

## Bericht

## Speyerer Luftverkehrsrechtstag und 7. Speyerer Planungsrechtstage

Von Rechtsanwalt und Notar Richter am Anwaltsgerichtshof NRW Professor Dr. *Bernhard Stüer*, Münster/Osnabrück, und Dr. *Dietmar Hönig*, Wiesbaden\*

Seit 1999 trifft sich Anfang März eines jeden Jahres die planungsrechtliche Fachwelt für drei Tage in der Aula der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer unter Leitung von Prof. Dr. *Jan Ziekow* mit dem Ziel, aktuelle Probleme des Luftverkehrsrechts und des Planungsrechts zu erörtern.

### I. Luftverkehrsrechtstag

Bei dem diesjährigen Luftverkehrsrechtstag, der gemeinsam mit den anschließenden Planungsrechtstagen in der Zeit vom 9. bis 11. 3. 2005 in der alten Kaiserstadt durchgeführt wurde, ging es vor allem um verschiedene Fragestellungen der behördlichen Luftaufsicht. Aber auch Fragen der luftverkehrsrechtlichen Zulassung standen im Raum.

#### 1. Das neue Luftsicherheitsgesetz

Das neue Luftsicherheitsgesetz, das erst wenige Wochen vor der Tagung in Kraft getreten war, ist nach Auffassung von Prof. Dr. *Michael Ronellenfitsch* (Universität Tübingen), der zum Auftakt der Beratungen das Wort ergriff, bereits der Aufhebung geweiht. Dieses Gesetz ist nicht nur teilverfassungswidrig, sondern »schlichtweg verfassungswidrig«, urteilte der Planungs- und Umweltrechtler. Zugleich brachte er sehr deutlich zum Ausdruck, dass er von der gesetzlichen »Abschussregelung« und der Verlagerung von Sicherheitsaufgaben auf die Flughafenbetreiber nicht viel hält. Nach seiner Auffassung ist die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit eine originäre Staatsaufgabe, die nicht einfach ohne Beilehung auf den Flughafenbetreiber übertragen werden könne. So fragte er die Teilnehmer, wie der Flughafenbetreiber im Rahmen der Ausübung seines Hausrechtes gegen Terroristen vorgehen solle. Der wahre Hintergrund des Gesetzes sei die leere Staatskasse. Der Staat wolle Kosten sparen, deshalb solle der Bundesgrenzschutz in Zukunft im Auftrag des Flughafenbetreibers handeln<sup>1</sup>.

Einige Landesvertreter sahen den von *Ronellenfitsch* proklamierten Ausverkauf des Staates in dem Gesetz nicht zwingend angelegt. Vielmehr sei eine Parallele zum betrieblichen Werkschutz in Atomkraftwerken zu ziehen. Aus diesem Grund hielten sie die Verlagerung von Sicher-

heitsaufgaben auf den Flughafenbetreiber für nicht verfassungswidrig. Auch infizierte die eventuelle Verfassungswidrigkeit der »Abschussregelung« nicht zwangsläufig das gesamte Gesetz. Aufgrund der gegensätzlichen Ansichten stand aber für alle Teilnehmer fest: Das Luftsicherheitsgesetz bedürfe dringend einer Prüfung durch das BVerfG, um Rechtsklarheit zu erzielen, wie dies bereits Bundespräsident Prof. Dr. *Horst Köhler* anlässlich der Ausfertigung des Gesetzes unter Hinweis auf die Möglichkeiten und Grenzen seines Prüfungsrechtes empfohlen hatte.

#### 2. Vorratsplanung bei Flughafenneubauten

In einer Art Gegenreaktion zu den von ihm teilweise als recht großzügig empfundenen Planungen der Flughäfen Augsburg<sup>2</sup> und Leipzig<sup>3</sup> zeigte RA Dr. *Lutz Eiding*, Hana, die Grenzen der Zulässigkeit einer nicht am Bedarf orientierten Planung auf. Nach seiner Auffassung muss schärfer zwischen tatsächlich vorhandenem Bedarf und später erst zu erzeugender Nachfrage unterschieden werden, um Investitionsruinen entgegenzuwirken. Hierfür fehle es aber an einem bundesweiten Konzept zur Steuerung und Deckung des Verkehrsbedarfs. Gegenwärtig bestehen hier nach der Rechtsprechung nicht unerhebliche Wertungsspielräume der Behörden und der Flughafenbetreiber. Ein schon heute wirksames Mittel wäre für den auf Anwohnerseite stehenden Rechtsanwalt, die Schutzanforderungen nach der Maximalauslastung zu bemessen.

Anschließend wurde dem Referenten allerdings entgegengehalten, dass die Planung von der Prognose lebe und diese nun mal ein »zerbrechliches Gewächs« sei. Überstimmend sah man die Landes- und Regionalplanung<sup>4</sup> als ein Instrument zur Lenkung des Verkehrsbedarfs an, da es einen Bundesverkehrswegeplan für den Luftverkehr im Unterschied zu Straße, Schiene und Wasserstraße nicht gibt und ein entsprechender »Masterplan« noch in der Abstimmung ist.

#### 3. Behördliches Einschreiten und individuelle Schutzansprüche gegen zugelassenen Luftverkehr

RiOVG Dr. *Peter Wysk* (Münster) testete die von den Gerichten und ihm selbst aufgestellte These, dass für Fluglärm-betroffene ein »nachträglicher Schutz« möglich sein

\* Der Beitrag ist Rechtsanwalt Prof. Dr. *Werner Hoppe* (Münster/Berlin) zur Vollendung seines 75. Lebensjahres am 18. 6. 2005 gewidmet. Zu den Beratungen der Vorjahre *Stüer/Zeh*, DVBl. 2001, 969; *Hönig*, DVBl. 2002, 818; *ders.*, DVBl. 2003, 977; *Stüer/Hönig*, DVBl. 2004, 618.

<sup>1</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken hatte *Ronellenfitsch* bereits auf der Eisenbahnrechtlichen Fachtagung 2004 in Tübingen angemeldet, *Stüer/Berka*, DVBl. 2004, 1326.

<sup>2</sup> BVerwG, Urteil vom 26. 7. 1989 – 4 C 35.88 –, BVerwGE 82, 246 = DVBl. 1989, 1097.

<sup>3</sup> BVerwG, Beschluss vom 17. 6. 1998 – 11 VR 9.997 –, LKV 1999, 144 – Leipzig-Halle.

<sup>4</sup> BVerwG, Urteil vom 15. 5. 2003 – 4 CN 9.01 –, BVerwGE 118, 181 = DVBl. 2003, 1456 = NVwZ 2003, 1263 – Stuttgarter Landesmesse.

müsse. Die Schwelle der Beeinträchtigungen, die zu einem Schutzanspruch bzw. (Teil-)Widerruf nach § 6 II 4 LuftVG führe, sei bisher einfach zu hoch, weil die Rechtslage allgemein so eingeschätzt werde, dass nur eine Gesundheitsgefährdung durch den Fluglärm einen Abwehranspruch begründe. In der traditionellen Lesart wird zwischen Lärmvorsorge mit dem niedrigeren Schwellenwert der fachplanerischen Zumutbarkeitsgrenze und der Lärmsanierung mit dem höheren Schwellenwerten der verfassungsrechtlichen Zumutbarkeit unterschieden. Dies könne auf Dauer aber nicht angehen. Vielmehr müsse die Schwelle auch eines Lärmsanierungsanspruchs auf eine einheitliche fachplanerische Zumutbarkeit gesenkt werden, sodass für Abwehransprüche gegen Luftverkehrsanlagen die gleichen Maßstäbe wie für deren Bau und deren Änderungen gelten<sup>5</sup>.

Es sei eine politische Entscheidung, wie viel Raum der Entwicklung von Flughäfen zugestanden werde. Die Überwachungsverantwortung trage jedoch die Behörde. Sie könne im Rahmen der Zulassungsentscheidung den Betrieb fixieren oder befristen, Prüf- und Entscheidungsvorbehalte vorsehen oder eine Lärmkontingentierung<sup>6</sup> vornehmen. Allerdings hält der OVG-Richter von einer Lärmkontingentierung nicht viel. In der Praxis würden Rechenschwierigkeiten bei der Lärmermittlung ein Steuern des Verkehrs fast unmöglich machen. Auch sei die Frage der Sanktionierung im Falle einer Überschreitung noch offen. Falls es politisch erwünscht sei, könne der Luftverkehr durch eine Kontingentierung der Flugbewegungen erheblich eingeschränkt werden. Die Politik müsse sich dabei der negativen Folgen für die Entwicklung des Flugplatzes bewusst sein.

#### 4. Schließung von Flughäfen

RA Dr. *Norbert Kämper* (Düsseldorf) behandelte die aktuell in Berlin anstehenden Flughafenschließungen. Aufgrund der Betriebspflicht nach § 45 I 1 LuftVZO könne die Entscheidung über die Stilllegung eines Flugplatzes nicht in das freie Ermessen eines privatrechtlichen organisierten Betreibers gestellt werden, sondern müsse durch die zuständige Luftfahrtbehörde gefällt werden. Die Schließung von planfestgestellten Flughäfen sei auch nicht lediglich durch den Widerruf der Genehmigung gemäß § 6 LuftVG möglich. Erforderlich sei vielmehr eine Aufhebung der Planfeststellung, die mit Durchführung eines neuen Planfeststellungsverfahrens in analoger Anwendung des § 77 VwVfG oder mit einem Widerruf nach § 49 VwVfG verbunden sei. Den verschiedenen Flughafennutzern stehe gegen behördliche Schließungsentschei-

dungen der Rechtsweg offen. Dies ist für Flugschulen<sup>7</sup> und Flugcharterunternehmen, die sich auf den weiteren Bestand des Flughafens eingerichtet haben, sowie für Linienfluggesellschaften in der Hand von Fluglinien- bzw. Streckengenehmigungen nach § 21 IV LuftVG<sup>8</sup> entschieden.

#### 5. Rechtsschutz und Öffentlichkeitsbeteiligung in Umweltangelegenheiten

In der aktuellen Stunde ging es erwartungsgemäß um den Entwurf eines Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes vom 21. 2. 2005<sup>9</sup>, der gegenwärtig die Gemüter der Fachwelt erhitzt. Was dem einen aus der Sicht des klassischen Verwaltungshandelns und der traditionellen Begrenzung auf den subjektiven Rechtsschutz mit einer allgemeinen Öffentlichkeitsbeteiligung für UVP-pflichtige und IVU-pflichtige Vorhaben und Projekte bereits viel zu weit geht, geht dem anderen nicht weit genug. Der Gesetzentwurf sieht bei Entscheidungen für UVP-pflichtige Vorhaben sowie für bestimmte immissionsschutzrechtliche, bergrechtliche und wasserwirtschaftliche Vorhaben gegenüber Planfeststellungsbeschlüssen, anderen Zulassungsentscheidungen und Bebauungsplänen, die der UVP-Richtlinie und der IVU-Richtlinie unterfallen, Klagerechte der anerkannten Vereine vor (§ 2 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz-E). Ein Aufhebungsanspruch gegenüber Zulassungsentscheidungen soll nach dem Entwurf auch dann bestehen, wenn wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt worden sind, zu denen die Durchführung einer UVP oder einer Vorprüfung sowie deren wesentliche Verfahrensschritte gehören (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz-E). Bei leichteren Verfahrensfehlern soll allerdings Entwarnung gegeben werden.

Der Gesetzentwurf zum Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz will mit seinen Neuregelungen die bisherige Rechtsprechung des BVerwG korrigieren, wonach das Recht der Umweltprüfung keine selbständige Verfahrensposition gewährt, sondern ein Fehler in der Anwendung der europarechtlichen Verfahrensvorgaben nur dann von Bedeutung ist, wenn sich der Fehler auf das Ergebnis der Entscheidung ausgewirkt haben kann<sup>10</sup>. Der Erfolg einer Klage setzt allerdings weiterhin im Rahmen der Zulässigkeitsstation voraus, dass der Kläger geltend macht, in eigenen Rechten verletzt zu sein. Verfahrensregelungen einer UVP oder Umweltprüfung können nach der bisherigen Rechtslage Drittschutz nur dann begründen, wenn die konkrete Möglichkeit besteht, dass die angefochtene Entscheidung ohne den Verfahrensmangel anders ausgefallen wäre. Insoweit würden die Rechtsschutzmöglichkeiten

5 BVerwG, Urteil vom 15. 5. 2003 – 4 CN 9.01 –, BVerwGE 118, 181 = DVBl. 2003, 1456 = NVwZ 2003, 1263 – Stuttgarter Landesmesse.

6 BVerwG, Urteil vom 24. 6. 2004 – 4 C 11.03 und 15.03 –, DVBl. 2004, 1554 = NVwZ 2004, 1229 – Taunus-Flugrouten; zur Vorinstanz VGH Kassel, Urteil vom 11. 2. 2003 – 2 A 1062/01 –, NVwZ-2003, 875; zur verfassungsrechtlich gebotenen Sparabwägung und zur Bandbreite bis zur Komfortabwägung und den durch Abwägung nicht mehr überwindbaren Planungsleitsätzen *Krautzberger/Stüer*, DVBl. 2004, 914.

7 BVerwG, Beschluss vom 11. 6. 1992 – 4 ER 202, 303, 304.92 –, Flugschulen Erdinger Moos.

8 OVG Berlin, Beschluss vom 25. 11. 2004 – 1 S 63.04 –, Kleinflugzeuge.

9 Entwurf eines Gesetzes über ergänzende Vorschriften zu Rechtsbehelfen in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz) vom 21. 2. 2005.

10 BVerwG, Urteil vom 8. 6. 1995 – 4 C 4.94 –, BVerwGE 98, 339 = DVBl. 1995, 1012 –, Bernhardswald; Urteil vom 25. 1. 1996 – 4 C 5.95 –, BVerwGE 100, 238 = DVBl. 1996, 677 – Eifelautobahn A 60; Urteil vom 18. 11. 2004 – 4 CN 4.03 –, Diez.

nicht unerheblich erweitert. Die Neuregelungen sollen bereits für solche Vorhaben gelten, die nach dem 25. 6. 2005, dem Tag des Ablaufs der Umsetzungsfrist für die Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie, eingeleitet worden sind. Die Kompetenz des Bundes wird dabei aus der Notwendigkeit einer übergreifenden einheitlichen Regelung abgeleitet. Zugleich wird durch die Stärkung der Klagerechte eine Steigerung der Akzeptanz von UVP-pflichtigen Vorhaben und Infrastrukturmaßnahmen erwartet.

Der Entwurf des Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetzes<sup>11</sup> erweitert die Beteiligung der Öffentlichkeit bei UVP-pflichtigen Vorhaben. Zu diesem Zweck wird der sich im Vermittlungsverfahren befindliche Entwurf des SUPG um eine allgemeine Öffentlichkeitsbeteiligung bei UVP-pflichtigen Vorhaben erweitert (§ 9 UVPG). Auch im BImSchG soll die Öffentlichkeitsbeteiligung in immissionsschutzrechtlichen Verfahren allgemein etabliert werden.

Dabei waren sich *Ziekow* und RA Dr. *Volker Gronefeld* (München) einig, dass diese Gesetzesentwürfe zur Umsetzung der RL 2003/35/EG zur Änderung von UVP- und IVU-RL keine abschließende Lösung der Probleme beinhalten würden. Man müsse aufhören, der europäischen Entwicklung hinterher zu laufen, meinte der Speyerer Hochschullehrer. Er war der Auffassung, dass die Richtlinie entweder die Aufhebung des § 46 VwVfG oder die Aufhebung des § 44 a VwGO zur Folge haben müsse. Die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist, kann danach nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren zustande gekommen ist, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat (§ 46 VwVfG). Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen können bisher nach § 44 a VwGO nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen erhoben werden. Ist daher ein Rechtsbehelf gegen die Sachentscheidung als unzulässig abzuweisen, kann bisher auch ein Verfahrensfehler nicht geltend gemacht werden. In der Bauleitplanung sind Mängel im Abwägungsvorgang nur erheblich, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind (§ 214 Abs. 3 Satz 2 BauGB).

Nach Auffassung von *Gronefeld* würde eine Aufhebung des § 44 a VwGO und die damit verbundene Möglichkeit, Verfahrenshandlungen bereits vor der Sachentscheidung selbständig anzufechten, nur zu Verfahrensverzögerungen durch parallele Klageverfahren führen. Aber auch die generelle Aufhebung des § 46 VwVfG schien ihm und anderen Beteiligten nicht zwangsläufig zu sein. So könne auch eine Absenkung der inhaltlichen Darlegungsanforderungen der europäischen Gewährung eines Rechtsschutzes genügen. Zudem habe alles einen materiellrechtlichen Hintergrund. Es widerspreche den Interessen der Beteiligten, wenn es in den zukünftigen Gerichtsverfahren nur um Verfahrensfehler gehe und nicht um das dahinter stehende

materielle Entscheidungsprogramm. Zudem enthalte die EG-Richtlinie einen Vorbehalt der nationalen Ausgestaltung, der nicht zwangsläufig die isolierte Anfechtung und Aufhebung der Entscheidung aufgrund von Verfahrensfehlern bedeuten müsse.

## II. Planungsrechtstage

Im Anschluss an die Fragen des Luftverkehrs wurde wie in den vergangenen Jahren ein Potpourri von Fragen des allgemeinen Fachplanungsrechts, des Raumordnungsrechts und Naturschutzrechts erörtert.

### 1. Allgemeine Fragestellungen des Planungsrechts

Die starke Rolle der Rechtsprechung des Richterrechts im Planungsrecht wird allgemein anerkannt, bisweilen aber auch kritisiert. Anhand von vier Beispielen aus der Judikatur des 4. Senats des BVerwG untersuchte Dr. Dr. *Wolfgang Durner* LL.M. (München) die Sachgerechtigkeit der richterlichen Fortentwicklung des Rechts. Nach seiner Auffassung konnten die Konkretisierungen überzeugen, wenn der Senat sie wie bei der Ausdehnung des Abwägungsgebots auf die Fachplanung und der restriktiven Handhabung der »notwendigen Folgemaßnahmen« auf die Verfassung zurückführte. Rechtspolitisch dominiert erschienen dem Privatdozenten die Aussagen zum Drittschutz im Planungsrecht und zur Anfechtungsklage bei Verbandsbeteiligungsrechten. So wollte er auch nicht die allgemeine These bestätigen, die offene »Finalstruktur« der planerischen Normen mache eine weite Rechtsfortbildung unausweichlich. Die geäußerte Kritik nahm der anwesende Richter des 9. Senates des BVerwG zum Anlass, die Steuerungsaufgabe des Gericht zu verdeutlichen. Er begründete, warum die eine oder andere weite Auslegung erforderlich werde und dass sich das Gericht seiner Verantwortung für die Folgen bewusst sei.

Der anschließende Vortrag »Raten oder Rechnen: Planungsverfahren als methodische Herausforderung« von Dr. *Ekkehard Hofmann* (Hamburg) führte in die Welt der »Numéraire«. Nach seiner Meinung erhöht die Abbildung der Abwägung in Verrechnungseinheiten die Transparenz und die Kontrolle der Abwägung. Derartige Methoden sind aus dem systemanalytischen Bewertungsverfahren bekannt und wurden bereits vor mehr als 30 Jahren zur Diskussion alternativer Neuordnungsmodelle in der Gebietsreform und deren gerichtliche Kontrolle eingesetzt<sup>12</sup>. Für *Hofmann* löst erst der Prozess des »Rechnens« das »Raten« ab. Auf der anderen Seite rechnet aber der Richter nach einem geradezu sprichwörtlichen Grundsatz des römischen Rechts nicht<sup>13</sup>. So war es nicht verwunderlich, dass die von *Hofmann* geäußerten Ansichten auch bei

12 So etwa im Sennestadt-Verfahren zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen *Hoppe/Rengeling*, Rechtsschutz bei der kommunalen Gebietsreform, 1973; *Stüer*, KPBl. 1973, 1112.

13 Manchmal rechnen die Richter das Ergebnis auch selbst aus, so das OVG Münster, Urteil vom 22. 3. 1984 – 9 A 2426/80 – mit einer komplizierten Lärmberechnung. Das kann dann die Verfahrensbeteiligten ganz schön überraschen, so BVerwG, Urteil vom 4. 5. 1988 – 4 C 2.85 –, NVwZ 1989, 151 – *judex non calculat*.

11 Entwurf eines Gesetzes über die Öffentlichkeitsbeteiligung in Umweltangelegenheiten nach der EG-Richtlinie 2003/35/EG (Öffentlichkeitsbeteiligungsgesetz-E).

den praktizieren Planungsrechtlern nur bedingt auf Gegenliebe stießen. Diese wiesen auf entsprechende negative Erfahrungen in der Praxis hin und sahen für das »Rechnen« nur begrenzt Spielräume und Einsatzmöglichkeiten. Eine numerische Gesamtabwägung wurde strikt abgelehnt – wohl nicht zuletzt deshalb, weil dadurch eine Scheinrationalität vorgespiegelt wird, die in der Sache nicht durch rechenbare Abwägungsgrößen unterlegt ist. Dies gilt vor allem für Integrationswerte, die sich im Gegensatz zu Effektivitätsmaßstäben einer numerischen Bewertung von vornherein entziehen<sup>14</sup>.

### 2. Veränderungssperre und Vorkaufsrecht

Die Möglichkeiten der Absicherung der Vorhabensrealisierung durch die Veränderungssperre und das Vorkaufsrecht in der Fachplanung werden oft unterschätzt. RA Dr. Peter Schütz (Stuttgart) erläuterte den Anwendungsbereich der obligatorischen, akzessorischen Veränderungssperre, die an die Auslegung der Antragsunterlagen geknüpft sei (§ 19 AEG, § 9 a FStrG, § 10 LuftVG), und der fakultativen, selbstständigen Veränderungssperre, die sich auf Plangebiete beziehe (§ 36 a WHG, § 9 a FStrG)<sup>15</sup>. Die Veränderungssperre schütze nur vor tatsächlichen und nicht vor rechtlichen Veränderungen.

Zudem besteht, wie in der Diskussion deutlich wurde, für die Behörde keine Rechtsgrundlage zum Eingriff gegen den Eigentümer, der auf der Grundlage einer ihm erteilten Baugenehmigung sein Vorhaben entgegen der eingetretenen Veränderungssperre verwirklicht<sup>16</sup>. Jedoch entfallt für ihn die Möglichkeit einer später einzufordernden Entschädigung. Das Vorkaufsrecht ermögliche vor allem den freihändigen Erwerb von (Sperr-)Grundstücken. Die Schwäche liege allerdings in der fehlenden dinglichen Wirkung, zumal auch keine Informationspflicht seitens des Notars bestehe.

### 3. Fachplanung und Enteignung

In die freie Hansestadt Hamburg führte der Vortrag von Dr. Annette Guckelberger (Speyer), die anhand der Planung der Start- und Landebahn des Werkflugplatzes in Hamburg-Finkenwerder die Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG an die Fachplanung in das Blickfeld nahm<sup>17</sup>. Bei ihrer Betrachtung orientierte sie sich an der Rechtsprechung des BVerfG<sup>18</sup>. Ein solches mittelbar dem Gemein-

wohl dienendes Vorhaben sei in erhöhtem Maße der Gefahr des Missbrauchs ausgesetzt<sup>19</sup>. Um die Allgemeinwohldienlichkeit zu bestimmen, müssten die unternehmerischen Angaben so präzise wie möglich ermittelt werden. Werde das Kriterium der Dauerhaftigkeit ernst genommen, sei eine mit der Schaffung von Arbeitsplätzen begründete Planung, in deren Folge eine Enteignung erforderlich werde, schnell am Ende. Jedoch räumte die Privatdozentin ein, dass im Einzelfall auch ein Vorhaben von nur zeitlich begrenzter Dauer dem Allgemeinwohl dienen könne. Eine weitere Gefahrenquelle bestehe bei speziellen Enteignungsgesetzen. Hier könne sich die Verwaltung in der fachplanerischen Abwägung fälschlicherweise an die Wertentscheidung des Gesetzgebers gebunden fühlen, obwohl ihr die abschließende Entscheidung über die Allgemeinwohldienlichkeit des jeweiligen Vorhabens obliege<sup>20</sup>.

### 4. Raumordnung

Typisierungen und Unterstellungen dienen der Vereinfachung bei Abwägungsentscheidung im Rahmen der Regionalplanung<sup>21</sup>. Sie stellen nach Auffassung von RA Dieter R. Anders (Krefeld) aber auch eine häufige Fehlerquelle dar, wie der Umgang mit Kiesvorkommen im Regierungsbezirk Düsseldorf verdeutlicht habe<sup>22</sup>. Kritisch zu sehen sei insbesondere, wenn durch den Gebrauch dieser Instrumente auf notwendige Ermittlungen verzichtet werde. Die Typisierungen müssten sach- und realitätsgerecht sein und dürften nicht die unterschiedliche Mächtigkeit von Kiesvorkommen oder das Sand-Körnungs-Verhältnis generell gleichsetzen. Die Regelung müsse am typischen Fall ausgerichtet werden<sup>23</sup>. Dem stimmten auch die Teilnehmer

14 Zu den Defiziten dieser Methode bei der Bewertung unterschiedlicher Modelle der Gemeinde- und Kreisgebietsreform *Stürer*, LKV 2004, 6.

15 Zu den Vorgaben der Fachplanung für die Bauleitplanung bereits im Vorfeld der fachplanerischen Veränderungssperre BVerwG, Beschluss vom 5. 11. 2002 – 9 VR 14.02 –, DVBl. 2003, 211; Beschluss vom 14. 5. 2004 – 4 BN 11.04, 13.4 – Flughafenausbau.

16 Auch eine Bebauungsgenehmigung dürfte entsprechende Bindungswirkungen erzeugen, anders als ein Verpflichtungsurteil zur Erteilung einer Bebauungsgenehmigung, das bei einer Veränderung der Sach- oder Rechtslage mit der Vollstreckungsgegenklage kassiert werden kann, so BVerwG, Urteil vom 19. 9. 2002 – 4 C 10.01 –, BVerwGE 117, 44 = DVBl. 2003, 201 – Wangerland.

17 OVG Hamburg, Beschluss vom 9. 8. 2004 – 2 Bs 300/04 –, DVBl. 2004 1320 = NVwZ 2005, 105 = NordÖR 2004, 354.

18 BVerfG, Beschluss vom 20. 3. 1984 – 1 BvL 28/82 –, BVerfGE 66, 248 = NJW 1984, 1872 – EnWG; Beschluss vom 24. 3. 1987 – 1 BvR 1046/85 –, BVerfGE 74, 264 – Boxberg; Beschluss vom 17. 7. 1996 – 2 BvF 2/93 –, BVerfGE 95, 1 = DVBl. 1997, 42 = NJW 1997, 383 – Südumfahrung Stendal; Beschluss vom 18. 2. 1999 – 1 BvR 1367/88, 146 und 147/91 –, DVBl. 1999, 701 – zur Zulässigkeit einer städtebaulichen Enteignung zur Errichtung einer Waldorfschule durch einen privaten Verein.

19 Zum Unterschied zwischen privatnützigen und gemeinnützigen Planfeststellungen bereits BVerwG, Urteil vom 10. 2. 1978 – IV C 25.75 –, BVerwGE 55, 220 = DVBl. 1979, 67 – Kiesweiher.

20 OVG Hamburg, Beschluss vom 9. 8. 2004 – 2 Bs 300/04 –, DVBl. 2004 1320 = NVwZ 2005, 105 = NordÖR 2004, 354. Auf der anderen Seite kann allerdings eine ausdrückliche landesgesetzliche Grundlage für eine Enteignung erforderlich sein, vgl. Beschluss vom 10. 3. 1981 – 1 BvR 92 u. 96/71 –, BVerfGE 56, 249 = DVBl. 1981, 542 = NJW 1981, 1257 – Bad Dürkheimer Gondelbahn.

21 Anders, NuR 2004, 635.

22 BVerwG, Beschluss vom 30. 6. 2004 – 7 B 92.03 –, DVBl. 2004, 1320 (LS) = NVwZ 2004, 1240 – Gebietsentwicklungsplan Düsseldorf; zur Vorinstanz OVG Münster, 10. 7. 2003 – 20 A 4257/99 – vgl. auch Urteil vom 17. 12. 2002 – 4 C 15.01 –, BVerwGE 117, 287 = DVBl. 2003, 797 = NVwZ 2003, 733; Urteil vom 13. 3. 2003 – 4 C 4.02 –, BVerwGE 118, 33 = NVwZ 2003, 738 = DVBl. 2003, 1064 = BauR 2003, 1165 = UPR 2003, 401 mit Anmerkung *Hendler* = ZUR 2004, 74 mit Anmerkung *von Nicolai*.

23 Vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 1. 3. 2005 – 4 BN 11.05 –, Regionales Entwicklungsprogramm Halle; zur Vorinstanz OVG Magdeburg, Urteil vom 11. 1. 2004 – OVG 2 K 144/01 –.

zu. Allerdings blieb für den Einen oder Anderen nach dem Vortrag offen, welche entgegenstehenden Belange der jeweiligen Entscheidung der Planer zugrunde lagen und vielleicht auch aus diesem Grunde zu einer Typisierung bzw. Unterstellung führten. Zudem sind die Planungsträger vor eine nicht leichte Aufgabe gestellt. Sie müssen eine auf den gesamten Planungsraum bezogene Abwägungsentscheidung treffen. Treten im Plangebiet nicht abschließend abgewogene »weiße Flecken« auf, stürzt das gesamte Planungskonzept wie ein zerplatzter Luftballon in sich zusammen und es werden die nach der Planung an sich ausgeschlossenen Nutzungen wegen ihrer grundsätzlichen Privilegierung im Außenbereich überall zulässig. Zugleich ist die Ebene der Regionalplanung aber noch nicht konturenscharf genug, um alle konkreten Individualinteressen in eine Gesamtabwägung einzustellen – ein Dilemma, das die verantwortlichen Träger der Regionalplanung aber auch die Gemeinden und die Baugenehmigungs- und Umweltbehörden vor eine kaum lösbare Aufgabe stellt<sup>24</sup>.

Wie die EG ohne Raumordnungskompetenz und allein durch Finanzmittel umfassend in die Raumgestaltung eingreift, erläuterte Dr. José Martinez (Universität Göttingen/TU Dresden) unter dem Blickwinkel der grenzüberschreitenden Raumplanung. Diese sei Gegenstand einer »schleichenden Europäisierung« durch die »Politik der goldenen Zügel«. Die EG steuere mit Finanzinstrumenten der Regionalpolitik die grenzüberschreitende Raumplanung. Die Entwicklung der einzelnen Projekte obliege zwar ausschließlich den Mitgliedstaaten. Die finanzielle Förderung erfordere aber, dass die Projekte an den materiellen Leitlinien der Kommission ausgerichtet seien. Der Privatdozent machte schließlich darauf aufmerksam, dass es bereits einen Verordnungsentwurf gebe, der die Kommunen den Mitgliedstaaten als Rechtssubjekte gleichstellt. Aufgrund des Vorrangs des Europarechts bestehe die Gefahr, dass das bestehende verfassungsrechtliche System zum Schutz der außenpolitischen Belange der Bundesrepublik durchbrochen werde. Es fehle an der Regelung einer rechtsstaatlich gebotenen Fach- und Rechtsaufsicht.

### 5. Natur- und artenschutzrechtliche Fragestellungen

Das Instrument der Flächen- und Maßnahmenpools ist jedem Fachplaner ein Begriff, da mehr und mehr verfügbare Flächen für die Kompensation der Eingriffe fehlen. Die Idee der Bündelung von Kompensationsmaßnahmen beruht auf festgestellten Vollzugsdefizits der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung. Um die Qualität von Flächen- und Maßnahmenpools zu gewährleisten, müssen nach Auffassung von Axel Steffen (Ministerium für ländliche Entwicklung, Umwelt und Verbraucherschutz, Potsdam) folgende Rahmenbedingungen erfüllt werden: zusammenhängende Flächenkulisse > 30 ha, Plausibilität der Flächenverfügbarkeit, geeigneter (regionaler) Träger, Potential einer möglichst breiten Maßnahmenpalette, auf Akzeptanz und Kooperation mit den Landnutzern vor Ort fußende planerische Konzeption. Allerdings war

dem Ministerialbeamten bei der Vorstellung seines Konzeptes auch bewusst, dass in einem Bundesland wie Brandenburg ein solches Konzept leichter zu verwirklichen ist als in dicht besiedelten Ländern. Hier müssen wohl zumindest hinsichtlich der Flächengröße Abstriche in Kauf genommen werden.

Die Rolle des Artenschutzes in der Planung betrachte Volker Kubnert (Thüringer Landesverwaltungsamt), der auf die Problematik des § 43 Abs. 4 Satz 1 BNatSchG und des darin enthaltenden Absichtsbegriffs einging. Bisher besteht allgemein die Auffassung, dass der Artenschutz im Rahmen der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung abgearbeitet werden kann. Dem steht aber möglicherweise die Auslegung des Absichtsbegriffs im Caretta-Urteil des EuGH entgegen<sup>25</sup>, nach der eine absichtliche Beeinträchtigung bereits dann zu unterstellen ist, wenn eine Handlung erkennbar geeignet ist, eine Art zu stören, ohne dass diese zielgerichtet sein muss. Dies führt nach Ansicht von Kubnert zu dem zusätzlichen Erfordernis einer naturschutzrechtlichen Befreiung nach § 62 BNatSchG. Daraus ergeben sich für den Weimarer Verwaltungsbeamten hohe Hürden für die Planung, die für die Betreiber von Windkraftanlagen nicht so einfach zu überwinden sind. Aus diesem Grund müsse schon die Regionalplanung bei der Ausweisung von Vorranggebieten – speziell für Windenergie – artenschutzrechtliche Konfliktlagen prüfen.

Eine mittlerweile seit Jahren anhaltende Diskussion hat der deutschen Planungspraxis die europäische Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-RL) beschert. Zu einer weiteren Klärung der Voraussetzungen der FFH-Alternativenprüfung verhalf Prof. Dr. Nikolaus Herrmann (Fachhochschule Meißner, Frankfurt/Main). Anhand der Rechtsprechung des BVerwG<sup>26</sup> machte er deutlich, dass ein »anderes Vorhaben«, welches den Hauptzielen des Vorhabensträgers nicht entspreche, keine Alternative darstellen könne. Auf den Einwand, dass der Vorhabensträger diese nur sehr eng definieren müsse, entgegnete der Planungsrechtler, dass es durchaus auch alternativlose Vorhaben gebe. Jedoch könne ein solches Vorhaben trotzdem scheitern, wenn die entgegenstehenden Belange unüberwindbar seien. Besteht eine zumutbare Alternative, müsse der Antrag für Vorhaben abgelehnt werden. Im Rahmen der Zumutbarkeit sei der Gewinn für die Natur mit den Zielen des Vorhabens ins Verhältnis zu setzen.

### III. Von Südkorea zurück nach Speyer

Ein kleiner Ausflug in die Verkehrswegeplanung von Südkorea mit Prof. Dr. Jong Hyun Seok (Dankook Uni-

25 EuGH, Urteil vom 30. 1. 2002 – C-103/00 –, EuGH I 2002, 1147 – Caretta.

26 BVerwG, Urteil vom 17. 5. 2002 – 4 A 28.01 –, BVerwGE 116, 254 = DVBl. 2002, 1486 = NVwZ 2002, 1243 – A 44, mit Hinweis auf Urteil vom 27. 1. 2000 – 4 C 2.99 –, BVerwGE 110, 302 – DVBl. 2000, 814 – Hildesheim; Beschluss vom 26. 3. 2003 – 4 VR 6.02 (4 A 11.02) –, BVerwGE 120, 1 = NVwZ 2003, 1395 – A 73 Suhl-Lichtenfels – Vierzehnheiligen; Urteil vom 1. 4. 2004 – 4 C 2.03 –, BVerwGE 120, 276 = DVBl. 2004, 1115 = NVwZ 2004, 1114 – Hochmoselbrücke B 50n; Stüer, NVwZ 2005, Heft 5.

24 Stüer/Stüer, NuR 2004, 341. Zu den Entschädigungspflichten der Gemeinden Stüer, ZfBR 2004, 338; LG Oldenburg, Urteil vom 9. 3. 2005 – 5 O 4685/04 –, Wangerland.

versität, Seoul) an Bord, sollte den Abschluss der Tagung bilden. Planung von Verkehrswegen ist offenbar in anderen Ländern auch ohne Planfeststellung möglich. Die Planung beruht dort ausschließlich auf Bebauungsplänen, wobei diese in einem dem deutschen vergleichbaren System der Gesamtplanung eingegliedert sind. Eine Beteiligung der vom Plan berührten Bürger und örtlichen Selbstverwaltungskörperschaften ist im Planaufstellungsverfahren dort nicht vorgesehen. Es gibt dafür allerdings zahlreiche Bürgerinitiativen. Deren Aktivitäten gelten dort als Beteiligung der Bürger. Andere Länder - andere Sitten.

Die aufgezeigten weiten Möglichkeiten und Befugnisse der Planer in Südkorea ließen so manchen Teilnehmer für

kurze Zeit die deutsche oder vielmehr europäische Wirklichkeit vergessen. Aber auch der Luftverkehrsrechtstag und die Speyerer Planungsrechtstage haben zur Zufriedenheit der Veranstalter in der traditionsreichen Domstadt Wege aufgezeigt, über die sich so manches Problem in der Praxis lösen lässt. Dementsprechend erfreuen sich die Treffen in Speyer nach wie vor wachsender Beliebtheit in der jährlichen Tagungsszene. Der Beratungsverlauf wird in der Speyerer Schriftenreihe publiziert. So können auch diejenigen den Tagungsverlauf mit Gewinn auswerten, die nicht selbst an den diesjährigen Beratungen teilnehmen können. Die nächste Tagung, die in der Zeit vom 8. bis 10. 3. 2006 stattfindet, hat sich die interessierte Fachwelt bereits heute im Terminkalender notiert.

## Buchbesprechungen

■ *Hans D. Jarass: Die Planfeststellung privater Vorhaben.* Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen der Planrechtfertigung, der Schutzmaßnahmen und der Ausgleichsentschädigung. Beiträge zur Raumplanung und zum Siedlungs- und Wohnungswesen, Bd. 211. Selbstverlag des Zentralinstituts für Raumplanung und des Instituts für Siedlungs- und Wohnungswesen der Universität Münster, 2003. IX, 73 S. 12,- €.

Im Planfeststellungsrecht wird seit jeher zwischen privatnütziger und gemeinnütziger Planfeststellung unterschieden, ohne dass diese Unterscheidung allerdings gesetzlich verankert wäre. Im Schrifttum wird die Sinnhaftigkeit dieser Unterscheidung zunehmend in Frage gestellt; die Rechtsprechung hält aber an ihr fest. Dies wirft die Frage auf, ob und welche unterschiedlichen materiellen Anforderungen an eine privatnützige Planfeststellung zu richten sind. Dieser Frage widmet sich die aus einem Rechtsgutachten hervorgegangene Schrift.

Es werden zunächst die Probleme der Unterscheidung von privatnützigen und gemeinnützigen Vorhaben behandelt. Der Autor stellt dabei die in Literatur und Rechtsprechung höchst unterschiedlichen Unterscheidungskriterien dar. Er definiert die privatnützigen Vorhaben im Ergebnis mit der überwiegenden Auffassung dahin, dass privatnützige Vorhaben allein solche sind, bei denen öffentliche Interessen überhaupt keine Rolle spielen, auch nicht mittelbar.

*Jarass* untersucht sodann, ob das von der Rechtsprechung für die Überprüfung von Planungsentscheidungen entwickelte Kriterium der Planrechtfertigung auch auf privatnützige Vorhaben angewandt werden kann. Warum dies untersucht wird und welche Folgen es hätte, wenn man auf diesen Prüfungspunkt verzichtet, wird nicht recht deutlich. *Jarass* gibt einen umfassenden Überblick über den derzeitigen Diskussionsstand, wonach von weiten Teilen des Schrifttums die Planrechtfertigung als eigenständige Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Planfeststellung für entbehrlich gehalten wird, weil deren Vorgaben

im Rahmen der Abwägung ohnehin zu behandeln seien. Obgleich nach Auffassung des Autors gewichtige Gründe für einen Verzicht auf eine eigenständige Prüfung der Planrechtfertigung sprechen, legt er seinen weiteren Überlegungen dennoch diese Prüfung zugrunde, da in der praktischen Rechtsanwendung mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts mit der Rechtsfigur der Planrechtfertigung weitergearbeitet werden müsse. Er stellt die Funktion der Planrechtfertigung, wie die Rechtsprechung sie herausgearbeitet hat, kritisch und stets hinterfragend dar und seziert die einzelnen Prüfungsstufen noch weiter und belegt damit nicht zuletzt, dass diese Prüfungsstufe in der Tat fragwürdig ist. Überzeugend begründet ist sein Schluss, dass die Planrechtfertigung eben nur ein vorgeschalteter Filter ist, der krasse Fälle ausscheidet, in denen jede Förderung der fachplanerischen Ziele durch das Vorhaben ausgeschlossen ist, weshalb es sachlich zutreffend sei, statt von »Planrechtfertigung« von »Zieleignung« zu sprechen.

Im Schrifttum wird die Planrechtfertigung für privatnützige Vorhaben nicht für notwendig gehalten. Dem tritt *Jarass* entgegen und weist im Einzelnen nach, dass – vom Sonderfall der wasserrechtlichen Planfeststellung nach § 31 WHG abgesehen – die Planrechtfertigung auch bei privatnützigen Vorhaben in vollem Umfang zum Einsatz kommen kann und muss, weil die fachplanerische Zielsetzung auch private und privatnützige Vorhaben erfasse.

In weiteren Abschnitten untersucht *Jarass*, ob die Regelung des § 74 Abs. 2 Satz 2 VwVfG, wonach dem Vorhabenträger »Vorkehrungen oder die Errichtung und Unterhaltung von Anlagen aufzuerlegen (sind), die zum Wohl der Allgemeinheit oder zur Vermeidung nachteiliger Wirkungen auf Rechte anderer erforderlich sind« auf privatnützige Planfeststellungen anwendbar ist, was er bejaht.

Breiteren Raum nimmt sodann die Behandlung der Frage ein, ob § 74 Abs. 2 Satz 3 VwVfG, wonach der Vorhabenträger eine angemessene Entschädigung in Geld zu leisten hat, wenn die Schutzmaßnahmen untunlich oder