

Ausnahmen von den Betriebsverboten nach § 21 b Abs. 1 Satz 1 LuftVO:

Rechtliche Voraussetzungen und Genehmigungspraxis der Luftfahrtbehörden

I. PROBLEMLAGE

Eines der Hauptanliegen der Verordnung zur Regelung des Betriebes von unbemannten Fluggeräten (nachfolgend „Drohnenverordnung“) ist es, den gewerblichen Einsatz von UAS zu erleichtern. So heißt es in der Begründung der Verordnung (Drucksache 39/17) auf Seite 2 wörtlich wie folgt: *„Die vorliegende Verordnung dient dazu, ... zukunftsfähige Entwicklungsmöglichkeiten für den gewerblichen Einsatz dieser neuen Technologie der unbemannten Luftfahrtsysteme zu fördern ...“* Besieht man sich jedoch die Genehmigungspraxis der zuständigen Luftfahrtbehörden, dann ist dies gründlich schiefgegangen. So hört man von allen Seiten, dass die Behörden bei der Erteilung von Betriebserlaubnissen seit Inkrafttreten der geänderten Luftverkehrs-Ordnung (LuftVO) äußerst zurückhaltend sind.

Dies liegt zum einen daran, dass sich der zuständige Bund-Länder-Fachausschuss bisher (Stand Ende Mai 2017) noch nicht auf eine Neufassung der gemeinsamen Grundsätze für die Erteilung von Betriebserlaubnissen verständigt hat. Zum anderen stellen sich die Behörden in Anbetracht der mit § 21b Abs. 1 LuftVO neu eingeführten Bereiche mit verbotenem Betrieb (nachfolgend „Betriebsverbotszonen“) auf den Standpunkt, dass sie Ausnahmegenehmigungen nach § 21b Abs. 3 LuftVO nur erteilen können, wenn der Antragsteller die ausdrückliche Zustimmung derjenigen Stellen beibringt, deren Gebiete einem Flugverbot nach dem Katalog des § 21b Abs. 1 unterliegen. So erklärt beispielsweise das Landesamt für Bauen und Verkehr (LBV) des Landes Brandenburg in einer Verlautbarung vom 21.04.2017 in Bezug auf die Flugverbote aus § 21b Abs. 1 was folgt:

„In den Fällen 1 bis 9 kann die LuBB in begründeten Fällen eine Betriebserlaubnis ausstellen, wenn:

- 1. der Antrag ausführlich begründet wurde (siehe Antragsverfahren).*
- 2. die Nutzung des Fluggerätes nicht zu einer Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs führt.*
- 3. die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährdet wird.*
- 4. keine Verletzung der Vorschriften des Datenschutzes vorliegt.*
- 5. keine Verletzung der Vorschriften über den Naturschutz vorliegt.*

Und von Ihnen beim o. g. Verfügungsberechtigten bzw. Eigentümer eine Erlaubnis zur Nutzung eines unbemannten Fluggerätes eingeholt wurde und der LuBB vorgelegt wurde.“

Bei den Ziffern 1 bis 5 hat die Behörde Recht, dies entspricht den Vorgaben für das Erlaubnisverfahren gemäß § 21 a Abs. 3 LuftVO. Die Behörde ist jedoch nicht im Recht, wenn sie die Erteilung der Ausnahmegenehmigung/Betriebserlaubnis von der Vorlage von Zustimmungserklärungen der jeweils Berechtigten abhängig macht. Nach richtiger Auslegung der einschlägigen Vorschriften steht es vielmehr in ihrem Ermessen, die Betriebserlaubnis auch ohne Zustimmungserklärungen zu erteilen, wenn die sonstigen Voraussetzungen der §§ 21b Abs. 3 i. V. m. 21a Abs. 3 und 5 LuftVO erfüllt sind. Darüber hinaus hat sie gemäß § 20 Abs. 5 LuftVO die Möglichkeit, ihre Entscheidung mit Nebenbestimmungen und Auflagen zu versehen, um auf diese Weise die Zustimmung zu substituieren und einen sicheren Betrieb zu gewährleisten.

II. RECHTLICHE VORAUSSETZUNGEN

Angangsnorm für die Zulassung von Ausnahmen von den Betriebsverboten nach § 21b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 9 ist Abs. 3 des § 21b LuftVO.

Dieser lautet wörtlich wie folgt:

„In begründeten Fällen kann die zuständige Behörde Ausnahmen von den Betriebsverboten nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 9 zulassen, wenn die Voraussetzungen von § 21a Abs. 3 Satz 1 erfüllt sind. § 20 Abs. 5 und § 21a Abs. 5 und 6 geltend entsprechend.“

Nach dieser Vorschrift hat der Antragsteller einen Anspruch darauf, dass die Behörde ihr Ermessen bei der Prüfung seines Antrages fehlerfrei ausübt und dabei den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet. Maßgeblich für die Ausübung des Ermessens sind die Vorgaben für die Erteilung einer Betriebserlaubnis aus § 21a Abs. 3 und 5 LuftVO. Nur auf diese Vorgaben kommt es an, nicht jedoch darauf, ob Zustimmungen der Berechtigten vorliegen oder nicht. Ansonsten hätte dies ausdrücklich als Voraussetzung in der Ausgangsnorm Erwähnung finden müssen.

Gemäß der insofern einschlägigen Norm des § 21a Abs. 3 (Erlaubnisverfahren) wird die Erlaubnis erteilt, wenn

„1. der beabsichtigte Betrieb von unbemannten Fluggeräten in Abs. 1 und die Nutzung des Luftraums nicht zu einer Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs oder die öffentliche Sicherheit oder Ordnung, insbesondere zu einer Verletzung der Vorschriften über den Datenschutz und über den Naturschutz, führen und

2. der Schutz vor Fluglärm angemessen berücksichtigt ist.“

Die Behörde hat also im Rahmen der Prüfung, ob eine Ausnahme von den Betriebsverboten nach den Katalogtatbeständen in § 21 b Abs. 1 erteilt werden kann, nach den Vorgaben des § 21a Abs. 3 zu prüfen, ob der Betrieb (auch in Betriebsverbotszonen)

- zu einer Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs
 - oder die öffentliche Sicherheit oder Ordnung
 - zu einer Verletzung der Vorschriften über den Datenschutz
 - oder zu einer Verletzung der Vorschriften über den Naturschutz
- führen könnte.

Da in den in § 21b Abs. 1 geregelten Betriebsverbotszonen diese Rechtsgüter in erhöhten Maße gefährdet sind (sonst gäbe es diese Zonen nicht), muss selbstverständlich eine besonders gründliche Prüfung unter Berücksichtigung des erhöhten Risikos stattfinden. Kommt die Behörde jedoch im Rahmen dieser Prüfung zu dem Schluss, dass die Einhaltung der in § 21a Abs. 3 genannten Vorgaben bei einem Betrieb in den Betriebsverbotszonen sichergestellt ist, dann reduziert sich ihr Ermessen in Bezug auf die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach hiesiger Auffassung auf Null, sodass eine solche zu erteilen ist, wenn sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.

Dem steht auch nicht § 21a Abs. 5 der LuftVO entgegen, welcher im Rahmen des Erlaubnisverfahrens zusätzlich zu berücksichtigen ist. Danach hat die zuständige Behörde nach pflichtgemäßen Ermessen zu bestimmen, ob dem Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis weitere Unterlagen beigelegt werden müssen. Wörtlich heißt es hier weiter:

„Sie kann insbesondere noch verlangen:

- 1. den Nachweis, dass der Grundstückseigentümer oder sonst Berechtigter dem Aufstieg zugestimmt hat,*
- 2. das Gutachten eines Sachverständigen über die Eignung des Geländes und des betroffenen Luftraums für den Betrieb von unbemannten Luftfahrtssystemen oder Flugmodellen*
- 3. weitere fachspezifische Bewertungen oder Gutachten, insbesondere zum Natur- und Lärmschutz, sofern diese im Einzelfall erforderlich sind.“*

Bei aufmerksamer Lektüre stellt man fest, dass es sich um eine sogenannte

„Kann-“Vorschrift handelt. Es steht mit anderen Worten im Ermessen der Behörde, derartige Zustimmungserklärungen einzufordern, es besteht jedoch kein gesetzlicher Zwang, dies zu tun.

Dies ergibt sich auch aus einem Umkehrschluss aus der nur scheinbar gleichartigen Vorschrift des § 25 Abs. 1 Luftverkehrsgesetz (LuftVG). Danach dürfen Luftfahrzeuge außerhalb der für sie genehmigten Flugplätze nur starten und landen, wenn der Grundstückseigentümer oder sonst Berechtigte zustimmt und die Luftfahrtbehörde eine Erlaubnis erteilt hat. Im Gegensatz zu § 21b Abs. 3 LuftVO steht der Luftfahrtbehörde hier kein Ermessen zu. Das ist auch richtig so, weil beim Starten und Landen das Eigentum (oder sonstiges Nutzungsrecht) an Grund und Boden durch das Fluggerät unmittelbar in Anspruch genommen wird. Beim Über- bzw. Vorbeifliegen von/ an Betriebsverbotszonen i.S.d. § 21b Abs. 1 LuftVO geht es aber um die Inanspruchnahme des Luftraumes, dessen Benutzung gemäß § 1 LuftVG grundsätzlich frei ist. Konsequenterweise unterliegt dessen Kontrolle nicht den Grundstückseigentümern sondern den Luftfahrtbehörden, welche über die gesetzeskonforme Nutzung durch Luftfahrzeuge zu wachen haben.

Wenn die Behörde also gewissenhaft geprüft hat, dass keine Gefahr für die in § 21a Abs. 3 genannten Rechtsgüter besteht, dann ist der Nachweis einer Zustimmung des Berechtigten obsolet. Denn dieser Nachweis würde nur das bestätigen, was die Behörde in Ausübung ihrer Kompetenzen selber geprüft hat. Diese originäre Aufgabe der Luftaufsichtsbehörde kann und darf nicht auf die Berechtigten delegiert werden.

III. FALLBEISPIEL

Die rechtliche Problematik lässt sich anhand des folgenden Beispiels verdeutlichen:

Fallbeispiel: Ein Landwirt beantragt die Verlängerung seiner Allgemeinerlaubnis für den Betrieb seiner Drohne, mit der er bereits seit Jahren den richtigen Erntezeitpunkt bestimmt, Schäd-

linge detektiert und Tiere aufspürt, bevor er seine Felder mit dem Mähdrescher bearbeitet. Seine Felder grenzen östlich an einen Kanal, welcher der Zuständigkeit der Wasserstraßen- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes unterliegt. Über die westliche Seite läuft eine Hochspannungsleitung, welche von der Holding 50Herz, einem der großen Übertragungsnetzbetreiber in Deutschland, betrieben wird. Nach den Katalogtatbeständen Nr. 3 und 5 des neuen § 21b Abs. 1 Satz 1 LuftVO dürfte der Landwirt daher solche Teile seines Feldes nicht (mehr) überfliegen, welche bis 100 m an den Kanal bzw. die Hochspannungsleitung angrenzen.

Nachdem der Landwirt nach mühsamer Suche die zuständige Dienststelle des Bundesschifffahrtsamtes aufgefunden gemacht hat, wird ihm dort unter Bezugnahme auf den Begründungstext der Drohnenverordnung (Seite 24/25) bedeutet, dass die Führer von Lastschiffen von seiner Drohne abgelenkt werden könnten und die damit verbundene Gefahr deshalb eine Zustimmung verbieten würde. Außerdem habe man grundsätzlich etwas gegen diese fliegenden Dinger. Was den Betreiber der Hochspannungsleitung angeht, so endet die Reise des Landwirtes nach Berlin (dem Sitz des Unternehmens) ohne greifbares Ergebnis. Weil es dort noch keine entsprechenden Konzernrichtlinien gibt, bedeutet man dem Landwirt, er möge doch in einem halben Jahr noch einmal nachfragen.

Im Rahmen des Antragsverfahrens bei der zuständigen Luftfahrtbehörde argumentiert der Landwirt damit, dass es in der Vergangenheit weder in Bezug auf die Hochspannungsleitung noch in Bezug auf die Kanalschifffahrt jemals irgendwelche Probleme gegeben habe. Die vom Schifffahrtsamt behauptete Gefahr läge objektiv gesehen nicht vor. Der Kanal würde nur wenig befahren, noch dazu mit geringem Tempo, sodass selbst bei Ablenkungen nicht zu befürchten sei, dass es zu irgendwelchen Kollisionen komme.

In Bezug auf die Hochspannungsleitung gäbe es auch keine Probleme, weil er mit seiner Drohne viel tiefer fliegen würde und insofern keine Gefahr bestünde, dass die Leitung berührt würde. Schließlich beruft er sich darauf, dass die Behörde ihm in der Vergangenheit doch stets eine Erlaubnis erteilt und sich an den zu beurteilenden Verhältnissen vor Ort rein gar nichts geändert habe.

Der für die Erteilung der Ausnahmegenehmigung zuständige Mitarbeiter der Luftfahrtbehörde setzt sich mit diesen Argumenten jedoch überhaupt nicht auseinander. Er verweist auf seine internen Richtlinien, wonach er eine Genehmigung erst erteilen könne, wenn eine ausdrückliche Zustimmung des Berechtigten vorläge.

Aus hiesiger Sicht wäre der Landwirt berechtigt, die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung verwaltungsrechtlich zu erzwingen. Denn bei richtiger Ausübung des Ermessens müsste die Luftfahrtbehörde zu dem Schluss kommen, dass die allein maßgeblichen Voraussetzungen des § 21a Abs. 3 LuftVO erfüllt sind, nämlich dass der beantragte Betrieb nicht zu einer Gefahr für die Sicherheit des Luftverkehrs oder die öffentliche Sicherheit oder Ordnung führt und dass insbesondere die Vorschriften über den Datenschutz und über den Naturschutz nicht verletzt werden.

Da die Argumente des Bundesschiffahrtsamtes nicht tragfähig sind (abgesehen davon, dass auch die Begründung der Drohnenverordnung an dieser Stelle fragwürdig ist), muss und kann sich die Luftfahrtbehörde in einem solchen Fall über die verweigerte Zustimmung hinwegsetzen. Gleiches gilt in Bezug auf die fehlende Zustimmung des Betreibers der Hochspannungsleitung, weil dieser objektive Gefahren nicht benennt und weil es beim Befliegen des Feldes in deutlich niedrigerer Höhe keine Kollisionsgefahr gibt. Außerdem könnte die Behörde die Ausnahmegenehmigung gemäß § 20 Abs. 5 mit Nebenbestimmungen und Auflagen versehen, etwa indem eine bestimmte Maximalflughöhe vorgegeben wird oder

der Landwirt sich verpflichten muss, bei der Vorbeifahrt eines Lastkahns den Drohnenbetrieb kurzfristig einzustellen.

IV. EMPFEHLUNGEN

Lehnt die Luftfahrtbehörde in solchen oder ähnlichen Fällen die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung im Wege eines rechtsmittelfähigen Verwaltungsaktes ab, sollte der Betreiber dagegen Widerspruch einlegen und im Falle von dessen Nichtabhilfe Verpflichtungsklage vor dem zuständigen Verwaltungsgericht erheben.

Verweigert die Behörde eine Entscheidung unter Hinweis auf noch fehlende Verwaltungsrichtlinien oder bleibt sie schlicht untätig, sollte sich der Betreiber auch hiergegen wehren. Denn der Bürger hat einen Anspruch darauf, dass die Behörde in geregelten verwaltungsrechtlichen Verfahren (hier gemäß §§ 21b Abs. 3 i.V.m. 21a Abs. 3 LuftVO) auf seinen Antrag hin tätig wird. In Ermangelung einer rechtsmittelfähigen Ablehnungsentscheidung könnte in solchen Fällen sogleich Verpflichtungsklage erhoben werden.

Sollte die Nichterteilung der beantragten Ausnahmegenehmigung für den Antragsteller schwerwiegende (materielle) Folgen haben, etwa dass er – z.B. bei gewerblich tätigen Drohnenpiloten – keine Aufträge mehr durchführen kann und deshalb in seiner Existenz gefährdet ist, dann könnte er sogar beim zuständigen Verwaltungsgericht den Erlass einer Einstweiligen Anordnung in Gestalt einer Regelungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO beantragen. Nach ständiger Rechtsprechung sind solche Anträge auch in Bezug auf begehrte Ermessensentscheidungen zulässig, wobei natürlich der Teufel im Detail steckt. Spätestens in einem solchen Fall sollte sich der Antragsteller deshalb kompetent anwaltlich beraten lassen.

Auf keinen Fall sollten sich gewerbliche Betreiber von Drohnen von den Luftfahrtbehörden auf den „langen Dienstweg“ verweisen lassen, d.h. verpflichtet werden, erst einmal sämtliche Zustimmungen der Berechtigten einzuholen, bevor der Antrag weiter bearbeitet wird. Denn in manchen Fällen (z. B. Ein-

satz einer Drohne für die Landvermessung) ist es schier unmöglich, sich mit sämtlichen räumlich betroffenen „Berechtigten“ ins Benehmen zu setzen, wenn es einem überhaupt gelingt, die zuständigen Entscheidungsträger ausfindig zu machen. Aus hiesiger Sicht muss es Sache der Luftfahrtbehörde sein, sich in solchen Fällen auf die Seite des Antragstellers zu stellen und diesen bei der Umsetzung seines Betriebswunsches zu unterstützen. Ansonsten würde das Behördenhandeln dem widersprechen, was der Bundesverkehrsminister nicht nur mehrfach öffentlich geäußert hat, sondern auch in die Begründung des Verordnungstextes schreiben ließ, nämlich dass der gewerbliche Einsatz von Drohnen in Zukunft durch die Neuregelungen gefördert werden soll!

Dr. Ulrich Dieckert, Rechtsanwalt
(www.dieckert.de)
im Mai 2017