

# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **BESCHLUSS**

BVerwG 4 C 4.04  
VGH 8 S 2209/02

Verkündet  
am 4. Mai 2005  
Holler  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 4. Mai 2005  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht  
Dr. P a e t o w und die Richter am Bundesverwaltungsgericht H a l a m a ,  
Prof. Dr. R o j a h n , Dr. J a n n a s c h und die Richterin am Bundesverwal-  
tungsgericht Dr. P h i l i p p

beschlossen:

Das Verfahren wird im Hinblick auf das beim Gerichtshof der  
Europäischen Gemeinschaften anhängige Verfahren der  
Schweizerischen Eidgenossenschaft gegen die Kommission der  
Europäischen Gemeinschaften (Rechtssache C-70/04)  
ausgesetzt.

#### G r ü n d e :

##### I.

Die Klägerin, eine Fluggesellschaft, die den Flughafen Zürich als Heimatflughafen  
und Verkehrsdrehkreuz (Hub) nutzt, wendet sich gegen die Festlegung von Anflug-  
verfahren für diesen Flughafen durch Verordnung des Luftfahrt-Bundesamts.

Der auf Schweizer Territorium liegende Flughafen befindet sich etwa 15 km südlich  
der Grenze zur Bundesrepublik Deutschland. Er verfügt über drei Start- und Lande-  
bahnen, von denen die beiden längeren in nordwestlich/südöstlicher Richtung verlau-

fenden (14/32 sowie 16/34) zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung mit funktionsfähigeren Instrumentenanflugssystemen ausgestattet waren als die kürzere in west/östlicher Richtung liegende Start- und Landebahn 10/28. Bei 95 % aller Anflüge wurde der deutsche Luftraum überflogen. Die schweizerische Flugsicherung übt die Flugverkehrskontrolle für den An- und Abflug zum/vom Flughafen Zürich auch auf einem Teil des deutschen Hoheitsgebiets aus.

Am 17. September 1984 haben die Schweiz und die Bundesrepublik Deutschland eine Regelung für An- und Abflüge zum/vom Flughafen Zürich über deutsches Hoheitsgebiet getroffen, die unter anderem Nachtflugbeschränkungen enthielt. Mit Schreiben vom 22. Mai 2000 kündigte das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen diese Vereinbarung und erklärte seine Absicht, die An- und Abflüge mengenmäßig und zeitlich zu beschränken. In der Folgezeit kam es zu Vertragsverhandlungen. Am 18. Oktober 2001 wurde ein Staatsvertrag "über die Durchführung der Flugverkehrskontrolle durch die Schweizerische Eidgenossenschaft über deutschem Hoheitsgebiet und über Auswirkungen des Betriebs des Flughafens Zürich auf das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland" unterzeichnet. Darin wurden zeitlich bis Februar 2005 gestaffelt für die Anflüge nach Zürich zeitliche und mengenmäßige Beschränkungen vereinbart. Dieser Vertrag trat jedoch nicht in Kraft. Der Deutsche Bundestag stimmte ihm am 17. Mai 2002 zu, der Bundesrat legte am 12. Juli 2002 Einspruch ein, über dessen Zurückweisung der Bundestag nicht entschieden hat. Der Schweizer Nationalrat lehnte den Vertrag in seiner Sitzung vom 19. Juni 2002 ab. Am 18. März 2003 wurde die Ratifikation des Staatsvertrags vom Schweizer Ständerat endgültig abgelehnt. Dies wurde der Bundesrepublik Deutschland am 26. März 2003 offiziell mitgeteilt.

Mit der am 1. September 2001 in Kraft getretenen Zweihundertvierten Durchführungsverordnung (204. DVO) zur Luftverkehrs-Ordnung (LuftVO) vom 6. August 2001 (BAnz. S. 17861) legte das Luftfahrt-Bundesamt die Flugverfahren für Anflüge über deutsches Territorium zum Flughafen Zürich fest. Dabei wurden - auch als Folge der Neuordnung des europäischen Flugverkehrs - drei Anfangsanflugfixe (EKTRIT über Bad Säckingen, RILAX über Donaueschingen und SAFFA über Schaffhausen) bestimmt und die weiteren Anflugverfahren geregelt. Mit der am 19. Oktober 2001 in Kraft getretenen Zweiten Änderungsverordnung zur 204. DVO vom 17. September

2001 (BAnz. S. 21001) wurden tageszeitliche Beschränkungen für die Anflüge auf die Landebahnen 14 und 16 getroffen. Danach darf deutsches Hoheitsgebiet vorbehaltlich näher umschriebener Ausnahmen (Gründe der Sicherheit, Wetterbedingungen etc.) nur zwischen 6 und 22 Uhr überflogen werden. Anflüge auf die Landebahn 28 dürfen zwischen 22 und 6 Uhr eine Flughöhe von 10 000 Fuß nicht unterschreiten. Durch die am 27. Oktober 2002 in Kraft getretene Vierte Änderungsverordnung zur 204. DVO vom 27. August 2002 (BAnz. S. 21353) wurden die zeitlichen Beschränkungen an Samstagen, Sonntagen und in Baden-Württemberg geltenden gesetzlichen Feiertagen auf die Zeit von 20 bis 9 Uhr ausgedehnt. Mit der Zweihundertdreizehnten Verordnung vom 15. Januar 2003 (BAnz. S. 813 - 213. DVO) sind in § 2 Abs. 6 dieselben Regelungen in einer konsolidierten Fassung getroffen worden; in dieser Fassung waren sie Gegenstand des Urteils des Verwaltungsgerichtshofs.

Die Klägerin hat am 26. September 2002 Klage beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg erhoben und die Feststellung beantragt, dass die in § 2 Abs. 6 der 213. DVO festgelegten Beschränkungen sie in ihren Rechten verletzt. Nach ihrer Auffassung ist die Regelung nicht von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt. Sie verstoße ferner gegen Völkerrecht, stelle einen unzulässigen Eingriff in die europarechtlich garantierte Freiheit zur Erbringung von Luftverkehrsdienstleistungen sowie eine Verletzung des Luftverkehrsabkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz dar und sei abwägungsfehlerhaft.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat die Klage mit Urteil vom 24. Januar 2003 abgewiesen. Die angegriffene Verordnung verletze die Klägerin nicht in ihren Rechten. Es sei unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu beanstanden, dass die Bundesrepublik Deutschland zu bestimmten, besonders sensiblen Zeiträumen den Landeanflug auf den Flughafen Zürich über deutsches Hoheitsgebiet untersage bzw. beschränke. Die in § 2 Abs. 6 der 213. DVO festgelegten zeitlichen Beschränkungen seien durch die Ermächtigungsgrundlage in § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LuftVG i.V.m. § 27 a LuftVO gedeckt. Allerdings sei das Luftfahrt-Bundesamt im Rahmen dieser Ermächtigung darauf beschränkt, den vorhandenen Lärm zu verteilen, ohne die eigentliche Störquelle beseitigen zu können, weil diese durch anderweitig ergangene Entscheidungen zugelassen worden sei. § 27 a LuftVO ermächtige auch zu tageszeitabhängigen Regelungen. Die Ermächtigungsgrundlage in § 32 Abs. 1

Satz 1 Nr. 15 LuftVG stehe wegen seiner anderen Zielrichtung nicht entgegen. Die DVO verstoße nicht gegen die sog. Erste Luftverkehrsfreiheit nach der Transitvereinbarung vom 7. Dezember 1944 i.V.m. dem Chicagoer Abkommen vom selben Tag, da Landeanflüge hiervon nicht mit erfasst seien. Die Transitvereinbarung spreche nur von einem Überflug "ohne Landung". Auch die Staatenpraxis gehe davon aus, dass das Durchqueren fremden Luftraums beim Landeanflug durch Staatsvertrag geregelt werde. Die Klägerin werde auch nicht im Hinblick auf Art. 49 EG-Vertrag und die Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs in Verbindung mit dem Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EG in ihren Rechten verletzt. Flugrouten seien nicht Bestandteil der in diesem Zusammenhang gewährleisteten Luftverkehrsfreiheit. Davon abgesehen unterliege die Ausübung von Verkehrsrechten den einzelstaatlichen Vorschriften in den Bereichen Sicherheit und Umweltschutz. Die Verordnung verstoße auch nicht gegen Grundrechte. Schließlich sei der Beklagten kein Abwägungsfehler unterlaufen. Es spreche nichts dafür, dass den Luftverkehrsgesellschaften im Hinblick auf die Festlegung genereller Flugverfahren abwägungsbeachtliche Belange zustünden. Davon abgesehen seien die Interessen der Klägerin angemessen berücksichtigt worden. Dies ergebe sich schon daraus, dass die Verordnung im Wesentlichen die Regelungen des (nicht ratifizierten) Staatsvertrags übernommen habe. Diesem seien eingehende Verhandlungen vorausgegangen, die sich mit nichts anderem beschäftigt hätten, als den Belangen der Klägerin dieses und des Parallelverfahrens und der Anwohner in der Schweiz einerseits sowie den Lärmschutz- und Umweltinteressen der vor allem vom Tourismus lebenden süddeutschen Region andererseits. Dabei sei auch das Interesse der Klägerin an der Nutzung des Flughafens Zürich als Heimatflughafen und als Luftverkehrs-Drehkreuz in die Abwägung eingestellt worden. Allerdings habe auch berücksichtigt werden dürfen, dass spätestens seit der Kündigung des Verwaltungsabkommens im Mai 2000 und damit schon vor der Gründung der Klägerin am 31. Mai 2002 mit einer Änderung der Flugverfahren im deutschen Luftraum habe gerechnet werden müssen.

Die Klägerin hat die vom Senat zugelassene Revision eingelegt.

Während des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht wurde die Zweihundertdreizehnte DVO durch die Erste Änderungsverordnung vom 4. April 2003 (BAnz. S. 7789) und die Zweite Änderungsverordnung vom 1. Oktober 2003 (BAnz. S. 22885) geändert und nach einer Neuregelung der Anfangsanflugfixe als Zweihundertzwanzigste DVO vom 10. März 2005 (BAnz. S. 4021) neu gefasst (Inkrafttreten 14. April 2005). Die zeitlichen Beschränkungen in § 2 Abs. 6 lauten nunmehr:

Die Instrumentenanflugverfahren nach Absatz 5 Nr. 1 bis 6 (Anflüge auf die Pisten 14 und 16) dürfen über deutschem Hoheitsgebiet nur in der Zeit zwischen 07.00 und 21.00 Uhr Ortszeit genutzt werden; an Samstagen, Sonntagen sowie den gesetzlichen Feiertagen Neujahr, Erscheinungsfest (6. Januar), Karfreitag, Ostermontag, 1. Mai, Christi Himmelfahrt, Pfingstmontag, Fronleichnam, Tag der deutschen Einheit (3. Oktober), Allerheiligen (1. November), Erster und Zweiter Weihnachtsfeiertag ist die Nutzung nur in der Zeit zwischen 09.00 und 20.00 Uhr Ortszeit zulässig.

Bei der Nutzung der Instrumentenanflugverfahren nach Absatz 5 Nr. 7 bis 9 (Anflüge auf die Pisten 28 und 34) ist das deutsche Hoheitsgebiet in der Zeit zwischen 21.00 und 07.00 Uhr Ortszeit, an Samstagen, Sonntagen sowie den gesetzlichen Feiertagen Neujahr, Erscheinungsfest (6. Januar), Karfreitag, Ostermontag, 1. Mai, Christi Himmelfahrt, Pfingstmontag, Fronleichnam, Tag der deutschen Einheit (3. Oktober), Allerheiligen (1. November), Erster und Zweiter Weihnachtsfeiertag zusätzlich zwischen 07.00 und 09.00 Uhr sowie zwischen 20.00 und 21.00 Uhr Ortszeit nicht unterhalb einer Flughöhe von Flugfläche 120 zu überfliegen.

Am 10. Juni 2003 hat die Schweizerische Eidgenossenschaft bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften beantragt, diese möge entscheiden, dass Deutschland die 213. DVO zur LuftVO zur Festlegung von Flugverfahren für An- und Abflüge nach Instrumentenflugregeln zum und vom Flughafen Zürich nicht weiter anwenden darf. Diesen Antrag hat die Kommission mit Entscheidung vom 5. Dezember 2003 (ABI EG vom 8. Januar 2004 Nr. L 4 S. 13) abgelehnt. Hiergegen hat die Schweiz Klage beim Europäischen Gerichtshof erhoben, die unter dem Aktenzeichen Rs. C-70/04 anhängig ist.

Die Klägerin trägt zur Begründung ihrer Revision vor: Die nach Erlass des Urteils des Verwaltungsgerichtshofs erfolgte Änderung der 213. DVO sei im Revisionsverfahren zu berücksichtigen. § 27 a LuftVO bilde keine hinreichende Rechtsgrundlage für die Festlegung von Anflugverfahren, mit denen Lärmvorsorge betrieben werden solle.

Die Vorschrift sei ferner nicht für den An- und Abflug zu oder von ausländischen Flughäfen anwendbar und dürfe keine kapazitätsbeschränkenden Wirkungen herbeiführen. Sie ermächtige auch nicht zu zeitlichen Einschränkungen. Mit ihr dürfe keine Lärmvorsorge betrieben werden. Im Übrigen werde unzulässig in die dem Flughafen Zürich erteilte Konzession eingegriffen. Ferner sei die angegriffene Verordnung nicht mit der Transitvereinbarung vom 7. Dezember 1944 i.V.m. dem Chicagoer Abkommen vereinbar. Die Luftverkehrsunternehmen seien in deren Schutzbereich einbezogen. Auch der Landeanflug sei vom Überflugrecht erfasst.

Die Verordnung sei überdies abwägungsfehlerhaft. Als Luftverkehrsgesellschaft könne sie sich auf eigene Belange berufen, insbesondere auf ihr Interesse, eine Strecke möglichst ohne Umwege bedienen zu können. Es sei ihr außerdem nicht verwehrt, sich auch auf die Interessen der Schweizer Bürger und Gemeinden zu berufen, deren Lärmbelastung als Folge der angegriffenen Verordnung zunehme. Es fehle eine ausreichende Feststellung der abwägungsbeachtlichen Tatsachen. Ihre Interessen seien im Übrigen von der Schweizer Regierung in den Staatsvertragsverhandlungen keineswegs ausreichend berücksichtigt worden. Das Luftfahrt-Bundesamt hätte nicht lediglich den Inhalt des Staatsvertrags übernehmen dürfen. Es werde rechtswidrig in ihr Eigentumsrecht nach der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie in ihre Grundrechte aus Art. 2, 3, 12 und 14 GG eingegriffen.

Die angegriffene Verordnung verstoße ferner gegen die nach Art. 3 des Luftverkehrsabkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz anzuwendende Dienstleistungsfreiheit in Verbindung mit der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92. Als Strecke sei die direkte Verbindung zwischen zwei Flughäfen anzusehen. Es liege eine unzulässige indirekte Diskriminierung vor. Durch die Beschränkungen werde ihre Wettbewerbsposition erheblich beeinträchtigt; denn nur sie betreibe in Zürich ein Drehkreuz. Der darin liegende Eingriff sei nicht gerechtfertigt. Bei der Entscheidung über die Zulassung des Flughafens Zürich seien bereits sämtliche inländische und ausländische Belange abgewogen worden. Die Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 lasse eine isoliert mitgliedstaatliche Betrachtungsweise nicht zu. Das Bundesverwaltungsgericht sei durch die Entscheidung der Europäischen Kommission nicht gehindert, dennoch eine Verletzung der Klägerin in ihren Rechten durch die angegriffene Verordnung zu bejahen. Im Übrigen komme im Hinblick auf die vor dem

Europäischen Gerichtshof anhängige Nichtigkeitsklage eine Aussetzung des Verfahrens in Betracht.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 24. Januar 2003 zu ändern und festzustellen, dass die Klägerin durch § 2 Abs. 6 der 220. Durchführungsverordnung zur Luftverkehrsverordnung vom 10. März 2005 in ihren Rechten verletzt wird.

Der Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Soweit nunmehr die zeitlichen Beschränkungen erweitert worden seien, stelle der Antrag der Klägerin eine im Revisionsverfahren unzulässige Klageänderung dar, denn der Klagegrund sei nicht mehr im Kern unverändert. Einen Eingriff in die Zulassung des Flughafens Zürich nehme die angegriffene Verordnung nicht vor. Sie regle nicht "den" Anflug auf den Flughafen Zürich und enthalte keine Betriebsregelung für diesen Flughafen. Die Entscheidung über Planung, Lage und Ausrichtung sowie Betrieb des Flughafens Zürich trafen Legislative und Exekutive der Schweiz. Ein Staat könne jedoch nicht durch eine einseitige Planung den Nachbarstaat verpflichten, Infrastruktur oder Territorium in bestimmter Weise zur Verfügung zu stellen. Daher sei die grenzüberschreitende Planung ein klassisches Feld für staatsvertragliche Regelungen. Eine solche sei jedoch für den Flughafen Zürich nicht zustande gekommen. Eine Bindung der Bundesrepublik Deutschland könne nicht allein auf die Zulassung des Flughafens durch Schweizer Stellen gestützt werden. Im Übrigen gebe es auch bei deutschen Flughäfen Sektoren, über denen keine Flugrouten verlaufen, beispielsweise über bestimmten Kurorten. Die Anordnung von Flugverfahren stelle primär eine Verkehrsregelung dar; dem stehe nicht entgegen, dass vorliegend Beschränkungen aus Gründen des Lärmschutzes getroffen worden seien. Auch die Transitvereinbarung von 1944 werde nicht betroffen. Eine Verletzung von Grundrechten scheidet aus. Die Abwägung sei nicht zu beanstanden; ohnehin könne sich die Klägerin lediglich auf ihre eigenen Belange berufen. Dem Ordnungsgeber sei es nicht verwehrt, Gesichtspunkte der Lärmvorsorge oder der besonderen Schutzwürdigkeit einer vom Tourismus abhängigen Region in seine Abwägung einzubeziehen.



hen. Die DVO verstoße auch nicht gegen Europarecht in Verbindung mit dem Luftverkehrsabkommen. Insoweit sei der Entscheidung der Kommission vom 5. Dezember 2003 zuzustimmen. Die Dienstleistungsfreiheit werde nicht verletzt. Verkehrsrechte nach der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 würden nicht eingeschränkt. Diese Verordnung enthalte keine Aussagen zu Flugrouten. Eine Diskriminierung sei zu verneinen; hierfür reiche nicht aus, dass ein Wettbewerber einen Vorteil erlange. Selbst wenn man einen Eingriff in ein Verkehrsrecht bejahen wolle, sei dieser nach Art. 8 der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 gerechtfertigt, insbesondere verhältnismäßig.

Die Beigeladenen verteidigen, ohne einen Antrag zu stellen, ebenfalls das angegriffene Urteil. Ergänzend heben sie hervor, die Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 sei nicht auf Flüge nach Destinationen jenseits der Europäischen Union und des Europäischen Wirtschaftsraums und damit auch nicht auf Interkontinentalflüge anwendbar, die typischerweise am frühen Morgen eintreffen. Mit dieser Verordnung und dem Luftverkehrsabkommen sei nicht der gesamte *aquis communautaire* des Art. 49 EG-Vertrag übernommen worden. Im Übrigen erfolge keine Schlechterstellung gegenüber deutschen Flughäfen oder Fluggesellschaften, denn es habe seit Beginn der 80er Jahre, jedenfalls aber nach der Kündigung der Verwaltungsvereinbarung im Jahre 2000, Veranlassung bestanden, die Pistenkonfiguration und die Ausstattung mit einem Instrumentenlandesystem voranzubringen. Die Bundesrepublik Deutschland habe sich nicht völkerrechtlich verpflichtet, Start- und Landeanflüge am Flughafen Zürich zu dulden. Dies zeigten die eingeholten Stellungnahmen der wichtigsten Luftrechtsinstitute der Welt und davon gehe auch die Schweizer Bundesregierung aus. Darauf, dass der Landkreis Waldshut weniger dicht besiedelt sei, als der Großraum Zürich, komme es nicht an. Es lägen keine Abwägungsfehler vor. Bereits bei den Verhandlungen zum - nicht zustande gekommenen - Staatsvertrag seien die Belange der Beigeladenen von der Bundesregierung als von nur regionaler Bedeutung eher zu gering gewichtet worden.

## II.

Die Klage ist, auch soweit die Klägerin die Feststellung begehrt, durch die erst während des Revisionsverfahrens in Kraft getretenen Änderungen des § 2 Abs. 6 der

213. DVO in eigenen Rechten verletzt zu sein, zulässig (1.). Über die begehrte Feststellung kann jedoch gegenwärtig nicht abschließend entschieden werden. Zu Recht ist der Verwaltungsgerichtshof zwar zu dem Ergebnis gelangt, dass § 2 Abs. 6 der Durchführungsverordnung nicht gegen innerstaatliches deutsches Recht (2.) und nicht gegen die Transitvereinbarung in Verbindung mit dem Chicagoer Abkommen (3.) verstößt. Soweit es um eine etwaige Verletzung von Rechten der Klägerin wegen der behaupteten Unvereinbarkeit der angegriffenen Regelung mit dem Luftverkehrsabkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz sowie mit der Verordnung (EWG) 2408/92 geht, ist jedoch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs im anhängigen Rechtsstreit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vorgreiflich. Im Hinblick auf diesen Rechtsstreit setzt der Senat das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO aus (4.).

1. Die Klägerin kann ihr Feststellungsbegehren auch auf die in § 2 Abs. 6 der Zweihundertdreizehnten Durchführungsverordnung (213. DVO) zur Luftverkehrsverordnung (LuftVO) enthaltenen Beschränkungen in der Fassung, die sie durch die Änderungen vom 4. April 2003 (BAnz. S. 7789) und 1. Oktober 2003 (BAnz. S. 22885) erhalten hat, sowie deren Neufassung in der Zweihundertzwanzigsten Durchführungsverordnung vom 10. März 2005 (BAnz. S. 4021) erstrecken, obwohl diese Rechtsvorschriften erst nach Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens erlassen worden sind. Das Revisionsgericht hat Rechtsänderungen, die während des Revisionsverfahrens eintreten, im gleichen Umfang zu beachten, wie sie die Vorinstanz berücksichtigen müsste, wenn sie jetzt entschiede (BVerwG, Urteile vom 26. November 2003 - BVerwG 9 C 6.02 - BVerwGE 119, 245, vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - BVerwGE 121, 152 <156> und vom 21. Oktober 2004 - BVerwG 4 C 2.04 - NVwZ 2005, 211). Dies gilt auch, wenn die Rechtsänderung das Rechtsverhältnis gestaltet, auf dessen Feststellung die Klage gerichtet ist. In der Einbeziehung der neuen oder geänderten Rechtsverordnung liegt in aller Regel keine nach § 142 Abs. 1 Satz 1 VwGO im Revisionsverfahren unzulässige Klageänderung (vgl. BVerwGE 119, 245). Das ist auch hier nicht der Fall. Der Klagegrund - die Beschränkung der Nutzung der Instrumentenanflugverfahren in zeitlicher Hinsicht sowie hinsichtlich der Flughöhe - bleibt durch die Einbeziehung der Neuregelungen im Kern derselbe. Zwar ist die in der Zweiten Änderungsverordnung zur 213. DVO vom 1. Ok-

tober 2003 vorgesehene Ausdehnung der Beschränkungen an Werktagen auf den Zeitraum von 21 bis 7 Uhr statt zuvor von 22 bis 6 Uhr nicht unerheblich. Damit wird indes die Regelung nicht grundlegend verändert. Denn sie zielt weiterhin auf zeitliche Beschränkungen für die Benutzung des deutschen Luftraums.

Dem Antrag der Klägerin steht vorliegend auch keine anderweitige Rechtshängigkeit entgegen, denn sie hat keine erneute Feststellungsklage beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg erhoben. Die Stellung eines - erfolglos gebliebenen - Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hinsichtlich der Ersten Änderungsverordnung zur 213. DVO vom 4. April 2003 beim Verwaltungsgerichtshof (Beschluss vom 31. Juli 2003 - 8 S 1212/03) ändert daran nichts.

2. § 2 Abs. 6 der 220. DVO verletzt keine sich aus innerstaatlichem deutschem Recht ergebenden Rechte der Klägerin.

2.1 Die angegriffene Regelung findet ihre Rechtsgrundlage in § 27 a Abs. 2 Satz 1 LuftVO. Danach ist das Luftfahrt-Bundesamt ermächtigt, bei An- und Abflügen zu und von Flugplätzen mit Flugverkehrskontrollstelle die Flugverfahren einschließlich der Flugwege, Flughöhen und Meldepunkte durch Rechtsverordnung festzulegen. Die Vorschrift beruht auf § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LuftVG. Sie ermächtigt das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, durch Rechtsverordnung Bestimmungen über das Verhalten im Luftraum und am Boden unter Einschluss von Start und Landung zu treffen. § 32 Abs. 3 Satz 3 LuftVG lässt es zu, die Regelung der Einzelheiten über die Durchführung dieser Verhaltenspflichten durch Rechtsverordnung auf das Luftfahrt-Bundesamt zu übertragen. Bei der Festlegung von Flugverfahren handelt es sich nach der gesetzgeberischen Konzeption in erster Linie um ein sicherheitsrechtliches Instrument, das der Verhaltenssteuerung insbesondere bei An- und Abflügen zu und von näher bezeichneten Flugplätzen dient (vgl. Urteil vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - a.a.O., S. 158). Ohne derartige Regelungen dürfte angesichts der inzwischen erreichten Verkehrsdichte kein größerer Verkehrsflughafen mehr betrieben werden können. Bei der Festlegung von Flugverfahren ist jedoch zugleich dem Lärmschutz der Bevölkerung Rechnung zu tragen. Dies hat der Senat ebenfalls in seinem Urteil vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - (a.a.O.) näher dargelegt.

Die Reichweite der Ermächtigungsgrundlage wird auch nicht verlassen, wenn eine Verordnung, wie vorliegend die 213. DVO, mit der Zielrichtung geändert wird, den Schutz einer wegen des Fremdenverkehrs besonders schutzbedürftigen Region vor Fluglärm, der die Schwelle zur Unzumutbarkeit nicht überschreitet, zu verstärken. Es bestehen entgegen der Auffassung der Klägerin auch keine Bedenken dagegen, bei Regelungen über Flugverfahren zeitliche Beschränkungen und Vorgaben für eine Mindesthöhe zu regeln. Beides kann, wie der Verwaltungsgerichtshof zutreffend dargelegt hat, aus flugbetrieblichen Gründen ebenso wie unter Gesichtspunkten des Lärmschutzes geboten sein. Auch dem Einwand der Klägerin, die angegriffene Verordnung habe nur auf § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 15 LuftVG gestützt werden können und daher nach § 32 Abs. 1 Satz 5 LuftVG der Beteiligung des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit bedürftig ist, ist der Verwaltungsgerichtshof zu Recht nicht gefolgt. Denn diese Ermächtigung hat eine andere Zielrichtung. Sie betrifft spezifische Maßnahmen zur Geräuschkürzung am Luftfahrzeug oder bei seinem Betrieb. Demgegenüber regeln Rechtsverordnungen nach § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 LuftVG das Verhalten von Luftfahrzeugen insgesamt, wobei sich der Schutz der Bevölkerung vor Fluglärm dem vorrangigen Ziel, die Sicherheit des Luftverkehrs zu gewährleisten, unterordnen muss (vgl. Urteil vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - a.a.O.).

Die Ermächtigungsgrundlage in § 32 Abs. 1 Satz 1 LuftVG i.V.m. § 27 a LuftVO erstreckt sich auch auf die Regelung von Flugverfahren derjenigen Luftfahrzeuge, die einen ausländischen Flughafen anfliegen oder von diesem abfliegen. Damit wird entgegen der Auffassung der Klägerin nicht der Betrieb des ausländischen Flughafens geregelt oder in dessen Bestand eingegriffen. Die Verordnung regelt, wie sie selbst in ihrem Vorspruch klarstellt, die An- und Abflugverfahren für Flüge nach Instrumentenflugregeln zum und vom Flughafen Zürich nur, soweit deutsches Hoheitsgebiet betroffen ist. Sie enthält damit in allgemeiner Form eine Regelung der Flugwege und der bei ihrer Nutzung zu beachtenden Beschränkungen bis zum Verlassen des deutschen Hoheitsgebiets bzw. ab dem Einflug in dieses Gebiet. Sie stellt damit, wie der Verwaltungsgerichtshof zutreffend hervorhebt, einen Teil des deutschen Luftraums für den Anflug auf einen ausländischen Flughafen zur Verfügung.

Die Klägerin meint demgegenüber, § 27 a LuftVO bilde keine hinreichende Rechtsgrundlage für die Festlegung von Anflugverfahren zu und von ausländischen Flughäfen. Aus Kompetenzgründen und wegen der territorialen Beschränkung auf das eigene Hoheitsgebiet könne das Luftfahrt-Bundesamt nicht gewährleisten, dass nur eine Verteilung des Lärms erfolge und nicht unzulässig in die Entscheidungen der Schweiz über den Betrieb des Flughafens Zürich eingegriffen werde. Daher seien seine Befugnisse noch weiter eingeschränkt, als bei inländischen Flughäfen. Die Klägerin verweist in diesem Zusammenhang auf Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts, wonach das Luftfahrt-Bundesamt aus Kompetenzgründen darauf beschränkt ist, den vorhandenen Lärm gleichsam zu "bewirtschaften", ohne die eigentliche Störquelle beseitigen zu können, weil diese durch anderweitig ergangene Entscheidungen zugelassen worden ist (vgl. Urteile vom 28. Juni 2000 - BVerwG 11 C 13.99 - BVerwGE 111, 276 <281>, vom 26. November 2003 - BVerwG 9 C 6.02 - BVerwGE 119, 245 <256> und vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - BVerwGE 121, 152 <159>). Dieser Argumentation kann jedoch schon im Ansatz nicht gefolgt werden. Mit der Regelung der Flugverfahren über deutschem Territorium erfolgt kein Eingriff in Anflugwege, die in ihrem Bestand geschützt wären. Vielmehr wird ein Anflugverfahren in seinen räumlichen und zeitlichen Dimensionen zur Verfügung gestellt und damit ein Anflug ermöglicht. Es existiert in derartigen Fällen auch keine Planfeststellung, Genehmigung oder Betriebsregelung einer deutschen Behörde, an die das Luftfahrt-Bundesamt kraft innerstaatlichen Rechts gebunden wäre, weil sie die Entscheidungsbefugnis der Luftfahrtbehörde des betreffenden Bundeslandes zu beachten hätte. Das den genannten Urteilen zugrunde liegende Modell der Aufgabenteilung zwischen Bundes- und Landesbehörden und der daraus resultierenden Kompetenzgrenzen passt daher nicht.

Inwieweit das Luftfahrt-Bundesamt bei der Festlegung von Flugverfahren Genehmigungen und Betriebsregelungen eines Nachbarstaates zu berücksichtigen hat, richtet sich nach den maßgeblichen völkerrechtlichen Verpflichtungen. Die Bundesrepublik Deutschland ist aufgrund ihrer Gebietshoheit befugt, die Nutzung ihres Staatsgebiets zu regeln. Dabei hat sie sich an völkerrechtliche und europarechtliche Bindungen und Verpflichtungen zu halten. Bei grenznahen Flughäfen werden hierfür im Allgemeinen völkerrechtliche Verträge abgeschlossen oder andere Vereinbarungen getroffen. Dies ändert aber nichts daran, dass das Luftfahrt-Bundesamt ermächtigt bleibt, das

Flugverfahren insoweit zu regeln, als es um den Überflug deutschen Territoriums geht. Lediglich in einem - hier nicht gegebenen - Fall, in dem die Bundesrepublik Deutschland sich vertraglich verpflichtet hat, eine ausländische Entscheidung über die Errichtung und den Betrieb eines im Ausland liegenden grenznahen Flughafens in ähnlicher Weise wie bei einem inländischen Flughafen als auch nach deutschem Recht bindend zu behandeln (vgl. zum Flughafen Salzburg den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12. März 1986 - 1 BvL 81/79 - BVerfGE 72, 66 <69 f.>), käme eine Übertragung des in den genannten Urteilen entwickelten Gedankens in Betracht, wonach das Luftfahrt-Bundesamt darauf beschränkt sei, "den Lärm zu bewirtschaften".

2.2 Der Verwaltungsgerichtshof ist zu dem Ergebnis gelangt, der Beklagten sei kein die Rechte der Klägerin verletzender Abwägungsfehler unterlaufen. Dies steht mit Bundesrecht im Einklang.

2.2.1 Das Luftfahrt-Bundesamt hat bei der Festlegung von An- und Abflugverfahren eine Abwägungsentscheidung zu treffen (BVerwG, Urteile vom 28. Juni 2000 - BVerwG 11 C 13.99 -, vom 26. November 2003 - BVerwG 9 C 6.02 - und vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - jeweils a.a.O.). Diese ist gerichtlich überprüfbar, aber nicht an den zum Abwägungsgebot im Fachplanungsrecht entwickelten Grundsätzen zu messen. In welchem Umfang das Luftfahrt-Bundesamt bei der Festlegung von Flugverfahren einer Abwägungspflicht unterliegt, richtet sich nach den gesetzlichen Vorgaben und im Übrigen nach dem rechtsstaatlich für jede Abwägung unabdingbar Gebotenen. Die Festlegung von Flugverfahren ist in erster Linie ein Instrument des Sicherheitsrechts, das der sicheren Abwicklung des Flugverkehrs dient. Das Luftfahrt-Bundesamt darf sich bei seiner Entscheidung jedoch nicht ausschließlich von Sicherheitsüberlegungen leiten lassen. Es hat eine Abwägungsentscheidung zu treffen, bei der auch andere Belange zu berücksichtigen sind. Insbesondere ist dem Interesse der Bevölkerung am Schutz vor dem mit dem Luftverkehr verbundenen Lärm Rechnung zu tragen. Das gilt auch, wenn der Lärm die Zumutbarkeitsschwelle nicht überschreitet. Dies hat der Senat im Urteil vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - (a.a.O.) im Einzelnen ausgeführt.

Bei einem *inländischen* Flughafen hat das Luftfahrt-Bundesamt bei seiner Abwägung die von der zuständigen Landesluftfahrtbehörde in der Planfeststellung und der luftverkehrsrechtlichen Genehmigung des Flughafens getroffenen Entscheidungen zu beachten. Deren Ausnutzung darf es nicht vereiteln. Daher ist es gehindert, Regelungen zu treffen, die im Widerspruch zu bereits erlassenen Entscheidungen über den Betrieb des Flughafens stehen, und insoweit darauf beschränkt, den vorhandenen Lärm gleichsam zu "bewirtschaften" (vgl. BVerwGE 111, 276 <281>; 119, 245 <256>; Urteil vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - a.a.O., S. 159, 162). Daraus folgt indes auch für den Betreiber eines deutschen Flughafens kein Anspruch auf Benutzung bestimmter An- oder Abflugrouten während der gesamten Betriebszeit. Auch das generelle Interesse der Luftverkehrsgesellschaften an einer geordneten, sicheren und zügigen Abwicklung des Luftverkehrs gehört zu den bei der Abwägung in typisierter Form einzubeziehenden Belangen. Doch haben diese die Besonderheiten eines Flughafens als Infrastruktureinrichtung, die sich aus der örtlichen Lage oder anderen Umständen ergeben, hinzunehmen und sich darauf einzustellen.

Bei einem *ausländischen* Flughafen ist der Abwägungsspielraum - vorbehaltlich zu beachtender völker- und europarechtlicher Bindungen - weiter. Wie bereits dargelegt, können die Behörden eines angrenzenden Staates durch Entscheidungen über die Anlegung und den Betrieb eines Flughafens nicht mit bindender Wirkung für deutsche Behörden festlegen, in welchem Umfang Deutschland seinen Luftraum für An- und Abflüge zu und von dem Flughafen zu öffnen hat. Eine deutsche Behörde kann den von einem ausländischen Flughafen ausgehenden Lärm auch nicht "bewirtschaften". Sie kann Flugverfahren nur festlegen, soweit deutsches, nicht aber soweit fremdes Hoheitsgebiet betroffen ist. Flugverfahren in Bezug auf einen ausländischen Flughafen dürfen deshalb auch darauf zielen, das dem Flughafen zuzurechnende Verkehrsaufkommen über deutschem Hoheitsgebiet zu reduzieren. Andererseits darf das Luftfahrt-Bundesamt seinen Blick nicht gleichsam an der Grenze des deutschen Hoheitsgebiets enden lassen. Legt es Flugverfahren für einen ausländischen Flughafen fest, muss es auch die Auswirkungen der Regelungen auf den Betrieb des Flughafens und auf die betroffenen Luftverkehrsgesellschaften in seine Entscheidung einbeziehen. Dabei darf es berücksichtigen, dass eine sichere Abwicklung des durch den Flughafen verursachten Flugverkehrs auch ohne Inanspruchnahme des deutschen Luftraums möglich bleibt. Dass der Flughafenbetreiber hierfür

gegebenenfalls die technische Ausrüstung des Flughafens verbessern oder dass er Flughafenanwohnern ergänzenden Schallschutz gewähren muss und dass die Luftverkehrsgesellschaften gegebenenfalls ihren Flugplan ändern müssen, steht dem nicht entgegen. Das Luftfahrt-Bundesamt ist deshalb auch nicht gehalten, die mit etwaigen Betriebsanpassungen verbundenen Kosten zu ermitteln. Wenn sich jedoch Anhaltspunkte dafür zeigen, dass die Zugänglichkeit des Flughafens ohne die Inanspruchnahme des deutschen Luftraums nicht mehr in sicherer Weise gewährleistet wäre oder dass die Beschränkungen des An- und Abflugs Probleme für den Betrieb des Flughafens aufwerfen, die der Flughafenbetreiber, die Luftverkehrsgesellschaften und die Behörden des anderen Staates mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln nicht lösen können, besteht ein gesteigerter grenzüberschreitender Abstimmungsbedarf. Das Luftfahrt-Bundesamt ist dann verpflichtet, den Sachverhalt weiter aufzuklären und die in Rede stehenden Belange des Flughafenbetreibers und der Luftverkehrsgesellschaften in die Abwägung einzustellen. Außerdem muss es seine Absicht, vorhandene Überflugmöglichkeiten einzuschränken, rechtzeitig ankündigen, um u.a. den Luftverkehrsgesellschaften Gelegenheit zu geben, sich auf die neue Situation einzustellen. Aus außenpolitischen Gründen mag eine weitergehende Rücksichtnahme auf die Belange eines im Nachbarstaat gelegenen Flughafens tunlich sein. Fragen der diplomatischen Rücksichtnahme sind jedoch nicht justiziabel; vor allem sind sie nicht geeignet, subjektive Rechte des Flughafenbetreibers oder den Luftverkehrsgesellschaften zu begründen. Nur soweit nach den vorstehenden Grundsätzen die Auswirkungen der Flugverfahrensregelungen auf den ausländischen Flughafen und die Luftverkehrsgesellschaften, die den Flughafen als Heimatflughafen und Verkehrsdrehkreuz nutzen, zu ermitteln und in die Abwägung einzustellen sind, vermittelt das Abwägungsgebot dem Flughafenbetreiber und den Luftverkehrsgesellschaften ein subjektives Recht auf gerechte Abwägung.

Den Regelungen des LuftVG und der LuftVO lässt sich auch nicht entnehmen, dass, wie es der Klägerin offenbar vorschwebt, das Luftfahrt-Bundesamt einen umfassenden grenzüberschreitenden Interessenausgleich hätte vornehmen müssen. Der Schutzauftrag des § 29 b Abs. 2 LuftVG dürfte sich nicht auf den Schutz der Bevölkerung eines Nachbarstaats vor Fluglärm erstrecken, dessen Quelle in diesem Staat selbst liegt. Auch haben die Behörden der Bundesrepublik Deutschland - vorbehaltlich besonderer Vereinbarungen - keinen Einfluss auf die Landesplanung und Sied-



lungsentwicklung im anderen Staat. Jedenfalls kann sich die Klägerin im vorliegenden Verfahren nicht zum Sachwalter der im Umfeld des Flughafens lebenden Schweizer Bevölkerung machen, die von einer Änderung der Anflugverfahren gegebenenfalls stärker betroffen wird, als dies bisher der Fall war. Denn ein Erfolg ihres Feststellungsantrags setzt voraus, dass sie durch die angegriffene Regelung in ihren eigenen Rechten verletzt wird. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass das Gericht in der Sache die Gültigkeit einer Verordnung zu überprüfen hat. Denn damit wird aus der Feststellungsklage kein Normenkontrollverfahren. Die Besonderheiten eines Verfahrens nach § 47 VwGO, für das § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO nicht gilt, lassen sich auf die Feststellungsklage nach § 43 VwGO nicht übertragen.

2.2.2 Vor diesem Hintergrund verletzt § 2 Abs. 6 der angegriffenen Verordnung nicht das Recht der Klägerin auf eine gerechte Abwägung ihrer eigenen Belange.

2.2.2.1 Die Abwägungsentscheidung ist auf der Grundlage ausreichender Ermittlungen des maßgeblichen Sachverhalts getroffen worden.

Ein Anflug auf den Flughafen Zürich war und ist nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichtshofs auch bei Beachtung der in § 2 Abs. 6 der DVO in ihren jeweiligen Fassungen vorgesehenen Beschränkungen weiterhin möglich, auch durch die Flugzeuge der Klägerin. Durch die vorgesehenen Ausnahmeregelungen in § 2 Abs. 7 der DVO ist ein Anflug auch bei besonders ungünstigen Wetterbedingungen gewährleistet. Entgegen der Auffassung der Klägerin war das Luftfahrt-Bundesamt bei seiner Abwägungsentscheidung nicht gehalten, darüber hinaus die Auswirkungen der Flugbeschränkungen auf den Betriebsablauf des Flughafens Zürich im Einzelnen weiter aufzuklären.

Nach den Feststellungen der Vorinstanz, die im Übrigen mit dem von ihr in Bezug genommenen Aktenvermerken im Einklang stehen, hat der Ordnungsgeber beim Erlass der 213. DVO im Wesentlichen die Regelungen des am 18. Oktober 2001 unterzeichneten Staatsvertrags übernommen. Dieses Vorgehen unterliegt, entgegen der Auffassung der Klägerin, keinen Bedenken. Der Unterzeichnung gingen eingehende Verhandlungen voraus, in denen die Belange der Klägerin, des im Parallelverfahren (vgl. BVerwG, Beschluss vom 4. Mai 2005 - BVerwG 4 C 6.04 -) klagenden

Flughafenbetreibers und der Interessen der Anwohner in der Schweiz einerseits sowie die Bedürfnisse der vor allem vom Tourismus lebenden süddeutschen Region andererseits im Vordergrund standen. Die beteiligten deutschen Behörden hatten die miteinander im Konflikt stehenden Belange deutlich vor Augen. In Kenntnis und nach Gewichtung dieser Belange wurde eine Entscheidung getroffen. Die Schlussfolgerung der Klägerin, es habe keine Abwägung stattgefunden, entbehrt vor diesem Hintergrund jeder Grundlage.

Der Verwaltungsgerichtshof schließt aus den zum Erlass der 213. DVO angefertigten Vermerken, dass der Verordnungsgeber die Interessen der Klägerin angemessen berücksichtigt habe. Ihre förmliche Anhörung war ohnehin nicht geboten. Aus dem Vermerk des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen (BMVBW) vom 18. Dezember 2002, auf den der Verwaltungsgerichtshof Bezug nimmt, wird überdies deutlich, dass beim Erlass der 213. DVO vom 18. Januar 2003 der gesamte Sachvortrag der Klägerin dieses und des Parallelverfahrens vor dem Verwaltungsgerichtshof berücksichtigt worden ist. Entgegen der Auffassung der Klägerin bedurfte es keiner eingehenderen Ermittlung der ihr entstehenden Nachteile.

Der Beklagte war entgegen der Auffassung der Klägerin nicht gehalten, genauere Ermittlungen über die Lärmauswirkungen auf dem Gebiet der Beigeladenen (Landkreis und Gemeinden) anzustellen. Denn es ging um den Schutz einer gesamten Erholungsregion. Zur Beurteilung des in die Abwägung einzustellenden Gewichts der Belange der betroffenen Region genügten wegen der Großräumigkeit sowie im Hinblick auf ihren Charakter als bedeutendes Erholungsgebiet pauschale Einschätzungen. Dies gilt umso mehr, als die genannte Region auch bei Beachtung der angegriffenen Regelung nicht etwa vom Fluglärm verschont bleibt; es geht nur um eine Verminderung der Belastung, die sich zahlenmäßig in der Größenordnung von bisher 95 % zu künftig ungefähr 80 % aller Anflüge bewegt.

Die während des Revisionsverfahrens erlassene 1. Änderungsverordnung zur 213. DVO vom 4. April 2003, mit der die zeitliche Einschränkung an Werktagen auf den Zeitraum von 21 bis 7 Uhr erweitert worden ist, beruht ebenfalls auf einer hinreichenden Tatsachenbasis. Dies kann der Senat selbst feststellen, denn die maßgeblichen und als solche nicht streitigen Vermerke des BMVBW sind von der Klägerin

selbst vorgelegt worden. Darin hat sich das Ministerium mit Bedenken des schweizerischen Bundesamts für Zivilluftfahrt (BAZL) auseinander gesetzt, wonach die geplanten Maßnahmen zu einer nicht unerheblichen Einschränkung der Kapazität des Flughafens Zürich führen würden, und näher ausgeführt, dass diese Bedenken bei der Regelung in der dann erlassenen Form - ersichtlich anders als bei früheren Entwürfen - aus einer Reihe von Gründen nicht gerechtfertigt seien. Überdies wurde nach Verhandlungen zwischen den Verkehrsministern der Schweiz und Deutschlands im Juni 2003 das Inkrafttreten der strengeren Ausnahmeregelungen in § 2 Abs. 7 der DVO (die für sich genommen nicht Streitgegenstand sind) bis Oktober 2003 hinausgeschoben, um der Schweiz mehr Zeit für die Einrichtung der Landeverfahren (Instrumentenlandesystem - ILS etc.) zu geben. Die Klägerin trägt nichts dafür vor, dass das Luftfahrt-Bundesamt vor dem Hintergrund der dargestellten Grundsätze gehalten gewesen wäre, den Sachverhalt noch weiter aufzuklären. In der 220. DVO vom 10. März 2005 ist die angegriffene Regelung ohnehin in der Sache unverändert geblieben.

#### 2.2.2.2 Auch das Abwägungsergebnis begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

Das Luftfahrt-Bundesamt durfte seiner Abwägung das Ergebnis der Verhandlungen zum - allerdings gescheiterten - Staatsvertrag zu Grunde legen. Der Entwurf stellte ein ausgewogenes Ergebnis intensiver Verhandlungen zwischen der Schweiz und Deutschland dar. Mit ihm sollte, wie die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf formuliert hat, eine "gerechte Lastenverteilung" zwischen dem süddeutschen Gebiet und der Schweiz erreicht werden (BTDrucks 14/8731 S. 1, 6). Zu einer ähnlichen Einschätzung gelangt auch die Botschaft des Schweizerischen Bundesrats vom 27. Februar 2002 zum Vertragsentwurf (Anlage 16 zum Schriftsatz der Beklagten vom 23. Oktober 2002 im Verfahren VGH 8 S 2225/02). Zwar hält die Klägerin das Ergebnis dieser Verhandlungen aus ihrer Sicht für unzureichend. Dies hängt jedoch mit ihrer schon im Ansatz unzutreffenden Rechtsvorstellung zusammen, die Regelungen in der 213. bzw. 220. DVO stellten einen unverhältnismäßigen Eingriff in ein ihr zustehendes und im Bestand geschütztes Recht auf Benutzung des deutschen Luftraums zum Landeanflug auf den Flughafen Zürich dar. Erst recht ist die angegriffene Verordnung zur Erreichung des mit ihr angestrebten Ziels geeignet und geht nicht über das hierfür Erforderliche hinaus.

Das Luftfahrt-Bundesamt durfte ferner berücksichtigen, dass der Betreiber des Flughafens Zürich zum Zeitpunkt des Erlasses der 213. DVO, wie der Verwaltungsgerichtshof näher darlegt, bereits mehrfach von deutscher und Schweizer Seite aufgefordert bzw. verpflichtet (Betriebskonzession vom 30. Mai 2001) worden war, ein angepasstes Betriebsreglement vorzulegen. Auch der gescheiterte Staatsvertrag ging von einer Neugestaltung des Betriebskonzepts bis zum Februar 2005 (vgl. Art. 6 Abs. 1 Buchst. e) und einer zeitlichen Staffelung der Regelungen bis zu diesem Zeitpunkt aus (Art. 16). Die gesamte Vorgeschichte verdeutlicht, dass die Betroffenen durch die in der 213. DVO jeweils vorgenommenen Beschränkungen des deutschen Luftraums im Kern nicht überrascht worden sind. Ohnehin müssen Luftverkehrsgesellschaften sich häufig auf zeitliche Verschiebungen und Umwege in flexibler Weise einstellen und auch sonst mit Änderungen der Rahmenbedingungen rechnen.

Zu Recht hebt der Verwaltungsgerichtshof auf der anderen Seite hervor, im Rahmen der Abwägung habe berücksichtigt werden dürfen, dass die vom Lärm betroffene Region im Südschwarzwald, dem größten deutschen Naturpark mit zahlreichen Kur- und Rehabilitationseinrichtungen, wirtschaftlich vom Tourismus und Fremdenverkehr lebt und deshalb besonders lärmsensibel ist. Dabei hat der Ordnungsgeber in Kauf genommen, dass es schwer zu bewerten ist, wo die Grenze zur unzumutbaren Lärmbeeinträchtigung für diesen Raum zu ziehen ist. Der Verwaltungsgerichtshof sieht keinen Abwägungsfehler darin, dass das Luftfahrt-Bundesamt sich dafür entschieden hat, aus Gründen der Vorsorge an den für die Ruhe und Erholung besonders wichtigen Tagen bzw. Tageszeiten den Flugverkehr zu beschränken. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Luftfahrt-Bundesamt ist, wie der Senat in seinem Urteil vom 24. Juni 2004 - BVerwG 4 C 11.03 - (a.a.O.) näher ausgeführt hat, ohnehin nicht darauf beschränkt, nur den unzumutbaren Lärm (§ 29 b Abs. 2 LuftVG) in den Blick zu nehmen. Der Gesetzgeber gibt ihm kein bestimmtes Ergebnis vor. Es darf darüber befinden, ob beispielsweise die Flugbewegungen gebündelt oder gestreut werden und die Lärmbelastung nach Art eines großräumigen Lastenausgleichs aufgeteilt werden oder bestimmte Gebiete möglichst verschont bleiben sollen. Ebenso darf es zum Schutz einer Region als Erholungsgebiet räumliche und zeitliche Beschränkungen anordnen. Die Beklagte verweist darauf, dass von dieser Befugnis auch in der Umgebung von deutschen Flughäfen Gebrauch gemacht wird

und über bestimmte Kurorte keine Flugrouten gelegt worden sind. Der Verwaltungsgerichtshof verweist zum Beleg der Ausgewogenheit ferner zutreffend darauf, dass weiterhin ein großer Anteil der Anflüge über Norden und damit über das Gebiet der Beigeladenen erfolgt, die andererseits nur in sehr viel geringerem Umfang von den mit dem Betrieb des Flughafens verbundenen wirtschaftlichen Vorteilen profitiert. Daran hat sich im Grundsatz auch durch die zwischenzeitlich erfolgten Neuregelungen der Anflugverfahren nichts geändert.

2.3 Das gewonnene Ergebnis verletzt die Klägerin nicht in ihren Grundrechten. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob sich die Klägerin als ausländische juristische Person im Hinblick auf Art. 19 Abs. 3 GG überhaupt auf die Grundrechte des Grundgesetzes berufen kann (vgl. die Grundrechtsträgerschaft einer ausländischen juristischen Person erneut offen lassend BVerfG, Kammerbeschluss vom 3. November 2003 - 2 BvR 168/02 -, IStR 2004, 125). Denn eine Verletzung von Grundrechten liegt, wie auch die Vorinstanz zutreffend erkannt hat, nicht vor.

Eine Festlegung von Anflugverfahren, deren Geltungsbereich ca. 15 km vor dem Flughafen endet, stellt schon keine Regelung von Inhalt und Schranken des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) einer ihn nutzenden Luftverkehrsgesellschaft dar. Ihr Eigentum und die mit dem Geschäftsbetrieb verbundenen sonstigen Rechte werden nicht Gegenstand neuer sie unmittelbar betreffender Regelungen. Der Flughafen kann von der Klägerin auch zu den von der Beschränkung betroffenen Tageszeiten weiterhin angeflogen werden, wenn auch auf anderen Wegen. Davon abgesehen würde es sich um eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Regelung von Inhalt und Schranken des Eigentums handeln, denn sie ist - wie dargestellt - im Einklang mit dem Abwägungsgebot und damit ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergangen. Auch Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls der Europäischen Menschenrechtskonvention wird nicht verletzt. Die Argumentation der Klägerin stützt sich ohnehin auf die unzutreffende Annahme, der Eingriff in ihren eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sei bereits aus anderen Gründen rechtswidrig und verstoße deswegen auch gegen die Konvention. Davon abgesehen kann die Klägerin den Flughafen weiterhin anfliegen und erst recht eine Fluggesellschaft betreiben. Die angegriffene Verordnung stellt eine Regelung dar, die erforderlich ist, "*to control the use of property in accordance with the general interest*". Insoweit folgt die Recht-

sprechung der Konventionsorgane für einen Fall der hier vorliegenden Art ähnlichen Regeln, wie sie zu Art. 14 Abs. 1 GG gelten (vgl. die eingehende Darstellung der Kasuistik bei Frowein/Peukert, EMRK, Rn. 37 ff., 48 ff. und die Beispielsfälle Rn. 100).

Auch ein Verstoß gegen Art. 12 und Art. 2 GG scheidet aus. Der Festlegung eines Anflugverfahrens fehlt es bereits an einer objektiv berufsregelnden Tendenz (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 12. Juni 1990 - 1 BvR 355/86 - BVerfGE 82, 209 <223 f.>). Vielmehr handelt es sich um eine Maßnahme, die auf die Regelung des Flugverkehrs und den Schutz der Bevölkerung vor Lärm abzielt und hierfür ein zeitlich und örtlich umschriebenes Landeverfahren zur Verfügung stellt. Dagegen wird nicht der Wettbewerb zwischen Flughäfen oder Fluggesellschaften geregelt. Davon abgesehen läge nur eine Berufsausübungsregelung vor, die hier nach fehlerfreier Abwägung der betroffenen Belange aus vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt wäre. Art. 2 Abs. 1 GG gewährt insoweit keinen weitergehenden Schutz sondern ist subsidiär.

Ferner sind der allgemeine Gleichheitssatz und das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG gewahrt. Das Luftverkehrsrecht sieht schon bei inländischen Flughäfen keine Verpflichtung des Ordnungsgebers vor, die Flughäfen bei der Festlegung von An- oder Abflugrouten in jeder Hinsicht gleich zu behandeln. Vielmehr sind die jeweiligen örtlichen Gegebenheiten sachgerecht zu berücksichtigen. Vorhandene Lagenachteile welcher Art auch immer sind nicht durch die Ausweisung besonders entgegenkommender Flugrouten zu kompensieren. Dadurch entstehende bessere oder schlechtere Ausgangsbedingungen im Wettbewerb sind von den Beteiligten hinzunehmen und stellen keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar. Auf einen Vergleich mit den Betriebsregelungen ("Nachtflugverbot") anderer Flughäfen kommt es entgegen der Auffassung der Klägerin nicht an, da Gegenstand der angegriffenen Verordnung nicht die Regelung des Betriebs des Flughafens Zürich ist.

3. Zu Recht ist der Verwaltungsgerichtshof zu dem Ergebnis gelangt, dass die Vereinbarung über den Durchflug im Internationalen Fluglinienverkehr (Transitvereinbarung) vom 7. Dezember 1944 (BGBl 1956 II S. 442) in Verbindung mit dem Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt (Chicagoer Abkommen) vom selben Tag (BGBl 1956 II S. 412) der Klägerin nicht zum Erfolg verhilft.

Zum einen kann die Klägerin aus der Transitvereinbarung keine eigenen subjektiven Rechte ableiten. Nach Art. 1 Abschnitt I der Transitvereinbarung gewährt jeder Vertragsstaat den anderen Vertragsstaaten im planmäßigen internationalen Fluglinienverkehr das Recht, sein Hoheitsgebiet ohne Landung zu überfliegen (erste Freiheit der Luft) sowie das Recht zu nicht-gewerblichen Zwecken zu landen (zweite Freiheit). Anhaltspunkte dafür, dass einzelne Fluggesellschaften sich auf diese Freiheiten sollten berufen können, sind nicht erkennbar (vgl. auch Milde, Legal opinion on the transit flights over the territory of Germany to/from Zurich Airport, S. 16). Auch bei der Umsetzung in deutsches Recht (Gesetz vom 7. April 1956, BGBl II S. 411) sollten keine Ansprüche auf Einhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen geschaffen werden (vgl. BTDrucks 2/2192). Dies gilt ebenso für das Zustimmungsgesetz zum bilateralen Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr vom 4. April 1957 (BGBl II S. 61).

Zum anderen gewähren die erste und die zweite Luftverkehrsfreiheit nicht das Recht, unbeschadet von nationalen Regelungen über Flugverfahren zur Landung auf einem im Nachbarstaat liegenden Flughafen anzusetzen. Im Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt (Chicagoer Abkommen) erkennen die Vertragsstaaten ausdrücklich an, dass jeder Staat über seinem Hoheitsgebiet die volle und ausschließliche Lufthoheit besitzt (Art. 1). Nach Art. 11 sind beim Einflug, Ausflug und innerhalb des Hoheitsgebiets die Gesetze und Vorschriften unter anderem über den Ein- oder Ausflug zu befolgen. Nach Art. 4 der Transitvereinbarung kann jeder Vertragsstaat die Strecke bezeichnen, die innerhalb seines Hoheitsgebiets einzuhalten ist. Die Schweiz und insbesondere der Flughafen Zürich können auch dann mit Flugzeugen erreicht werden, wenn die in der 220. DVO vorgeschriebenen Flugverfahren eingehalten werden. Damit wird der Zielsetzung der ersten Freiheit, zwischen dem Start und dem Ziel eines Fluges die dazwischen liegenden Territorien von Drittstaaten überfliegen zu können sowie der zweiten Freiheit, zu nicht gewerblichen Zwecken (also insbesondere zum Auftanken und in Notfällen) dort auch landen zu dürfen, ausreichend Rechnung getragen. Der Klägerin geht es nicht um das Recht zum Überflug an sich, sondern um Modalitäten des Ein- und Ausflugs im Zusammenhang mit einem Landeanflug, deren nähere Regelung den Vertragsstaaten vorbehalten worden ist.

Auch der völkerrechtliche Berater der Schweizer Regierung Pablo Mendes de Leon (Universität Leiden - "Legal implications of access to Zurich airport through south Germany's airspace" vom 26. Juli 2001) und der Berater der deutschen Regierung, Michael Milde, (Mc Gill University Montreal - "Legal Opinion on the transit flights over the territory of Germany to/from Zurich Airport" vom 29. Januar 2001) gehen in ihren Gutachten davon aus, dass das Transitabkommen nicht das Recht gewährt, das Hoheitsgebiet eines anderen Staats ohne Beachtung seiner nationalen Vorschriften bis herab zur Sicherheitsmindesthöhe bzw. ohne Bodenberührung zu überfliegen. Hierfür spricht auch die Entstehungsgeschichte der Vereinbarungen. Den Vertragsstaaten (die Achsenmächte sowie neutrale Staaten) ging es im Dezember 1944 darum, nach dem Ende des noch nicht beendeten Weltkriegs überhaupt einen Überflug über fremdes Territorium zu ermöglichen. Mit der Transitvereinbarung wurde die Grundlage für zahlreiche bilaterale Abkommen geschaffen, in denen sich die Staaten gegenseitig das Recht gewährten, Fluggäste, Fracht und Post von einem Vertragsstaat in den anderen zu fliegen. Eine wirtschaftliche Liberalisierung, an der insbesondere die Vereinigten Staaten interessiert waren, kam damals nicht zustande (vgl. beispielsweise K. Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl. 2004, § 55 Rn. 5). Das Überflugrecht nach der Transitvereinbarung machte bilaterale Abkommen jedoch auch für Staaten sinnvoll, die nicht unmittelbare Nachbarn sind und zwischen denen das Gebiet eines Drittstaats überflogen werden muss. Dabei sind die Modalitäten des Anflugs auf einen grenznahen Flughafen ersichtlich nicht Gegenstand der Transitvereinbarung geworden. Sie werden in der Staatenpraxis vielmehr in Abkommen zwischen dem Sitzland des Flughafens und dem Land, das für den Anflug in Anspruch genommen wird, geregelt. Dies gilt sowohl für die Schweiz selbst, die entsprechende Abkommen mit Österreich und Italien geschlossen hat, als auch beispielsweise für den Flughafen Salzburg, auf den die Klägerin verweist. Der von der Klägerin aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12. März 1986 - 1 BvL 81/79 - (BVerfGE 72, 66) zum Flughafen Salzburg gezogene Umkehrschluss, der oberhalb der Sicherheitsmindesthöhe erfolgende Überflug sei ohnehin einschränkungslos zu dulden, entbehrt jeder Grundlage.

Auf die von der Klägerin aufgeworfene Frage, wie die Rechtslage bei Staaten beschaffen ist, die so klein sind, dass der Landeanflug bis zu einer sehr niedrigen Höhe



notwendigerweise auf dem benachbarten Territorium erfolgen muss, kommt es vorliegend nicht an. Ebenso wenig ist darüber zu entscheiden, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen ein Staat missbräuchlich handelt, weil die Festlegung einer Strecke durch den überflogenen Staat zu einem so großen Umweg führt, dass ihre Benutzung unter vernünftigen Bedingungen praktisch nicht mehr möglich ist. Ein derartiger Fall ist hier offensichtlich nicht gegeben.

4. Für die Entscheidung, ob die angegriffene Regelung mit Art. 3 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr (ABI EG L 114 vom 30. April 2002 S. 73 - Luftverkehrsabkommen) und der Verordnung (EWG) 2408/92 vereinbar und die Klägerin insoweit in ihren Rechten verletzt ist, ist der Ausgang des beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) anhängigen Verfahrens Rs. C-70/04 vorgreiflich. Im Hinblick auf diesen Rechtsstreit setzt der Senat das Verfahren in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO aus.

Wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, kann das Gericht gemäß § 94 VwGO anordnen, dass die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen ist. Unmittelbar ist diese Vorschrift hier schon deshalb nicht anwendbar, weil der EuGH im Verfahren Rs. C-70/04 nicht - wie im vorliegenden Rechtsstreit - über die Frage zu entscheiden hat, ob § 2 Abs. 6 der 220. DVO sich aus der Verordnung (EWG) 2408/92 oder dem Luftverkehrsabkommen ergebende Rechte der Klägerin verletzt, sondern ob die Entscheidung der Kommission vom 5. Dezember 2003 (ABI L 4 vom 8. Januar 2004 S. 13) wirksam ist. In Betracht kommt jedoch eine Aussetzung in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO. Von dieser Möglichkeit macht der Senat Gebrauch. Maßgebend hierfür sind die folgenden Erwägungen:

Gegenstand des beim EuGH anhängigen Verfahrens ist die Entscheidung der Kommission vom 5. Dezember 2003. Die Kommission hatte im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach Art. 8 Abs. 3 der Verordnung (EWG) 2408/92 in Verbindung mit dem Luft-

verkehrsabkommen über eine Beschwerde der Schweiz gegen die 213. DVO in der Fassung der 1. Änderungsverordnung zu entscheiden. Nach Art. 8 Abs. 3 der Verordnung (EWG) 2408/92 prüft die Kommission auf Antrag eines Mitgliedstaats oder von Amts wegen die Anwendung des Art. 8 Abs. 2 und entscheidet darüber, ob ein Mitgliedstaat eine darauf gestützte Maßnahme weiterhin anwenden darf. Nach Art. 8 Abs. 2 der Verordnung unterliegt die Ausübung von Verkehrsrechten den veröffentlichten gemeinschaftlichen, einzelstaatlichen, regionalen oder örtlichen Vorschriften in den Bereichen Sicherheit, Umweltschutz und Zuweisung von Start- und Landezeiten (vgl. hierzu BVerwG, Beschluss vom 12. Juni 1998 - BVerwG 11 B 19.98 - DVBl 1998, 1184 = Buchholz 442.40 § 6 LuftVG Nr. 30). Nach Art. 18 Abs. 2 Satz 1 des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr verfügt die Kommission (wie die übrigen Organe der Gemeinschaft) in Fällen, die sich auf Flugdienste auswirken können, über die Befugnisse, die ihr (unter anderem) durch die Verordnung (EWG) 2408/92 übertragen worden sind. Nach Art. 20 des Luftverkehrsabkommens ist für alle Fragen betreffend die Gültigkeit von Entscheidungen und Beschlüssen der Organe der Gemeinschaft, die diese auf Grund ihrer Zuständigkeiten nach dem Luftverkehrsabkommen treffen, ausschließlich der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zuständig. Ohnehin ist es Sache des Gerichtshofs, im Rahmen seiner Zuständigkeit zur Auslegung der Bestimmungen von Abkommen mit dritten Ländern deren einheitliche Anwendung innerhalb der gesamten Gemeinschaft sicher zu stellen (EuGH, Urteil vom 26. Oktober 1982 - Rs. 104/81 - Slg. 1982, 3641, Hauptzollamt, Mainz/Kupferberg).

Die Schweiz hatte mit ihrer Beschwerde bei der Kommission geltend gemacht, die 213. DVO verstoße gegen die Verordnung (EWG) 2408/92, weil die deutschen Vorschriften in einer die Verkehrsrechte beeinträchtigenden Weise die Betriebskapazität des Flughafens Zürich verringerten. Außerdem wirkten die deutschen Vorschriften diskriminierend, u.a. weil kein vergleichbarer deutscher Flughafen so langen Flugbeschränkungen unterworfen sei.

Die Kommission hat entschieden, dass Deutschland die 213. DVO zur LuftVO zur Festlegung von Flugverfahren für An- und Abflüge nach Instrumentenflugregeln zum und vom Flughafen Zürich, geändert durch die erste Änderungsverordnung vom

4. April 2003, weiter anwenden darf. Sie hat das in Art. 3 des Luftverkehrsabkommens enthaltene Diskriminierungsverbot für anwendbar gehalten (vgl. Rn. 35 der Entscheidung), eine Diskriminierung schweizerischer Luftfahrtunternehmen jedoch in der Sache verneint (Rn. 38 f. der Entscheidung). Die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat die Kommission verneint, weil das Luftverkehrsabkommen nicht den freien Dienstleistungsverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz eingeführt, sondern lediglich einen Austausch von Verkehrsrechten vorgesehen habe. Hilfsweise hat sie die Vereinbarkeit der 213. DVO mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geprüft und im Ergebnis bejaht.

Die von der Beklagten aufgeworfene Frage, ob der Senat an diese Entscheidung der Kommission in irgendeiner Weise inhaltlich gebunden ist (vgl. zu einer Bindung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2000 - Rs. C-344/98- Slg. I-11412, Masterfoods und HB, zur grundsätzlichen Vermutung der Rechtmäßigkeit EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2004 - Rs. C-475/01 - DVBl 2005, 42), würde sich nur stellen, wenn die Entscheidung bestandskräftig geworden wäre. Das ist, da die Schweiz fristgerecht Nichtigkeitsklage erhoben hat, nicht der Fall. Auch der Einwand der Beklagten, die Entscheidung sei jedenfalls gegenüber der Klägerin bestandskräftig geworden, weil diese selbst Nichtigkeitsklage beim EuGH hätte erheben können und müssen, geht fehl. Denn es ist keineswegs offensichtlich, dass die Klägerin überhaupt befugt gewesen wäre, Klage gegen die Entscheidung der Kommission zu erheben. Nur in einem derartigen Fall kann ihr indessen die Bestandskraft entgegengehalten werden (vgl. EuGH, Urteil vom 30. Januar 1997 - Rs. C-178/95 - Slg. I-585, Wiljo, Rn. 21). Die Klägerin war nicht Adressatin der Entscheidung der Kommission; dies war vielmehr die Bundesrepublik Deutschland. Auch mit der besonderen Situation eines Beihilfeempfängers, dem von seinem Mitgliedstaat eine Rückforderungsentscheidung der Kommission mitgeteilt worden ist (vgl. hierzu das Urteil des EuGH vom 9. März 1994 - Rs. C-188/92 -, TWD Textilwerke Deggendorf, Slg. 1994, I-833), lässt sich die vorliegende Konstellation nicht vergleichen. Vielmehr hat die Kommission hier in einem Verfahren, in dem nur die Schweiz und die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft antragsbefugt sind, über die Befugnis der Bundesrepublik Deutschland entschieden, eine abstrakte Regelung über Flugverfahren, die Auswirkungen auf zahlreiche Betroffene hat, weiter anzuwenden (vgl. hierzu EuGH, Urteile vom 11. November 1997 - Rs. C-408/95 - Slg. 1997, I-6340 Rn. 29,

Eurotunnel, und vom 12. Dezember 1996 - Rs. C-241/95 - Slg. 1996, I-6720, Accrington Beef). Ferner spricht das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 22. Februar 2005 - Rs. C-141/02 P - (NJW 2005, 1177) eher gegen eine eigene Klagemöglichkeit der Klägerin. Danach können Einzelne nicht von der Kommission verlangen, dass sie gegen einen Mitgliedstaat tätig wird und können dementsprechend eine ablehnende Entscheidung nicht vor Gericht anfechten.

Sollte der Gerichtshof die Nichtigkeitsklage der Schweiz gegen die Entscheidung der Kommission abweisen, könnte auch die vorliegende Klage keinen Erfolg haben. Die im hierfür eingerichteten Verfahren der Streitbeilegung getroffene Entscheidung der Kommission, dass Deutschland die 213. DVO weiter anwenden darf, würde verbindlich. Die zwischenzeitlich erfolgte Neufassung der 213. DVO durch die 220. DVO hat, wie bereits ausgeführt wurde, keine wesentliche Änderung der Rechtslage herbeigeführt. Würde der Gerichtshof die Kommissionsentscheidung aufheben, weil er die Verneinung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für nicht tragfähig hält, und sollte die Kommission daraufhin entscheiden, dass Deutschland die 213. DVO nicht weiter anwenden darf, könnte dies hingegen der vorliegenden Feststellungsklage, soweit es um Flüge zwischen Punkten in der Gemeinschaft und der Schweiz geht, zum Erfolg verhelfen.

Um die Gefahr inhaltlich miteinander in Widerspruch stehender Gerichtsentscheidungen zu vermeiden und seiner Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof nachzukommen (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2000, a.a.O.), übt der Senat das ihm in § 94 VwGO eingeräumte Ermessen in der Weise aus, dass er das Verfahren im Hinblick auf das beim Gerichtshof anhängige Verfahren Rs. C-70/04 aussetzt. Eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof nach Art. 234 EG-Vertrag ist nicht erforderlich. In einem Fall wie dem vorliegenden ist es zulässig und sachgerecht, den Rechtsstreit auszusetzen, ohne zugleich eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs einzuholen (BVerwG, Beschluss vom 10. November 2000 - BVerwG 3 C 3.00 - BVerwGE 112, 166 mit weiteren Nachweisen zur Praxis anderer oberster Bundesgerichte). Denn die hier entscheidungserheblichen gemeinschaftsrechtlichen Fragen sind bereits Gegenstand des beim Europäischen Gerichtshof anhängigen Verfahrens. Die erneute Anrufung des Gerichtshofs würde ihn zusätzlich

belasten, ohne dass davon neue Erkenntnisse zu erwarten wären. Die Entscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofs, der insoweit auch gesetzlicher Richter ist, wird dadurch nicht in Frage gestellt.

Dr. Paetow

Halama

Prof. Dr. Rojahn

Dr. Jannasch

Dr. Philipp