

Sachgebiet:

BVerwGE: nein
Fachpresse: ja

Recht der Verkehrswirtschaft und Verkehrsrecht, ferner des Betriebs von Wasserstraßen sowie der Streitigkeiten über Straßen-Sondernutzungen

Sachgebietsergänzung:

Luftverkehrsrecht

Rechtsquelle/n:

LuftVG	§§ 1a, 26a, 29 Abs. 1
LuftSiG	§§ 1, 3
VwGO	§ 113 Abs. 1 Satz 4, § 161 Abs. 2 Satz 1

Stichworte:

Betriebsbedingte Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs; Angriff auf die Sicherheit des Luftverkehrs; security; safety; Luftaufsicht; Luftsicherheit; äußere Gefahr für die Luftsicherheit; Beschuss von Zivilflugzeugen in ausländischen Kriegs- oder Krisengebieten; Raketenbeschuss; terroristischer Anschlag; Absicht; konkrete Gefahr; Gefahrenprognose; hinreichende Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts; Gefahrenabwehr; gefahrenabwehrrrechtliche Generalklausel; Flugverbot; Startverbot; Landeverbot; Flughafen; übereinstimmende Erledigungserklärung.

Leitsatz:

Die Gefahr, dass ein ziviles Luftfahrzeug in einem ausländischen Kriegs- oder Krisengebiet beschossen wird, stellt vorbehaltlich einer speziellen gesetzlichen Regelung eine betriebsbedingte Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG dar.

Das Bestehen einer konkreten Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG kann nicht generell verneint werden, wenn der Eintritt eines schadensbegründenden Ereignisses - hier eines erneuten Beschusses - noch offen ist. Für die Annahme der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ist auch zu berücksichtigen, wie gewichtig der zu befürchtende Schaden ist.

Beschluss des 3. Senats vom 14. September 2017 - BVerwG 3 C 4.16

I. OVG Berlin-Brandenburg vom 9. Dezember 2015
Az: OVG 6 A 8.15





BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 3 C 4.16
OVG 6 A 8.15

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 3. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
aufgrund mündlicher Verhandlung am 14. September 2017
durch die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Philipp,
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Liebler, Dr. Wysk,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Kuhlmann und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Rothfuß

beschlossen:

Das Verfahren wird eingestellt.

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-
Brandenburg vom 9. Dezember 2015 ist wirkungslos.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Klägerin und die
Beklagte je zur Hälfte.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 15 000 € fest-
gesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die Klägerin beehrte die Feststellung, dass die im März 2015 vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur auf der Grundlage von § 29 Abs. 1 des Luftverkehrsgesetzes (LuftVG) verhängten befristeten Verbote, den im Nordirak gelegenen Flughafen Erbil anzufliegen, rechtswidrig waren.
- 2 Der Rechtsstreit ist aufgrund der übereinstimmenden Erledigungserklärungen, die Klägerin und Beklagte im Revisionsverfahren abgegeben haben, in der Hauptsache erledigt; das Verfahren ist entsprechend § 92 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 125 Abs. 1 Satz 1 und § 141 Satz 1 VwGO einzustellen. Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 9. Dezember 2015 ist wirkungslos (§ 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 269 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 ZPO).
- 3 Gemäß § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist über die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands zu entscheiden. Danach ist es hier angemessen, der Klägerin und der Beklagten die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte aufzuerlegen.

- 4 1. Die Klägerin ist eine deutsche Fluggesellschaft, die mit in Deutschland registrierten Flugzeugen Linienflüge von Deutschland und Schweden zum Erbil International Airport durchführte. Am 15. März 2015 beschossen Milizen des sogenannten Islamischen Staates (im Folgenden: IS) den Großraum Erbil mit Raketenartillerie; eine der Raketen schlug in rund sechs Kilometern Entfernung vom Flughafen Erbil ein. Daraufhin verbot das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur mit Allgemeinverfügung vom 16. März 2015 befristet bis zum 30. März 2015 alle An- und Abflüge sowie Starts und Landungen an diesem Flughafen für Luftfahrzeugführer, Luftfahrtunternehmen und Luftfahrzeughalter eines in der deutschen Luftfahrzeugrolle eingetragenen Luftfahrzeugs (im Folgenden: Verbot) und ordnete den Sofortvollzug an. Zur Begründung hieß es, dass die Sicherheitslage am Flughafen nicht verlässlich eingeschätzt werden könne. Ein weiterer Beschuss könne nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden. Daher müsse in den nächsten Tagen von einer konkreten Gefahrenlage für Leib und Leben von Menschen an Bord deutscher Luftfahrzeuge ausgegangen werden, die den Flughafen nutzten. Das Verbot finde seine Rechtsgrundlage in § 29 Abs. 1 LuftVG; es erfolge zur Abwehr betriebsbedingter Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs sowie für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch die Luftfahrt. Mit einer weiteren, in gleicher Weise begründeten Allgemeinverfügung vom 30. März 2015 wurde das Verbot bis zum 14. April 2015 verlängert. Am 2. April 2015 widerrief die Beklagte dieses Verbot; es lägen zurzeit keine Hinweise oder Tatsachen vor, aus denen sich eine konkrete Gefährdung von An- und Abflügen, Starts und Landungen am Erbil International Airport ergebe.
- 5 Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat mit Urteil vom 9. Dezember 2015 festgestellt, dass der Bescheid der Beklagten vom 16. März 2015 in Gestalt der Bescheide vom 30. März 2015 und 2. April 2015 rechtswidrig war. Zur Begründung führte es aus: Die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der vor Klageerhebung erledigten Verwaltungsakte sei als Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO statthaft. Das Fortsetzungsfeststellungsinteresse ergebe sich aus einer Wiederholungsgefahr; die Klägerin müsse damit rechnen, dass die Beklagte angesichts der Gefährdungslage im Nordirak weiterhin Flugverbote verhängt. Die Allgemeinverfügungen seien

rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten. § 29 LuftVG sei keine geeignete Eingriffsgrundlage. Die Vorschrift in der hier maßgeblichen Fassung beruhe auf dem Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11. Januar 2005, mit dem das Luftverkehrsgesetz auf die Abwehr von betriebsbedingten Gefahren beschränkt worden sei. Betriebsbedingt sei eine Gefahr, wenn sie im Zusammenhang mit den betriebstechnischen Abläufen des Luftverkehrs stehe. Im Mittelpunkt stehe die Vermeidung von unfallbedingten oder auf technisches oder menschliches Versagen zurückzuführenden Abstürzen. Dagegen bezwecke § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG nicht die Abwehr äußerer, durch Angriffe auf die Sicherheit des Luftverkehrs verursachter Gefahren im Sinne von § 1 des Luftsicherheitsgesetzes (LuftSiG); dazu gehörten nach dieser Bestimmung insbesondere Flugzeugentführungen, Sabotageakte und terroristische Anschläge. Hier habe es sich um eine solche äußere, von Dritten verursachte Gefahr gehandelt. Unabhängig davon habe die Beklagte das Verbot auch deshalb nicht auf § 29 LuftVG stützen können, weil keine konkrete Gefahr bestanden habe. Eine Gefahr liege vor, wenn zu erwarten sei, dass ein Zustand oder ein Verhalten bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für ein Schutzgut führten. Auch wenn an den Grad der Wahrscheinlichkeit umso geringere Anforderungen gestellt werden dürften, je höherrangiger die auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter seien, sei das hier nicht der Fall gewesen. Der Raketenbeschuss vom 15. März 2015 habe nach der Einschätzung des Bundesnachrichtendienstes gezeigt, dass der IS grundsätzlich über das Potenzial verfüge und technisch in der Lage gewesen sei, in den Raum Erbil einzuwirken. Bis Ende März 2015 habe die latente Bedrohungslage fortbestanden, bei der Ziele wie die Stadt oder der Flughafen Erbil im Fokus des IS geblieben seien und durch Anschläge oder Angriffe hätten gefährdet werden können. Die Situation sei durch die Ungewissheit darüber gekennzeichnet gewesen, ob es zu einem weiteren Raketenbeschuss und damit zu einer erneuten Gefährdung des Luftverkehrs kommen würde. Durch diese Ungewissheit habe sich die Sicherheitslage verschlechtert und das Risiko erhöht. Das begründe aber noch keine konkrete Gefahr, weil ein ungehinderter Geschehensablauf eben nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in einen Schaden gemündet wäre, sondern offen gewesen sei, ob es überhaupt zu einer

neuerlichen Gefährdung und damit zu einem Schadensablauf kommen würde, der in einen Schaden einmünden könne.

- 6 Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die vom Oberverwaltungsgericht zugelassene Revision eingelegt. Während des Revisionsverfahrens ist es zu einer Rechtsänderung gekommen. Mit dem am 4. März 2017 in Kraft getretenen Ersten Gesetz zur Änderung des Luftsicherheitsgesetzes vom 23. Februar 2017 (BGBl. I S. 298) wurde § 26a in das Luftverkehrsgesetz eingefügt. Nach dessen Absatz 1 Satz 1 kann das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur bei tatsächlichen Anhaltspunkten für eine erhebliche Gefährdung der Betriebssicherheit von Luftfahrzeugen für die in § 1a Absatz 1 genannten Luftfahrzeuge auch außerhalb des Hoheitsgebiets der Bundesrepublik Deutschland ein Einflug-, Überflug- oder Startverbot verhängen, soweit keine völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland entgegenstehen. Diese Vorschrift schließt es aus, ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse im Sinne des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO weiterhin mit einer Wiederholungsgefahr zu begründen, wie es das Oberverwaltungsgericht nach der Rechtslage zum Zeitpunkt seiner Entscheidung noch nachvollziehbar getan hatte. Die Annahme einer Wiederholungsgefahr setzt voraus, dass ein gleichartiger Verwaltungsakt unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen oder rechtlichen Umständen erneut ergehen wird (stRspr, BVerwG, Beschluss vom 16. Januar 2017 - 7 B 1.16 [ECLI:DE:BVerwG:2017:160117B7B1.16.0] - Buchholz 406.25 § 16 BImSchG Nr. 3 Rn. 29 m.w.N.). § 26a LuftVG erfasst aber (unter anderem) den in den Allgemeinverfügungen geregelten Sachverhalt spezieller und schließt es für die Zukunft aus, die Generalklausel in § 29 Abs. 1 LuftVG bei vergleichbaren Umständen als potenzielle Ermächtigungsgrundlage für ein Flugverbot in Betracht zu ziehen.
- 7 2. Die Erfolgsaussichten der Klage, die hier den einzigen Anknüpfungspunkt für die Kostenverteilung bilden, ergeben kein klares Bild. Zwar wäre der Senat der Auffassung der Beklagten gefolgt, dass es sich bei dem von ihr befürchteten erneuten Raketenbeschuss am Flughafen Erbil um eine betriebsbedingte Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG gehandelt hat; insoweit konnte diese Vorschrift als Rechtsgrundlage für die

Verbote herangezogen werden (a). Offen ist aber, ob zu den für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Verbote maßgeblichen Zeitpunkten die für die Anwendung von § 29 Abs. 1 Satz 1 und 2 LuftVG erforderliche konkrete Gefahr bestanden hat. Hierzu fehlt es an hinreichenden tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts (b). Da eine Zurückverweisung an das Oberverwaltungsgericht zur weiteren Sachverhaltsaufklärung und -würdigung infolge der Erledigung des Verfahrens nicht mehr in Betracht kommt, entspricht es billigem Ermessen, die Verfahrenskosten hälftig zu teilen.

- 8 a) Maßgeblich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der von der Beklagten erlassenen Allgemeinverfügungen (§ 35 Satz 2 VwVfG) ist die Sach- und Rechtslage während ihrer Geltungsdauer. Sie ist hier durch den Ablauf der jeweiligen Verbotszeiträume beendet worden (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 - 8 C 14.12 - BVerwGE 146, 303 Rn. 18), bei dem am 30. März 2015 ausgesprochenen zweiten Verbot, soweit der dort genannte Zeitraum noch nicht verstrichen war, durch den Widerruf (§ 43 Abs. 2 VwVfG).
- 9 Die Verbote konnten - bei Vorliegen einer konkreten Gefahr - auf § 29 Abs. 1 LuftVG gestützt werden. Nach § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG in der seinerzeitigen, unverändert geltenden Fassung ist die Abwehr betriebsbedingter Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs sowie für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch die Luftfahrt (Luftaufsicht) Aufgabe der Luftfahrtbehörden und der Flugsicherungsorganisation; nach Satz 2 können sie in Ausübung der Luftaufsicht Verfügungen erlassen. Entgegen der Annahme des Oberverwaltungsgerichts handelte es sich bei der Gefahr, dass ein ziviles Luftfahrzeug in einem ausländischen Kriegs- oder Krisengebiet beschossen wird, um eine betriebsbedingte Gefahr im Sinne dieser Vorschrift.
- 10 aa) Die Beschränkung des § 29 LuftVG auf die Abwehr "betriebsbedingter" Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs dient allein der Abgrenzung zum Luftsicherheitsgesetz. Sie geht zurück auf Art. 2 Nr. 7 des Gesetzes zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11. Januar 2005 (BGBl. I S. 78), durch dessen Artikel 1 zugleich das Luftsicherheitsgesetz erlassen wurde. Mit dem Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben sollten unter dem Ein-

druck der terroristischen Anschläge vom 11. September 2001 in den USA und der Entführung eines Motorseglers durch einen geistig verwirrten Einzeltäter in Frankfurt/Main am 5. Januar 2003 klare Zuständigkeiten bei Bund und Ländern sowie schnelle und effiziente Informations- und Entscheidungsstrukturen geschaffen und so die Sicherheit vor äußeren Angriffen auf den Luftverkehr erhöht werden. Zu diesem Zweck wurden die bisher im Luftverkehrsgesetz zersplitterten und mit fremden Rechtsmaterien verbundenen Bestimmungen zur Abwehr so genannter äußerer Gefahren für die Luftsicherheit zusammengefasst. Ein gesondertes Luftsicherheitsgesetz, das sich nur mit "security" befasse, sollte Anpassungen an das Europäische Recht erleichtern und den Überblick über die einschlägigen Regelungen vereinfachen (BT-Drs. 15/2361 S. 14). Zur Einfügung des Wortes "betriebsbedingten" in § 29 LuftVG heißt es in der Gesetzesbegründung, dass hierdurch die unterschiedlichen Zwecke von Art. 1 § 1 und § 29 LuftVG klargestellt würden. Während das Luftsicherheitsgesetz Security-Aufgaben (Schutz vor äußeren Angriffen) regelt, befasse sich § 29 LuftVG mit betriebsbedingten Gefahren (BT-Drs. 15/2361 S. 23).

- 11 Betriebsbedingt im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG ist eine Gefahr dann, wenn sie im Zusammenhang mit den betriebstechnischen Abläufen des Luftverkehrs steht, wenn sie also betriebsbezogen ist, ohne vom Luftsicherheitsgesetz erfasst zu werden. Zu den betriebsbedingten Gefahren rechnet der 4. Senat Gefahren für die öffentliche Sicherheit durch unfallbedingte, auf technisches oder menschliches Versagen zurückzuführende Flugzeugabstürze (BVerwG, Urteil vom 26. Juni 2014 - 4 C 3.13 - BVerwGE 150, 114 Rn. 15). Dagegen sei der durch einen terroristischen Anschlag herbeigeführte Absturz eines Flugzeugs auf ein Atomkraftwerk keine betriebsbedingte Gefahr im Sinne des § 29 LuftVG (a.a.O. Rn. 14). Ähnliche Definitionen finden sich in der Literatur. Dort werden als betriebsbedingte Gefahren dem Luftverkehr immanente Gefahren angesehen; das seien solche, die durch den Flugbetrieb entstünden (vgl. Meyer/Wysk, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz, Kommentar Stand Juli 2012, Einl LuftSiG Rn. 53; ähnlich Kamp/Köster, in: Hobe/von Ruckteschell, Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Teil II B, S. 1232 Rn. 7: Gefahren, die der Durchführung von Luftverkehr typischerweise immanent sind;

Giemulla/Kortas, ZLW 2015, 431 <440>: luftfahrtspezifische, dem Luftverkehr von vornherein immanente Gefahren).

- 12 Ausgehend von diesem weiten Verständnis des Begriffs "betriebsbedingt" rechtfertigt der Wortlaut der Vorschrift nicht den Ausschluss der hier in Rede stehenden Gefährdungslage aus dem Anwendungsbereich von § 29 Abs. 1 LuftVG. Auch wenn der Gesetzgeber den Bereich der "security" im Luftverkehr als die Abwehr von äußeren Gefahren für die Luftsicherheit kennzeichnet (so etwa BT-Drs. 15/2361 S. 1, 23), griffe es zu kurz, den Begriff "betriebsbedingt" rein räumlich zu verstehen, und Gefahren allein, weil sie von außen auf ein Luftfahrzeug einwirken, prinzipiell nicht zu den betriebsbedingten Gefahren im Sinne dieser Bestimmung zu rechnen. Luftverkehr ergibt sich aus dem regelgerechten Zusammenwirken von Luftfahrzeugen mit geeigneten Umgebungsmedien (Luft und Betriebsflächen am Boden). Daher besteht zu Recht Übereinstimmung darin, dass auch solche Einwirkungen als betriebsbedingt zu betrachten sind, die das jeweilige Betriebsmedium beeinträchtigen bzw. dessen Eignung für die Benutzung durch Luftfahrzeuge mindern. So gehören etwa, weil sie das Betriebsmedium "Luftraum" unsicher machen, der so genannte Vogelschlag und die aus einem Vulkanausbruch herrührenden Rauch- oder Aschewolken zu den betriebsbedingten Gefahren in diesem Sinne, obwohl sie auf den eigentlichen Flugbetrieb "von außen" einwirken (vgl. dazu etwa Giemulla/Kortas, ZLW 2015, 431 <440>). Unter diesem Blickwinkel ist es vorbehaltlich einer speziellen gesetzlichen Regelung unerheblich, welche im Luftraum vorhandenen Gegenstände einen sicheren Betrieb von Luftfahrzeugen ausschließen.
- 13 bb) Auch sprechen Sinn und Zweck der Regelung in Verbindung mit ihrer Entstehungsgeschichte dafür, dass die Gefährdung von Zivilflugzeugen durch Raketen oder Artilleriebeschuss in einem ausländischen Kriegs- oder Krisengebiet zu den betriebsbedingten Gefahren im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG zu rechnen ist.
- 14 Zwar trifft es zu, dass der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Neuregelung von Luftsicherheitsaufgaben vom 11. Januar 2005 den Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs im Luftsicherheitsgesetz geregelt und diese Aufga-

be und die damit verbundenen Eingriffsbefugnisse den Luftsicherheitsbehörden zugewiesen hat. Doch kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber mit dem Erlass des Luftsicherheitsgesetzes, der Einfügung des Wortes "betriebsbedingten" in § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG und der Aufhebung von § 29c LuftVG, der den Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs, insbesondere vor Flugzeugentführungen und Sabotageakten, bereits gesondert geregelt, aber noch den Luftfahrtbehörden zugewiesen hatte, eine Schutzlücke eröffnen wollte. Sie hätte sich bis zum In-Kraft-Treten des Ersten Gesetzes zur Änderung des Luftsicherheitsgesetzes vom 23. Februar 2017 (BGBl. I S. 298) für im Ausland eintretende Gefahrenlagen durch den Beschuss von Luftfahrzeugen dadurch ergeben, dass sich das Luftsicherheitsgesetz Geltung nur für das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland beimisst (vgl. dazu u.a. Giemulla/Kortas, ZLW 2015, 431 <444>; Hobe, ZLW 2016, 423 <424>). Diese (Selbst-)Beschränkung zeigt sich insbesondere darin, dass das Luftsicherheitsgesetz keine § 1a Abs. 1 LuftVG vergleichbare Regelung aufweist. Nach dieser durch das Elfte Gesetz zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes vom 25. August 1998 (BGBl. I S. 2432) in das Luftverkehrsgesetz aufgenommenen Regelung sind die Vorschriften dieses Gesetzes und die zur Durchführung dieses Gesetzes erlassenen Rechtsvorschriften u.a. beim Betrieb eines in der deutschen Luftfahrzeugrolle eingetragenen Luftfahrzeugs auch außerhalb des Hoheitsgebiets der Bundesrepublik Deutschland anzuwenden, soweit ihr materieller Inhalt dem nicht erkennbar entgegensteht oder nach völkerrechtlichen Grundsätzen die Befolgung ausländischer Rechtsvorschriften vorgeht.

- 15 Ausgehend davon ist der weite Begriff der betriebsbedingten Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 LuftVG dahin zu verstehen, dass er auch Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs umfasst, die sich aus einem (gerichteten oder ungerichteten) Beschuss von zivilen Luftfahrzeugen oder Flughäfen in ausländischen Kriegs- oder Krisengebieten ergeben. Der luftaufsichtsrechtlichen Generalklausel des § 29 Abs. 1 Satz 1 und 2 LuftVG kommt die Funktion einer Auffangregelung zu; sie greift zur Vermeidung einer Schutzlücke dann ein, wenn zur Abwehr von Beeinträchtigungen der Sicherheit des Luftverkehrs weder das Luftsicherheitsgesetz noch eine andere

spezielle gesetzliche Regelung (wie § 26a LuftVG) als Rechtsgrundlage für staatliche Schutzmaßnahmen herangezogen werden können.

- 16 Eines solchen Rückgriffs auf die luftaufsichtsrechtliche Generalklausel in § 29 Abs. 1 Satz 1 und 2 LuftVG für Gefahren der in Rede stehenden Art bedarf es seit dem In-Kraft-Treten des Ersten Gesetzes zur Änderung des Luftsicherheitsgesetzes vom 23. Februar 2017 (BGBl. I S. 298) nicht mehr. Der Gesetzgeber hat mit § 26a LuftVG eine gegenüber § 29 Abs. 1 LuftVG spezielle gesetzliche Eingriffsgrundlage geschaffen. Anlass für diese Neuregelung war der Absturz des Malaysia-Airlines-Fluges am 17. Juli 2014 im ukrainischen Luftraum; der neue § 26a LuftVG soll ausweislich der Gesetzesbegründung den Erlass von Flugverboten in ausländischen Kriegs- oder Krisengebieten ermöglichen (vgl. BT-Drs. 18/10493 S. 14).
- 17 b) Zweifelhaft ist, ob bei Erlass der Verbote eine konkrete Gefahr bestanden hat. Das Oberverwaltungsgericht hatte das in einer zweiten, seine Entscheidung selbständig tragenden Begründung verneint.
- 18 Der Erlass einer auf § 29 Abs. 1 Satz 1 und 2 LuftVG gestützten Maßnahme setzt das Vorliegen einer konkreten (betriebsbedingten) Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs voraus (ebenso Grabherr, in: Grabherr/Reidt/Wysk, Luftverkehrsgesetz, § 29 LuftVG Rn. 29; Giemulla, in: Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Band 1.1, § 29 LuftVG Rn. 30; Kamp/Köster, in: Hobe/von Ruckteschell, Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 Luftverkehr, Teil II B, S. 1238 Rn. 35). Das folgt daraus, dass es sich bei § 29 Abs. 1 LuftVG um die gefahrenabwehrrrechtliche Generalklausel des Luftaufsichtsrechts handelt. Sie entspricht den Generalklauseln des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts, die ebenfalls nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr als Rechtsgrundlage für den Erlass belastender Verwaltungsakte herangezogen werden können.
- 19 Eine Gefahr liegt danach vor, wenn zu erwarten ist, dass ein Zustand oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des Geschehens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für das Schutzgut führt (vgl. BVerwG, Urteil

vom 26. Juni 2014 - 4 C 3.13 - BVerwGE 150, 114 Rn. 13). Konkret ist diese Gefahr, wenn im einzelnen Fall die hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens in absehbarer Zeit ein Schaden für eines der von der Norm umfassten Schutzgüter eintreten wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 28. Juni 2004 - 6 C 21.03 - juris Rn. 25; insoweit in Buchholz 402.41 Allgemeines Polizeirecht Nr. 76 nicht abgedruckt). Die Wahrscheinlichkeitsprognose muss sich auf Tatsachen gründen. Vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen ohne greifbaren, auf den Einzelfall bezogenen Anlass reichen nicht aus. Die Anforderungen, die an die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts und die dabei zugrunde zu legende Tatsachenbasis zu stellen sind, variieren. Sie hängen einerseits vom Gewicht der drohenden Rechtsgutbeeinträchtigung und andererseits vom Gewicht des durch die Gefahrenabwehrmaßnahme bewirkten Grundrechtseingriffs ab. Je gewichtiger die drohende Rechtsgutbeeinträchtigung und je weniger gewichtig der Grundrechtseingriff ist, desto geringer darf die Wahrscheinlichkeit sein, mit der auf eine drohende Verletzung des Rechtsguts geschlossen werden kann, und desto weniger fundiert dürfen gegebenenfalls die Tatsachen sein, die dem Verdacht zugrunde liegen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 [ECLI:DE:BVerfG:2006:rs20060404.1bvr051802] - BVerfGE 115, 320 <360 ff.> m.w.N.).

- 20 Von diesen rechtlichen Obersätzen ist auch das Oberverwaltungsgericht der Sache nach ausgegangen. Es spricht jedoch viel dafür, dass es diese Obersätze auf die Situation am Flughafen Erbil unzutreffend angewendet hat. Es hat das Vorliegen einer konkreten Gefahr deshalb verneint, weil offen gewesen sei, ob es überhaupt zu einer neuerlichen Gefährdung und damit zu einem Geschehensablauf kommen würde, der in einen Schaden einmünden könne (UA S. 13). Sollte das dahin zu verstehen sein, dass das Oberverwaltungsgericht allein die Ungewissheit, ob es zu einem erneuten Raketenbeschuss kommen werde, für ausreichend gehalten hat, um das Vorliegen einer konkreten Gefahr zu verneinen, liefe das dem soeben dargelegten Grundsatz des Gefahrenabwehrrechts zuwider, bei der Prüfung der hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts das Gewicht der zu befürchtenden Schäden zu berücksichtigen. Deshalb hängen auch in Bezug auf die Gefahrenquelle und nicht

- wie das Oberverwaltungsgericht offenbar meint - nur hinsichtlich des späteren Kausalverlaufs die für die Annahme einer konkreten Gefahr zu fordernde Absehbarkeit des Schadenseintritts und die Anforderungen, die dabei an die tatsächlichen Grundlagen der Prognose zu stellen sind, von einer Gesamtbetrachtung der Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens einerseits und des Gewichts der zu befürchtenden Schäden andererseits ab. Ebenso wie an die Wahrscheinlichkeit eines terroristischen Anschlags dürfen auch in Bezug auf die Gefahr eines Beschusses von Zivilflugzeugen in einem Kriegs- oder Krisengebiet keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden. Wegen der Bedeutung des Schadens, der eintreten würde, wenn sich diese Gefahr verwirklichte, wird in solchen Situationen nicht zuletzt mit Blick auf die staatliche Schutzpflicht für Leib und Leben (vgl. dazu u.a. BVerfG, Beschluss vom 4. April 2006 - 1 BvR 518/02 - BVerfGE 115, 320 <346 f.> m.w.N.) bereits dann eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit und die für § 29 Abs. 1 LuftVG erforderliche Gefahr zu bejahen sein, wenn ein Angriff nicht mit genügender Sicherheit ausgeschlossen werden kann (so auch Giemulla, in: Frankfurter Kommentar zum Luftverkehrsrecht, Band 1.3, § 3 LuftSiG Rn. 22 m.w.N.).

- 21 Danach bleibt die Beurteilung, ob nach dem zutreffenden Maßstab eine konkrete Gefahr zu bejahen war, von einer erneuten Sachverhaltswürdigung abhängig. Ausreichende Tatsachen zu der Frage, ob ein erneuter, für die Sicherheit von An- und Abflügen sowie Starts und Landungen am Flughafen Erbil relevanter Raketenbeschuss mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden konnte, sind im Urteil des Oberverwaltungsgerichts nicht festgestellt. Ihre Erhebung ist dem Senat verwehrt, eine Zurückverweisung an das Oberverwaltungsgericht im Rahmen einer Kostenentscheidung nach § 161 Abs. 2 Satz 1 VwGO ausgeschlossen. Ist der Erfolg der ursprünglichen Klage aber - hier wegen Unaufklärbarkeit einer ausreichenden Gefahrenlage - ungewiss und sind keine anderen Billigkeitsgesichtspunkte ersichtlich, sind die Kosten des Rechtsstreits den Beteiligten zu gleichen Teilen aufzuerlegen.

Dr. Philipp

Liebler

Dr. Wysk

Dr. Kuhlmann

Rothfuß