

Rechtsgutachten

zu den Fragen

welche Wirkungen der Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 betr. Weiterbetrieb des Flughafens Tegel zeitigt und welche Möglichkeiten zur Änderung des landesplanerisch festgelegten Single Airport-Konzepts bestehen,

erstellt für die Fraktion der Freien Demokraten im Abgeordnetenhaus von Berlin,

von

Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer/Freisbach

Freisbach, 03. April 2018

Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangssituation	4
1. Das sog. Single Airport-Konzept und Maßnahmen zur Schließung des Flughafens Tegel	4
2. Der Volksentscheid über den Weiterbetrieb des Flughafens Berlin-Tegel .	6
3. Rechtliche Bewertungen und Gutachten	7
a) Aufsatz S. Kluckert 2013.....	7
b) Kurzgutachten Geulen Sept. 2017	9
c) Stellungnahme Kipp Sept. 2017.....	10
d) Rechtsgutachten Paetow Jan. 2018	11
e) Aufsatz Schirmer Jan. 2018	15
f) Zusammenstellung der Ergebnisse.....	16
II. Inhalt des Gutachtens	18
III. Wirkungen des Volksentscheids vom 24. September 2017	19
1. (Äußere) Bindungswirkung des Volksentscheids	20
a) Volksentscheid über Gesetze.....	20
b) (Andere) Gegenstände der politischen Willensbildung.....	24
c) Ergebnisse	35
2. Inhaltliche Bindungen	36
IV. Handlungspflichten des Berliner Senats aus dem Volksentscheid vom 24. Sept. 2017	40
1. Änderung der landesplanerischen Grundlagen im Zusammenwirken mit Brandenburg	42
2. Möglichkeiten eines einseitigen Vorgehens des Landes Berlin	46
a) Erforderlichkeit einer Teilkündigung zur Zielverfolgung?	47
b) Herausnehmbarkeit der Flughafenplanung aus der Landesplanung.....	52

c) Vertragsrechtliche Zulässigkeit einer Teilkündigung.....	55
d) Zusammenfassung	57
V. Wesentliche Ergebnisse.....	59
1. Wirkungen des Volksentscheids vom 24. Sept. 2017	59
2. Änderung des landesplanerischen Single Airport-Konzepts	61

I. Ausgangssituation

1. Das sog. Single Airport-Konzept und Maßnahmen zur Schließung des Flughafens Tegel

In Umsetzung des sog. Konsensbeschlusses von Bund, Land Berlin und Land Brandenburg als Gesellschafter der Berlin Brandenburg Flughafen Holding GmbH aus dem Jahre 1996, in welchem die Konzentration des Flugverkehrs in die bzw. von der Region Berlin-Brandenburg auf den Flughafen Schönefeld und die Aufgabe der Flughäfen Tegel und Tempelhof vereinbart wurde, sieht § 19 Abs. 11 des Landesentwicklungsprogramms der Länder Berlin und Brandenburg aus dem Jahre 2003 (LEPro 2003) als Grundsatz der Raumordnung vor, dass „der nationale und internationale Luftverkehrsanschluss für Berlin und Brandenburg möglichst auf einen Flughafen konzentriert werden“ soll. Dieser Grundsatz ist auch unter dem Landesentwicklungsprogramm 2007 (LEPro 2007) weiter in Kraft. Die gemeinsame Landesplanung der Länder Berlin und Brandenburg wurde in dem Vertrag über die Aufgaben und Trägerschaft sowie Grundlagen und Verfahren der gemeinsamen Landesplanung zwischen den Ländern Berlin und Brandenburg (Landesplanungsvertrag), nunmehr in der Fassung mit den Änderungen aus dem Jahre 2011, vereinbart. Nach Art. 1 Abs. 1 des Landesplanungsvertrags betreiben die beiden Länder eine auf Dauer angelegte gemeinsame Raumordnung und Landesplanung. Das gemeinsame Landesentwicklungsprogramm wird durch Staatsvertrag vereinbart (Art. 7 Abs. 1 Landesplanungsvertrag). Ebenfalls für beide Länder gemeinsam aufgestellt werden die Landesentwicklungspläne, in denen neben weiteren Grundsätzen auch die Ziele der Raumordnung festgelegt werden (Art. 8 Abs. 1 Landesplanungsvertrag). Sie werden jeweils in beiden Ländern durch Rechtsverordnungen der Landesregierungen erlassen (Art. 8 Abs. 4 Landesplanungsvertrag). Nach Art. 24 Abs. 1 des Landesplanungsvertrags kann dieser von jedem der beiden Länder zum Ende eines jeden Kalenderjahres schriftlich mit einer Frist von drei Jahren gekündigt werden.

Der Gemeinsame Landesentwicklungsplan Flughafenstandortentwicklung (LEP FS) aus dem Jahre 2003, nunmehr in der Fassung vom 30. Mai 2006, bestimmt als Ziel der Raumordnung Z 1:

„Zur Deckung des nationalen und internationalen Luftverkehrsbedarfes der Länder Berlin und Brandenburg ist der Flughafen Berlin-Schönefeld weiter zu entwickeln. Mit Inbetriebnahme der Kapazitätserweiterung am Standort Schönefeld sind die Flugplätze Berlin-Tegel und Berlin-Tempelhof zu schließen und ihre Flächen einer anderen Nutzung zuzuführen.“

Der 2009 in Kraft gesetzte Landesentwicklungsplan Berlin-Brandenburg (LEP B-B) legt unter 6.6 – wiederum als Ziel der Raumordnung – fest, dass Flugverkehr in Berlin und Brandenburg nur auf dem Verkehrsflughafen Berlin Brandenburg International (BBI) und bis zur Inbetriebnahme der Kapazitätserweiterung am Standort Schönefeld (BBI) nur auf den Flughäfen des Berliner Flughafensystems zulässig ist (Z 6.6 Abs. 1). Gemäß Z 6.6 Abs. 3 LEP B-B bleibt Z 1 LEP FS unberührt. Ausweislich des Entwurfs vom 19. Dez. 2017 sind bei der geplanten Ersetzung des LEP B-B durch den Landesentwicklungsplan Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg (LEP HR) insoweit keine Änderungen zu erwarten (Z 7.3 LEP HR-Entwurf).

Die luftverkehrsrechtliche Grundlage für die Umsetzung dieses Single Airport-Konzepts wurde durch den Planfeststellungsbeschluss für den Ausbau des Verkehrsflughafens Berlin-Schönefeld, heute Flughafen Berlin Brandenburg (BER), vom 13. Aug. 2004 gelegt. Im Zuge der Planrechtfertigung der Zulassung dieses Vorhabens wird in dem Beschluss darauf hingewiesen, dass die Planfeststellung des Flughafens BER „unter dem Vorbehalt der endgültigen Schließung der Flughäfen Berlin-Tegel und Berlin-Tempelhof spätestens nach einer Übergangszeit von sechs Monaten nach Inbetriebnahme der ausgebauten Südbahn“ steht.

Dem korrespondieren bzgl. des Flughafens Tegel die sog. Schließungsbescheide der Berliner Senatsverwaltung für Stadtentwicklung aus den Jahren 2004 und 2006: Der zunächst auf der Grundlage alliierter Rechts betriebene

Flughafen Tegel war 1990 in das Regelungsregime des LuftVG durch die Fiktion einer erfolgten Genehmigung und Planfeststellung übergeleitet worden. Der Widerruf der (fingierten) Betriebsgenehmigung für den Flughafen Tegel wurde durch Bescheid vom 29. Juli 2004 ausgesprochen; er wird mit Ablauf von sechs Monaten wirksam, nachdem die Start- und Landebahnen des Flughafens BER funktionsfähig in Betrieb genommen worden sind. Die Aufhebung der (fingierten) Planfeststellung für den Flughafen Tegel erfolgte durch Bescheid vom 2. Feb. 2006. Der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Entlassung aus der luftverkehrsrechtlichen Zweckbestimmung ist entsprechend der des Widerrufs der Betriebsgenehmigung bestimmt.

2. Der Volksentscheid über den Weiterbetrieb des Flughafens Berlin-Tegel

Nachdem eine vom Verein „Pro Tegel e.V.“ und der Berliner FDP Ende 2015 durch eine Volksinitiative herbeigeführte Befassung des Abgeordnetenhauses von Berlin mit einem Weiterbetrieb des Flughafens Tegel in der Sache erfolglos blieb, beantragte die Initiative „Berlin braucht Tegel“ die Einleitung eines Volksbegehrens, dessen erfolgreiches Zustandekommen die Landeswahlleiterin Anfang April 2017 feststellte. Der daraufhin herbeigeführte Volksentscheid wurde am 24. Sept. 2017 gemeinsam mit der Wahl zum Deutschen Bundestag durchgeführt. Der zum Volksentscheid gestellte Beschlussentwurf lautete:

„Der Flughafen Berlin-Tegel »Otto Lilienthal« ergänzt und entlastet den geplanten Flughafen Berlin Brandenburg »Willy Brandt«. Der Berliner Senat wird aufgefordert, sofort die Schließungsabsichten aufzugeben und alle Maßnahmen einzuleiten, die erforderlich sind, um den unbefristeten Fortbetrieb des Flughafens Tegel als Verkehrsflughafen zu sichern.“

Die Beteiligung an der Abstimmung lag bei rund 71 % der Stimmberechtigten. Von den Abstimmenden stimmten über 56 % und damit etwa 40 % der Stimmberechtigten für die Annahme des Beschlusentwurfs.¹ Nach Art. 63 Abs. 1 Satz 3 VvB reicht zur Annahme eines Volksentscheids bereits ein Quorum von 25 % der Stimmberechtigten aus.

3. Rechtliche Bewertungen und Gutachten

Für die durch das vorliegende Gutachten zu klärende Bindungswirkung des Volksentscheids vom 24. Sept. 2017 und ihrer Reichweite von Bedeutung sein könnte die Frage, ob der durch den Volksentscheid intendierte Weiterbetrieb des Flughafens Tegel als Verkehrsflughafen überhaupt möglich ist oder ob es Gesichtspunkte geben könnte, die sich einem solchen Weiterbetrieb entgegenstellen. Diesbezügliche Hinweise können sich möglicherweise aus einer Auswertung der mittlerweile fünf Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen des Weiterbetriebs des Flughafens Tegel entnehmen lassen, deren zentrale Ergebnisse im Folgenden in der zeitlichen Reihenfolge ihrer Veröffentlichung dargestellt werden (unten a-e). Zusammenfassend werden die Einzelergebnisse aller Gutachten und Stellungnahmen in einer Tabelle einander gegenübergestellt (unten f).

a) Aufsatz S. Kluckert 2013

Bereits im Jahre 2013 hat sich S. Kluckert mit den rechtlichen Perspektiven für den Weiterbetrieb des Flughafens Tegel befasst². Die zentralen Ergebnisse seiner Studie lassen sich wie folgt zusammenfassen:

¹ <https://www.wahlen-berlin.de/wahlen/BU2017/afspraes/ve/index.html>.

² *Sebastian Kluckert*, Rechtliche Perspektiven für den Weiterbetrieb des Verkehrsflughafens Berlin-Tegel, DÖV 2013, S. 874 ff.

- Ein Weiterbetrieb des Flughafens Tegel als Verkehrsflughafen berühre nicht den Bestand des Planfeststellungsbeschlusses BER³.
- Die die Entwidmung des Flughafens Tegel anordnende Verfügung vom 2. Feb. 2006 könne widerrufen werden. Hierdurch werde der planungsrechtliche Zustand ohne Entwidmungsverfügung wieder hergestellt. Die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens für den Weiterbetrieb des Flughafens Tegel sei nicht erforderlich⁴.
- Der rechtlich eine Änderungsgenehmigung darstellende „Widerruf“ der Betriebsgenehmigung für den Flughafen Tegel könne entweder widerrufen werden, ohne dass hierfür eine planfeststellungsähnliche Abwägungsentscheidung erforderlich wäre, oder seinerseits durch eine Änderungsgenehmigung beseitigt werden. Im letzteren Fall sei eine planerische Entscheidung zu treffen, für die eine Planrechtfertigung wegen des aus Kapazitätsgründen feststellbaren Bedarfs für einen zweiten Verkehrsflughafen im Raum Berlin-Brandenburg bestehe und für die in der durchzuführenden Abwägung keine unüberwindbaren privaten oder öffentlichen Belange einem Weiterbetrieb entgegenstünden.⁵
- Das als Ziel der Raumordnung festgelegte Single Airport-Konzept könne durch Änderung der Landesplanung ohne Auswirkungen auf die Landesplanung insgesamt beseitigt werden⁶.

³ *Sebastian Kluckert*, Rechtliche Perspektiven für den Weiterbetrieb des Verkehrsflughafens Berlin-Tegel, DÖV 2013, S. 874 (876 ff.).

⁴ *Sebastian Kluckert*, Rechtliche Perspektiven für den Weiterbetrieb des Verkehrsflughafens Berlin-Tegel, DÖV 2013, S. 874 (878 f.).

⁵ *Sebastian Kluckert*, Rechtliche Perspektiven für den Weiterbetrieb des Verkehrsflughafens Berlin-Tegel, DÖV 2013, S. 874 (880 ff.).

⁶ *Sebastian Kluckert*, Rechtliche Perspektiven für den Weiterbetrieb des Verkehrsflughafens Berlin-Tegel, DÖV 2013, S. 874 (879 f.).

b) Kurzgutachten Geulen Sept. 2017

Das von Geulen im Auftrag der Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung unter dem 1. Sept. 2017 vorgelegte Kurzgutachten zu planungs- und immissionsschutzrechtlichen Fragestellungen bei einem Weiterbetrieb des Flughafens Tegel⁷ kommt zu den nachstehenden Folgerungen:

- Eine Aufhebung der Widerrufe der fiktiven Planfeststellung und der Betriebsgenehmigung könne nur in einem einer Planfeststellung entsprechenden Verfahren erfolgen. Hierfür bedürfe es eines Antrags der Betreibergesellschaft, zu dessen Stellung diese nicht gezwungen werden könne. Eine Planrechtfertigung sei nur bei Vorliegen wesentlicher neuer und gewichtiger Gründe, die in den Widerrufsbescheiden für den Flughafen Tegel aus den Jahren 2004 und 2006 sowie in dem Planfeststellungsbeschluss BER aus dem Jahre 2004 nicht bereits abschließend abgewogen worden waren, möglich. Sofern Kapazitätsprobleme auftreten sollten, seien diese entsprechend dem Single Airport-Konzept ausschließlich am Standort BER zu lösen. In der Abwägung seien als dem Weiterbetrieb des Flughafens Tegel widerstreitende Belange die Lärmschutzinteressen der Fluglärm-betroffenen sowie die Investitions- und Betriebskosten für den Flughafen Tegel zu berücksichtigen.⁸

⁷ *Reiner Geulen*, Planungs- und immissionsschutzrechtliche Fragestellungen bei einem Weiterbetrieb des Flughafens Berlin-Tegel – Kurzgutachten –, Sept. 2017, https://www.berlin.de/sen/justva/_assets/gutachten-tegel.pdf.

⁸ *Reiner Geulen*, Planungs- und immissionsschutzrechtliche Fragestellungen bei einem Weiterbetrieb des Flughafens Berlin-Tegel – Kurzgutachten –, Sept. 2017, S. 16 ff., https://www.berlin.de/sen/justva/_assets/gutachten-tegel.pdf.

- Die Änderung der landesplanerischen Ziele sei zwar möglich, aber unwändig und bedürfe der Zustimmung der Parlamente von Berlin und Brandenburg.⁹
- Ein Weiterbetrieb des Flughafens Tegel stelle für die Planrechtfertigung des Flughafens BER insofern ein rechtliches Risiko dar, als der Planfeststellungsbeschluss BER zwar bestandskräftig sei, jedoch könnten Drittbetroffene einen Anspruch auf Planergänzung mit der Folge einer Verzögerung der Inbetriebnahme des Flughafens BER geltend machen.¹⁰

c) Stellungnahme Kipp Sept. 2017

Eine von der Senatsverwaltung für Finanzen beauftragte Stellungnahme von Kipp zu verfahrensrechtlichen Möglichkeiten und Risiken einer Offenhaltung des Flughafens Tegel¹¹ erzielt – gleichfalls im Sept. 2017 – zusammengefasst diese Ergebnisse:

- Das gesetzlich verankerte Landesentwicklungsprogramm enthalte keine verbindliche Festschreibung des Single Airport-Konzepts. Eine solche ergebe sich erst aus dem Ziel Z 1 des Landesentwicklungsplans Flughafenstandortentwicklung. Dessen Änderung sei in Anbetracht der entgegenstehenden Lärmschutzbelange abwägungsfehlerfrei nur dann möglich, wenn nur durch einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel

⁹ *Reiner Geulen*, Planungs- und immissionsschutzrechtliche Fragestellungen bei einem Weiterbetrieb des Flughafens Berlin-Tegel – Kurzgutachten –, Sept. 2017, S. 24, https://www.berlin.de/sen/justva/_assets/gutachten-tegel.pdf.

¹⁰ *Reiner Geulen*, Planungs- und immissionsschutzrechtliche Fragestellungen bei einem Weiterbetrieb des Flughafens Berlin-Tegel – Kurzgutachten –, Sept. 2017, S. 30 f., https://www.berlin.de/sen/justva/_assets/gutachten-tegel.pdf.

¹¹ *Jürgen Kipp*, Stellungnahme zu den verfahrensrechtlichen Möglichkeiten und Risiken einer über die bisherige Festsetzung hinausgehenden Offenhaltung des Verkehrsflughafens Berlin Tegel, Sept. 2017, <https://www.berlin.de/sen/finanzen/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.630224.php>.

fachlich seriös prognostizierte Verkehrszuwächse bewältigt werden könnten.¹²

- Für einen Widerruf der Schließungsentscheidungen seien die nach den jeweiligen Rechtsvorschriften tatbestandlich erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt. Die Wiederherstellung der Betriebsgenehmigung sei allerdings im Wege eines Verfahrens nach § 6 Abs. 4 Satz 2 LuftVG möglich, wobei die Änderungsentscheidung den Anforderungen an einen Planfeststellungsbeschluss genügen müsse.¹³
- Ob eine Beseitigung des Single Airport-Konzepts Auswirkungen auf den Bestand des Planfeststellungsbeschlusses BER habe, sei nicht sicher festzustellen.¹⁴

d) Rechtsgutachten Paetow Jan. 2018

Im Auftrag des Berliner Senats hat Paetow ein im Januar 2018 öffentlich gemachtes Gutachten zu seitens des Senats aus dem Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 zu ziehenden Folgerungen vorgelegt¹⁵. Als wesentliche Ergebnisse lassen sich nennen:

¹² *Jürgen Kipp*, Stellungnahme zu den verfahrensrechtlichen Möglichkeiten und Risiken einer über die bisherige Festsetzung hinausgehenden Offenhaltung des Verkehrsflughafens Berlin Tegel, Sept. 2017, S. 10 ff., <https://www.berlin.de/sen/finanzen/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.630224.php>.

¹³ *Jürgen Kipp*, Stellungnahme zu den verfahrensrechtlichen Möglichkeiten und Risiken einer über die bisherige Festsetzung hinausgehenden Offenhaltung des Verkehrsflughafens Berlin Tegel, Sept. 2017, S. 15 ff., <https://www.berlin.de/sen/finanzen/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.630224.php>.

¹⁴ *Jürgen Kipp*, Stellungnahme zu den verfahrensrechtlichen Möglichkeiten und Risiken einer über die bisherige Festsetzung hinausgehenden Offenhaltung des Verkehrsflughafens Berlin Tegel, Sept. 2017, S. 19 f., <https://www.berlin.de/sen/finanzen/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung.630224.php>.

¹⁵ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

- Zielfestlegung 1 des LEP FS gebe bindend die Schließung des Flughafens Tegel nach Inbetriebnahme des Flughafens BER vor.¹⁶ Hierin bestehe „das entscheidende rechtliche Hindernis für einen möglichen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel“. Die Beseitigung dieses Hindernisses setze eine Änderung der landesplanerischen Rechtsgrundlagen durch gemeinschaftliches Handeln der Länder Berlin und Brandenburg voraus, das bereits an der ablehnenden Haltung Brandenburgs scheitere.¹⁷ Sollte eine Änderung der Haltung Brandenburgs zu erreichen sein, so stelle sich die Frage, ob eine Änderung des LEP FS abwägungsfehlerfrei möglich wäre. Dies sei zu bejahen, wenn „abwägungserhebliche Belange ... entweder aufgrund inzwischen veränderter Umstände (z. B. neue Sach- oder Rechtslage) oder infolge einer abweichenden Bewertung von „alten“ abwägungserheblichen Belangen die Planungsträger Berlin und Brandenburg veranlassen, im Rahmen ihrer planerischen Gestaltungsfreiheit eine andere landesplanerische Lösung, nämlich die Offenhaltung des Flughafens Tegel zu bevorzugen“¹⁸. Fehle es an veränderten Umständen, wie sie insbesondere in Gestalt von auf Grund gestiegener Passagierzahlen zu erwartenden Kapazitätsengpässen denkbar wären, wäre eine Entscheidung für eine Aufgabe des Single Airport-Konzepts in Anbetracht des Gewichts entgegenstehender Belange nicht möglich.¹⁹ Für den Fall, dass für den

¹⁶ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 17, https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

¹⁷ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 19, https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

¹⁸ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 31, https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

¹⁹ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 31 ff.,

Flughafen BER mit nicht an diesem Standort ohne weiteres beseitigbaren Kapazitätsengpässen zu rechnen ist, sei eine Änderung des LEP FS voraussichtlich abwägungsfehlerfrei möglich.²⁰

- Fehle es an einer Bereitschaft Brandenburgs zu einer Änderung der gemeinsamen Landesplanung, so könne der Landesplanungsvertrag vom Land Berlin einseitig gekündigt werden. Ebenso gekündigt werden könnte der Staatsvertrag über das Landesentwicklungsprogramm. Nach Aufhebung der auf dessen Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen (LEP FS, LEP BB bzw, künftiger LEP HR) müssten dann neue raumplanerische Regelungen für den Raum Berlin getroffen werden.²¹ Eine nur teilweise, auf die Flughafenplanung bezogene Kündigung des Landesplanungsvertrags könne nur in der Weise erfolgen, dass die von den beiden Flughäfen BER und TXL in Anspruch genommenen Flächen räumlich von der gemeinsamen Planung abgetrennt würden und für diese Flächen anschließend separat eine neue raumordnungsrechtliche Ordnung erfolge. Wegen der starken gesamträumlichen Auswirkungen gerade der beiden Flughäfen sei jedoch eine solche Aufspaltung nicht möglich, sondern immer eine integrierende planerische Betrachtung des gesamten Planungsraums erforderlich. Der bei einer Teilkündigung verbleibende Torso würden den raumplanungsrechtlichen Anforderungen nicht mehr gerecht.²²

https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

²⁰ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 40 ff., https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

²¹ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 63 ff., https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

²² *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 67 ff., https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

- Eine Rückgängigmachung der 2006 erfolgten Aufhebung der fiktiven Planfeststellung sei auf verschiedenen Rechtsgrundlagen möglich – in unmittelbarer oder analoger Anwendung. Dabei handele es sich um eine planerische Entscheidung, die auf einer Abwägung beruhen müsse. Dass sich die für den Weiterbetrieb des Flughafens Tegel streitenden Belange in der Abwägung durchsetzen können, könne nicht ausgeschlossen werden. Ob statt des auf diesem Wege möglicherweise erreichbaren Wiederauflebens der Planfeststellungsfiktion ein Planfeststellungsverfahren im engeren Sinne durchzuführen wäre, sei schwierig zu beantworten und könne nur durch die Gerichte verbindlich geklärt werden.²³
- Für die Aufhebung des Widerrufs der Betriebsgenehmigung würden die vorstehenden Überlegungen im Wesentlichen entsprechend gelten.²⁴
- Durch eine Aufgabe des Single Airport-Konzepts würde zwar die Planrechtfertigung für den Flughafen BER, nicht jedoch die Rechtswirksamkeit des Planfeststellungsbeschlusses BER beseitigt.²⁵

²³ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 46 ff., https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

²⁴ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 54, https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

²⁵ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 56 f., https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

e) Aufsatz Schirmer Jan. 2018

In einem im Januar 2018 erschienenen Aufsatz beschäftigt sich Schirmer mit rechtlichen Herausforderungen der Offenhaltung des Flughafens Berlin-Tegel²⁶. Dabei kommt er zu folgenden zentralen Aussagen:

- Die sog. Schließungsbescheide, d. h. der Widerruf der Betriebsgenehmigung und die Aufhebung der Planfeststellung, könnten ihrerseits in einem luftverkehrsrechtlichen Änderungsverfahren wieder beseitigt werden. Voraussetzung sei eine wesentliche Änderung der Sach- oder Rechtslage im Vergleich zu der bei Erlass der Schließungsbescheide zugrundegelegten Situation. In Anbetracht der deutlich über den Werten der damaligen Verkehrsprognose liegenden aktuellen Verkehrsentwicklung könne bei fachlicher Beurteilung nicht ausgeschlossen werden, dass eine solche Änderung eingetreten ist. Eine Änderung der Schließungsbescheide erfordere eine planungsrechtliche Abwägung.²⁷ Bei entsprechender Gewichtung der einzustellenden Belange bestünden im Rahmen der Abwägung keine unüberwindbaren Hindernisse.²⁸
- Bei einer eine wesentliche Änderung der Sachlage begründenden Entwicklung des Flugaufkommens würde ein Weiterbetrieb des Flughafens weder die Planrechtfertigung für den Flughafen BER noch dessen Bestand in anderer Weise in Frage stellen.²⁹

²⁶ *Benjamin Schirmer*, Die Offenhaltung des Flughafens Berlin-Tegel – Eine rechtliche Herausforderung, DVBl. 2018, S. 17 ff.

²⁷ *Benjamin Schirmer*, Die Offenhaltung des Flughafens Berlin-Tegel – Eine rechtliche Herausforderung, DVBl. 2018, S. 17 (21 f.).

²⁸ *Benjamin Schirmer*, Die Offenhaltung des Flughafens Berlin-Tegel – Eine rechtliche Herausforderung, DVBl. 2018, S. 17 (26 f.).

²⁹ *Benjamin Schirmer*, Die Offenhaltung des Flughafens Berlin-Tegel – Eine rechtliche Herausforderung, DVBl. 2018, S. 17 (23).

- Die landesplanerische Zielfestlegung auf das Single Airport-Konzept könne in dem im Rahmen der gemeinsamen Landesplanung vorgesehenen Verfahren geändert werden.³⁰

f) Zusammenstellung der Ergebnisse

Zur leichteren Übersicht fasst die folgende Tabelle die vorstehend dargestellten Ergebnisse der Gutachten und Stellungnahmen kurz zusammen:

	S. Kluckert	Geulen	Kipp	Paetow	Schirmer
Auswirkungen Bestand PFB BER	keine	ja Planrechtfertigung BER beruht auf Single Airport-Konzept; Planergänzung erforderlich	nicht sicher festzustellen	keine	keine Sofern wesentliche Änderung des Flugverkehrsaufkommens vorliegt
Wiederherstellung frühere (fiktive) Planfeststellung durch Rückgängigmachung Entwicklungsverfügung	ja kein Planfeststellungsverfahren erforderlich	ja Antrag der Betreibergesellschaft erforderlich Notwendigkeit der Durchführung eines planfeststellungsähnlichen Verfahrens, für das wegen Single Airport-Konzept keine Planrechtfertigung; beachtliche	ja Planfeststellungsverfahren	ja Planfeststellung oder anderes Verfahren mit Abwägung erforderlich, wobei bei gravierenden Kapazitätsengpässen weiterbetrieb voraussichtlich zulässig	ja Wesentliche Änderung Sach- oder Rechtslage erforderlich; Vorliegen möglich, bedarf fachlicher Prüfung In durchzuführender Abwägung keine unüberwindbaren entgegenstehenden Belange ersichtlich

³⁰ Benjamin Schirmer, Die Offenhaltung des Flughafens Berlin-Tegel – Eine rechtliche Herausforderung, DVBl. 2018, S. 17 (25 f.).

		Gründe gegen den Weiterbetrieb in der Abwägung zu berücksichtigen			
Widerruf bzw. Änderung des Widerrufs der Betriebsgenehmigung	ja planerische Entscheidung, für die Planrecht-fertigung gegeben; keine unüberwindbaren entgegenstehenden Belange in Abwägung	ja s.o.	ja Änderungsverfahren	ja s.o.	ja s.o.
Beseitigbarkeit der Kollision mit Zielen der Raumordnung (Single Airport-Konzept)	ja keine Auswirkungen der Änderung des Single Airport-Konzept auf Landesplanung im Übrigen	ja Im Verfahren der Änderung der Landesplanung	ja Sofern nur durch Weiterbetrieb Tegel Bewältigung von Verkehrszuwächsen möglich	ja Im Verfahren der Landesplanung, sofern am Standort BER nicht ohne weiteres beseitigbare Kapazitätsengpässe Keine auf Flughafenplanung beschränkte Teilkündigung wegen verbleibenden Planungstorsos möglich	ja Im Verfahren der Änderung der Landesplanung

II. Inhalt des Gutachtens

In Anbetracht dessen, dass zu den sich hinsichtlich eines Weiterbetriebs des Flughafens Tegel stellenden Fragen bereits diverse Gutachten und Stellungnahmen (zu ihnen oben I.3) und insbesondere das von Paetow im Auftrag des Senats von Berlin erstellte „Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids »Berlin braucht Tegel«“ aus dem Januar 2018 vorliegen, verzichtet das folgende Gutachten auf eine erneute Bewertung aller Einzelfragen. Dies ist schon deshalb gerechtfertigt, weil das Gutachten Paetow zu diversen Punkten konzidiert, dass sie einem Weiterbetrieb des Flughafens Tegel nicht entgegenstehen. Vermeintlich unüberwindliche Hindernisse sieht Paetow lediglich bei einem einseitigen Vorgehen Berlins zur Änderung der landesplanerischen Grundlagen (I.3.d).

Das vorliegende Gutachten wird sich deshalb auf die beiden zentralen Punkte konzentrieren, die zur Ablehnung einer Pflicht des Senats von Berlin, wie in dem Volksentscheid beschlossen alle zum Weiterbetrieb des Flughafens Tegel erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, herangezogen werden:

- die Frage des Bestehens einer Bindungswirkung des Volksentscheids vom 24. Sept. 2017 und – bejahendenfalls – von deren Reichweite (dazu unten III.),
- die Frage der sich ggf. aus einer solchen Bindungswirkung ergebenden Handlungspflichten des Senats von Berlin und in diesem Zusammenhang das Vorliegen von Gründen, die das Erreichen des mit dem Volksentscheid verfolgten Ziels des Weiterbetriebs des Flughafens Tegel von vornherein unmöglich machen (dazu unten IV.).

III. Wirkungen des Volksentscheids vom 24. September 2017

Bei der am 24. Sept. 2017 durchgeführten Abstimmung über den Weiterbetrieb des Flughafens Berlin-Tegel „Otto Lilienthal“ handelt es sich um einen Volksentscheid im Sinne von Art. 62, 63 der Verfassung von Berlin (VvB). Während Volksentscheide in den meisten Bundesländern gegenständlich auf die Abstimmung über konkret bezeichnete Gesetzentwürfe beschränkt sind, eröffnet die Verfassung von Berlin einen Volksentscheid auch über einen Entwurf zu Berlin betreffenden Gegenständen der politischen Willensbildung, soweit sie sich im Rahmen der Entscheidungszuständigkeit des Abgeordnetenhauses bewegen (Art. 62 Abs. 1 Satz 2, Abs. 4 VvB).

Um einen solchen Beschluss handelte es sich bei dem Volksentscheid vom 24. Sept. 2017, dem kein Gesetzentwurf, sondern die Aufforderung an den Senat zugrunde lag, alle für einen unbefristeten Weiterbetrieb des Flughafens Tegel erforderlichen Maßnahmen einzuleiten.

Zur Ermittlung der Wirkungen des Volksentscheids ist zwischen äußeren und materiellen Bindungen zu unterscheiden:

- Die äußere Bindungswirkung eines Volksentscheids meint dessen Verbindlichkeit im Sinne einer Beachtungspflicht für die staatlichen Organe, vorliegend also in erster Linie den Senat von Berlin (dazu unten 1.).
- Unter der inhaltlichen Bindung ist die Reichweite der Bindungswirkung des Volksentscheids einschließlich der dieser gesetzten rechtlichen Grenzen zu verstehen (dazu unten 2.).

1. (Äußere) Bindungswirkung des Volksentscheids

a) Volksentscheid über Gesetze

Erfolgt der Volksentscheid über einen Gesetzentwurf, so geht der Thüringer Verfassungsgerichtshof zwar zutreffend davon aus, dass das über die Sachfrage entscheidende Volk wie bei Wahlen als Souverän handelt und der Volksentscheid keiner zusätzlichen Legitimation bedarf.³¹ Jedoch stehen für den Gerichtshof nach Thüringer Verfassungsrecht die Gesetzgebung durch das Parlament einerseits und unmittelbar durch das Volk andererseits nicht auf der gleichen Ebene, vielmehr sei die Gesetzgebung per Volksentscheid nachrangig. Dies ergebe sich erstens daraus, dass in dem die Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk betreffenden Art. 45 der Verfassung des Freistaats Thüringen die „Wahlen“ entgegen der alphabetischen Reihung vor den Begriffen „Volksbegehren“ und „Volksentscheid“ genannt seien. Entsprechend nenne Art. 81 Abs. 2 Thüringer Verfassung den Beschluss von Gesetzen durch das Parlament vor dem Beschluss durch Volksentscheid.³² Drittens sei das Parlament nach Art. 48 Abs. 1 Thüringer Verfassung das *oberste* Organ der demokratischen Willensbildung.³³ Die Nachrangigkeit der Gesetzgebung durch Volksentscheid gegenüber der Verabschiedung von Gesetzen durch das Parlament sei daher durch die Verfassung explizit zum Ausdruck gebracht.³⁴

Unabhängig von der Frage, wie man diese Auffassung auf der Grundlage des Thüringer Verfassungsrechts beurteilt, ist sie jedenfalls auf die Systematik der Verfassung von Berlin nicht übertragbar. Allerdings nennt auch Art. 2 Satz 2 VvB bei den Formen der Ausübung des Willens des Volkes die „Wahl“ vor der „Abstimmung“. Auch führt Art. 59 Abs. 2 VvB bei den Möglichkeiten der Einbringung von Gesetzesvorlagen den Weg des Volksbegehrens erst nach der Einbringung aus der Mitte des Abgeordnetenhauses und der Einbringung

³¹ ThürVerfGH, Urt. v. 19.9.2001 – 4/01 –, juris Rdnr. 175 f.

³² ThürVerfGH, Urt. v. 19.9.2001 – 4/01 –, juris Rdnr. 175-176.

³³ ThürVerfGH, Urt. v. 19.9.2001 – 4/01 –, juris Rdnr. 179.

³⁴ ThürVerfGH, Urt. v. 19.9.2001 – 4/01 –, juris Rdnr. 175-176.

durch den Senat auf. Jedoch fehlt eine, eine Vorrangstellung des Parlaments andeutende Vorschrift, die Art. 48 Abs. 1 Thüringer Verfassung vergleichbar wäre. Darüber hinaus nennt Art. 3 Abs. 1 Satz 1 VvB hinsichtlich der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt Volksabstimmungen und Volksentscheide gerade vor der Gesetzgebung durch die Volksvertretung. Schließlich fehlt in der Thüringer Verfassung eine der für das Verhältnis von Parlament und Volksentscheid bedeutsamen Vorschrift des Art. 54 Abs. 3 VvB betr. die vorzeitige Beendigung der Wahlperiode durch Volksentscheid vergleichbare Bestimmung. Es ist deshalb folgerichtig, dass der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin die Volksgesetzgebung als gleichwertig neben der Gesetzgebung durch das Parlament stehend sieht.³⁵ Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung anderer Landesverfassungsgerichte.³⁶

Aus dieser Gleichrangigkeit des durch Volksentscheid beschlossenen Gesetzes mit dem durch das Parlament verabschiedeten folgt zum einen eine Bindungswirkung des per Volksentscheid beschlossenen Gesetzes in gleichem Umfang, wie ihn ein Parlamentsgesetz aufweist³⁷. Zum anderen ergibt sich aus dieser Gleichrangigkeit die Frage, ob das durch Volksentscheid beschlossene Gesetz in derselben Weise wie ein durch das Parlament beschlossenes Gesetz durch das Parlament geändert werden kann oder ob hierfür besondere Anforderungen gelten. Beispielsweise sehen viele Kommunalgesetze der Flächenländer vor, dass der Bürgerentscheid zwar einem Beschluss des Rates

³⁵ VerfGH Bln, Urt. v. 6. 10. 2009 – 143/08 –, juris Rdnr. 108; VerfGH Bln, Urt. v. 6. 10. 2009 – 63/08 –, juris Rdnr. 94.

³⁶ Für Bayern BayVerfGH, Beschl. v. 31. 3. 2000 – Vf. 2-IX-00 –, juris Rdnr. 176; für Hamburg HambVerfG, Urt. v. 22. 4. 2005 – 5/04 –, juris Rdnr. 83; HambVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – 6/04 –, juris Rdnr. 50; HambVerfG, Urt. v. 13. 10. 2016 – 2/16 –, juris Rdnr. 222. Ebenso aus der Literatur etwa *Martin H. W. Möllers / Robert Chr. van Ooyen*, Parlamentsbeschluss gegen Volksentscheid, *ZfP* 2000, S. 458 (463); *Matthias Rossi / Sophie-Charlotte Lenski*, Treuepflichten im Nebeneinander von plebiszitärer und repräsentativer Demokratie, *DVBl.* 2008, S. 416 (417); *Johannes Rux*, Direkte Demokratie in Deutschland, 2008, S. 87 ff.; *Jakob Tischer*, Bürgerbeteiligung und demokratische Legitimation, 2017, S. 185.

³⁷ BremStGH, Urt. v. 14. 2. 2000 – St 1/98 –, juris Rdnr. 91; HambVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – 6/04 –, juris Rdnr. 51.

als kommunalem Vertretungsorgan gleichsteht, jedoch erst nach Ablauf einer unterschiedlich bemessenen Frist durch Ratsbeschluss geändert werden kann³⁸. Erhöhte Anforderungen formuliert auch Art. 73 Abs. 2 der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen, wonach ein durch Volksentscheid beschlossenes Gesetz innerhalb einer laufenden Wahlperiode innerhalb von zwei Jahren durch das Landesparlament nur mit einer für Verfassungsänderungen erforderlichen Mehrheit geändert oder aufgehoben werden kann.

Eine vergleichbare „Sperrregelung“ enthält die Verfassung von Berlin nicht. Die Frage, ob nicht dem unmittelbaren Beschluss des Volkes als Souverän über ein Gesetz ein höherer Rang und damit auch eine höhere Beständigkeit als dem Gesetzesbeschluss des Parlaments als nur durch Wahlen über eine abgeleitete Legitimation verfügender Träger von Staatsgewalt zukommen muss, ist negativ zu beantworten. Die unmittelbare Gesetzgebung durch das Volk kann in einem parlamentarisch-repräsentativen System keine ganzheitliche Gestaltungsfunktion leisten. Vielmehr können die zukunftsgerichtete Integration und der Ausgleich vielfältiger Interessen in allen komplexen Handlungsbereichen moderner Staatlichkeit nur dem Parlament als ständigem Organ gelingen.³⁹ Die nur punktuell ansetzende und mit einem großen Vorbereitungs- und Aktivierungsaufwand verbundene Gesetzgebung per Volksentscheid ist hierfür strukturell nicht geeignet⁴⁰. Sie hat vielmehr – in dieser Funktion allerdings elementare – ergänzende Funktion zu den Gesetzesentscheidungen des Parlaments⁴¹, um Fragen, die aus Sicht der Mehrheit der Abstimmenden in der parlamentarischen Arbeit überhaupt nicht oder inhaltlich vom

³⁸ Vgl. etwa § 17a Abs. 3 GemO RLP: 3 Jahre.

³⁹ BremStGH, Urt. v. 14. 2. 2000 – St 1/98 –, juris Rdnr. 90.

⁴⁰ Vgl. HambVerfG, Urt. v. 13. 10. 2016 – 2/16 –, juris Rdnr. 222.

⁴¹ BayVerfGH, Beschl. v. 31. 3. 2000 – Vf. 2-IX-00 –, juris Rdnr. 148; BremStGH, Urt. v. 14. 2. 2000 – St 1/98 –, juris Rdnr. 90; HambVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – 6/04 –, juris Rdnr. 71; *Matthias Rossi / Sophie-Charlotte Lenski*, Treuepflichten im Nebeneinander von plebiszitärer und repräsentativer Demokratie, DVBl. 2008, S. 416 (417).

außerparlamentarischen Mehrheitswillen abweichend behandelt werden, in einem dem verfassungsrechtlichen Mehrheitsprinzip entsprechenden Verfahren entscheidbar zu machen und die Ergebnis dieses Verfahrens, das im Volksentscheid beschlossene Gesetz, mit derselben Verbindlichkeit wie ein Parlamentsgesetz auszustatten:

„Den Verfahren der unmittelbaren Gesetzgebung bleibt im wesentlichen nur die Funktion, Defizite der parlamentarischen Gesetzgebung zu mildern oder auszugleichen. Sie eröffnen die Chance der Eindämmung bürgerschaftlicher Entfremdung, indem sie die öffentliche Thematisierung von Problemen ermöglichen, die im parlamentarischen Bereich vernachlässigt worden sind“⁴².

In diesem Sinne stellen mithin die Instrumente Volksbegehren und Volksentscheid ein Minimum an „Waffengleichheit“ zwischen dem in der konkreten Sachfrage mit der parlamentarischen Arbeit nicht einverstandenen Volk als Souverän und dem Parlament als „Regel-Gesetzgeber“ her⁴³. Vermittelt wird diese „Waffengleichheit“ durch die Eröffnung der Nutzung der spezifischen Form des förmlichen Gesetzes durch das abstimmende Volk, das bereits Kraft Bundesverfassung mit einer besonderen Bindungswirkung ausgestattet ist (Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz – GG –, zur Geltung für die Länder, vgl. das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG). Durch die Eröffnung dieser spezifischen Form wird das durch Volksentscheid beschlossene Gesetz den für diese Form geltenden rechtlichen Regeln unterstellt.⁴⁴ Insoweit macht bereits Art. 20 Abs. 3 GG deutlich, dass zwar die vollziehende Gewalt sowie die Rechtsprechung an das Gesetz gebunden sind, die Gesetzgebung hingegen nur der Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung unterliegt.

⁴² BremStGH, Urt. v. 14. 2. 2000 – St 1/98 –, juris Rdnr. 90.

⁴³ Vgl. BayVerfGH, Beschl. v. 31. 3. 2000 – Vf. 2-IX-00 –, juris Rdnr. 176: Ausgleich des Spannungsverhältnisses zwischen repräsentativer und plebiszitärer Demokratie.

⁴⁴ *Mario Martini*, Wenn das Volk (mit)entscheidet ... Wechselbeziehungen und Konfliktlinien zwischen direkter und indirekter Demokratie als Herausforderung für die Rechtsordnung, 2011, S. 82.

Daher ist es im Ergebnis zutreffend, wenn ganz überwiegend davon ausgegangen wird, dass ein durch Volksentscheid beschlossenes Gesetz durch das Parlament unter denselben Voraussetzungen geändert oder aufgehoben werden kann wie ein vom Parlament selbst beschlossenes Gesetz⁴⁵. Ein erhöhter Änderungsschutz eines durch Volksentscheid beschlossenen Gesetzes könnte nur in der Verfassung selbst verankert werden⁴⁶.

Diese Änderbarkeit des volksbeschlossenen Gesetzes durch das Parlament ändert nichts daran, dass neben der Rechtsprechung auch die vollziehende Gewalt – einschließlich der Regierung – in vollem Umfang an dieses Gesetz gebunden ist, solange es nicht durch das Parlament geändert oder aufgehoben worden ist.

b) (Andere) Gegenstände der politischen Willensbildung

Während sich die Bindung der Exekutive an den Volksentscheid bei einem durch Volksentscheid beschlossenen Gesetz bereits aus der Wahl der Form des Gesetzes ergibt, ist dies bei einem Volksentscheid über einen sonstigen Beschluss zu Berlin betreffenden Gegenständen der politischen Willensbil-

⁴⁵ BayVerfGH, Entsch. v. 19. 1. 1994 – Vf. 89-III-92, Vf. 92-III-92 –, juris Rdnr. 89, 93; Beschl. v. 31. 3. 2000 – Vf. 2-IX-00 –, juris Rdnr. 147; VerfGH Bln, Urt. v. 6. 10. 2009 – 143/08 –, juris Rdnr. 108; VerfGH Bln, Urt. v. 6. 10. 2009 – 63/08 –, juris Rdnr. 94; HambVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – 6/04 –, juris Rdnr. 71; VG Schleswig, Beschl. v. 24. 11. 1999 – 9 B 111/99 –, NVwZ-RR 2000, S. 434; *Martin Borowski*, Parlamentsgesetzliche Änderungen volksbeschlossener Gesetz, DÖV 2000, S. 481 (483 ff.); *Martin H. W. Möllers / Robert Chr. van Ooyen*, Parlamentsbeschluss gegen Volksentscheid, ZfP 2000, S. 458 (464); *Matthias Rossi / Sophie-Charlotte Lenski*, Treuepflichten im Nebeneinander von plebiszitärer und repräsentativer Demokratie, DVBl. 2008, S. 416 (418 f.). Enger *Momme Jacobsen*, Zur Verbindlichkeit der Volksgesetzgebung, DÖV 2007, S. 949 (959 f.): Möglichkeit der Änderung durch das Parlament nur bei wesentlicher Änderung der Sach- und Rechtslage.

⁴⁶ VG Schleswig, Beschl. v. 24. 11. 1999 – 9 B 111/99 –, NVwZ-RR 2000, S. 434; *Mario Martini*, Wenn das Volk (mit)entscheidet ... Wechselbeziehungen und Konfliktlinien zwischen direkter und indirekter Demokratie als Herausforderung für die Rechtsordnung, 2011, S. 83.

dung, die im Rahmen der Entscheidungszuständigkeit des Abgeordnetenhauses liegen (vgl. Art. 62 Abs. 1 Satz 2 VvB), nicht der Fall. Der Terminus „Beschluss“ bezeichnet keine spezifische Rechtsform mit einheitlich definierten Wirkungen. Beschlüsse werden im staatlichen Bereich beispielsweise von der Regierung als Kollegialorgan (§ 20 GO BReg), dem Parlament (Art. 41 Abs. 3 VvB), gerichtlichen Spruchkörpern (§ 122 VwGO) oder verwaltungsinternen Ausschüssen und anderen Kollegialorganen (§ 91 VwVfG) getroffen.

Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin ist ein Volksentscheid über Gegenstände der politischen Willensbildung im Sinne von Art. 62 Abs. 1 Satz 2 VvB einem schlichten Parlamentsbeschluss gleichzustellen, der für den Senat von Berlin keinerlei Bindungswirkungen erzeuge⁴⁷. Zur Begründung weist der Gerichtshof darauf hin, dass sich aus der Gleichrangigkeit von Volkswillensbildung und parlamentarischer Willensbildung ergebe, dass ein solcher, durch Volksentscheid getroffener Beschluss nicht mehr Rechtswirkungen zu erzeugen vermöge als ein schlichter Parlamentsbeschluss. Da der Senat bei der Erfüllung seiner verfassungsmäßigen Aufgaben nicht durch Vorgaben seitens des Abgeordnetenhauses gebunden werden könne, und zwar nicht einmal dann, wenn es sich um grundlegende Entscheidungen des Senats handle, sei ein durch Volksentscheid getroffener (sonstiger) Beschluss allein von politischer Qualität.⁴⁸

Akzeptiert man die dieser Entscheidung zugrundeliegenden Prämissen des Verfassungsgerichtshofs, so wird man dieser Entscheidung zustimmen können. Allerdings sind diese Prämissen durchaus voraussetzungsreich und werden vom Verfassungsgerichtshof selbst nicht hinterfragt:

⁴⁷ VerfGH Bln, Beschl. v. 27. 10. 2008 – 86/08 –, juris Rdnr. 79.

⁴⁸ VerfGH Bln, Beschl. v. 27. 10. 2008 – 86/08 –, juris Rdnr. 79. Zustimmend *Petra Michaelis-Merzbach*, in: Driehaus, *Verfassung von Berlin*, 3. Aufl. 2009, Art. 62 Rdnr. 3; im Ergebnis ebenso *Michael Kloepfer / Florian Schärdel*, *Die Perspektiven der Volksgesetzgebung*, DVBl. 2008, S. 1333 (1335); *Martin Müller*, *Bindungswirkungen von Volksentscheiden am Beispiel des Volksentscheides „Tempelhof muss Verkehrsflughafen bleiben!“*, LKV 2008, S. 451 (452 ff.); *Matthias Rossi / Sophie-Charlotte Lenski*, *Treuepflichten im Nebeneinander von plebiszitärer und repräsentativer Demokratie*, DVBl. 2008, S. 416 (419).

- Der durch Volksentscheid getroffene Beschluss ist einem Parlamentsbeschluss gleichzustellen.
- Ein Parlamentsbeschluss bindet die Regierung (hier: den Senat) in keinem Fall.
- Der durch Volksentscheid getroffene Beschluss ist gerade einem *schlichten* Parlamentsbeschluss ohne rechtliche Wirkungen gegenüber der Regierung gleichzustellen.

aa) Zuordnung des Volksentscheids zur legislativen Gewalt

Auszugehen ist zunächst davon, dass die in einem Volksentscheid getroffene Entscheidung des Volkes die Ausübung von Staatsgewalt darstellt⁴⁹. Wie Art. 3 VvB verdeutlicht, werden in Berlin die staatlichen Aufgaben durch die drei Funktionen der gesetzgebenden Gewalt, der vollziehenden Gewalt und der richterlichen Gewalt wahrgenommen. Dass Art. 3 Abs. 1 VvB die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt auch durch Volksentscheide vorsieht, zeitigt nicht zwingend den Umkehrschluss, dass auch jeder Volksentscheid, der nicht einen Gesetzentwurf zum Gegenstand hat, seinerseits in Ausübung gesetzgebender Gewalt erfolgt. Jedoch ordnet Art. 62 Abs. 1 Satz 2 VvB auch den Volksentscheid über Gegenstände der politischen Willensbildung dem Abschnitt V „Die Gesetzgebung“ der Verfassung von Berlin zu. Da die „Gesetzgebung“ sowohl durch das Parlament als auch durch Volksentscheid erfolgen kann, ist hieraus zu schließen, dass die Verfassung von Berlin auch Volksentscheide, die über andere Gegenstände als Gesetzentwürfe erfolgen, in Parallele zu Entscheidungen des Parlaments setzt. Hierfür spricht auch, dass der Gegenstand, über den der Volksentscheid durchgeführt wird, im Rahmen der Entscheidungszuständigkeit des Abgeordnetenhauses liegen muss (Art. 62

⁴⁹ *Bernd J. Hartmann*, Volksgesetzgebung: Ausüben von Staatsgewalt oder Ausleben von Freiheit?, DVBl. 2006, S. 1269 (1274); entsprechend für Bürgerentscheide auf kommunaler Ebene *Malte W. Fügemann*, Die Gemeindebürger als Entscheidungsträger, DVBl. 2004, S. 343 (345 ff.).

Abs. 1 Satz 2 VvB) und dass das Abgeordnetenhaus sich den dem Volksbegehren zugrunde liegenden Beschlussentwurf durch eigenen Beschluss unverändert zu Eigen machen kann (Art. 62 Abs. 3 Satz 2 VvB). Insoweit ist es zutreffend, einen durch Volksentscheid getroffenen Beschluss zu anderen Gegenständen der politischen Willensbildung hinsichtlich der Funktionszuordnung in eine Parallele zu einem Parlamentsbeschluss zu stellen.

bb) Bindungswirkung eines Parlamentsbeschlusses

Weitere Prämisse des Verfassungsgerichtshofs von Berlin ist, dass ein Parlamentsbeschluss die Regierung (hier: den Senat) in keinem Fall zu binden vermag. Das Grundgesetz kennt für bestimmte Konstellationen einen Parlamentsvorbehalt, der weder mit dem rechtsstaatlichen Vorbehalt des Gesetzes vollständig identisch⁵⁰ ist noch ausnahmslos eine Entscheidung des Parlaments gerade in der Form eines formellen Gesetzes fordert. Zwar ist es zutreffend, dass sich verfassungsrechtlich kein allgemeiner Parlamentsvorbehalt ableiten lässt, der alle für das Gemeinwesen wesentliche Entscheidungen dem Parlament vorbehalten würde⁵¹. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht es für die Zustimmung des Bundestags zu Auslandseinsätzen der Bundeswehr anerkannt, dass hierfür ein nicht in der Form eines Gesetzes ergehender Parlamentsbeschluss getroffen werden kann, der für die Bundesregierung bindend ist⁵². Dies belegt, dass eine Bindungswirkung von Parlamentsbeschlüssen gegenüber der Regierung nicht von vornherein ausgeschlossen ist, es vielmehr auf die spezifische verfassungsrechtliche Konstellation ankommt⁵³.

⁵⁰ Vgl. *Martin Sester*, *Der Parlamentsbeschluss*, 2007, S. 143 ff.

⁵¹ *Michael Sachs*, in: ders., *Grundgesetz*, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rdnr. 88.

⁵² Grundlegend BVerfG, Urt. v. 12. 7. 1994- 2 BvE 3/92 u. a. –, BVerfGE 90, S. 286 (381 ff.).

⁵³ Hierauf weisen auch *Michael Kloepfer / Florian Schärdel*, *Die Perspektiven der Volksgesetzgebung*, DVBl. 2008, S. 1333 (1336) hin.

cc) Bindungswirkung eines Volksentscheids

Die dritte vom Berliner Verfassungsgerichtshof zugrunde gelegte Prämisse geht davon aus, dass der durch Volksentscheid getroffene Beschluss gerade einem *schlichten* Parlamentsbeschluss ohne rechtliche Wirkungen gegenüber der Regierung gleichzustellen sein soll. Zwar ist es zutreffend, dass Volksentscheid und Beschluss des Parlaments gleichrangig sind (dazu oben III.1.a) und dass ein schlichter Parlamentsbeschluss keine Bindungswirkung für die Regierung erzeugt⁵⁴. Jedoch zwingt dies nicht zu dem Schluss, dass auch die Wirkungen des Volksentscheids über Gegenstände der politischen Willensbildung denen eines solchen schlichten Parlamentsbeschlusses gleichrangig und gleichzustellen sind. Vielmehr ist die Frage des Bestehens einer Bindungswirkung eines Volksentscheids über Gegenstände der politischen Willensbildung aus den *hierfür* geltenden verfassungsrechtlichen Vorgaben heraus zu bestimmen.

Wie der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 21. 11. 2016 deutlich gemacht hat, beinhaltet eine verfassungsrechtliche Regelung, die eine Teilhabe der Bürger an der Ausübung der Staatsgewalt durch „Abstimmungen“ vorsieht, dass es sich dabei um die Erzeugung verbindlicher Ergebnisse durch das Volk selbst handelt.⁵⁵ In exakt dieser Weise aber ist Art. 2 Abs. 1 Satz 2 VvB gefasst, wonach die Ausübung des Volkswillens durch Wahl zur Volksvertretung und durch Abstimmung erfolgt. Dem entspricht das Instrument des Volksentscheids: Ein Entscheid, der nichts entscheidet, ist ein Widerspruch in sich. Dementsprechend sind Formen der Beteiligung des Volkes an der Staatswillensbildung, die nicht auf die Herbeiführung einer verbindlichen Entscheidung, sondern auf die Formulierung einer politischen Position gegenüber den staatlichen Organen gerichtet sind, gegenüber dem Volksent-

⁵⁴ ThürVerfGH, Urt. v. 2. 2. 2011 – 20/09 –, juris Rdnr. 42; VerfGH Bln, Urt. v. 22. 11. 2005 – 217/04 –, juris Rdnr. 48; *Martin Sester*, Der Parlamentsbeschluss, 2007, S. 27 ff.

⁵⁵ BayVerfGH, Entsch. v. 21. 11. 2016 – Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15 –, juris Rdnr. 101.

scheid ein Aliud, das einer gesonderten verfassungsrechtlichen Regelung bedarf.⁵⁶ Diesen Anforderungen genügt beispielsweise Art. 61 VvB betreffend die keine Entscheidung des Volkes, sondern eine Befassung des Parlaments herbeiführende Volksinitiative. Einer der besten Kenner der Berliner Verfassung formuliert zutreffend:

„Dagegen⁵⁷ spricht aber die Bedeutung, die dem Wort »Entscheidung« im normalen Sprachgebrauch zukommt. Außerdem erscheint es mißlich, daß das Volk (als oberstes Staatsorgan, von dem die Staatsgewalt ausgeht) »Entscheidungen« fällt, an die die anderen Staatsorgane nicht gebunden sind. Für unverbindliche Resolutionen steht im übrigen das Instrument der Volksinitiative (Art. 61) zur Verfügung.“⁵⁸

Für die auf kommunaler Ebene durchgeführten *Bürgerentscheide* ist es dementsprechend selbstverständlich, dass ihnen eine rechtliche Bindungswirkung innewohnt⁵⁹. Eine entsprechende Regelung für Volksentscheide enthält Art. 50 Abs. 4a Satz 1 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg. Nach dieser Bestimmung bindet ein Volksentscheid, der kein Gesetz, sondern bestimmte Gegenstände der politischen Willensbildung betrifft, sowohl das Parlament als auch die Landesregierung.

Gestützt wird dieses Ergebnis, rekuriert man auf die durch Volksbegehren und Volksentscheid intendierte „Waffengleichheit“ zwischen dem in der konkreten Sachfrage mit der parlamentarischen Arbeit nicht einverstandenen Volk als Souverän und dem Parlament (oben III.1.a). Wesentliches Element dieser Waffengleichheit ist gerade die durch den Volksentscheid dem Volk eröffnete Möglichkeit, Verbindlichkeit in einer Sachfrage herzustellen.

⁵⁶ BayVerfGH, Entsch. v. 21. 11. 2016 – Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15 –, juris Rdnr. 104; ebenso *Mario Martini*, Die Bürger-/Volksbefragung als Baustein der Demokratie, DÖV 2015, S. 981 (984 f.); *Markus Möstl*, Der Streit um Volksbefragungen in Bayern, BayVBl. 2015, S. 217 (219 ff.).

⁵⁷ Gemeint: gegen die Unverbindlichkeit des Volksentscheids.

⁵⁸ *Ernst R. Zivier*, Verfassung und Verwaltung von Berlin, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 57.1.4.

⁵⁹ Vgl. nur OVG Koblenz, Beschl. v. 3. 3. 2017 – 10 D 10454/17 –, juris Rdnr. 3.

Von – ohnehin lediglich temporärer – Herstellung von Waffengleichheit kann nur dann die Rede sein, wenn der in einem sehr aufwändigen Verfahren herbeigeführte und daher über dieselbe Sachfrage kaum wiederholbare Volksentscheid nicht durch einfaches Ignorieren des Volkswillens überspielt werden kann.⁶⁰

Dass die Verbindlichkeit eines Volksentscheids über einen anderen Gegenstand der politischen Willensbildung als ein Gesetz (auch) regierungsadressiert ist, macht Art. 50 Abs. 4a Satz 1 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg deutlich. Eine Bindung lediglich des Parlaments entspricht im Regelfall nicht der Systematik der verschiedenen Instrumente der Volkswillensbildung. Ein einem Parlamentsbeschluss gleichzustellender Volksentscheid über einen anderen Gegenstand als einen Gesetzentwurf kann für das Parlament keine höhere Verbindlichkeit im Sinne einer Unabänderlichkeit erzeugen als ein Volksentscheid über ein förmliches Gesetz. Da ein durch Volksentscheid beschlossenes Gesetz durch Gesetzesbeschluss des Parlaments geändert oder aufgehoben werden kann (oben III.1.a), muss dementsprechend auch ein Volksentscheid über einen anderen Gegenstand durch Parlamentsbeschluss änder- und aufhebbar sein⁶¹. Umgekehrt ist aber der Volksentscheid über einen anderen Gegenstand als einen Gesetzentwurf kein „Volksentscheid zweiter Klasse“, sondern ist verbindlich und erzeugt Bindungswirkung für die adressierten Staatsorgane⁶². Würde nur das Parlament durch einen Volksentscheid gebunden, so wäre der Volksentscheid nicht mehr

⁶⁰ *Mario Martini*, Wenn das Volk (mit)entscheidet ... Wechselbeziehungen und Konfliktlinien zwischen direkter und indirekter Demokratie als Herausforderung für die Rechtsordnung, 2011, S. 84 f. Vgl. auch *Andreas Greifeld*, Volksentscheid durch Parlamente, 1983, S. 67.

⁶¹ Ebenso *Hans Peter Bull*, Der Volksentscheid: unverbindlich und folgenlos?, NordÖR 2005, S. 99 (101), mit der weiteren Voraussetzung, dass eine Änderung der Sachlage oder ein anderer wichtiger Grund einen von dem Volksentscheid abweichenden Parlamentsbeschluss fordern müssen. Ebenso *Michael Kloepfer / Florian Schärudel*, Die Perspektiven der Volksgesetzgebung, DVBl. 2008, S. 1333 (1338): Gemeinwohl muss Handeln dringend erforderlich machen.

⁶² *Klaas Engelken*, Kann ein Volksbegehren Sperrwirkung für Gesetzgebung und Regierung haben?, DVBl. 2005, S. 415 (419 f.).

als ein Befassungsimpuls für das Parlament, sich mit dem betreffenden Gegenstand zu befassen. Zur Herbeiführung einer solchen Befassung steht jedoch das Instrument der Volksinitiative (Art. 61 VvB) zur Verfügung.

Zutreffend ist allerdings, dass nicht jeder Volksentscheid über Gegenstände der politischen Willenbildung a priori die Regierung bindet⁶³. Noch vor Einfügung des bereits erwähnten Art. 50 Abs. 4a Satz 1, der die Bindung des Senats an einen Volksentscheid über eine andere Vorlage als eine Gesetzesvorlage zum Ausdruck bringt, in die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg hat das Hamburger Verfassungsgericht hinsichtlich der Bindungswirkung danach unterschieden, ob es sich bei dem Volksentscheid lediglich um eine Aufforderung an den Senat oder um die inhaltliche Entscheidung einer Sachfrage handelt⁶⁴. Darüber hinaus muss der Verpflichtungsadressat ebenso erkennbar sein wie der Inhalt der Verpflichtung⁶⁵.

Der Abstimmzettel für den Volksentscheid am 24. Sept. 2017 enthielt folgende Formulierung:

„Der Flughafen Berlin-Tegel »Otto Lilienthal« ergänzt und entlastet den geplanten Flughafen Berlin Brandenburg »Willy Brandt«. Der Berliner Senat wird aufgefordert, sofort die Schließungsabsichten aufzugeben und alle Maßnahmen einzuleiten, die erforderlich sind, um den unbefristeten Fortbetrieb des Flughafens Tegel als Verkehrsflughafen zu sichern.“

Eindeutig benannt ist zunächst das Staatsorgan, das durch den Volksentscheid gebunden werden soll, nämlich der Berliner Senat. Bei einer Wortlautbetrachtung im engeren Sinne würde es sich bei der zur Abstimmung gestellten Formulierung um eine bloße Aufforderung an den Berliner Senat handeln, tätig zu werden. Bei Zugrundelegung einer solchen Betrachtung könnte der

⁶³ HambVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – 6/04 –, juris Rdnr. 60.

⁶⁴ HambVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – 6/04 –, juris Rdnr. 59.

⁶⁵ *Klaas Engelken*, Kann ein Volksbegehren Sperrwirkung für Gesetzgebung und Regierung haben?, DVBl. 2005, S. 415 (419 f.).

Volksentscheid keine Bindungswirkung gegenüber dem Senat erzeugen. Allerdings ist die auf dem Abstimmzettel verwendete Formulierung in dem Sinne zugrunde zu legen, wie sie von der abstimmenden Bevölkerung verstanden werden musste. Insoweit ist eindeutig, dass kein Auftrag an den Senat formuliert wurde, Möglichkeiten zum Abrücken von der bisherigen Schließungsabsicht zu prüfen. Vielmehr formuliert der Abstimmungstext unmissverständlich die durch ein einfaches „Ja“ oder „Nein“ zu beantwortende Frage, ob der Flughafen Tegel als Verkehrsflughafen weiterbetrieben werden soll oder nicht. Ein „Ja“ bringt daher die Entscheidung für einen Weiterbetrieb zum Ausdruck. Hieraus ergibt sich erst auf einer zweiten Stufe die Aufforderung an den Senat, die diesbezüglich erforderlichen Schritte einzuleiten, also eine Handlungspflicht. Diese Zweistufigkeit liegt in der Natur der Sache, weil konkrete luftverkehrsrechtliche Entscheidungen, insbesondere mit Blick auf ein eventuelles Planfeststellungsverfahren, nur von der Exekutive, nicht aber durch das Parlament und deshalb auch nicht durch Volksentscheid getroffen werden können⁶⁶. Konkrete Verfahrensschritte können dem Senat daher durch Volksentscheid nicht vorgegeben werden. Dies ändert jedoch nichts an der Verbindlichkeit der Entscheidung, dass der Flughafen Tegel weiterbetrieben werden soll und der Senat alle diesbezüglichen Schritte unternehmen muss.⁶⁷

dd) Hilfsweise Erwägung: Organtreue

Hilfsweise sei darauf hingewiesen, dass der Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 auch dann nicht ohne Wirkungen für den Senat bliebe, wenn man eine Bindungswirkung im vorgenannten Sinne verneinen würde. Ausgehend von

⁶⁶ Vgl. HessStGH, Beschl. v. 14. 1. 1982 – P.St.947 –, juris Rdnr. 117.

⁶⁷ Zur „Vollzugspflicht“ im Sinne der Pflicht, ausführende Maßnahmen zu ergreifen, wenn der Entscheid nur über das „Ob“ entschieden hat, *Franz-Joseph Peine / Thomas Starke*, Rechtsprobleme beim Vollzug von Bürgerentscheiden, DÖV 2007, S. 740 (741).

dem in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannten verfassungsrechtlichen Grundsatz der Organtreue⁶⁸ sind die durch einen Volksentscheid adressierten staatlichen Organe verpflichtet, bei ihren eigenen Entscheidungen im Bereich der zum Volksentscheid gestellten Sachfrage nicht leichtfertig über den im Volksentscheid zum Ausdruck gekommenen Willen des Volkes hinwegzugehen, sondern müssen diesen würdigen und danach ihre Abwägung über die eigene Entscheidung vornehmen⁶⁹. Dies gilt nicht nur bei Volksentscheiden über Gesetze, sondern auch bei Volksentscheiden über andere Gegenstände der politischen Willensbildung⁷⁰, und ergibt sich notwendig aus dem Grundsatz der Gleichrangigkeit von Volkswillensbildung und parlamentarischer Willensbildung: Kann von den Bürgern erwartet werden, sich „sowohl im Vorfeld einer Abstimmung als auch in der öffentlichen Diskussion um den Vollzug beziehungsweise die Änderung oder Aufhebung eines Volksgesetzes mit den Argumenten von Senat und/oder Abgeordnetenhaus auseinanderzusetzen“⁷¹, so muss Entsprechendes umgekehrt auch für Senat bzw. Abgeordnetenhaus gelten.

Wird diese Würdigung und Abwägung sachgerecht und willkürfrei vorgenommen, so ist das Prinzip der Organtreue nicht verletzt, wenn das betreffende Verfassungsorgan von einer von der im Volksentscheid zum Ausdruck gebrachten Auffassung des Volkes abweicht⁷². Hieraus folgt zunächst zweierlei:

- Erstens ergibt sich aus dem Grundsatz der Organtreue keine eigentliche Bindungswirkung für Parlament und Regierung, sondern lediglich

⁶⁸ Vgl. nur BVerfG, Urt. v. 25. 5. 1977 – 2 BvE 1/74 –, BVerfGE 45, S. 1 (39); Urt. v. 12. 10. 1993 – 2 BvR 2134/92 u. a. –, BVerfGE 89, S. 155 (191); Urt. v. 12. 7. 1994 – 2 BvE 3/92 u. a. –, BVerfGE 90, S. 286 (337).

⁶⁹ HambVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – 6/04 –, juris Rdnr. 76; HambVerfG, Urt. v. 27. 4. 2007 – 4/06 –, juris Rdnr. 95 ff.; VerfGH Bln, Beschl. v. 27. 10. 2008 – 86/08 –, juris Rdnr. 80; *Peter M. Huber*, Parlamentarische und plebiszitäre Gesetzgebung im Widerstreit, ZG 2009, S. 311 (320 ff.); *Michael Kloepfer / Florian Schärdel*, Die Perspektiven der Volksgesetzgebung, DVBl. 2008, S. 1333 (1338).

⁷⁰ *Matthias Rossi / Sophie-Charlotte Lenski*, Treuepflichten im Nebeneinander von plebiszitärer und repräsentativer Demokratie, DVBl. 2008, S. 416 (424).

⁷¹ VerfGH Bln, Urt. v. 6. 10. 2009 – 143/08 –, juris Rdnr. 108.

⁷² HambVerfG, Urt. v. 15. 12. 2004 – 6/04 –, juris Rdnr. 80.

eine Pflicht zur Auseinandersetzung mit dem im Volksentscheid zum Ausdruck gebrachten Willen des Volkes und der Berücksichtigung bei der eigenen Entscheidungsfindung.

- Insbesondere dann, wenn der Volksentscheid einen Auftrag zum Tätigwerden für andere Verfassungsorgane enthält, zeitigt das Prinzip der Organtreue zweitens die Konsequenz, dass eine Auseinandersetzung mit dem Willen des Volkes und den Folgen für die eigene Entscheidungsfindung des Verfassungsorgans auch tatsächlich in der gebotenen Tiefe erfolgen muss. Eine bloße „Erledigung durch Liegenlassen“ genügt diesen Anforderungen nicht.

Allerdings erschöpft sich das Prinzip der Organtreue hierin noch nicht. Die Rücksichtnahmepflicht als Kern der Organtreue würde sinnentleert, wenn nicht die unterschiedlichen Ausgangs- und Funktionsbedingungen der durch die Organtreue Verpflichteten im Sinne einer Waffengleichheit berücksichtigt würden. Da das Volk zu einer Wiederholung eines Volksentscheids über dieselbe Sachfrage nur sehr selten in der Lage sein wird, entspricht es zumindest einer Annäherung an einen gleichrangigen öffentlichen Diskurs, dass das Volk die Gründe, aus denen Parlament und/oder Regierung ggf. von dem Volksentscheid abweichen, kennt und würdigen kann. Daher obliegt den von dem im Volksentscheid zum Ausdruck gebrachten Willen des Volkes abweichenden Verfassungsorganen unter dem Gesichtspunkt der Organtreue eine gesteigerte Begründungspflicht des Inhalts, dass im Einzelnen eine „Auseinandersetzung mit den Realisierungsinteressen des im erfolgreichen Volksentscheid zum Ausdruck kommenden Volkswillens“ erfolgen muss⁷³.

⁷³ *Mario Martini*, Wenn das Volk (mit)entscheidet ... Wechselbeziehungen und Konfliktlinien zwischen direkter und indirekter Demokratie als Herausforderung für die Rechtsordnung, 2011, S. 84 f. Im Ergebnis wohl ebenso *Peter M Huber*, Parlamentarische und plebiszitäre Gesetzgebung im Widerstreit, ZG 2009, S. 311 (330).

c) Ergebnisse

Die vorstehenden Überlegungen zur (äußeren) Bindungswirkung des Volksentscheids lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Volksentscheid und Entscheidung durch das Parlament stehen gleichrangig nebeneinander. Der Volksentscheid stellt ein Minimum an „Waffengleichheit“ zwischen dem in der konkreten Sachfrage mit der parlamentarischen Arbeit nicht einverstandenen Volk als Souverän und dem Parlament als „Regel-Gesetzgeber“ her. Ein durch Volksentscheid gefasster Beschluss über ein Gesetz oder einen anderen Gegenstand der politischen Willensbildung kann durch das Parlament unter denselben Voraussetzungen geändert oder aufgehoben werden wie ein vom Parlament selbst getroffener Beschluss.

Auch ein über einen anderen Gegenstand als einen Gesetzentwurf getroffener Volksentscheid bindet Abgeordnetenhaus und Senat von Berlin. Dies ergibt sich bereits aus der Systematik der unterschiedlichen Formen der Volkswillensbildung. Darüber hinaus kann die durch Volksbegehren und Volksentscheid intendierte „Waffengleichheit“ nur erreicht werden, wenn dem Volk durch den Volksentscheid die Möglichkeit eröffnet wird, Verbindlichkeit in einer Sachfrage herzustellen.

Ausweislich der insoweit maßgebenden Fassung des Stimmzettels bringt Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 durch die mehrheitliche Bejahung der zur Abstimmung gestellten Frage unmissverständlich zum Ausdruck, dass der Flughafen Tegel als Verkehrsflughafen weiterbetrieben werden soll. Hieraus ergibt sich auf einer zweiten Stufe die Aufforderung an den Senat, die diesbezüglich erforderlichen Schritte einzuleiten, also eine Handlungspflicht.

Selbst wenn man eine solche Bindungswirkung des Volksentscheids unzutreffenderweise ablehnen würde, ergäbe sich aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Organtreue eine Pflicht des Senats, sich mit dem durch den Volksentscheid erteilten Handlungsauftrag inhaltlich auseinanderzusetzen und eine Entscheidung über die durch den Volksentscheid geforderten Maßnahmen zu treffen. Eine bloße „Erledigung durch Liegenlassen“ genügt dem

nicht. Will der Senat von der Entscheidung des Volkes abweichen, so trifft ihn eine gesteigerte Begründungspflicht des Inhalts, dass im Einzelnen eine „Auseinandersetzung mit den Realisierungsinteressen des im erfolgreichen Volksentscheid zum Ausdruck kommenden Volkswillens“ erfolgen muss.

2. Inhaltliche Bindungen

Wie dargelegt betrifft die Frage der inhaltlichen Bindung eines Volksentscheids die Reichweite der Bindungswirkung des Volksentscheids einschließlich der dieser gesetzten Grenzen (oben III.).

Die Reichweite der inhaltlichen Bindungswirkung bestimmt sich in erster Linie nach Inhalt und Fassung des Volksentscheids. Ergeben sich hieraus – wie durch den Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 – Handlungspflichten für ein Verfassungsorgan – hier: den Senat von Berlin –, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob und inwieweit der Erfüllung dieser Handlungspflicht Grenzen gesetzt sind. Explizite Grenzen ergeben sich bereits unmittelbar aus Art. 62 Abs. 2 VvB: Soweit entgegen der dortigen Beschränkung ein Volksbegehren und im Anschluss ein Volksentscheid durchgeführt werden würden, die den Senat zu Landeshaushalt, Dienst- und Versorgungsbezügen, Abgaben, Tarifen öffentlicher Unternehmen oder Personalentscheidungen in dem von dieser Norm gemeinten Sinne betreffenden Maßnahmen veranlassen sollen, wäre der Senat an einer Erfüllung der Handlungspflicht rechtlich gehindert.

Entsprechendes gilt, wenn die Umsetzung eines Volksentscheids zu Verstößen gegen die Bestimmungen der (Landes-)Verfassung⁷⁴ oder des Grundgesetzes, soweit sie von der Landesgesetzgebung zu beachten sind⁷⁵, führen

⁷⁴ HessStGH, Beschl. v. 14. 1. 1982 – P.St.947 –, juris Rdnr. 93; BayVerfGH, Entsch. v. 17. 11. 1994 - Vf. 96-IX-94, Vf. 97-IX-94 -, juris Rdnr. 399 ff.; VerfG Brb, Urt. v. 15. 9. 1994 – 2/93 –, juris Rdnr. 11; ThürVerfGH, Urt. v. 19.9.2001 – 4/01 –, juris Rdnr. 123; HambVerfG, Urt. v. 13. 10. 2016 – 2/16 –, juris Rdnr. 210.

⁷⁵ HessStGH, Beschl. v. 14. 1. 1982 – P.St.947 –, juris Rdnr. 94.

würden. Zu letzteren zählen u. a. die Vorschriften über die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern⁷⁶ und über die Verteilung der Verwaltungskompetenzen⁷⁷. Darüber hinaus ist auch die Volksgesetzgebung mittels Volksentscheids an den Vorrang des Bundesrechts vor Landesrecht nach Art. 31 GG sowie an die durch das Homogenitätsgebot des Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG auch für das Landesverfassungsrecht vorgegebenen, identitätsstiftenden und daher auch durch eine Verfassungsänderung nicht änderbaren Grundsätze⁷⁸ eines republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats gebunden.⁷⁹

Soweit nicht diese nicht zur Disposition des Landes stehenden bundesverfassungsrechtlichen oder unverrückbare Regelungen des Landesverfassungsrechts⁸⁰ berührt sind, ist allerdings zu beachten, dass die Notwendigkeit, bei Erfüllung einer durch einen Volksentscheid formulierten Handlungspflicht die Landesverfassung zu ändern, jedenfalls in Berlin der Reichweite der Bindungswirkung keine Grenzen setzt. Denn seit der Änderung der Verfassung von Berlin im Jahre 2006 kann durch Volksentscheid auch eine Verfassungsänderung erfolgen (Art. 63 Abs. 2 VvB).⁸¹

⁷⁶ HessStGH, Beschl. v. 14. 1. 1982 – P.St.947 –, juris Rdnr. 94; VerfGH NRW, Urt. v. 13. 2. 1987 – 18/86 –, juris Rdnr. 25; VerfG Brb, Urt. v. 15. 9. 1994 – 2/93 –, juris Rdnr. 11; VerfGH Bln, Urt. v. 6. 10. 2009 – 63/08 –, juris Rdnr. 59 ff.

⁷⁷ HessStGH, Beschl. v. 14. 1. 1982 – P.St.947 –, juris Rdnr. 95.

⁷⁸ HambVerfG, Urt. v. 13. 10. 2016 – 2/16 –, juris Rdnr. 211.

⁷⁹ BremStGH, Urt. v. 14. 2. 2000 – St 1/98 –, juris Rdnr. 5; ThürVerfGH, Urt. v. 19.9.2001 – 4/01 –, juris Rdnr. 123; VerfGH Bln, Urt. v. 6. 10. 2009 – 143/08 –, juris Rdnr. 102; HambVerfG, Urt. v. 13. 10. 2016 – 2/16 –, juris Rdnr. 223 f. Zur Bindung an die Grundsätze der demokratischen Ordnung BayVerfGH, Beschl. v. 31. 3. 2000 – Vf. 2-IX-00 –, juris Rdnr. 143. Zur Bindung an das Rechtsstaatsprinzip BayVerfGH, Entsch. v. 13. 4. 2000 – Vf. 4-IX-00 –, juris Rdnr. 145; HambVerfG, Urt. v. 13. 10. 2016 – 2/16 –, juris Rdnr. 216.

⁸⁰ ThürVerfGH, Urt. v. 19.9.2001 – 4/01 –, juris Rdnr. 127.

⁸¹ Entsprechend für die Rechtslage in Bayern *Christoph Schultes*, Die verfassungsändernde Volksgesetzgebung in Bayern, 2006, S. 59 ff., Hamburg HambVerfG, Urt. v. 13. 10. 2016 – 2/16 –, juris Rdnr. 154, und in Thüringen ThürVerfGH, Urt. v. 19.9.2001 – 4/01 –, juris Rdnr. 125. Zur früheren Rechtslage in Berlin vgl. VerfGH Bln, Urt. v. 2. 6. 1999 – 22/99 –, juris Rdnr. 9.

Des Weiteren kommt es nicht auf die Frage an, ob die nach dem Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 seitens des Senats zu ergreifenden Maßnahmen die Änderung von Landesgesetzen erfordern würden oder nicht. Dass die Befolgung eines nicht auf den Erlass eines Gesetzes gerichteten Volksentscheids die Konsequenz des Erlasses bzw. der Änderung von Gesetzen zeitigt, ändert nichts an der Zulässigkeit des zugrundeliegenden Volksbegehrens noch an den Wirkungen des Volksentscheids.⁸²

Ungeklärt ist die Frage, ob es weitere Grenzen der Reichweite der Bindungswirkung eines Handlungspflichten statuierenden Volksentscheids geben kann. Zu denken ist insoweit an eine Unmöglichkeit der Erfüllung der Handlungspflicht. Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es sich um eine *Handlungspflicht* handelt und kein Erfolg geschuldet ist. Die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit der Erreichung des Erfolgs, d. h. des durch den Volksentscheid formulierten Ziels (hier: des Weiterbetriebs des Flughafens Tegel als Verkehrsflughafen), kann grundsätzlich kein Maßstab für die Erfüllung der Handlungspflicht sein. Eine Ausnahme hiervon muss jedoch dann gelten, wenn die Erreichung des Ziels, dessen Verwirklichung die Handlungen dienen soll, schlechterdings, d. h. objektiv, unmöglich ist. Die Vornahme von vornherein sinnlosen Handlungen kann nicht gefordert sein.

Eine solche objektive Unmöglichkeit liegt zunächst dann vor, wenn die Verwirklichung des mit dem Volksentscheid verfolgten Ziel aus Rechtsgründen unmöglich ist. Die diesbezüglich geltenden Grundsätze sind bereits dargestellt worden. Nicht zur rechtlichen Unmöglichkeit führt daher die Notwendigkeit, dass zur Zielerreichung die Änderung von Landesgesetzen einschließlich der Verfassung erforderlich wäre. Die Handlungspflicht des Senats erstreckt sich vielmehr auch darauf, von seinem Gesetzesinitiativrecht (Art. 59 Abs. 2 VvB) Gebrauch zu machen.

⁸² Zur ähnlichen Rechtslage nach Art. 50 der Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vgl. Hamb VerfG, Urt. v. 22. 4. 2005 – 5/04 –, juris Rdnr. 75. Zur Diskussion unter der anders gefassten Bayerischen Verfassung vgl. BayVerfGH, Entsch. v. 21. 11. 2016 – Vf. 15-VIII-14, Vf. 8-VIII-15 –, Juris Rdnr. 79.

Die Frage, ob es eine objektive Unmöglichkeit auch aus anderen als rechtlichen Erwägungen heraus geben kann, bezieht sich auf tatsächliche Hindernisse für eine Erreichung des mit dem Volksentscheid verfolgten Ziels. Insofern denkbar wären insbesondere politische Gründe oder finanzielle Restriktionen, welche die Erreichung jenes Ziels faktisch ausschließen. Auch derartigen tatsächlichen Hindernissen kann eine Relevanz im Sinne einer objektiven Unmöglichkeit nicht von vornherein abgesprochen werden. Ein Beispiel könnten möglicherweise finanzielle Folgen sein, die sämtliche sonstige staatliche Aufgabenerfüllung über lange Zeit vollständig zum Erliegen bringen würden. Gegenbeispiel sind die Grenze des Art. 62 Abs. 2 VvB nicht erreichende finanzielle Folgen eines Volksentscheids, die zu Präferenzverschiebungen führen würden. Denn in diesem Fall läge keine objektive, sondern allenfalls eine subjektive Unmöglichkeit für die derzeitige Regierung vor, welche jedoch – wie ausgeführt – für die Erfüllung einer *Handlungspflicht* irrelevant ist. Entsprechendes gilt für angenommene politische Hindernisse auf dem Weg zur Erreichung des Ziels. Ernsthaft auszuloten, ob diese tatsächlich unüberwindbar sein werden oder ob politische Kompromisse denkbar sind, ist gerade Inhalt der Handlungspflicht.

Nichts wesentlich anderes würde im Übrigen gelten, wenn man eine Bindungswirkung des Volksentscheids vom 24. Sept. 2017 im Sinne einer *Handlungspflicht* des Senats verneinen und allein auf den Grundsatz der Organtreue abstellen würde. Wie dargelegt (oben III.1.b.dd) müsste sich der Senat dann mit dem im Volksentscheid erteilten Handlungsauftrag inhaltlich ernsthaft und begründet, d. h. nicht im Wege bloß hypothetischer Annahmen, auseinandersetzen. Hierzu gehört es auch, die Chancen zur Erreichung des mit dem Volksentscheid erstrebten Ziels auszuloten.

IV. Handlungspflichten des Berliner Senats aus dem Volksentscheid vom 24. Sept. 2017

Nach den vorstehend erarbeiteten Ergebnissen (oben III.) muss der Senat von Berlin alles ihm Mögliche unternehmen, damit der Flughafen Tegel offen gehalten werden kann, und zwar auch dann, wenn dies weder der politischen Bewertung noch den planerischen Vorstellungen der Landesregierung entsprechen sollte. Der Senat ist deshalb gehalten, nicht allein Risiken aufzuzeigen, die bei einem Weiterbetrieb von Tegel drohen könnten und auch nicht ergebnisoffen die Möglichkeiten und notwendigen Schritte eines Weiterbetriebs zu prüfen. Vielmehr zeitigt der Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 die Konsequenz, dass der Senat diese Prüfung mit positiven Vorzeichen, d. h. mit einem Willen zur Verwirklichung durchführen muss. Inwieweit politische, finanzielle oder rechtliche Hindernisse für die Verwirklichung des durch den Volksentscheid vorgegebenen Ziels reichen und durch welche Maßnahmen sie überwindbar sind, ist Ergebnis dieser eingehenden, verwirklichungsorientierten Prüfung. Diesbezügliche, nach sehr cursorischer Prüfung formulierte Annahmen können dementsprechend nicht bereits die Prüfung als solche verhindern.

Wie dargelegt ist die Grenze der Handlungspflicht des Senats dort erreicht, wo Gründe vorliegen, die die Verwirklichung des durch den Volksentscheid vorgegebenen Ziels, den Weiterbetrieb des Flughafens Tegel, objektiv unmöglich machen. Dass andere als rechtliche Gründe den Weiterbetrieb ausschließen könnten, mag am Ende der Verwirklichungsbemühungen des Senats stehen oder nicht, ist jedoch nach gegenwärtigem Stand der Erkenntnis nicht festzustellen. Derzeit könnten es daher nur rechtliche Gesichtspunkte sein, die einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel objektiv unmöglich machen und hierauf gerichtete Handlungspflichten des Senats ausschließen.

Dabei mag allein der Umstand, dass seitens verschiedener Senatsverwaltungen binnen mehrerer Monate drei (!) Rechtsgutachten zu immer den gleichen Rechtsfragen eingeholt worden sind – was als sehr ungewöhnlicher Vorgang

bezeichnet werden darf –, darauf hindeuten, dass auch aus Sicht des Senats die sich stellenden Rechtsfragen nicht eindeutig beantwortet werden können. Darüber hinaus hat die Analyse der vom Senat beauftragten Gutachten sowie der weiteren zu diesem Fragenkreis veröffentlichten Stellungnahmen ergeben, dass eine objektive Unmöglichkeit der Zielerreichung ergebende rechtliche Schwierigkeiten derzeit lediglich zu einem Fragenkreis nicht vollständig ausgeräumt sind:

- Konsequenzen eines Weiterbetriebs des Flughafens Tegel für den Bestand des Planfeststellungsbeschlusses BER werden überwiegend überhaupt nicht oder zumindest dann nicht gesehen, wenn die raumplanerischen Festlegungen zum Single Airport-Konzept zulässigerweise geändert werden. Lediglich ein Gutachter hält eine Planergänzung des Planfeststellungsbeschlusses BER für erforderlich, was allerdings ebensowenig zur objektiven Unmöglichkeit der Zielerreichung führt.
- Die durch die sog. Schließungsbescheide von 2004 und 2006 beendeten Wirkungen der Betriebsgenehmigung sowie der fiktiven Planfeststellung für den Flughafen Tegel werden durchweg als restituierbar angesehen. Ob hierfür die Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens oder eines anderen Verfahrens mit einer vorzunehmenden Abwägung erforderlich ist, wird unterschiedlich beurteilt. Keine der vertretenen Varianten begründet jedoch eine objektive Unmöglichkeit der Erreichung des Ziels Weiterbetrieb des Flughafens Tegel. Vielmehr würde sich die Frage, ob die Schließungsbescheide inhaltlich wirklich rückholbar sind oder nicht, erst als Ergebnis einer komplexen Abwägung, aber nicht a limine beantworten lassen.

Als ein die Erreichung des Ziels des Weiterbetriebs des Flughafens Tegel objektiv unmöglich machender Gesichtspunkt wird daher allein die angebliche Aussichtslosigkeit einer Änderung des landesplanerischen Single Airport-Konzepts ernsthaft diskutiert. Der vom Senat von Berlin beauftragte Gutachter Paetow bezeichnet die landesplanungsrechtliche Situation explizit als „das

entscheidende rechtliche Hindernis für einen möglichen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel“⁸³. Diesbezüglich sind zwei Punkte zu unterscheiden:

- Die Änderung des das Single Airport-Konzept festschreibenden Ziels der Raumordnung im Zusammenwirken mit dem Land Brandenburg (unten IV.1).
- Die Möglichkeiten eines einseitigen Vorgehens des Landes Berlin (unten IV.2).

1. Änderung der landesplanerischen Grundlagen im Zusammenwirken mit Brandenburg

Die Frage der Änderbarkeit der landesplanerischen Festlegung auf das Single Airport-Konzept mit der Schließung des Flughafens Tegel im Wege einer konsensualen Änderung der Landesplanung mit Brandenburg wird in den ausgewerteten Gutachten und Stellungnahmen überwiegend bejaht (dazu oben I.3). Teilweise, insbesondere durch den Gutachter Paetow, wird allerdings selbst eine Änderung im Einvernehmen mit Brandenburg nur dann für zulässig erachtet, wenn am Standort BER nicht ohne weiteres beseitigbare Kapazitätsengpässe feststellbar sein sollten.

Nach den Prämissen Paetows ist eine Änderung der landesplanerischen Zielsetzung abwägungsfehlerfrei möglich, wenn „abwägungserhebliche Belange ... entweder aufgrund inzwischen veränderter Umstände (z. B. neue Sach- oder Rechtslage) oder infolge einer abweichenden Bewertung von „alten“ abwägungserheblichen Belangen die Planungsträger Berlin und Brandenburg veranlassen, im Rahmen ihrer planerischen Gestaltungsfreiheit eine andere landesplanerische Lösung, nämlich die Offenhaltung des Flughafens

⁸³ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 19, https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

Tegel zu bevorzugen“⁸⁴. Für die zweite von ihm genannte Möglichkeit, die von der früheren abweichende Bewertung von „alten“ abwägungserheblichen Belangen, verneint Paetow die Möglichkeit einer abwägungsfehlerfreien Entscheidung für eine Aufgabe des Single Airport-Konzepts in Anbetracht des Gewichts entgegenstehender Belange. Andere Stellungnahmen wie die von Schirmer kommen nach mindestens ebenso eingehender Betrachtung der in die Abwägung einzustellenden Belange hingegen zu dem Ergebnis, dass bei entsprechender Berücksichtigung der betroffenen Belange eine abwägungsfehlerfreie Aufgabe des Single Airport-Konzepts ohne weiteres möglich ist. Der erforderliche Änderungsimpuls wird durch die von dem Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 ausgehende Handlungspflicht den Berliner Senat gerade dahin gesetzt, eine veränderte Bewertung der planerischen Belange vorzunehmen. Daher muss die Frage, ob bei einer Neubewertung bestehender abwägungserheblicher Belange ein Abrücken vom Single Airport-Konzept ohne Abwägungsfehler möglich ist, zumindest als offen bezeichnet werden. Rechtsgutachtliche Thesen von wenigen Absätzen können nicht den höchst komplexen Prozess raumplanerischer Abwägung inhaltlich antizipieren. Es ist daher davon auszugehen, dass selbst ohne veränderte Umstände eine konsensuale Änderung der landesplanerischen Zielfestlegung nicht objektiv unmöglich wäre.

Für den Fall, dass am Standort BER nicht ohne Schwierigkeiten beseitigbare Kapazitätsengpässe vorliegen, wird die Möglichkeit einer abwägungsfehlerfreien Änderung der raumplanerischen Zielfestlegung einhellig bejaht. Ob derartige Kapazitätsengpässe zu prognostizieren sind oder nicht, steht derzeit nicht gesichert fest. Sogar die Folgeabschätzungen der Senatsverwaltungen fordern ein eingehendes neutrales Gutachten zur Ermittlung der vom Flughafen BER zu bewältigenden Fluggast- und Flugverkehrskapazitäten⁸⁵. Auch für

⁸⁴ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 31, https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

⁸⁵ Senatskanzlei, Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen bei Umsetzung des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, 6. Nov. 2017, S. 5,

diese Konstellation kann daher derzeit nicht davon ausgegangen werden, dass die Erreichung des von dem Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 vorgegebenen Ziels rechtlich objektiv unmöglich wäre.

Begründet wird die objektive Unmöglichkeit einer konsensualen Änderung der landesplanerischen Zielfestlegung des Single Airport-Konzepts denn auch in erster Linie mit einer Weigerung der brandenburgischen Landesregierung, einer solchen Änderung zuzustimmen. Verwiesen wird diesbezüglich auf eine Beratung der Flughafengeschafter Berlin, Brandenburg und Bund am 26. Okt. 2017, die keine Mehrheit für einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel gebracht habe,⁸⁶ sowie eine Erklärung des brandenburgischen Ministerpräsidenten nach einer gemeinsamen Sitzung der Kabinette von Berlin und Brandenburg am 6. Nov. 2017. In dieser Erklärung hatte der Ministerpräsident deutlich gemacht, dass Brandenburg von der Schließung des Flughafens Tegel nicht abrücken werde⁸⁷. Zur Begründung wies er darauf hin, dass nichts unternommen werden dürfe, was den Bestand des Planfeststellungsbeschlusses BER gefährden könnte. Darüber hinaus wolle „man auch nicht die privaten Investoren enttäuschen, die bereits im Umfeld des neuen Flughafens investiert und eine gute wirtschaftliche Entwicklung gebracht“ hätten.⁸⁸

Im Anschluss an diese gemeinsame Sitzung der beiden Kabinette sind in der Presse Zweifel geäußert worden, ob seitens des Berliner Senats wirklich deutlich gemacht worden sei, dass die Berliner Landesregierung aufgrund des Ergebnisses des Volksentscheids vom 24. Sept. 2017 nunmehr einen Weiterbe-

<http://www.stadtentwicklung.berlin.de/staedtebau/projekte/tegel/download/2017.11.06-STN-Folgeabschaetzungen-VolksentscheidTegel.pdf>.

⁸⁶ Senatskanzlei, Zusammenfassung der Folgeabschätzungen aller Senatsverwaltungen bei Umsetzung des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, 6. Nov. 2017, S. 1, <http://www.stadtentwicklung.berlin.de/staedtebau/projekte/tegel/download/2017.11.06-STN-Folgeabschaetzungen-VolksentscheidTegel.pdf>.

⁸⁷ Der Tagesspiegel vom 7. 11. 2017.

⁸⁸ <https://www.morgenpost.de/berlin/article212456787/Brandenburg-bleibt-bei-Schliessung-von-Flughafen-Tegel.html>.

trieb des Flughafens Tegel anstrebe. Vielmehr habe der Regierende Bürgermeister sich lediglich erkundigt, ob die Position der brandenburgischen Landesregierung unverändert sei.⁸⁹

Sollte dem so sein, was durch den Unterzeichnenden nicht überprüft werden kann, so würde dies nicht zur Erfüllung der dem Senat obliegenden Handlungspflicht ausreichen. Vielmehr ist der Senat gehalten, gegenüber dem Land Brandenburg deutlich zu machen, dass das Land Berlin nunmehr einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel anstrebt und dass für die Erreichung dieses Ziels als letztes Mittel auch ein Abrücken von der gemeinsamen Landesplanung – zumindest in dieser Frage – in Erwägung gezogen werde. In Anbetracht dessen, dass nunmehr auch in Brandenburg ein Plebiszit für den Weiterbetrieb des Flughafens Tegel angestrebt wird⁹⁰ und dieses in Anbetracht der Vermeidung eines am Standort BER entstehenden Belastungsanstiegs für die Bevölkerung in Brandenburg bei Offenhaltung des Flughafens Tegel durchaus aussichtsreich sein könnte, erscheint eine Änderung der Position der brandenburgischen Landesregierung bei einer klaren Haltung des Berliner Senats für die Offenhaltung durchaus nicht aussichtslos. Die vom Ministerpräsidenten des Landes Brandenburg geäußerten Befürchtungen sind hinsichtlich eines Bestandsrisikos für den Planfeststellungsbeschluss BER zuletzt durch den vom Berliner Senat bestellten Gutachter Paetow entkräftet worden. Nach eingehender Prüfung sieht Paetow für wegen Aufgabe des Single Airport-Konzepts erhobene Klagen gegen den BER keine ernsthaften Erfolgsaussichten.⁹¹ Die weitere Befürchtung enttäuschten Investorenvertrauens im Umfeld des Flughafenstandorts BER ist nachvollziehbar, doch steht die Aufnahme des Betriebs des Flughafens BER in einem das Vertrauen der Investoren – so es in

⁸⁹ <https://www.bz-berlin.de/berlin/die-nein-sager-berlin-und-brandenburg-einigen-sich-auf-tegel-aus>.

⁹⁰ Berliner Zeitung vom 30. 1. 2018, <https://www.berliner-zeitung.de/29580278>.

⁹¹ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 58 ff., https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

Anbetracht der bisherigen Geschichte des Flughafenstandorts BER noch vorhanden ist – rechtfertigenden Umfang nicht in Frage. Darüber hinaus wäre dies eine Frage des Vorteils-Lasten-Ausgleichs, der zwischen Berlin und Brandenburg zu verhandeln wäre.

Im Ergebnis erscheint es daher durchaus denkbar, dass das Land Brandenburg bei Aufbau einer entsprechenden Verhandlungsposition durch den Senat von Berlin zu einer konsensualen Änderung der landesplanerischen Zielfestlegung Single Airport-Konzept bereit sein könnte. Eine objektive Unmöglichkeit der Verfolgung des durch den Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 formulierten Ziels besteht daher nicht.

2. Möglichkeiten eines einseitigen Vorgehens des Landes Berlin

Ungeachtet der nach den vorstehend entwickelten Überlegungen nicht gegebenen objektiven Unmöglichkeit, konsensual mit dem Land Brandenburg die landesplanerische Zielfestlegung des Single Airport-Konzepts zu ändern, wird im folgenden erörtert, inwieweit für das Berlin eine Möglichkeit besteht, dieses Ziel einseitig, d. h. ohne Zustimmung des Landes Brandenburg zu ändern. Der vom Senat beauftragte Gutachter Paetow hat neben der in Art. 24 Abs. 1 des Vertrags über die Aufgaben und Trägerschaft sowie Grundlagen und Verfahren der gemeinsamen Landesplanung zwischen den Ländern Berlin und Brandenburg (Landesplanungsvertrag) explizit vorgesehenen Beendigung der gesamten gemeinsamen Landesplanung durch Kündigung des Landesplanungsvertrags auch eine auf die Flughafenplanung beschränkte Teilkündigung untersucht. Eine solche Teilkündigung hält Paetow wegen des nach seiner Bewertung dann entstehenden Planungstorsos für unzulässig.

Hinsichtlich der Zulässigkeit einer Teilkündigung sind drei Fragen zu unterscheiden:

- Erforderlichkeit einer Teilkündigung zur Zielverfolgung (unten IV.2.a)

- Herausnehmbarkeit der Flughafenplanung aus der Landesplanung (unten IV.2.b)
- vertragsrechtliche Zulässigkeit einer Teilkündigung (unten IV.2.c)

a) Erforderlichkeit einer Teilkündigung zur Zielverfolgung?

Ausweislich Art. 1 des Landesplanungsvertrags ist Gegenstand dieses Vertrags die gemeinsame Raumordnung und Landesplanung. Dieser Gegenstand ist eindeutig dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Verfassungsrechtliche Fragen werden durch den Landesplanungsvertrag nicht geregelt. Es handelt sich daher um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag, und zwar in der Form des sog. koordinationsrechtlichen Vertrags. Ob es sich dabei um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag im Sinne des § 54 Satz 1 VwVfG handelt⁹², mag dahinstehen. Denn auch, wenn man diese Frage verneinen sollte, sind die in den §§ 54 ff. VwVfG niedergelegten Grundsätze zumindest entsprechend heranzuziehen⁹³. Wegen des koordinationsrechtlichen Charakters ausgeschlossen sind allerdings alle Regelungen, die nur für subordinationsrechtliche Verträge im Sinne von § 54 Satz 2 VwVfG gelten.

Anwendbar sind danach die Grundsätze des § 60 VwVfG. Nach dieser Vorschrift, kann eine Vertragspartei dann, wenn sich die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, seit Abschluss des Vertrags so wesentlich geändert haben, dass dieser Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist, zunächst eine Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen. Ist die Anpassung des Vertragsinhalts nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten, so kann jede Vertragspartei den Vertrag kündigen.

⁹² So wohl *Heinz Joachim Bonk/Werner Neumann/Thorsten Siegel*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 54 Rdnr. 13.

⁹³ *Jan Ziekow*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3. Aufl. 2013, § 54 Rdnr. 5.

Für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebende Verhältnisse sind nicht zum expliziten Vertragsinhalt gemachte Umstände, auf die sich im Sinne einer Geschäftsgrundlage der gemeinsame Geschäftswille aufbaut.⁹⁴ Derartige Umstände könnten vorliegend erstens in einer durch den Flughafen BER in seiner derzeitigen Planung nicht bewältigbaren Steigerung der prognostizierten Entwicklung des Luftverkehrs im Berliner Raum und zweitens im Ergebnis des Volksentscheids vom 24. Sept. 2017 gesehen werden.

Zu den für den Vertragsinhalt maßgebenden tatsächlichen Verhältnissen kann eine Erhöhung oder Verminderung von bei Vertragsschluss zugrunde gelegten Nutzungszahlen von Einrichtungen zählen.⁹⁵ Dies gilt vorliegend für eine Entwicklung des Flugverkehrs im Berliner Raum über die bei der konsensualen Festlegung des Single Airport-Konzepts zugrunde gelegten Prognosen und Kapazitäten des Flughafens BER hinaus. Sollte eine unabhängige und eingehende Neubewertung der Kapazitätsprognose (oben IV.1) dazu führen, dass am Standort BER nicht bewältigbare Kapazitätsengpässe zu erwarten sind, so entfällt die gemeinsame Geschäftsgrundlage für das Single Airport-Konzept. Dass diese Änderung in dem Sinne wesentlich ist, dass die Parteien bei anfänglicher Kenntnis die Vereinbarung nicht mit diesem Inhalt⁹⁶, nämlich der Festlegung auf BER als – nicht ausreichendem – Single Airport, getroffen hätten, ist offensichtlich.

Des Weiteren fallen unter die für den Vertragsinhalt maßgebenden tatsächlichen Verhältnisse beispielsweise auch eine Änderung der persönlichen Lebensumstände der Beteiligten⁹⁷ und Änderungen der politischen Umstände,

⁹⁴ *Heinz Joachim Bonk/Werner Neumann/Thorsten Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 60 Rdnr. 13.

⁹⁵ *Heinz Joachim Bonk/Werner Neumann/Thorsten Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 60 Rdnr. 16; *Utz Schliesky*, in: Knack/Henneke, *Verwaltungsverfahrensgesetz*. 10. Aufl. 2014, § 60 Rdnr. 17.

⁹⁶ Zu dieser Voraussetzung *Heinz Joachim Bonk/Werner Neumann/Thorsten Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 60 Rdnr. 23.

⁹⁷ *Utz Schliesky*, in: Knack/Henneke, *Verwaltungsverfahrensgesetz*. 10. Aufl. 2014, § 60 Rdnr. 17.

soweit sie die Geschäftsgrundlage des Vertrages betreffen⁹⁸. Wie der vom Senat beauftragte Gutachter Paetow zutreffend ausführt, stellt die konsensuale Festlegung des Single Airport-Konzepts in der gemeinsamen Landesplanung von Berlin und Brandenburg lediglich die rechtliche Umsetzung des genuin politischen Konsensbeschlusses über die Zukunft der damaligen drei Berliner Flughäfen aus dem Jahre 1996 dar.⁹⁹ Zugrunde lag dem eine politische Willensbildung auch der Berliner Landesregierung, die an ihrem damaligen Beschluss, den Flughafenstandort Tegel zugunsten des Flughafens BER aufzugeben, bis heute festhält. Diese politische Willensbildung des Senats von Berlin war – ebenso wie die politische Willensbildung der beiden anderen Gesellschafter der Flughafengesellschaft – gemeinsam zugrunde gelegte Geschäftsgrundlage auch für die konsensuale Verankerung des Single Airport-Ziels in der Landesplanung. Durch den Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 ist der Senat von Berlin hingegen nunmehr gehalten, sein Handeln an dem Ziel des Weiterbetriebs des Flughafens Tegel auszurichten. Bei Zugrundelegung dieser Bewertung der Zukunft des Flughafens Tegel wäre das Single Airport-Konzept nicht zustande gekommen. Auch der Volksentscheid hat mithin zu einer wesentlichen Änderung der Geschäftsgrundlage geführt.

Nach dem in § 60 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ebenso wie in § 313 Abs. 1 BGB zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken einer Störung der Geschäftsgrundlage ist weiterhin erforderlich, dass der die Anpassung einer Vereinbarung erstrebenden Partei das Festhalten an der ursprünglich vereinbarten Regelung nicht zuzumuten ist. Die Grenze der Unzumutbarkeit ist nicht schon bei einer Realisierung des normalen Vertragsrisikos, sondern erst dann erreicht, wenn der bisher vertraglich festgelegte Interessenausgleich nicht mehr annähernd

⁹⁸ *Michael Fehling*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 60 VwVfG Rdnr. 10.

⁹⁹ *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 12 ff., https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

gewahrt ist. Insoweit hat eine Abwägung aller im Einzelfall relevanten Gesichtspunkte unter Berücksichtigung von Treu und Glauben zu erfolgen.¹⁰⁰ Sofern sich durch ein neutrales eingehendes Gutachten erweisen sollte, dass der Flughafen BER in seiner geplanten Dimensionierung nicht die zur Aufnahme des zu prognostizierenden Luftverkehrs erforderlichen Kapazitäten aufweist, haben sich die tatsächlichen Umstände, auf denen die Vereinbarung des Single Airport-Konzepts beruhten, so maßgeblich geändert, dass dem dadurch seinerzeit gefundenen Interessenausgleich die Grundlage entzogen wäre. Dies geht weit über das normale Vertragsrisiko hinaus, sondern stellt einen Kerninhalt der Vereinbarung in Frage. Unter diesen Voraussetzungen an dem Single Airport-Konzept festzuhalten und sich damit in Widerspruch zu den durch den Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 vorgegebenen Handlungspflichten zu setzen, ist dem Land Berlin nicht zumutbar. Dabei handelt es sich auch nicht um Risiken, deren Tragung in die Risikosphäre des Landes Berlin fällt. Dies gilt für die überholte Kapazitätsprognose ebenso wie für das Ergebnis des Volksentscheids vom 24. Sept. 2017, dessen sehr eindeutiges Ergebnis für einen Weiterbetrieb des Flughafens Tegel nach dem deutlichen Scheitern des Volksentscheids für eine Offenhaltung des Flughafens Tempelhof im Jahre 2008 kaum erwartet werden konnte.

Nach den in § 60 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zum Ausdruck gekommenen Grundsätzen kann daher das Land Berlin eine Anpassung der das Single Airport-Konzept betreffenden raumplanerischen Vereinbarung mit dem Land Brandenburg an die tatsächlichen Verhältnisse verlangen. Das – notfalls gerichtlich durchsetzbare¹⁰¹ - Begehren auf Anpassung der Vereinbarung wäre vom Land Berlin gegenüber dem Land Brandenburg mit einem konkreten Änderungsangebot geltend zu machen.

¹⁰⁰ *Heinz Joachim Bonk/Werner Neumann/Thorsten Siegel*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 60 Rdnr. 25 f.

¹⁰¹ *Michael Fehling*, in: Fehling/Kastner/Störmer, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 2013, § 60 VwVfG Rdnr. 18.

Ein Weg zur Geltendmachung und Umsetzung eines Anpassungsverlangens des Landes Berlin wäre eine Einbringung in den laufenden Prozess der Aufstellung des Landesentwicklungsplans Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg (LEP HR). Dies würde auch sicherstellen, dass die landesplanerische Ermöglichung des Weiterbetriebs des Flughafens Tegel in die notwendige raumplanerische Gesamtbetrachtung eingestellt wird. Auf der übergeordneten Ebene des Landesentwicklungsprogramms (LEPro) ergeben sich insoweit keine Verbindungen, weil § 19 Abs. 11 LEPro 2003 die Konzentration auf einen Flughafen im Raum Berlin-Brandenburg nicht zwingend, sondern nur „möglichst“ vorsieht und dies auch nicht als Ziel, sondern nur als Grundsatz der Raumordnung¹⁰².

Erforderlich wäre insoweit eine Änderung des Ziels Z 7.3 (Singlestandort BER) des LEP HR in der Fassung des 2. Entwurfs vom 19. Dez. 2017. Die derzeit in Z 7.3 Abs. 3 LEP HR-Entwurf enthaltene Formulierung, dass das Ziel der Raumordnung Z 1 des Landesentwicklungsplanes Flughafenstandortentwicklung (LEP FS) unberührt bleibt, soll die Z 1 LEP FS lediglich ergänzende, nicht aber verdrängende Funktion von Z 7.3 LEP HR-Entwurf deutlich machen und wäre dann inhaltlich obsolet. Aus dem Umstand, dass die Klausel des Z 7.3 Abs. 3 LEP HR-Entwurf offenbar für erforderlich gehalten wird, um die fortbestehende Wirkung des Ziels Z 1 LEP FS sicherzustellen, ist zu entnehmen, dass seitens der Landesplanung in Berlin und Brandenburg davon ausgegangen wird, dass eine von Z 1 LEP FS inhaltlich abweichende Festlegung eines Ziels der Raumordnung im LEP HR zu einer konkludenten Änderung¹⁰³ oder Verdrängung Z 1 LEP FS führen könnte. Allerdings ordnet der Textteil des LEP HR-Entwurfs sub I den LEP FS als sachlichen und räumlichen Teilplan ein, der die Festlegungen des LEP HR „überlagert“. Ob diese „Überlagerung“ im Sinne einer verdrängenden Spezialität zu verstehen ist, wird nicht deutlich. In diesem

¹⁰² Benjamin Schirmer, Die Offenhaltung des Flughafens Berlin-Tegel – Eine rechtliche Herausforderung, DVBl. 2018, S. 17 (24).

¹⁰³ Zu diesem Grundsatz bei der inhaltlichen Kollision nachfolgender räumlicher Planungen vgl. Wolfgang Durner, Konflikte räumlicher Planungen, 2005, S. 193.

Fall hätte es aber nähergelegen, ein den Vorrang des LEP FS deutlich machende Begrifflichkeit zu verwenden. Dementsprechend könnte „Überlagerung“ – in diesem Fall in Übereinstimmung mit der Klausel des Z 7.3 Abs. 3 LEP HR-Entwurf – auch im Sinne einer näheren Regelung bei grundsätzlicher Gleichgerichtetheit – aber eben auch *nur* dann – verstanden werden. In jedem Fall wäre es aber jedenfalls aus Klarstellungsgründen anzuraten, den LEP FS einer geänderten Zielfestlegung im LEP HR anzupassen.

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass zur Verfolgung des durch den Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 formulierten Ziels im Rahmen der Handlungspflicht des Senats von Berlin eine auf die Flughafenplanung beschränkte Teilkündigung des Landesplanungsvertrags nicht erforderlich ist. Vielmehr kann dieses Ziel durch ein vom Land Berlin gegenüber dem Land Brandenburg gestelltes Anpassungsverlangen verfolgt werden.

Gleichwohl soll in den beiden folgenden Abschnitten auch zu der Frage, ob ein Weiterbetrieb des Flughafens Tegel durch eine solche Teilkündigung erreicht werden könnte, Stellung genommen werden, und zwar in materieller (unten IV.2.b) wie vertragsrechtlicher (unten IV.2.c) Hinsicht.

b) Herausnehmbarkeit der Flughafenplanung aus der Landesplanung

Eine auf das Single Airport-Konzept der Flughafenplanung beschränkte Teilkündigung des Landesplanungsvertrags durch das Land Berlin kann von vornherein nur zulässig sein, wenn hierdurch nicht ein den Anforderungen an die Raumplanung nicht genügender Torso entstehen würde¹⁰⁴. Diesbezüglich kann auf die zur Teilunwirksamklärung von Planungsnormen entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden. Danach liegt ein eine Teilunwirksamklärung hindernder untrennbarer Regelungszusammenhang vor, wenn sich aus dem objektiven Sinn der Norm ergibt, dass die übrigen Bestimmungen

¹⁰⁴ Vgl. *Stefan Paetow*, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 67 ff., https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

keine selbstständige Bedeutung haben, ferner dann, wenn die rechtswidrige Vorschrift Teil einer Gesamtregelung ist, die ihren Sinn und ihre Rechtfertigung verlöre, nähme man einen ihrer Bestandteile heraus.¹⁰⁵ Bei mit Akten der Landesplanung strukturell vergleichbaren Bebauungsplänen ist darauf abzustellen, ob der gültige Teil des Plans für sich betrachtet noch eine den Anforderungen des § 1 BauGB gerecht werdende sinnvolle städtebauliche Ordnung bewirken kann und ob die Gemeinde nach ihrem im Planungsverfahren zum Ausdruck gekommenen Willen im Zweifel auch einen Plan dieses eingeschränkten Inhalts beschlossen hätte.¹⁰⁶

Wohl von diesen Grundsätzen ausgehend hat der vom Senat bestellte Gutachter Paetow eine nur teilweise, auf die Flughafenplanung bezogene Kündigung des Landesplanungsvertrags wegen der starken gesamträumlichen Auswirkungen der beiden Flughäfen für nicht möglich und zum Entstehen eines raumplanungsrechtlichen Anforderungen nicht mehr gerecht werdenden Torso führend erklärt.¹⁰⁷ Aus einem allgemeinen Hinweis auf die Notwendigkeit einer integrierenden planerischen Betrachtung des gesamten Planungsraums wird sich ein solches Ergebnis allerdings nicht ohne weiteres herleiten lassen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass sich die durch eine Teilkündigung des Landesplanungsvertrags eintretende Situation von der bei einer Teilungültigerklärung einer Planungsnorm dadurch entscheidet, dass durch die Kündigung selbst – anders als durch die Teilungültigerklärung – unmittelbar kein Planungstorso entstehen kann. Die Teilkündigung des Landesplanungsvertrags lässt vielmehr die Geltung der als Rechtsverordnungen in Kraft gesetzten Landesentwicklungspläne unangetastet. Rechtliche Wirkung der Teilkündi-

¹⁰⁵ Jan Ziekow, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl. 2014, § 47 Rdnr. 359.

¹⁰⁶ Jan Ziekow, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl. 2014, § 47 Rdnr. 360.

¹⁰⁷ Stefan Paetow, Rechtsgutachten zum Umgang des Senats von Berlin mit dem Ergebnis des Volksentscheids „Berlin braucht Tegel“, Jan. 2018, S. 67 ff., https://www.berlin.de/rbmskzl/_.../paetow-rechtsgutachten-volksentscheid-tegel.pdf.

gung wäre vielmehr ein Zuständigkeitsrückfall für die Landesplanung im sachlichen Umfang der Teilkündigung aus der gemeinsamen Landesplanung heraus auf das Land Berlin. Sofern es sich um die sich auf die auf Brandenburger Gebiet beziehende Landesplanung handelt, bliebe diese – mit Ausnahme des Single Airport-Konzepts als Ziel der Raumordnung – unangetastet. Dass die Raumplanung im Bereich des Standortes Flughafen BER hinfällig würde, ist nicht ersichtlich. Anderes gilt für die Landesplanung auf Berliner Gebiet, soweit sie auf der Schließung des Flughafens Tegel beruht. Insoweit bedürfte es in der Tat einer Neuplanung. Dass dies im Falle einer teilweisen Zuständigkeitsrückverlagerung nicht möglich sein soll und unrettbar ein Planungstorso entstünde, leuchtet nicht ein. Die Situation ist insoweit nicht anders als wenn es keine gemeinsame Landesplanung Berlin-Brandenburg gäbe. Dass Berlin – wie jedes andere Bundesland – dann in den Grenzen seiner Zuständigkeit zu einer den raumplanerischen Anforderungen gerecht werdenden Landesplanung in der Lage wäre, steht außer Frage.

Die wesentlichen Folgen einer Teilkündigung des Landesplanungsvertrags wären daher:

- Aufgabe der Verpflichtung Berlins auf das Single Airport-Konzept
- Erforderlichkeit der Anpassung der Landesplanung im Übrigen in dem erforderlichen Umfang.

Der Sache nach unterscheiden sich die Konsequenzen also nicht wesentlich von denen eines Anpassungsbegehrens wegen einer wesentlichen Änderung der Geschäftsgrundlage (oben IV.2.a), nur dass die Zustimmung des Landes Brandenburg zu der Anpassung nicht vorliegen bzw. erzwungen werden müsste. Zusammenfassend ist nicht ersichtlich, inwieweit eine Aufhebung des Single Airport-Konzepts durch eine Teilkündigung des Landesplanungsvertrags von vornherein objektiv unmöglich sein sollte.

c) Vertragsrechtliche Zulässigkeit einer Teilkündigung

Zu erörtern ist schließlich, ob eine durch das Land Berlin ausgesprochene Teilkündigung vertragsrechtlich zulässig wäre. Entgegenstehen könnte insbesondere die zivilrechtliche Judikatur, deren Grundlagen der Bundesgerichtshof wie folgt zusammengefasst hat:

„Eine Teilkündigung dient der einseitigen Änderung eines Vertrages gegen den Willen des Vertragspartners. Mit ihr will sich der Kündigende - unter Aufrechterhaltung des übrigen Vertrages - von Vertragspflichten lösen und dem anderen Teil die entsprechenden Vertragsrechte nehmen. Eine Teilkündigung aus wichtigem Grunde wird vielfach schon daran scheitern, daß für den Kündigenden die Fortsetzung des Vertrages nicht unzumutbar ist, wenn er sich vom Verträge nur teilweise lösen will. Jedenfalls ist eine Teilkündigung, sofern sie nicht im Verträge vorbehalten wurde, nach Treu und Glauben grundsätzlich unwirksam. Sie nimmt keine Rücksicht darauf, daß Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Gesamtvertrag in der Regel in innerer Beziehung stehen. Durch die Teilkündigung will sich ein Vertragspartner seiner lästigen Vertragspflicht entledigen, jedoch die andere Partei an ihren Verbindlichkeiten vollständig festhalten und selbst die sich daraus ergebenden Rechte bewahren. Eine solche einseitige, nachträgliche Änderung des Vertrages zu Lasten des Vertragspartners ist regelmäßig nach Treu und Glauben nicht gerechtfertigt.“¹⁰⁸

Inwieweit diese Rechtsprechung sich ohne weiteres auf öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Ländern übertragen lässt, kann dahinstehen. Ebenso kann offen bleiben, ob Art. 24 Abs. 1 Satz 2 des Landesplanungsvertrags, der zwar eine voraussetzungslose Kündigung des Staatsvertrags mit einer Kündigungsfrist von drei Jahren erwähnt, ohne jedoch der Möglichkeit einer Teilkündigung ausdrücklich zu gedenken, eine solche Möglichkeit impliziert oder nicht. Denn auch dann, wenn man einer Bewertung der Zulässigkeit einer durch das Land

¹⁰⁸ BGH, Urt. v. 5. 11. 1992 – IX ZR 200/91 –, juris Rdnr. 52.

Berlin vorgenommenen Teilkündigung die durch den Bundesgerichtshof vorgenommene Ableitung zugrunde legen würde, erwiese sich die Teilkündigung als zulässig.

Der Grundsatz von Treu und Glauben enthält u. a. die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf die Belange des Vertragspartners¹⁰⁹. Wie dargelegt (oben IV.2.a) wäre dem durch das Single Airport-Konzept gefundenen Interessenausgleich die Grundlage entzogen, wenn sich durch ein neutrales eingehendes Gutachten erweisen sollte, dass der Flughafen BER in seiner geplanten Dimensionierung nicht die zur Aufnahme des zu prognostizierenden Luftverkehrs erforderlichen Kapazitäten aufweist. Unter diesen Voraussetzungen an dem Single Airport-Konzept festzuhalten und sich damit in Widerspruch zu den durch den Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 vorgegebenen Handlungspflichten zu setzen, ist dem Land Berlin nicht zumutbar. Wie ebenfalls ausgeführt (oben IV.2.b) würde ein auf das Single Airport-Konzept begrenzte Teilkündigung den in der gemeinsamen Landesplanung im Übrigen zwischen den beiden Ländern gefundenen Interessenausgleich nicht in Frage stellen, sondern Anpassungsnotwendigkeiten in erster Linie für das Berliner Gebiet erzeugen. Soweit durch die Teilkündigung gleichwohl Nachteile für das Land Brandenburg entstehen sollten, wären diese in einem Vorteils-Lasten-Ausgleich zwischen Berlin und Brandenburg zu verhandeln (oben IV.2.a).

Im Ergebnis dürfte eine durch das Land Berlin vorgenommene Teilkündigung vertragsrechtlich zulässig sein, so dass sich auch insoweit keine auf eine objektive Unmöglichkeit der Erreichung des durch den Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 formulierten Ziels hindeutenden Gesichtspunkte ergeben. Zur Sicherstellung der Zulässigkeit einer Teilkündigung könnte allerdings erwogen werden, sie mit der Zusage eines Ausgleichs für dem Land Brandenburg evtl. entstehende Nachteile zu verbinden.

¹⁰⁹ Vgl. nur *Claudia Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 2, 7. Aufl. 2016, § 242 Rdnr. 180 ff.

d) Zusammenfassung

Ein einseitiges, ohne Einvernehmen mit Brandenburg erfolgreiches Vorgehen des Landes Berlin zur Beseitigung der landesplanerischen Zielfestlegung des Single Airport-Konzepts ist nicht objektiv unmöglich. Einer auf dieses Konzept bezogenen Teilkündigung des Landesplanungsvertrags bedarf es nicht, weil das Land Berlin nach dem in § 60 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ebenso wie in § 313 Abs. 1 BGB zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken einer Störung der Geschäftsgrundlage eine Anpassung der das Single Airport-Konzept betreffenden raumplanerischen Vereinbarung mit dem Land Brandenburg an die tatsächlichen Verhältnisse verlangen.

Ein Weg zur Geltendmachung und Umsetzung eines Anpassungsverlangens des Landes Berlin wäre eine Einbringung in den laufenden Prozess der Aufstellung des Landesentwicklungsplans Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg (LEP HR). Dies würde sicherstellen, dass die landesplanerische Ermöglichung des Weiterbetriebs des Flughafens Tegel in die notwendige raumplanerische Gesamtbetrachtung eingestellt wird. Auf der übergeordneten Ebene des Landesentwicklungsprogramms (LEPro) ergeben sich insoweit keine Verbindungen, weil § 19 Abs. 11 LEPro 2003 die Konzentration auf einen Flughafen im Raum Berlin-Brandenburg nicht zwingend, sondern nur „möglichst“ vorsieht und dies auch nicht als Ziel, sondern nur als Grundsatz der Raumordnung.

Darüberhinaus dürfte auch eine durch das Land Berlin vorgenommene Teilkündigung zulässig sein. Das von Paetow für den Fall einer Teilkündigung angenommene, zur Unzulässigkeit der Teilkündigung führende Entstehen eines Planungstorsos kann unmittelbar durch eine Teilkündigung schon deshalb nicht eintreten, weil die Geltung der als Rechtsverordnung in Kraft gesetzten Landesentwicklungspläne unangetastet bliebe. Rechtliche Wirkung der Teilkündigung wäre vielmehr ein Zuständigkeitsrückfall für die Landesplanung im sachlichen Umfang der Teilkündigung aus der gemeinsamen Landesplanung heraus auf das Land Berlin. Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Anpassung der Landesplanung im Übrigen in dem erforderlichen Umfang unterscheiden

sich die Konsequenzen nicht wesentlich von denen eines Anpassungsbegehrens wegen einer wesentlichen Änderung der Geschäftsgrundlage.

V. Wesentliche Ergebnisse

1. Wirkungen des Volksentscheids vom 24. Sept. 2017

Nach dem Verständnis der Verfassung von Berlin stehen die Gesetzgebung durch das Parlament und die Gesetzgebung durch Volksentscheid gleichberechtigt nebeneinander. Hierdurch wird ein Minimum an „Waffengleichheit“ zwischen dem in der konkreten Sachfrage mit der parlamentarischen Arbeit nicht einverstandenen Volk als Souverän und dem Parlament als „Regel-Gesetzgeber“ hergestellt. Das durch Volksentscheid beschlossene Gesetz kann zwar durch ein parlamentarisches Gesetzgebungsverfahren geändert werden, entfaltet aber bis dahin die gleiche Bindungswirkung wie ein parlamentarisch erlassenes Gesetz.

Volksentscheide, die wie der Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 nicht den Erlass eines Gesetzes, sondern einen sonstigen Gegenstand der politischen Willensbildung (Art. 62 Abs. 1 Satz 2 VvB) betreffen, stehen zwar in einer Parallele zu einem Parlamentsbeschluss. Jedoch ergibt sich hieraus nichts für das Bestehen oder Nichtbestehen einer Bindungswirkung derartiger Volksentscheide. Diese Frage ist vielmehr nach dem für Volksentscheide bestehenden verfassungsrechtlichen Regelungssystem zu beantworten. Dieses unterscheidet – wie nach neuerer verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung auch geboten – klar zwischen unverbindlichen und verbindlichen Formen der Beteiligung des Volkes und ordnet den Volksentscheid auch über sonstige Gegenstände der politischen Willensbildung der Sphäre der Verbindlichkeit zu. Ein Entscheid, der nichts entscheidet, ist ein Widerspruch in sich. Dies entspricht auch dem Gedanken der Waffengleichheit, dass dem Volk durch den Volksentscheid die Möglichkeit, Verbindlichkeit in einer Sachfrage herzustellen, eröffnet werden soll. Wie der Volksentscheid über einen Gesetzentwurf ist auch der Volksentscheid über einen sonstigen Gegenstand der politischen Willensbildung durch einen Beschluss des Parlaments änderbar oder aufhebbar.

Der Gegenstand der Bindung und das gebundene Staatsorgan müssen sich eindeutig aus dem Volksentscheid selbst entnehmen lassen. Durch den Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 gebunden ist der Senat von Berlin. Der Abstimmungstext formuliert unmissverständlich die durch ein einfaches „Ja“ oder „Nein“ zu beantwortende Frage, ob der Flughafen Tegel als Verkehrsflughafen weiterbetrieben werden soll oder nicht. Ein „Ja“ bringt daher die Entscheidung für einen Weiterbetrieb zum Ausdruck. Hieraus ergibt sich auf einer zweiten Stufe die Aufforderung an den Senat, die diesbezüglich erforderlichen Schritte einzuleiten, also eine Handlungspflicht. Konkrete luftverkehrsrechtliche Entscheidungen, insbesondere mit Blick auf ein eventuelles Planfeststellungsverfahren, können nur von der Exekutive, nicht aber durch das Parlament und auch nicht durch Volksentscheid getroffen werden. Dies ändert nichts an der Verbindlichkeit der Entscheidung, dass der Flughafen Tegel weiterbetrieben werden soll und der Senat alle diesbezüglichen Schritte unternehmen muss.

Der Senat muss alles ihm Mögliche unternehmen, damit der Flughafen Tegel offen gehalten werden kann, und zwar auch dann, wenn dies weder der politischen Bewertung noch den planerischen Vorstellungen der Landesregierung entsprechen sollte. Der Senat ist deshalb gehalten, nicht allein Risiken aufzuzeigen, die bei einem Weiterbetrieb von Tegel drohen könnten und auch nicht ergebnisoffen die Möglichkeiten und notwendigen Schritte eines Weiterbetriebs zu prüfen. Vielmehr zeitigt der Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 die Konsequenz, dass der Senat diese Prüfung mit positiven Vorzeichen, d. h. mit einem Willen zur Verwirklichung durchführen muss.

Da es sich um eine *Handlungspflicht* handelt, ist kein Erfolg geschuldet. Die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit der Erreichung des Erfolgs, d. h. des durch den Volksentscheid formulierten Ziels (hier: des Weiterbetriebs des Flughafens Tegel als Verkehrsflughafen), kann grundsätzlich kein Maßstab für die Erfüllung der Handlungspflicht sein. Eine Ausnahme hiervon muss jedoch dann gelten, wenn die Erreichung des Ziels, dessen Verwirklichung die Handlungen dienen soll, schlechterdings, d. h. objektiv, unmöglich ist. Die Vornahme von vornherein sinnlosen Handlungen kann nicht gefordert sein.

Die Frage, ob es eine objektive Unmöglichkeit auch aus anderen als rechtlichen Erwägungen heraus geben kann, bezieht sich auf tatsächliche Hindernisse für eine Erreichung des mit dem Volksentscheid verfolgten Ziels. Insofern denkbar wären insbesondere politische Gründe oder finanzielle Restriktionen, welche die Erreichung jenes Ziels faktisch ausschließen. Ein Beispiel könnten möglicherweise finanzielle Folgen sein. Führen diese allerdings nur dazu, dass haushalterische Präferenzverschiebungen erfolgen müssen, so läge keine objektive, sondern allenfalls eine subjektive Unmöglichkeit für die derzeitige Regierung vor. Entsprechendes gilt für angenommene politische Hindernisse auf dem Weg zur Erreichung des Ziels. Ernsthaft auszuloten, ob diese tatsächlich unüberwindbar sein werden oder ob politische Kompromisse denkbar sind, ist gerade Inhalt der Handlungspflicht. Inwieweit politische, finanzielle oder rechtliche Hindernisse für die Verwirklichung des durch den Volksentscheid vorgegebenen Ziels reichen und durch welche Maßnahmen sie überwindbar sind, ist erst Ergebnis dieser eingehenden, verwirklichungsorientierten Prüfung. Diesbezügliche, nach sehr cursorischer Prüfung formulierte Annahmen können nicht bereits die Prüfung als solche verhindern.

2. Änderung des landesplanerischen Single Airport-Konzepts

Die Frage der Änderbarkeit der landesplanerischen Festlegung auf das Single Airport-Konzept mit der Schließung des Flughafens Tegel im Wege einer konsensualen Änderung der Landesplanung mit Brandenburg wird in der überwiegenden Zahl der vorhandenen Stellungnahmen zu Recht bejaht. Die im Gutachten Paetow eingenommene gegenteilige Position verkürzt den höchst komplexen Prozess raumplanerischer Abwägung unzulässigerweise auf wenige Zeilen. Bei entsprechender Berücksichtigung der betroffenen Belange erscheint eine abwägungsfehlerfreie Aufgabe des Single Airport-Konzepts zumindest als möglich. Für den Fall, dass am Standort BER nicht ohne Weiteres beseitigbare Kapazitätsengpässe vorliegen, wird die Möglichkeit einer abwägungsfehlerfreien Änderung der raumplanerischen Zielfestlegung einhellig

und auch von Paetow bejaht. Ob derartige Kapazitätsengpässe zu prognostizieren sind oder nicht, steht derzeit nicht gesichert fest. Sogar die Folgeabschätzungen der Senatsverwaltungen fordern ein eingehendes neutrales Gutachten zur Ermittlung der vom Flughafen BER zu bewältigenden Fluggast- und Flugverkehrskapazitäten.

Begründet wird die objektive Unmöglichkeit einer konsensualen Änderung der landesplanerischen Zielfestlegung des Single Airport-Konzepts in erster Linie mit einer Weigerung der brandenburgischen Landesregierung, einer solchen Änderung zuzustimmen. In Anbetracht dessen, dass nunmehr auch in Brandenburg ein Plebiszit für den Weiterbetrieb des Flughafens Tegel angestrebt wird und dieses in Anbetracht der Vermeidung eines durch einen weiteren Kapazitätsausbau am Standort BER drohenden Belastungsanstiegs für die Bevölkerung in Brandenburg bei Offenhaltung des Flughafens Tegel durchaus aussichtsreich sein könnte, erscheint eine Änderung der Position der brandenburgischen Landesregierung bei einer klaren Haltung des Berliner Senats für die Offenhaltung durchaus nicht aussichtslos, zumal die übrigen von der brandenburgischen Landesregierung formulierten Bedenken auch durch das Gutachten Paetow entkräftet sind. Eine objektive Unmöglichkeit der Verfolgung des durch den Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 formulierten Ziels besteht daher nicht.

Auch ein einseitiges, ohne Einvernehmen mit Brandenburg erfolgreiches Vorgehen des Landes Berlin zur Beseitigung der landesplanerischen Zielfestlegung des Single Airport-Konzepts ist nicht objektiv unmöglich. Einer auf dieses Konzept bezogenen Teilkündigung des Landesplanungsvertrags bedarf es nicht, weil das Land Berlin nach dem in § 60 Abs. 1 Satz 1 VwVfG ebenso wie in § 313 Abs. 1 BGB zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken einer Störung der Geschäftsgrundlage eine Anpassung der das Single Airport-Konzept betreffenden raumplanerischen Vereinbarung mit dem Land Brandenburg an die tatsächlichen Verhältnisse verlangen kann. Das – notfalls gerichtlich durchsetzbare – Begehren auf Anpassung der Vereinbarung wäre vom Land Berlin gegenüber dem Land Brandenburg mit einem konkreten Änderungsangebot geltend zu machen.

Ein Weg zur Geltendmachung und Umsetzung eines Anpassungsverlangens des Landes Berlin wäre eine Einbringung in den laufenden Prozess der Aufstellung des Landesentwicklungsplans Hauptstadtregion Berlin-Brandenburg (LEP HR). Dies würde sicherstellen, dass die landesplanerische Ermöglichung des Weiterbetriebs des Flughafens Tegel in die notwendige raumplanerische Gesamtbetrachtung eingestellt wird. Auf der übergeordneten Ebene des Landesentwicklungsprogramms (LEPro) ergeben sich insoweit keine Verbindungen, weil § 19 Abs. 11 LEPro 2003 die Konzentration auf einen Flughafen im Raum Berlin-Brandenburg nicht zwingend, sondern nur „möglichst“ vorsieht und dies auch nicht als Ziel, sondern nur als Grundsatz der Raumordnung.

Darüberhinaus dürfte auch eine durch das Land Berlin vorgenommene Teilkündigung zulässig sein, so dass sich auch insoweit keine auf eine objektive Unmöglichkeit der Erreichung des durch den Volksentscheid vom 24. Sept. 2017 formulierten Ziels hindeutenden Gesichtspunkte ergeben. Zur Sicherstellung der Zulässigkeit einer Teilkündigung könnte erwogen werden, sie mit der Zusage eines Ausgleichs für dem Land Brandenburg evtl. entstehende Nachteile zu verbinden. Das von Paetow für den Fall einer Teilkündigung angenommene, zur Unzulässigkeit der Teilkündigung führende Entstehen eines Planungstorsos kann unmittelbar durch eine Teilkündigung schon deshalb nicht eintreten, weil die Geltung der als Rechtsverordnung in Kraft gesetzten Landesentwicklungspläne unangetastet bliebe. Rechtliche Wirkung der Teilkündigung wäre vielmehr ein Zuständigkeitsrückfall für die Landesplanung im sachlichen Umfang der Teilkündigung aus der gemeinsamen Landesplanung heraus auf das Land Berlin. Dass Berlin – wie jedes andere Bundesland – dann in den Grenzen seiner Zuständigkeit zu einer den raumplanerischen Anforderungen gerecht werdenden Landesplanung in der Lage wäre, steht außer Frage. Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Anpassung der Landesplanung im Übrigen in dem erforderlichen Umfang unterscheiden sich die Konsequenzen nicht wesentlich von denen eines Anpassungsbegehrens wegen einer wesentlichen Änderung der Geschäftsgrundlage.

(Univ.-Prof. Dr. J. Ziekow)