

Artikel für AJP

Zwischen Brüssel und Chicago:

Zur Situation des schweizerischen Luftverkehrs¹

Autorin: Prof. Dr. Diemut Majer, Rechtsanwältin; Tit. prof. em. für Staats- und Verwaltungsrecht mit europarechtlichen Bezügen sowie Rechtsvergleichung und Verfassungsgeschichte an der Universität Bern, Lehrbeauftragte für Europarecht und Umweltrecht an der Universität Karlsruhe (TH).

Einführung:

Make everything as simple as possible, but not easier as it is. A. Einstein

1.

Der Flughafen Zürich ist in Turbulenzen geraten – wirtschaftlicher, finanzieller, kompetenzieller, umweltrechtlicher, flugverkehrsrechtlicher und innenpolitischer Art. Seit dem 11. September 2001 ist, wie bei anderen Flughäfen auch, ein drastischer Rückgang des Passagierverkehrs zu beobachten, der nur zum Teil wieder aufgefangen wird. Die Wirtschaftskrise, die seit etlichen Jahren die nationalen wie internationalen Volkswirtschaften heimsucht, verstärkt den Rückgang und produziert für die 1997 beschlossenen Ausbaupläne Probleme, da die seinerzeitigen Prognosen (von ca. 400 000 Flugbewegungen/Jahr) viel zu hoch angesetzt waren. Die SARS-Epidemie in Südostasien im Frühsommer 2003 trug weiter zum Rückgang des Passagieraufkommens bei, ebenso die Konzentrationsbestrebungen im Luftverkehr und die finanziellen Schwierigkeiten der SWISS, die ein Drittel ihres Flugzeugbestandes reduzieren will und seit dem Sommer 2003 sogar Fusionen mit anderen größeren Fluggesellschaften erwägt (British Airways, Lufthansa). Die seit Jahren

¹ Grundlage des Aufsatzes ist ein Gutachten, das d. Vf. im Auftrag eines schweizerischen Gemeinwesens erstellte, Stand Juni 2003. Weitere Informationen bei: Prof. Dr. D. Majer, Rechtsanwaltskanzlei Hannemann und Partner, Erbprinzenstrasse 31, D-76133 Karlsruhe, Tel. 0049 721 921310, Fax 0049 721 921 31 41, E-mail: dm@rechts-undSteuerkanzlei.de.

andauernden Querelen mit deutschen Nachbargemeinden jenseits des Rheins wegen Fluglärms tun ein Übriges, um die Verantwortlichen der Flughafen AG nicht zur Ruhe kommen zu lassen. Beobachter und Betroffene sprechen von der „größten Krise der schweizerischen Luftfahrt seit den Kriegsjahren“.²

Beherrschend in der schweizerischen Diskussion ist vor allem der letztgenannte Punkt, der letztlich den Hintergrund der innenpolitischen Diskussion über die technischen, finanziellen und luftverkehrsrechtlichen Auswirkungen all dieser Krisenfaktoren für den Flughafen, für die Region Zürich und auch gesamtschweizerisch darstellt.

2.

Beschwerden von Anliegergemeinden oder einzelnen Anliegern in der Nähe von Flughäfen sind an sich nichts Ungewöhnliches. Sie erhalten vorliegend jedoch eine besondere Brisanz durch verschiedene Faktoren: einmal dadurch, dass es hier um Beschwerden gegenüber einem ausländischen Flughafen (Zürich) durch selbsternannte Sachwalter geht, die medienwirksam auftreten und Forderungen stellen, wie wenn es eine Grenze gar nicht gäbe.³ Diese, seit Jahren erhobenen, Beschwerden wurden von dem deutschen Bundesverkehrsministerium zum Anlass genommen, im Herbst 2001 und seitdem in zunehmend verschärfter Form einseitige Restriktionen hinsichtlich von An- und Abflügen über deutschem Gebiet zu erlassen, nachdem der Staatsvertrag vom Oktober 2001 im März 2003 im Ständerat gescheitert war⁴, die zu einschneidenden Änderungen für den Flugbetrieb in Zürich führen werden.

Die jüngste Restriktion datiert vom 17.4.03 in Form einer „DurchführungsVO“ des Luftfahrtbundesamtes, die u. a. eine Verschärfung der Sperrzeiten sowie eine Erhöhung der Mindestflughöhen vorsieht, ferner wetterbedingte Landungen während den Sperrzeiten ab 10.7.03 nicht mehr erlaubt (ein Termin, der durch Verhandlungen des Bundesrats Moritz Leuenberger mit dem deutschen Bundesverkehrsminister Stolpe auf Oktober 2003 verschoben wurde).

² S. dazu Anm. 9.

³ So erhalten der Landrat von Waldshut-Tiengen, Dr. B. Wütz, und der Bürgermeister von Hohentengen, Benz, in den Schweizer Medien (Fernsehen und Presse) ausführlich Gelegenheit, schwere Vorwürfe gegen die Flughafen AG, gegen Sky-Guide und sonstige Akteure zu erheben und höchst offensiv immer neue „Forderungen“ nach einer Höchstzahlbegrenzung, nach weiteren Beschränkungen von An- und Abflügen und nach gänzlicher Abschaffung der Flugsicherung durch Sky-Guide und deren Übernahme durch deutsche Stellen zu stellen (vgl. NZZ vom 22. 8. und 11. 9. 03). Zuständig für den Luftverkehr ist nach deutschem Recht der Bund (Art. 73 Ziff. 6 GG) (Anm. d. Vf.).

Seit dem Scheitern des StaatsV sind der „Fluglärmstreit“ und die deutschen Restriktionen ein innenpolitischer „Dauerbrenner“. Die schweizerischen Stellen bemühen sich nach Kräften, den deutschen Restriktionen durch Umplanungen, Umleitungen, Nachrüstung der Pisten etc. nachzukommen und die Anflüge von Nordosten in Ostanflüge, z. T. auch Südanflüge, umzuleiten. Der Flughafen befürchtet enorme Kostensteigerungen und Kapazitätseinbußen von 30 bis 40%, da der Flugverkehr von und nach Zürich zu stark beschnitten wird. Fast jeden Tag wird die Öffentlichkeit mit neuen Anflugvarianten konfrontiert: von Osten, von Westen, von Süden, von einem abgeänderten Nordanflug („gekrümmter Nordanflug“), die sämtlich über dichtbesiedeltes Gebiet im Raum Zürich sowie der Kantone Thurgau, St. Gallen und Aargau erfolgen würden.⁵

Die Bundesbehörden sehen sich mit einer Flut von Eingaben und Beschwerden konfrontiert,⁶ die sich z. T. gegen die geplanten Ostanflüge und Südanflüge und deren Bewilligung durch das BAZL wehren.⁷ Die neuste Variante ist nunmehr angesichts dieser Proteste der „gekrümmte Nordanflug“, dessen Bewilligung aus technischen Gründen jedoch wiederum fraglich ist.⁸ In der öffentlichen Diskussion herrscht ein scheinbar unentwirrbares Durcheinander von politischen, moralischen, technischen, wirtschaftlichen und finanziellen Aspekten, wobei mit Schuldzuweisungen nicht gegeizt wird. Eine Betrachtung der Probleme unter rechtlichen Gesichtspunkten ist bisher (Stand 15.9.03) offensichtlich nicht erfolgt, obwohl sich diese geradezu aufdrängen (sollten). Viele Beobachter fürchten, dass Zürich vom internationalen Drehkreuz zum reinen „Umsteigeflughafen“ oder „Zubringerflughafen“ für andere Flughäfen, z. B. München oder Frankfurt, herabsinkt. Ein im Auftrag der Vereinigung „Weltoffenes Zürich“ erstelltes Gutachten⁹ geht bereits von diesem Szenario aus und prognostiziert schwere Einbußen bei Tourismus und Investitionen, ganz zu schweigen vom Imageverlust.

⁴ Zu den Einzelheiten s. das Gutachten a. a. O., Teil A.

⁵ Schon haben potentiell betroffene Gemeinden und Anwohner im Raum Zürich, in dem z. T. jetzt schon der Immobilienmarkt zusammengebrochen ist und Bauzonenausweisungen zurückgehen und Steuerausfälle befürchtet werden, Entschädigungsforderungen in bisher unbekannter Höhe angekündigt.

⁶ Beschwerdeführer sind u. a.: die Stadt Zürich, die Stadt Winterthur, die Stadt Kloten, Gemeinden im Osten Zürichs, die sich z. T. in verschiedenen Initiativen zusammengeschlossen haben (vgl. NZZ vom 24. 8. 03 und 11. 9. 03).

⁷ nachdem der Fall Lugano-Agno für erhebliche Irritationen gesorgt hatte.

⁸ Vgl. NZZ vom 16. 9. 2003.

⁹ <http://www.weltoffenes-zuerich.ch>. Das Gutachten schätzt im Tourismus einen Rückgang von ca. 30% bei den Gästen aus USA und Japan, kurzfristig einen Umsatzrückgang von 560 Mio. Sfr. / Jahr, mittelfristig von 280 Mio. Sfr. / Jahr. Der Ausfall kann durch Gäste aus Europa nicht kompensiert werden. Im Investitionsbereich wird das Szenario „Zubringerflughafen“ durchweg negativ beurteilt (insbesondere von Firmen aus USA und Asien). Verlegungen und auch Wegzug von Firmen sind zu befürchten. Interkontinentale Direktverbindungen

Hauptteil:

Die deutschen Restriktionen und das Recht

1.

Inhalt der Restriktionen

„David aber sprach zu dem Philister: Du kommest zu mir mit Schwert und Lanze und Spieß“. 1. Sam. 17 V.45

Auf Grund der jüngsten Durchführungs-VO des deutschen Luftfahrtbundesamts vom 4. April 2003 (BAnz 15.4.2003, Nr. 73/2003) ergeben sich folgende Restriktionen:

- Von 22 00 bis 06 00 Uhr keine Anflüge unter Flugfläche 100 (= 10.000 Fuß = ca. 3050 m. ü. M.) über Deutschland;
- Ausnahmen: Sicherheit, Wetter, Such- und Rettungsdienst;
- an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen in Baden-Württemberg vor 09 00 und nach 20 00 Uhr keine Anflüge über Deutschland unter Flugfläche 100;
- Ausnahmen: Sicherheit, Wetter, Such- und Rettungsdienst;
- werktags von 06 00 bis 07 00 Uhr und von 21 00 bis 22 00 Uhr keine Anflüge über Deutschland;
- Erhöhung der Mindesthöhe der Warteräume Ekrit, Saffa und Rilax und damit neue Anflugrouten für Anflug 28;
- in Zürich selbst gilt aufgrund des Betriebsreglements vom 31.5.2001 eine Nachtflugsperrung ab 24 Uhr bis 05 30 Uhr für den Linienverkehr, die mit den deutschen Reglements, die eine um zweieinhalb Stunden längere Sperrzeit (22 00–06 00 Uhr) vorschreiben, kompatibel gemacht werden muss.

Das ganze komplizierte Werk stellt faktisch eine Teilspernung des deutschen Luftraums dar, eine Art *numerus clausus*, der erhebliche Sicherheitsprobleme aufwirft, weil sich in den verbleibenden Zeiten der Flugverkehr zusammenballt und Sicherheitsgefahren mit sich bringt – wie denn (unzuständige) deutsche Politiker bereits von einer gänzlichen Sperrung des deutschen Luftraums sprechen (Ministerpräsident Teufel von Baden-Württemberg).

2.

Gibt es ein Fluglärmproblem? – Oder: Des Kaisers neue Kleider

Als Grund für die sowohl im StaatsV wie nach dessen Scheitern selbständig weitergeführten Restriktionen wird von deutscher Seite die Fluglärmbelastung für die grenznahe Bevölkerung

sind höchst standortbedeutsam, ihre Verschlechterung / ihr Wegfall beeinträchtigt auch das Europanetz, das für Investoren, so das Gutachten, unerlässlich ist.

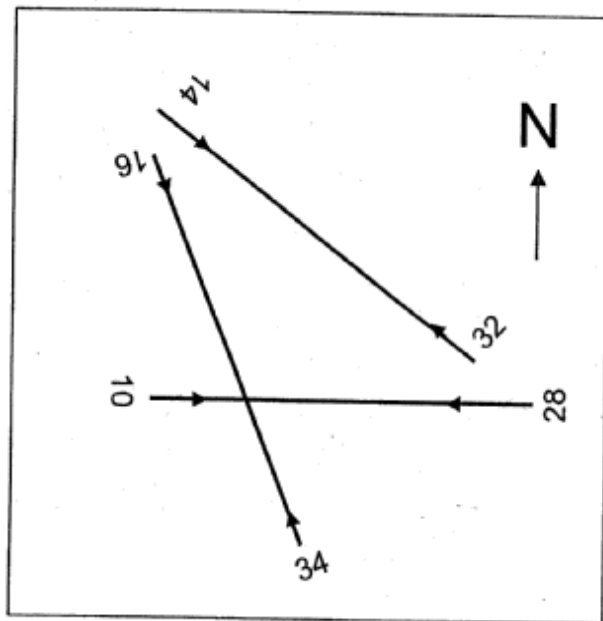
durch den Flugverkehr von und nach Zürich aufgeführt. Das dortige Gebiet, d. h. die Grenze (Rhein), wird in 800 m Höhe überflogen.¹⁰ Es gehört zum Landkreis Waldshut-Tiengen¹¹, der teils gewerblich, teils touristisch strukturiert ist und zu ca. 50% aus Waldgebiet besteht; er ist dünn besiedelt (147 Personen/qkm), im Grenzraum ca. 122 Personen/qkm, weniger als die Hälfte der Bevölkerungszahl/qkm in den von den Flugumleitungen betroffenen Schweizer Kantonen (387/qkm im Aargau, 230/qkm im Thurgau, 700,8/qkm im Kanton Zürich). Der Landkreis hat 10 500 Grenzgänger und wirbt mit der Nähe zum Flughafen Zürich.

Die Starts in Zürich erfolgen bisher im wesentlichen von den Pisten 16/34 und 10/28 hauptsächlich nach Westen/Südwesten sowie Osten/Nordosten und Südosten, während die Anflüge in Zürich im wesentlichen von Norden/Nordosten (Piste 14/32) erfolgen. Bei den An- und Abflügen wird auch der deutsche Luftraum in Anspruch genommen.

Die Lage der Pisten und der An- und Abflüge wird durch folgende Übersicht verdeutlicht:

Übersicht der Pisten im Flughafen Zürich

(Quelle: Baudepartement Kanton Aargau)



¹⁰ Vgl. dagegen den Flughafen Berlin-Tegel, auf den der Flugverkehr inmitten dichter Besiedlung von Nordosten in einer Höhe von 400 bis 50 m einfliegt.

¹¹ dessen Landrat sich zusammen mit dem Bürgermeister von Hohentengen besonders militant gebärdet und dem auch die jetzigen Restriktionen nicht genügen. Vgl. NZZ vom 31.8.03, S. 59: „Waldshut fordert [!] schärfere Verordnung“.

Angesichts dieser Ausgangslage stellt sich die „spannende“ Frage, wie groß der von deutscher Seite ständig behauptete Fluglärm tatsächlich ist. Verwunderlich ist, dass die deutsche Seite bisher weder offizielle Berechnungen noch Messzahlen vorgelegt hat. Merkwürdig ist ebenfalls, dass jetzt plötzlich inoffizielle Berechnungen der Landesanstalt für Umweltschutz (LfU) Baden-Württemberg aus den Jahren 1981–1994 auftauchen,¹² nach denen der Fluglärm tagsüber wie auch nachts *unterhalb* der „Grenzwerte“ liegt, die nach Aussage von Experten¹³ Gesundheitsprobleme verursachen könnten. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass ein objektives Lärmproblem weder 1994 noch später nachgewiesen ist. Demgegenüber sind erhebliche Lärmprobleme bei den geplanten Umleitungen der Flüge im Raum Zürich zu erwarten, die über das schweizweit dichtest besiedelte Gebiet führen und von denen ca. 300 000 Personen betroffen sein werden. Diese Probleme sind wiederum nicht Gegenstand des deutsch-schweizerischen Fluglärmstreits.

Es gibt offensichtlich nur ein subjektives Lärmproblem. Lärm wird unterschiedlich stark empfunden und hängt u. a. von der Einstellung wie auch von den Gewohnheiten und der Umwelt der Betroffenen (Kommunikation, Tageszeit) wie auch von der Gegend (Stadt / Land) ab, wie jüngst wieder von Experten der Eidgenössischen Materialprüfungsanstalt bestätigt wurde.¹⁴ Subjektiver Lärm hat keine rechtliche Relevanz. Nachbarn können zwar vereinbaren, auch subjektiven Lärmproblemen Rechnung zu tragen. Eine solche Vereinbarung liegt aber nicht vor, es bräuchte hierfür ein Abkommen oder einen Staatsvertrag.

Es bleibt somit nur die Feststellung, dass der Fluglärmstreit, wie auch manche anderen Ereignisse, Entwicklungen oder Konflikte, keine reale Grundlage hat. Dies ist an sich nichts Ungewöhnliches, weder in der Politik noch im (internationalen) Recht. Es bleibt dann immer nur die Frage: *cui bono?* (Wem nützt es?)¹⁵

3.

Sind die deutschen Restriktionen rechtskonform?

¹² <http://www.lfu.baden-wuerttemberg.de/lfu/abt3/laerm/kap-092.htm>. Als Quelle wird dort auch der Flughafen Zürich angegeben, der offensichtlich im Besitz der Berechnungen ist. Danach betrug in der Gemeinde Hohentengen der mittlere Tageslärm trotz gestiegenem Flugverkehr 54 dB(A), nachts sank er von 47 dB(A) (1981) auf 37 dB(A) (1992–1994).

¹³ So das Umweltbundesamt Berlin Diese „Grenzwerte“ sind tagsüber (6–22 Uhr) 65 dB(A), nachts 55 dB(A) (deutsche Messeinheit).

¹⁴ So Kurt Eggenschwiler von der Eidgenössischen Materialprüfungsanstalt EMPA (NZZ 22.8.03).

¹⁵ Ehrgeizigen Kommunalpolitikern? (vgl. Anm. 3)

Da es, wie ausgeführt, an objektiven Grundlagen für ein Lärmproblem fehlt, fällt es schwer, die vorliegende Sachlage rechtlich zu qualifizieren. An sich müssten die Restriktionen bereits mangels eben solcher Grundlagen hinfällig sein. Dazu kommt: Selbst wenn es solche Grundlagen gäbe, entbehren sie gänzlich der rechtlichen Fassbarkeit, wie zu zeigen ist, weil sie drauf los „reglementieren“, wie wenn es keinerlei Normen des nationalen oder internationalen Luftverkehrs gäbe – ein Beispiel von Rechtsblindheit, an denen es in der letzten Zeit im deutschen Recht¹⁶ nicht mangelt.

Lassen sich für die Restriktionen Präzedenzfälle bei grenznahen Flughäfen finden?

Basel-Mulhouse (3 km von Basel) liegt auf französischem Gebiet und wird mit Frankreich gemeinsam betrieben. Grundlage ist ein Staatsvertrag vom 4.7.1949¹⁷. Es besteht ein Nachtflugverbot zwischen 22 15 und 06 45 Uhr für Starts sowie zwischen 23 35 und 06 45 für Landungen, dies wird jedoch einvernehmlich geregelt. Genf-Cointrin liegt in dichtbesiedeltem Gebiet nur 100 m von der französischen Grenze entfernt und wird ebenfalls auf der Grundlage eines Abkommens vom 25.4.1956¹⁸ betrieben. Auch dort gibt es eine einvernehmliche Nachtflugsperrung. Der 3 km von der deutschen Grenze entfernt liegende Flughafen Salzburg wird aufgrund eines Staatsvertrags zwischen Österreich und Deutschland vom 19.12.1967¹⁹ betrieben, die dortige Nachtflugsperrung (23 bis 6 Uhr) ist ebenfalls einvernehmlich vereinbart.

De facto bedeuten die einseitigen Regelungen durch Deutschland eine Art protektoratsähnlicher Zustand²⁰ im Luftverkehr bzw. schaffen Verhältnisse, wie sie nur für Staaten mit besonderem Abhängigkeitsverhältnis (Monaco, San Marino etc.) typisch sind²¹ – beides „an sich“ ein undenkbarer Zustand.

Fehlt es für die Restriktionen an Vergleichsfällen, ist ein Blick auf ihre Rechtskonformität im nationalen und internationalen Raum zu werfen – immer unter dem Vorbehalt, dass es bisher (objektive) Grundlagen für ein (rechtsrelevantes) Lärmproblem nicht gibt.

¹⁶ Sind dies vielleicht Indizien für das Fehlen eines Grundverständnisses von Recht als verbindlicher Norm, dessen Fehlen dazu führt, dass man sich sowohl mit dem EG-Recht, aber auch mit dem eigenen Recht schwer tut – obwohl es an sachverständigen Ratgebern nicht mangelt, wenn man sie nur in Anspruch nähme (deren Platz im übrigen schon Jus-Studenten höherer Semester einnehmen könnten, da die einschlägigen Probleme nicht „schwer“ sind) – ohne überhaupt an Recht zu *denken*, verbunden mit dem Fehlen jeder Erkenntnis, etwas „falsch“ zu machen, was dann zu einer „immer länger werdenden Liste von Gesetzen führt, die elementare und handwerkliche Fehler aufweisen“ (FAZ 1.8.03, S. 1) – wie die Konfusion um das Dosenpfand, die Gier nach Geld bei dem Debakel wegen der völlig festgefahrenen Lkw-Maut und andere Beispiele zeigen?

¹⁷ SR 0.778.131.934.92.

¹⁸ SR 0.748.131.934.91.

¹⁹ BGBI 1974 II, S. 13 ff.

²⁰ Der Staat ist völkerrechtlich nicht mehr handlungsfähig, vgl. Ipsen, Völkerrecht, 3. A., 1990, § 5 RZ. 21, 22.

3a)

Schon die Vereinbarkeit mit deutschem Luftrecht ist zweifelhaft, da die Restriktionen nicht auf Grund der für Lärmschutz vorgesehenen Bestimmung in § 32 Ziff. 15 LuftverkehrsG durch den Bundesverkehrsminister nach Anhörung des Bundesrats (Vertretung der Länder), sondern auf Grund der Vorschrift des § 27a Luftverkehrsordnung (LuftVO) durch eine dem Verkehrsministerium nachgeordnete Behörde, das Luftfahrtbundesamt, ergingen, die, wie sich aus der LuftVO selbst ergibt, nur für flugtechnische Reglements („Flugverfahren“) gedacht ist, hier aber für die zeitlichen Beschränkungen „benutzt“ (missbraucht) wurde, vielleicht als Trojanisches Pferd? Die Restriktionen können sich auch nicht auf andere Bestimmungen des deutschen Flugverkehrsrechts stützen²². Details können hier nicht vertieft werden.

3b)

Ob die Restriktionen mit den darauf beruhenden Folgen (Lärmbelastung des Raumes Zürich) mit dem schweizerischen Lärmschutzkonzept (das enger ist als das deutsche) vereinbar sind, ist zweifelhaft. Die Betriebsreglements, zuletzt vom 16.4.2003, und die bisher (im Zuge des Ausbaus des Flughafens) erstellten UV-Berichte sind nur vorläufiger Natur. Die o. g. Beschwerden bei den Bundesbehörden rügen gerade solche Verstöße, da sie gegen die Grenzwerte des schweizerischen Luftverkehrsrechts verstießen. Keine der bisherigen Anflugvarianten ist somit rechtskräftig bewilligt.

3c) Verstoß der Restriktionen gegen EG-Recht?

Die Restriktionen könnten gegen das Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EG 1999 und den gemeinschaftsrechtlichen *acquis communautaire* im Luftrecht verstoßen.

Dieses Abkommen ist Teil der insgesamt sieben sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG vom 21.6.1999, die am 1.6.2002 in Kraft getreten sind. In diesen Abkommen hat die Schweiz auf den Gebieten Freizügigkeit, Transitverkehr, gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewegungen, Handel mit

²¹ Auch in diesen Fällen bedürfte es einer vertraglichen Regelung; der betroffene Staat kann sich aber auch zur Hinnahme einseitiger Regelungen verpflichten, bleibt jedoch Völkerrechtssubjekt (a. a. O.) – dieser Zustand scheint vorliegend nicht mehr allzu fern.

²² Das Fluglärmschutzgesetz vom 30.7.1971 mit Änderung vom 29.10.2001 (BGBl I 2785) gilt nur für inländische Flugplätze. Das Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) gilt prinzipiell zwar auch für Luftfahrzeuge (§§2, 38–40), jedoch hat der Verkehrsminister von der Ermächtigung zum Erlass einer RVO (§38 Abs. 2) keinen Gebrauch gemacht, weil § 38a BImSchG von den o. a. luftverkehrsrechtlichen Regelungen (LuftverkehrsG, LuftVO) überlagert / verdrängt wird. Die Restriktionen ähneln sog. Knebelungsverträgen im Zivilrecht, die, wenn sie die freie Entscheidung des Schuldners wesentlich aufheben, sittenwidrig und daher nichtig sind (BGHZ 19, 12; 144, 158 ff., 161; NJW 1983, S. 313, 316; 1993, 1587; WM 2001, 1454 ff., 1457). Näheres in dem o. g. Gutachten (Anm. 1).

landwirtschaftlichen Erzeugnissen, technologische Zusammenarbeit und Luftverkehr eine Angleichung an die EG insoweit vollzogen, als auf diesen Gebieten in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der EG die Bestimmungen des EG-Rechts Anwendung finden sollen. Grundlage des Abkommens ist Art. 300 Abs. 1 und 2 EG-Vertrag, wonach der EG-Ministerrat mit qualifizierter Mehrheit Abkommen mit Drittstaaten hinsichtlich der der EG-Rechtssetzung unterliegenden Sachgebiete (Art. 3 Abs. 1 EG-Vertrag) beschließen kann. Das Abkommen ist auch für die Mitgliedsstaaten verbindlich, wie dies in Art. 300 Abs. 7 EG-Vertrag ausdrücklich festgelegt ist. Dies ist auch sachgerecht, denn auch die Mitgliedsstaaten können das Abkommen verletzen. Verpflichtungen hieraus sind gemeinschaftsrechtlicher, nicht völkerrechtlicher Natur.

aa)

Ziel des Luftverkehrsabkommens²³ ist laut Präambel die Angleichung der Luftverkehrsvorschriften innerhalb Europas und eine möglichst einheitliche Auslegung des Abkommens und der in dieses aufgenommenen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts. Das Abkommen ist in seinem Wortlaut in weiten Teilen identisch mit dem Wortlaut des EG-Vertrags, ergänzt durch die spezifisch luftverkehrsrechtlichen Bestimmungen in Art. 1 und 2 (die den Gegenstand des Abkommens beschreiben), Art. 15 (Verkehrsrechte), Art. 18 (Einbeziehung des EG-luftverkehrsrechtlichen *acquis communautaire* in das Abkommen), Art. 21 („Gemischter Ausschuss“), Art. 35 (Übergangsregelung).

bb)

Das Abkommen legt Regeln im Bereich der Zivilluftfahrt nach den Grundsätzen des europäischen Gemeinschaftsrechts i. S. einer Liberalisierung der Märkte fest. Dies bedeutet vor allem freien Zugang von Luftfahrtunternehmen der EG zum Luftverkehr in der Schweiz und umgekehrt.

cc)

Die Schweiz wird durch dieses Abkommen hinsichtlich des Luftverkehrs in die EG miteinbezogen und quasi als Mitgliedsstaat der EG behandelt („wie wenn sie Mitglied wäre“), so dass auch EG-Recht diesbezüglich Anwendung findet.

Dieser integrationistische Charakter des Abkommens wird besonders deutlich in Art. 3, der ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (entspricht wörtlich Art. 12 EG-Vertrag) in der für Dienstleister gewährleisteten Niederlassungsfreiheit (Art. 4, entspricht wörtlich Art. 43 EG-Vertrag) ausspricht und die Gleichstellung von Gesellschaften mit individuellen Dienstleistern (Art. 5,

²³ Ausführliche Darstellung bei J. Bentzien, Abkommen zwischen der EG und der Schweiz im Luftverkehr, in: ZLW 4/2000, S. 467 ff.

entspricht Art. 48 EG-Vertrag) in der EG und in der Schweiz verfügt. Art. 8 verbietet alle wettbewerbswidrigen oder handelsbeeinträchtigende Vereinbarungen oder Verhaltensweisen (entspricht Art. 81 EG-Vertrag), Art. 9 die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (entspricht Art. 82 EG-Vertrag); staatliche Beihilfen, die den Wettbewerb verfälschen, eines Mitgliedsstaates oder der Schweiz, sind verboten (Art. 13, entspricht Art. 87 EG-Vertrag).

Was den Luftverkehr speziell betrifft, gewährleistet Art. 15 Abs. 1 Luftfahrtunternehmen der EG (d. h. der Mitgliedsstaaten der EG) und der Schweiz Verkehrsrechte zwischen jedem Punkt in der Schweiz und jedem Punkt in der Gemeinschaft sowie schweizerischen Unternehmen binnen zwei Jahren nach Inkrafttreten des Abkommens (d. h. ab Juli 2004) vollen Zugang zwischen Punkten in verschiedenen EG-Mitgliedsstaaten.

Art. 17 verpflichtet die Vertragsparteien zu allen Maßnahmen, um die Erfüllung der sich aus diesem Abkommen ergebenden Pflichten zu gewährleisten, ferner zur „Enthaltung“ (d. h. Unterlassung) von allen dem Abkommen widersprechenden Maßnahmen, und entspricht damit Art. 10 EG-Vertrag über die Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten der Mitgliedsstaaten bezüglich der Erfüllung der Pflichten aus dem EG-Vertrag.

Art. 17 ist insoweit eine Bestätigung dafür, dass nicht nur die EG und ihre Organe, sondern auch die Mitgliedsstaaten an das Abkommen gebunden sind. Diese Pflichten sind vielfältiger Natur; sie verlangen Kooperation und Rücksichtnahme sowohl der Mitgliedsstaaten untereinander wie auch gegenüber den Organen der EG. Diese Pflichten sind von Fall zu Fall ausdrücklich im Vertrag konkretisiert²⁴ bzw. werden stillschweigend vorausgesetzt. Hinsichtlich der konkreten rechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung ist das EG-Recht allerdings wenig ausgestaltet²⁵.

dd)

Die fraglichen Nachtflugverbote und sonstigen zeitlichen Beschränkungen sowie die Mindestflughöhen durch § 2 Abs. 3, 6 und 7 der deutschen 213. DVO zu § 27 a Abs. 2 LuftVO (in der Fassung der 213. DVO vom 4.4.2003) verstoßen gegen Art. 15 des Abkommens (freier Zugang zum Luftverkehr), da sie (mittelbar) den Zugang von Bewerbern zum Luftverkehr beschränken (können)²⁶ und solche mittelbaren Beschränkungen nach den Grundsätzen des EG-Rechts ebenfalls unzulässig sind. Das Ziel des freien Zugangs fördern die EG-Mitgliedsstaaten nach Kräften (Art. 17) – indem sie die erforderlichen Maßnahmen

²⁴ Sie ergeben sich bereits aus dem Wortlaut des EG-Vertrags (Art. 11. Abs. 2; 12, 19, 20, 23 Abs. 1, 34 Abs. 1 EUV; Art. 99 Abs. 1, 126 Abs. 2, 159 Abs. 1, Art. 280 Abs. 3 S. 2, 307 Abs. 2, S. 2 EG-Vertrag); besonders ausgeprägt sind die Pflichten der Mitgliedsstaaten im Binnenmarkt, da Art. 14 Abs. 2 EG-Vertrag deren Erfüllung für das Funktionieren des Binnenmarkts voraussetzt (Wegfall der Grenzen u. a.).

²⁵ Vgl. dazu im einzelnen Callies/Ruffert, Komm. zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. A., 2002, Rz. 13, 14, insbesondere 53; und (kritisch) Jarass, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993, 924 ff., 932; ders., Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 10.

treffen bzw. schädliche Handlungen unterlassen. Die Restriktionen verstoßen daher auch gegen Art. 17 (Kooperationspflicht der Mitgliedsstaaten), da sie langfristig den Luftverkehr in Zürich „abwürgen“ werden (wollen).^{27 28} Das Abkommen berechtigt die Mitgliedsstaaten zweifellos nicht, in den Luftverkehr der Vertragsstaaten hineinzuregieren.

Die Restriktionen verstoßen ferner gegen Art. 3 des Abkommens, wonach jegliche Diskriminierung von Dienstleistern (Art. 4) (Staatsangehörige eines EG-Mitgliedsstaates oder der Schweiz) und ihnen gleichgestellte Gesellschaften (Art. 5) aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten ist, da sie, wie ausgeführt, den gesamten Flugverkehr mit Destination Zürich beeinträchtigen (oder beeinträchtigen können – letzteres ist für die Annahme einer Diskriminierung nach EG-Recht ausreichend, Anm. d. Vf.). Allerdings gilt dies nur für Fluggesellschaften des Vertragsgebiets, d. h. im EG-Raum und in der Schweiz. Hinsichtlich anderer Fluggesellschaften kommt ein Verstoß gegen internationales Luftverkehrsrecht (Chicago-Abkommen) in Betracht (s. dazu unten). Die Restriktionen verstoßen in sachlicher Hinsicht ferner gegen Art. 4 (und 5) des Abkommens, wonach die Freiheit der Dienstleister „keinen Beschränkungen“ unterliegt. Aber auch andere Dienstleister wie Flughäfen müssten in den Genuss des Abkommens, insbesondere des Diskriminierungsverbots in Art. 3 und des Beschränkungsverbots in Art. 4 (i.V.m. Art. 17), kommen, und zwar kraft „Sachzusammenhangs“, denn Flugverkehr ist ohne Flughäfen nicht möglich. Für diese Auffassung spricht auch der Wortlaut von Art. 4 des Abkommens, der ganz allgemein von „Personen“ oder „Unternehmen“ und deren Dienstleistungstätigkeit spricht.²⁹

Die deutschen Restriktionen sind also diskriminierend. Andere vergleichbare Flughäfen unterliegen nämlich solchen einseitigen Diktaten nicht, die, wie ausgeführt, nichts anderes als

²⁶ Die ständigen Querelen um den Flughafen Zürich könnten Flugunternehmen veranlassen, Zürich nicht mehr anzufliegen (Anm. d. Vf.).

²⁷ Darauf deutet eine Äußerung des Ministerpräsidenten von Baden-Württemberg, Teufel, in einem Zeitungsinterview vom 26.5.03 (NZZ 26.5.03) hin, nach der – richtige Zitierung vorausgesetzt – der Flugverkehr von und nach Zürich sich auf Ost-, West- und Südrouten bewegen soll und offenbar, so müsste/könnte man schlussfolgern, aus dem deutschen Luftraum im fraglichen Grenzgebiet völlig verschwinden (?) soll.

²⁸ EG-rechtlich gesprochen, besteht eine Pflicht Deutschlands, EG-Normen und damit auch das die Schweiz in die EG einbeziehende Abkommen gemeinschaftskonform auszulegen. Die Rechtsfolgen solcher Pflichtverletzungen sind allerdings dogmatisch noch nicht geklärt (Callies/Ruffert, Komm. zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. A., 2000, Art. 10 Rz. 57). Zu denken wäre an eine Pflicht des verletzenden Staates, entgegenstehendes nationales Recht (hier: die Restriktionen) dem EG-Recht (hier: dem Abkommen) anzupassen. (Callies/Ruffert, a. a. O. Art. 10 Rz. 54 m. Nachweisen., z. B. EuGH Rs 46/76, Slg. 1977, 5 ff., Rdnr. 22, 25).

²⁹ Wenn Art. 4 auf Flugverkehrsunternehmen hätte beschränkt werden sollen, hätte der Wortlaut dies zum Ausdruck gebracht. Für die vorstehende Auffassung spricht auch Art. 15 des Abkommens selbst, der von

eine verkappte tatsächliche oder potentielle *Kapazitätsbeschränkung* des Flughafenbetriebs darstellen, die, seien sie direkter oder indirekter Art (Dassonville-Formel des EuGH), zu den „schlimmsten“ Verstößen gegen EG-Recht gehören, die für alle vier Grundfreiheiten des EG-Vertrags, und damit auch für die Dienstleistungsfreiheit gleichermaßen gelten³⁰. Ein Blick auf andere internationale Flughäfen³¹ mag dies weiter beleuchten:

- München hat ein Nachtflugverbot 00 00–05 00 Uhr (bewegungsarme Kernzeit 22-6 Uhr: nur Flüge, die „leise“ sind („Bonusliste“ des BMV)). Keine Beschränkung an Wochenenden
- Frankfurt: Nachtflugverbot 00 00 Uhr–05 00 Uhr. Ausnahmen: Kein Nachtstartverbot für Kap. 3 (Annex 16 Chicago-Abkommen) (d. h. für „leisere“) Flugzeuge; Landeverbot 00 00–04 00 Uhr für Heimatfluggesellschaften
- Für Köln-Bonn mit einem Anteil von 15% Passagierflügen besteht derzeit kein Nachtflugverbot. Jeder vierte Flug ist ein Nachtflug. Die Fraktion der GRÜNEN im Landtag von Nordrhein-Westfalen erörtert seit 1996 eine Nachtflugsperr für Passagierflugzeuge zwischen 00 00 und 05 00 Uhr und ein Verbot nächtlicher Starts und Landungen für schwere Frachtmaschinen mit mehr als 340 t MTOW. Eine Entscheidung ist noch nicht gefallen³².

ee)

Es bleibt weiter zu prüfen, ob die deutschen Maßnahmen auch gegen *gemeinschaftliches Sekundärrecht* verstoßen.

Dieses Sekundärrecht ist gem. Art. 32 des Abkommens zu dessen integralen Bestandteil erklärt. Es besteht aus insgesamt 40 VO'en und Richtlinien, die in dem Anhang zum Protokoll des Abkommens aufgeführt sind, und die Vertragspartner (wie auch die Mitgliedsstaaten der EG) gleichermaßen wie das Abkommen berechtigen und verpflichten.³³

Punkten, zwischen denen der Luftverkehr stattfindet, d. h. von Orten spricht, wo sich Flughäfen befinden (Flugverkehr außerhalb von Flugplätzen ist nach nationalem und internationalem Recht untersagt, Anm. d. Vf.).

³⁰ So wäre es z. B. unzulässig, im EG-Raum die Art und Zahl der Dienstleister oder ihrer Dienstleistungen zu beschränken.

³¹ Wolfrum/Lübbe/Ohlhoff, Zugang zu grenznahen Flughäfen. Gedanken zum An- und Abflug nach Zürich über Deutschland, ZLW 2001, S. 350 ff. (Diesem Beitrag liegt ein Gutachten d. Verfasser im Auftrag der Unique Zürich Airport AG vom Nov. 2000 zugrunde).

³² Im einzelnen vgl. das im Auftrag der Landtagsfraktion der „GRÜNEN“ erstellte Gutachten der Fa. Lienemeyer und Walbroek, Brüssel, vom 29.4.2002.

³³ Dieser luftrechtliche „*acquis communautaire*“ betrifft im wesentlichen das seit 1992 erlassene sog. 3. Paket zur Liberalisierung des Luftverkehrs (hinsichtlich Betriebs- und Luftverkehrsgenehmigungen, freiem Zugang zu Strecken innerhalb der EG etc.). Die Schweiz ist somit in das seit 1984 begonnene Integrationskonzept des Luftrechts der EG „eingebunden“.

Als sekundärrechtliche Kollisionsnorm kommt vorliegend die EG-VO 2408/92 vom 23.7.1992 (ABl. 1992, L 240) in Betracht, die den freien Zugang zum Luftverkehr regelt und in Art. 8 und 9 umweltrechtliche Einschränkungsmöglichkeiten enthält.

Gem. Art. 8 Abs. 1 kann ein Mitgliedsstaat die Aufteilung des Verkehrs auf einzelne Flughäfen eines Flughafensystems regeln.

Gem. Art. 8 Abs. 2 „unterliegt die Ausübung von Verkehrsrechten ... den veröffentlichten gemeinschaftsrechtlichen, einzelstaatlichen, regionalen oder örtlichen Vorschriften in den Bereichen Sicherheit, Umweltschutz und Zuweisung von Start- und Landezeiten“ („slots“). (Die VO unterscheidet also klar zwischen Sicherheit- und Umweltschutz, während die deutschen Regelungen beides „zusammenmixen“, Anm. d. Vf.)

Gem. Art. 9 Abs. 1 kann der Mitgliedsstaat „im Fall von ernsthafter Überlastung und / oder Umweltproblemen ... die Ausübung von Verkehrsrechten von bestimmten Bedingungen abhängig machen, einschränken, insbesondere wenn andere Verkehrsträger Dienstleistungen in ausreichendem Umfang zur Verfügung stellen können“.

Nach Art. 9 Abs. 2 dürfen die Maßnahmen nach Abs. 1 „nicht diskriminierend aus Gründen der Staatsangehörigkeit sein“ haben eine begrenzte Geltungsdauer, die drei Jahre nicht überschreiten darf, dürfen die Zeit dieser VO nicht „unangemessen beeinträchtigen“, dürfen den Wettbewerb nicht unangemessen verzerren und dürfen „nicht einschränkender sein als erforderlich“.

Abs. 3: „Hält ein Mitgliedsstaat eine Maßnahme gem. Abs. 1 für erforderlich, so unterrichtet er die übrigen Mitgliedsstaaten und die Kommission mindestens drei Monate vor dem Inkrafttreten der Maßnahme mit einer entsprechenden Begründung. Die Maßnahme kann durchgeführt werden, sofern nicht ein betroffener Mitgliedsstaat die Maßnahme binnen einem Monat nach Unterrichtung anfecht oder die Kommission sie zur weiteren Prüfung nach Abs. 4 aufgreift.“

Die VO will also einmal den Lärmschutz in den europäischen Luftverkehr einbauen; sie versucht ferner, die verschiedenen einzelstaatlichen Regelungen auf diesem Gebiet durch den Einbau einer Kontrollinstanz (Kommission) „einzufangen“ und mit der bisher im Binnenmarkt prinzipiell unbeschränkten Dienstleistungsfreiheit im Luftverkehr zu vereinbaren.

Es fragt sich zunächst, ob die EG-VO 2408/92 nur auf Regelungen nationaler oder regionaler Art für landeseigene Flughäfen Bezug nimmt oder auch dann gilt, wenn diese, wie hier, den Flugverkehr eines anderen Landes betreffen. Konkret: Sind die Restriktionen Regeln nach Art. 8 oder 9, die vom Flugverkehr von und nach Zürich zu respektieren sind? Die Schweiz (Flughafen Zürich) ist zwar über das Abkommen mit der EG und deren luftrechtlichem *acquis communautaire* wie EG-Gebiet zu behandeln. Jedoch hat der EG-Binnenmarkt Staatsgrenzen nicht aufgehoben, über die einzuwirken den Mitgliedsstaaten schon nach den allgemeinen

Grundsätzen des Völkerrechts grundsätzlich untersagt ist. Die Mitgliedsstaaten bleiben völkerrechtliche Subjekte mit hoheitlicher Gewalt über ihr Territorium. Art. 8 und 9 der VO 2408/92 können daher nur nationale Regelungen der Mitgliedsstaaten für die landeseigenen Flughäfen betreffen, die vom EG-Luftverkehr grundsätzlich zu respektieren sind. Es wäre z. B. kaum vorstellbar, wenn die genannten zeitlichen Sperren durch einseitige deutsche Regelungen gegenüber anderen grenznahen Flughäfen wie Straßburg, Basel-Mulhouse, Luxemburg oder Salzburg oktroyiert würden, mit der Begründung, es würden beim Anflug touristische Gebiete, z. B. Schwarzwald, Mosel o. ä., überflogen. Ein Aufschrei der Empörung wäre die Folge, verbunden mit Vorwürfen imperialer Attitüden.³⁴ Wie willkürlich Zürich behandelt wird, wird noch deutlicher, wenn Brüssel, Amsterdam oder Kopenhagen grenznah wären und durch deutsche Einschränkungen reglementiert würden – solche Fälle erscheinen geradezu undenkbar.

Die Regelungen wären aber auch unzulässig, wenn der Flughafen Zürich ein Inlandsflughafen wäre. Dies ist aus dem Standpunkt der EG-Kommission zu dem Projekt Nachtflugverbot Köln-Wahn/Bonn für Passagierflugzeuge (ca. 15% des Luftverkehrs) (24–5 Uhr) zu schließen, das weit weniger einschneidend als die Einschränkungen für Zürich ist und bei dem die EG-Kommission in Brüssel bereits Bedenken hat, weil *qualitative* Maßstäbe (Lärmbekämpfung am Flugzeug³⁵) und nicht, wie in dem Projekt geplant, *quantitative* Maßstäbe angelegt werden müssten. Zeitliche Einschränkungen für *alle* Passagierflugzeuge hielt die Kommission jedenfalls nur unter der Ausnahmebestimmung des Art. 9 Abs. 2 vertretbar (Art. 8 wurde von ihr als Rechtsgrundlage nicht erwogen). Auch in diesem Falle wurden die Unsicherheiten der deutschen Luftfahrtbehörden gegenüber dem EG-Recht deutlich, da die Anfragen des Bundesverkehrsministeriums (BMV) in Brüssel, ob Art. 8 oder 9 der EG-VO 2408/92 anzuwenden sei, als wenig qualifiziert (da viel zu unbestimmt) bemängelt wurden³⁶, da nicht klar sei, was der BMV genau wolle. Im Falle des Flughafens Zürich ist das EG-Recht sogar vollständig dem Blick der deutschen Luftfahrtbehörden entschwunden.

Das Projekt Köln-Bonn eignet sich als Vergleichsfall zu dem „Extremismus“ der deutschen Regelungen für Zürich auch noch in anderer Hinsicht, weil der Flughafen im dicht besiedelten Gebiet liegt und bei An- und Abflug Gebiete überflogen werden, die zu den dichtest besiedelten Gebieten ganz Deutschlands gehören (Rheingebiet, südliches Westfalen), während im Fall Zürich, wie ausgeführt nur wenige, dünn besiedelte Gebiete auf deutscher Seite überflogen werden, andererseits bei der Umleitung der Flüge dichtest besiedelte Gebiete im Raum Zürich überflogen werden (müssen).

³⁴ Um so befremdlicher ist, dass in der öffentlichen Diskussion diese (potentiellen) Vergleichsfälle nicht thematisiert werden.

³⁵ Gutachten vom 29.04.2003, S. 1–4.

³⁶ A. a. O.

Dürfen somit Flugzeitbeschränkungen eines EG-Mitgliedsstaates nur für den eigenen Hoheitsbereich gelten und nicht auf fremdes Staatsgebiet anderer Mitgliedsstaaten übergreifen, muss dies umso mehr gelten, wenn das fremde Hoheitsgebiet zu einem EG-Drittstaat wie der Schweiz gehört.

Lediglich *hilfsweise* soll noch kurz dem Standpunkt der EG-Kommission im Fall Nachtflugverbot Bonn-Köln nachgegangen werden, weil er Aufschluss darüber gibt, ob die deutschen Restriktionen auch materiell der VO 2408/92 widersprechen *würden*, wenn sie auf den Fall Zürich anwendbar *wären*.

In Art. 9 hätten die deutschen Regelungen keine Stütze, da, immer unter der Voraussetzung, es gäbe tatsächlich ein (objektives) Lärmschutzproblem (Umweltproblem) i. S. des Abs. 1, keine der Beschränkungen des Abs. 2 gegeben wären: Die Restriktionen sind zeitlich nicht begrenzt, diskriminieren den Flugverkehr mit Destination Zürich, und sind in jeder Hinsicht unverhältnismäßig. Schon der Wortlaut des Art. 9 zeigt, dass von diesen Einschränkungen nur mit Zurückhaltung und unter strengen Voraussetzungen Gebrauch gemacht werden soll. Zudem würde es an der vorgeschriebenen vorherigen Information der übrigen Mitgliedsstaaten und der Kommission durch Deutschland nach Art. 9 Abs. 3 fehlen, dass es Beschränkungen einführen wolle.

Die deutschen Beschränkungen würden aber auch gegen Art. 8 der VO 2408/92 verstoßen, die, wie ausgeführt, von der EG-Kommission als Grundlage von Beschränkungen von Verkehrsrechten allerdings nicht erörtert wird. Hielte man Art. 8 für eine immerhin denkbare Rechtsgrundlage, gilt folgendes: Auch diese Bestimmung steht, wie das gesamte EG-Recht, unter dem Gebot der Beobachtung der Verhältnismäßigkeit, das nach einhelliger Lehre und Praxis ein ungeschriebener Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts,³⁷ aber auch der Rechtsordnung der Mitgliedsstaaten ist. Dass die Einschränkungen in keinem Verhältnis zu den von deutschen Anrainern geltend gemachten Fluglärmproblemen, falls solche bestehen sollten, stehen, wurde schon mehrfach dargelegt.

³⁷ Siehe Protokoll zum EG-Vertrag i.d.F. von Amsterdam (1997) (abgedr. in BR-Drucks 784/97, S. 55 und in Geiger, EUV/EGV Komm, 3. A., 2000, S. 1049). Dogmatisch nicht klar ist allerdings, welche Folgen sich aus einem Verstoß gegen diesen Grundsatz im Hinblick auf die Kooperationspflicht der Mitgliedstaaten nach Art. 10 EG-Vertrag ergeben: Nichtigkeit oder nur Nicht-Anwendung des nationalen Rechts? (Näher S. Beljin, in: Europarecht 3/2002, S. 351 ff.) Für den vorliegenden Fall dürfte gelten, dass Deutschland die Pflicht hat, unverhältnismäßige Flugbeschränkungen zumindest nicht mehr anzuwenden. Wenn nationales Recht EG-Prinzipien oder -Normen widerspricht, bleibt es auch nach der EuGH-Rechtsprechung außer Anwendung (EuGH 1978, 629 Rz. 17/18, 21/23, zit. nach Beljin, a. a. O. S. 353 FN 12 m.w.N.).

Unverhältnismäßig sind die deutschen Bestimmungen nicht nur hinsichtlich der (behaupteten) Fluglärmprobleme im Grenzgebiet, sondern auch hinsichtlich anderer internationaler Flughäfen. Amsterdam, Charles de Gaulle, Dublin, London, Milano, Nizza, Stockholm und andere Flughäfen sind rund um die Uhr offen. Brüssel kennt eine Sperre von 23 00 bis 06 00 Uhr nur für bestimmte Flugzeugtypen, Tel Aviv eine Beschränkung von 23 00 bis 06 00 Uhr nur für Piste 1 (Enquete des VCS, Bern 1996).

ff)

Lediglich hilfsweise sei angemerkt, dass sich möglicherweise in Zukunft ohnehin keine zeitlichen Flugbeschränkungen genereller Art mehr mit Art. 8 oder 9 der EG-VO 2408/92 für Inlandflughäfen rechtfertigen lassen, weil dann die RL 2002/30 EG (vom 26.3.2003) gelten wird, die bis zum 28.9.2003 umgesetzt sein muss.³⁸

Zusammenfassung

Einseitige Regelungen eines EG-Mitgliedstaates sind, wie gezeigt, kein geeignetes und kein zulässiges Instrument, um in fremdes Staatsgebiet, d. h. in den Flugverkehr eines anderen Staates hineinzuwirken. Der Luftverkehr ist im Interesse des internationalen Luftverkehrs an EG-rechtliche und weltweit an luftverkehrsrechtliche Abkommen (z. B. Chicago- und Transitabkommen) gebunden, an die sich die Reglements der Einzelstaaten halten müssen. Geschieht dies (wie vorliegend) nicht, würde dies zu einer Art Wild-West-Zustand führen, in dem die stärkste Macht dominiert, ohne sich um das Recht zu kümmern.

Das einzige geeignete und zulässige Instrument, Angelegenheiten zu regeln, die *fremdes* Territorium berühren, ist die einvernehmliche, d. h. staatsvertragliche Lösung unter Beachtung der einschlägigen internationalen Regeln. Dies ist bei allen Grenzflughäfen wie z. B.

³⁸ Diese Richtlinie setzt das Vorsorgeprinzip des Umweltrechts (Art. 174 Abs. 2 EG-V) für den Flugverkehr dadurch um, dass sie Fluglärmbekämpfung nur noch *auf* den Flughäfen und *am* Flugzeug selbst zulässt. Art. 8 und 9 der EG-VO 2408/92 dürften damit überholt sein, zumindest soweit neue Betriebsbeschränkungen betroffen sind. Was für die bereits bestehenden Betriebsbeschränkungen (also auch solche zeitlicher Art) gelten soll, ist ungeklärt. In der Präambel, Ziff. 8, spricht die Richtlinie 2002/30/EG davon, dass das Verhältnis zu Art. 8 und 9 der EG-VO 2408/92 „klargestellt werden müsse“, trifft aber dazu selbst keine Regelungen. Die Sachlogik des EG-Lärmschutzkonzepts, das in der Richtlinie ausführlich geregelt ist, spricht jedoch für die oben genannte Auffassung. Zeitliche Beschränkungen eines Mitgliedstaates für *alle* Flugzeuge wären damit spätestens ab September 2003 nicht mehr zulässig, bestehende Betriebsbeschränkungen müssten abgebaut werden. Es kommt dann nur noch darauf an, ob die Flugzeuge „laut“ oder „leise“ sind. Was für den inländischen Luftverkehr gilt, muss erst recht für den ausländischen Luftverkehr (wie hier Zürich) gelten; es wäre den Mitgliedstaaten nicht erlaubt, quantitative Restriktionen zu erlassen, weder für die eigenen, erst recht nicht für einen fremden Staatsbereich. Die deutschen Restriktionen wären somit auch unter dem Aspekt dieser RL 2002/30 EG unzulässig.

Salzburg, Genf-Cointrin, Basel-Mulhouse etc. geschehen, nur bei Zürich nicht. Soll etwa die Schweiz bestraft werden? Hat das Recht nicht Vorrang vor der Macht?

Drei Modelle kämen in Betracht: eine völlig neue Vereinbarung, die jedoch angesichts der Verhärtung der Diskussion bisher nicht erkennbar ist, eine (vorläufige) Wiederherstellung der Verwaltungsvereinbarung von 1984 (als Übergang für eine etwaige spätere Einigung), und eine Anlehnung an vergleichbare Fälle. Hier käme der Staatsvertrag zwischen Deutschland und Österreich über den Betrieb des Flughafens Salzburg aus dem Jahr 1967 in Betracht, der u. a. sicherheits- und lärmschutzrechtliche Belange regelt und vom deutschen Bundesverfassungsgericht auf Anrufung deutscher Betroffener für verfassungsmäßig erklärt worden ist (BVerfGE 72 [1987], 66 ff.).³⁹ Die dort aufgeführten Kriterien treffen auch für das Verhältnis Deutschland-Schweiz zu.

Oder sollten die Schweizer Betroffenen (Flughafen AG, Bund) gewillt sein, die deutschen Beschränkungen hinzunehmen? Auch dann müsste darüber ein (staatsvertraglicher) Konsens hergestellt werden. Der derzeitige Zustand hängt jedenfalls völlig „in der Luft“ und kann unter keinem rechtlichen Aspekt Bestand haben.⁴⁰

6. Verstoßen die deutschen Beschränkungen gegen andere internationale Normen?

Die folgende Überprüfung kann angesichts des Umfangs der Probleme nur summarisch sein, ist jedoch notwendig, um den Gesamtzusammenhang des Dilemmas des Luftverkehrs zwischen aufgezwungenem Lärmschutz und freiem Flugverkehr nach internationalem Recht aufzuzeigen.

³⁹ In diesem Vertrag wurden auch Ansprüche deutscher Betroffener wegen Fluglärms im einzelnen geregelt (vorwiegend solcher, deren Grundstücke im konkreten Fall in Landeanflügen in niedriger Höhe von 213 m überflogen werden). Das BVerfG hat bei der Prüfung des Staatsvertrags als wichtige Belange, die der (deutsche) Gesetzgeber (Gegenstand des Rechtsstreits war das Zustimmungsgesetz zum Staatsvertrag) zu berücksichtigen hat, die „gutnachbarlichen Beziehungen zur Republik Österreich“, die Verkehrsfunktion des Flughafens für den dortigen Raum, von der die Bevölkerung selbst wie auch der Flughafen profitieren, genannt. Der deutsche Gesetzgeber habe also richtig gehandelt, das Bestehen des Flughafens Salzburg anzuerkennen und den Flughafenbetrieb auf eine auch aus deutscher Sicht befriedigende Grundlage zu stellen.

⁴⁰ Die „Ersetzung“ von Rechtsnormen durch Diktate (und bilaterale Gespräche) mit der Wirkung des „Abwürgens“ bzw. weitgehender Zurückdrängung des Flugverkehrs auf einem fremden Flughafen durch einseitige Regelungen eines Staates lässt eine grobe Unkenntnis bzw. Missachtung sämtlicher Normen des internationalen Luftverkehrsrechts erkennen, umso mehr als die Restriktionen, wie hier, als eine Art „Strafaktion“ „aufgeladen“ und thematisiert werden. Dies gilt insbesondere für die zum 10.7.03 in Kraft tretenden (und bis Oktober 2003 suspendierten) neuen Beschränkungen für wetterbedingte Ausnahmelandungen in Zürich. Was dies mit dem Lärmschutz deutscher Gebiete zu tun haben soll, ist nicht ersichtlich.

1.

Als Kollisionsnorm für die deutschen Beschränkungen kommt zunächst das sog. Abkommen von Chicago vom 17.12.1944⁴¹ in Betracht, das derzeit 161 Staaten umfasst und für die Schweiz (seit 1947) wie für Deutschland (1956) verbindlich ist.

Das Abkommen, das ältere Abkommen aus dem Jahr 1919 bzw. 1928 ablöst⁴², hat den Zweck, die internationale Zivilluftfahrt zu fördern, die dazu beitragen kann, „Freundschaft und Verständnis zwischen den Staaten und Völkern der Welt zu schaffen“. „Es will ferner Unstimmigkeiten zwischen den Staaten und Völkern vermeiden und die Zusammenarbeit zu fördern, von welcher der Frieden in der Welt abhängt“.

Zivilluftfahrt dient diesen Zwecken und soll sich „in sicherer und geordneter Weise entwickeln“ und „die internationalen Luftverkehrslinien auf der Grundlage gleicher Möglichkeiten errichtet werden“ (Einleitung).

Das Abkommen hat ausschließlich sicherheits- und ordnungsrechtliche Funktionen (Durchflugrechte).⁴³ Der Erleichterung der Luftfahrt dienen die Verpflichtungen der Vertragsstaaten, alles zu tun, um den Verkehr zwischen den Vertragsstaaten zu beschleunigen, „unnötige Verspätungen“ zu verhindern, besonders bei Einreise, Zoll, Abfertigung (Art. 22), sowie ihre Verpflichtung, den höchstmöglichen Grad an Einheitlichkeit bei Normen, Verfahren etc. betr. die Luftfahrzeuge, Personal, Luftstraßen etc. zu erlangen. Die internationale Zivilluftfahrtorganisation (ICAO) legt entsprechende Vorschläge (Art. 37) vor.

Es geht somit zunächst um die formal einheitliche Handhabung des internationalen Flugverkehrs und die Gleichstellungen in- und ausländischer Luftfahrzeuge oder Fluglinien durch das Recht der Vertragsstaaten: Die Gewährung von Freiheiten für den gewerblichen Luftverkehr wird bilateralen (oder multilateralen) Verträgen vorbehalten⁴⁴.

Da die Vertragsstaaten den Luftverkehr in ihrem Gebiet grundsätzlich frei regeln können, wären dementsprechend die Vertragsstaaten auch frei, entsprechende nationale Regelungen (vielleicht auch umweltrechtlicher Art) zu erlassen. Art. 11 und 12 verpflichten den

⁴¹ SR 0.748.0

⁴² Pariser Luftfahrtkonvention vom 13.10.1919 und Konvention von Havanna, 1928, näher Ipsen a. a. O S. 738 f., Rz. 4

⁴³ Es regelt in erster Linie den Durchflug über fremdes Staatsgebiet (Art. 6), der mit Genehmigung des jeweiligen Staates zulässig ist, das Offenhalten von Flughäfen für den internationalen Flugverkehr, die Frage von Flughafengebühren, die Führung von Kennzeichen (Art. 15, 20), Zoll- und Einreiseverfahren, das Verfahren bei Unfällen, Notfällen, die Sicherheitsvorkehrungen auf den Flughäfen (Art. 26, 25, 28); das Mitführen von Papieren und Funkeinrichtungen in Flugzeugen (Art. 29, 30), deren Betriebsfähigkeit (Art. 31) etc.

internationalen Flugverkehr, nationale Vorschriften zu beachten – allerdings unter Beachtung des Abkommens. Nationale Regelungen finden daher ihre Grenzen in der Pflicht der Vertragsstaaten, die internationale Luftfahrt zu erleichtern und zu beschleunigen, um „unnötige“ Verspätungen zu vermeiden (Art. 22). Die deutschen Restriktionen dürften gegen diese Pflicht verstoßen, da sie zwar keine „Sperrgebiete“ i. S. von Art. 9 darstellen, die aus militärischen oder sonstigen Ausnahmegründen zulässig sind; sie sind aber, wie oben ausgeführt, „unnötig“, ja noch mehr: Sie sind rechtswidrig und in hohem Maße geeignet, den internationalen Flugverkehr zu und vom Flughafen Zürich zu beeinträchtigen, weil er den internationalen Flugverkehr auf erheblich weniger Stunden als sonst üblich zusammendrängt, was wiederum zu komplizierten Umleitungen führt; diese Umleitungen finden ihre Grenze im Sicherheitsbereich, d. h. in den vorhandenen Kapazitäten des Flughafens Zürich, so dass, wie die Flughafen AG Zürich in dem Klageverfahren vor dem VGH Mannheim 2002/2003 ausführlich dargelegt hat, der freie Flugverkehr empfindliche Einbußen erleidet. Die aktuelle Entwicklung gibt dieser Schlussfolgerung recht, da ständig neue Anflugvarianten auftauchen, die aber entweder technisch nicht machbar oder rechtlich unzulässig oder politisch nicht durchsetzbar sind.⁴⁵

Aus der Sicht der Sperrzeiten gesehen, müssen die Restriktionen ferner als Verletzung von Art. 6, d. h. als Verweigerung des Durchflugs (bzw. dessen Genehmigung) in den fraglichen Sperrzeiten bezeichnet werden, für die, wie ausgeführt, kein sachlicher Grund besteht.

Da das Abkommen von Chicago nur Durchflugs- und Überflugsrechte gewährt, sind gleichzeitig mit dem Abkommen zwei Zusatzabkommen geschlossen worden, einmal die Vereinbarung über den Durchflug im Internationalen Fluglinienverkehr⁴⁶ und die Internationale Transportvereinbarung⁴⁷, die weitere „Luftfreiheiten“ gewährleisten⁴⁸, nämlich für den planmäßigen Fluglinienverkehr das Recht zum freien Überflug ohne Landung (*ohne* Genehmigung des jeweiligen Staates) und das Recht der Landung zu nicht gewerblichen Zwecken (Art. I Abschn. 1 S. 1); jeder Vertragsstaat kann die Strecke bzw. die Flughäfen bezeichnen, die von Flugverkehr einzuhalten bzw. zu benutzen sind.⁴⁹ Die deutschen Restriktionen dürften auch gegen dieses internationale Transitabkommen verstoßen, da sie,

⁴⁴ Ipsen u.a., Völkerrecht, 4. A., 1999, § 51 Rz. 6.

⁴⁵ Vgl. NZZ vom 16. 9. 03: Illusionen um „gekröpften Nordanflug“.

⁴⁶ Deutsches BGBI. 1956, Bd. II, S. 442, Stand 1989: 98 Vertragsparteien.

⁴⁷ Schweiz. Jahrbuch für internationales Recht, 1945, 280

⁴⁸ näher I. Ipsen, u.a. Völkerrecht, 4. A., 1999, § 51 Rz. 31

wie im Fall des Chicago-Abkommens (Art. 6), in den Sperrzeiten den freien Durch- und Überflug verweigern und darüber hinaus in den übrigen Zeiten (für die unter Einrechnung eines Nachtflugverbots von 24 bis 5 Uhr ein Zeitdefizit von 2,5 Stunden an Werktagen und 5,5 Stunden an Wochenenden und gesetzlichen Feiertagen entsteht) den Durch- und Überflug behindern. Auch „Umdeutungen“ der Restriktionen ändern an dieser Schlussfolgerung nichts,⁵⁰ da es auf deren Ergebnis ankommt.

Es fragt sich abschließend, in welchem Verhältnis das Chicago- und Transitabkommen zu dem Abkommen EG-Schweiz 1999 steht. Das Chicago- und das Transit-Abkommen regeln den Über- und Durchflug im internationalen Luftverkehr, während das Abkommen EG-Schweiz 1999⁵¹ den freien Zugang von Luftfahrtunternehmen der EG und der Schweiz zu allen Punkten der Gemeinschaft regelt und durch die Übernahme des luftrechtlichen *acquis communautaire* das Luftfahrtrecht der EG auf die Schweiz überträgt. Beide Abkommen stehen daher nebeneinander und ergänzen sich. Hinsichtlich des „Fliegens“ selbst dürfte allerdings das Abkommen 1999 *lex specialis* für den EG-Raum sein.

2.

Als Prüfungsmaßstab kommt schließlich das „Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über den Luftverkehr“ vom 2.5.1956⁵² in Betracht. Das Abkommen ist im Kontext des internationalen Luftverkehrs mit dem Chicago-Abkommen vom 7.12.1944 zu sehen, das die Frage von Start und Landungen des gewerblichen planmäßigen Linienverkehrs bilateralen Vereinbarungen überlassen hatte.

Das Abkommen, das ein provisorisches Übereinkommen vom 14.9.1920 ersetzt, stellt eine Fortentwicklung insoweit dar, als die Vertragsstaaten sich in Art. 2 Abs. 2 (ohne vorherige Bewilligung) gegenseitig gewähren: a) das Recht des Überflugs (bereits im Chicago-Abkommen enthalten); b) das Recht der Landung zu nicht gewerblichen Zwecken (bereits im

⁴⁹ Der Unterschied zu Chicago liegt darin, dass das Überflugsrecht jetzt *generell* (vorher nur mit spezieller Genehmigung) und neu Landerechte auch für nicht gewerbliche Zwecke erteilt werden.

⁵⁰ Der Einwand, die deutschen Restriktionen bezögen sich auf An- und Abflüge nach / von Zürich, wäre nicht stichhaltig, da diese gleichzeitig auch den Durch- und Überflug über deutschem Gebiet betreffen, da anders der Flugbetrieb in Zürich wegen des knappen Raums nicht möglich ist. Das ist bei grenznahen Flughäfen immer so und entspricht der internationalen Staatenpraxis. So wird z. B. von Österreich tschechischer bzw. slowakischer Luftraum mit Zustimmung der jeweiligen Staaten bei Wende- oder Ausweichmanövern von und zu grenznahen Flughäfen in Anspruch genommen, weil das gar nicht anders möglich ist.

⁵¹ Art. 16 des Abkommens EG-Schweiz legt den Vorrang des Abkommens nur gegenüber bilateralen Abkommen zwischen Mitgliedsstaaten der EG und der Schweiz fest, lässt also das Chicago- und Transitabkommen unberührt.

⁵² SR 0.748. 127.191.36, in Kraft getreten am 2.6.1957.

Transit-Abkommen enthalten); und c) das Recht des Ein- und Ausflugs zur Durchführung des gewerblichen internationalen Fluglinienverkehrs mit Fluggästen, Post und Fracht an den Orten in seinem Gebiet, die bei jeder nach Abs. 2 festgelegten Linie aufgeführt sind. Das Abkommen bedarf vorliegend jedoch keiner näheren Prüfung, da es obsolet geworden ist.

Art. 12 des Abkommens sagt nämlich, dass ein späteres *multilaterales* Luftverkehrsabkommen, das von beiden Vertragsstaaten angenommen wird, dem Abkommen vorgeht (*lex posterior derogat legi priori*). Als ein solches Abkommen ist das EG-Abkommen mit der Schweiz von 1999 anzusehen. Zwar ist es förmlich nur bilateral (Vertragspartner sind die EG und die Schweiz), de facto jedoch *multilateral*, da nach Art. 300 Abs. 7 EG-Vertrag Abkommen der EG mit Drittstaaten auch für die Mitgliedsstaaten verbindlich sind. Während das Abkommen 1956 die Freiheit des Luftverkehrs nur zwischen den beiden Staaten Deutschland und Schweiz regelt, gewährleistet das Abkommen EG-Schweiz von 1999 den freien Luftverkehr zwischen dem gesamten Gebiet der Gemeinschaft und der Schweiz. Für den vorliegenden Zusammenhang geht somit dem Abkommen von 1956 das Abkommen EG-Schweiz 1999 vor. Dies geht auch aus Art. 16 des Abkommens EG-Schweiz hervor, nach dem die Art. 15 und 16 (freier Zugang der Schweiz zum EG-Luftverkehr) den einschlägigen Bestimmungen der zweiseitigen Vereinbarungen zwischen der Schweiz und den Mitgliedsstaaten vorgehen.

Ausblick:

Der Fluglärmstreit ist, wie ausgeführt, ein vielschichtiges Problem, der unter allen erdenklichen Gesichtspunkten diskutiert wird, in dem aber rechtliche Erörterungen bisher nur eine geringe Rolle spielen. Dies ist paradox, da es in erster Linie um ein zwischenstaatliches Problem geht, das leicht zu lösen wäre, wenn die Fakten (kein Nachweis eines rechtlich fassbaren Lärmschutzproblems) zur Kenntnis genommen würden. Das Fehlen der rechtlichen Komponente (und damit klarer Stellungnahmen) in der Diskussion und die dadurch bewirkte Unsicherheit bei den Akteuren hat dazu beigetragen, dass alles restlos festgefahren erscheint: In den Debatten und rechtshängigen Verfahren findet ein Kampf aller gegen alle statt, weil alle Akteure irgendwie auch betroffen sind, sei es rechtlich, politisch, finanziell etc. In technischer oder politischer Hinsicht erscheinen alle Flugvarianten als ausgeschlossen oder unzulässig oder nicht durchsetzbar zu sein. Die vorliegenden Ausführungen sollen dazu beitragen, für dieses wichtige Thema die rechtliche Dimension aufzuzeigen und deren Diskussion voranzutreiben. Die Frage des Rechtsschutzes der schweizerischen Betroffenen vor deutschen Gerichten und vor dem Europäischen Gerichtshof in Luxemburg sowie die Optionen formeller oder informeller Eingaben bei der Europäischen Kommission in Brüssel konnte aus Raumgründen nicht erörtert werden; sie bleibt einer gesonderten Abhandlung vorbehalten.

