

**Bundesverfassungsgericht**  
**Beschluss vom 6. Oktober 2017**  
**(2 BvR 987/16)**

---

**Tenor**

- 1. Das Urteil des Landgerichts Zweibrücken vom 21. März 2016 - 3 S 118/15 - verletzt die Beschwerdeführer in ihrem grundrechtsgleichen Recht aus Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes.**
- 2. Das Urteil wird aufgehoben.**
- 3. Die Sache wird an das Landgericht Zweibrücken zurückverwiesen.**
- 4. Das Land Rheinland-Pfalz hat den Beschwerdeführern ihre notwendigen Auslagen zu erstatten.**

**Gründe**

- 1 Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage der Pflicht zur Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden EuGH) nach Art. 267 Abs. 3 AEUV bei der Auslegung der Verordnung (EG) 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91 (Fluggastrechteverordnung, ABl EU 2004 L 46, S. 1, im Folgenden: FluggastrechteVO) durch deutsche Gerichte.
- 2 Die Verfassungsbeschwerde ist zur Entscheidung anzunehmen, weil dies zur Durchsetzung des grundrechtsgleichen Rechts der Beschwerdeführer aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG angezeigt ist (§ 93a Abs. 2 Buchstabe b) BVerfGG). Der Verfassungsbeschwerde ist durch die Kammer stattzugeben, da die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen durch das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden sind und die zulässige Verfassungsbeschwerde offensicht-

lich begründet ist (§ 93b Satz 1 i.V.m. § 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG). Das angegriffene Urteil des Landgerichts Zweibrücken verletzt das grundrechtsgleiche Recht der Beschwerdeführer auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG).

- 3 1. Der EuGH ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (vgl. BVerfGE 73, 339 <366>; 82, 159 <192>; 126, 286 <315>; 128, 157 <186 f.>; 129, 78 <105>; 135, 155 <230 Rn. 177>). Unter den Voraussetzungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV sind die nationalen Gerichte von Amts wegen gehalten, den EuGH anzurufen (vgl. BVerfGE 82, 159 <192 f.>; 128, 157 <187>; 129, 78 <105>; 135, 155 <230 Rn. 177>; stRspr). Kommt ein deutsches Gericht seiner Pflicht zur Anrufung des EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens daher nicht nach oder stellt es ein Vorabentscheidungsersuchen, obwohl eine Zuständigkeit des EuGH nicht gegeben ist (vgl. BVerfGE 133, 277 <316 Rn. 91>), kann dem Rechtsschutzsuchenden des Ausgangsrechtsstreits der gesetzliche Richter entzogen sein (vgl. BVerfGE 73, 339 <366 ff.>; 126, 286 <315>; 135, 155 <231 Rn. 177>).
- 4 a) Nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, Rs. C-283/81, Slg. 1982, S. 3415 ff., Rn. 21) muss ein nationales letztinstanzliches Gericht seiner Vorlagepflicht nachkommen, wenn sich in einem bei ihm schwebenden Verfahren eine Frage des Unionsrechts stellt, es sei denn, das Gericht hat festgestellt, dass diese Frage nicht entscheidungserheblich ist, dass die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH war oder dass die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (vgl. BVerfGE 82, 159 <193>; 128, 157 <187>; 129, 78 <105 f.>; 135, 155 <231 Rn. 178>). Die Vorlagefrage muss auf die abstrakte Auslegung des Unionsrechts beschränkt bleiben; Fragen zur Anwendbarkeit des Unionsrechts im Einzelfall sind grundsätzlich unzulässig (vgl. *Classen*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach*, Europarecht, 3. Aufl. 2015, § 4 Rn. 70).
- 5 b) Das Bundesverfassungsgericht beanstandet die Auslegung und Anwendung von Normen, die die gerichtliche Zuständigkeitsverteilung regeln, jedoch nur, wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind

- (vgl. BVerfGE 29, 198 <207>; 82, 159 <194>). Durch die grundrechtsähnliche Gewährleistung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG wird das Bundesverfassungsgericht nicht zu einem Kontrollorgan, das jeden einem Gericht unterlaufenen, die Zuständigkeit des Gerichts berührenden Verfahrensfehler korrigieren müsste. Vielmehr ist das Bundesverfassungsgericht gehalten, seinerseits die Kompetenzregeln zu beachten, die den Fachgerichten die Kontrolle über die Befolgung der Zuständigkeitsordnung übertragen (vgl. BVerfGE 82, 159 <194>).
- 6 c) Diese Grundsätze gelten auch für die unionsrechtliche Zuständigkeitsvorschrift des Art. 267 Abs. 3 AEUV. Daher stellt nicht jede Verletzung der unionsrechtlichen Vorlagepflicht zugleich einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar (vgl. BVerfGE 126, 286 <315>; 135, 155 <231 f. Rn. 180>). Das Bundesverfassungsgericht überprüft nur, ob die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist (vgl. BVerfGE 126, 286 <315 f.>; 128, 157 <187>; 129, 78 <106>; 135, 155 <232 Rn. 180>). Durch die zurückgenommene verfassungsrechtliche Prüfung behalten die Fachgerichte bei der Auslegung und Anwendung von Unionsrecht einen Spielraum eigener Einschätzung und Beurteilung, der demjenigen bei der Handhabung einfachrechtlicher Bestimmungen der deutschen Rechtsordnung entspricht. Das Bundesverfassungsgericht wacht allein über die Einhaltung der Grenzen dieses Spielraums (vgl. BVerfGE 126, 286 <316> m.w.N.). Ein „oberstes Vorlagenkontrollgericht“ ist es nicht (vgl. BVerfGE 126, 286 <316>; 135, 155 <232 Rn. 180>).
- 7 aa) Die Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV wird in den Fällen offensichtlich unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Hauptsachegericht eine Vorlage trotz der - seiner Auffassung nach bestehenden - Entscheidungserheblichkeit der unionsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es selbst Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt und das Unionsrecht somit eigenständig fortbildet (grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht; vgl. BVerfGE 82, 159 <195 f.>; 126, 286 <316 f.>; 128, 157 <187 f.>; 129, 78 <106 f.>; 135, 155 <232 Rn. 181>). Dies gilt erst recht, wenn sich das Gericht hinsichtlich des (materiellen) Unionsrechts nicht hinreichend kundig macht. Es verkennt dann regelmäßig die Bedingun-

gen für die Vorlagepflicht (vgl. BVerfGK 8, 401 <405>; 11, 189 <199>; 13, 303 <308>; 17, 108 <111>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 10. Dezember 2014 - 2 BvR 1549/07 -, juris, Rn. 21). Gleiches gilt, wenn es offenkundig einschlägige Rechtsprechung des EuGH nicht auswertet. Um eine Kontrolle am Maßstab des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu ermöglichen, hat es die Gründe für seine Entscheidung über die Vorlagepflicht anzugeben (BVerfG, Beschluss vom 10. Dezember 2014, a.a.O., Rn. 21; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 19. Juli 2016 - 2 BvR 470/08 -, juris, Rn. 56).

- 8 bb) Gleiches gilt in den Fällen, in denen das letztinstanzliche Hauptsachegericht in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des EuGH zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht und gleichwohl nicht oder nicht neuerlich vorlegt (bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft; vgl. BVerfGE 82, 159 <195 f.>; 126, 286 <316 f.>; 128, 157 <187 f.>; 129, 78 <106 f.>; 135, 155 <232 Rn. 182>).
- 9 cc) Liegt zu einer entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts einschlägige Rechtsprechung des EuGH hingegen noch nicht vor oder hat eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet oder erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des EuGH nicht nur als entfernte Möglichkeit (Unvollständigkeit der Rechtsprechung), wird Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschreitet (vgl. BVerfGE 82, 159 <195 f.>; 126, 286 <316 f.>; 128, 157 <187 f.>; 129, 78 <106 f.>; 135, 155 <233 Rn. 183>). Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Fachgerichte das Vorliegen eines „*acte clair*“ oder eines „*acte éclairé*“ willkürlich bejahen. Das Gericht muss sich daher hinsichtlich des materiellen Unionsrechts hinreichend kundig machen. Etwaige einschlägige Rechtsprechung des EuGH muss es auswerten und seine Entscheidung hieran orientieren (vgl. BVerfGE 82, 159 <196>; 128, 157 <189>; 135, 155 <233 Rn. 184>). Auf dieser Grundlage muss das Fachgericht unter Anwendung und Auslegung des materiellen Unionsrechts (vgl. BVerfGE 75, 223 <234>; 128, 157 <188>; 129, 78 <107>) die vertretbare Überzeugung bilden, dass die Rechtslage entweder von vornherein eindeutig („*acte clair*“) oder durch Rechtsprechung in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt („*acte éclairé*“; vgl. BVerfGE 129, 78 <107>).

- Unvertretbar gehandhabt wird Art. 267 Abs. 3 AEUV im Falle der Unvollständigkeit der Rechtsprechung insbesondere dann, wenn das Fachgericht eine von vornherein eindeutige oder zweifelsfrei geklärte Rechtslage ohne sachliche Begründung bejaht (vgl. BVerfGE 82, 159 <196>; 135, 155 <233 Rn. 185>).
- 10 2. Das Landgericht hat den Umfang der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV grundsätzlich verkannt.
  - 11 a) Die Auffassung des Landgerichts, dass eine Vorlage an den EuGH zur Auslegung der FluggastrechteVO nicht in Betracht komme, weil es sich dabei weder um eine Auslegung der Verträge noch um die Gültigkeit oder die Auslegung von Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union handle, ist offensichtlich unhaltbar.
  - 12 b) Als Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Europäischen Union im Sinne von Art. 267 Abs. 1 Buchstabe b) AEUV sind grundsätzlich sämtliche Rechtsakte des Sekundärrechts zulässiger Gegenstand eines Auslegungsersuchens im Vorabentscheidungsverfahren. Beschränkungen ergeben sich lediglich aus den allgemein die Zuständigkeit des EuGH begrenzenden Art. 275 und Art. 276 AEUV (vgl. *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 267 AEUV Rn. 10; *Karpenstein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 50. EL Mai 2013, Art. 267 Rn. 20). Da die FluggastrechteVO einen Rechtsakt des Sekundärrechts darstellt, sind Fragen zu ihrer Auslegung im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ohne weiteres zulässig.
  - 13 c) Das Landgericht ist vorliegend auch ein Gericht, dessen Entscheidung im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann. Zwar ist nach § 522 Abs. 3 ZPO gegen Beschlüsse, mit denen nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO die Berufung zurückgewiesen wird, das Rechtsmittel statthaft, das bei einer Entscheidung durch Urteil zulässig wäre. Die nach § 544 ZPO an sich statthafte Nichtzulassungsbeschwerde - die grundsätzlich als Rechtsmittel im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV anzusehen ist (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 3. März 2014 - 1 BvR 2534/10 -, juris, Rn. 26) - ist vorliegend nach § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO ausgeschlossen, weil der Wert der mit der Revision

geltend zu machenden Beschwer 20.000 € nicht übersteigt. Die Ausnahmenvorschrift des § 26 Nr. 8 Satz 2 EGZPO, wonach auch bei einer Beschwer bis einschließlich 20.000 € die Nichtzulassungsbeschwerde zulässig ist, wenn das Berufungsgericht die Berufung verworfen hat, findet hier keine Anwendung, da das Landgericht die Berufung nicht als unzulässig verworfen, sondern zurückgewiesen hat.

- 14 d) Die Auslegung des Sekundärrechts ist auch entscheidungserheblich. Die Anwendbarkeit der FluggastrechteVO unterliegt nach ihrem Art. 3 Abs. 2 der Voraussetzung, dass Fluggäste entweder über eine bestätigte Buchung für einen Flug verfügen und sich - außer im Fall der Annullierung - zu einer angegebenen Zeit oder 45 Minuten vor Abflug zur Abfertigung einfinden (Buchstabe a) oder von einem Luftfahrtunternehmen oder Reiseunternehmen von einem Flug, für den sie eine Buchung besaßen, auf einen anderen Flug verlegt wurden, ungeachtet des Grundes hierfür. Der Begriff der Buchung wird in Art. 2 Buchstabe g) FluggastrechteVO legaldefiniert. „Buchung“ bezeichnet demnach den Umstand, dass der Fluggast über einen Flugschein oder einen anderen Beleg verfügt, aus dem hervorgeht, dass die Buchung von dem Luftfahrtunternehmen oder dem Reiseunternehmen akzeptiert und registriert wurde.
- 15 e) In der Rechtsprechung des EuGH ist - worauf die Beschwerdeführer im Anschluss an BGHZ 204, 191 zutreffend hinweisen - bislang nicht geklärt, was unter einem „anderen Beleg“ zu verstehen ist, aus dem hervorgeht, dass die Buchung von dem Luftfahrtunternehmen oder dem Reiseunternehmen akzeptiert und registriert wurde. Auch das Urteil in der Rs. C-173/07 vom 10. Juli 2008 (Slg. 2008, I-5237, ECLI:EU:C:2008:400) enthält keine Ausführungen zur Auslegung von Art. 2 Buchstabe g) FluggastrechteVO. In Rn. 51 f. dieser Entscheidung wird lediglich ausgeführt, dass sich dem Begriff der Buchung im Sinne von Art. 2 Buchstabe g) Fluggastrechte- VO nicht entnehmen lasse, ob Hin- und Rückflug als jeweils selbständige Flüge oder als ein zusammenhängender Flug im Sinne der FluggastrechteVO zu qualifizieren sind.
- 16 3. Bei Anwendung des einschlägigen Unionsrechts hat das Landgericht den ihm zukommenden Beurteilungsrahmen in methodisch unvertretbarer Weise überschritten. Es hat sich im angegriffenen Beschluss vom 21. März 2016 wie zuvor schon in seinem Hinweisbeschluss vom 18. Januar 2016 bei der Ausle-

gung der Fluggastrechte- VO nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob hierzu Rechtsprechung des EuGH vorliegt.

- 17 a) Zwar konnte sich das Landgericht für seine Rechtsansicht, dass eine bestätigte Buchung im Sinne von Art. 2 Buchstabe g) FluggastrechteVO die Angabe eines bestimmten Fluges, der durch Angabe von Flugzeit und Flugnummer hinreichend individualisiert sein müsse, voraussetze, auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. März 2015 (BGHZ 204, 291 ff.) beziehen, wonach die FluggastrechteVO zwar nicht definiere, was unter einem „anderen Beleg“ im Sinne von Art. 2 Buchstabe g), aus dem hervorgehe, dass die Buchung vom Reiseveranstalter „akzeptiert und registriert“ wurde, zu verstehen sei, dass dem Fluggast im Hinblick auf das in Art. 3 Abs. 2 Buchstabe a) FluggastrechteVO enthaltene zusätzliche Erfordernis der Bestätigung der Buchung aber ein Beleg überlassen worden sein müsse, aus dem sich verbindlich die vorgesehene Luftbeförderung mit einem bestimmten, typischerweise durch Flugnummer und Uhrzeit individualisierten Flug ergebe (vgl. BGHZ 204, 291 <299 f. Rn. 23>).
- 18 b) Die Berufung auf die höchstrichterliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt aber nicht, um mit Blick auf Art. 267 Abs. 3 AEUV den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Recht auf den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gerecht zu werden. Alle Fachgerichte haben sich bei Auslegung und Anwendung des Unionsrechts selbständig mit der Frage auseinanderzusetzen, ob in Bezug auf eine entscheidungserhebliche Norm des Unionsrechts weiterer Klärungsbedarf und - damit verbunden - die Notwendigkeit einer Vorlage an den EuGH besteht. Andernfalls liefe die Vorlageverpflichtung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV in allen Fällen, in denen sich ein im konkreten Fall letztinstanzliches Gericht auf eine höchstrichterliche Rechtsprechung beruft, leer. Aus einer Entscheidung muss daher hervorgehen, dass sich das Gericht, dessen Entscheidung mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen wird, mit der Frage der Vorlageverpflichtung nach Art. 267 Abs. 3 AEUV auseinandergesetzt hat, so dass die Frage einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsgerichtlich überprüfbar ist.

# Bundesverwaltungsgericht

## Beschluss vom 14. September 2017

### (3 C 4.16)

---

#### Leitsätze

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.

#### Gründe

- 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 so genannten 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 Beschluss 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 verhängen. 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 Eindruck 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 Luftsicher-

heit 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 Aufgabe 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 beimitst (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 Abschuss des Malaysia-Airlines-Fluges am 17. Juli 2014 im ukrainischen Luftraum; der neue § 26a LuftVG soll ausweislich der Gesetzesbegründung den Erlass von Flugverböten 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 gefahrenabwehrrechtliche 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 bejahren 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.

**Anmerkung zum  
Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. September 2017  
zur Rechtsgrundlage für behördlich verfügte Flugverbote im Ausland  
(BVerwG 3 C 4.16)**

von *Christoph Schaefer*

---

1. Seit Jahrzehnten ist die zivile Luftfahrt durch Terrorakte gefährdet; in den letzten Jahren treten Risiken durch den Über- oder Anflug von Krisengebieten hinzu, in denen militärische Kampfhandlungen stattfinden. Der Abschuss von MH17 über der Ukraine hat dies schlagartig ins Bewusstsein der Öffentlichkeit gerückt. In seiner grundlegenden Entscheidung beschäftigt sich das Bundesverwaltungsgericht mit den möglichen Reaktionen deutscher Ordnungsbehörden auf solche außerhalb deutschen Staatsgebietes auftretenden Gefahrenlagen. Am 15. März 2015 war eine ungenlenkte Rakete in etwa 6 Kilometern Entfernung vom nordirakischen Flughafen Erbil eingeschlagen, abgefeuert vom Islamischen Staat. Daraufhin hatte das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) den Fluggesellschaften und Haltern in Deutschland registrierter Luftfahrzeuge befristet den An- und Abflug sowie das Starten und Landen in Erbil verboten, im Wege der Allgemeinverfügung und gestützt auf § 29 Abs. 1 in der damaligen Fassung des LuftVG. Weiterer Beschuss sei nicht auszuschließen. Die Behörde nahm an, dass die Raketen der Terrormiliz nicht gezielt deutschen Verkehrsflugzeugen oder überhaupt dem Flughafen galten, vielmehr ginge es um allgemeine Kampfhandlungen in Flughafennähe.

Gegen das zwischenzeitlich ausgelaufene Flugverbot erhob eine betroffene Fluggesellschaft Fortsetzungsfeststellungsklage. Das nach Verweisung durch das Verwaltungsgericht Berlin erstinstanzlich zuständige OVG Berlin-Brandenburg gab der Klage im Dezember 2015 statt und begründete dies sowohl mit der fehlenden Rechtsgrundlage als auch dem Fehlen einer konkreten Gefahr.<sup>1</sup> Im März 2017 führte der Gesetzgeber mit § 26a LuftVG eine spezifische Ermächtigungsgrundlage für Flugverbote im Ausland ein. Daraufhin erklärten die Parteien in der Revision übereinstimmend die Erledigung des Rechtsstreites. Mit dem aktuellen Beschluss entschied das BVerwG noch über die Kosten und widersprach dabei in der Sache dem OVG in beiden Streitpunkten.

---

<sup>1</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 9.12.2015 (OVG 6 A 8.15), juris.

2. Zumindest im Jahre 2015 war ein behördliches Einschreiten nur nach § 29 Abs. 1 LuftVG möglich, die Allgemeinverfügung war nicht auf das LuftSiG zu stützen, weil dieses Auslandssachverhalte nicht erfasste. Auch nach dem Erlass von § 3a Luft SiG im März 2017 ist zweifelhaft, ob die Luftsicherheitsbehörde in solchen Konstellationen das LuftSiG heranziehen könnte, weil dort eine dem § 1a Abs. 1 LuftVG vergleichbare Regelung weiterhin fehlt. Denkbar wäre allenfalls, nach § 3a Abs. 1 LuftSiG ein Startverbot von deutschen Flughäfen zum gefährdeten Zielflughafen im Ausland zu verfügen, mit dem Argument, dass bei planmäßigem Flugverlauf die Gefahr bereits mit dem Abheben des Flugzeugs in Deutschland begründet wird. Dies erscheint indes etwas konstruiert, um dem Vorwurf der extraterritorialen Maßnahme ohne Rechtsgrundlage zu entgehen. Der 2017 parallel zur Anpassung des LuftSiG eingeführte § 26a LuftVG erlaubt spezifisch Flugverbote für das Ausland, allerdings wiederum nur, um die Betriebssicherheit zu wahren.

3. Zu klären war damit für OVG und BVerwG, ob Geschosse aus Kriegswaffen eine betriebsbedingte Gefahr für Flugzeuge oder Flughäfen begründen, sei es nun seinerzeit nach § 29 LuftVG oder künftig nach § 26a Abs. 1 LuftVG. In seinem Beschluss versteht das BVerwG die Betriebssicherheit weit: Ungezielter und gezielter Beschuss von Luftfahrzeugen soll dem LuftVG unterfallen. Eine an den räumlichen Modalitäten orientierte Betrachtung, die zwischen Gefahren von innen (Betrieb) und außen (Luftsicherheit) unterscheidet, verwirft das BVerwG als wenig zielführend.<sup>2</sup> Das OVG hatte noch im Sinne der seinerzeit herrschenden Betrachtung darauf abgestellt, ob die Gefahr den Betriebsabläufen als solchen innewohnt, und damit konsequenterweise eine betriebsbedingte Gefahr durch Geschosse abgelehnt.<sup>3</sup> Dies war im Nachgang als zu eng kritisiert worden, allein die mögliche Störung der betrieblichen Abläufe sei entscheidend.<sup>4</sup> Nach dem Beschluss des BVerwG nun sollen jedenfalls Beeinträchtigungen des „Betriebsmediums“ Luft zu einer betriebsbedingten Gefahr führen, einschließlich der durch die Luft fliegenden Artilleriegranate oder Rakete. Auch diese Sichtweise orientiert sich am Raum, in dem die Beeinträchtigung auftritt, generell ein wenig sinnvolles Abgrenzungskriterium.

---

2 Zitat Aktueller Beschluss.

3 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 9.12.2015 (OVG 6 A 8.15), Rn. 31f., juris. Ebenso *Giemulla/Kortas*, Die internationale Zivilluftfahrt im Zeitalter der „Konfliktzonen“, ZLW 2015, 431 (443). Vgl. generell zur Abgrenzung nach herrschender Meinung *Faust/Leininger*, Kölner Kompendium Luftrecht, Band 2 2009, Teil II A. Rn. 4.

4 *Hobe*, Anmerkung zu OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 9.12.2015 (6 A 8.15), ZLW 2016, 423 (424).

Entscheidend muss vielmehr die Intention sein, also der Umstand, dass es sich um einen vorsätzlichen Eingriff in den Luftverkehr mit Schadensabsicht handelt oder nicht. Dafür spricht der Wortlaut des § 1 LuftSiG („Angriff“) mit seiner beispielhaften Aufzählung. Die Vorschrift ist im Lichte des Annex 17 Chicagoer Abkommen auszulegen, auf den auch Art. 1 Abs. 1 Verordnung 300/2008 verweist, und beide sprechen im Originaltext von Security. Safety und Security haben wohl schon im allgemeinen englischen Sprachgebrauch leicht unterschiedliche Konnotationen, die mit dem deutschen Wort „Sicherheit“ nicht in ihrer vollen Subtilität zu erfassen sind: Ersteres bedeutet eher Ungefährlichkeit hinsichtlich Verletzungen, zweiteres eher Schutz vor kriminellen Akten.<sup>5</sup> Wie dem auch sei, jedenfalls im spezifischen Zusammenhang der Luftfahrt handelt es sich um eigenständige Begriffe und Konzepte. Annex 17 Chicagoer Abkommen definiert in Chapter 1 gemäß den dortigen Begriffsbestimmungen Security als „safeguarding civil aviation against acts of unlawful interference“, Art. 1 Abs. 1 VO 300/2008 spricht von „acts of unlawful interference that jeopardise the security of civil aviation.“ In der Sache ist die Abwehr von hochkriminellen Vorsatztätern eine gänzlich andere Aufgabe als der Schutz vor Unfällen im weiteren Sinne. Auf diesen Unterschied sind die rechtlichen Eingriffsmöglichkeiten und der Behördenaufbau zugeschnitten, man kann ihn nicht übergehen.

Insofern kommt es hier doch darauf an, ob die Islamistenmiliz deutsche Flugzeuge am Flughafen Erbil gezielt beschossen beziehungsweise zu beschießen versucht hat. Dies wäre ein Fall der Luftsicherheit und ein Angriff auf deutsche Staatsbürger und Interessen, durch (versuchten) Terrorakt bei nichtstaatlichen Akteuren oder andernfalls als Kriegshandlung. Droht der Luftverkehr hingegen zum Kollateralschaden und nicht zum Gegenstand einer militärischen Auseinandersetzung zu werden, geht es um die betriebliche Sicherheit. Unsicherheiten im Sachverhalt sind nach den etablierten Regeln zur Bestimmung der Gefahr zu lösen. Lässt sich nicht abschließend klären, ob es um zielgerichteten Beschuss geht, bleibt die Tatsache des Artilleriefeuers an sich, die jedenfalls eine Gefahr für den Betrieb bedeutet.

Das BVerwG hatte nicht zu entscheiden, ob die Luftsicherheit generell lediglich ein Unterfall der Betriebssicherheit ist. Stellt man nur auf die objektive Störung der Be-

---

5 Vgl. beispielsweise: The Times, English Dictionary, 1st Edition 2000, unter „Safety“: „... 3. a contrivance or device designed to prevent injury“ sowie The Oxford English Dictionary, 2nd Edition 1989, unter „Security“, „I. 1. B.: ... The safety or safeguarding of (the interests of) a state, organization, person, etc., against danger, esp. against espionage or theft; the exercise of measures to this end...“

triebsabläufe ab und blendet man Absicht und Störungsmodalität aus,<sup>6</sup> kommt man konsequenterweise zu diesem Ergebnis. Auch eine von Terroristen eingebrachte Bombe an Bord des fliegenden Flugzeuges behindert die Betriebsabläufe, wenn auch mit unmittelbar desaströsen Folgen. Einem solch weiten Verständnis steht § 1 LuftSiG entgegen, der einen eigenen Anwendungsbereich für die Eingriffsermächtigungen des LuftSiG festlegt und den Rückgriff auf andere Rechtsgrundlagen nach allgemeinen Grundsätzen ausschließt. Insofern kann es nur um eine enge Auslegung gehen, mit den in § 1 LuftSiG genannten Fällen als Grenze. In anderem Zusammenhang hat das BVerwG darauf hingewiesen, dass terroristische Angriffe aus der Luft – beispielsweise durch von Selbstmordattentätern entführte Flugzeuge – keine Frage der Betriebssicherheit sind.<sup>7</sup>

Neben der reinen Begriffsbestimmung argumentiert das BVerwG für seine Abgrenzung ergebnisorientiert: Es drohe eine Schutzlücke, wenn der Sachverhalt nicht unter das LuftVG subsumierbar sei. Mit der Zusammenfassung der Vorschriften zur Luftsicherheit in einem eigenen Gesetz 2005 wollte der Gesetzgeber den Schutzstandard erhöhen, nicht absenken. Das OVG war in diesem Punkt dogmatischer: Schafft der Gesetzgeber keine hinreichende Regelung im LuftSiG, fehlt schlicht die Grundlage für den Eingriff in die Freiheitsrechte der betroffenen Unternehmen und Luftfahrzeughalter. Nach der 2017 geschaffenen Rechtslage ist eventuell der Rückgriff auf § 3a LuftVG denkbar, mit den oben geschilderten Problemen. Dabei ist verwunderlich, dass sich der Gesetzgeber des LuftSiG nicht zu einer klareren Regelung durchgerungen hat. Schließlich haben gezielte Angriffe eine andere Qualität als reine Betriebsstörungen, und nach der hier vertretenen Abgrenzung käme man aktuell zum paradoxen Ergebnis, dass gerade dafür keine solide Eingriffsgrundlage vorhanden ist. Mit dem Verständnis des BVerwG vom breiten Anwendungsbereich von § 26a LuftVG ist diese Problematik faktisch für die künftige Rechtspraxis gelöst.

4. Ein weiterer Streitpunkt war, welche Anforderungen im entscheidungserheblichen Sachverhalt an die konkrete Gefahr für den Luftverkehr zu stellen sind. Jedenfalls die offengelegte Tatsachenbasis im Urteil des OVG war dürftig, und ging scheinbar kaum über den einmaligen Raketeneinschlag in einiger Entfernung vom Flughafen aus. Selbstverständlich ist es Aufgabe der Behörde, die ermittelten Tatsachen zu bewerten und im Rahmen ihrer rechtlichen Möglichkeiten über den Schutz

---

6 Vgl. *Hobe*, Fn. 4, ZLW 2016, 423 (424).

7 BVerwGE 150, 114 Rn. 14.

der Fluggäste zu entscheiden, bei entsprechender Schutzpflicht.<sup>8</sup> Es lässt sich umgekehrt nicht pauschal unterstellen, dass ein Luftverkehrsunternehmen seine Passagiere, Besatzungen und Flugzeuge bewusst der realen Gefahr eines Raketenbeschusses aussetzt, und so aus kurzfristigen kommerziellen Erwägungen mit seiner Existenz spielt.

Jenseits rechtlicher Einkleidungen ist die unterschiedliche Risikobewertung der eigentliche Streitpunkt zwischen Behörde und Fluggesellschaft: Sie schätzten auf der Basis spärlicher Informationen Existenz und Ausmaß der Gefahr unterschiedlich ein. Die Rolle nicht offengelegter nachrichtendienstlicher Informationen ist dabei ausgeklammert, wobei in diesem Zuge ebenso zu bedenken ist, dass die Fluggesellschaft vor Ort präsent ist und die örtlichen Gegebenheiten im Regelfall kennt. Auch in diesem Punkt gab das OVG der Behörde einen kleineren Spielraum und ging von einem bloßen Gefahrenverdacht aus. Das BVerwG nutzt demgegenüber die etablierte *je-desto*-Formel bei der Gefahrenbestimmung: Da menschliches Leben als Rechtsgut betroffen, waren die Anforderungen an die tatsächliche Grundlage einer Gefahr geringer. In der Sache blieb dieser Punkt trotzdem offen, da nach Ansicht des BVerwG das OVG keine hinreichende Sachverhaltsklärung betrieben hatte.

---

8 *Hobe*, Fn. 4, ZLW 2016, 423 (425).

**Hessischer Verwaltungsgerichtshof**  
**Urteil vom 12. September 2017**  
**(9 C 1498/12.T) \***

---

**Leitsatz**

1. Anordnungen von Anlagen und Vorkehrungen an benachbarten Grundstücken zur Bewältigung von Sicherheitsrisiken nach § 74 Abs. 2 Satz 2 HVwVfG in Nebenbestimmungen eines Planfeststellungsbeschlusses können auch durch passive, bei dem zu schützenden Einwender vorzunehmende Maßnahmen getroffen werden.

2. Für den Begriff der Schutzvorkehrungen ist es nicht wesentlich, dass deren Erstellung und Unterhaltung durch den Träger des Vorhabens selbst vorgenommen wird. Vielmehr kann sich der Planfeststellungsbeschluss auch darauf beschränken, die Maßnahme als solche zu bestimmen und anzuordnen, dass dem Begünstigten die entstehenden Kosten zu erstatten sind.

3. Da es sich bei den hier angeordneten passiven Schutzvorkehrungen gegenüber von Wirbelschleppen ausgehenden Gefahren um eine planungsrechtlich zulässige Maßnahme zur Risikominimierung für die davon Betroffenen selbst handelt, steht deren Geeignetheit weder entgegen, dass die Betroffenen nicht ordnungsrechtlich Verpflichtete sind, noch handelt es sich dabei um eine unzulässige Verlagerung der Problembewältigung auf die Grundstückseigentümer in den betroffenen Bereichen.

---

\* Anm. der Red.: Gegen diese Entscheidung wurde Rechtsmittel beim BVerwG eingelegt.

**Hessischer Verwaltungsgerichtshof**  
**Beschluss vom 24. Oktober 2017**  
**(9 B 1789/17.T)**

---

**Leitsatz**

1. Die Erbringung von Bodenabfertigungsdiensten stellt einen wesentlichen Bestandteil des Betriebs eines Verkehrsflughafens dar und begründet deshalb für Streitigkeiten betreffend den Erlass der Auswahlentscheidung nach § 7 BADV durch die zuständige Luftfahrtbehörde die erstinstanzliche Zuständigkeit des VGH/OVG gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VwGO.

2. Bei der Auswahlentscheidung nach § 7 BADV handelt es sich um einen begünstigenden Verwaltungsakt, der gegenüber nicht-berücksichtigten Mitbewerbern belastend wirkt, ein Antrag auf Anordnung des Sofortvollzuges durch das Gericht ist deshalb nach § 80a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VwGO statthaft.

3. Bei offenen Erfolgsaussichten der Klage eines Mitbewerbers sind in die danach vorzunehmende Interessenabwägung das private Interesse des Begünstigten an der Vollziehung der Auswahlentscheidung sowie das öffentliche Interesse an der durch die insoweit maßgebliche RL 67/96/EG bezweckten Marktöffnung, das Aufschubinteresse des nichtberücksichtigten Mitbewerbers und das durch die Betriebspflicht nach § 45 LuftVZO begründete öffentliche Interesse einzustellen.

**Tenor**

**Auf den Antrag der Antragstellerin wird hinsichtlich des Bescheides des Antragsgegners vom 10. Juli 2017 - Geschäftszeichen ... - die sofortige Vollziehung mit der Maßgabe angeordnet, dass die Antragstellerin die in diesem Bescheid aufgeführten Dienstleistungen am Flughafen Frankfurt Main ab dem 1. Februar 2018 erbringen darf.**

**Die Gerichtskosten sowie die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin haben der Antragsgegner und die Beigeladene zu 1. jeweils zur Hälfte zu tragen. Im Übrigen werden außergerichtliche Kosten nicht erstattet.**

**Der Streitwert für das Verfahren wird auf 250.000 € festgesetzt.**

**Gründe**

I.

- 1 Gegenstand dieses Eilverfahrens ist ein Auswahlverfahren zur erneuten Vergabe von Bodenabfertigungsdienstleistungen am Flughafen Frankfurt Main, die dort bisher durch die Beigeladene zu 1. erbracht werden. Dies erfolgte zunächst aufgrund einer ihr erteilten Lizenz, seit 2013 nach erfolgter Anfechtung einer zunächst zu ihren Gunsten ergangenen, dann jedoch rechtskräftig aufgehobenen Auswahlentscheidung vom 30. April 2013 aufgrund von jeweils befristeten und an die Bestands- oder Rechtskraft der erneut zu treffenden Auswahlentscheidung des Antragsgegners gebundenen Gestattungsverträgen.
- 2 Mit der streitgegenständlichen Auswahlentscheidung des Antragsgegners vom 10. Juli 2017 erhielt die Antragstellerin für die Dauer von sieben Jahren - vom 1. November 2017 bis zum 31. Oktober 2024 - auf dem Flughafen Frankfurt Main die Lizenz zur Erbringung der darin im Einzelnen aufgeführten Bodenabfertigungsdienste, wobei in einer Fußnote zum Lizenzzeitraum darauf hingewiesen wird, dass sich dieser Lizenzzeitraum um die Dauer des verwaltungsprozessualen Verfahrens verschieben kann, wenn der ausgewählte Dienstleister aufgrund einer gerichtlichen Überprüfung der Auswahlentscheidung nicht zum 1. November 2017 den Betrieb aufnehmen kann.
- 3 Dem Bescheid liegt die von der Flughafenbetreiberin und selbst als Erbringerin von Bodenabfertigungsdienstleistungen tätigen Beigeladenen zu 2. vorgenommene Ausschreibung der Konzession für die gebündelte Erbringung von Bodenverkehrsdienstleistungen nach Anlage 1 zu § 2 Nr. 4 der Verordnung über Bodenabfertigungsdienste auf Flugplätzen - BADV - zugrunde, wonach die Gepäckabfertigung gem. Ziffer 3 der Anlage 1 zu § 2 Nr. 4 BADV, die Fracht- und Postabfertigung gem. Ziffer 4 dieser Anlage und die Vorfelddienste gemäß Ziffer 5.2 bis 5.6 dieser Anlage vergeben werden sollten (Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. Oktober 2012 - 2012/S 217-344235 -, berichtigt am 10. November 2012 - 2012/S 217-356830 -). Die erneute Übersendung der aktualisierten Bewerbungsunterlagen für das Auswahlverfahren war nach rechts-

kräftiger Aufhebung der ersten Auswahlentscheidung vom 30. April 2013 mit Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. März 2016 (- BVerwG 3 B 16.15 -, juris) am 29. November 2016 erfolgt (Ordner II der Behördenakten - Auswahlverfahren -, Bl. 92 ff. - künftig: Bl. II/0092 ff. BA -).

- 4 Nachdem die Beigeladene zu 1. am 1. August 2017 Klage gegen den die Antragstellerin begünstigenden Auswahlbescheid vom 10. Juli 2017 erhoben hatte (9 C 1632/17.T), stellte die Antragstellerin bei dem Antragsgegner unter dem 4. August 2017 einen Antrag auf behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung dieser Auswahlentscheidung, den dieser mit Bescheid vom 9. August 2017 ablehnte (Anlage A2 der Antragstellerin zu ihrem Schriftsatz vom 23.08.2017, Bl. I/096 der Gerichtsakte - GA -). Die Ablehnung begründete der Antragsgegner im Wesentlichen damit, dass er zwar von der Rechtmäßigkeit seiner Auswahlentscheidung überzeugt sei, es aber an dem außerdem erforderlichen besonderen öffentlichen oder überwiegenden privaten Vollzugsinteresse fehle, das über die Rechtfertigung der Auswahlentscheidung selbst hinausgehe. Denn derzeit drohten keine Störungen des geordneten Abfertigungsbetriebs auf dem Flughafen Frankfurt Main, und aus dem Interesse an der Nutzung der mit der Auswahlentscheidung einhergehenden Begünstigung ergäben sich für die Antragstellerin auch keine überwiegenden privaten Interessen. Vielmehr stehe dem das spiegelbildliche Interesse der Beigeladenen zu 1. an der mit ihrer Klage begehrten Aufhebung der Auswahlentscheidung entgegen, und für einen davon ausgehenden Missbrauch des Grundsatzes der aufschiebenden Wirkung für diese Klage bestünden keine Anhaltspunkte.
  
- 5 Ihren daraufhin mit Schriftsatz vom 23. August 2017 bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof gestellten Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes begründet die Antragstellerin damit, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung für die sehr gut begründete und überzeugende Auswahlentscheidung zu Unrecht abgelehnt worden sei. Die Beigeladene zu 1. könne deshalb trotz der höchstrichterlich bestätigten Aufhebungsentscheidung in dem vorangegangenen Auswahlverfahren ihre Tätigkeit am Frankfurter Flughafen weiter fortsetzen, obwohl sie über keine Lizenz verfüge, es keine vertragliche Grundlage dafür gebe und damit auch keinerlei Rechtsgrund mehr für ihre Tätigkeit bestehe. Die Herstellung rechtmäßiger Zustände im Bodenabfertigungsbetrieb am Frankfurter Flughafen im Lichte der rechtskräftigen

Entscheidung zu dem vorangegangenen Auswahlverfahren sei nunmehr allein durch die gerichtliche Anordnung der sofortigen Vollziehung möglich.

- 6 Es bestehe ein öffentliches und ein überwiegendes privates Interesse der Antragstellerin daran, den Abfertigungsbetrieb am Frankfurter Flughafen auf der Grundlage der zu ihren Gunsten ergangenen Auswahlentscheidung ab dem 01. November 2017 zu übernehmen. Das Gebot der „Waffengleichheit“ im multipolaren Verwaltungsverhältnis verpflichte zu einer zeitnahen Anordnung der sofortigen Vollziehung, denn neben dem öffentlichen Interesse sprächen auch die privaten Interessen der Antragstellerin für deren Anordnung. Schließlich befinde sich der Anfechtungskläger aufgrund seiner nur privaten Interessen in keiner bevorzugten verfahrensrechtlichen Position, sodass der hier zweifelsfrei gegebenen Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts entscheidende Bedeutung zukomme. Diese Besonderheiten habe der Antragsgegner offensichtlich übersehen.
  
- 7 Außerdem liege die Anordnung der sofortigen Vollziehung für die Auswahlentscheidung im öffentlichen Interesse, weil sie die Betriebs- und Funktionsfähigkeit des Frankfurter Flughafens sichere. Sie sei nämlich notwendig, um eine reibungslose und insbesondere pünktliche Bodenabfertigung für alle Nutzer am Flughafen Frankfurt mit den ab dem 1. November 2017 zur Verfügung stehenden Ressourcen sicherstellen zu können. Diese sei derzeit nicht gewährleistet, da die Beigeladene zu 1. rechtswidrig und ohne jede rechtliche Grundlage Bodenabfertigungsdienste am Flughafen Frankfurt erbringe. Denn der alte Gestattungsvertrag sei erloschen, und ein etwa neu geschlossener Vertrag sei nach § 7 Abs. 1 i.V.m. Anlage 2 BADV nach § 134 BGB nichtig. Die Beigeladene zu 1. habe deshalb ihre Tätigkeit in Folge der Auswahlentscheidung vom 10. Juli 2017 unverzüglich einzustellen und den Platz zu räumen. Ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung werde ab dem 1. November 2017 allein die Beigeladene zu 2. Bodenabfertigungsdienstleistungen am Frankfurter Flughafen anbieten können; dies sei rechtlich unzulässig und tatsächlich nicht umsetzbar. Denn die Tätigkeit nur eines Bodenabfertigers widerspreche zwingenden Vorgaben der Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft - RL 67/96/EG -, außerdem wäre der ordnungsgemäße Flugbetrieb dadurch gefährdet. Schließlich führe dies schon jetzt zu Wettbewerbs-

verzerrungen am Flughafen Frankfurt Main, auch die Marktöffnung im Bodenabfertigungsbereich liege aber im öffentlichen Interesse. Dass ein Wechsel des Bodenabfertigers zu erheblichen Problemen am Flughafen führen werde, werde mit Nachdruck bestritten; sowohl am Flughafen Köln als auch am Flughafen Hamburg habe die Antragstellerin den Wechsel reibungslos abgewickelt.

- 8 Die Antragstellerin werde sämtliche Arbeitnehmer der Beigeladenen zu 1. übernehmen, auf wegfallende Arbeitsplätze könne deshalb nicht verwiesen werden.
- 9 Der einzig von der Beigeladenen zu 1. bisher erhobene Vorwurf eines Wettbewerbsverstoßes liege nicht vor. Der frühere Mitarbeiter der Beigeladenen zu 1. sei in diesem Auswahlverfahren zwar als externer Berater für sie tätig geworden, habe dabei jedoch lediglich sein allgemeines Know-How und seine allgemeine Ortskenntnis des Frankfurter Flughafens eingebracht. Im Übrigen habe der Berater sich an das für die Dauer vom Dezember 2014 bis zum Dezember 2015 mit der Beigeladenen zu 1. vereinbarte Wettbewerbsverbot gehalten. Schließlich verkenne die Beigeladene zu 1. die Reichweite des Ausschlussgrundes unter Ziffer 10.3, Teil D. der Bewerbungsunterlagen, das nur Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Bewerbern umfasse.
- 10 Seit Erhebung der Klage durch die Beigeladene zu 1. könne die durch die Auswahlentscheidung begünstigte Antragstellerin nicht mehr rechtssicher für eine pünktliche Übernahme der Bodenabfertigung zum 1. November 2017 planen, notwendige Gespräche zur praktischen Vorbereitung der Betriebsübernahme würden durch die Beigeladene zu 2. verweigert. Der Antragstellerin werde auch ein erheblicher Schaden entstehen, da sie mit den Vorbereitungen zur Übernahme des Bodenabfertigungsbetriebs zum 1. November 2017 bereits begonnen habe und für die Zwecke der rechtzeitigen Umsetzung der Auswahlentscheidung schon Investitionen habe treffen müssen, so durch Erwerb und Anmietung von Geräten, die zur Erbringung der Dienste erforderlich sind. Mit der Bestellung der Geräte habe sie unmittelbar nach dem Erhalt der Auswahlentscheidung vom 10. Juli 2017 beginnen müssen, da sie aufgrund der benötigten Lieferzeiten der Hersteller bzw. Händler nur so habe sicherstellen können, dass alle erforderlichen Geräte pünktlich zur Übernahme des Betriebs am 1. November 2017 bereitstünden. Insgesamt habe die Antragstel-

lerin bereits Investitionen von 11,8 Mio. Euro ausgelöst, und entsprechende Gerätschaften seien teilweise auch schon ausgeliefert worden.

- 11 Die Antragstellerin beantragt,  
  
die sofortige Vollziehung der Auswahlentscheidung vom 10. Juli 2017, Geschäftszeichen ..., zu Gunsten der Antragstellerin anzuordnen.
- 12 Der Antragsgegner beantragt sinngemäß,  
  
den Antrag abzulehnen.
- 13 Zur Begründung verweist er auf seinen ablehnenden Bescheid vom 9. August 2017 und bringt ergänzend vor, dass die Auswahlentscheidung zwar in jeder Hinsicht rechtmäßig sei, es hier jedoch im Unterschied zu den Fällen, in denen sich nur zwei private Beteiligte gegenüberstünden, ganz wesentlich noch auf das öffentliche Interesse der Beigeladenen zu 2. als Flughafenbetreiberin ankomme, das u.a. auf die Aufrechterhaltung des ordnungsgemäßen Flugbetriebs gerichtet sei, und das nach den Erkenntnissen des Antragsgegners derzeit nicht gefährdet erscheine.
- 14 Die Prüfung und Wertung der Bewerbungen sei beurteilungsfehlerfrei vorgenommen worden. Der von der Beigeladenen zu 1. angeführte Ausschlussgrund wegen wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen durch die Antragstellerin bestehe nicht, weil es nicht zu einer Koordination oder Verständigung zwischen zwei Wettbewerbern gekommen sei. Der möglichen Mitwirkung eines als Berater der Antragstellerin tätig gewordenen früheren Mitarbeiters komme auch dann, wenn er für die Beigeladene zu 1. bei deren Bewerbung im ersten Auswahlverfahren tätig gewesen sei, keine Relevanz für die Auswahlentscheidung zu, weil es sich um vollständig neue Bewerbungsunterlagen mit völlig anderen Auswahlkriterien handle. Insbesondere das von der Beigeladenen zu 1. dabei in den Vordergrund gestellte Unterkriterium „hubspezifische Leistungsfähigkeit“ (C. Konzeptioneller Teil, Abschnitt 5) habe es in der Aufforderung zur Abgabe der Bewerbungen im vorangegangenen Auswahlverfahren vom 14. Dezember 2012 noch gar nicht gegeben.

- 15 Außerdem fehle es in der BADV an einer Regelung, wonach ein Angebot unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ausgeschlossen werden könne, wenn ein Bieter versucht habe, vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die er unzulässige Vorteile im Vergabeverfahren erlangen könnte. Selbst wenn es in der BADV eine vergleichbare Regelung gäbe, bestünde hier kein derartiger Ausschlussgrund, da nichts dafür ersichtlich sei, dass die Antragstellerin versucht habe, vertrauliche Informationen zu erhalten, um so unzulässige Vorteile im Vergabeverfahren zu erlangen.
- 16 Die Beigeladene zu 1. beantragt,  
  
den Antrag abzulehnen.
- 17 Sie bringt dazu vor, die Antragstellerin habe sich an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligt und erfülle deshalb einen Ausschlussgrund mit der Folge, dass die Auswahlentscheidung rechtswidrig sei. Ein früher bei ihr tätiger Angestellter habe sowohl an ihrer Bewerbung als auch für die Antragstellerin an deren Bewerbung in einer maßgeblichen Rolle mitgewirkt; die beiden Durchgänge der Auswahlverfahren seien insoweit als Einheit zu betrachten. Unter anderem stamme das laut Ziff. 5, C. „Aufgabe konzeptioneller Teil“ der veröffentlichten Ausschreibungsunterlagen vorzulegende Konzept zur „Sicherstellung der hubspezifischen Leistungsfähigkeit“ aus seiner Feder. Dieser frühere Mitarbeiter habe in einem Gespräch mit einem ihrer jetzigen Mitarbeiter selbst hervorgehoben, dass die gute Bewertung der Antragstellerin insbesondere für diesen Teil der Bewerbung mit der vollen Punktzahl von 70 Punkten maßgeblich auf seine Leistung zurückzuführen sei, die maßgeblich durch früher bei ihr erworbenes Wissen bestimmt sei.
- 18 Die Antragstellerin könne auch gar nicht für einen reibungslosen Ablauf des Abfertigungsbetriebs sorgen, da keiner der Kunden der Beigeladenen zu 1. plane, einen Dienstleistungsvertrag mit der Antragstellerin abzuschließen. Da der eigentliche Lizenzzeitraum von sieben Jahren erst zu laufen beginne, wenn das verwaltungsprozessuale Verfahren zur gerichtlichen Überprüfung der Auswahlentscheidung abgeschlossen sei, begehre die Antragstellerin im einstweiligen Rechtsschutz durch eine vorgezogene Vollziehung der Auswahlentscheidung eine Verlängerung des Lizenzzeitraums über sieben Jahre hinaus. Denn

die Antragstellerin verlange mit ihrem Antrag nicht nur eine Vorwegnahme der Hauptsache, weil bei Stattgabe auf ihren Antrag nicht nur Fakten geschaffen würden, die nicht wieder rückgängig zu machen sind; vielmehr würde ein echter Schaden entstehen, insbesondere im Hinblick auf die zu sichernden Arbeitsplätze und drohenden Sicherheitsengpässe am Frankfurter Flughafen.

- 19 Schließlich drohten der Antragstellerin im Fall der Erfolglosigkeit der Klage der Beigeladenen zu 1. keine Rechtsverluste, da ihr nach Abschluss der gerichtlichen Überprüfung der Auswahlentscheidung ausweislich des Entwurfs des neuen Gestattungsvertrages eine volle Konzession von sieben Jahren garantiert wäre. Der für die Übergangszeit mit der Beigeladenen zu 2. geschlossene Gestattungsvertrag sei dagegen nach wie vor in Kraft, er ende erst mit Aufnahme der Tätigkeit durch einen anderen Dienstleister. Eine Genehmigung für die Antragstellerin bestehe wegen der dagegen erhobenen Klage auch noch gar nicht.
- 20 Die Angaben der Antragstellerin zur Übernahme der Arbeitnehmer der Beigeladenen zu 1. seien angesichts der fehlenden Verträge mit Kunden irreführend. Deshalb seien auch strikte Betriebsanweisungen gegenüber der Belegschaft im Rahmen des arbeitsrechtlich Möglichen erlassen worden, um Versuche zur Kontaktaufnahme durch die Antragstellerin zumindest zu reduzieren und damit insbesondere Gelegenheiten zu betriebsschädlichen Desinformationen einzudämmen.
- 21 Dass die Antragstellerin Gerät explizit für den Gebrauch am Flughafen Frankfurt bestellt habe, werde ausdrücklich bestritten.
- 22 Schließlich werde die Beigeladene zu 1. die materielle Rechtswidrigkeit der Auswahlentscheidung in ihrem Klageverfahren belegen, die Begründung der Klage werde derzeit unter Hinzuziehung eines technischen Sachverständigen erarbeitet, der sein Gutachten am 20. Oktober vorlegen wolle. Es sei mit klägerischem Vortrag in erheblichem Umfang zu dem konzeptionellen wie zu dem kalkulatorischen Teil des Wettbewerbs sowie wegen der äußerst restriktiven Gewährung von Akteneinsicht durch den Antragsgegner mit mehreren detaillierten Beweis- und Akteneinsichtsansträgen zu rechnen. Ein Abgleich zwischen den Angeboten der Beigeladenen zu 1. und der Antragstellerin werde

ergeben, dass es Parallelen zwischen den beiden Angeboten gebe, die auf die doppelte Involvierung des früheren Mitarbeiters der Beigeladenen zu 1. zurückzuführen sind. Die deshalb zu erhebenden Beweise würden zeigen, dass die Erfolgsaussichten der Klage jedenfalls als offen zu betrachten seien.

- 23 Die Beigeladene zu 2. hat bisher keinen Antrag gestellt.
- 24 Sie sieht sich in einer neutralen Position, im Übrigen verweist sie auf ihre Aussagen und Bewertungen in dem unter dem 29. März 2017 im Auswahlverfahren abgegebenen Votum. Die Erbringung der Bodenabfertigungsdienste durch die Beigeladene zu 1. beruhe auf einem Gestattungsvertrag vom 14. Juni 2016, der nicht nur zulässig, sondern gemäß § 9 BADV zwingend erforderlich sei, nachdem das Ministerium als Aufsichtsbehörde nach rechtskräftiger Aufhebung der ersten Auswahlentscheidung die Beigeladene zu 2. aufgefordert habe mitzuteilen, wie sie bis zum Erlass einer neuen Auswahlentscheidung eine geordnete Bodenabfertigung sicherstellen werde. Dieser Gestattungsvertrag, dem der Nutzerausschuss und das Ministerium zugestimmt hätten, sei auch nicht nach § 134 BGB nichtig. § 7 BADV in Verbindung mit Anlage 2 stelle kein Verbotsgesetz dar, denn die BADV sehe keine Regelung zur Sicherstellung der geordneten Bodenabfertigung in Übergangsphasen zwischen dem Geltungszeitraum einer ausgelaufenen und einer noch nicht wirksamen Konzession vor. Wäre es dem Flughafenbetreiber in einer solchen Übergangszeit wegen § 7 in Verbindung mit Anlage 2 BADV verboten, einen Gestattungsvertrag abzuschließen, um einem Dienstleister die Bodenabfertigung zu ermöglichen, würde dies im Hinblick auf die gesetzliche Betriebspflicht gemäß § 45 LuftVZO zu einem eklatanten, nicht auflösbaren Widerspruch führen.
- 25 Gegenwärtig sei ein reibungsloser Abfertigungsbetrieb am Flughafen Frankfurt Main gewährleistet, eine reibungslose Übernahme des Betriebs durch einen anderen Dienstleister erfordere zudem eine hinreichende Vorbereitungszeit. Sollte die Beigeladene zu 1. im Hauptsacheverfahren obsiegen, würde im Fall einer Anordnung der sofortigen Vollziehung der Auswahlentscheidung die Übernahme rückgängig zu machen sein, sodass es zweimal innerhalb kurzer Zeit zu Reibungsverlusten und damit Beeinträchtigungen der Pünktlichkeit und Qualität der Abfertigungsdienste käme.

## II.

- 26 Der Antrag ist gemäß § 80a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VwGO statthaft, zulässig und begründet.
- 27 Der Hessische Verwaltungsgerichtshof ist gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 VwGO für Streitigkeiten betreffend den Erlass der Auswahlentscheidung nach § 7 BADV - Auswahl-Richtlinie - durch die zuständige Luftfahrtbehörde und damit für diesen Eilantrag zuständig. Die Erbringung von Bodenabfertigungsdiensten stellt einen wesentlichen Bestandteil des Betriebs eines Verkehrsflughafens dar (so schon Hess. VGH, 07.04.2006 - 12 Q 114/06 -, juris; mit zahlreichen Nachweisen; BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 - BVerwG 3 C 32.11 -, juris Rn. 13; a.A. Bay. VGH, Beschluss vom 08.12.2016 - 8 A 16.40043 -, juris). Für diese Zuständigkeit spricht zudem, dass - wie die Beteiligten selbst mehrfach vorgebracht haben - die reibungslose Bodenabfertigung von erheblicher Bedeutung für den Betrieb des Flughafens und damit für die Betriebspflicht nach § 45 LuftVZO ist. Schließlich spricht neben der Zuständigkeit der Luftfahrtbehörde für die Auswahlentscheidung und dem Zusammenhang mit luftverkehrsrechtlichen Sicherheitsbestimmungen auch die wirtschaftliche Bedeutung der Streitigkeit für die hier bejahte erstinstanzliche Zuständigkeit des beschließenden Gerichts. Denn diese hat den Gesetzgeber letztlich bewogen, die Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren in Fällen von Großprojekten und Vorhaben von großer Tragweite durch Konzentration auf eine Tatsacheninstanz zu verkürzen. Die Bejahung der erstinstanzlichen Zuständigkeit nach § 48 Abs. 1 Nr. 6 VwGO entspricht zudem auch der ganz überwiegenden Rechtsprechung (OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 17.06.2016 - 20 D 95/13 -, juris; OVG Hamburg, Beschluss vom 16.08.2013 - 1 Es 2/13 -, juris; OVG Lüneburg, Beschluss vom 24.06.1999 - 12 M 2094-99 -).
- 28 Bei der streitgegenständlichen Auswahlentscheidung handelt es sich um einen die Antragstellerin begünstigenden Verwaltungsakt, der auch gegenüber der Beigeladenen zu 1. als nicht-berücksichtigter Mitbewerberin, die dadurch zudem die von ihr auf der Grundlage von befristeten und an die Rechtskraft dieser Auswahlentscheidung geknüpften Gestattungsverträgen innegehaltene Rechtsposition verliert, belastend wirkt. Der Antrag ist deshalb nach § 80a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VwGO statthaft.

- 29 Der Antrag ist begründet, wenn das private Interesse der Antragstellerin und/oder das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des angegriffenen Verwaltungsaktes nach §§ 80 a Abs. 1 Nr. 1, 80 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4, Abs. 5 Satz 1 VwGO das Aufschubinteresse der Klägerin in dem Hauptsacheverfahren umgekehrten Rubrums und Beigeladenen zu 1. in diesem Verfahren sowie etwa entgegenstehende öffentliche Interessen überwiegen.
- 30 Entgegen der Ansicht des Antragsgegners ist im Fall eines mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnisses wegen der im Vordergrund stehenden privaten Interessen der durch den angegriffenen Verwaltungsakt Begünstigten einerseits und der belasteten Beteiligten andererseits ein besonderes, über den Erlass des angegriffenen Verwaltungsakts hinausgehendes öffentliches Vollzugsinteresse nicht notwendige Voraussetzung zur Anordnung der sofortigen Vollziehung, diese kann vielmehr schon bei einem überwiegenden privaten Interesse angeordnet werden. Da sich bei Konstellationen dieser Art nicht allein das öffentliche Vollzugsinteresse und das private Interesse an einer Beibehaltung des Status quo gegenüberstehen, muss eine vorläufige gerichtliche Regelung auch das Interesse der durch den Verwaltungsakt begünstigten Antragstellerin an der Beibehaltung der ihr eingeräumten Rechtsposition berücksichtigen. Da dieses Interesse nicht von vornherein weniger gewichtig ist, als das Aufschubinteresse der klagenden Beigeladenen zu 1., sind bei der zu treffenden Interessenabwägung zwischen den betroffenen privaten und öffentlichen Interessen vor allem die erkennbaren Erfolgsaussichten der jeweiligen Klage von Bedeutung (vgl. Beschluss des Senats vom 20. Juli 2011 - 9 B 996/11 - m.w.Nachw.; a.A. offenbar OVG Hamburg, Beschluss vom 16.08.2013 - 1 Es 2/13 -, juris Rn. 19, allerdings mit dem Hinweis, dass nur die Gründe für das besondere öffentliche bzw. das überwiegende Interesse eines Beteiligten näher darzulegen sind; a.a.O., Rn. 20 ff.). Bei der darüber im Rahmen der summarischen Prüfung (vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 22.03.2010 - BVerwG 7 VR 1.10 -, juris Rn. 13) zu treffenden Ermessensentscheidung ist das Gericht nicht an die von der Behörde angeführten Gründe gebunden. Sind die Erfolgsaussichten der Klage als offen zu betrachten - etwa weil wegen der besonderen Dringlichkeit oder der Komplexität der Rechtsfragen keine Abschätzung über die Erfolgsaussichten der Klage getroffen werden kann -, sind allein die einander gegenüber stehenden Interessen zu gewichten (BVerwG a.a.O.).

- 31 Bei der danach vorzunehmenden Abschätzung der Erfolgsaussichten der Klage ist zu beachten, dass den zuständigen Stellen im zweistufig angelegten Auswahlverfahren nach der Bodenabfertigungsdienst-Verordnung sowohl bei der Bestimmung und Gewichtung der Zuschlagskriterien als auch bei der Auswahlentscheidung selbst ein Beurteilungs- und Bewertungsspielraum zukommt. Die materiell-rechtlichen Vorgaben für das Auswahlverfahren nach der Richtlinie 96/67/EG und der Bodenabfertigungsdienst-Verordnung erschöpfen sich nämlich im Wesentlichen darin, dass es sachgerecht, objektiv, transparent und nichtdiskriminierend durchgeführt werden muss (Art. 11 Abs. 1 Buchst. a der RL 96/67/EG sowie § 7 Abs. 1 Satz 5 BADV i.V.m. Nr. 1 Abs. 2 der Anlage 2 zu § 7 - Auswahl-Richtlinie -). Die gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung ist deshalb auf die Prüfung beschränkt, ob die Behörde gegen die geltenden Verfahrensbestimmungen verstoßen oder den ihr eingeräumten Beurteilungsspielraum überschritten hat, indem sie von unzutreffenden Tatsachen ausgegangen ist, sachfremde Erwägungen angestellt oder sich nicht an den von ihr aufgestellten Beurteilungsmaßstab und die allgemeinen Grundsätze der Sachgerechtigkeit, Transparenz und Nichtdiskriminierung gehalten hat (OVG Hamburg, a.a.O., juris Rn. 20; BVerwG, Urteil vom 13.12.2012, - BVerwG 3 C 32.11 -, juris Rn. 20, 21).
- 32 Unter Beachtung dieser Grundsätze ist dem Antrag wie aus dem Tenor ersichtlich stattzugeben, weil die Erfolgsaussichten der Klage der Beigeladenen zu 1. nach ihrem bisherigen Vorbringen allenfalls als offen bewertet werden können, das private Interesse der Antragstellerin am Vollzug der Auswahlentscheidung sowie das öffentliche Interesse an der mit der RL 67/96/EG bezweckten Marktöffnung aber deren Interesse an der aufschiebenden Wirkung sowie die im Übrigen geltend gemachten öffentlichen Interessen überwiegen.
- 33 Soweit die Beigeladene zu 1. vorträgt, die Auswahlentscheidung sei wegen eines Wettbewerbsverstoßes der Antragstellerin rechtswidrig, verhilft dies ihrer Klage nicht zum Erfolg.
- 34 An der Ordnungsmäßigkeit des hier durchgeführten Verfahrens bestehen keine durchgreifenden Bedenken, insbesondere ist für die Antragstellerin keine Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung und damit kein

Ausschlussgrund nach Teil A Ziffer 10.3 d) der Bewerbungsunterlagen (Ordner I, Bl. 0018) feststellbar.

- 35 Dass es zu einer Koordination oder sonstigen Verständigung zwischen zwei Wettbewerbern gekommen ist mit dem Ziel, sich gegenüber einem oder mehreren anderen Wettbewerbern Vorteile zu verschaffen, hat die gegen die Auswahlentscheidung klagende Beigeladene zu 1. weder vorgetragen noch sind sonst Anhaltspunkte dafür ersichtlich. Sie beruft sich vielmehr darauf, dass die Tätigkeit eines ihrer früheren Mitarbeiter als Berater der Antragstellerin bei dem hier zugrunde liegenden zweiten Durchgang des Auswahlverfahrens die Beteiligung an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung darstelle.
- 36 Der Senat kann es hier offen lassen, ob ein unlauterer Wettbewerbsvorteil im Sinne des Ausschlussgrundes nach Teil A Ziffer 10.3 d) der Bewerbungsunterlagen (Ordner I der Behördenakten - Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union - Erneute Durchführung des Auswahlverfahrens -, Bl. 018; künftig: I/0018 BA) auch darin zu sehen sein kann, dass sich einer der Wettbewerber Insiderkenntnisse über die Bewerbung eines anderen Wettbewerbers verschafft hat. Denn es fehlt schon an der substantiierten Darlegung hinreichender Anhaltspunkte für die Erlangung eines unlauteren Wettbewerbsvorteils in dieser Weise. Die Beigeladene zu 1. beruft sich lediglich darauf, dass ihr früherer Mitarbeiter an ihrer Bewerbung in dem ersten Durchgang des Auswahlverfahrens mitgewirkt und das so erworbene Wissen bei der Tätigkeit als Berater der Antragstellerin verwendet habe. Aus ihrem Vorbringen ergibt sich schon nicht, dass die Antragstellerin deshalb Kenntnisse über die im zweiten Durchgang des Auswahlverfahrens und damit über die derzeitige Bewerbung der Beigeladenen zu 1. hätte erlangen können. Ihre Ansicht, nach dem Zweck der Regelung unter Ziffer 10.3 d) sei bereits das abstrakte Risiko einer Wettbewerbsbeschränkung zu vermeiden und ein transparentes Verfahren zu gewährleisten, richtet sich zudem nur an den Antragsgegner als Herren des Verfahrens und umfasst dessen Durchführung. Dafür, dass der Antragsgegner Wettbewerbsverstöße gekannt und in Kenntnis derselben seine Auswahlentscheidung getroffen hat, gibt es jedoch keine Anhaltspunkte.
- 37 Die Beigeladene zu 1. beruft sich insoweit darauf, ausreichend sei deshalb, dass ein maßgeblicher Mitarbeiter für mehr als nur ein beteiligtes Unternehmen

tätig gewesen sei, wobei der erste und der zweite Durchgang des Auswahlverfahrens als ein einheitliches Verfahren zu betrachten seien. Dem vermag der Senat schon deshalb nicht zu folgen, da es entgegen der Ansicht der Beigeladenen zu 1. zu einer erneuten Übersendung auch inhaltlich aktualisierter Bewerbungsunterlagen gekommen ist. Anders als die Beigeladene zu 1. meint, folgt auch aus dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 17. Juni 2016 (- 20 D 95/13.AK -, juris) kein anderes Ergebnis. Denn dort wird die Auswahlentscheidung nur in zeitlicher Hinsicht - bezogen auf den Lizenzzeitraum - als Einheit angesehen, da diese nach § 7 BADV auf die Auswahlhöchstfrist von sieben Jahren begrenzt ist und der Vergabezeitraum deshalb nicht in zwei Teile von je dreieinhalb Jahren aufgeteilt werden kann (OVG Nordrhein-Westfalen, a.a.O., juris Rn. 122 ff., 126). Daraus lässt sich für das hier in Streit stehende Verhältnis zwischen dem ersten und dem zweiten Durchgang eines Auswahlverfahrens nach gerichtlicher Überprüfung und Aufhebung nichts rechtlich Bedeutsames herleiten.

- 38 Dafür, dass die Antragstellerin durch den Einsatz des - offenbar nunmehr als freier Berater in dieser Branche tätigen - früheren Mitarbeiters der Beigeladenen zu 1. Insiderkenntnisse aus der ersten Bewerbung der Beigeladenen zu 1. erlangt und weitergegeben hat, die der Antragstellerin einen Wettbewerbsvorteil in dem jetzigen Auswahlverfahren hätten bringen können, sind aber auch keine hinreichenden Anhaltspunkte vorgetragen worden. Allein der Hinweis des früheren Mitarbeiters in einem von der Beigeladenen zu 1. angegebenen Gespräch mit einem ihrer Mitarbeiter, der Teil der hub-spezifischen Leistungsfähigkeit (Teil C. Konzeptioneller Teil, Abschnitt 5 der Bewerbungsunterlagen; S. 137 des Gutachtens des Verwaltungshelfers des Antragsgegners, Bl. II/0231 f. BA) sei maßgeblich von ihm mitgestaltet worden, sowie der Umstand, dass dieser mit der Höchstpunktzahl bewertet wurde, lassen nicht hinreichend erkennen, dass dies allein auf der unzulässigen Verwendung von bei der Beigeladenen zu 1. früher erworbenen Detailkenntnissen aus ihrer Bewerbung beruhen kann. Dagegen spricht schon, dass dieser Teil in der neuen Bewerbung gegenüber dem ersten Auswahlverfahren modifiziert worden war, sodass sich schon nicht erkennen lässt, inwieweit entsprechende Detailkenntnisse des früheren Mitarbeiters überhaupt von Nutzen gewesen sein könnten. Dass - wie die Beigeladene zu 1. vorbringt - Grundannahmen und Erfahrungen, die sie und damit ihr früherer Mitarbeiter am Flughafen Frankfurt Main gesammelt

haben, in alle Hub-spezifischen Bewerbungsinhalte eingeflossen sein können, weil - von der Beigeladenen zu 1. nicht näher bezeichnete - Bewerbungsteile, die für die Drehkreuzfunktion Frankfurt Main besonders erheblich sind, zwangsläufig konstant ähnlich seien, lässt schon wegen des Ablaufs des mit dem früheren Mitarbeiter vereinbarten Wettbewerbsverbots kein unlauteres Vorgehen der Antragstellerin erkennen. Der Senat teilt schon aus grundsätzlichen grundrechtlichen Erwägungen die Ansicht der Beigeladenen zu 1. nicht, dass es insoweit auf die Einhaltung arbeitsrechtlicher Wettbewerbsverbote nicht ankomme. Denn dies würde angesichts des engen Marktes für eine künftige Berufstätigkeit in dieser Branche mit nur wenigen Wettbewerbern quasi auf ein lebenslanges Berufsverbot für den früheren Mitarbeiter hinauslaufen und diesen damit unangemessen benachteiligen (vgl. grundlegend dazu BAG, Urteil vom 15.06.1993 - 9 AZR 558/91 -, juris). Eine derartige, über die gesetzlichen Regeln für arbeitsvertragliche Wettbewerbsklauseln hinausgehende Auslegung der Wettbewerbsregelung in Ziffer 10.3 d) würde mit Art. 12 GG deshalb nicht vereinbar sein.

- 39 Allein die - hier auch nur vermutete - Verwendung flughafenbezogenen, bei der Tätigkeit für die Beigeladene zu 1. erworbenen Wissens bei der späteren, beratenden Tätigkeit für die Antragstellerin als Mitbewerberin des früheren Arbeitgebers ist deshalb nicht als unlautere Informationsbeschaffung zu bewerten. Etwas anderes ergibt sich auch dann nicht, wenn die Antragstellerin - wie die Beigeladene zu 1. behauptet - selbst über nur beschränkte Referenzen und Erfahrungen in diesem Bereich verfügen sollte bzw. verfügt hatte, denn Ziffer 10.3 d) der Bewerbungsunterlagen lässt sich auch kein Verbot der Beschäftigung externer Berater entnehmen. Dass dieser Berater und frühere Mitarbeiter der Beigeladenen zu 1. für die Antragstellerin vor dem Nutzausschuss am 14. März 2017 deren Bewerbung für das in der 2. Stufe wiederholte Auswahlverfahren präsentieren durfte und ihm die Bewerbung der Antragstellerin deshalb in großem Umfang bekannt, wenn nicht vertraut gewesen sein muss, gibt keinen Anlass zu einer anderen Bewertung.
- 40 Da der Inhalt dieses Gesprächs aus den oben dargestellten Gründen für die Entscheidung unerheblich ist, muss über das Gespräch zwischen ihrem früheren Mitarbeiter und dessen Gesprächspartner auch nicht Beweis durch Vernehmung dieser Personen als Zeugen erhoben werden. Der dazu von der

Beigeladenen zu 1. angekündigte Beweisantrag stellt sich nach der hier maßgeblichen Sachlage des Entscheidungszeitpunktes über den Eilantrag zudem als auf einer Behauptung ins Blaue hinein beruhender Ausforschungsbeweisantrag dar, der die Tatsachen, aus denen sich die Erlangung eines unlauteren Wettbewerbsvorteils ergeben könnten, erst ermitteln helfen soll; ihm wäre auch aus diesem Grund nicht nachzugehen.

- 41 Die Beigeladene zu 1. hat weitere Gründe, die für die Rechtswidrigkeit der angegriffenen Auswahlentscheidung sprechen könnten, bis zum Zeitpunkt dieser Entscheidung zwar nicht in substantiiert Form vorgebracht. Ihrem Vorbringen zufolge ist aber noch in erheblichem Umfang mit Vortrag zu dem konzeptionellen wie zu dem kalkulatorischen Teil des Wettbewerbs zu rechnen, dessen Vorlage ebenso wie die Stellung von weiteren, detailliert begründeten und mit Akteneinsichtsansträgen verbundenen Beweisanträgen aufgrund einer behaupteten äußerst restriktiven Gewährung von Akteneinsicht durch den Antragsgegner nunmehr bis zum Ende des Jahres angekündigt wurde. Wenn auch allein diese pauschal gehaltene Ankündigung weiteren umfangreichen Vortrags nicht geeignet ist, zum derzeitigen Zeitpunkt die behauptete Erfolgsaussicht ihrer Klage sowie die daraus folgende Notwendigkeit einer Beweiserhebung erkennen zu lassen, so kann wegen der teilweise, vor allem auf die Bewerbungen der Mitbewerber bezogenen Verweigerung der Vorlage von Verwaltungsakten durch das Ministerium auch nicht ausgeschlossen werden, dass es zur weiteren Aufklärung erforderlich werden könnte, im Wege eines Beweisbeschlusses die Vorlage dieser Akten zu verlangen.
- 42 Selbst wenn jedoch auf dieser Grundlage die Erfolgsaussichten der Klage der Beigeladenen zu 1. als offen bewertet werden, ergibt die vorzunehmende Interessenabwägung, dass das private Interesse der Antragstellerin an der Vollziehung der sie begünstigenden Auswahlentscheidung sowie das öffentliche Interesse an der Marktöffnung das Aufschubinteresse der Beigeladenen zu 1. und die im Übrigen geltend gemachten öffentlichen Interessen überwiegen und die Anordnung der sofortigen Vollziehung deshalb geboten ist (vgl. dazu *Kopp*, VwGO, § 80a Rn. 9, § 80 Rn. 102).
- 43 Das private Interesse der Antragstellerin liegt darin begründet, von der ihr eingeräumten Lizenz auch möglichst zeitnah Gebrauch machen zu können.

- 44 Die Anordnung der sofortigen Vollziehung liegt darüber hinaus aber auch im öffentlichen Interesse an der von der der Auswahlentscheidung zugrunde liegenden RL 67/96/EG bezweckten Marktöffnung, mit der Gelegenheit für andere Bewerber geschaffen worden ist, selbst Dienstleistungen nach der RL 67/96/EG an dem jeweiligen Flughafen erbringen zu können. Das Gemeinschaftsrecht fordert in Gestalt der Richtlinie 96/67/EG nicht nur Wettbewerb auf dem Gebiet der Bodenabfertigungsdienste auf Flughäfen durch die Tätigkeit eines weiteren Anbieters neben dem Flughafenbetreiber, sondern auch die Marktöffnung und damit die Möglichkeit zum Wechsel dieses weiteren Anbieters. Dies ergibt sich schon aus der zeitlichen Beschränkung der Lizenzen nach § 7 Abs. 4 BADV, womit ausdrücklich der Wechsel des Anbieters im Sinne eines ständigen Wettbewerbs vorgesehen wird. Diesem Grundsatz der Marktöffnung stünde es aber entgegen, wenn von einer nicht offensichtlich rechtswidrigen Auswahlentscheidung bei Anfechtung dieser Entscheidung durch den bisherigen Erbringer von Bodenabfertigungsdienstleistungen stets auf in der Regel nicht absehbare Zeit nur deshalb kein Gebrauch gemacht werden könnte, weil die Beibehaltung des bisherigen Anbieters gewährleistet, dass keine Störungen im Betriebsablauf durch einen Wechsel zu erwarten sind. Art. 11 Abs. 1 Buchst. b RL 96/67/EG verlangt nämlich nicht nur, dass das Auswahlverfahren jedem Interessenten offensteht, sondern auch die Durchsetzung dieses Prinzips und damit grundsätzlich auch einen Anbieterwechsel. Dies wird dadurch bestärkt, dass nach Erwägungsgrund (23) der Richtlinie 67/96/EG die Mitgliedstaaten zwar weiterhin das Recht haben, die für ein reibungsloses Funktionieren der Flughafeneinrichtungen notwendigen Vorschriften zu erlassen und durchzusetzen, diese aber nicht dazu führen dürfen, dass der Marktzugang oder die Ausübung der Selbstabfertigung de facto stärker eingeschränkt wird, als nach dieser Richtlinie zulässig ist. Deshalb muss auch dieses Recht unter Beachtung der Grundsätze der Objektivität, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung ausgeübt werden. Dass weder die RL 67/96/EG noch die Vorschriften der BADV eine Regelung für den Übergang vorsehen, darf nach diesen Grundsätzen jedenfalls nicht dazu führen, dass stets der bisherige Anbieter von Bodenabfertigungsdienstleistungen in einer etwa entstehenden Übergangszeit - wie bei einem gerichtlichen Verfahren zur Überprüfung der Auswahlentscheidung - weiter diese Leistungen erbringt, auch wenn er nicht Begünstigter der Auswahlentscheidung ist und dem auch sonst keine dringenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.

- 45 Dies ist vorliegend gegeben, denn weder das von der Beigeladenen zu 1. angeführte Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache, noch deren überwiegende private Interessen oder andere öffentliche Interessen stehen der Anordnung der sofortigen Vollziehung entgegen.
- 46 Das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache steht der Anordnung des Sofortvollzuges schon deshalb nicht entgegen, da hier nicht eine einstweilige Regelung in Bezug auf die begehrte Verpflichtung zum Erlass eines - abgelehnten - Verwaltungsakts begehrt wird, sondern die sofortige Vollziehung eines bereits erlassenen, nicht offensichtlich rechtswidrigen, begünstigenden und im öffentlichen Interesse liegenden Verwaltungsakts. Der Sofortvollzugsanordnung steht auch der mit der Beigeladenen zu 1. geschlossene Gestattungsvertrag nicht entgegen, da dieser nicht an eine erteilte Lizenz nach der BADV anknüpft, sondern nur die reibungslose Bodenabfertigung für den Übergangszeitraum während des Auswahlverfahrens nach Ablauf der von ihr innegehaltenen Lizenz gewährleisten soll. Der von der Beigeladenen zu 1. behauptete Schaden im Fall ihres Ausscheidens ist insoweit schon deshalb rechtlich ohne Belang, da sie nur aufgrund befristeter und an die auflösende Bedingung einer rechtmäßigen Auswahlentscheidung geknüpfter Gestattungsverträge tätig geworden ist und wird. Zwar lässt sich aus diesen Gründen auch nicht feststellen, dass diese Gestattungsverträge mit Erlass der Auswahlentscheidung nichtig geworden wären, wie die Antragstellerin meint. Zu Recht wendet die Beigeladene zu 2. insoweit ein, dass der Abschluss dieser Gestattungsverträge angesichts des Fehlens einer Regelung für einen solchen Übergangszeitraum und der Notwendigkeit eines ordnungsgemäßen Flughafenbetriebs erforderlich und rechtlich nicht zu beanstanden ist. Wegen des oben dargestellten Grundsatzes der Marktöffnung stellt ein solcher Gestattungsvertrag aber auch kein rechtliches Hindernis gegenüber der Aufnahme der Tätigkeit durch denjenigen Dienstleister dar, der im Wege des Auswahlverfahrens die erforderliche Lizenz erhalten hat.
- 47 Der Senat teilt auch nicht die Ansicht der Beigeladenen zu 1., dass mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung der streitgegenständlichen Auswahlentscheidung der Lizenzzeitraum für die Antragstellerin verlängert würde. Denn dieser verlängert sich nicht, sondern verschiebt sich nur um die aufgrund der gerichtlichen Überprüfung in diesem Eilverfahren begründete Verfahrens-

dauer, die in hinreichender Bestimmtheit auf den von der BADV vorgesehenen Zeitraum von sieben Jahren begrenzt ist. Dem Umstand, dass die Antragstellerin aufgrund einer noch nicht bestands- oder rechtskräftigen und damit noch nicht völlig gesicherten Rechtsposition tätig wird, steht die mehrjährige Tätigkeit der Beigeladenen zu 1. auf der Grundlage einer gleichfalls ungesicherten Rechtsposition gegenüber, diese Tätigkeit vermag aber aus den oben dargestellten Gründen weder das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Marktöffnung noch das private Interesse der im Besitz einer Lizenz befindlichen Antragstellerin zu überwiegen.

- 48 Ein der Anordnung der sofortigen Vollziehung entgegenstehendes öffentliches Interesse ergibt sich auch nicht aus der von der Beigeladenen zu 1. vorgebrachten Besorgnis in Bezug auf die Arbeitsverhältnisse der bisher bei ihr tätigen Arbeitnehmer. Valide Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin diese nicht oder nur zu wesentlich schlechteren tariflichen Bedingungen übernehmen würde, sind bisher weder substantiiert vorgetragen worden noch sonst ersichtlich, die Antragstellerin weist aber auch zu Recht darauf hin, dass diese Interessen einem Wechsel des Anbieters rechtlich nicht entgegenstehen. Nach Erwägungsgrund (24) der RL 67/96/EG haben die Mitgliedstaaten zwar weiterhin das Recht, den Beschäftigten von Unternehmen, die Bodenabfertigungsdienste erbringen, ein angemessenes Niveau sozialer Sicherheit zu gewährleisten. Abgesehen davon, dass deren Beeinträchtigung hier schon nicht ersichtlich ist, hat der Europäische Gerichtshof dazu aber klargestellt, dass diese Befugnis den Mitgliedstaaten keine unbegrenzte Regelungszuständigkeit verleiht und in einer Art und Weise ausgeübt werden muss, die die praktische Wirksamkeit und die Ziele der Richtlinie nicht beeinträchtigt (Urteil vom 11.09.2014 - C-277/13 -, juris Rn. 52, mit w. Nachw.). Demnach würde bspw. eine den Unternehmen auferlegte Verpflichtung, das Personal des vorherigen Dienstleisters zu übernehmen, die potenziellen neuen Konkurrenten gegenüber den bereits tätigen Unternehmen benachteiligen und die Öffnung der Märkte für Bodenabfertigungsdienste gefährden, wodurch die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 96/67/EG beeinträchtigt würde (EuGH a.a.O., Rn. 55).
- 49 Auch das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung eines weiteren störungsfreien Flugbetriebs gemäß § 45 LuftVZO mit der Beigeladenen zu 1. als

weiterer Erbringerin der Dienstleistungen zur Bodenabfertigung steht der Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht entgegen, da - wie oben dargestellt - das öffentliche Interesse an der Marktöffnung den Wechsel zu einem rechtmäßig ausgewählten Anbieter von Bodenabfertigungsdienstleistungen voraussetzt und nicht nachhaltig beeinträchtigt werden darf.

- 50 Im Übrigen lassen sich dafür, dass die Aufnahme der Bodenabfertigungsdienstleistungen durch die Antragstellerin den Betrieb des Flughafens gefährden könnte, weder dem Vorbringen der Beigeladenen oder des Antragsgegners hinreichende Anhaltspunkte entnehmen, noch sind solche sonst ersichtlich. Dass es der Antragstellerin noch nicht gelungen ist, Verträge mit den Nutzern am Flughafen Frankfurt Main zu schließen, dürfte vor allem dem Umstand geschuldet sein, dass eine Beendigung des mit der Beigeladenen zu 1. bestehenden Gestattungsvertrags bisher nicht absehbar war. Dafür, dass dem eine prinzipielle Weigerung der Nutzer zugrunde liegt, überhaupt Verträge mit der Antragstellerin zu schließen, sind konkrete, über pauschal gehaltene Behauptungen hinausgehende Anhaltspunkte nicht vorgetragen worden. Den ebenfalls befürchteten Reibungsverlusten durch einen plötzlichen Anbieterwechsel kann durch die Bestimmung einer für den Beginn der Tätigkeit der Antragstellerin geltenden Frist begegnet werden.
- 51 Zu befürchtende Reibungsverluste, die der Anordnung der sofortigen Vollziehung als durch den Antragsgegner zu beachtendes öffentliches Interesse entgegenstehen könnten, ergeben sich auch nicht daraus, dass im Fall des Obsiegens der Beigeladenen zu 1. in ihrem Klageverfahren in kurzer Zeit mit einer Rückgängigmachung zu rechnen wäre. Abgesehen davon, dass Anhaltspunkte für ein solches Obsiegen derzeit nicht erkennbar sind, lässt sich auch nicht feststellen, dass dies zu einer unzumutbaren Rückabwicklung innerhalb kurzer Zeit führen könnte. Denn auch ungeachtet der bisher fehlenden Klagebegründung, der sich möglicherweise stellenden Notwendigkeit eines „Zwischenverfahrens“ nach § 99 VwGO, der noch nicht absehbaren Terminierung des Klageverfahrens der Beigeladenen zu 1. sowie eines sich daran anschließenden Rechtsmittelverfahrens würde es - selbst bei einer kurzfristigen Entscheidung in ihrem Klageverfahren zu ihren Gunsten - regelmäßig nur zu einer Aufhebung der Auswahlentscheidung und Verpflichtung zur erneuten Durchführung des Auswahlverfahrens kommen, nicht aber zu einer dann unmittelbar vorzunehm-

menden Einsetzung der Beigeladenen zu 1. als Bodenabfertigungsdienstleister am Flughafen Frankfurt Main.

- 52 Der Senat macht aus den oben dargestellten Gründen eines möglichst reibungslosen Übergangs jedoch von der ihm in § 80 Abs. 5 Satz 4 VwGO eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, die sofortige Vollziehung der Auswahlentscheidung des Antragsgegners mit der Maßgabe zu verbinden, dass die Antragstellerin am Flughafen Frankfurt Main die ihr mit der Lizenz eingeräumten Bodenabfertigungsdienste erst ab dem 1. Februar 2018 erbringen darf. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass eine bloße Stattgabe des Antrags der Antragstellerin zu Folgen führen würde, die von der Rechtsordnung nicht gewollt sind. Denn wie oben schon dargestellt, ist sicherzustellen, dass der Betrieb des Flughafens Frankfurt Main ohne nennenswerte Beeinträchtigungen weitergeführt werden kann, und bei sofortiger Verpflichtung zur Aufnahme der Tätigkeiten durch die Antragstellerin sind wegen der Vorbereitungszeit von nur wenigen Tagen erhebliche Probleme zu erwarten. Die Sicherstellung der Bodenabfertigungsdienste gehört aber - wie der Antragsgegner und die Beigeladene zu 2. zu Recht einwenden - nach § 45 Abs. 1 LuftVZO zur Betriebspflicht des Flughafenunternehmens, wie auch durch Abschnitt 2.B Abs. 1 der Anlage 3 zu § 8 BADV bestätigt wird, wonach sich die Erbringer von Bodenabfertigungsdienstleistungen an der Erfüllung der Betriebspflicht zu beteiligen haben. Da die Antragstellerin selbst einräumt, dass es zur Übernahme der Bodenabfertigungsdienste einer ausreichenden Vorbereitung bedarf, und diese mit dem nunmehr noch verbleibenden Zeitraum von wenigen Tagen bis zu dem in der Auswahlentscheidung vorgesehenen Zeitpunkt am 1. November 2017 nicht gewährleistet erscheint, insbesondere da es ihr nach ihren eigenen Angaben nicht möglich war, den Abschluss von Verträgen mit den Nutzern sowie die Übernahme bzw. Einstellung von Personal hinreichend vorbereiten zu können, erscheint ein längerer Zeitraum als wenige Tage erforderlich. Dieser ist mit drei Monaten an dem vom Antragsgegner selbst vorgesehenen Abstand zwischen dem Erlass der Auswahlentscheidung (10. Juli 2017) und dem Beginn des Lizenzzeitraumes (1. November 2017) orientiert und berücksichtigt, dass die Antragstellerin nach ihrem eigenen Vorbringen schon einzelne Vorbereitungsmaßnahmen getroffen hat.

- 53 Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 154 Abs. 1, 3, § 162 Abs. 3 VwGO. Die zeitliche Befristung in der getroffenen Anordnung ist im Verhältnis zu dem streitgegenständlichen Lizenzzeitraum von derart untergeordneter Bedeutung, dass sie sich kostenmäßig nicht auswirkt. Der Beigeladenen zu 2. werden Kosten weder auferlegt, noch sind ihre außergerichtlichen Kosten erstattungsfähig, da sie in diesem Verfahren keinen Antrag gestellt und sich damit keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat.
- 54 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG.
- 55 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

**Hessischer Verwaltungsgerichtshof**  
**Urteil vom 26. Oktober 2017**  
**(9 C 873/15.T) \***

---

**Leitsatz**

1. Ein auf Fachplanungen bezogener Lärmaktionsplan trifft lärmbeeinträchtigten Dritten gegenüber keine Regelung im Sinne des § 35 VwVfG, ihm kommt auch weder die für die Bewertung als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG erforderliche Außenwirkung noch der für eine Bewertung als untergesetzliche Rechtsnorm notwendige abstrakt-generelle Regelungsgehalt zu. Die Überarbeitung eines bestehenden Lärmaktionsplanes kann deshalb nur im Wege der allgemeinen Leistungsklage verlangt werden.

2. Da weder der Umgebungslärm-RL noch den Ausführungsbestimmungen in §§ 47a ff. BImSchG verbindliche, den Schutz lärmbeeinträchtigter Dritter bezweckende Grenzwerte zu entnehmen sind, lässt sich eine Klagebefugnis lärmbeeinträchtigter in Bezug auf einen Lärmaktionsplan auch aus unionsrechtlichen Regelungen oder der Aarhus-Konvention nicht herleiten.

---

\* Anm. der Red.: Gegen diese Entscheidung wurde Rechtsmittel beim BVerwG eingelegt.

**Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg**  
**Urteil vom 28. September 2017**  
**(6 A 30.14) \***

---

**Leitsatz**

1. Die Wahrscheinlichkeit, dass es durch einen unfallbedingten Flugzeugabsturz zu einer Beschädigung des Forschungsreaktors BER II oder der Landessammelstelle und infolgedessen zu einer relevanten Freisetzung von Radioaktivität in die Umgebung kommt, ist dem Bereich des tolerablen Restrisikos zuzuordnen.

2. Die Nutzung der streitgegenständlichen Abflugverfahren (sog. Wannsee-Route) führt nicht zu einer Erhöhung des Risikos gezielter Anschläge aus der Luft auf die kerntechnischen Anlagen des Helmholtz-Zentrums.

3. Bei den Klägern ist weder für die Tag- noch für die Nachtzeit zu erwarten, dass sie durch die angegriffenen Abflugverfahren unzumutbarem Fluglärm ausgesetzt sein werden. Unterhalb der Zumutbarkeitsschwelle ist die Festsetzung eines Flugverfahrens bereits dann nicht zu beanstanden, wenn dafür ein sachlich einleuchtender Grund vorhanden und hinreichend sachlich begründet ist. Die Wannsee-Route führt dazu, dass in den Pegelbändern > 46 dB(A) am Tag weniger Menschen von Fluglärm betroffen sind als bei dem langen Verfahren um Potsdam und Werder (Havel). Auch der um 50 % kürzere Flugweg und damit eine niedrigere CO<sub>2</sub>-Belastung sprechen für die getroffene Alternativenauswahl.

---

\* Anm. der Red.: Diese Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig.