

Kurzfassung zum Gutachten

Einstellung des Flugbetriebes am Flughafen Essen/Mülheim



Lenz und Johlen
Rechtsanwälte Partnerschaft

Lenz und Johlen Rechtsanwälte Partnerschaft
Kaygasse 5 , 50676 Köln
T: 0221 973002-17; F: 0221 973002-22
www.lenz-johlen.de



CDM Smith
Nordostpark 30, 90411 Nürnberg
T: 0911 40100-49; F: 0911 40100-30
www.cdmsmith.com

Erstellt von:

RA Thomas Elsner, Lenz und Johlen Rechtsanwälte
RA Dr. Christian Giesecke, LL.M., Lenz und Johlen Rechtsanwälte
Dipl.-Geol. Benjamin Bartsch, CDM Smith

A.
Aufgabenstellung und
Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Ausgangslage

Der Ausschuss für Haushaltskontrolle des Landtags NRW hat in seiner Sitzung am 18.01.2011 die Landesregierung aufgefordert, mit den beiden Mitgesellschaftern der Flughafen Essen Mülheim GmbH (FEM) unverzüglich Gespräche aufzunehmen, um zu einer möglichst kostengünstigen Einstellung des Flughafenbetriebs zu kommen.

Im Rat der Stadt Mülheim an der Ruhr ist in der Sitzung vom 08.07.2010 der Beschluss gefasst worden, den gegenwärtigen Flugbetrieb auf dem Gelände des Flughafens Essen/Mülheim unter Aufgabe der Nutzung und der Rückgabe der bestehenden luftrechtlichen Genehmigungen vom 02.04.1980 zu beenden, ohne allerdings die aus dem derzeit geltenden Erbbaurechtsvertrag mit dem Aero-Club begründeten Rechte und Ansprüche für die Dauer der Vertragslaufzeit aufzuheben oder einzuschränken. Die Verwaltung wurde beauftragt, die notwendigen Schritte zur Umsetzung aufzuzeigen.

Der Rat der Stadt Essen hat im Beschluss vom 30.06.2010 festgelegt, dass als Maßnahme der Haushaltskonsolidierung die Verlustausgleichszahlungen seitens der Stadt Essen an die FEM für das Wirtschaftsjahr 2010 um 50.000,- € und für die Wirtschaftsjahre 2011-2013 um jeweils 100.000,- € reduziert werden sollen. Die beiden anderen Gesellschafter der FEM [Land NRW und Beteiligungsholding Mülheim an der Ruhr GmbH - BHM (nachfolgend: „Stadt Mülheim an der Ruhr“)] haben in entsprechender Höhe eine Kürzung ihrer Verlustausgleichszahlungen gegenüber der FEM-Geschäftsführung mitgeteilt. Obwohl durch die Geschäftsführung massive Einsparungen vorgenommen wurden, hat sich gezeigt, dass derart umfangreiche Einsparungen nicht umsetzbar sind und eine Verweigerung der Gesellschafter zur weiteren finanziellen Unterstützung auf eine Insolvenz der Gesellschaft hinauslaufen würde.

Ausgehend von dieser Beschlusslage haben Anfang 2011 auf Führungsebene Gesellschaftergespräche stattgefunden, in denen hinsichtlich der zukünftigen Nutzung des Flughafens Essen/Mülheim unterschiedliche Szenarien und daraus resultierende wirtschaftliche bzw. rechtliche Konsequenzen erörtert wurden, ohne eine abschließende Klärung der aufgezeigten Problemfragen herbeiführen zu können. Mit Blick auf die zwar einheitliche Zielsetzung aber unterschiedliche Interessenlage der drei Gesellschafter hat man sich darauf verständigt, Ausstiegsszenarien auf ihre Machbarkeit und Wirtschaftlichkeit von einem neutralen Gutachter untersuchen zu lassen. Die Beauftragung des Gutachters ist durch

alle drei Gesellschafter gemeinsam erfolgt. Zielsetzung der gemeinsamen Beauftragung war, dass sich der Gutachter an der Interessenlage aller drei Gesellschafter orientiert. Dabei war man sich einig, dass die Mehrzahl der schon vorhandenen Gutachten zu alt ist und daher teilweise nicht mehr auf aktuellen Grundlagen beruhen und/oder von einem der drei Gesellschafter oder der Gesellschaft selbst in Auftrag gegeben wurden, insofern als parteiisch angesehen werden könnten.

Zur Vorbereitung der Gutachtenvergabe hat sich ein mit Vertreterinnen und Vertretern aller drei Gesellschafter besetzter juristischer Arbeitskreis mit der rechtlichen Begutachtung befasst und Fragen formuliert, die sich im Falle eines Ausstiegs aus dem Flughafen Essen/Mülheim bzw. einer Reduzierung auf einen Sonderlandeplatz ergeben. Dieser – nicht abschließende – Fragenkatalog war Grundlage für die Beauftragung des Büros Lenz und Johlen.

2. Zusammenfassung des Ergebnisses

Das vorliegende Gutachten untersucht die im Zusammenhang mit der Einstellung / Einschränkung des Flugbetriebes am Flughafen Essen/Mülheim einschlägigen zivil- und vertragsrechtlichen Fragen sowie die maßgeblichen luftverkehrsrechtlichen Gesichtspunkte. Es bewertet die in diesem Zusammenhang stehenden technischen Fragestellungen und zeigt die sich daraus für die angestrebte Umwandlung und spätere Einstellung des Flugbetriebes möglicherweise ergebenden Konsequenzen auf.

Für die zivilrechtliche Bewertung dieser Fragen haben insbesondere die Erbbaurechtsverhältnisse im Mittelpunkt gestanden, die zwischen der Stadt Mülheim an der Ruhr und (a) dem Aero-Club Mülheim an der Ruhr e. V. (Aero-Club) sowie (b) Herrn Theodor Wüllenkemper bzw. seinen Rechtsnachfolgern bestehen. Diesen vertraglichen Vorgaben wurden die Verpflichtungen der Stadt Mülheim an der Ruhr gegenüber ihren Mitgesellschaftern gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen.

Des Weiteren wurde aus technischer Sicht geklärt, welchen Anforderungen ein Sonderlandeplatz genügen muss, und ob, und wenn ja, welche Kosteneinsparungen sich daraus gegenüber der Beibehaltung des status quo ergeben können.

Die Umwandlung in einen Sonderlandeplatz bedarf auch aus öffentlich-rechtlicher Sicht der Klärung von Fragen. Ebenso wie die rechtliche Zulässigkeit dieser Änderung war die Frage nach Rechtsschutzmöglichkeiten der betroffenen Luftfahrtunternehmen und Dritter zu klären.

Zusammengefasst kommt die nachfolgende Untersuchung zu dem Ergebnis, dass die Umwandlung des Flughafens Essen/Mülheim in einen Sonderlandeplatz rechtlich und technisch zulässig und möglich ist. Ein Sonderlandeplatz ist nach § 49 Abs. 2 Nr. 2 LuftVZO ein Landeplatz für besondere Zwecke. Der Unterschied zum „normalen“ Landeplatz liegt

darin, dass keine Nutzung durch die Allgemeinheit, d.h. kein Allgemeingebrauch besteht, sondern eine Nutzung nur zu einem eingeschränkten und genau bestimmten Zweck erfolgt.

Die Analyse der bestehenden Verträge hat gezeigt, dass es keine Verpflichtung zur Aufrechterhaltung eines Status als Verkehrsflughafen gibt. Soweit Beschränkungen rechtlicher Art bestehen, ergeben sich diese vor allem aus dem mit dem Aero-Club bestehenden Erbbaurechtsvertrag für die Stadt Mülheim an der Ruhr. Die Stadt hat alles zu unterlassen, was den Motorsportflug-, den Motorsegelflug-, den Motorschleppflug- und den Segelflugbetrieb des Aero-Clubs zu Sportzwecken einschränkt oder aufhebt. Diese Unterlassungspflicht ist aber aus den nachfolgenden Gründen nicht gleichzusetzen mit einer Rechtsverpflichtung der Stadt Mülheim an der Ruhr, aktiv einen bestimmten Flugbetrieb zu gewährleisten. Dazu wäre sie auch gar nicht in der Lage, da sie nur zu 1/3 an der Flughafengesellschaft beteiligt ist und das gegen den Widerstand der beiden anderen Gesellschafter nicht durchsetzen könnte.

- Nach den Erbbaurechtsverträgen aus den Jahren 1983 und 2003 ist der Aero-Club befugt, das *Erbbaurechtsgrundstück* zum Zwecke des Sports zu nutzen. Nähere Beschreibungen zum Inhalt dieser Nutzung finden sich in den Erbbaurechtsverträgen jedoch nicht. Angesichts der nur minimalen Konkretisierung des rechtlichen Inhaltes des Erbbaurechts ist grundsätzlich keine enge Beschränkung der Nutzungsbefugnis des Erbbauberechtigten feststellbar. Der Erbbauberechtigte kann sich vielmehr hinsichtlich des Erbbaurechtsgrundstücks auf weitgehende Nutzungsbefugnisse berufen, soweit diese „zum Zwecke des Sports“ erfolgen.
- Dem Erbbaurechtsvertrag kann aber keine Verpflichtung der Stadt Mülheim an der Ruhr entnommen werden, aktiv für eine Aufrechterhaltung bestimmter Flugmöglichkeiten auf den *angrenzenden* Grundstücken des Flughafens zu sorgen. Um solche aktiven Leistungspflichten feststellen zu können, müsste eine ausdrückliche vertragliche Regelung oder wenigstens ein konkreter Anhaltspunkt in der Vertragsurkunde für solche Leistungspflichten bestehen. Der Erbbaurechtsvertrag beschränkt sich jedoch darauf, dem Aero-Club bestimmte Nutzungsmöglichkeiten des Erbbaurechtsgrundstücks zu gestatten. Dass darüber hinaus (gewissermaßen das Erbbaurecht übersteigend) zusätzliche Leistungspflichten der Stadt Mülheim an der Ruhr für außerhalb des Erbbaurechtsgrundstück liegende Flächen konstituiert werden sollten, ist dem Vertrag an keiner Stelle zu entnehmen. Es fehlt in der gesamten Vertragsurkunde an einem konkreten Anknüpfungspunkt für eine solche Leistungsverpflichtung der Stadt Mülheim an der Ruhr.
- Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des OLG Düsseldorf. Auf der Grundlage dieser Entscheidung geht es zunächst nur um die Frage, was die Stadt

Mülheim an der Ruhr gegenüber dem Aero-Club in Ergänzung zum eigentlichen Erbbaurecht **zu unterlassen** hat, nämlich

„alles, was den Motorsportflug-, den Motorsegelflug-, den Motorschleppflug- und den Segelflugbetrieb [des Aero-Clubs] zu Sportzwecken einschränkt oder aufhebt.“

Konkrete Handlungspflichten hat das OLG Düsseldorf gerade nicht tenoriert. Insbesondere lässt sich aus dem Urteil nicht ableiten, dass die Stadt Mülheim an der Ruhr durch aktives Tun bestimmte Möglichkeiten zu Gunsten des Aero-Clubs positiv sicherstellen muss. Vielmehr besagt das Urteil, dass der Aero-Club nicht verlangen kann, dass der vorhandene Flughafen in seinem damaligen öffentlich-rechtlichen Rechtszustand erhalten bleibt.

- Die vom OLG festgestellte Unterlassungspflicht der Stadt Mülheim an der Ruhr ist im Übrigen auch nicht Inhalt des Erbbaurechts, sondern lediglich eine schuldrechtliche Nebenpflicht aus dem Erbbaurechtsvertrag. Da die Unterlassungspflicht nur eine Nebenpflicht, aber nicht Inhalt des Erbbaurechts ist, wirkt sie nicht wie das eingetragene Erbbaurecht gegenüber jedem Dritten. Als rein schuldrechtliches Institut besteht die Unterlassungspflicht allein zu Lasten der Stadt Mülheim an der Ruhr. Der Aero-Club hat insoweit also keine verdinglichte Rechtsposition inne, die er als Ausprägung des Erbbaurechts auch Dritten entgegenhalten könnte.
- Der vom OLG Düsseldorf festgestellte Unterlassungsanspruch des Aero-Clubs besteht also nicht gegenüber den übrigen Gesellschaftern der FEM GmbH und auch nicht gegenüber der FEM GmbH selbst oder gegenüber anderen Dritten. Entscheidungen der übrigen Gesellschafter der FEM GmbH, die in gesellschaftsrechtlich wirksamer Weise getroffen werden, wird der Aero-Club daher hinnehmen müssen. Werden im laufenden Geschäftsbetrieb der FEM GmbH beispielsweise erforderliche Unterhaltungsmaßnahmen beim Flughafen unterlassen oder trifft die FEM GmbH Entscheidungen, die die Nutzung des Flughafens als Verkehrsflughafen einschränken, ist der Aero-Club davon nicht rechtserheblich tangiert. Dies gilt erst recht, solange er das Erbbaurechtsgelände oder gar angrenzende Flächen des Flughafens weiter zu Sportzwecken nutzen kann. Einen Anspruch auf Erhalt oder Inanspruchnahme der vorhandenen Infrastruktur des Verkehrsflughafens hat der Aero-Club - wie auch das OLG Düsseldorf festgestellt hat - nicht. Werden von den Mitgesellschaftern Entscheidungen getroffen, die sich negativ auf den Flugbetrieb des Aero-Clubs auswirken könnten, hat der Aero-Club dagegen keine Abwehrmöglichkeiten im Verhältnis zur Stadt Mülheim an der Ruhr, solange sich diese am Zustandekommen dieser Entscheidungen nicht aktiv beteiligt. Entscheidungen der übrigen Gesellschafter

der FEM GmbH, die in gesellschaftsrechtlich wirksamer Weise (ohne aktive Mitwirkung der Stadt Mülheim an der Ruhr) getroffen werden, wird der Aero-Club aus den vorgenannten Gründen ebenfalls hinnehmen müssen.

- Der Betrieb des Flughafens ist dauerhaft defizitär. Ist das der Fall und ergibt sich daraus bei objektiver Betrachtung die Notwendigkeit, den Geschäftsbetrieb aufzugeben, so besteht nach der Rechtsprechung des BGH im Verhältnis der Gesellschafter die Rechtspflicht, an den insoweit notwendigen Maßnahmen mitzuwirken. Auch vor diesem Hintergrund ist nicht vorstellbar, dass eine wirtschaftlich nicht mehr zu rechtfertigende Tätigkeit der Gesellschaft aufrecht erhalten werden muss, nur weil ein Gesellschafter aus einem anderen Rechtsverhältnis heraus gewissen Bindungen unterworfen ist. Im Rechtsverhältnis der Gesellschafter der FEM GmbH untereinander ist allein das Wohl der Gesellschafter bzw. der Gesellschaft Entscheidungsmaßstab. Wenn objektiv wirtschaftlich begründbar Entscheidungen getroffen werden müssen, um Schaden von der Gesellschaft oder deren Gesellschaftern abzuwenden, können außerhalb des Gesellschaftszweckes liegende Zwänge eines Gesellschafters (Stadt Mülheim an der Ruhr) kein gesellschaftsschädliches Abstimmungsverhalten rechtfertigen.
- Ist ein Gesellschafter der GmbH (Stadt Mülheim an der Ruhr) in dieser Situation einem Interessenkonflikt ausgesetzt, weil er durch eine bestimmte Stimmabgabe zugleich Pflichten aus einem Vertragsverhältnis außerhalb der Gesellschaftssphäre (Aero-Club oder Wülkenkemper) beeinträchtigen würde, muss eine Interessenabwägung stattfinden. Bei dieser Interessenabwägung ist neben etwaigen Rechtsbeziehungen des Gesellschafters zu Dritten zu beachten, dass jeder Gesellschafter einer Treuepflicht gegenüber der GmbH aus seiner mitgliedschaftlichen Stellung heraus unterliegt. Dies gilt auch für die Stimmabgabe bei Beschlüssen der Gesellschafterversammlung. In besonderen Fällen kann die Treuepflicht des Gesellschafters diesen sogar zu einer inhaltlich bestimmten Stimmabgabe verpflichten. Als ein die widerstreitenden Interessen ausgleichendes Abwägungsergebnis könnte eine Stimmenthaltung gesehen werden.
- Bei Beschlüssen, die eine Umwandlung des Flughafens in einen Sonderlandeplatz zum Gegenstand haben, ist eine aktive Mitwirkung der Stadt Mülheim an der Ruhr nicht erforderlich. Nach § 11 Abs. 2, Nr. 14 i.V.m § 12 Abs. 3 und Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages können die Gesellschafter der FEM GmbH mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen die Übernahme neuer sowie die Aufgabe vorhandener Aufgaben beschließen. Der Begriff „Flughafen“ im Gesellschaftsvertrag ist untechnisch zu verstehen. Unter dem Begriff „Flughafen“ in § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages können auch unter

Berücksichtigung der Historie des Flughafens sowohl Verkehrs- als auch Sonderflughäfen subsumiert werden. Beide fallen unter den satzungsmäßigen Geschäftszweck, einen „Flughafen“ zu betreiben. Bei der Umwandlung des Flughafens in einen Sonderlandeplatz handelt es sich deshalb um eine mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen zulässige Änderung von Aufgaben (innerhalb der satzungsmäßigen Zwecke der FEM GmbH) und nicht um eine Änderung des Gesellschaftszwecks.

- Auch gegenüber den Rechtsnachfolgern des Herrn Theo Wüllenkemper ist die Stadt Mülheim an der Ruhr nicht verpflichtet, dauerhaft einen Verkehrsflughafen zu betreiben. Bei der Änderung in einen Sonderlandeplatz ist lediglich dafür Sorge zu tragen, dass ausreichend Start- und Landegelände für den Luftschiffbetrieb der WDL-Gruppe zur Verfügung steht. Wäre das nicht der Fall, wäre die Stadt Mülheim an der Ruhr zwar verpflichtet, südlich, angrenzend an das Erbbaurechtsgrundstück, in ausreichendem Umfang solche Flächen zur Verfügung zu stellen, wäre aber nicht daran gehindert, einen Sonderlandeplatz einzurichten.

Festzustellen ist daher, dass es die bestehenden Verträge aus rechtlicher und technischer Sicht zulassen, den bestehenden Flughafen im Rahmen einer Umwandlung zum Sonderlandeplatz deutlich zu reduzieren. Es wäre möglich, die Landebahn zu verkürzen, das Entwässerungssystem aufzugeben, den Unterhalt der bestehenden Gebäude auf ein Minimum (Verkehrssicherheit) zu reduzieren. Für den Betrieb des Sonderlandeplatzes wäre eine Konfiguration mit der Weiternutzung der auf 800 m verkürzten Start- und Landebahn, einer Tankstelle, einem mobilen Tower und ggf. befestigten Vorfeldflächen notwendig. Teile dieser Leistungen könnten sogar vom Aero-Club selbst übernommen werden; hierüber wird mit dem Aero-Club zu sprechen sein.

Die Änderung des bestehenden Verkehrsflughafens in einen Sonderlandeplatz kann mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen, also von zwei Gesellschaftern der FEM GmbH, gem. § 11 Abs. 2 Ziff. 14 des Gesellschaftsvertrages (die Übernahme neuer sowie die Aufgabe vorhandener Aufgaben) beschlossen werden. Eine aktive Beteiligung der Stadt Mülheim an der Ruhr ist nicht erforderlich. Da die Umwandlung in einen Sonderlandesplatz die Rückführung des Flughafens auf eine Nutzungsform bedeutet, die die Interessen des Aero-Club hinreichend wahrt, wäre eine aktive Mitwirkung der Stadt Mülheim an der Ruhr hier unschädlich. Das OLG Düsseldorf hat in seinem Urteil vom 19.03.1998 ausdrücklich ausgeführt, dass der Aero-Club nicht die Aufrechterhaltung eines Verkehrsflughafens erwarten kann. Zur Erlangung von mehr Rechtssicherheit sollte gleichwohl auf eine Mitwirkung der Stadt Mülheim an der Ruhr bei der Beschlussfassung verzichtet werden.

Im Anschluss an einen solchen Gesellschafterbeschluss wäre für die Änderung in einen Sonderlandeplatz ein Zulassungsverfahren (Genehmigung oder Planfeststellung) erforderlich. Es handelt sich um eine Abwägungsentscheidung, bei der die angemessene Berücksichtigung aller betroffenen Belange sicher zu stellen ist. Das Umwandlungsverfahren selbst würde ca. 2 Jahre in Anspruch nehmen und wäre mit Kosten in Höhe von max. 1,5 Mio. Euro verbunden. Die Investitionskosten wären letztlich insgesamt von der am Ende umzusetzenden Konfiguration des Flugplatzes abhängig und haben damit Optimierungspotential.

Mit diesen Investitionen wird es möglich sein, die laufenden Kosten des Flughafens auf Dauer bis zu einer möglichen Schließung deutlich zu reduzieren. Genaue Einsparungshöhen lassen sich allerdings erst mit Erarbeitung eines konkreten Betriebskonzeptes prognostizieren.

Für die Änderung in den Sonderlandeplatz wird eine Zwischenphase von ca. 1-3 Jahren erwartet, ehe die Umwandlung abgeschlossen sein wird. Die technischen Anforderungen richten sich dabei nach dem Genehmigungsstatus des Flughafens. Solange der Flughafen nicht durch ein Genehmigungsverfahren in einen Sonderlandeplatz „umgewidmet“ wird, gilt er rechtlich als Verkehrsflughafen. Die im Gutachten aufgezeigten Anforderungen eines Verkehrsflughafens sind daher aus genehmigungsrechtlicher Sicht (Betriebspflicht nach § 45 LuftVZO) weiterhin in vollem Umfang zu erfüllen. An den technischen Anforderungen zum Status quo ändert sich bis zum Abschluss des Genehmigungsverfahrens nichts.