

Baker & McKenzie
Partnerschaft von Rechtsanwälten,
Wirtschaftsprüfern und
Steuerberatern mbB
Neuer Zollhof 2
40221 Düsseldorf

Tel.: +49 (0) 211 3 11 16 0
Fax: +49 (0) 211 3 11 16 199
www.bakermckenzie.com

Datum 26. Oktober 2016

An: Flughafen Niederrhein GmbH

Von Prof. Dr. Joachim Scherer; Dr. Nicolas Kredel; Dr. Janet Butler
(Baker & McKenzie)

Betreff Entwurf des Landesentwicklungsplans NRW

Wir wurden von der Flughafen Niederrhein GmbH gebeten, die Rechtmäßigkeit der geplanten Festlegungen in Ziffer 8.1.6 des Entwurfs des Landesentwicklungsplans NRW in der Fassung des Kabinettsbeschlusses vom 6. Juli 2016 (nachfolgend der "**LEP-Entwurf**") zu prüfen.

Ergebnis: Die Festlegungen sind nach unserer Auffassung aus öffentlich-rechtlicher, einschließlich verfassungsrechtlicher, kartellrechtlicher und europarechtlicher Sicht äußerst bedenklich.

Die Argumente, welche gegen die Rechtmäßigkeit der genannten Festlegungen sprechen, haben wir im Folgenden zusammengefasst.

Unsere Einschätzung beruht auf den von Ihnen zugesandten Unterlagen sowie ergänzenden eigenen Recherchen zu aktuellen Passagierzahlen (Quelle: ADV) und dem Geschäftsbericht der Flughafen Düsseldorf GmbH für 2014 (https://www.dus.com/~media/fdg/dus.com/konzern/unternehmen/zahlen_und_fakten/geschaeftsbericht/dus_gb_2014_de_082015.pdf).

Ziffer 8.1.6. des LEP-Entwurfs bestimmt unter dem Titel "Ziel Landesbedeutsame bzw. regionalbedeutsame Flughäfen in Nordrhein-Westfalen":

"Landes- bzw. regionalbedeutsame Flughäfen in Nordrhein-Westfalen sind:

die landesbedeutsamen Flughäfen:

- Düsseldorf (DUS) und*
- Köln/Bonn (CGN) sowie*
- Münster/Osnabrück (FMO)*

sowie die regionalbedeutsamen Flughäfen:

- Dortmund (DTM),
- Paderborn/Lippstadt (PAD) und
- Niederrhein: Weeze-Laarbruch (NRN).

Die landesbedeutsamen Flughäfen des Landes sind einschließlich der Flächen für die Flughafeninfrastruktur sowie für flughafenaffines Gewerbe bedarfsgerecht zu entwickeln.

Die Sicherung und Entwicklung der regionalbedeutsamen Flughäfen und sonstigen Flughäfen erfolgt im Einklang mit der Luftverkehrskonzeption des Landes und der Entwicklung der landesbedeutsamen Flughäfen."

Diese Festlegung kann mit folgenden Argumenten rechtlich angegriffen werden:

1. Raumordnungsgesetz NRW und Verfassungsrecht

Die geplante Festlegung in Ziffer 8.1.6 des LEP-Entwurfs ist nach dem Raumordnungsgesetz (ROG) und geltendem Verfassungsrecht problematisch.

- **Veraltete Entscheidungsgrundlage:** Die Landesregierung hat bei den Festlegungen im Landesentwicklungsplan die **allgemeinen Abwägungsgrundsätze** zu beachten (vgl. § 7 Abs. 2 ROG). Hiernach ist die Landesregierung verpflichtet, alle für die Entscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte und Belange **rechtlich und tatsächlich zutreffend zu ermitteln**. Sie ist dabei verpflichtet, die tatsächlichen Verhältnisse **im Zeitpunkt der Entscheidung** zu ermitteln und zu berücksichtigen (Bundesverwaltungsgericht, NVwZ-RR 2012, 192, Rn. 26). Vorliegend greift die Behörde jedoch nur auf veraltete Aussagen in der Luftverkehrskonzeption 2010 vom Dezember 2000 ("**Luftverkehrskonzeption 2010**") zurück. An diese sieht sich die Landesregierung gebunden. Ein solcher Rückgriff auf veraltete Fakten ist nach der genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung **abwägungsfehlerhaft** und verstößt gegen § 7 Abs. 2 ROG.
- **Verstoß gegen den Gleichheitssatz:** Legt man, wie vom Bundesverwaltungsgericht gefordert, die aktuellen tatsächlichen Verhältnisse der Flughäfen in Nordrhein-Westfalen zugrunde, ergibt sich Folgendes: Für die im LEP-Entwurf vorgesehene Einordnung des Flughafens Niederrhein: Weeze-Laarbruch ("**Flughafen Weeze**") als lediglich regionalbedeutsam statt landesbedeutsam, insbesondere im Vergleich zum Flughafen Münster, ist **kein sachlicher Grund ersichtlich**. Sie verstößt daher gegen den verfassungsrechtlichen **allgemeinen Gleichheitssatz** (Art. 3 Abs. 1 GG):
 - Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verbietet es, wesentlich Gleiches ungleich und wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln (ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. etwa BVerfGE 98, 365, 385). Eine unterschiedliche Behandlung einzelner Betroffener einer Rechtsnorm ist daher gleichheitswidrig, wenn zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.

- Der Flughafen Weeze hatte im Jahr 2015 ein Passagieraufkommen von 1.909.036 Passagieren.
- Der Flughafen Dortmund hatte im Vergleich ein ähnliches Passagieraufkommen (1.983.815 Passagiere).
- Der Flughafen Münster hatte dagegen lediglich 815.466 Passagiere.
- Zudem kommt das Passagieraufkommen des Flughafens Weeze zu 40 % aus dem angrenzenden Ausland und hat schon deshalb überregionale Bedeutung.
- Trotz eines im Vergleich zum Flughafen Münster deutlich höheren Passagieraufkommens und der internationalen Bedeutung des Flughafens Weeze wird der Flughafen Weeze im LEP-Entwurf (ebenso wie der Flughafen Dortmund) als lediglich regionalbedeutsam qualifiziert, während der Flughafen Münster als landesbedeutsam qualifiziert wird. Diese unterschiedliche Einordnung ist **willkürlich und gleichheitswidrig**.
- **Die "Einklangs-Klausel" ist verfassungswidrig:** Die Festlegung ist darüber hinaus **abwägungsfehlerhaft** (Verstoß gegen § 7 Abs. 2 ROG) **und verfassungswidrig**, soweit als Ziel festgelegt wird, dass die Sicherung und Entwicklung der regionalbedeutsamen Flughäfen nur "im Einklang" mit der Entwicklung der landesbedeutsamen Flughäfen erfolgt.
 - Die Landesregierung ist verpflichtet, bei der Aufstellung des Landesentwicklungsplans die öffentlichen und privaten Belange, die auf Ebene des LEP von Bedeutung sind, gegeneinander und untereinander abzuwägen (§ 7 Abs. 2 ROG).
 - Die Flughafen Niederrhein GmbH hat als Planbetroffene (ebenso wie andere Flughafen-Betreiber) einen Anspruch auf fehlerfreie Abwägung.
 - Das Gebot einer fehlerfreien Abwägung ist u.a. verletzt, (i) wenn eine (sachgerechte) Abwägung überhaupt nicht stattfindet, (ii) wenn sachlich zu berücksichtigende Belange nicht in die Abwägung eingestellt werden, (iii) wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt oder (iv) wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen und privaten Belangen in einer Weise vorgenommen wird, **die zum objektiven Gewicht einzelner Belange außer Verhältnis steht** (ständige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, vgl. etwa BVerwG Entscheidung v. 13.02.2002 - 4 B 5/02).
 - Durch die Formulierung im LEP-Entwurf "*im Einklang mit*" wird den landesbedeutsamen Flughäfen ein **absoluter Vorrang** gegenüber den regionalbedeutsamen Flughäfen ohne Rücksicht auf die individuellen Gegebenheiten eingeräumt. Letztere dürfen nur gesichert und entwickelt werden, soweit dies der Entwicklung der landesbedeutsamen Flughäfen nicht widerspricht.
 - Ein sachlicher Grund für eine solche **einseitige und pauschale Bevorzugung einzelner privater Belange gegenüber anderen privaten Belangen** ist nicht erkennbar. Unter Beachtung des verfassungsrechtlichen **Gleichbehandlungsgebots** (Art. 3 Abs. 1 GG) und des Grundrechts der **Berufsfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 GG) kommt den Belangen der betroffenen Flughafenbetreiber vielmehr **grundsätzlich gleiches Gewicht** zu. Das Gebot der gerechten

Abwägung erfordert insoweit bei der Abwägung der privaten Belange untereinander eine möglichst gleichmäßige Berücksichtigung (vgl. etwa BGH, VerwRSpr 1977, 692).

- Inwieweit im Falle eines etwaigen Konflikts welchen Flughäfen ein Vorrang einzuräumen ist, ist eine **komplexe Abwägungsentscheidung**, die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, wie etwa des Grads der Betroffenheit sowie Auswirkungen auf Umwelt, Verkehr und weitere berührte öffentliche und private Belange, zu treffen ist. Wenn der LEP-Entwurf, wie vorliegend, einen pauschalen Vorrang der landesbedeutsamen Flughäfen vorsieht, ist offensichtlich, dass diese Abwägung unterbleibt. Den Belangen der landesbedeutsamen Flughäfen generell ein höheres Gewicht beizumessen, widerspricht darüber hinaus der objektiven Wichtigkeit der betroffenen Belange unter Beachtung des Grundrechtsschutzes, auf den sich die Betreiber berufen können. Es ist evident grundrechtswidrig, einen im Wettbewerb zu kleineren Flughäfen stehenden Flughafen allein deshalb zu bevorzugen, weil er größer ist.
- Soweit in der Begründung des LEP-Entwurfs (S. 149) darauf verwiesen wird, dass die Festlegung dazu dient, "*eine nachhaltige und bedarfsgerechte Flughafenversorgung zu gewährleisten*", gilt, dass die Festlegung hierfür **nicht erforderlich** ist. Das Gebot der Bedarfsgerechtigkeit gilt bei allen Planfeststellungen und Plangenehmigungen, d.h. Erweiterungen der Flughäfen sind ohnehin nur dann zulässig, soweit dafür auf Grundlage der prognostizierten Verkehrszahlen (insbesondere Passagieraufkommen) ein Bedarf besteht. Umwelt- und Naturschutzgesichtspunkte werden ebenfalls im Rahmen des Fachplanungsrechts umfassend berücksichtigt. Sofern die Landesregierung das in der Begründung erklärte Ziel erreichen will, würde im Übrigen folgende Festlegung genügen: "*Die regionalbedeutsamen Flughäfen sind bedarfsgerecht unter Beachtung des Grundsatzes der Nachhaltigkeit zu sichern und zu entwickeln.*" Der Schutz der wirtschaftlichen Entwicklung der landesbedeutsamen Flughäfen ist dagegen **kein legitimes Ziel der Raumordnung**.
- **Bestimmtheitsgrundsatz:** Die Zielfestlegung ist ferner deshalb rechtsfehlerhaft und unwirksam, weil ihr die gem. § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG erforderliche **Verbindlichkeit und Bestimmbarkeit fehlt**. Die Landesregierung behält sich nach der Begründung des LEP-Entwurfs (S. 149) die Entscheidung darüber vor, ob die Sicherung und Entwicklung der regionalbedeutsamen Flughäfen in Einklang mit der Entwicklung der landesbedeutsamen Flughäfen steht. Verfahrensmäßige Vorgaben des Inhalts, dass bei späteren Abwägungs- oder Ermessensentscheidungen der Träger der Raumordnungsplanung zur Konkretisierung seiner Festlegungen beteiligt werden muss, können jedoch kein Ziel der Raumordnung sein (Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz, 1. Aufl. 2010, § 3 Rn. 16).
- Rechtswidrig ist schließlich auch die Festlegung, dass die Entwicklung in Einklang mit der Luftverkehrskonzeption des Landes stehen muss. Diese Festlegung ist deshalb abwägungsfehlerhaft, weil sie auch zukünftige Fachkonzeptionen einbezieht und insoweit die nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG

erforderliche abschließende Abwägung aller betroffenen öffentlichen und privaten Belange gar nicht stattgefunden haben kann (**Abwägungsausfall**). Die von der Luftverkehrskonzeption möglicherweise betroffenen Grundrechte der Flughafen Niederrhein GmbH werden damit völlig außer Acht gelassen.

2. Kartellrecht

Die geplante Festlegung in Ziffer 8.1.6 LEP-Entwurf ist darüber hinaus nach europäischem Kartellrecht bedenklich, da sie zu einer **Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung des Flughafens Düsseldorf** führt und den Wettbewerb der Flughäfen untereinander zum **Nachteil der Wettbewerber und Verbraucher** verfälscht.

- Der Landesregierung ist es untersagt, Maßnahmen zu treffen, die u.a. Art. 101 und 102 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) (kartellrechtliche Vorschriften) widersprechen. Dies ergibt sich aus Art. 106 Abs. 1 sowie aus dem Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb i.V.m. Art. 4 Abs. 3 EUV. Die geplante Festlegung in Ziffer 8.1.6 des LEP-Entwurfs stellt eine solche unzulässige Maßnahme dar.
- Ein **System unverfälschten Wettbewerbs**, wie von den Vorschriften des AEUV vorgesehen, kann nur gewährleistet werden, wenn die **Chancengleichheit** der jeweiligen Marktteilnehmer gesichert ist. Dies entspricht der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs und der Europäischen Kommission. Beruht die Ungleichheit der Chancen von Marktteilnehmern (der verfälschte Wettbewerb) auf einer staatlichen Maßnahme, so verstößt diese Maßnahme gegen Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 AEUV bzw. Art. 4 Abs. 3 EUV i.V.m. Art. 102 AEUV.
- Dabei ist es für einen Verstoß ausreichend, wenn der Wettbewerb zum Vorteil des marktbeherrschenden Unternehmens verfälscht wird.
- Der Flughafen Düsseldorf ist in NRW marktbeherrschend. Er hat nach eigenen Angaben einen Marktanteil von rund 60% (s. Geschäftsbericht der Flughafen Düsseldorf GmbH 2014, S. 5).
- Die geplante Festlegung in Ziffer 8.1.6 des LEP-Entwurfs verfälscht den Wettbewerb der Flughäfen untereinander. Die Festlegung erlaubt insbesondere dem Flughafen Düsseldorf, seine marktbeherrschende Stellung auszubauen, wobei Maßnahmen des vorstoßenden Wettbewerbs durch sog. regionalbedeutsame Flughäfen sich anscheinend dem Interesse der Entwicklung des Flughafens Düsseldorf unterzuordnen haben. Eine solche **Unterordnung der eigenen Entwicklungsinteressen** eines Marktteilnehmers unter diejenigen eines anderen, noch dazu marktbeherrschenden, Marktteilnehmers ist in einem System unverfälschten Wettbewerbs nicht zulässig.
- Ein Beispiel für eine solche Maßnahme des vorstoßenden Wettbewerbs wäre etwa der Ausbau von Landebahnen zur Ermöglichung von Langstreckenflügen oder der Bau weiterer Terminals. Die Landesregierung

könnte versuchen, den regionalbedeutsamen Flughäfen auf der Grundlage der geplanten Feststellung derartige Maßnahmen zu untersagen und so den Flughafen Düsseldorf vor Wettbewerb in diesem Segment schützen.

- Von der geplanten Feststellung ist insbesondere der am nächsten am Flughafen Düsseldorf gelegene, nicht staatlich betriebene, Flughafen Weeze betroffen.
- Der Flughafen Weeze wird schwerpunktmäßig von günstigen Airlines wie z.B. Ryanair angefliegen. Sofern die Entwicklung des Flughafen Weeze behindert wird, wirkt sich dies auch negativ auf den Erhalt, die Entwicklungsmöglichkeiten und den Ausbau des Low-Cost Flugangebots in NRW aus. Dies führt direkt zu Nachteilen für die Verbraucher.

3. Europarecht

Die Einstufung des Flughafen Weeze als regionalbedeutsam im Vergleich zur Einstufung des Flughafens Münster als landesbedeutsam **verletzt die Kapitalverkehrsfreiheit durch ungerechtfertigte Diskriminierung.**

- Der EU-Vertrag schützt die Kapitalverkehrsfreiheit vor **ungerechtfertigten Beschränkungen durch die Mitgliedstaaten und ihre Behörden** (Art. 63 Abs. 1, 65 AEUV). Die Kapitalverkehrsfreiheit ist direkt anwendbar und daher von nationalen Behörden und Gerichten unmittelbar zu beachten.
- Die Kapitalverkehrsfreiheit verbietet unmittelbare oder mittelbare, aktuelle oder potentielle Behinderungen, Begrenzungen oder Untersagungen für den Zufluss, Abfluss oder Durchfluss von Kapital. Dazu gehören auch indirekte, "versteckte" Beschränkungen, die geeignet sind, die Anleger aus anderen Mitgliedstaaten davon abzuhalten, Direktinvestitionen in einem Mitgliedstaat zu tätigen.
- Nach ständiger Rechtsprechung besteht eine Diskriminierung in der Anwendung unterschiedlicher Vorschriften auf vergleichbare Sachverhalte oder in der Anwendung derselben Vorschrift auf unterschiedliche Sachverhalte. Der Europäische Gerichtshof prüft dabei "ob sich die betroffenen Gesellschaften im Hinblick auf die betreffende nationale Maßnahme in einer objektiv vergleichbaren Lage befinden" (EuGH C-282/07, *Truck Center*, Slg. 2008, R-10767, Rn. 36 und 37, m.w.N.; in diesem Fall ging es um eine unterschiedliche steuerliche Behandlung).
- Die Fluggastzahlen für den Flughafen Weeze sind auf dem Niveau der Fluggastzahlen des Flughafens Dortmund, während die des Flughafens Münster deutlich unter denen der Flughäfen Weeze und Dortmund liegen. Der Flughafen Münster wird im LEP-Entwurf als landesbedeutsam eingestuft, die Flughäfen Dortmund und Weeze jedoch als regionalbedeutsam. Damit ist die Einstufung des Flughafens Weeze als diskriminierend anzusehen.
- Diese diskriminierende Einstufung des Flughafens Weeze führt unter anderem dazu, dass der Flughafen für Investoren (aus Deutschland wie auch aus anderen Mitgliedstaaten, also unterschiedslos) weniger attraktiv

wird. Dies stellt eine Einschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit dar, die vergleichbar mit dem Fall des **VW-Gesetzes** ist. Im Fall des VW-Gesetzes hat der Gerichtshof Höchststimmrechte und Sperrminoritäten des VW-Gesetzes als abschreckend für Direktinvestitionen erachtet und für mit der Kapitalverkehrsfreiheit unvereinbar erklärt (EuGH, C-112/05, *Kommission/Deutschland*, Slg. 2007 I-08995). Im Falle des Flughafens Weeze hat die Einstufung, beziehungsweise die damit einhergehende mögliche Beschränkung der Weiterentwicklung des Flughafens, durch den hoheitlichen Landesentwicklungsplan **abschreckende Wirkung auf Investoren**.

- Für diese Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit bestehen auch **keine Rechtfertigungsgründe**. Keine der in Art. 65 AEUV genannten Ausnahmen (steuerrechtliche Vorschriften, Rechtsbruchverhinderung, Meldeverfahren, Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) liegen vor. Es sind auch keine sonstigen zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit rechtfertigen können, ersichtlich (Schutz der öffentlichen Gesundheit, Verbraucherschutz, Lauterkeit des Handelsverkehrs, Umweltschutz, Schutz der Interessen der Arbeitnehmer, Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts der sozialen Sicherungssysteme).
