 1 des genannten Überleitungsgesetzes wurden die Vorschriften der §§ 1 bis 12 des Gesetzes zum Schutz gegen Fluglärm vom 30. März 1971 (BGBl. I S. 282) in Berlin (West) mit der folgenden Maßgabe in Kraft gesetzt: Die Verordnung des Berliner Senats über die Festsetzung des Lärmschutzbereichs für den Flughafen Berlin-Tegel vom 4. Juni 1976 (GVBl. S. 1242) gilt als bundesrechtliche Verordnung zu § 4 Abs. 1 des Gesetzes zum Schutz gegen Fluglärm fort.

Damit war der Flughafen Tegel vollständig in das bundesdeutsche luftverkehrsrechtliche Rechtsregime übergeführt. Zwar fehlte es an Verwaltungsentscheidungen sowohl für die

Genehmigung (§ 6 LuftVG) als auch für die Planfeststellung (§§ 8 – 10 LuftVG). Es handelt sich vielmehr um fiktive Rechtsakte, die freilich grundsätzlich dieselbe Rechtswirkung wie entsprechende Verwaltungsakte der zuständigen Behörden haben. Auf die Frage, welchen Umfang an Flugbewegungen und Passagierzahlen die Planfeststellungs- und Genehmigungsfiktion zulässt, ist später einzugehen.

II. Der Konsensbeschluss (Single-Airport Konzept)

Bereits seit dem Jahr 1990 wurde in Politik und Öffentlichkeit intensiv und kontrovers darüber diskutiert, wie es nach dem Ende der Teilung Deutschlands und Berlins mit dem historisch gewachsenen, teilungsbedingt nicht aufeinander abgestimmten Berliner Flughafensystem mit seinen drei Flughäfen weiter gehen sollte. Durchgesetzt hat sich schließlich die im sog. Konsensbeschluss vom 28. Mai 1996 entwickelte Planung.

Diese vom Bund und von den Ländern Berlin und Brandenburg als Gesellschafter der Berlin Brandenburg Flughafen Holding GmbH (BBF) geschlossene Vereinbarung enthält zwei Festlegungen. Zum einen soll das vorhandene Flughafensystem mit seinen drei Flughäfen zugunsten eines einzigen Verkehrsflughafens aufgegeben werden (neues Flughafenkonzept). Zum anderen wird als Standort des Single-Flughafens der bisherige, entsprechend auszubauende Flughafen Schönefeld bestimmt (Standortentscheidung). Logische Folge ist somit die Schließung der innerstädtischen Flughäfen Tempelhof und Tegel. Ausschlaggebend für diese Lösung war – neben anderen Gesichtspunkten (z. B. die Haushaltslage des Bundes und der Länder) – der Umstand, dass durch die schrittweise Schließung eine wesentliche Reduzierung der Anzahl der von Fluglärm Betroffenen erreichbar sei.

Mit dem Konsensbeschluss war der Startschuss für eine grundlegende Veränderung der Rechtsgrundlagen für alle drei Flughäfen erfolgt.

III. Rechtliche Umsetzung des Konsensbeschlusses

Die rechtliche Umsetzung des Konsensbeschlusses geschah in vier Schritten: Schaffung der landesplanerischen Grundlagen (dazu 1.), Widerruf der Betriebserlaubnis für den Flughafen

Tegel (2.), Aufhebung der Planfeststellung für den Flughafen Tegel (3.) sowie Erlass des Planfeststellungsbeschlusses für den BER - seinerzeit noch „Ausbau von Berlin-Schönefeld“ genannt - (4.).

1. Landesplanung

Ausgangspunkt ist der von den Ländern Berlin und Brandenburg beschlossene Staatsvertrag über die Aufgaben und Trägerschaft sowie Grundlagen und Verfahren der gemeinsamen Landesplanung (**Landesplanungsvertrag**) vom 6. April 1995, jetzt geltend in der Fassung vom 1. November 2011 (GVBl. Berlin 2012, S. 3).

In Art. 1 des Vertrages haben sich die Länder verpflichtet, eine auf Dauer angelegte gemeinsame Raumordnung und Landesplanung zu betreiben. Art. 7 Abs. 1 des Vertrages verpflichtet die Länder zur Aufstellung eines gemeinsamen Landesentwicklungsprogramms, das ebenfalls als Staatsvertrag zu vereinbaren ist. Das **Landesentwicklungsprogramm** in der Fassung vom 1. November 2003 (LEPro 2003) bestimmt in § 19 Abs. 11, dass der im Gesamttraum Berlin Brandenburg zu erwartende Bedarf an Luftverkehrskapazitäten durch rechtzeitige Bereitstellung vornehmlich innerhalb des bestehenden internationalen Flughafensystems, insbesondere unter Verringerung der Lärmbetroffenheit, gedeckt werden soll. Dabei soll der nationale und internationale Luftverkehrsanschluss für Berlin und Brandenburg „möglichst auf einen Flughafen konzentriert werden“. Hierbei soll eine enge räumliche Beziehung des Flughafens zum Aufkommensschwerpunkt Berlin angestrebt werden. Das nachfolgende Landesentwicklungsprogramm vom 15. Dezember 2007 – LEPro 2007 – (GVBl. Berlin S. 629) erklärt die Bestimmung des § 19 Abs. 11 LEPro 2003 als fortgeltend (Begründung zu § 7 LEPro 2007).

Ist in § 19 Abs. 11 LEPro 2003 die Konzentration auf einen einzigen Flughafen als Grundsatz der Raumordnung (§ 2 und § 3 Abs. 1 Nr. 3 des Raumordnungsgesetzes - ROG) und damit noch nicht zwingend verbindlich ausgestaltet, so erfolgte auf der nachfolgenden Planungsebene der Regionalpläne die Konkretisierung als Ziel der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG) durch den als Rechtsverordnung in beiden Ländern erlassenen **Landesentwicklungsplan Flughafenstandortentwicklung (LEP FS)** vom 28. Oktober 2003, jetzt geltend in der Fassung vom 30. Mai 2006 (GVBl. Berlin S. 509). Das Ziel Z 1 lautet:

„Zur Deckung des nationalen und internationalen Luftverkehrsbedarfes der Länder Berlin und Brandenburg ist der Flughafen Berlin-Schönefeld weiter zu entwickeln. Mit Inbetriebnahme der Kapazitätserweiterung am Standort Schönefeld sind die Flugplätze Berlin-Tegel und Berlin-Tempelhof zu schließen und ihre Flächen einer anderen Nutzung zuzuführen.“

Diese Festlegung ist als raumordnerische Zielbestimmung für die in § 4 Abs. 1 ROG genannten öffentlichen Stellen und Personen des Privatrechts bei ihren raumbedeutsamen Planungen verbindlich.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinen Urteilen vom 16. März 2006 betreffend die Klagen gegen den Planfeststellungsbeschluss für den BER die Rechtswirksamkeit des Zieles Z 1 des LEP FS 2003 bestätigt, nachdem zuvor das OVG Brandenburg in einem nicht rechtskräftig gewordenen Normenkontrollurteil diesen Plan für nichtig erklärt hatte.²

Ergänzend zu Ziel Z 1 des LEP FS enthält der **Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg (LEP BB)**³ als Ziel 6.6 folgende Festlegung: Linienflugverkehr und Pauschalflugreiseverkehr mit Flugzeugen sind nur auf dem Verkehrsflughafen Berlin Brandenburg International (BBI) zulässig, ausgenommen Flugverkehr durch Flugzeuge mit einer zulässigen Höchstabflugmasse von bis zu 14.000 Kilogramm. Bis zur Inbetriebnahme der Kapazitätserweiterung am Standort Schönefeld (BBI) ist dieser Verkehr nur auf den Flughäfen des Berliner Flughafensystems zulässig.

Der Entwurf des in Aufstellung befindlichen **Landesentwicklungsplans Hauptstadtregion (LEP HR)**, der den LEP BB ablösen soll, enthält unter Z 7.3 dieselbe Festlegung.

2. Widerruf der Betriebsgenehmigung TXL (Schließungsbeschluss 2004)

Um zu dokumentieren, dass das Land Berlin die landesplanerisch vorgegebene Schließung des Flughafens Tegel entgegen vorgebrachten Zweifeln tatsächlich betreibt, erließ die

² Vgl. z. B. BVerwGE 125, 116 (143 ff) Rn. 86 ff.

³ Für das Land Brandenburg rückwirkend zum 15.05.2009 in Kraft gesetzt durch Verordnung 27.05.2015, GVBl. II/15; vgl. dazu OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.06.2014 – OVG 10 A 8.10

Senatsverwaltung für Stadtentwicklung am 29. Juli 2004 und damit noch vor Erlass des Planfeststellungsbeschlusses BER vom 13. August 2004 einen „Bescheid über den Widerruf der Betriebsgenehmigung für den Flughafen Berlin-Tegel“. Der auf Antrag der Betreiberin des TXL, der Berliner Flughafengesellschaft (BFG), und nach Anhörung von Luftverkehrsgesellschaften, verschiedener Organisationen und Verbände und von Trägern öffentlicher Belange ergangene Beschluss ist auf § 6 LuftVG, § 45 der Luftverkehrs-Zulassungsordnung (LuftVZO) § 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) in Verbindung mit § 1 des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung gestützt. Er lautet in seinem verfügenden Teil:

„1. Die Betriebsgenehmigung für den Verkehrsflughafen Berlin-Tegel (TXL) wird widerrufen. Der Widerruf wird mit Ablauf von sechs Monaten wirksam, nachdem die Verlängerung der künftigen Start- und Landebahn 07L/25R (Nord- und heutige Südbahn) auf 3600 m Länge und der Neubau der künftigen Start- und Landebahn 07R/25L (Südbahn) des Verkehrsflughafens Berlin-Schönefeld (SXF) mit einer Länge von mindestens 4000 m funktionsfähig in Betrieb genommen worden ist.

2. Über die Aufhebung der Planfeststellung wird gesondert entschieden.“

Die gegen den Beschluss vom 29. Juli 2004 erhobenen Klagen mehrerer Fluggesellschaften blieben erfolglos⁴, der Beschluss ist also bestandskräftig.

3. Aufhebung der fiktiven Planfeststellung TXL (Schließungsbeschluss 2006)

Wie im Beschluss vom 29. Juli 2004 vorbehalten erließ die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung am 2. Februar 2006 einen „Bescheid über die Entlassung der Anlagen und Flächen des Flughafens Berlin-Tegel aus der luftrechtlichen Zweckbestimmung (Planfeststellung)“. Der ebenfalls auf Antrag der BFG und nach Anhörung von Luftverkehrsgesellschaften, verschiedener Organisationen und Verbände und von Trägern öffentlicher Belange ergangene Beschluss ist gestützt auf eine entsprechende Anwendung der §§ 8 LuftVG, 77, 72 Abs. 1, 49 VwVfG in Verbindung mit § 1 des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung. Er lautet im ersten Absatz seines verfügenden Teils:

⁴ OVG Berlin Brandenburg, Urteile vom 24.11.2005 – OVG 12 A 3.05 u.a. sowie BVerwG, Beschlüsse vom 21.06.2006 – BVerwG 4 B 18.06 u.a.-

„Die planfestgestellten Flächen und Anlagen des Verkehrsflughafens Berlin-Tegel (TXL) werden mit Ablauf von sechs Monaten, nachdem die Verlängerung der künftigen Start- und Landebahn 07L/25R (Nord- und heutige Südbahn) auf 3600 m Länge und der Neubau der künftigen Start- und Landebahn 07R/25L (Südbahn) des Verkehrsflughafens Berlin-Schönefeld mit einer Länge von mindestens 4000 m funktionsfähig in Betrieb genommen worden sind, aus der luftverkehrsrechtlichen Zweckbestimmung entlassen.“

Der Beschluss vom 2. Februar 2006 ist ebenfalls bestandskräftig, nachdem hiergegen erhobene Klagen zurückgenommen wurden.

4. Planfeststellungsbeschluss BER („Ausbau Verkehrsflughafen Berlin-Schönefeld“)

Als vierte Maßnahme zur rechtlichen Umsetzung des Konsensbeschlusses (chronologisch allerdings noch vor dem Schließungsbeschluss 2006) erließ das Ministerium für Stadtentwicklung, Wohnen und Verkehr des Landes Brandenburg am 13. August 2004 den Planfeststellungsbeschluss für den Bau des BER, seinerzeit als „Ausbau des Verkehrsflughafens Berlin- Schönefeld“ bezeichnet.

Der zentrale Inhalt des Beschlusses ist – *„in Änderung und Ergänzung des nach § 71 Abs. 1 Satz 1 LuftVG als planfestgestellt geltenden bestehenden Verkehrsflughafens Berlin-Schönefeld“*⁵ - die planerische Zulassung des Ausbauvorhabens. Der Beschluss trifft indes – entgegen einer gelegentlich zu hörenden Meinung – keine eigene Anordnung zur Schließung des Berliner Flughafens Tegel (und Tempelhof). Dafür würde der Planfeststellungsbehörde des Landes Brandenburg auch die Zuständigkeit fehlen.⁶ Allerdings bezeichnet der Planfeststellungsbeschluss die Schließung der beiden Flughäfen als *„tragenden Bestandteil der Planrechtfertigung des Ausbauvorhabens“* (Entscheidungsgründe S. 336). Dementsprechend ist auf Seite 328 formuliert: *„Der Planfeststellungsbeschluss steht unter dem Vorbehalt der endgültigen Schließung der Flughäfen Berlin-Tegel und Berlin-Tempelhof spätestens nach einer Übergangszeit von sechs Monaten nach Inbetriebnahme der ausgebauten Südbahn.“*

⁵ So der verfügende Teil des Planfeststellungsbeschlusses S. 57

⁶ Darauf weist Kluckert, Rechtliche Perspektiven für den Weiterbetrieb des Verkehrsflughafens Tegel, DÖV 2013, 874 (877) zutreffend hin

Die Klagen gegen den Planfeststellungsbeschluss vom 13. August 2004 wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteilen vom 16. März 2006⁷ im Wesentlichen zurück. Erfolgreich waren die Klagen nur wegen einiger Mängel in den Regelungen zum Lärmschutz. In einem Planergänzungsbeschluss vom 20. Oktober 2009 behob das Ministerium für Infrastruktur und Raumordnung des Landes Brandenburg diese Mängel. Der Planfeststellungsbeschluss vom 13. August 2004 ist mit den nachfolgenden Änderungen und Ergänzungen mittlerweile bestandskräftig⁸.

IV. Folgerungen für den Weiterbetrieb des Flughafens Tegel

Die entscheidende Rechtsnorm für die Frage, ob die gegenwärtige Gesetzeslage einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel auch nach Inbetriebnahme des BER zulässt, ist der LEP FS. Die zentrale Bedeutung dieser Rechtsverordnung verkennen sowohl die Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages⁹ aus dem Jahr 2013 als auch das im Auftrag von Ryanair erstellte Gutachten „Tegel offen halten“ vom Juni 2017, dessen juristischen Teil die Anwaltskanzlei CMS Hasche Sigle erstellt hat.¹⁰ Das hat zur Folge, dass die beiden Gutachten in ihrem rechtlichen Ansatz unzutreffend und insoweit in den darauf aufbauenden rechtlichen Ableitungen defizitär sind.

Die Zielfestlegung Z 1 des LEP FS unterliegt der **Bindungswirkung des § 4 Absatz 1 Satz 1 ROG**. Das in Z 1 formulierte Ziel, den Flughafen Tegel nach Inbetriebnahme des BER zu schließen und dessen Flächen einer anderen Nutzung zuzuführen, ist von allen öffentlichen Stellen bei ihren raumbedeutsamen Planungen und Maßnahmen zu beachten. Die Fortführung des Flughafenbetriebes wäre eine raumbedeutsame Maßnahme (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 6 ROG). Deshalb sind Adressaten der (zwingenden) Beachtungspflicht von Ziel Z 1 auch die für einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel zuständigen Behörden des Landes Berlin.¹¹ Dieselbe Beachtungspflicht gilt für die privatrechtlich organisierte Flughafengesellschaft FBB (§ 4 Abs. 1 Satz 2 ROG).

⁷ Beispielhaft BVerwGE 125, 116 („Schönefeld“)

⁸ Abweisung der Klagen gegen den Planergänzungsbeschluss durch BVerwGE 141, 1

⁹ Vgl. etwa die Ausführungen auf Seiten 15 f. und 26

¹⁰ Vgl. etwa die Ausführungen auf den Seiten 17, 39-40, 47 unten, 68 – 70 und 76

¹¹ So ausdrücklich BVerwGE 125, 116 (180) Rn. 193; BVerwG, B. vom 29.11.2007 - 4 B 22.07 – Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr. 34; BVerwG, B. vom 18.09.2009 – 4 B 33.09

Die Bindung an das Ziel Z 1 kann nicht auf dem Weg eines nachträglichen Widerspruchs der Obersten Luftfahrtbehörde des Landes Berlin gemäß § 5 Abs. 3 Satz 1 ROG umgangen werden. Diese Möglichkeit wird in der Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen (Seite 4) mit der Begründung erwogen, dass sich nach dem Inkrafttreten des LEP FS die Sachlage, z. B. die Luftverkehrsprognose, verändert habe. Nach der genannten Vorschrift kann eine an der Planung zu beteiligende öffentliche Stelle des Bundes im Sinne von § 5 Abs. 1 ROG unter bestimmten Voraussetzungen nachträglich einer Zielfestlegung widersprechen, sofern eine Veränderung der Sachlage ein Abweichen erforderlich macht. Ein wirksamer nachträglicher Widerspruch lässt dann (nur) gegenüber der betreffenden Stelle die Bindungswirkung des Zieles entfallen. Eine derartige Fallgestaltung ist hier aber nicht gegeben. Denn die Vorschrift des § 5 ROG bezieht sich, wie aus Absatz 1 hervorgeht, nur auf raumbedeutsame Planungen und Maßnahmen von öffentlichen Stellen des Bundes, von anderen öffentlichen Stellen, die im Auftrag des Bundes tätig sind, sowie von Personen des Privatrechts nach § 4 Abs. 1 Satz 2 ROG, die für den Bund öffentliche Aufgaben durchführen. Es handelt sich um eine Art Schutzbestimmung¹² zugunsten von Planungen des Bundes, die durch Zielfestlegungen anderer Planungsträger, also insbesondere der Länder, nachteilig betroffen sein können. Im vorliegenden Fall stehen aber überhaupt keine Planungen des Bundes in Rede.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass jede Maßnahme oder Entscheidung von Behörden des Landes Berlin oder der FBB, die auf einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel nach Inbetriebnahme des BER (nach Ablauf der maximal sechsmonatigen Übergangsfrist) zielen, auf ein rechtlich unzulässiges Ergebnis gerichtet wären.¹³ Das gilt insbesondere für die Aufhebung der Schließungsverfügungen von 2004 und 2006, einschließlich eines entsprechenden Aufhebungsantrags der FBB. Deshalb besteht für die zuständigen Berliner Behörden gegenwärtig auch nicht die Befugnis, entsprechende Verwaltungsverfahren einzuleiten, wie dies von mancher Seite etwa bezüglich eines „Widerrufs des Widerrufs der Betriebsgenehmigung“ gefordert wird.

Zwischenergebnis:

¹² Spannowsky in Spannowsky/Runkel, Goppel, ROG, § 5 Rn. 1 und 7: „Konfliktbereinigungsverfahren“

¹³ So zutreffend auch die Einschätzungen in den Gutachten Kipp und Geulen

Die gegenwärtige Gesetzeslage untersagt den Behörden des Landes Berlin jede Maßnahme oder Entscheidung, die auf einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel nach Inbetriebnahme des BER (nach Ablauf der maximal sechsmonatigen Übergangsfrist) gerichtet ist.

Teil B

Voraussetzungen für eine Änderung der Gesetzeslage

I. Einverständnis aller Gesellschafter der FBB

Wie dargelegt, ist das entscheidende rechtliche Hindernis für einen möglichen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel die landesplanungsrechtliche Situation, die das Single-Airport-Konzept mit Schließung der beiden innerstädtischen Flughäfen festschreibt. Will man diese Gesetzeslage beseitigen, müssten also § 19 Abs. 11 LePro 2003, der LEP FS (oder zumindest dessen Zielbestimmung Z 1) und die Zielbestimmung 6.6 des LEP BB geändert werden. Zuvor müssten die Gesellschafter der FBB von dem Konsensbeschluss aus dem Jahr 1996 abrücken.

Berlin und Brandenburg betreiben eine auf Dauer angelegte gemeinsame Raumordnung und Landesplanung und verpflichten sich deshalb unter anderem, ein gemeinsames Landesentwicklungsprogramm und gemeinsame Landesentwicklungspläne festzulegen (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 des Landesplanungsvertrags). Eine Änderung der genannten landesplanerischen Rechtsgrundlagen ist also nur durch ein gemeinschaftliches Handeln der beiden Länder möglich.

Ein solches gemeinschaftliches Handeln in Richtung auf Offenhaltung des Flughafens Tegel setzt das Einvernehmen des Bundes als Mitgesellschafter der FFB voraus. Denn dem Bund dürfte gegen seinen Willen nicht der Betrieb eines zweiten Flughafens neben dem BER aufgedrängt werden. Der Bund könnte auch nicht von den beiden anderen Gesellschaftern überstimmt werden. Denn nach dem Gesellschaftsvertrag der FBB bedürfen „grundsätzliche Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Aus- und Neubau des Flughafens BER“ - und das

ist bei Offenhaltung von Tegel der Fall - einer Mehrheit von mindestens 75 % der abgegebenen Stimmen.¹⁴ Berlin und Brandenburg haben aber zusammen nur 74 % der Stimmen.

Der Ministerpräsident von Brandenburg hat zuletzt etwa im Rahmen der gemeinsamen Sitzung der Kabinette von Berlin und Brandenburg am 6. November 2017 erklärt, das Land Brandenburg bleibe bei seiner Haltung, dass der Flughafen Tegel nach Inbetriebnahme des BER geschlossen werden müsse.¹⁵ Schon zuvor hatte sich in einer Sitzung der Gesellschafter der FBB vom 26. Oktober 2017 keine Mehrheit für die Offenhaltung des Flughafens Tegel gefunden.¹⁶ Auch der Bund hält - jedenfalls gegenwärtig - an der bisherigen Gesetzeslage fest.

Solange Brandenburg und der Bund oder einer von beiden bei dieser Haltung bleiben, ist eine Änderung der landesplanerischen Grundlagen nicht möglich. Berlin sind insoweit – ungeachtet des Volksentscheides – die Hände gebunden.

Zwischenergebnis:

Das Land Berlin kann nach dem gegenwärtigen Stand der Aufforderung des Volksentscheides, die erforderlichen Maßnahmen zur Offenhaltung des Flughafens Tegel nach Inbetriebnahme des BER zu ergreifen, wegen der Haltung von Brandenburg und des Bundes nicht mit Aussicht auf Erfolg Folge leisten.

II. Hilfgutachtliche Überlegungen zur Änderung der Gesetzeslage

Zwar ist gegenwärtig nicht zu erkennen, dass Brandenburg und der Bund ihre Auffassung zum Weiterbetrieb des Flughafens Tegel aufgeben würden. Andererseits ist nicht auszuschließen, dass sich diese Haltung – aufgrund welcher Entwicklungen auch immer – in Zukunft ändern könnte, also alle Gesellschafter den Weiterbetrieb des Flughafens Tegel

¹⁴ Siehe die Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen, S. 2

¹⁵ Vgl. etwa den Bericht des Tagesspiegel in der Ausgabe vom 7.11.2017

¹⁶ Zusammenfassende Folgenabschätzung vom 6.11.2017, S. 1

ermöglichen wollen. Es empfiehlt sich deshalb, **vorsorglich** Überlegungen zu den rechtlichen Fragen anzustellen, die sich für diesen (unterstellten) Fall ergeben würden.

Entsprechend dem hilfsgutachtlichen Charakter bleibt die folgende Untersuchung auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränkt. Dabei wird ferner unterstellt, dass eine mögliche Änderung der Gesetzeslage zeitlich noch rechtzeitig vor Ablauf der Übergangsfrist nach Inbetriebnahme des BER in Kraft treten würde, d. h. dass die aufschiebende Bedingung in den Schließungsverfügungen von 2004 und 2006 noch nicht eingetreten ist. Wäre hingegen die Bedingung schon eingetreten, müsste wegen des Erlöschens der Planfeststellungs- und Genehmigungsfiktion ein gänzlich neues Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren durchgeführt werden (siehe Teil C I 3).

1. Änderung des § 19 Abs. 11 LEPro 2003

Als höherstufige Regelung der gemeinsamen Landesplanung müsste § 19 Abs. 11 LEPro 2003 als Bestandteil des Staatsvertrages LEPro 2007 vor einer Änderung des LEP FS geändert sein. Denn die gemeinsamen Landesentwicklungspläne sind auf der Grundlage des gemeinsamen Landesentwicklungsprogramms zu entwickeln (Art. 8 Abs. 1 Satz 1 des Landesplanungsvertrages, § 8 Abs. 2 Satz 1 ROG). Das schließt natürlich nicht aus, beide Änderungsverfahren gleichzeitig und parallel zu betreiben. Im Gegenteil könnte das sogar geboten sein, um unnötige Mehrfachprüfungen zu vermeiden.

a) Verfahrensrechtliche Voraussetzungen

Bei der notwendig werdenden Änderung des Staatsvertrages über das Landesentwicklungsprogramm 2007 müssten Berlin und Brandenburg u. a. folgende verfahrensrechtliche Vorgaben beachten: Für Raumordnungsplanungen nach § 8 ROG ist eine **Strategische Umweltprüfung (SUP)** durchzuführen (§ 35 Abs. 1 Nr. 1 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung – UVPG – in Verbindung mit Nr. 1.5 der Anlage 5 zum UVPG). Das gilt auch für Änderungen einer Planung, es sei denn es handelte sich um eine nur geringfügige Änderung (§ 9 Abs. 2 ROG, § 37 UVPG) – was hier erkennbar nicht der Fall ist. Gegenstand und Verfahren einer SUP sind in §§ 9 bis 11 ROG sowie ergänzend (vgl. § 38 Satz 1 UVPG) in den §§ 39 ff. UVPG geregelt.

Bei der SUP ist eine Reihe von Verfahrensschritten vorgeschrieben, wie zum Beispiel: Unterrichtung der Öffentlichkeit und der in ihren Belangen berührten öffentlichen Stellen (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ROG); Durchführung der Umweltprüfung (§ 9 ROG, § 39 ff. UVPG); Erstellung des Umweltberichts (§ 9 Abs. 1 ROG, § 40 UVPG); Beteiligung der Öffentlichkeit und der Träger öffentlicher Belange durch öffentliche Auslegung des Entwurfs des Raumordnungsplans samt Begründung und Umweltbericht (§ 10 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 ROG; §§ 41, 42 UVPG); Überprüfung eingegangener Stellungnahmen (§ 10 Abs. 1 Satz 3 ROG, § 43 UVPG). Ergänzende Verfahrensvorschriften enthält Art. 7 Abs. 2 des Landesplanungsvertrages.

Diese Aufzählung, zu der noch die etwaige (fakultative) Durchführung eines Erörterungstermins hinzuzurechnen wäre, soll deutlich machen, welcher allein zeitliche Aufwand mit einer Änderung des § 19 Abs. 11 LEPro 2003 verbunden wäre, ehe es – nach abschließender Bewertung und Berücksichtigung und Annahme des Plans (§§ 43, 44 UVPG) - zu einer förmlichen Änderung des Staatsvertrages durch die beiden Länder kommen kann. Das gilt erst recht, wenn gleichzeitig das Verfahren zur Änderung des LEP FS durchgeführt würde, weil hierbei umfangreichere und konkretere Untersuchungen und Festlegungen und eine entsprechend aufwendigere Anhörung (siehe dazu unten Abschnitt 2.) als bei einem Landesentwicklungsprogramm erforderlich wären. Zu bedenken ist weiter, dass der für die SUP zu betrachtende Raum und damit auch die Anzahl der zur betroffenen Öffentlichkeit gehörenden Personen (§ 2 Abs. 9 UVPG) sehr groß sein wird, weil der Untersuchungsraum die voraussichtlichen Umweltauswirkungen des gesamten neuen Flughafensystems, also der beiden Flughäfen umfassen müsste. Das könnte angesichts der mit Sicherheit zu erwartenden intensiven Einwendungen der durch den Weiterbetrieb nachteilig Betroffenen eine zusätzliche Verlängerung des Verfahrens bewirken.

Alles in allem muss wohl, gerechnet vom Beginn des Verfahrens, mit einer Dauer von mindestens einem Jahr gerechnet werden. Falls gleichzeitig die SUP für den LEP FS durchgeführt würde, dürfte die Verfahrensdauer deutlich länger werden, nicht zuletzt auch deshalb, weil für die Untersuchung der Umweltauswirkungen des Flughafens Tegel wohl wenig auf vorhandenes Material zurückgegriffen werden könnte. Das ist eine Folge davon, dass für diesen Flughafen nie ein ordnungsgemäßes Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren durchgeführt worden ist.

b) Materiellrechtliche Voraussetzungen.

Das gemeinsame Landesentwicklungsprogramm legt auf einer höherstufigen Planungsebene insbesondere Grundsätze der Raumordnung fest, die für die Gesamtentwicklung der beiden Länder von Bedeutung sind (Art. 7 Abs. 1 Satz 2 LEPro 2007). Grundsätze der Raumordnung sind Aussagen zur Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Raums als Vorgaben für nachfolgende Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 ROG). Im Gegensatz zu Zielen der Raumordnung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG) sind die Grundsätze nicht in dem Sinn verbindlich, dass aus ihnen entwickelte, die Grundsätze konkretisierende Planungen, etwa die Landesentwicklungspläne, keinen Abwägungsspielraum mehr für ihre eigenen Festlegungen hätten.

Dieser Unterschied zwischen höherstufiger und nachfolgender Planungsebene wirkt sich auf den Maßstab der jeweiligen planerischen Abwägung aus. So bestimmt § 7 Abs. 2 Halbsatz 1 ROG, dass bei der Aufstellung der Raumordnungspläne die öffentlichen und privaten Belange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen sind. Das wiederum bedeutet, dass die Abwägung der Belange, die den Festlegungen des gemeinsamen Landesentwicklungsprogramms zugrunde liegen, weniger konkret und auf detaillierten Ermittlungen beruhend erfolgt als etwa bei Zielbestimmungen in einem Landesentwicklungsplan. Das maßgebende Abwägungsprogramm, also die in die Abwägung einzustellenden öffentlichen und privaten Belange, ist allerdings beim Landesentwicklungsprogramm im Wesentlichen gleichartig wie auf der nachfolgenden Stufe. Deshalb wird, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die Ausführungen zur Abwägung bei der Änderung des – letztlich entscheidenden - LEP FS verwiesen. Das gilt auch für die vorrangige Frage, welches von mehreren landesplanerisch möglichen Standort-Konzepten das Single-Airport-Konzept ablösen soll (siehe den folgenden Abschnitt 2).

2. Änderung des LEP FS

Soll die Zielfestlegung Z 1 des LEP FS geändert werden, müsste wohl der gesamte Plan neu gefasst werden. Denn das in Z 1 formulierte Ziel eines Single-Airport-Konzepts ist so zentral, dass alle übrigen Festlegungen zumindest angepasst werden müssten. Letztlich kann die

Frage, welchen Umfang die Änderung hätte, offen bleiben. Die entscheidenden verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Anforderungen sind bei einer Beschränkung auf Z 1 dieselben wie bei einer umfangreicheren Änderung.

Wegen der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen kann auf die auch hier geltenden Ausführungen zur Änderung von § 19 Abs. 11 LEPro 2003 verwiesen werden (oben Abschnitt 1 a). Näher zu untersuchen sind im Folgenden die materiellrechtlichen Voraussetzungen und rechtlichen Grenzen einer Änderung des LEP FS in seiner Fassung von 2006. Zu wiederholen ist dabei die Aussage, dass wegen der aufwendigen Durchführung der SUP ein jahrelanges Verwaltungsverfahren zu erwarten wäre – von anschließenden Rechtsschutzverfahren ganz abgesehen.

a) Bedeutung der Raumordnung für die Festlegung des Standorts eines internationalen Verkehrsflughafens

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁷ ist die Wahl des Standorts für einen internationalen Verkehrsflughafen wegen der großräumigen Auswirkungen vorrangig eine raumordnerische Entscheidung. **Zielförmige Standortfestlegungen** in einem Landesentwicklungs- oder Regionalplan treffen somit die Aussage, dass der ausgewählte Standort aus raumordnerischer Sicht geeignet und – nach einem raumordnerischen Alternativenvergleich – vorzugswürdig ist, um konkurrierende Raumnutzungen in einen dauerhaften großräumig ausgewogenen Ausgleich zu bringen. Auf der nachfolgenden Stufe der Zulassung des Flughafenvorhabens – üblicherweise durch Planfeststellung nach § 8 LuftVG – ist die Zulassungs-(Planfeststellungs-)behörde an die raumordnerische Standortentscheidung in der Weise gebunden, dass sie keinen eigenen Standortalternativenvergleich mehr vornehmen darf, sondern an den betreffenden Standort gebunden ist. Allerdings trifft die Behörde keine („positive“) Rechtspflicht zur Zulassung des Vorhabens an diesem Standort. Vielmehr muss sie überprüfen, ob das konkrete Vorhaben an diesem Standort alle rechtlichen Voraussetzungen für eine Zulassung erfüllt. Ist das nicht der Fall, muss sie die Zulassung (also regelmäßig die Planfeststellung) versagen.

¹⁷ Grundlegend BVerwGE 125, 116 (130 ff.) Rn. 54 ff. „Schönefeld“; BVerwGE 144, 1 (16, 22) Rn. 49, 64; BVerwGE 144, 44 (64) Rn. 53

Aus diesem Verhältnis zwischen raumordnerischer Standortfestlegung und nachfolgender Zulassungsentscheidung ergibt sich die **überragende Bedeutung des LEP FS** für die gesamte in diesem Gutachten zu untersuchende rechtliche Problematik. Man wird die zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts so verstehen müssen, dass für die Planung und Zulassung insbesondere von internationalen Verkehrsflughäfen¹⁸ in aller Regel auf der ersten Stufe eine raumordnerische Standortaussage erfolgt sein muss, ehe ein konkretes Zulassungsverfahren erfolgen kann. Diese Standortaussage muss nicht zwingend eine zielförmig abschließende Standortfestlegung (wie im Fall des LEP FS) sein, sondern kann – jedenfalls bei Erweiterungen eines Flughafens oder bei Änderungsgenehmigungen – eine weniger bindende landesplanerische Festlegung, etwa die zielförmige Festlegung von Vorrangflächen sein.¹⁹ Daraus erhellt, dass die raumordnerische Gesetzeslage eine erhebliche Bedeutung auch für die Frage haben wird, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen die Schließungsverfügungen von 2004 und 2006 aufgehoben werden könnten (dazu unten Teil C). Dasselbe gilt für die Frage, welche Voraussetzungen für einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel erfüllt sein müssten, wenn das Land Berlin den „Sonderweg“ des Ausstiegs aus der gemeinsamen Landesplanung versuchen würde (dazu unten Teil E).

b) Gegenstand der Festlegungen in einem geänderten LEP FS

Zunächst ist zu klären, auf welchem Konzept die Änderungen des LEP FS beruhen sollen. Die Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen bei Umsetzung des Volksentscheids beschreibt auf Seite 3 und 4 drei mögliche Szenarien: Erstens die Positivfestlegung des Standortes Tegel neben dem BER; zweitens die Aufgabe des Single-Standort-Konzepts ohne Positivaussage für Tegel; drittens die ersatzlose Aufhebung des LEP FS.

Aus den folgenden Gründen ist nur das erste Szenario geeignet, das angestrebte Ziel einer Offenhaltung des Flughafens Tegel zu erreichen. Wie ausgeführt, ist die Festlegung des Standorts eines internationalen Verkehrsflughafens vorrangig eine raumordnerische Entscheidung. Soll der Weiterbetrieb des Flughafens Tegel sichergestellt werden, muss auf der landesplanerischen Ebene, also im LEP FS, der Standort Tegel zielförmig festgelegt

¹⁸ Aber auch für Regionalflughäfen, vgl. BVerwGE 130, 83 (107 f.) Rn. 66

¹⁹ Vgl. BVerwGE 142, 234 (263) Rn. 82 und BVerwG, Beschluss vom 31.03.2011 – 4 BN 19.10 – juris Rn. 10 f. zur Erweiterung des Flughafens Frankfurt; vgl. auch BVerwGE 130, 83 (107 f.) Rn. 66 f.

werden. Allerdings kann eine derartige Zielfestlegung auch erst nach einer abwägungsfehlerfreien Alternativenprüfung erfolgen, also nach einer Untersuchung, ob sich nicht andere Lösungsmöglichkeiten als der Weiterbetrieb eines innerstädtischen Flughafens anbieten (vgl. näher unten Abschnitt e) aa) „Die Kapazitätsfrage“). Nur mit einer solchen Zielfestlegung wäre gesichert, dass auf der zweiten Stufe, nämlich der Zulassung des konkreten Vorhabens, ausschließlich und ohne weitere Alternativenprüfung untersucht und entschieden wird, ob alle rechtlichen Voraussetzungen für einen Weiterbetrieb gegeben sind. Diese Zulassungsebene wären hier die nachfolgenden Verwaltungsverfahren zur Aufhebung der beiden Schließungsverfügungen von 2004 und 2006.

Hingegen gäbe es beim zweiten Szenario (Aufgabe des Single-Airport-Konzepts), wie in der Zusammenfassung a.a.O. zutreffend hervorgehoben wird, mangels Positivaussage für den Flughafen Tegel keine landesplanerische Festlegung eines bestimmten Standorts für einen zweiten Flughafen. Vielmehr müsste bei der erforderlichen landesplanerischen Alternativenprüfung untersucht werden, welche anderen Standorte raumordnerisch ebenfalls für einen die Kapazitätsprobleme lösenden zweiten Flughafen in Betracht kommen. Ob eine solche landesplanerische Zurückhaltung in der Standortfrage überhaupt zulässig wäre, mag dahin stehen. Jedenfalls könnte eine Standortfestlegung (mit Alternativenprüfung) zugunsten von Tegel und zulasten anderer landesplanerisch möglicher Standorte erst im Rahmen der Verwaltungsverfahren zur Aufhebung der Schließungsverfügungen 2004 und 2006 erfolgen.

Das dritte Szenario wäre schon deshalb nicht zielführend, weil nach ersatzloser Aufhebung des LEP FS überhaupt keine raumordnerische Vorklärung der Flughafen-Standorte mehr bestünde. Angesichts der Bedeutung der raumordnerischen Entscheidung für die Standorte internationaler Verkehrsflughäfen wäre ein solcher Verzicht rechtlich hochproblematisch. Denn im vorliegenden Fall geht es um die Koordinierung von zwei nahe beieinander gelegenen Flughäfen mit jeweils großräumigen Auswirkungen. Dies ist der klassische Fall für einen raumordnerischen Koordinierungsbedarf. Ein isoliertes Zulassungsverfahren für die Offenhaltung des Flughafens Tegel könnte dies nicht leisten

Für die folgende Untersuchung der rechtlichen Voraussetzungen einer Änderung des LEP FS ist daher davon auszugehen, dass diese Änderung auf eine neue verbindliche Zielfestlegung mit einer Positivaussage für den Standort Tegel (neben dem Standort BER) ausgerichtet sein müsste.

c) Grundsätzliches zur Abwägung des Planungsträgers und zur gerichtlichen Abwägungskontrolle

Bei der Aufstellung, Änderung, Ergänzung und Aufhebung eines Raumordnungsplanes sind die öffentlichen und privaten Belange, soweit sie auf der jeweiligen Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen; bei der Festlegung von Zielen der Raumordnung ist abschließend abzuwägen (§ 7 Abs. 2 Satz 1, Abs. 7 ROG). Bei SUP-pflichtigen Plänen wie hier ist von herausgehobener Bedeutung für die Abwägung die Berücksichtigung des Ergebnisses der **Umweltprüfung nach § 9 ROG** (vgl. § 7 Abs. 2 Satz 2 ROG). Mit dem Abwägungserfordernis ist die wichtigste rechtliche Anforderung an einen Raumordnungsplan bezeichnet. Für die planende Stelle bedeutet dies, dass sie alle abwägungserheblichen Belange erfassen, insbesondere auch mögliche Alternativen untersuchen und dann unter Berücksichtigung des gesamten Abwägungsmaterials über den Plan entscheiden muss. Soweit es um Alternativen zum planerischen Vorhaben geht, muss sie sich letztlich für eine davon entscheiden. Dabei kann es durchaus sein, dass nicht nur die gewählte, sondern auch die verworfenen Alternativen - gemessen an der Planungsaufgabe – in rechtmäßiger Weise hätten in Betracht kommen können. Die planende Stelle hat **planerische Gestaltungsfreiheit** und das heißt nicht zuletzt das Bevorzugen und damit notwendig das Ausscheiden von Alternativen. Vor diesem Hintergrund hat zum Beispiel das Bundesverwaltungsgericht in seinen Urteilen vom 16. März 2006²⁰ zum Planfeststellungsbeschluss vom 13. August 2004 in einem obiter dictum ausgeführt, dass an Stelle des Single-Airport-Konzeptes eine Erweiterung des vorhandenen Berliner Flughafensystems eine „rechtlich wohl auch vertretbare Lösung gewesen wäre“.

Von der planerischen Gestaltungsfreiheit sind zu unterscheiden die rechtlichen Grenzen, denen eine ordnungsgemäße Abwägung unterliegt. Ob diese rechtlichen Grenzen eingehalten sind, ist insbesondere bei der gerichtlichen Kontrolle der jeweiligen planerischen Entscheidung von Bedeutung. Die rechtliche Überprüfung der Einhaltung des Abwägungsgebots²¹ fragt nur danach, ob die konkrete Abwägungsentscheidung in dem rechtlich vorgegebenen Rahmen bleibt, nicht aber danach, ob es sich um die „beste“ planerische Lösung handelt. Denn es ist durchaus möglich, dass eine verworfene andere Lösung unter planerischen Gesichtspunkten gleichwertig oder gar – je nach Standpunkt –

²⁰ Vgl. BVerwGE 125, 116 (146) Rn. 98 „Schönefeld“

²¹ Zu den Maßstäben der Abwägungskontrolle siehe die st. Rspr. des BVerwG seit BVerwGE 34, 301 (308 ff.) und BVerwGE 48, 56 (63 ff): BVerwGE 125, 116 (145 f.) Rn. 97 und 98

„besser“ gewesen wäre und ebenso rechtsfehlerfrei hätte gewählt werden können. Ein rechtserheblicher Abwägungsfehler liegt nur dann vor, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattgefunden hätte, oder wenn in die Abwägung nicht an Belangen eingestellt worden wäre, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden musste oder wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt worden wäre oder wenn der Ausgleich zwischen ihnen in einer Weise vorgenommen worden wäre, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht.²²

Diese klar stellenden Ausführungen sind für den Verfasser deshalb wichtig, weil sie deutlich machen, was das zu erstellende Gutachten leisten kann und muss und was nicht. Aufgabe ist eine „neutrale juristische Begutachtung“ über den Umgang mit dem Ergebnis des Volksentscheids. Dabei sind selbstverständlich auch die politischen und ökonomischen Folgen der rechtlichen Überlegungen und Weichenstellungen in den Blick zu nehmen. Was das Gutachten naturgemäß nicht leisten kann und soll, ist das eigenständige Bewerten von genuin politischen Entscheidungen des Senats und des Abgeordnetenhauses von Berlin. Was damit gemeint ist, sei an folgendem (vereinfachten) Beispiel erläutert. Unterstellt die rechtliche Prüfung der Möglichkeiten einer Änderung des LEP FS käme zu dem Ergebnis, dass sowohl die Schließung als auch der Weiterbetrieb des Flughafens Tegel bei ähnlichem Klagerisiko rechtlich zulässig wären. Dann wäre es eine ausschließlich politische Entscheidung, welche der beiden Alternativen bevorzugt wird. Plakativ formuliert: Ob die Flächen des Flughafens Tegel für die Stadtentwicklung (Wissenschaft, Wohnen, Gewerbe) oder – wie bisher – für einen Verkehrsflughafen genutzt werden sollen, müsste in dem unterstellten Fall (im Einvernehmen mit Brandenburg) vom Senat und vom Abgeordnetenhaus und nicht von einem Gutachter entschieden werden.

d) Die maßgebenden Abwägungsgründe für den LEP FS 2003/2006

Die raumordnerische Abwägung (§ 7 Abs. 2 ROG) als der wichtigste Teil der Begründung nimmt dementsprechend sowohl im LEP FS 2003 als auch in der jetzt maßgebenden Fassung des Plans von 2006 breiten Raum ein. Dabei ist zu beachten, dass nach der damaligen Gesetzeslage auch die ergänzende Fassung von 2006 noch nicht einer SUP-Pflicht unterlag. Im Folgenden sollen die wichtigsten Gesichtspunkte der Entscheidung für das Single-Airport-

²² Vgl. etwa die Zusammenfassung der st. Rspr. des BVerwG in BVerwGE 100, 370 (383 f.)

Konzept und die damit verbundene Schließung des Flughafens Tegel (und Tempelhof) in der gebotenen Kürze dargestellt werden.

Zunächst sei die zusammenfassende Darstellung der Planbegründung im LEP FS 2003 in den Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. März 2006²³ auszugsweise wiedergegeben:

„Die Plangeber begründen ausführlich, dass parallele Kapazitätserweiterungen innerhalb des bestehenden Flughafensystems hinsichtlich `der Flugverkehrsabwicklung und Integration der Verkehrsträger, Lärmbelastungen und Raumverträglichkeit sowie der Nutzung wirtschaftlicher und raumstruktureller Entwicklungspotentiale als ungünstigste Lösung` zu beurteilen sei. Auf den vorhandenen Start- und Landebahnen sei kein dem Stand der Technik entsprechender unabhängiger Parallelbetrieb möglich. Das bestehende Flughafensystem mit sechs Start- und Landebahnen erreiche auch in der Summe nicht die Qualität eines modernen Zwei-Bahnsystems (Nr. 5.4.1 zu Z 1 des LEP FS <2003>). Die prognostizierte Steigerung der Flugbewegungen erfordere den Ausbau der Abfertigungskapazitäten im Terminalbereich. Das sei jedoch angesichts der hohen Zahl Lärmbetroffener weder in Tempelhof noch in Tegel vertretbar. Eine direkte Einbindung Tempelhofs in das Fernverkehrsnetz der Bahn sei nicht möglich; das Stadtstraßennetz könne die prognostizierte Zahl an Passagieren nicht bewältigen. Vergleichbare Standortnachteile bestünden für den Flughafen Tegel, der nur mangelhaft an Schiene und U-Bahn-Netz angebunden sei.

Die Vorteile einer Konzentration des Luftverkehrs auf den Flughafen Schönefeld sehen die Plangeber zunächst darin, dass nur an diesem Standort die Errichtung eines Zwei-Bahnsystems mit ausreichendem Achsabstand für einen unabhängigen Parallelbetrieb möglich sei, ferner in der hochwertigen Einbindung des Standorts in das örtliche, regionale und überörtliche Schienen- und Straßennetz, in der Möglichkeit eines effektiven Flughafenbetriebes (auch für Umsteiger), wirtschaftlicher Betriebskonzepte und optimierter Betriebsabläufe (gebündelte An- und Abflugrouten, Vereinfachung der Navigationsverfahren, Reduzierung des Bedarfs an technischer Infrastruktur für die Flugsicherung und den Flughafenbetreiber) sowie in der zahlenmäßigen Verringerung der bisher im Umfeld von drei Standorten lärmbeeinträchtigten Anwohner. Die Konzentration auf einen Flughafenstandort führe schließlich zu einem höheren Maß an Sicherheit des Flugbetriebes und des Flughafenbetriebes insgesamt (vgl. Nr. 4.2, 5.4.1 und 5.4.4.1 zu Z 1 des LEP FS <2003>). „

²³ Z. B. BVerwGE 125, 116 (147 ff.) Rn. 100 ff. („Schönefeld“)

Das Bundesverwaltungsgericht a.a.O. fährt fort: *„Mit dem [prognostizierten] Anstieg der Flugbewegungen würden sich die Fluglärmimmissionen in den dicht bebauten, an die Flughäfen Tempelhof und Tegel angrenzenden innerstädtischen Wohngebieten noch erheblich erhöhen.“* Die Fassung 2006 des LEP FS vertieft diese Argumente für die Schließung von Tegel (und Tempelhof) zugunsten einer Konzentration auf den Ausbau des Flughafens Schönefeld und hebt nochmals die Nachteile hervor, die ein innerstädtischer Flughafen – neben Luftverunreinigung und Havarierisiko - insbesondere wegen der Lärmbelastung der Bewohner in den dicht bebauten Siedlungsgebieten zur Folge hat. Dem Belang einer deutlichen Verringerung der Zahl der Lärmbetroffenen durch die Konzentration auf einen außerhalb Berlins liegenden Flughafen wird „ein ganz besonders hohes objektives Gewicht für die zu treffende Standortentscheidung“ zugemessen.²⁴ In dem abschließenden Vergleich „Ausbau Berlin-Schönefeld gegenüber Weiterbetrieb der bestehenden Flughäfen“ heißt es in der Begründung:²⁵

„Bei einem Ausbau des Flughafens Berlin-Schönefeld werden die ganz besonders hoch zu gewichtende Anforderung zur Vermeidung von Lärmbetroffenheit, die besonders hoch zu gewichtenden Anforderungen zum Arbeitsmarkt und zu den Wirtschaftsimpulsen sowie die Anforderungen zur Konzentration auf einen Standort, zur Verknüpfung mit anderen Verkehrsträgern, zur Verlagerung von Kurzstreckenluftverkehr, zum raumordnerischen Leitbild, zur Trennung von Raumnutzungen, zum Havarierisiko, zur Erholung, zu natürlichen Lebensgrundlagen und zu Entwicklungspotenzialen besser erfüllt als beim Weiterbetrieb der bestehenden Flughäfen. Nur die Anforderung zur Nachnutzung bestehender Infrastrukturen wird beim Weiterbetrieb der bestehenden Flughäfen besser erfüllt als beim Ausbau des Flughafens Schönefeld.Wegen der deutlich besseren Erfüllung der raumordnerischen Anforderungen ist der Ausbau des Flughafens Berlin-Schönefeld deutlich raumverträglicher als der Weiterbetrieb der bestehenden Flughäfen.“

e) Anderes Abwägungsergebnis aufgrund veränderter Umstände rechtlich möglich?

Das Abwägungsergebnis des LEP FS 2003/2006 und die dazu angeführten Begründungen könnten grundsätzlich im Rahmen eines Planänderungsverfahrens durch neue Erwägungen

²⁴ Begründung zu Ziel Z 1 Nr. 5.3 S. 47 des LEP FS 2006

²⁵ A.a.O. S. 47/48; ebenso Nr. 5.5 „Zusammenfassung“ a.a.O. S. 49

zugunsten eines anderen Abwägungsergebnisses überwunden werden. Das setzt abwägungserhebliche Belange voraus, die entweder aufgrund inzwischen veränderter Umstände (z. B. neue Sach- oder Rechtslage) oder infolge einer abweichenden Bewertung von „alten“ abwägungserheblichen Belangen die Planungsträger Berlin und Brandenburg veranlassen, im Rahmen ihrer planerischen Gestaltungsfreiheit eine andere landesplanerische Lösung, nämlich die Offenhaltung des Flughafens Tegel zu bevorzugen. Gibt es solche Belange, insbesondere also die vermeintlichen Kapazitätsengpässe des BER, bleibt zu untersuchen, ob nach Inkrafttreten des LEP FS 2003/2006 neue abwägungserhebliche Belange aufgetaucht sind, die trotz der Kapazitätsproblematik gegen einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel sprechen könnten. In einem dritten Schritt ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen eine Abwägungsentscheidung zugunsten der Offenhaltung des Flughafens Tegel rechtsfehlerfrei sein könnte.

aa) Die Kapazitätsfrage

Das bei weitem wichtigste und auch beim Volksentscheid im Mittelpunkt stehende Argument ist die Behauptung, die Kapazität des BER reiche schon bei seiner Eröffnung angesichts der gegenwärtigen Passagierzahlen nicht aus. Erst recht gelte dies mit Blick auf die für die nächsten Jahre und Jahrzehnte prognostizierten Passagierzahlen. Etwaige kapazitätssteigernde Erweiterungsmaßnahmen am BER seien zeitlich und finanziell in ihrer Realisierung ungewiss und überdies auch nicht ausreichend, um die Probleme dauerhaft zu beseitigen.

Generell lässt sich sagen, dass diese Argumente, sollten sie sachlich zutreffen, gewichtige abwägungserhebliche Belange wären, die auf einem Sachverhalt beruhen würden, der in der ursprünglichen Abwägung be

i Beschlussfassung über den LEP FS 2003/2006 noch keine Rolle spielte. Im Gegenteil geht dieser Plan davon aus, dass der zu erwartende Luftverkehrsbedarf von seinerzeit für das Jahr 2023 angenommenen ca. 30 Millionen PAX/a am auszubauenden Einzelstandort Schönefeld gedeckt werden könne.²⁶ Ebenso ging der Planfeststellungsbeschluss für den BER vom 13. August 2004 aufgrund der damaligen Prognosen für 2015 von ca. 23 Millionen PAX/a und für 2023 von ca. 30 Millionen PAX/a aus.²⁷ Diese Annahmen sind bekanntlich durch die Wirklichkeit längst überholt – TXL und SXF haben 2016 zusammen ca. 33 Millionen Passagiere abgefertigt. Je umfangreicher und je länger andauernd Kapazitätsengpässe am

²⁶ So Begründung zu Z 1 Nr. 3.2 S. 16 f.

²⁷ Planfeststellungsbeschluss S. 355 ff.

BER wären, desto objektiv gewichtiger müssten sie in die Abwägung eingestellt werden und desto stärker könnten sie ein Abwägungsergebnis in Richtung Offenhaltung von Tegel begründen.

Allerdings weist die „Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen bei Umsetzung des Volksentscheids“ vom 6. November 2017²⁸ zutreffend darauf hin, dass bei der gebotenen Alternativenprüfung zur Behebung der Kapazitätsprobleme auch andere Standorte und Lösungen im gemeinsamen Planungsraum Berlin-Brandenburg untersucht werden müssten. Zwar stünde kurz- und mittelfristig nur der vorhandene Standort Tegel zur Verfügung. Da der Volksentscheid aber eine unbefristete Aufrechterhaltung Tegels verlangt, müsste notwendig geprüft werden, ob auf lange Sicht an anderen (nicht innerstädtischen) Standorten ebenfalls eine Lösung etwaiger Kapazitätsengpässe möglich wäre. Mit diesem Hinweis soll gesagt sein, dass eine mit Kapazitätsengpässen begründete neue Abwägung nicht eindimensional sondern deutlich komplexer und damit auch aufwendiger angelegt wäre. Die Abwägung würde also nicht zwangsläufig auf Tegel zulaufen müssen, auch wenn dies natürlich eine nahe liegende Lösung wäre.

An dieser Stelle des Gutachtens muss der Verfasser betonen, dass es nicht Aufgabe der geforderten „juristischen Begutachtung“ – zumal im Stadium von hilfsgutachterlichen Ausführungen - sein kann, die umstrittene Frage zu klären, ob oder ob nicht von einem zu klein dimensionierten Flughafen BER auszugehen ist. Es ist allgemein bekannt, dass sehr unterschiedliche Annahmen pro und contra auf dem Tisch liegen. Maßgebend für die Kapazitätsproblematik sind insbesondere zwei Größen, einerseits die Luftverkehrsprognose zur Zahl der zu erwartenden Passagiere und der Flugbewegungen und andererseits die Leistungsfähigkeit des Flughafens BER bei Eröffnung und nach Erweiterungsmaßnahmen. Dabei geht das vorliegende Gutachten davon aus, dass etwaige Kapazitätsengpässe vorrangig auf ungenügende Abfertigungsanlagen (einschließlich Gepäckbeförderung u. ä.) zurückzuführen wären und nicht auf die Leistungsfähigkeit des zweibahnigen Start- und Landebahnsystems mit Parallelbetrieb. Das zeigt auch das Beispiel des Londoner Flughafens Heathrow, auf dem auf den vorhandenen zwei Start- und Landebahnen (3660 m und 3902 m) im Jahr 2016 - bei rund 500.000 Flugbewegungen - rund 75 Millionen Passagiere gestartet oder gelandet sind.²⁹

²⁸ Seite 3

²⁹ Quelle: Wikipedia zum Flughafen London Heathrow

Dem Planfeststellungsbeschluss vom 13. August 2004 liegt im Übrigen die Annahme zugrunde, dass die „theoretische Leistungsfähigkeit für den ausgebauten Flughafen“ ca. 450.000 Flugbewegungen im Jahr beträgt.³⁰ Dies hat seinerzeit die Planfeststellungsbehörde im gerichtlichen Verfahren erklärt, nachdem ein von den damaligen Klägern beauftragter Sachverständiger behauptet hatte, die praktische Jahreskapazität liege sogar bei ca. 560.000 Flugbewegungen. Im Übrigen geht der Planfeststellungsbeschluss vom 13. August 2004 von einer „planerischen Endkapazität“ von 360.000 bzw. 371.000 Flugbewegungen bei 30 Mio. Passagieren aus.³¹ Diese Zahlen beziehen sich allerdings auf die Berechnung des für erforderlich gehaltenen Lärmschutzes und stellen nicht etwa eine Kapazitätsobergrenze in dem Sinne dar, dass eine höhere Ausnutzung des BER rechtlich unzulässig sein sollte. Eine derartige **Kapazitätsobergrenze**, wie sie die Kläger in einem Hilfsantrag gefordert hatten, enthält der Planfeststellungsbeschluss nicht und brauchte dies von Rechts wegen auch nicht.³² Vielmehr seien, so das Bundesverwaltungsgericht, bei einem Übersteigen der genannten Zahlen erforderlichenfalls weitere Lärmschutzmaßnahmen zu ergreifen.³³

Mit Blick auf die möglichen Engpässe im Terminalbereich ist deshalb von besonderer Bedeutung die Einschätzung, wie realistisch die Herstellung von Erweiterungsmaßnahmen im Terminalbereich ist und innerhalb welchen Zeitrahmens diese verwirklicht werden könnten. Das können im Zweifelsfall nur Fachgutachter bewerten. Sollte es darauf ankommen, müssten die Flughafengesellschaft oder die Anteilseigner solche Begutachtungen in Auftrag geben oder sich auf andere Weise kundig machen, sofern die vorhandenen Gutachten für eine Meinungsbildung nicht ausreichen sollten. Was ein juristisches Rechtsgutachten allerdings – jedenfalls bis zu einem gewissen Grad - leisten kann, ist mit **unterstellten Szenarien** zu arbeiten und das jeweils betrachtete Szenario auf die Bedeutung für die Abwägung und auf mögliche rechtliche Grenzen zu untersuchen, die eine Abwägung zugunsten eines bestimmten Ergebnisses nicht überschreiten dürfte.

Im Folgenden werden deshalb in der gebotenen Kürze zwei sehr gegensätzliche Szenarien vorgestellt, die die Spannweite der möglichen Antworten auf die Kapazitätsfrage verdeutlichen. Eine besonders kritische Einschätzung findet sich in dem von der Anwaltskanzlei CMS Hasche Sigle und dem ökonomischen Beratungsunternehmen „frontier

³⁰ BVerwGE 125, 116 (239 f.) Rn. 353

³¹ Planfeststellungsbeschluss S. 389, 408, 604

³² So ausdrücklich BVerwGE 125, 116 (240) Rn. 355 „Schönefeld“

³³ BVerwGE 125, 116 (238 ff.) Rn. 349 ff., Rn. 356 „Schönefeld“

economics“ im Juni 2017 erstellten Gutachten „Tegel offen halten. Eine Analyse juristischer und ökonomischer Aspekte im Auftrag von Ryanair“. Eine „optimistische“ Betrachtung liegt der Masterplanung 2040 der FBB vom 15. September 2017 zugrunde. Damit ist eine Grundlage für die rechtliche Bewertung möglicher Abwägungsergebnisse geschaffen. Zwischen diesen beiden „Grundpositionen“ gibt es eine gleitende Skala von Einschätzungen, die mehr in die eine oder mehr in die andere Richtung tendieren und die entsprechend ihrer Nähe zu den Grundpositionen rechtlich zu prüfen wären.

An dieser Stelle ist noch einmal zu wiederholen, dass das vorliegende Gutachten sich auftragsgemäß nur mit der vom Volksentscheid geforderten unbefristeten Offenhaltung des Flughafens Tegel befasst. Falls mögliche Kapazitätsengpässe einen befristeten Weiterbetrieb nahe legen könnten, wäre dies an Hand eigenständiger rechtlicher Voraussetzungen zu prüfen, die nicht Gegenstand dieses Gutachtens sind.

bb) Erstes Szenario: Unzureichende Kapazität

Das genannte **Gutachten im Auftrag von Ryanair** geht von den folgenden Annahmen aus.³⁴ Der BER verfüge bestenfalls über eine jährliche Kapazität von 28 Millionen Passagieren – dabei ist die Kapazität des zunächst weiter betriebenen SXF offenbar nicht einbezogen. Die Kapazität liege damit unter den Fluggastzahlen des Jahres 2016 von 33 Millionen. Mit Hilfe zweier möglicher Erweiterungsmodule sei eine Steigerung auf bis zu 45 Millionen Passagiere denkbar. Die Kapazität der beiden Rollfelder betrage bei Eröffnung des BER in den Spitzenstunden 62 Starts und Landungen; Tegel und Schönefeld bewältigten derzeit bis zu 68 Starts und Landungen pro Stunde. Für die Prognose der künftigen Passagierzahlen differenziert das Gutachten zwischen einem Minimalszenario und einem wahrscheinlichen Szenario. In letzterem werden – bei kontinuierlichem jährlichen Anstieg – für das Jahr 2025 50 Millionen, für das Jahr 2030 56 Millionen und für das Jahr 2050 90 Millionen Passagiere vorhergesagt. In dem Minimalszenario liegen die Zahlen etwa 15 – 20 % niedriger. Werde die Gesamtnachfrage auf BER und auf (einen weiterbetriebenen) TXL verteilt, ergebe sich eine Kapazität von bis zu 114 Flugbewegungen pro Stunde (62 am BER und 52 in Tegel).

³⁴ Vgl. die „Kernergebnisse“ S. 4 und die „Zusammenfassung“ S. 6 ff., ferner S. 86 ff.

Das Gutachten kommt also zu dem Schluss, dass der BER bei weitem zu gering dimensioniert sei, um die zu erwartende Nachfrage auch nur annähernd zu befriedigen. Schon diese Tatsache mache einen Weiterbetrieb von TXL unerlässlich. Im Übrigen stützt das Gutachten „Tegel offen halten“ auch die weiteren Argumente der Träger des Volksentscheides³⁵, wie: Tegel erwirtschaftet Gewinn; Erhalt vorhandener und Entstehung neuer Arbeitsplätze in Tegel; Vermeidung eines Verkehrskollapses Richtung Schönefeld durch Verteilung des Verkehrs auf zwei Standorte; Notwendigkeit eines Ausweichflughafens.

cc) Zweites Szenario: Ausreichende Kapazität

Die – vom Aufsichtsrat der FBB als „Strategisches Leitbild“ gebilligte³⁶ - **Masterplanung 2040 der FBB** vom 15. September 2017 stützt sich hinsichtlich der Kapazitätsfrage einerseits auf die von den Gutachtern „steer davis gleeve“ (SDG) vom Juli 2017 erarbeitete Verkehrsprognose³⁷ und auf die von Beckers, Gizzi und Malina angefertigte Studie vom 13. September 2017 „Ökonomische Analysen zum Weiterbetrieb des Flughafens TXL nach Eröffnung des Flughafens BER“,³⁸ die sich als „Stellungnahme unter Berücksichtigung der Nachfrageprognose von SDG, der (Kapazitäts-)Planung der FBB sowie der ökonomischen Analysen von ‘frontier economics‘“ versteht. Die Studie von SDG geht u. a. von folgenden Passagierzahlen und Flugbewegungen aus. 2020: 38 Mio und 310.000, 2025: 42 Mio und 340.000, 2030: 48 Mio und 360.000, 2035: 50 Mio 380.00, 2040: 55 Mio und 406.000. Zugrunde gelegt wurden dabei die Angaben der FBB über die möglichen Flugbewegungen pro Stunde, nämlich 80 bei Inbetriebnahme im Jahr 2019 und 83 im Jahr 2020. Die Studie von Beckers u. a. hält diese Prognosen für zutreffend erarbeitet.³⁹

Was die geplante Eröffnung des BER im Oktober 2020 angeht, ist darauf hinzuweisen, dass das neue Terminal T1-E mit einer Kapazität von 6 Mio PAX/a zu diesem Zeitpunkt fertig gestellt sein soll. Die Gesamtkapazität des BER betrüge also 28 Mio PAX/a (Hauptterminal und T1-E) und zusätzlich im SXF ca. 12 bis 13 Mio PAX/a. Insgesamt könnten nach dieser

³⁵ Amtliche Information zum Volksentscheid S. 6,8,10,12,14,16

³⁶ Pressemitteilung der FBB vom 17.11.2017

³⁷ Abrufbar unter <https://roadmap.berlin-airport.de/wp-content/uploads/2017/09/SDG-zur-Entwicklung-des-Luftverkehrs-in-Berlin.pdf>

³⁸ Download abrufbar unter

<https://www.berlin.de/sen/finanzen/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.630224.php>

³⁹ A.a.O S. iii und S. 6

Berechnung also bei Eröffnung des BER einschließlich SXF ca. 40 bis 41 Mio PAX/a abgefertigt werden.

Im Übrigen geht der Masterplan 2040 der FBB⁴⁰ für die Erweiterung der Kapazitäten (ohne die Kapazität des bis 2025 weiter zu betreibenden SXF) von folgender Entwicklung aus, wobei hier auf die Wiedergabe der einzelnen die Kapazität steigernden Maßnahmen verzichtet wird. Im Zeitraum 2018 bis 2021 erfolge eine Erhöhung von 22 auf 33 Mio PAX/a, im Zeitraum 2022 bis 2025 von 33 auf 43 bis 45 Mio PAX/a, im Zeitraum 2026 bis 2030 von 43 bis 45 auf 48 Mio PAX/a, im Zeitraum 2031 bis 2035 von 48 auf 55 Mio PAX/a. Die Studie von Beckers u. a. hält - bei unterstellter Eröffnung des BER 2019/2020 - die von der FBB geplante Kapazitätsentwicklung für plausibel. Sie kommt zu dem Schluss, dass angesichts der prognostizierten Passagierzahlen - bei Einbeziehung der bis 2025 zur Verfügung stehenden Kapazität eines ertüchtigten SXF – keine Kapazitätslücken auftreten werden; in Spitzenlastzeiten existierten aber nur geringe Kapazitätsreserven.⁴¹ Auch könnten sich unerhebliche, weil kurzzeitige und geringfügige Kapazitätslücken ergeben.⁴²

Bei der ökonomischen Gesamtbewertung eines Weiterbetriebs von TXL kommen Beckers u. a. zu einer deutlich anderen Beurteilung als das Gutachten von „frontier economics“. Sie halten die Schließung von Tegel für vorzugswürdig.⁴³

f) Unter welchen Voraussetzungen wäre die Offenhaltung von Tegel rechtsfehlerhaft?

Sollten sich die Annahmen des Masterplans 2040 und der Studien von SDG und Beckers u. a. als im Wesentlichen zutreffend erweisen, entfielen das zentrale Argument für eine Änderung des LEP FS. Denn dann wäre allenfalls von kurzfristigen geringfügigen Kapazitätsengpässen auszugehen. Etwaige Probleme dieser Art dürften mit temporären Maßnahmen bewältigt werden können. Abgesehen davon würden kurzzeitige und behebbare Kapazitätsprobleme die – vom Volksentscheid geforderte – unbefristete, also auf Jahrzehnte angelegte Offenhaltung von Tegel keinesfalls rechtfertigen können.

⁴⁰ Download abrufbar unter www.berlin-airport.de/de/presse/presseinformationen/mitteilungen-hten

⁴¹ A.a.O. S. 10 f.

⁴² A.a.O. S. iii

⁴³ A.a.O. 13 ff.

Eine Entscheidung, den LEP FS zu ändern, wäre also in dem oben unterstellten Fall abwägungsfehlerhaft und deshalb rechtswidrig, Indes kann man angesichts der Erfahrungen der vergangenen Jahre nicht ausschließen, dass sich die geplanten Erweiterungsmaßnahmen – aus welchen Gründen auch immer - nicht in dem erhofften Zeitrahmen verwirklichen lassen. Derartige Verzögerungen und die daraus folgenden möglichen Engpässe wirken sich naturgemäß auf die Gewichtung der abwägungserheblichen, zugunsten eines Weiterbetriebs von Tegel sprechenden Belange aus. Eine genauere Quantifizierung, welches Ausmaß derartige Engpässe erreichen würden, kann das vorliegende Rechtsgutachten nicht leisten. Unterstellt man, dass etwaige Kapazitätsprobleme nur einige Jahre dauern würden und durch provisorische Maßnahmen (z. B. Aufrüstung der Kapazität von SXF, temporäre Bauten o. ä.) überbrückt werden könnten, müssten die Planungsträger Berlin und Brandenburg zwar eine vertiefte Abwägung vornehmen. Aus den folgenden Gründen dürfte aber auch in einem solchen Fall eine Änderung des LEP FS zugunsten der unbefristeten Offenhaltung von Tegel abwägungsfehlerhaft und damit rechtswidrig sein.

Zu den für das Single-Airport-Konzept und die Schließung des Flughafens Tegel in der Begründung des LEP FS 2003/2006 angeführten Erwägungen kämen nämlich weitere gegen eine Offenhaltung sprechende abwägungserhebliche Belange hinzu, die seinerzeit noch nicht entstanden waren. Wie in der Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen⁴⁴ dargelegt ist, würde ein Weiterbetrieb Tegels umfangreiche Sanierungs- und Umbauarbeiten an Gebäuden, Verkehrswegen und infrastrukturellen Anlagen erfordern. Etwa 51 % der Kosten sollen auf die grundhafte Sanierung der 38 Betriebsgebäude, 29 % auf den Außenbereich, insbesondere die Flugbetriebsflächen, und 20 % auf die mediale Infrastruktursanierung (Wasser, Abwasser, Wärme, Strom, Telekommunikation) entfallen. Ob dafür die Summe von 1.100 Mio. Euro realistisch oder – wie von anderer Seite behauptet – zu hoch angesetzt ist, mag dahinstehen. Jedenfalls wären die Kosten beträchtlich.

Hinzukämen nach dem Ende der Privilegierung des Flughafens Tegel durch § 4 Abs. 7 des Gesetzes zum Schutz gegen Fluglärm ab dem 1. Januar 2020 erhebliche Kosten für den vom Gesetz verlangten verbesserten Lärmschutz. In der Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen⁴⁵ ist im Einzelnen aufgeführt, welche umfangreichen Maßnahmen zu ergreifen wären. Zeitlich vorrangig wäre naturgemäß die Festlegung des neuen Lärmschutzbereiches durch Rechtsverordnung, die bis Ende 2019

⁴⁴ A.a.O. S. 8

⁴⁵ A.a.O. S. 16 f.

vorliegen müsste. Im Anschluss daran würde ab dem 1. Januar 2020 Schritt für Schritt das Verfahren zur Erstattung von Aufwendungen für Schallschutzmaßnahmen einzuleiten sein, beginnend mit dem inneren Bereich der Schutzzonen. Nach einer Schätzung der FBB würden sich die Kosten für Schallschutzmaßnahmen – verteilt auf mehrere Jahre - auf ca. 400 Mio. Euro belaufen.⁴⁶ Falls die Einschätzung der Landesregierung von Brandenburg⁴⁷ über die zusätzlich entstehenden Kosten des Betriebs von zwei Flughäfen zutreffen sollte, wäre dies ein weiterer Grund zu Lasten einer Offenhaltung.

Allerdings muss einschränkend hinzugefügt werden, dass jedenfalls ein Teil dieser Kosten ohnehin anfielen, wenn die Schließung von Tegel – wie jetzt abzusehen ist - nicht rechtzeitig vor Ende des Jahres 2019 stattfindet. Würde der BER wie geplant im Oktober 2020 in Betrieb gehen und TXL geschlossen werden, wären die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Kosten freilich sehr viel geringer, weil mit der Erstattung der Kosten für Schallschutzmaßnahmen gerade erst begonnen worden wäre.

Ein weiterer wichtiger gegen einen Weiterbetrieb sprechender Belang ist die geplante **Nachnutzung** des Tegeler Flughafengeländes. Dieser Gesichtspunkt hatte für die Begründung des LEP FS 2003/2006 noch keine besondere Bedeutung. Dessen Gewicht hat sich indes in den letzten Jahren deutlich erhöht. Es ist allgemein bekannt, dass es in der wachsenden Stadt Berlin eine große Knappheit an Flächen für Wohnungsbau, Gewerbe und sonstige Nutzungen gibt. In der Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen⁴⁸ wird plausibel und nachvollziehbar im Einzelnen dargelegt, welche umfangreichen Möglichkeiten sich an diesem günstig innenstadtnah gelegenen Standort für Forschungs- und Wissenschaftseinrichtungen, für den Wohnungsbau und die Schaffung von gewerblich nutzbaren Grundstücken, aber auch für Kultur- und Freizeitnutzung bieten. Diese große Chance für eine innerstädtische Entwicklung, die es in anderen Metropolen so kaum noch geben dürfte, wäre vertan. Was den Wohnungsbau betrifft, kommt hinzu, dass auch in der näheren Umgebung des Flughafengeländes aus Lärmschutzgründen Einschränkungen für die weitere bauliche Entwicklung zu erwarten wären. Schließlich darf nicht vernachlässigt werden, dass erhebliche Mittel verloren wären, die für planerische Leistungen, insbesondere

⁴⁶ Vgl. die Besprechungsunterlage der Senatsverwaltung für Finanzen vom 09.10.2017

⁴⁷ Nach Finanzminister Görke sollen dies in den kommenden Jahren Zuschüsse zwischen 500 und 700 Mio. Euro sein, vgl. Berliner Zeitung vom 27.10. 2017

⁴⁸ A.a.O. S. 6 ff, 10 ff. ,19, 22 f., 25 f.

durch die Tegel Projekt GmbH, im Hinblick auf die vorgesehene Nachnutzung bereits erbracht wurden.⁴⁹

Auf einen ebenfalls bedeutsamen abwägungserheblichen Belang weist Kipp in seinem Gutachten⁵⁰ hin, nämlich die **Enttäuschung von Vertrauen**. Hunderttausende Anwohner des Flughafens Tegel haben – zum Wohl der gesamten Stadt und der Region - seit 1990 eine starke Ausweitung des Fluglärms hinnehmen müssen, obwohl TXL niemals ordnungsgemäß (nach deutschem Recht) planfestgestellt und genehmigt worden ist. Die 1990 gesetzlich angeordnete Fiktion einer Planfeststellung und Genehmigung war zweifellos eine der seinerzeitigen Situation geschuldete notwendige Regelung. Auch die starke Ausweitung des Flugbetriebes mussten die Anwohner nicht zuletzt infolge der – ebenfalls nachvollziehbaren – großzügigen Rechtsprechung des Obergerverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg⁵¹ zur Abfertigungskapazität des TXL hinnehmen, ohne dass ein Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren nachgeholt worden wäre. Dieses Opfer, das die Anwohner im Interesse der Stadt und der Region jahrzehntelang gebracht haben, würde auf unabsehbare Zeit perpetuiert, selbst wenn bei einem Weiterbetrieb des TXL ein besserer passiver Lärmschutz hergestellt würde und möglicherweise sogar aktive Schutzmaßnahmen wie einschränkende Betriebsregelungen ergriffen würden. Das würde zu einem massiven Vertrauensverlust führen, nachdem die von Fluglärm Betroffenen seit dem Jahr 1996 (Konsensbeschluss) mit einer Schließung von Tegel rechnen konnten. Auch vielen privaten und geschäftlichen Entscheidungen, die im Vertrauen auf die bevorstehende Schließung getätigt wurden (z. B. Kauf oder Miete von Häusern und Wohnungen), wäre die Grundlage entzogen.

Schließlich wären bei der Abwägung die Risiken zu berücksichtigen, die sich bei den zu erwartenden Klagen gegen einen geänderten LEP FS – und in einem späteren Verfahrensstadium bei Klagen gegen eine etwaige Aufhebung der Schließungsverfügungen 2004 und 2006 – als Rechts- und damit auch Investitionsunsicherheit auswirken würden (zum Rechtsschutz gegen den LEP FS siehe unten Teil B Abschnitt II. 4.).

⁴⁹ Dazu näher die Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen S. 8 ff.

⁵⁰ Stellungnahme zu den verfahrensrechtlichen Möglichkeiten und Risiken einer über die bisherige Festsetzung hinausgehenden Offenhaltung des Verkehrsflughafens Berlin Tegel, September 2017, S. 5 f.

⁵¹ Dazu Kipp a.a.O. S. 4 f.

Wägt man alle gegen eine Offenhaltung des Flughafens Tegel sprechenden Belange, die bereits für den LEP FS 2003/2006 maßgebend waren und die in der Zwischenzeit hinzugekommen sind, gegen die nicht sehr gravierenden und behebbaren Kapazitätsprobleme ab, wie sie im unterstellten Fall zugrunde gelegt wurden, dann müsste auch insoweit eine Entscheidung zugunsten des Weiterbetriebs als rechtsfehlerhaft angesehen werden. Dies gilt umso mehr, als im Bereich der Start- und Landebahnen auf lange Sicht keine ernstlichen Kapazitätsprobleme zu erwarten sind, deren Behebung (z. B. durch eine dritten Bahn) sehr viel aufwendiger wäre und erheblich länger dauern würde. Wie bereits dargelegt, liegt ein rechtserheblicher Abwägungsfehler u. a. dann vor, wenn der Ausgleich zwischen den betroffenen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht.⁵² Eine derartige Unverhältnismäßigkeit wäre hier nicht zuletzt wegen der hohen Bedeutung des Schutzes vor einer erheblichen Lärmbelastung für geschätzt etwa 300.000 Bewohner anzunehmen. Den Planungsträgern Berlin und Brandenburg ist also anzuraten, unter den genannten Voraussetzungen keine Änderung des LEP FS in Angriff zu nehmen.

Zwischenergebnis:

Bestehen nach Eröffnung des BER keine oder nicht sehr gravierende und kurzfristig behebbare Kapazitätsengpässe, wäre eine Änderung des LEP FS zugunsten eines Weiterbetriebes des Flughafens Tegel abwägungsfehlerhaft und somit rechtswidrig.

g) Unter welchen Voraussetzungen wäre eine Offenhaltung von Tegel rechtlich möglich?

Eine andere Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Änderung des LEP FS wäre dann geboten, wenn sich herausstellen sollte, dass die **Kapazitätsengpässe** am BER einschließlich des SXF (bis 2025) wesentlich gravierender sind als bei der soeben unterstellten Fallgestaltung. Je unwahrscheinlicher es ist, dass die Flughafengesellschaft die Probleme durch eine ausreichende und zeitgerechte Erweiterung in den Griff bekommt, desto dringlicher stellt sich die Frage eines unbefristeten Weiterbetriebes des Flughafens Tegel. Dann müssen die Planungsträger Berlin und Brandenburg eine Änderung des LEP FS in Betracht ziehen, um

⁵² Vgl. die Zusammenfassung der st. Rspr. des BVerwG in BVerwGE 100, 370 (383 f.)

Schaden vom Luftverkehrsstandort Berlin abzuwenden. Im Rahmen der erforderlichen Alternativenprüfung bei der Abwägung müsste dann untersucht werden, ob es zur Lösung der Kapazitätsprobleme eine ernstliche Alternative zum unbefristeten Weiterbetrieb von TXL gäbe. Zumindest kurz- und mittelfristig dürfte dies nicht der Fall sein, wenn man nicht eine Einbeziehung etwa des (dann landseitig wohl auch erweiterungsbedürftigen) Flughafens Leipzig als gewissermaßen zweiten Berliner Flughafenstandort in Betracht ziehen wollte. Auf zeitlich lange Sicht kämen natürlich auch andere zu prüfende Alternativen in Betracht, nämlich eine „große Lösung“ wie die Errichtung eines weiteren (stadtfernen) Verkehrsflughafens (Stichwort Sperenberg).

Ein weiterer Gesichtspunkt ist zu bedenken. Sollte sich die Eröffnung des BER über das Jahr 2020 hinaus um mehrere Jahre verschieben, muss, wie ausgeführt, nach dem 31. Dezember 2019 ein aufwendiger und teurer verbesserter Lärmschutz am Flughafen Tegel hergestellt werden. In der Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen⁵³ ist ausführlich dargelegt, welche Maßnahmen hierfür erforderlich wären. Ferner ist wahrscheinlich, dass im Falle einer mehrjährigen Verzögerung der Eröffnung die Anlagen und Einrichtungen des jetzt schon überlasteten TXL weiter nachgerüstet werden müssten. Müsste also insgesamt viel Geld in die Hand genommen werden, so stellt sich verstärkt die Frage, ob dann nicht gute Gründe dafür sprechen, den Flughafen Tegel auf Dauer – z. B. mit einer gewissen Reduzierung der Flugbewegungen – offen zu halten. Alternativ käme natürlich die – im vorliegenden Gutachten nicht näher zu untersuchende – Möglichkeit einer befristeten Offenhaltung in Betracht, was gleichfalls eine Änderung des LEP FS (oder zumindest ein Zielabweichungsverfahren im Sinne von § 6 Absatz 2 ROG, Art. 10 Landesplanungsvertrag) voraussetzte.

In der hier angenommenen Fallgestaltung gravierender langjähriger Kapazitätsmängel ist es also durchaus möglich, dass eine landesplanerische Regelung zur Offenhaltung von Tegel abwägungsfehlerfrei und damit rechtmäßig wäre. Die Kapazitätsproblematik könnte dann die oben dargestellten gewichtigen Gründe gegen einen Weiterbetrieb im Rahmen der Abwägung zurückdrängen. Bei welchem Szenario eine Entscheidung zugunsten des unbefristeten Weiterbetriebs von TXL nicht mehr unverhältnismäßig wäre, kann das vorliegende Gutachten naturgemäß nicht genau benennen. Diese Frage müssen zunächst die Planungsträger Berlin und Brandenburg je nach der dann zu beurteilenden Sach- und Rechtslage im Rahmen ihrer

⁵³ S. 16 ff.

Planungskompetenz beantworten. Das verlangt eine ständige Beobachtung der baulichen Entwicklung am Standort BER. Dabei wäre sorgfältig zu prüfen, ob es tatsächlich keine Erfolg versprechenden anderen Lösungen zur dauerhaften Behebung der (unterstellt gravierenden) Kapazitätsprobleme gibt. Ist das nicht der Fall, liegt es nahe, den Standort Tegel beizubehalten.

Gleich welche Entscheidung getroffen würde, wird es zu langwierigen Rechtsstreitigkeiten kommen (dazu näher im folgenden Abschnitt).

Je unwahrscheinlicher es ist, dass etwaige gravierende Kapazitätsengpässe des BER durch ausreichende und zeitgerechte Erweiterungsmaßnahmen beseitigt werden können, desto eher könnte der LEP FS rechtsfehlerfrei zugunsten eines unbefristeten Weiterbetriebs von TXL geändert werden.

3. Rechtsschutz gegen einen geänderten LEP FS

Sollte es unter den oben genannten Voraussetzungen zu einer Änderung des LEP FS zugunsten einer Offenhaltung von Tegel kommen, wird es mit Sicherheit **Normenkontrollklagen** gegen die betreffende Rechtsverordnung geben. Gegenstand einer Normenkontrolle sind nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) u. a. Rechtsvorschriften im Range unter dem Landesgesetz, sofern – was sowohl in Brandenburg wie in Berlin der Fall ist – das Landesrecht dies bestimmt. Die Befugnis, gegen eine solche Rechtsvorschrift einen Normenkontrollantrag bei dem zuständigen Oberverwaltungsgericht zu stellen, richtet sich nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Danach kann jede natürliche oder juristische Person, die durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung einen Nachteil erlitten oder in absehbarer Zeit zu erwarten hat, sowie jede Behörde einen Antrag auf Überprüfung der Gültigkeit der Rechtsvorschrift stellen.

Antragsbefugt sind zum einen Gemeinden, die infolge der Lage in einem Lärmkorridor des Flughafens Tegel in ihrer Planungshoheit beeinträchtigt werden könnten. Zu denken ist an eine stadtnahe Gemeinde wie etwa Falkensee.

Insbesondere aber ist mit der Normenkontrollklage einer anerkannten Umweltvereinigung zu rechnen. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG)⁵⁴ ist dieses Gesetz anwendbar u. a. auf Pläne und Programme im Sinne von § 2 Abs. 7 des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG), für die nach Anlage 5 zum UVPG eine Pflicht zur Durchführung einer Strategischen Umweltprüfung bestehen kann. Das ist beim LEP FS der Fall, wie bereits dargelegt. Ein derartiger Normenkontrollantrag hätte Erfolg, wenn die Änderung des LEP FS gegen umweltbezogene Rechtsvorschriften verstieße, die für die Änderung von Bedeutung sind (§ 2 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 UmwRG). Dass es hier um umweltbezogene Rechtsvorschriften wie die Regelungen zum Schutz vor Fluglärm gehe, bedarf keiner weiteren Darlegung.

Die Erfolgsaussichten eines Normenkontrollantrags können naturgemäß aus heutiger Sicht nicht verlässlich beurteilt werden. Auf jeden Fall müsste man sich auf ein langwieriges und aufwendiges Gerichtsverfahren einstellen, das zu einer erheblichen Zeitverzögerung beitragen kann. Die Erhebung einer Normenkontrollklage hätte allerdings keine aufschiebende Wirkung. Der geänderte LEP FS bliebe also rechtswirksam, Berlin könnte z. B. die Aufhebung der Schließungsverfügungen 2004 und 2006 in Angriff nehmen. Dies geschähe freilich auf das Risiko hin, dass bei einer späteren Gerichtsentscheidung, die den geänderten LEP FS für nichtig erklärt, dem Verwaltungsverfahren zur Aufhebung der Schließungsverfügungen der rechtliche Boden entzogen wäre. Zu empfehlen wäre ein solches Vorgehen deshalb nicht unbedingt. Im Übrigen hätte die Umweltvereinigung die Möglichkeit, nach § 47 Abs. 6 VwGO den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel zu beantragen, die Vollziehung des LEP FS bis zur Entscheidung in der Hauptsache auszusetzen.

Private Betroffene, etwa Anwohner des Flughafens Tegel, besitzen nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁵⁵ keine Antragsbefugnis für eine Normenkontrollklage. Der wesentliche Grund hierfür liegt darin, dass zielförmige Standortausweisungen in einem Raumordnungsplan keine das Eigentum Privater unmittelbar bestimmenden Regelungen der Bodennutzung enthalten, also insoweit keine Außenwirkung entfalten. Deshalb sind private Betroffene darauf verwiesen, in einem anhängigen Gerichtsverfahren inzident die Überprüfung einer solchen Zielbestimmung zu verlangen. Allerdings ist nicht auszuschließen, dass diese Rechtsprechung nicht mehr aufrechterhalten wird, weil sich inzwischen die Gesetzeslage zugunsten privater Betroffener geändert hat.

⁵⁴ Jetzt geltend in der Fassung der Bekanntmachung vom 23.08.2017 BGBl. I S. 3290

⁵⁵ BVerwGE 125, 116 (142) Rn. 82 ff. „Schönefeld“

Nunmehr unterliegen Raumordnungspläne einer Pflicht zur Strategischen Umweltprüfung, die mit einer Öffentlichkeitsbeteiligung und damit unter Beteiligung privater Betroffener durchzuführen ist. Diese haben das Recht zur Stellungnahme zum Entwurf des Planes und seiner Begründung (§ 10 Abs. 1 ROG). Entscheidend ist vor allem, dass der Planungsträger verpflichtet ist, bei der Abwägung die privaten Belange zu berücksichtigen, soweit sie auf der betreffenden Planungsebene erkennbar und von Bedeutung sind.

Ob die Rechtsprechung eine Antragsbefugnis Privater anerkennen wird, bleibt abzuwarten. Versuche, ob solche Normenkontrollanträge von den Gerichten nunmehr als zulässig anerkannt werden, dürfte es geben. Dann wäre der Kreis der zu erwartenden Klagen wiederum erweitert.

4. Änderung des LEP BB

Die Zielfestlegung Z 6.6 im gemeinsamen Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg teilt das Schicksal der Zielfestlegung Z 1 im LEP FS. Kommt es nicht zu einer Änderung des LEP FS, kann auch die Regelung im LEP BB aufrecht erhalten bleiben. Würde der LEP FS zugunsten der Offenhaltung von Tegel geändert, müsste auch Z 6.6 des LEP BB aufgehoben bzw. angepasst werden.

Teil C

Aufhebung der Schließungsbeschlüsse 2004 und 2006

In den folgenden Ausführungen wird eine rechtswirksame Änderung des LEP FS zugunsten einer Offenhaltung des Flughafens Tegel unterstellt. Wie mehrfach ausgeführt, wäre dies eine unabdingbare Voraussetzung dafür, dass eine Aufhebung des Widerrufsbescheids vom 29. Juli 2004 betreffend die Betriebsgenehmigung und eine Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006, mit dem die fiktive Planfeststellung einschließlich der Zweckbestimmung als Flughafengelände aufgehoben wurde, in Angriff genommen werden könnte. Von großer Bedeutung ist ferner, ob die Änderung des LEP FS vor oder erst nach dem Zeitpunkt des Bedingungseintritts (spätestens sechs Monate nach Eröffnung des BER) in Kraft tritt.

I. Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006 (Planfeststellung)

Logisch vorrangig ist die Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006. Denn erst wenn das Gelände des TXL wieder die uneingeschränkte, nicht vom Erlöschen bedrohte Zweckbestimmung als Verkehrsflughafen durch eine Planfeststellung besitzt, wäre eine Wiederherstellung der Betriebsgenehmigung (ohne die aufschiebende Bedingung eines Erlöschens) zulässig. Davon abgesehen kann ein Planfeststellungsverfahren auch ohne Vorliegen einer Genehmigung betrieben werden (§ 8 Abs. 6 LuftVG). Das schließt natürlich nicht aus, dass die beiden Verwaltungsverfahren parallel betrieben werden und die Entscheidungen gleichzeitig ergehen.

Vorweg ist zu betonen, dass der Erlass und insbesondere die mögliche Aufhebung der Schließungsverfügungen 2004 und 2006 in rechtlicher Hinsicht kein Vorbild in ähnlichen Verfahren haben und auch nicht immer auf „genau passende“ gesetzliche Grundlagen gestützt werden können. Das wird im Zuge der folgenden Untersuchungen manche noch nicht abschließend geklärte Rechtsfrage aufwerfen. Eine erste grundlegende Frage besteht darin, in welcher rechtlichen Form die (bedingungsfreie) Planfeststellung wiederhergestellt werden müsste. Hier gibt es zwei Alternativen. Denkbar ist einerseits die Wiederherstellung der bisherigen fiktiven Planfeststellung, also des alten Rechtszustandes. Das ist die nahe liegende Möglichkeit, die zunächst betrachtet werden soll (im Folgenden unter 1.). Nicht auszuschließen ist freilich auch die Alternative, dass die mit der fiktiven Planfeststellung verbundenen Wirkungen aus Rechtsgründen nicht wieder aufleben können mit der Folge, dass (erstmalig) ein ordnungsgemäßes Planfeststellungsverfahren durchzuführen wäre (dazu unter 2.). In jedem Fall müsste ein Planfeststellungsverfahren durchgeführt werden, wenn die Änderung des LEP FS erst nach dem endgültigen Erlöschen der fiktiven Planfeststellung in Kraft treten würde (dazu unter 3.).

1. Wiederherstellung der (bedingungsfreien) fiktiven Planfeststellung

Der Bescheid vom 2. Februar 2006 ist ein Verwaltungsakt, dessen Aufhebung einer Rechtsgrundlage bedarf. Das gilt auch, wenn die FBB, deren Tochter BFG seinerzeit den Antrag auf Entlassung aus der luftverkehrsrechtlichen Zweckbestimmung gestellt hat, nunmehr – gewissermaßen unter Rücknahme des damaligen Antrags - die Aufhebung des

Bescheides vom 2. Februar 2006 beantragen würde. Denn mit dessen Aufhebung würde der Weiterbetrieb des Flughafens Tegel durch Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes ermöglicht, mit der Folge, dass u. a. die Anwohner des Flughafens nachteilig betroffen wären. Damit hätte die Aufhebung des Bescheids vom 2. Februar 2006 eine belastende Drittwirkung, insoweit vergleichbar mit den Wirkungen eines erstmals erlassenen Planfeststellungsbeschlusses.

Der Bescheid vom 2. Februar 2006 ist mangels einer unmittelbar einschlägigen Rechtsnorm auf eine entsprechende Anwendung von § 8 LuftVG, §§ 77, 72, 49 VwVfG (in Verbindung mit § 1 des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung) gestützt. Es fragt sich, ob in diesen Vorschriften gleichzeitig die Ermächtigung enthalten ist, im Falle einer Änderung der Sach- oder Rechtslage (hier Änderung des LEP FS) den Bescheid wieder aufzuheben. § 8 Abs. 1 Satz 1 LuftVG schreibt u. a. vor, dass die Änderung eines Flughafens einer vorherigen Planfeststellung nach § 10 LuftVG bedarf. Als Änderung in diesem Sinn wird man auch die gänzliche Aufhebung der (fiktiven) Planfeststellung durch den Bescheid vom 2. Februar 2006 anzusehen haben.⁵⁶ Für den Fall des Widerrufs der Betriebsgenehmigung für den Flughafen Tempelhof hat das Bundesverwaltungsgericht⁵⁷ entschieden, dass die Einstellung des Flugbetriebes eine Änderung der Genehmigung im Sinne von § 6 Abs. 4 Satz 2 LuftVG ist, der Widerruf der Genehmigung also auf dieser Rechtsgrundlage beruht. Dieselbe Rechtsauffassung vertritt das OVG Berlin-Brandenburg⁵⁸ zum Widerruf der Betriebsgenehmigung für den Flughafen Tegel. Diese Rechtsprechung lässt sich auf die Rechtsgrundlage für die Aufhebung der Planfeststellung übertragen. Sie ist als Änderung der Planfeststellung im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 LuftVG zu qualifizieren, zumindest in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift. Insofern war die (entsprechende) Heranziehung des § 8 LuftVG als Rechtsgrundlage für den Bescheid vom 2. Februar 2006 zutreffend.

Auch § 77 VwVfG enthält einen ähnlichen Rechtsgedanken. Nach Satz 1 dieser Bestimmung ist der Planfeststellungsbeschluss aufzuheben, wenn ein Vorhaben, mit dessen Durchführung begonnen worden ist, endgültig aufgegeben wird. Schließlich liegt auch die entsprechende Anwendung des § 49 VwVfG als Rechtsgrundlage für den Bescheid vom 2. Februar 2006 nahe. Diese Bestimmung regelt die Tatbestandsvoraussetzungen, unter denen der Widerruf

⁵⁶ Vgl. auch Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, § 71 Rn. 12

⁵⁷ Beschluss vom 29.11.2007 – 4 B 22.07 – UPR 2008, 114 ff.

⁵⁸ Urteil vom 24.11.2007 - OVG 12 A 3.05 – UA. S. 25 f.

eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes zulässig ist. Da der Widerruf eine Ermessensentscheidung ist, bestünde auch Raum für planerische Erwägungen.

Es bestehen keine durchgreifenden Bedenken, in den genannten Vorschriften auch die Rechtsgrundlage für die Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006 zu sehen. Das gilt jedenfalls für die Fallgestaltung, dass die (fiktive) Planfeststellung – wie hier - noch Rechtswirkungen entfaltet, nämlich solange die aufschiebende Bedingung (Eröffnung des BER) nicht eingetreten ist. Die Aufhebung der fiktiven Planfeststellung ist ebenfalls eine Änderung im Sinne von § 8 Abs. 1 Satz 1 LuftVG, nämlich die Wiederherstellung des ursprünglichen planfeststellungsrechtlichen Zustandes. Ergänzend hierzu kann die allgemeine Vorschrift des § 49 VwVfG über den Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte herangezogen werden. Zumindest ist wegen des gleich gelagerten Regelungsgegenstandes eine analoge Anwendung der angeführten Vorschriften geboten.

Die entscheidende Frage ist, welche verfahrens- und materiellrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um den Bescheid vom 2. Februar 2006 aufheben zu können. Gelegentlich wird die Ansicht vertreten, die Aufhebung sei als bloßer „actus contrarius“ zum Bescheid vom 2. Februar 2006 ohne besondere Voraussetzungen zulässig.⁵⁹ Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Das ergibt sich schon aus der Rechtsnatur der beiden Schließungsverfügungen von 2004 und 2006. Diese sind wegen ihrer untrennbaren Verbindung mit der Zielfestlegung Z 1 im LEP FS 2003/2006 **Entscheidungen planungsrechtlichen Charakters**, wie das Bundesverwaltungsgericht⁶⁰ ausgeführt hat. Das hat auch die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung so gesehen, indem sie eine planerische Gesamtabwägung der öffentlichen und privaten Interessen vorgenommen hat.⁶¹ Dementsprechend ist die Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006 ebenfalls eine planerisch-gestaltende Maßnahme.⁶² Zwar ist richtig, dass die Aufhebung einer Abwägungs- und Planungsentscheidung nicht notwendig eine erneute Abwägungs- und Planungsentscheidung sein muss.⁶³ Hier stellt sich indes die Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006 als die – zeitlich unbeschränkte - Wiederherstellung der (fiktiven) Planfeststellung als notwendige rechtliche Grundlage für die unbefristete weitere Nutzung und den Betrieb als Verkehrsflughafen dar. Die Rechtswirkungen sind auf die unbefristete

⁵⁹ So z. B. Kluckert, DÖV 2013, 874 (879)

⁶⁰ BVerwGE 125, 116 (180) Rn. 193; vgl. auch Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, § 6 Rn. 87

⁶¹ Bescheid vom 2. Februar 2006, S. 78 ff.

⁶² So auch das Gutachten von CMS Hasche Sigle S. 57 ff., 65 f.

⁶³ Darauf weist Kluckert a.a.O. S. 881 unter Bezugnahme auf BVerwGE 144, 44 (51) Rn. 23 hin

(Wieder-)Zulassung des Vorhabens TXL gerichtet, insoweit vergleichbar einem „echten“ Planfeststellungsbeschluss. Das ergibt sich aus den folgenden Erwägungen.

Wie mehrfach dargelegt, erfolgt die planerische Zulassung eines internationalen Verkehrsflughafens im Regelfall in zwei arbeitsteiligen Schritten. Auf der Stufe der Raumordnung wird der Standort (meist zielförmig) festgelegt, während auf der nachfolgenden Stufe die Planfeststellungs- oder sonst zuständige Behörde überprüfen muss, ob die Voraussetzungen für eine Zulassung des konkreten Vorhabens gegeben sind. Das ist hier nicht anders. Denn der zugunsten der Offenhaltung von Tegel geänderte LEP FS muss mit seinen Vorgaben noch umgesetzt werden. Diese Umsetzung kann hier nur in dem Verfahren zur Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006 (u. U. in Verbindung mit der Aufhebung des Schließungsbeschlusses vom 29. Juli 2004) erfolgen.

Als planungsrechtliche Entscheidung eigener Art muss das Verfahren zur Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006 bestimmte Anforderungen einhalten.⁶⁴ Dabei wird man sich orientieren können an einem Planfeststellungsverfahren, ohne dass dessen spezielle Förmlichkeiten eingehalten werden müssten. Mit Blick auf das **Abwägungsgebot** muss im Verfahren eine umfassende Ermittlung aller von dem unbefristeten Weiterbetrieb des Flughafens berührten öffentlichen und privaten Belange erfolgen, soweit dies nicht bereits auf der landesplanerischen Ebene im Verfahren zur Änderung des LEP FS absichtend geschehen ist. Dazu gehören Selbstverständlichkeiten wie die Beteiligung der Träger öffentlicher Belange, das Einholen von Gutachten usw. Insbesondere ist im Hinblick auf die Belastungen von Mensch und Umwelt durch Fluglärm und Luftverunreinigung eine umfassende Aufbereitung der Umweltauswirkungen zu erarbeiten, ähnlich einem UVP-Bericht (§ 16 UVPG) und einer zusammenfassenden Darstellung (§ 24 UVPG). In diesem Zusammenhang wird eine bedeutende Rolle die Verkehrsprognose über die zu erwartenden bzw. maximal zugelassenen Flugbewegungen spielen. Unerlässlich ist ferner, dass im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung eine Anhörung der vom Flugbetrieb betroffenen Personen erfolgt.

⁶⁴ Dazu zutreffend auch das Gutachten von Geulen S. 8 und 22

In materiellrechtlicher Hinsicht müssen u. a. die Anforderungen an die Planrechtfertigung als ungeschriebenem Erfordernis jeder Fachplanung⁶⁵ erfüllt sein. Dies wird im Hinblick auf die – hier unterstellt wirksame – Änderung des LEP FS kaum Schwierigkeiten bereiten.

Von ausschlaggebender Bedeutung wird sein, ob den Anforderungen des Abwägungsgebots Rechnung getragen werden kann. Das Abwägungsgebot ergibt sich unabhängig von einer gesetzlichen Positivierung aus dem Wesen einer rechtsstaatlichen Planung und gilt dementsprechend allgemein.⁶⁶ Davon abgesehen ist die Einhaltung des Abwägungsgebots hier auch einfachgesetzlich vorgeschrieben, wie überhaupt die wesentlichen materiellrechtlichen Anforderungen an eine Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006 sich aus der gebotenen entsprechenden Anwendung der Regelungen in § 8 Abs. 1 LuftVG ergeben. So sind die von dem Vorhaben berührten öffentlichen und privaten Belange einschließlich der Umweltverträglichkeit im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen (§ 8 Abs. 1 Satz 2 LuftVG). Hierbei sind zum Schutz der Allgemeinheit und der Nachbarschaft vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Fluglärm die jeweils anwendbaren Werte des § 2 Abs. 2 des Gesetzes zum Schutz gegen Fluglärm zu beachten (§ 8 Abs. 1 Satz 3 LuftVG) – angesichts der dichten Besiedelung im Umkreis des Flughafens Tegel eine besonders wichtige Aufgabe, zumal infolge des Auslaufens der sog. Lex Tegel (§ 4 Abs. 7 des Gesetzes zum Schutz gegen Fluglärm) neue und anspruchsvollere Lärmschutzbereiche festgesetzt werden müssen. Die Prüfung der Umweltverträglichkeit muss sich räumlich auf den gesamten Einwirkungsbereich des Vorhabens erstrecken, in dem entscheidungserhebliche Auswirkungen möglich sind (§ 8 Abs. 1 Satz 4 LuftVG). Hierbei sind in der Umgebung des Flugplatzes alle die Bereiche zu berücksichtigen, in denen An- und Abflugverkehr weder aus tatsächlichen noch aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen werden kann (§ 8 Abs. 1 Satz 5 LuftVG). Dies wird auch bei der erforderlichen Neufestlegung der Flugrouten zu beachten sein.

Alles in allem ist aus heutiger Sicht nicht ohne weiteres zu prognostizieren, ob am Ende eine rechtmäßige Entscheidung über die Aufhebung des Bescheids vom 2. Februar 2006 vorliegen könnte. Dabei ist auf die Ausführungen zur Rechtmäßigkeit einer Änderung des LEP FS zurückzukommen, die (nur) gegeben sein kann, wenn gravierende und lang andauernde Kapazitätsengpässe des BER bestehen sollten (siehe Teil B Abschnitt 2 g). Da die Rechtmäßigkeit eines geänderten LEP FS Voraussetzung dafür ist, dass es überhaupt zu einer Aufhebung des Bescheids vom 2. Februar 2006 kommen kann, muss auch hier dieses

⁶⁵ Vgl. BVerwGE 125, 116 (177) Rn. 182 „Schönefeld“

⁶⁶ St. Rspr., vgl. z. B. BVerwGE 56, 110 (122)

Szenario zugrunde gelegt werden. Je größer und dauerhafter also der Flughafen BER an Kapazitätsengpässen leidet desto eher könnten sich auch auf der hier in Rede stehenden Planungs- und Entscheidungsstufe die Gründe für einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel gegen entgegenstehende Belange durchsetzen.

Zwischenergebnis

Die Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006 ist ein planerisch-gestaltender Verwaltungsakt, der insbesondere den Anforderungen des planungsrechtlichen Abwägungsgebots unterliegt. Bei gravierenden und dauerhaften Kapazitätsengpässen am BER könnten die Aufhebung dieses Bescheids und damit die Wiederherstellung der (bedingungsfreien) fiktiven Planfeststellung rechtmäßig sein.

2. Erstmalige „echte“ Planfeststellung erforderlich?

Der Flughafen Tegel gilt, wie mehrfach dargelegt, kraft gesetzlicher Fiktion als genehmigt und im Plan rechtskräftig festgestellt. Die einschlägige Vorschrift des § 2 Abs. 5 des Gesetzes zur Überleitung von Bundesrecht nach Berlin (West) vom 25. September 1990 (BGBl. I S. 2106) sollte die (lediglich) nach alliierterem Recht zugelassenen drei in Berlin (West) gelegenen Flughäfen im Zuge der Wiedervereinigung in vollem Umfang in das bundesdeutsche Rechtssystem eingliedern und dadurch – wie bei zahlreichen weiteren (West)Berliner Sonderregelungen auch - Rechts- und Planungssicherheit herstellen. Derartige fiktive Genehmigungen und Planfeststellungen kennt das Luftverkehrsrecht in § 71 LuftVG auch für andere Bereiche, nämlich für bestimmte in der früheren DDR angelegte Flugplätze (z. B. SXF) und für bestimmte in der alten Bundesrepublik angelegte Flugplätze.

Solche fiktiven Zulassungsentscheidungen sind nicht etwa von minderer Qualität⁶⁷, sondern verschaffen der betreffenden Anlage denselben Rechtsstatus wie ihn die Anlage auf Grund einer „echten“ Genehmigung oder Planfeststellung hätte.⁶⁸ Sie gelten grundsätzlich auch unbefristet, müssen also nicht durch nachfolgende ordnungsgemäße

⁶⁷ So BVerwGE 105, 6 (10) zu § 57a AtG; vgl. auch BVerwGE 90, 255 (259)

⁶⁸ Vgl. etwa BVerwGE 126, 340 (344) Rn. 23; BVerwGE 127, 208 (224) Rn. 38 f.

Zulassungsentscheidungen ersetzt werden.⁶⁹ Dementsprechend hat die Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg den Rechtsstatus des Flughafens Tegel ausschließlich auf der Grundlage der genannten Fiktionen bestimmt.⁷⁰ Auch die seit dem Jahr 1990 bis heute erfolgten erheblichen baulichen Erweiterungen und das massive Ansteigen der Passagierzahlen und Flugbewegungen sieht das Gericht als von den Fiktionen gedeckt an, solange das vorhandene System mit zwei Start- und Landebahnen nicht angetastet wird.⁷¹ So gesehen würde eine Rückkehr zum bisherigen Rechtszustand durch Aufhebung des Bescheids vom 2. Februar 2006 keine Probleme aufwerfen.

Gleichwohl muss gefragt werden, ob die angeführten Wirkungen der fiktiven Planfeststellung angesichts der in der Zwischenzeit eingetretenen rechtlichen und tatsächlichen Entwicklungen weiterhin Geltung beanspruchen können.⁷² Gegenüber dem Jahr 1990 ist das Berliner Flughafensystem grundlegend verändert worden. Zwei der drei Berliner Flughäfen sind schon endgültig geschlossen worden. Auch dem Flughafen Tegel ist durch die unanfechtbar gewordenen Bescheide vom 29. Juli 2004 und 2. Februar 2006 die rechtliche Grundlage entzogen worden, wenn auch derzeit die aufschiebende Bedingung (Eröffnung des BER) noch nicht eingetreten ist. Stattdessen ist durch den Planfeststellungsbeschluss vom 13. August 2004 entsprechend dem Single-Airport-Konzept ein einziger großer Verkehrsflughafen für die gesamte Region geplant und im Bau befindlich. Soll infolge einer Änderung des Single-Airport-Konzepts Tegel als zweiter Flughafen neben dem BER unbefristet weiterbetrieben werden, wäre dies eine erneute grundlegende Änderung des Flughafensystems.

Diese Rechtstatsachen legen es nahe, die inhaltliche und zeitliche Reichweite der in § 2 Abs. 5 des Sechsten Überleitungsgesetzes angeordneten Fiktionswirkungen im Wege der Gesetzesinterpretation zu begrenzen. Die Fiktion hatte unter den gänzlich anderen, durch die Erfordernisse der Wiedervereinigung im Jahr 1990 geprägten Rahmenbedingungen ihren einleuchtenden Zweck. Dieser Gesetzeszweck lässt sich kaum noch auf eine luftverkehrsrechtliche Situation erstrecken, wie sie nach einer zweimaligen grundlegenden Änderung bestünde. Ein ähnlicher Rechtsgedanke liegt der Vorschrift des § 71 Abs. 1 Satz 2 LuftVG zugrunde.⁷³ Die für Flughäfen im Beitrittsgebiet angeordnete Genehmigungsfiktion (§ 71 Abs. Satz 1 LuftVG) gilt nämlich nicht, wenn seit dem 3. Oktober 1990 für den

⁶⁹ Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, § 71 Rn. 11; Giemulla/Schmid, LuftVG, § 71 Rn. 13a

⁷⁰ Vgl. etwa OVG 22, 66; dazu auch BVerwG, B. vom 19.08.1997 – 11 B 2/97

⁷¹ B. vom 29.01.2007 – 10 S 1.07 – Rn. 26

⁷² So auch Kipp a.a.O. S. 19

⁷³ Siehe auch Kipp a.a.O. S. 16

Flugplatz eine Genehmigung oder eine Änderungsgenehmigung nach § 6 LuftVG erteilt oder eine erteilte Genehmigung oder Änderungsgenehmigung bestandskräftig zurückgenommen oder widerrufen worden ist. Anders ausgedrückt: Die Genehmigungsfiktion entsteht nicht, wenn bereits eine Genehmigung erteilt worden ist bzw. eine einmal entstandene Fiktion lebt nicht wieder auf, wenn sie durch nachfolgende „echte“ Genehmigungsentscheidungen schon beseitigt worden war.⁷⁴ Übertragen auf den vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass durch den bestandskräftigen Bescheid vom 2. Februar 2006, mit dem die fiktive Planfeststellung aufgehoben wurde, diese Fiktion endgültig erloschen ist, also mit Aufhebung des genannten Bescheides nicht wieder Geltung erlangen kann.

Die aufgeworfene Frage ist schwierig zu beantworten. Der Verfasser dieses Gutachtens neigt aus den angeführten Gründen zu der Ansicht, dass die (Genehmigungs- und) Planfeststellungsfiktion nicht wieder aufleben würde(n), wenn die Schließungsverfügungen 2004 und 2006 aufgehoben würden. Letztlich kann die Problematik nur durch die Gerichte verbindlich geklärt werden. Deshalb wäre die zuständige Behörde, wenn es überhaupt je zu dieser Situation kommen sollte, auf der sicheren Seite, wenn sie ein (erstmaliges) Planfeststellungsverfahren für den unbefristeten Weiterbetrieb des Flughafens Tegel durchführen und sich nicht mit dem als erste Alternative dargestellten Verfahren zur Aufhebung des Bescheids vom 2. Februar 2006 begnügen würde. Allerdings darf die Bedeutung der Frage auch nicht überschätzt werden. Insbesondere in verfahrensrechtlicher Hinsicht wäre eine Planfeststellung wegen der besonderen Anforderungen einschließlich der förmlichen Umweltverträglichkeitsprüfung⁷⁵ zwar aufwendiger. Andererseits ist das materielle Entscheidungsprogramm bei beiden Alternativen sehr ähnlich und vom Aufwand her kaum zu unterscheiden. In beiden Fällen käme es letztlich zu demselben rechtlichen Ergebnis, nämlich einer entweder fiktiven oder „echten“ Planfeststellung.

Zwischenergebnis

Legt man die Rechtsauffassung zugrunde, dass die durch den Bescheid vom 2. Februar 2006 aufgehobene fiktive Planfeststellung wegen der seit dem Jahr 1990 eingetretenen grundlegenden rechtlichen Änderungen des Berliner Flughafensystems nicht wieder aufleben kann, könnte ein unbefristeter Weiterbetrieb des Flughafens Tegel nur durch

⁷⁴ Vgl. auch Grabherr/Reidt/Wysk, LuftVG, § 71 Rn. 19 f.; Giemulla/Schmid, LuftVG, § 71 Rn. 4

⁷⁵ § 1 Abs. 1 Nr. 1 UVPG i. V. mit Nr. 14.12.1 der Anlage 1 zum UVPG

einen förmlichen Planfeststellungsbeschluss zugelassen werden. Im Falle gravierender und dauerhafter Kapazitätsengpässen am BER könnte ein solcher Planfeststellungsbeschluss rechtmäßig sein.

3. Rechtslage nach dem endgültigen Erlöschen der fiktiven Planfeststellung

Falls die Änderung des LEP FS erst zu einem Zeitpunkt rechtswirksam würde, zu dem die fiktive Planfeststellung wegen des Bedingungseintritts (Schließung von TXL spätestens sechs Monate nach Eröffnung des BER) endgültig erloschen ist, ist die Rechtslage klar. Das Gelände des (ehemaligen) Flughafens Tegel ist rechtlich kein Verkehrsflughafen mehr. Es müsste ein vollständig neues Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren durchgeführt werden, damit der stillgelegte Flughafen wieder in Betrieb genommen werden könnte.

Abgesehen davon, dass diese Verfahren Jahre dauern würden, wäre es rechtlich deutlich schwieriger, einen Planfeststellungsbeschluss zu erwirken als im Fall einer „rechtzeitigen“ Änderung des LEP FS. Es ginge nicht mehr um die Weiternutzung eines vorhandenen und noch betriebenen Flughafens, sondern um einen vollständigen Neuanfang. Das heißt u. a., dass die Belange, die für die Wiederherstellung einer Nutzung als Flughafen sprechen, ein noch stärkeres Gewicht als sonst haben müssten. Von Bedeutung wäre ferner, wie viel Zeit bis zum Wirksamwerden eines Planfeststellungsbeschlusses verstreichen würde. Je länger der Zeitraum ohne Flughafenbetrieb ist, desto schwächer wird der Gesichtspunkt der „planerischen Vorbelastung“ des Geländes, der ansonsten zugunsten einer Wiederaufnahme des Flugbetriebes ins Feld geführt werden könnte. In diesem Zusammenhang käme es insbesondere darauf an, inwieweit die rechtlich vorgeschriebene und planerisch seit langem vorbereitete Nachnutzung bereits in Angriff genommen wurde, d. h. in welchem Ausmaß überhaupt noch ein „intaktes“ Flughafengelände vorhanden wäre.

Alles in allem erscheint bei der hier angenommenen Fallgestaltung der Erlass einer rechtmäßigen Planfeststellung wenig aussichtsreich. Will man Tegel weiter betreiben, müsste alles daran gesetzt werden, die Änderung des LEP FS noch vor Erlöschen der fiktiven Planfeststellung in Kraft zu setzen.

Zwischenergebnis

Tritt die Änderung des LEP FS erst nach der Schließung von TXL in Kraft, erlischt die fiktive Planfeststellung endgültig. Das dann für eine Wiederinbetriebnahme erforderlich werdende Planfeststellungsverfahren würde voraussichtlich Jahre dauern und dürfte nur schwerlich mit einem rechtmäßigen Planfeststellungsbeschluss enden können.

II. Aufhebung des Bescheids vom 29. Juli 2004 (Widerruf der Betriebsgenehmigung)

In der Rechtsprechung ist geklärt, dass die zutreffende Rechtsgrundlage für den (aufschiebend bedingten) Widerruf der Betriebsgenehmigung im Bescheid vom 29. Juli 2004 die Vorschrift des § 6 Abs. 4 Satz 2 LuftVG war.⁷⁶ Die endgültige Stilllegung eines Flugplatzes ist eine Änderung der Genehmigung im Sinne dieser Bestimmung. Soll der Widerrufsbescheid aufgehoben werden, bedarf dies ebenfalls einer Rechtsgrundlage. Ähnlich wie im Fall der Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006 – dort § 8 Abs. 1 Satz 1 LuftVG - bestehen keine Bedenken, dafür ebenfalls § 6 Abs. 4 Satz 2 LuftVG heranzuziehen. Auch die Aufhebung des Widerrufs der Betriebsgenehmigung ist eine Änderung im Sinne dieser Vorschrift, nämlich die Wiederherstellung des ursprünglichen Genehmigungszustandes.

Aus den gleichen Gründen wie bei der Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006 ist die Aufhebung des Widerrufsbescheides vom 29. Juli 2004 eine planerisch-gestaltende Maßnahme, bezogen auf den Regelungsgegenstand einer Betriebsgenehmigung.⁷⁷ Zur Begründung kann weitgehend auf die entsprechenden Ausführungen zur fiktiven Planfeststellung im vorangegangenen Abschnitt verwiesen werden. Auch die Voraussetzungen, unter denen die Aufhebung des Widerrufsbescheides rechtmäßig erfolgen könnte, sind ähnlich wie im Fall der Aufhebung des Bescheides vom 2. Februar 2006. Die Wiederherstellung der (fiktiven) Planfeststellung ist die vorrangige Maßnahme. Gelingt die Aufhebung dieses Bescheides wegen gravierender und dauerhafter Kapazitätsengpässen am BER (siehe den vorangehenden Abschnitt), so bestehen auch keine Bedenken gegen die

⁷⁶ BVerwG, B. vom 29.11.2007 – 4 B 22.07 – UPR 2008, 1147; BVerwG, B. vom 21.06.2006 – 4 B 18.06; OVG Berlin-Brandenburg, Urteile vom 24.11.2005 – 12 A 2.05 – und – 12 A 3.05 -

⁷⁷ So auch das Gutachten von CMS Hasche und Sigle, S. 57 ff. und das Gutachten von Geulen S. S. 17 f.; siehe auch Kluckert a.a.O. S. 881

Wiederherstellung der Betriebsgenehmigung. Dasselbe gilt im Fall des Erlasses eines wirksamen Planfeststellungsbeschlusses.

Zwischenergebnis

Auch die Aufhebung des Widerrufsbescheides vom 29. Juli 2004 ist ein planerisch-gestaltender Verwaltungsakt. Falls die (fiktive) Planfeststellung wegen gravierender und dauerhafter Kapazitätsengpässen am BER rechtmäßig wiederhergestellt werden könnte oder ein wirksamer Planfeststellungsbeschluss ergeht, bestehen auch keine rechtlichen Bedenken gegen die Aufhebung des Bescheides vom 29. Juli 2004.

III. Rechtsschutzmöglichkeiten

Die Aufhebung der Bescheide vom 2. Februar 2006 und vom 29. Juli 2004 wären für betroffene Anwohner des Flughafens belastende Verwaltungsakte, die mit einer Anfechtungsklage angegriffen werden könnten. Das gleiche gälte für einen förmlichen Planfeststellungsbeschluss, mit dem der unbefristete Weiterbetrieb des Flughafens zugelassen würde. Im zuletzt genannten Fall hätten solche Klagen keine aufschiebende Wirkung (§ 10 Abs. 4 Satz 1 LuftVG). Der Planfeststellungsbeschluss könnte also ungeachtet der Klagen vollzogen werden, solange nicht auf Antrag das Gericht die aufschiebende Wirkung der Klagen anordnet (§ 10 Abs. 4 Satz 2 LuftVG). Klagen gegen die nicht in Form eines Planfeststellungsbeschlusses erfolgten Aufhebungen der beiden Beschlüsse hätten nach der allgemeinen Regel des § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung, es sei denn die Behörde oder das Gericht würden die sofortige Vollziehung der Bescheide anordnen bzw. wiederherstellen (§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 bzw. Abs. 5 Satz 1 VwGO). Erstinstanzlich ist das OVG Berlin-Brandenburg zuständig (§ 49 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VwGO).

In allen denkbaren Fällen ist mit Klagen der betroffenen Anwohner zu rechnen. Angesichts der komplexen tatsächlichen und rechtlichen Fragen, wird es langwierige Gerichtsverfahren mit ungewissem Ausgang geben.

Zwischenergebnis

Gegen eine Aufhebung der Schließungsverfügungen 2004 und 2006 bzw. gegen einen Planfeststellungsbeschluss wird es mit Sicherheit zahlreiche Anfechtungsklagen geben, über die in voraussichtlich langwierigen Gerichtsverfahren zu entscheiden sein wird.

Teil D

Gefährdung des Planfeststellungsbeschlusses für den BER?

I. Nachträglicher Wegfall der Planrechtfertigung

Sollte es zum Erlass eines rechtswirksamen, die Offenhaltung des Flughafens Tegel vorsehenden LEP FS kommen, ist zu untersuchen, welche Auswirkungen diese Rechtstatsache auf die Geltung des Planfeststellungsbeschlusses für den BER vom 13. August 2004 hätte. Verschärft würde sich diese Frage stellen, wenn es im Anschluss an den geänderten LEP FS zu einer Aufhebung der Schließungsverfügungen von 2004 und 2006 käme (siehe dazu Teil C)

Wie schon dargelegt, bezeichnet der Planfeststellungsbeschluss die Schließung der Flughäfen Tempelhof und Tegel als „tragenden Bestandteil der Planrechtfertigung des Ausbaivorhabens“ (Entscheidungsgründe S. 336). Dementsprechend ist dort auf Seite 328 formuliert: „Der Planfeststellungsbeschluss steht unter dem Vorbehalt der endgültigen Schließung der Flughäfen Berlin-Tegel und Berlin-Tempelhof spätestens nach einer Übergangszeit von sechs Monaten nach Inbetriebnahme der ausgebauten Südbahn.“ Das Bundesverwaltungsgericht⁷⁸ hat diese Ausführungen des Planfeststellungsbeschlusses bestätigt, betrachtet also die Schließung der beiden Flughäfen in Konsequenz des Single-Airport-Konzeptes als den maßgebenden Grund für die Planrechtfertigung.

⁷⁸ BVerwGE 125, 116 (178 f.) Rn. 186 bis 189 „Schönefeld“

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts⁷⁹ ist die Planrechtfertigung ein ungeschriebenes Erfordernis jeder Fachplanung und eine Ausprägung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns, das mit Eingriffen in private Rechte verbunden ist. Das Erfordernis ist erfüllt, wenn für das beabsichtigte Vorhaben ein Bedarf besteht, die geplante Maßnahme also erforderlich ist. Das ist nicht erst bei Unausweichlichkeit des Vorhabens der Fall, sondern wenn es vernünftigerweise geboten ist. Mit anderen Worten: Die Planrechtfertigung ist die zentrale Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer fachplanerischen Entscheidung, etwa eines Planfeststellungsbeschlusses. Fehlt die Planrechtfertigung, müsste im Falle einer Anfechtungsklage der Planfeststellungsbeschluss vom Gericht als rechtswidrig aufgehoben werden.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass mit dem Inkrafttreten eines geänderten, das Single-Airport-Konzept aufgebenden LEP FS die Planrechtfertigung für den Planfeststellungsbeschluss BER entfallen würde. Der Beschluss verlöre nachträglich eine zentrale Rechtmäßigkeitsvoraussetzung. Das bedeutet freilich nicht, dass nunmehr die Rechtswirksamkeit des Beschlusses beseitigt wäre. Denn für die planerische Rechtfertigung eines luftverkehrsrechtlichen Vorhabens (ebenso für die Abwägung und sonstige Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen) kommt es auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Plan an.⁸⁰ Der Planfeststellungsbeschluss vom 13. August 2004 (in der Fassung des zum nachgebesserten Lärmschutz ergangenen Planergänzungsbeschlusses vom 20. Oktober 2009) wäre also weiterhin als rechtmäßig zu behandeln, bliebe bestandskräftig und wäre unverändert eine wirksame Rechtsgrundlage für den Ausbau und den späteren Betrieb des BER. Für Planfeststellungsbeschlüsse ergibt sich dies zusätzlich aus § 1 Abs. 1 VwVfGBbg in Verbindung mit § 75 Abs. 2 Satz 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) des Bundes. Nach der letztgenannten Vorschrift sind nämlich nach Unanfechtbarkeit des Planfeststellungsbeschlusses Ansprüche auf Unterlassung des Vorhabens, auf Beseitigung oder Änderung der Anlagen oder auf Unterlassung ihrer Benutzung ausgeschlossen.

Allerdings könnte der unbefristete Fortbetrieb des TXL rechtliche Auswirkungen auf die Regelungen über den **Nachtflugbetrieb** am BER haben. Denn der BER hätte nun nicht mehr die Funktion als einziger internationaler Verkehrsflughafen in der Region Berlin/Brandenburg, der das gesamte Luftverkehrsaufkommen bewältigen müsste. Das wirft

⁷⁹ BVerwGE 56, 110 (118 f.); 75, 214 (232 f.); 107, 142 (145)

⁸⁰ Vgl. z. B. BVerwGE 130, 83 (109); BVerwGE 155, 81 (86 f.)

die Frage auf, ob es immer noch erforderlich ist, das absolute Nachtflugverbot auf den Zeitraum zwischen 0.00 und 5.00 Uhr zu begrenzen oder ob nicht eine gewisse Ausweitung in die Nachtrandstunden hinein (22.00 bis 24.00 Uhr und 5.00 und 6.00 Uhr) ein ausgewogener Kompromiss zwischen flugbetrieblichen Notwendigkeiten und dem gebotenen Schutz der Anwohner vor nächtlichem Fluglärm wäre. Klagen, die auf eine Ausdehnung der Nachtflugbeschränkungen gerichtet sind, wären mit Sicherheit zu erwarten und wären nicht ohne Erfolgsaussichten.

Zwischenergebnis

Durch eine (rechtswirksam erfolgte) Änderung des LEP FS und die dadurch ermöglichte unbefristete Offenhaltung des Flughafens Tegel würde der Planfeststellungsbeschluss für den BER vom 13. August 2004 nicht ernstlich gefährdet und bliebe eine bestandskräftige Grundlage für die Inbetriebnahme und den weiteren Ausbau des BER. Allerdings könnte es nach dem Wegfall der Funktion als Single-Airport rechtlich geboten sein, die bisher vorgesehenen Nachtflugbeschränkungen am BER zum Schutz der Anwohner auszuweiten.

II. Anträge und Klagen auf Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses

Allerdings ist ein Planfeststellungsbeschluss trotz seiner erhöhten Bestandskraft nicht vor Anträgen und Klagen auf nachträgliche Aufhebung des Beschlusses geschützt. Sowohl die Vorschrift des § 48 VwVfG über die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte als auch die Vorschrift des § 49 VwVfG über den Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte finden auf Planfeststellungsbeschlüsse Anwendung, ermöglichen also eine Durchbrechung der Bestandskraft.⁸¹ Unter bestimmten Voraussetzungen haben Dritte einen Anspruch auf Aufhebung (Rücknahme oder Widerruf) eines Planfeststellungsbeschlusses oder jedenfalls einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Aufhebung. Lehnt die zuständige Behörde einen Antrag auf Aufhebung ab, steht dem Antragsteller der Klageweg offen. Hingegen hätten Anträge und Klagen, die auf ein Wiederaufgreifen des

⁸¹ BVerwGE 105, 6 (10 ff.); BVerwGE 144, 44 (51); BVerwGE 155, 81 (87) Rn. 31

Planfeststellungsverfahrens gerichtet sind, nach den §§ 72 Abs. 1, 51 VwVfG von vornherein keine Aussicht auf Erfolg.⁸²

Es steht zu erwarten, dass Anwohner des BER Anträge auf Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses vom 13. August 2004 stellen und im Falle ihrer Ablehnung den Klageweg beschreiten werden. In der Vergangenheit sind derartige Klagen bereits (erfolglos) erhoben worden.⁸³ Das dürfte sich wiederholen. Zwar würden sich bei einem Weiterbetrieb des Flughafens Tegel die mit dem Betrieb des BER verbundenen Lärmbelastungen (jedenfalls zunächst) vermindern. Das ändert aber nichts daran, dass betroffene Anwohner angesichts des immer noch vorhandenen hohen Konfliktpotentials geltend machen können und werden, dass der Ausbau des Flughafens Schönefeld zu einem großen internationalen Verkehrsflughafen überhaupt nur wegen dessen Funktion als Single-Flughafen planerisch gerechtfertigt war. Falle diese Funktion weg, dann hätte der Ausbau des Flughafens Schönefeld – so die zu erwartende Argumentation – gar nicht oder nur in einer „abgespeckten“ Version geplant werden dürfen.

Eine so begründete Klage könnte zwar nicht auf die Rücknahmevorschrift des § 48 VwVfG gestützt werden. Denn diese Bestimmung setzt die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes voraus. Daran fehlt es, weil der Planfeststellungsbeschluss vom 13. August 2004 zum maßgebenden Zeitpunkt seines Erlasses rechtmäßig war⁸⁴, wie das Bundesverwaltungsgericht in seinen Urteilen vom 16. März 2006 entschieden hat. Wie oben dargelegt, ist der Beschluss auch nicht nachträglich rechtswidrig geworden.

Anwendung könnte indes die Bestimmung des § 49 VwVfG über den Widerruf rechtmäßiger Verwaltungsakte finden. Diese Vorschrift ist allerdings bei Planfeststellungsbeschlüssen nur ultima ratio. Dritte können einen Widerruf nur verlangen, wenn Schutzauflagen nach § 75 Abs. 2 Satz 2 VwVfG nicht als Abhilfe ausreichen.⁸⁵ Schutzauflagen könnten hier der behaupteten Beschwer der Kläger (Planung eines überdimensionierten Flughafens) nicht ohne weiteres abhelfen, so dass einer Heranziehung von § 49 VwVfG grundsätzlich nichts im Wege stünde.

⁸² Vgl. BVerwGE 80, 7 (9)

⁸³ Vgl. BVerwGE 144, 1; BVerwGE 144, 44

⁸⁴ Ausgenommen hier nicht interessierende Regelungen zum Lärmschutz

⁸⁵ BVerwGE 155, 81 (87) Rn. 31

Bei der Untersuchung, ob ein Widerruf nach § 49 VwVfG möglich wäre, sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden. Bei der einen Konstellation ist zu unterstellen, dass die Änderung des LEP FS sich als rechtswidrig und nichtig erweise, sei es aufgrund eines entsprechenden Normenkontrollurteils, sei es aufgrund einer Inzidentüberprüfung in einem Gerichtsurteil (zum Rechtsschutz gegen einen geänderten LEP FS siehe Teil B Abschnitt II. 3.). Dann entfielen die behauptete Beschwer (überdimensionierter Ausbau), weil es beim Single-Airport-Konzept bleibt. Ein Antrag auf Widerruf ginge ins Leere.

Anders sähe es im Falle der rechtsfehlerfreien Änderung des LEP FS aus. Der mögliche Widerrufsgrund wäre die Änderung der durch eine Rechtsverordnung geregelten landesplanerischen Gesetzeslage (Weiterbetrieb von TXL neben BER). Ein derartiger Sachverhalt wird von der Bestimmung des § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwVfG erfasst. Ein Widerruf ist danach möglich, „wenn die Behörde auf Grund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, soweit der Begünstigte von der Begünstigung noch keinen Gebrauch gemacht oder auf Grund des Verwaltungsaktes noch keine Leistungen empfangen hat, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde“. Dieser Widerrufstatbestand ist schon deshalb nicht erfüllt, weil durch die Planung und den Ausbau des BER von dem Planfeststellungsbeschluss vom 13. August 2004 bereits Gebrauch gemacht worden ist.

Ebenso wenig dürfte der sonst allein noch in Betracht kommende Widerrufstatbestand des § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 VwVfG erfüllt sein. Denn diese Vorschrift setzt voraus, dass durch den Widerruf schwere Nachteile für das Gemeinwohl verhütet oder beseitigt werden. Eine solche gravierende Situation träte sicherlich nicht ein, wenn der BER trotz einer (behaupteten) Überdimensionierung in Betrieb ginge.

Trotz dieser sehr fraglichen Erfolgsaussichten muss mit derartigen Anträgen und Klagen auf Widerruf des Planfeststellungsbeschlusses gerechnet werden. Damit wird der ohnehin schon große Kreis der Klagemöglichkeiten nochmals erweitert, mit allen Folgen, die sich aus einer Situation der Rechtsunsicherheit ergeben können.

Weitere Klagemöglichkeiten könnten sich daraus ergeben, dass als Folge des geänderten LEP FS (oder spätestens nach einer etwaigen Aufhebung des Schließungsverfügungen von 2004 und 2006) der Planfeststellungsbeschluss für den BER an die neue Rechtslage angepasst

werden müsste. Welche Regelungen hierfür geändert bzw. ergänzt werden müssten, kann im Rahmen dieses Gutachtens nicht im Einzelnen untersucht werden und lässt sich aus heutiger Sicht angesichts des hypothetischen Charakters dieser Untersuchung ohnehin nur eingeschränkt beurteilen. Soweit Änderungen im verfügenden Teil des Planfeststellungsbeschlusses erforderlich sind, wären sie im Rahmen eines Planänderungsverfahrens (§ 76 VwVfG) durchzuführen. Im vorliegenden Fall könnten beispielsweise die Lärmschutzaufgaben und auch die Regelungen zum Bauschutzbereich (vgl. den verfügenden Teil Nr. 4 und Nr. 5, Planfeststellungsbeschluss Seite 105 ff.) teilweise neu zu fassen sein. Ein solcher Planänderungsbeschluss geht in den ursprünglichen Planfeststellungsbeschluss ein. Es entsteht also ein einziger Plan, so dass nunmehr maßgebend der ursprüngliche Plan in der Gestalt des betreffenden Änderungsplanfeststellungsbeschlusses wäre.⁸⁶

Nur soweit der **Gegenstand des Planänderungsbeschlusses** reicht, können Betroffene in diesem Umfang Klage erheben.⁸⁷ Ein Beispiel für solche eingeschränkten, nur die Planänderung betreffenden Klagen sind die Klagen gegen den Planergänzungsanspruch vom 20. Oktober 2009, mit dem das Lärmschutzkonzept des BER geändert wurde.⁸⁸ Entscheidend ist also, inwieweit der unanfechtbar gewordene ursprüngliche Planfeststellungsbeschluss von den Planänderungen in seinem rechtlichen Bestand unberührt und damit weiterhin unanfechtbar bleibt. Das ist hier vor allem dafür von Bedeutung, ob die Frage der nachträglich entfallenen bisherigen Planrechtfertigung und deren Verknüpfung mit der Schließung der Flughäfen Tegel und Tempelhof Gegenstand einer Klage auf Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses vom 13. August 2004 werden könnte. Wenn dem so wäre, ließe sich die Gefahr nicht ausschließen, dass der gesamte Planfeststellungsbeschluss BER aufgehoben werden könnte.

Aus den folgenden Gründen kann es aber nicht zu einem derartigen Szenario kommen. Wie mehrfach dargelegt, wäre die erste rechtliche Voraussetzung für einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel die entsprechende Änderung des LEP FS. Auch hier sind wieder zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden. Im ersten Fall ist zu unterstellen, dass die Änderung des LEP FS rechtmäßig erfolgt ist, der Plan also wirksam ist. Dann ist die Standortfrage in dem Sinn, dass beide Flughäfen betrieben werden dürfen, landesplanerisch endgültig geklärt und

⁸⁶ Vgl. BVerwGE 61, 307 (309); BVerwGE 75, 214 (223)

⁸⁷ BVerwGE 131, 316 (322) Rn. 23

⁸⁸ BVerwGE 141, 1

kann in einem nachfolgenden Planänderungsverfahren nicht mehr in Frage gestellt werden. Entsprechend würde im Zuge der Änderung des Planfeststellungsbeschlusses zwecks Anpassung an die geänderte Rechtslage die Planrechtfertigung für den BER (Aufgabe des Single-Airport-Konzeptes) neu begründet werden können. Die ursprüngliche Planrechtfertigung wäre durch eine neue, mit der geänderten Landesplanung übereinstimmende Planrechtfertigung ersetzt. Die ursprüngliche Planrechtfertigung könnte nicht mehr Angriffspunkt einer Klage gegen den Planfeststellungsbeschluss in Gestalt des Planänderungsbeschlusses sein. Abgesehen davon ist der Ansicht zuzustimmen, dass Aussagen zur Planrechtfertigung in einem Planfeststellungsbeschluss keinen eigenständigen Regelungscharakter haben, also nicht gesondert angegriffen werden können.⁸⁹ Diese Erwägungen zeigen wiederum, wie entscheidend es darauf ankommt, dass Rechtsschutz bereits auf der Stufe der Landesplanung und nicht erst auf der Stufe der konkreten Zulassungsentscheidung gesucht wird.

Letzteres zeigt sich auch für den Fall, dass Rechtsschutzverfahren gegen den geänderten LEP FS, sei es aufgrund eines Normenkontrollurteils oder einer gerichtlichen Inzidentprüfung, Erfolg hätten und der LEP FS als nichtig anzusehen wäre. Denn dann hätten sich Klagen gegen den Planfeststellungsbeschluss in Gestalt des Planänderungsbeschlusses mangels Beschwer der Kläger erledigt. Es bestünde der alte Rechtszustand weiter, der Flughafen Tegel müsste nach Eröffnung des BER geschlossen werden und die Frage einer entfallenen Planrechtfertigung stellte sich nicht.

Das Risiko auch solcher Klagen erscheint also gering. Dennoch würde man auch insoweit wohl mit Klagen rechnen müssen.

Zwischenergebnis

Nach einer Änderung des LEP FS ist zwar mit Klagen auf Widerruf des Planfeststellungsbeschlusses vom 13. August 2004 zu rechnen. Die Erfolgsaussichten derartiger Klagen sind gering. Der Planfeststellungsbeschluss für den BER wäre somit nicht ernstlich angreifbar, der weitere Ausbau und die Inbetriebnahme des Flughafens wären nicht gefährdet.

⁸⁹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, 17. Auflage 2017, § 36 Rn. 5; Kluckert, Rechtliche Perspektiven für den Weiterbetrieb des Verkehrsflughafens Tegel, DÖV 2013, 874 (878)

Teil E

„Berliner Sonderweg“: Ausstieg aus der gemeinsamen Landesplanung

Von Befürwortern einer Offenhaltung des Flughafens Tegel wird gelegentlich vorgeschlagen, Berlin möge für den Fall, dass eine Änderung des LEP FS 2003/2006 mangels Einvernehmens der FBB-Gesellschafter nicht in Betracht kommt, die gemeinsame Landesplanung mit Brandenburg durch Kündigung des Landesplanungsvertrages (in der Fassung vom 1. November 2011)⁹⁰ beenden und eine eigenständige Landesplanung in Angriff nehmen. Dieses Szenario wirft zwei Fragen auf. Zum einen die Frage, welche rechtlichen Folgen sich aus einer Kündigung des Landesplanungsvertrages ergäben (dazu unter I. 1.). Zum anderen müsste untersucht werden, wer Betreiber des TXL sein könnte, falls Berlin seinen eigenen Weg ginge (dazu unter I. 2.). Schließlich ist eine Schlussfolgerung zur rechtlichen Durchführbarkeit und zur Sinnhaftigkeit eines Ausstiegs aus der gemeinsamen Landesplanung zu ziehen (dazu unten I. 3.).

I. Kündigung des Landesplanungsvertrags

1. Rechtliche Folgen der Kündigung

Nach Artikel 24 Absatz 1 kann der Landesplanungsvertrag von jedem vertragsschließenden Land zum Ende des Kalenderjahres schriftlich mit einer Frist von drei Jahren gekündigt werden. Würde Berlin im Laufe des Jahres 2018 eine Kündigung aussprechen, würde diese mit Ablauf des 31. Dezember 2021 wirksam. Zu diesem Zeitpunkt wäre der Flughafen Tegel bereits seit etwa einem Jahr stillgelegt, falls es – wie angekündigt – zu einer Eröffnung des BER im Oktober 2020 kommen sollte. Dies schlosse freilich nicht von vornherein aus zu versuchen, den Flughafen Tegel durch ein vollständig neues Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren wieder in Betrieb zu nehmen, auch wenn dies wenig aussichtsreich wäre (vgl. dazu oben Teil C I. 3.).

Nach dem Wirksamwerden einer Kündigung müsste Berlin zunächst ein **Landesplanungsgesetz** schaffen, das an Stelle des Landesplanungsvertrages die Grundlage aller raumordnungsrechtlichen Maßnahmen bilden würde. Sodann wäre Berlin nach § 8 Abs.

⁹⁰ GVBl. Berlin 2012, 3

1 Satz 1 Nr. 1 ROG verpflichtet, mindestens einen Raumordnungsplan für das Landesgebiet (**landesweiter Raumordnungsplan**) aufzustellen. In den Stadtstaaten wie Berlin könnte diese Funktion (ganz oder teilweise) auch ein Flächennutzungsplan nach § 5 BauGB übernehmen (§ 8 Abs. 1 Satz 2 ROG). Die für die Flächenstaaten bestehende Verpflichtung, Raumordnungspläne auch für Teilräume (Regionalpläne) aufzustellen, gilt nicht für die Stadtstaaten.⁹¹ Wenn es für zweckmäßig gehalten würde, könnte Berlin freilich auch solche Regionalpläne erlassen.

Bei der Schaffung eigener raumordnungsrechtlicher Regelungen ist aber Folgendes zu beachten. Wie in der Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen vom 6. November 2017⁹² zutreffend ausgeführt, blieben nach der Kündigung des Landesplanungsvertrags das gemeinsame Landesentwicklungsprogramm und die jeweils als Rechtsverordnungen in Berlin und Brandenburg erlassenen gemeinsamen Landesentwicklungspläne – also auch der LEP FS 2003/2006 – in Kraft. Bevor Berlin seinen eigenen landesweiten Raumordnungsplan in Kraft setzen könnte, müssten der Staatsvertrag über das Landesentwicklungsprogramm gekündigt und die Rechtsverordnungen (neben dem LEP FS der LEP BB bzw. der künftige LEP HR) aufgehoben werden. Diese Maßnahmen müssten gemäß § 7 Absatz 7 ROG nach denselben Vorschriften durchgeführt werden wie bei der Aufstellung eines Raumordnungsplans. Welche umfangreichen verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Anforderungen dabei einzuhalten sind, ist oben in Teil B Abschnitt II. dargelegt. Insbesondere müsste jeweils eine **Strategische Umweltprüfung mit Öffentlichkeitsbeteiligung** erfolgen. Als wichtiges Erfordernis (vgl. § 1 Abs. 1 und § 8 Abs. 3 ROG) käme hinzu die Abstimmung und das Einvernehmen mit dem benachbarten Brandenburg, das ja ebenfalls gezwungen wäre, seine eigene Raumordnungsplanung zu erstellen.

Alles in allem ist schon die Aufhebung der bisherigen gemeinsamen raumordnerischen Bestimmungen ein zeitlich und inhaltlich aufwendiges Unterfangen. Die gleichen Anforderungen wären dann einzuhalten bei der Aufstellung der für Berlin allein geltenden Regelungen. Ob dann eine landesplanungsrechtliche Standortaussage, etwa eine Zielfestlegung zugunsten des Weiterbetriebs von Tegel in rechtmäßiger Weise gelingen kann, hängt auch hier von dem Ausmaß der möglichen Kapazitätsengpässe des BER ab. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Änderung des LEP FS 2003/2006 verwiesen werden (siehe

⁹¹ Vgl. § 8 Abs. 1 Satz 3 i. v. m. Abs. 1 Satz Nr. 2 ROG

⁹² Seite 2

Teil B Abschnitt II. 2.). Nur unter den dort genannten Voraussetzungen wäre es denkbar, dass eine wirksame landesplanerische Grundlage für die anschließende Aufhebung der Schließungsverfügungen 2004 und 2006 geschaffen werden kann. Diese Aufhebung wäre – ebenso wie die Rechtsschutzmöglichkeiten – nach demselben Muster zu beurteilen wie im Fall der Änderung des gemeinsamen LEP FS (dazu ausführlich oben Teil B). Die Wiederherstellung der fiktiven Planfeststellung bzw. der Erlass eines Planfeststellungsbeschlusses kämen ebenso wie die Aufhebung des Widerrufs der Betriebsgenehmigung allenfalls bei gravierenden und lang andauernden Kapazitätsengpässen in Betracht. Noch geringere Erfolgsaussichten bestünden für den Fall, dass der Flughafen Tegel bereits stillgelegt sein sollte – ein wahrscheinliches Szenario angesichts der langen Zeiträume, die eine Umstellung von der gemeinsamen hin zur alleinigen Landesplanung erfordern würde.

Nimmt man noch die in jedem Fall zu erwartenden Klagen bzw. Normenkontrollanträge hinzu, dürfte – wenn überhaupt – eine neue rechtssichere landesplanerische Grundlage für Berlin kaum vor dem Jahr 2025 vorliegen. Sollte Berlin versuchen, den Weiterbetrieb von Tegel ohne vorherige landesplanerische Standortaussage in die Wege zu leiten, wäre dies erstens ein erhebliches rechtliches Risiko. Zweitens wäre voraussichtlich weder inhaltlich noch zeitlich viel gewonnen. Zunächst müsste ohnehin die Aufhebung der alten landesplanerischen Regelungen abgeschlossen sein. Sodann müsste ein großer Teil der planerischen Arbeit, die sonst im Zuge der neuen Landesplanung zu erfolgen hätte, in den Verfahren zur Aufhebung der Schließungsverfügungen 2004 und 2006 bzw. in einem Planfeststellungsverfahren (siehe oben Teil C) Teil geleistet werden.

Alles in allem lässt sich der Schluss ziehen, dass der Weg über eine eigene Berliner Landesplanung letztlich mit denselben Problemen und Risiken wie bei einer gemeinschaftlichen Änderung des LEP FS konfrontiert wäre, aber deutlich mehr Zeit in Anspruch nähme.

2. Wer wäre Betreiber des TXL?

Unterstellt der oben beschriebene Weg aus der gemeinsamen Landesplanung würde – wider Erwarten – zu einem Weiterbetrieb des Flughafens Tegel führen können, ergibt sich als weiteres Problem die Frage, wer überhaupt Betreiber des Flughafens sein könnte. In der

Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen vom 6. November 2017 (Seite 2) ist hierzu zutreffend bemerkt:

„Sofern der Bund und/oder Brandenburg jedoch an ihrer Ablehnung [sc. der Offenhaltung von Tegel] festhalten, wäre ein Weiterbetrieb von TXL durch das Gemeinschaftsunternehmen FBB nicht möglich. Eine Weiterführung des Gedankens einer Offenhaltung TXL ist rechtstheoretisch also dann nur noch im Alleingang möglich. Sofern die Mitgesellschafter damit einverstanden wären, könnte die Berliner Flughafengesellschaft (BFG) entweder als Zweckgesellschaft innerhalb der FBB fortbestehen oder an Berlin veräußert werden und – dann aber auf alleinige Rechnung Berlins – TXL weiter betreiben. Alternativ könnte Berlin seine Geschäftsanteile an der FBB veräußern, um aus den gesellschaftsvertraglichen Regelungen hinsichtlich der Verpflichtung zur Entwicklung des Standorts Schönefeld als Single-Airport-Konzept zu `entfliehen` (`Flucht aus Konsensbeschluss`). Dieses Szenario würde jedoch bedeuten, dass der Hauptstadtflughafen BER ohne Berlin betrieben werden würde. Berlin könnte dann eine neue Flughafenbetriebsgesellschaft für TXL gründen. Die aufstehenden Gebäude und Assets der BFG hat Berlin bereits im Rahmen der angestrebten Beendigung des Erbbaurechtsvertrages bei Schließung TXL notariell übernommen. Auslöser der Beendigung des Erbbaurechtsvertrages ZXL ist der Vollzug der Schließung von TXL (Ende der Duldung des Betriebs), die Schließung ist somit Voraussetzung für einen rechtlichen Neubeginn eines genehmigten Betriebs in TXL.“

Diese Ausführungen machen deutlich, mit welchen weiteren Unwägbarkeiten und Schwierigkeiten der „Berliner Sonderweg“ verbunden wäre.

3. Schlussfolgerung

Der „Berliner Sonderweg“ eines Ausstiegs aus der gemeinsamen Landesplanung ist theoretisch rechtlich möglich, aber in seiner praktischen Durchführbarkeit mit hohen inhaltlichen und zeitlichen Risiken behaftet. Eine rechtssichere landesplanerische Grundlage könnte frühestens etwa im Jahr 2025 vorliegen. Dem stehen die außerordentlichen Nachteile eines Verzichts auf die gemeinsame Landesplanung mit Brandenburg gegenüber. Der gesamte verdichtete Siedlungsraum von Berlin und näherer Umgebung wächst, wie allgemein bekannt, immer weiter zusammen, und das bei steigender Bevölkerungszahl. In dieser Situation und bei diesen Perspektiven in der Landesplanung künftig getrennte Wege gehen zu

wollen, erscheint unvertretbar, wenn man andererseits bedenkt, wie unsicher überhaupt ein Gelingen des Ausstiegs ist.

Zwischenergebnis

Ein Ausstieg Berlins aus der gemeinsamen Landesplanung mit Brandenburg durch Kündigung des Landesplanungsvertrages ist theoretisch möglich, aber inhaltlich mit zahlreichen Schwierigkeiten und Risiken verbunden und zeitlich kaum vor dem Jahr etwa 2025 – wenn überhaupt – rechtssicher zu verwirklichen. Angesichts dessen ist mit Blick auf das immer stärker werdende Zusammenwachsen des Verdichtungsraums Berlin/Brandenburg ein Verzicht auf die gemeinsame Landesplanung keine ernst zu nehmende Alternative.

II. Teilweise Kündigung des Landesplanungsvertrages

In den Diskussionen zum Thema „Weiterbetrieb von Tegel“ war auch die Überlegung zu hören, zwar nicht auf die gemeinsame Landesplanung zu verzichten, aber jedenfalls die Flughafenplanungen aus dieser Planung herauszunehmen. Das solle durch eine entsprechende teilweise Kündigung des Landesplanungsvertrages geschehen.

Zu untersuchen ist, ob eine solche Aufspaltung des Gesamttraums Berlin/Brandenburg in einerseits gemeinsame und andererseits für Teilbereiche getrennte Landesplanungen rechtlich zulässig wäre. Dabei mag unterstellt werden, dass eine im Landesplanungsvertrag nicht erwähnte Teilkündigung überhaupt rechtlich möglich wäre. Eine Aufteilung hätte man sich wohl so vorzustellen, dass die von BER und TXL in Anspruch genommenen Flächen zunächst räumlich von der gemeinsamen Planung abgetrennt werden. Dies könnte freilich nicht nur den eigentlichen Flughafenbereich betreffen, sondern müsste zumindest auch die jeweiligen Lärmschutzbereiche erfassen. Da sich die raumordnerischen Auswirkungen von großen internationalen Verkehrsflughäfen noch weit darüber hinaus erstrecken (z. B. Flugrouten, verkehrliche Anbindung, Siedlungsentwicklung und anderes mehr), wäre ferner zu klären, in welchem Umfang weitere Bereiche aus der gemeinsamen Landesplanung herausgenommen werden müssten.

Schon diese Hinweise machen deutlich, dass der Idee einer Teilkündigung landesplanerisch und rechtlich kein Erfolg beschieden sein kann. Die beiden Flughäfen BER und TXL sind die Anlagen, die im gemeinsamen Planungsraum die stärksten und am weitesten reichenden raumordnerischen Auswirkungen haben. Raumordnungspläne haben die Aufgabe, den von ihnen erfassten Raum durch zusammenfassende (integrierende), überörtliche und fachübergreifende Planungen, durch raumordnerische Zusammenarbeit und durch Abstimmung raumbedeutsamer Planungen und Maßnahmen zu entwickeln, zu ordnen und zu sichern (§ 1 Abs. 1 Satz 1 ROG; Art. 1 Landesplanungsvertrag). Dabei sind unterschiedliche Anforderungen an den Raum aufeinander abzustimmen und die auf der jeweiligen Planungsebene auftretenden Konflikte auszugleichen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 ROG). Im Vordergrund steht also die Koordinierungsfunktion für den jeweiligen planerischen Gesamttraum.⁹³ Es muss sich um zusammenfassende Pläne handeln, die in integrierender Weise die wichtigsten raumrelevanten Nutzungs- und Schutzfunktionen für ihren Geltungsbereich zusammenführen.⁹⁴

Es liegt auf der Hand, dass die verbleibende gemeinsame Landesplanung nach Herausnahme der zwei raumordnerisch bedeutendsten Bereiche mit weit reichenden Auswirkungen auf die angrenzenden Flächen ihre Aufgaben nicht oder nur unzulänglich erfüllen könnte. Eine integrierende Koordinierung der Ansprüche an den Gesamttraum Berlin/Brandenburg durch eine gemeinsame Landesplanung wäre weitgehend obsolet. Es bliebe ein planerischer und rechtlicher Torso zurück, der den Anforderungen des Raumordnungsgesetzes und des Landesplanungsvertrags nicht genüge und deshalb rechtswidrig wäre.

Zwischenergebnis

Eine Teilkündigung des Landesplanungsvertrages im Sinne der Herausnahme der Flughafenplanungen für BER und TXL aus der gemeinsamen Landesplanung von Berlin und Brandenburg wäre rechtlich unzulässig.

⁹³ Spannowsky, in: Bielenberg/Runkel/Spannowsky, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht des Bundes und der Länder, § 8 ROG 1998 Rn. 8

⁹⁴ Runkel, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, ROG, § 1 Rn. 60 f.

Teil F

Zusammenfassung der Ergebnisse (= Kernaussagen zum Umgang mit dem Volksentscheid)

A. Aktuell mögliche Maßnahmen des Senats von Berlin zur Umsetzung des Volksentscheids

I.

Nach geltender Gesetzeslage in dem gemeinsamen, von Berlin und Brandenburg als Rechtsverordnung erlassenen Landesentwicklungsplan Flughafenstandortentwicklung (LEP FS) von 2003/2006 muss der Flughafen Tegel (TXL) nach Inbetriebnahme des Flughafens Berlin Brandenburg (BER) geschlossen werden. An diese gesetzliche Vorgabe sind alle Gesellschafter der Flughafengesellschaft Berlin Brandenburg (FBB) wie auch die FBB selbst gebunden, solange diese Gesetzeslage nicht im Einvernehmen aller Gesellschafter geändert worden ist. An diesem Einvernehmen fehlt es derzeit.

Der Senat von Berlin darf deshalb gegenwärtig von Gesetzes wegen keine Maßnahmen einleiten, um der Aufforderung des Volksentscheides vom 24. September 2017 nachzukommen, unter Aufgabe der Schließungsabsicht den unbefristeten Fortbetrieb des Flughafens Tegel zu sichern.

II.

Die einzige Maßnahme, die schon jetzt denkbar wäre, um einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel wenigstens vorzubereiten, wäre der einseitige Ausstieg Berlins aus der gemeinsamen Landesplanung mit Brandenburg. Das erfordert die frühestens zum 1. Januar 2022 wirksam werdende Kündigung des Landesplanungsvertrages zwischen Berlin und Brandenburg.

Die nach der Kündigung notwendig werdenden, nunmehr auf Berlin beschränkten neuen landesplanerischen Regelungen wären inhaltlich schwierig, zeitlich aufwendig und rechtlich risikoreich zu realisieren und könnten voraussichtlich nicht vor etwa dem Jahr 2025 – wenn überhaupt – wirksam werden. Erst danach könnte die Aufhebung der Beschlüsse in Angriff genommen werden, mit denen die fiktive Planfeststellung und die fiktive Betriebsgenehmigung für den Flughafen Tegel aufgehoben bzw. widerrufen wurden.

Eine Teilkündigung des Landesplanungsvertrages im Sinne der Herausnahme nur der Flughafenplanungen für BER und TXL aus der gemeinsamen Landesplanung wäre rechtlich unzulässig.

Abgesehen von der ohnehin eher theoretischen Möglichkeit eines Ausstiegs ist wegen der großen Bedeutung einer gemeinsamen Landesplanung für den wachsenden Verdichtungsraum Berlin/Brandenburg von einer Kündigung des Landesplanungsvertrages abzuraten.

B. Vorsorgliche Prüfung der Rechtslage, falls künftig alle Gesellschafter der FBB den unbefristeten Weiterbetrieb des TXL befürworten würden

I.

Als erste Maßnahme müssten Berlin und Brandenburg den LEP FS unter Aufgabe des Single-Airport-Konzepts ändern und den unbefristeten Weiterbetrieb des TXL landesplanerisch ermöglichen. Hierfür genügt nicht ein bloßer „politischer Wille“. Vielmehr müsste der gesetzlich vorgegebene Rahmen eingehalten werden, nämlich die Durchführung eines aufwendigen Verfahrens mit einer Strategischen Umweltprüfung (SUP) unter Beteiligung der Öffentlichkeit und insbesondere der Anhörung der betroffenen Anwohner.

Eine Aufgabe des Single-Airport-Konzepts könnte rechtlich nur gelingen, wenn eine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ein Abrücken von diesem Konzept rechtfertigt.

Eine solche Änderung könnte nach Lage der Dinge nur darin bestehen, dass – anders als bisher angenommen – der künftige BER bereits bei Inbetriebnahme oder kurze Zeit später an Kapazitätsgrenzen stößt.

Beständen nach Eröffnung des BER und in den darauf folgenden Jahren keine oder keine gravierenden Kapazitätsengpässe, wäre eine Änderung des LEP FS zugunsten eines unbefristeten Weiterbetriebs des TXL abwägungsfehlerhaft und somit rechtswidrig.

Andererseits könnte eine Änderung des LEP FS dann rechtsfehlerfrei gelingen, wenn etwaige gravierende Kapazitätsengpässe am BER nicht durch ausreichende und zeitgerechte Erweiterungsmaßnahmen beseitigt werden könnten und deshalb der BER seine Funktion als einziger internationaler Verkehrsflughafen in der Region Berlin/Brandenburg auf Dauer nicht erfüllen könnte.

Dabei ist allerdings davon auszugehen, dass nach derzeitigem Kenntnisstand die Konfiguration der Start- und Landebahnen des BER auch für künftige deutliche Kapazitätserhöhungen ausreichend ist. Ein Engpass erscheint daher – wenn überhaupt – nur für die Abfertigungsanlagen realistisch.

II.

Unterstellt man eine rechtsfehlerfrei gelingende Änderung des LEP FS, müsste die Aufhebung der Beschlüsse vom 29. Juli 2004 und vom 2. Februar 2006, mit denen die die fiktive Betriebsgenehmigung und die fiktive Planfeststellung für den Flughafen Tegel widerrufen bzw. aufgehoben wurden, in einem planerischen Verfahren in Angriff genommen werden. Es spricht viel dafür, dass dies nur in einem förmlichen Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren geschehen könnte, weil die bisherige Planfeststellungs- und Genehmigungsfiktion des TXL wohl nicht wieder aufleben kann.

In diesen Verfahren könnte die Aufhebung der Beschlüsse vom 29. Juli 2004 und vom 2. Februar 2006 nur im Fall gravierender und dauerhafter Kapazitätsengpässe rechtsfehlerfrei gelingen. Sehr viel schwieriger wäre dies allerdings, wenn die Änderung

des LEP FS erst nach Eröffnung des BER und damit nach der Schließung des Flughafens Tegel rechtswirksam würde.

III.

Durch eine (rechtswirksam erfolgte) Änderung des LEP FS und die dadurch ermöglichte unbefristete Offenhaltung des Flughafens Tegel würde der Planfeststellungsbeschluss für den BER vom 13. August 2004 nicht ernstlich gefährdet und bliebe eine bestandskräftige Grundlage für die Inbetriebnahme und den weiteren Ausbau des BER. Allerdings könnte es nach dem Wegfall der Funktion als Single-Airport rechtlich geboten sein, die bisher vorgesehenen Nachtflugbeschränkungen am BER zum Schutz der Anwohner auszuweiten.

IV.

Es wäre zu erwarten, dass gegen sämtliche der vielen zu treffenden Entscheidungen Klagen von betroffenen Personen, Gemeinden und Umweltvereinen erhoben würden, die bei zwei Instanzenzügen (Oberverwaltungsgericht und Bundesverwaltungsgericht) jahrelange Verzögerungen mit sich bringen dürften.