

Leitsätze:

1. Präparierte Skipisten bleiben trotz der Umgestaltungen, die sie durch die Pistenbetreiber erfahren, Teile der freien Natur.
2. Ein Pistenbetreiber darf während des allgemeinen Skibetriebs grundsätzlich keine Sperrungen der Skipisten für Tourengerher vornehmen. Anderes gilt für Sperrungen der Skipisten für alle Pistenutzer während der (gefährvollen) Pistenpräparierung.
3. Das Grundrecht auf Naturgenuss bzw. das Betretungsrecht der freien Natur gibt dem Erholungssuchenden grundsätzlich kein Recht, auf die Arbeits- und Betriebsabläufe eines Pistenbetreibers Einfluss zu nehmen.
4. Das Ermessen der Naturschutzbehörde, gegen unzulässige und nicht nur unbedeutende Sperrungen in der freien Natur vorzugehen, kann im Hinblick auf das Grundrecht auf Naturgenuss auf Null reduziert sein; es bleibt offen, ob es sich bei diesem Ermessen um sog. „intendiertes Ermessen“ handelt.

Hinweis:

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) hat mit seinem Urteil vom 21. November 2013 festgestellt, dass der Freistaat Bayern verpflichtet war, im Skigebiet „Garmisch-Classic“ die Beseitigung der errichteten Pistenstperungen für Tourengerher - mit Ausnahme von Sperrungen wegen Pistenpräparierung - anzuordnen.

Nach Auffassung des BayVGH bleiben präparierte Skipisten trotz der Umgestaltungen, die sie durch die Pistenbetreiber erfahren (z.B. die Errichtung von Seilbahnen), Teile der freien Natur. Die Pistenbetreiberin habe nach dem Bayerischen Naturschutzgesetz während des allgemeinen Skibetriebs keine Sperrungen der Skipisten für Tourengerher vornehmen dürfen. Die Beseitigung der Sperrungen sei auch im Interesse der erholungssuchenden und Wintersport treibenden Bevölkerung erforderlich gewesen. Das Ermessen der Naturschutzbehörde, gegen die unzulässigen und für Erholungssuchende nicht nur unbedeutenden Sperrungen in der freien Natur vorzugehen, sei im Hinblick auf das in der Bayerischen Verfassung verankerte Grundrecht auf Naturgenuss auf Null reduziert gewesen.

Anders sieht der VGH die Rechtslage betreffend die Sperrungen der Skipisten für alle Pistenutzer während der gefährvollen Pistenpräparierung. Das Grundrecht auf

Naturgenuss bzw. das Betretungsrecht der freien Natur gebe dem Erholungssuchenden kein Recht, auf die Arbeits- und Betriebsabläufe eines Pistenbetreibers Einfluss zu nehmen, soweit diese sich im Rahmen des Üblichen hielten.

14 BV 13.487
M 11 K 12.4120

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

1.1 Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsstreitsache

- ***** -

gegen

Freistaat Bayern,
vertreten durch die Landesadvokatur Bayern,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

beigefügt:

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte ***** ****

***** **** ** ***** *****

wegen

naturschutzrechtlichen Betretungsrechts

(Skiabfahrt Hausberg/Kreuzeck/Osterfeldegebiet in GAP);

hier: Berufung des Klägers und der Beigeladenen gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 21. Februar 2013,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 14. Senat,

durch die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgerichtshof Koch,

den Richter am Verwaltungsgerichtshof Bergmüller,

die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Klein

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 12. November 2013

am 21. November 2013

folgendes

Urteil:

- I. Die Berufung der Beigeladenen wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 21. Februar 2013 in Nr. I des Tenors folgende Fassung erhält:

„Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet gewesen ist, gegenüber der Beigeladenen die Beseitigung der gemäß Anzeige vom 13. November 2012 errichteten Pistensperrungen für Tourengänger im Skigebiet „Garmisch-Classic“ mit Ausnahme von Sperrungen wegen

Pistenpräparierung anzuordnen; im Übrigen wird die Klage abgewiesen.“

- II. Die Berufung des Klägers wird zurückgewiesen.
- III. Die Beigeladene trägt zwei Drittel der Kosten des Berufungsverfahrens. Der Kläger trägt ein Drittel der Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.
- IV. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abwenden, falls nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- V. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

- 1 Die Beteiligten streiten darüber, ob die Beigeladene als Betreiberin der Skipisten im Skigebiet „Garmisch-Classic“ berechtigt war, insbesondere für die Skisaison 2012/13 Pistensperrungen für Tourengerer im Hausberg-, Kreuzeck- und Osterfeldergebiet vorzunehmen.
- 2 Erstmals für die Skisaison 2011/12 zeigte die Beigeladene dem Landratsamt Garmisch-Partenkirchen mit Schreiben vom 8. Dezember 2011 an, Sperrungen der Skiabfahrten im Hausberg-, Kreuzeck- und Osterfeldergebiet mit Ausnahme des ausgewiesenen Aufstiegsbereichs entlang der Abfahrt „Untere Kochelbergabfahrt/Hornabfahrt/Standard-Tonihütte-Abfahrt“ zum Kreuzeck bzw. zur Hochalm über die Längfelder für Tourengerer vornehmen zu wollen. Die Sperrungen sollten während der Wintersaison für die Zeit der Pistenpräparierung und mit Aufnahme und Ende des öffentlichen Skibetriebs (von 8.30 Uhr bis spätestens 18.00 Uhr) erfolgen. Die Sperrungen seien erforderlich, um den Pistensicherungspflichten nachzukommen. Mit ergänzendem Schreiben vom 30. Dezember 2011 begründete die Beigeladene die Sperrungen näher; sie verwies insbesondere auf die hohe Zahl der Tourengerer (bis zu 350 pro Tag) und die daraus entstehende Gefährdungslage.

- 3 Mit am 19. Juni 2012 beim Landratsamt eingegangenem Schreiben führte der Kläger aus, er habe der Zeitung entnommen, das Landratsamt wolle vor Beginn des nächsten Winters nicht über die von der Beigeladenen vorgenommenen Sperrungen der Skipisten im Skigebiet „Garmisch-Classic“ entscheiden. Er sei Skitourengeher und stelle im Hinblick auf sein Recht, die freie Natur zu betreten, den Antrag auf Aufhebung der Sperrungen.
- 4 Unter Hinweis auf seine vorläufige Rechtsauffassung, dass Skipisten zwar Teile der freien Natur seien, aber wohl die materiellen Voraussetzungen für Sperrungen durch den Pistenbetreiber vorlägen, teilte das Landratsamt dem Kläger mit Schreiben vom 11. Juli 2012 mit, es würde bis zur endgültigen Entscheidung die Entwicklung bis zum Beginn des nächsten Winters abgewartet werden.
- 5 Hierauf erhob der Kläger am 5. September 2012 Klage zum Bayerischen Verwaltungsgericht München.
- 6 Mit Schreiben vom 13. November 2012 zeigte die Beigeladene dem Landratsamt für die Wintersaison 2012/13 die erneute Sperrung der Skiabfahrten für Tourengeher wie schon in der vorangegangenen Saison an. Mit an die Beigeladene gerichteten Bescheid vom 12. Februar 2013 erkannte das Landratsamt die mit Schreiben vom 13. November 2012 angezeigten Sperrungen der Skiabfahrten im Hausberg-, Kreuzeck- und Alpspitzgebiet mit Ausnahme des ausgewiesenen Aufstiegsbereichs für aufsteigende Skitourengeher unter Beachtung von Auflagen gemäß Art. 33 Nr. 1 Bay-NatSchG als zulässig an; eine Beseitigungsanordnung sei daher nicht veranlasst. Dieser Bescheid wurde dem Kläger in Abdruck übermittelt.
- 7 Der Kläger bezog diesen Bescheid in seine am 5. September 2012 erhobene Klage ein und begehrte dort zuletzt, den Beklagten unter Aufhebung der Bescheide vom 11. Juli 2012 und vom 12. Februar 2013 zu verpflichten, die von der Beigeladenen mit Schreiben vom 8. Dezember 2011 und 13. November 2012 angezeigten Sperrungen aufzuheben. Mit Urteil vom 21. Februar 2013 verpflichtete das Verwaltungsgericht den Beklagten unter Aufhebung der Bescheide vom 11. Juli 2012 und 12. Februar 2013, gegenüber der Beigeladenen die Beseitigung der Pistensperrungen mit Ausnahme von Sperrungen wegen Pistenpräparierung anzuordnen und wies die Klage im Übrigen ab. Die zulässige Verpflichtungsklage sei hinsichtlich des Antrags des Klägers auf Beseitigung der streitgegenständlichen Pistensperrungen in der Wintersai-

son während des öffentlichen Skibetriebs (von 8.30 Uhr bis spätestens 18.00 Uhr) begründet; insoweit handele es sich um eine nach Art. 33 BayNatSchG unzulässige Sperre und der Kläger habe einen Anspruch auf deren Beseitigung gemäß Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG. Demgegenüber sei die Klage unbegründet, soweit es um die Beseitigung der Sperrungen während der Pistenpräparierung gehe. Diese alle Pistenutzer betreffenden, nur kurzzeitigen Sperrungen seien nach Art. 33 Nr. 3 BayNatSchG rechtmäßig erfolgt.

8 Hinsichtlich des jeweils unterliegenden Teils haben sowohl die Beigeladene als auch der Kläger – dieser beschränkt darauf, dass je eine Abfahrt zu den Parkplätzen Hausberg und Kreuzeck während der Pistenpräparierung offengehalten werden müsse – die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt. Der Kläger hat im Berufungsverfahren seinen bisher gestellten Klageantrag dahingehend umgestellt, dass nunmehr festzustellen sei, dass der Beklagte verpflichtet gewesen ist, gegenüber der Beigeladenen die Beseitigung der Pistensperrungen anzuordnen.

9 Die Beigeladene beantragt,

10 unter Zurückweisung der Berufung des Klägers das Urteil des Verwaltungsgerichts München vom 21. Februar 2013 abzuändern und die Fortsetzungsfeststellungsklage (vollumfänglich) abzuweisen.

11 Zur Begründung führt sie u.a. aus, die Fortsetzungsfeststellungsklage sei unzulässig. Durch den Abbau der Sperrungen nach der Wintersaison 2012/13 habe sich die Streit-sache erledigt. Es bestehe keine konkrete Wiederholungsgefahr, da derzeit nicht feststehe, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Beigeladene für die kommende Wintersaison wieder Sperrungen anzeigen und errichten werde. Im Übrigen sei die ursprünglich erhobene Verpflichtungsklage schon mangels Klagebefugnis unzulässig gewesen. Aus dem Verweis in Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG auf dessen Absatz 2 („Interessen der erholungssuchenden Bevölkerung“) ergebe sich, dass die hier streitentscheidenden Normen nur die Interessen der Allgemeinheit schützten. Die Verneinung eines subjektiv-öffentlichen Rechts des Einzelnen auf Beseitigung sei auch deshalb geboten, weil ansonsten ein Anzeigerstatter niemals Rechtssicherheit erlangen könne, ob die von der Behörde nicht untersagten und sodann errichteten Sperrungen nicht doch beseitigt würden. Dem Anzeigerstatter stehe ein entsprechender Bestands- und Vertrauensschutz zu.

- 12 Die Klage sei jedenfalls auch hinsichtlich des Antrags auf Beseitigung der Pisten-sperren während des öffentlichen Skibetriebs unbegründet gewesen. Bei den präpa-rierten Pisten der Beigeladenen handele es sich nicht um freie Natur i.S. des Art. 141 Abs. 3 BV und Art. 27 Abs. 1 BayNatSchG. Die Pistenflächen würden unter Einsatz von Pistenraupen, gegebenenfalls künstlicher Beschneigung, Kunstbauten, Siche-rungsmaßnahmen und Kennzeichnungen überhaupt erst in Skipisten verwandelt. Au-ßerdem prägten zahlreiche bauliche Anlagen (Fangzäune, Netze, Pistenbauten etc.) sowie die umfassende, nach DIN-Normen bzw. bayerischer Kennzeichnungsverord-nung vorgegebene Beschilderung das Bild der Pisten. Es werde hilfsweise Beweis durch Einnahme eines Augenscheins beantragt, um festzustellen, dass die von der Beigeladenen betriebenen Pisten durch bauliche Maßnahmen, technische Einrich-tungen und Sicherheitsmaßnahmen ihren ursprünglichen und natürlichen Zustand verloren haben. Die präparierten Pisten seien eher mit Sportplätzen und Sportanla-gen vergleichbar.
- 13 Unterstellt es handele es sich um freie Natur, seien die Sperren während des allge-meinen Skibetriebs jedenfalls nach Art. 33 Nr. 1 BayNatSchG rechtmäßig errichtet worden. Vorliegend werde nämlich die zulässige Nutzung der Grundstücke als Ski-pisten durch die Tourengerer nicht unerheblich behindert bzw. eingeschränkt. Dies gelte zum einen wegen der Gefahren im Begegnungsverkehr zwischen der immer weiter zunehmenden Zahl der Tourengerer und der großen Masse der abfahrenden Skifahrer; dies gelte zum anderen auch im Hinblick auf Beschädigungen, die Touren-geher an den präparierten Pisten verursachten. Insbesondere die zunehmenden Ge-fahrenlagen führten zu erheblichen Ertragsminderungen, weil die zahlenden Gäste in andere Skigebiete abwanderten, und erhöhten zudem wegen der bestehenden Ver-kehrssicherungspflicht der Beigeladenen auch deren Haftungsrisiko beträchtlich. Zur Vermeidung derartiger Risiken dürfe nicht nur die Behörde nach Art. 31 BayNatSchG, sondern auch der Nutzungsberechtigte gemäß Art. 33 Nr. 1 BayNatSchG den Erho-lungsverkehr durch die Errichtung von Sperren für einzelne Gruppen von Erho-lungssuchenden regeln. Denn das Grundrecht des Einzelnen finde dort seine Gren-ze, wo Rechte Dritter – hier insbesondere auch die der Masse der abfahrenden Ski-fahrer – erheblich beeinträchtigt würden. Die Tourengerer könnten trotz der Sperren ihr Betretungsrecht weiter ausüben, da die Beigeladene für diese eine die ganze Wintersaison über zur Verfügung stehende Aufstiegsspur über die Toni-Hütte einge-richtet habe, die sie laufend pflege. Außerdem bestünden zahlreiche alternative Auf-

stiegsrouten von anderen Ausgangspunkten aus, um in die Tourengebiete zu gelangen.

- 14 Das Berufungsbegehren des Klägers, die Beigeladene müsse während der Pistenpräparierung sowohl zum Parkplatz Kreuzeck als auch zum Parkplatz Hausberg je eine Abfahrtsroute offen halten, stelle sich als eine unverhältnismäßige Beschränkung der Rechte der Beigeladenen dar, da damit unmittelbar und unzumutbar in ihre tatsächlichen Betriebs- und Arbeitsabläufe eingegriffen würde. Die Beigeladene habe in der Vergangenheit immer sichergestellt, dass während der Pistenpräparierung zumindest eine Abfahrtspiste (nämlich die Standardabfahrt) zur Verfügung gestanden habe. In der Regel seien abends zum Parkplatz Hausberg sogar zwei Abfahrten (Standard- und Hornabfahrt) offen. Der Fußweg vom Parkplatz Hausberg bis zum Parkplatz Kreuzeck dauere nur ca. 20 Minuten.
- 15 Der Kläger beantragt,
- 16 unter Zurückweisung der Berufung der Beigeladenen (weiter) festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet gewesen ist, gegenüber der Beigeladenen anzuordnen, dass bei Sperrungen wegen Pistenpräparierung einerseits die Olympia- und die Kandaharabfahrt, andererseits die Dreh-, Horn- und Standardabfahrt nicht gleichzeitig gesperrt werden dürfen.
- 17 Die Berufung der Beigeladenen sei unbegründet, da das Verwaltungsgericht der Klage zu Recht stattgegeben habe, soweit die Pistensperrungen während des öffentlichen Skibetriebs betroffen seien. Die zwischenzeitliche Erledigung führe nicht zur Unzulässigkeit der Klage, da wegen der drohenden Wiederholungsgefahr die Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig sei. Die ursprüngliche Verpflichtungsklage sei nicht mangels Klagebefugnis unzulässig gewesen. Da der Kläger Inhaber der Rechte aus § 59 Abs. 1 BNatSchG, Art. 27 Abs. 1 BayNatSchG und Art. 141 Abs. 3 BV sei, diene die Kann-Ermächtigung in Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG auch dem Schutz des Einzelnen als Teil der Allgemeinheit.
- 18 Das Verwaltungsgericht habe zu Recht entschieden, dass die Skipisten trotz der von der Beigeladenen vorgenommenen Umgestaltung Teile der freien Natur blieben. Das Betretungsrecht lasse dem Erholungssuchenden die freie Wahl, auf welchem Weg er die Natur genieße. Deshalb könne der Kläger als Skitourengeher nicht auf die aus-

gewiesene Aufstiegsroute bzw. auf andere mögliche Alternativrouten verwiesen werden. Die von der Beigeladenen eingerichtete Aufstiegsspur von der Talstation Hausberg über die Toni-Hütte und den Hausberg nach Kreuzeck sei ca. 1,5 km länger als die direkten Aufstiege über die Kandahar- oder Olympiaabfahrt, weise viele Engstellen auf und gehe über weite Strecken über für das Tourenggehen ungeeignetes ebenes Gelände; die von Tourenggehern verwendeten Steigfelle hinderten das Fortkommen in der Ebene. Die Alternativrouten befänden sich teils weit ab von Tourenggebieten und seien größtenteils sehr unattraktiv bzw. sehr gefährlich. Wie sich aus Art. 33 Nr. 3 BayNatSchG ergebe, könne der Eigentümer bzw. Nutzungsberechtigte aus Gründen der Gefahrenabwehr Pisten nur kurzzeitig und auch nicht nur für eine bestimmte Gruppe sperren. Die Regelung des Erholungsverkehrs und die Abwehr der damit zusammenhängenden Gefahren sei Sache der zuständigen Behörden. Falls es tatsächlich in der Zukunft zu erheblichen Gefahren infolge Fehlverhaltens beim Begegnungsverkehr auf Pisten kommen sollte, könne das Anlass für ein Einschreiten der jeweiligen Behörde nach Art. 24 LStVG oder Art. 31 Abs. 1 BayNatSchG sein.

19 Ziel der Berufung des Klägers sei, dass die Beigeladene auch während der Pistenpräparierung jeweils eine Abfahrt zum Parkplatz Kreuzeck und zum Parkplatz Hausberg offen lasse. Zwar seien Sperrungen während der Pistenpräparierung auch aus Sicht des Klägers zulässig. Dies ergebe sich wohl nicht aus Art. 33 Nr. 3 BayNatSchG, da es sich nicht um kurzzeitige Sperrungen handele, aber aus Art. 33 Nr. 1 BayNatSchG. Trotzdem müsse auch hier das Betretungsrecht der Allgemeinheit ausreichend berücksichtigt werden. Dabei sei die Situation am Hausberg zufriedenstellend, weil dort normalerweise zwei Abfahrten offen seien. Dagegen sei die Situation am Kreuzeck unbefriedigend, weil über viele Stunden beide Abfahrten gesperrt seien. Das ließe sich dadurch vermeiden, dass man über die Standard-Abfahrt bis zum „Baderstadel“ (oberhalb der Riesserkopfhütte [Tonihütte]) fahren und dann in den unteren Teil der Olympiaabfahrt einbiegen könne. Hierzu müsste nur die Pistenpräparierung der Olympiaabfahrt von oben beginnen.

20 Der Beklagte beantragt,

21 der Berufung der Beigeladenen stattzugeben und die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

22 Über das bereits Vorgetragene hinaus verweist er darauf, dass sich der Eigentümer

bzw. Nutzungsberechtigte selbständig gegen unzumutbare Eingriffe in sein Nutzungsrecht wehren können müsse und nicht auf sicherheitsrechtliche Beschränkungsmöglichkeiten verwiesen werden könne, zumal diese von ganz anderen rechtlichen Voraussetzungen abhängig seien. Art. 33 Nr. 1 BayNatSchG, der voraussetze, dass das Nutzungsrecht der Beigeladenen in unzumutbarer Weise beeinträchtigt sei, greife schon dann, wenn es durch das von Skitourengehern verursachte Gefahrenpotential zu Unfällen kommen könne, die Skigäste der Beigeladenen dadurch verärgert werden könnten und der Präparierungsaufwand sowie das Haftungsrisiko für die Beigeladene steige. Dies sei nach der Lebenserfahrung angesichts der hohen Zahl der aufsteigenden Tourengeher, insbesondere wenn diese sich nicht an die FIS- und DAV-Regeln hielten, der Fall. Die Sperrung der Pisten nur für eine Gruppe stelle sich als mildere Maßnahme gegenüber einer Vollsperrung dar.

- 23 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichts- und die vorgelegten Behördenakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

- 24 Die Berufungen der Beigeladenen und des Klägers haben keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat der im Berufungsverfahren als Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführten Klage zu Recht stattgegeben, soweit Sperrungen der Skipisten für Tourengeher während der allgemeinen Skiabfahrtszeiten inmitten stehen; es hat die Klage zu Recht insoweit abgewiesen, als es sich um diesbezügliche Sperrungen während der Pistenpräparierung handelt.
- 25 A. Die Berufung der Beigeladenen, die sich gegen den klagestattgebenden Teil des Urteils richtet, war im Hinblick auf die im Berufungsverfahren in Bezug auf das Verpflichtungsbegehren als Fortsetzungsfeststellungsklage fortgeführte Klage mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Tenor des verwaltungsgerichtlichen Urteils eine insoweit geänderte (angepasste und präzierte) Fassung erhält. Es war (unter Abweisung der Klage im Übrigen) festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet gewesen ist, gegenüber der Beigeladenen die Beseitigung der gemäß Anzeige vom 13. November 2012 errichteten Pistensperrungen für Tourengeher im Skigebiet „Garmisch-Classic“ mit Ausnahme von Sperrungen wegen Pistenpräparierung anzuordnen. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zulässig (nachfolgend I.) und, soweit der Klage vom Verwaltungsgericht stattgegeben wurde,

auch begründet (nachfolgend II.).

- 26 I. Die zuletzt als Verpflichtungsklage statthafte Klage ist als Fortsetzungsfeststellungsklage zulässig.
- 27 Im gerichtlichen Verfahren kann entsprechend § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO von einem Verpflichtungsantrag auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag übergegangen werden, wenn die ursprüngliche Verpflichtungsklage zulässig gewesen ist, ein erledigendes Ereignis eingetreten ist, ein klärungsfähiges Rechtsverhältnis besteht und ein Feststellungsinteresse vorliegt (stRspr, vgl. z.B. BVerwG, U.v. 27.3.1998 – 4 C 14.96 – BVerwGE 106, 295/296 f. m.w.N.). Der entsprechende Klageantrag zielt dabei nicht auf die (inzidente) Feststellung der Rechtswidrigkeit des ablehnenden Bescheids. Denn Bestandteil des Streitgegenstands der Verpflichtungsklage ist nicht die Feststellung, dass der Verwaltungsakt, in dem die Ablehnung nach außen Gestalt gefunden hat, rechtswidrig ist, sondern die Feststellung, dass die Weigerung der Behörde in dem für das Verpflichtungsbegehren entscheidenden Zeitpunkt, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen, die Rechtsordnung verletzt (BVerwG, U.v. 24.1.1992 – 7 C 24.91 – BVerwGE 89, 354/355 f.; vgl. auch Schmidt in Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 113 Rn. 97 m.w.N.). Die Voraussetzungen für den Übergang auf eine Fortsetzungsfeststellungsklage liegen vor.
- 28 1. Das die Hauptsache erledigende Ereignis liegt in dem vollständigen Abbau der Pistensperrungen durch die Beigeladene nach der Wintersaison 2012/13. Ab diesem Zeitpunkt geht der Verpflichtungsausspruch des Verwaltungsgerichts ins Leere. Gleiches gilt für die vom Verwaltungsgericht (teilweise deklaratorisch) ausgesprochene Aufhebung der „Bescheide“ vom 11. Juli 2012 und 12. Februar 2013. Eine (inzidente) Feststellung der Rechtswidrigkeit von das Begehren ablehnenden Bescheiden ist – wie oben ausgeführt – nicht erforderlich. Allerdings stellt der an die Beigeladene gerichtete Bescheid vom 12. Februar 2013 keinen (bloßen) Ablehnungsbescheid gegenüber dem Kläger dar, sondern trifft der Beigeladenen gegenüber eine begünstigende Regelung (eingeschränkte Anerkennung der Sperrungen als zulässig), die zugleich gegenüber dem Kläger belastende Wirkung hat. Demnach hatte der Kläger durch die Einbeziehung des Bescheids vom 12. Februar 2013 neben der Verpflichtungsklage eine selbständige Anfechtungsklage erhoben. Aufgrund der Anfechtung dieses Bescheids ist dieser nicht bestandskräftig geworden und hindert daher die vom Kläger beantragte Feststellung nicht. Im Übrigen hat sich der Bescheid vom 12. Februar 2013 zwi-

schenzeitlich ebenfalls (vollständig) erledigt. Denn die Beteiligten sind sich darüber einig, dass dieser Bescheid über die Wintersaison 2012/13 hinaus keine Gestattungswirkung hat (vgl. Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof vom 12.11.2013 S. 2).

- 29 2. Die ursprüngliche Klage war – neben der selbständigen Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 12. Februar 2013 – als Verpflichtungsklage zulässig. Das Schreiben des Klägers vom 19. Juni 2012, das zu einem Zeitpunkt beim Landratsamt eingegangen ist, als die Sperren der Wintersaison 2011/12 bereits abgebaut waren, kann im wohlverstandenen Interesse des Klägers nur so ausgelegt werden, dass es sich auf ein künftiges Einschreiten bei erneuter Errichtung von Sperren bezog. Jedenfalls mit der Anzeige der Beigeladenen vom 13. November 2012 und der nachfolgenden Errichtung der Sperren für die Wintersaison 2012/13 ist die bereits am 5. September 2012 erhobene Klage als Verpflichtungsklage zulässig geworden.
- 30 Entgegen der Auffassung der Beigeladenen und des Beklagten fehlte dem Kläger für seine Verpflichtungsklage nicht die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO. Diese erfordert nur die Möglichkeit einer Rechtsverletzung, die im Hinblick auf das subjektiv ausgestaltete Betretungsrecht des Klägers nach § 59 Abs. 1 BNatSchG, Art. 27 Abs. 1 BayNatSchG und das Grundrecht auf Naturgenuss nach Art. 141 Abs. 3 Satz 1 BV gegeben ist. Denn im Lichte dieser Bestimmungen ist es keineswegs von vorneherein ausgeschlossen, dass die behördliche Eingriffsbefugnis nach Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im Interesse des einzelnen Erholungssuchenden besteht und dieser jedenfalls einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung hat (vgl. BayVerfGH, E. v. 18.12.1981 – Vf. 117-VI-79 – VerfGHE 34, 199/202; vgl. auch BVerwG, U.v. 16.3.1989 – 4 C 36.85 – BVerwGE 81, 329/330 zur Klagebefugnis bezogen auf bergbehördliches Einschreiten). Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof ist etwa in seinem Urteil vom 17. Januar 1983 – 9 B 80 A.956 – (NuR 1983, 239) von der Zulässigkeit einer Verpflichtungsklage des Erholungssuchenden auf Einschreiten der Behörde gegen Sperren ausgegangen, ohne diese Frage überhaupt zu thematisieren. Dieser im Lichte der oben genannten Bestimmungen gefundenen Auslegung steht auch nicht die Gesetzesbegründung zu Art. 14 ff. BayNatSchG a.F. (LT-Drs. 7/3007 S. 29) – die Gesetzesbegründung zu Art. 26 ff. BayNatSchG (LT-Drs. 16/5872 S. 27) verhält sich hierzu nicht –entgegen, in der ausgeführt wird, dem Einzelnen stehe im Rahmen der Eingriffsbefugnisse nach Art. 23 Abs. 2 und 3 BayNatSchG a.F. (jetzt Art. 34 Abs. 2 und 3 BayNatSchG)

nur ein Anregungsrecht, aber kein Recht zu förmlichen Anträgen und zu verwaltungsgerichtlichen Klagen zu. Denn zum einen bezieht sich diese Begründung auf nicht mehr gültiges (wenn auch zu den heutigen Bestimmungen weitgehend gleichlautendes) Recht. Zum anderen führt der Gesetzgeber einleitend zu dieser Begründung aus, er wolle keine verbindliche Auslegung des Art. 141 Abs. 3 BV geben (LT-Drs. 7/3007 S. 23). Vorliegend kann aber gerade der Sinngehalt des Grundrechts aus Art. 141 Abs. 3 Satz 1 BV gebieten, eine drittschützende Wirkung des Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG zu bejahen (vgl. BayVerfGH, E.v. 18.12.1981 –Vf. 117-VI-79 –VerfGHE 34, 199/202), zumal dieser durch den Verweis auf Art. 34 Abs. 2 BayNatSchG auch den einzelnen Erholungssuchenden als Teil der erholungssuchenden Bevölkerung, also den einzelnen Grundrechtsträger, in den Blick nimmt.

31 3. Bezüglich des klärungsfähigen Rechtsverhältnisses, ob dem Kläger zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses ein Anspruch gegen den Beklagten auf Einschreiten gemäß Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG gegenüber der Beigeladenen für die Zeiten des allgemeinen Skibetriebs zugestanden hat, hat der Kläger auch ein besonderes Feststellungsinteresse in Form der Wiederholungsgefahr. Diese ist zu bejahen, wenn die konkrete Gefahr besteht, dass die Behörde unter im Wesentlichen unveränderten tatsächlichen und rechtlichen Umständen in naher Zukunft auf einen gleichartigen Antrag hin eine auf gleichartigen Erwägungen beruhende negative Entscheidung treffen könnte (BVerwG, U.v. 25.8.1993 – 6 C 7.93 – NVwZ-RR 1994, 234). Dies ist hier der Fall. Der Beklagte ist wiederholt gegen die von der Beigeladenen angezeigten und errichteten Sperren nicht eingeschritten. Er vertritt nach wie vor die Auffassung, dass Sperren für Tourenger durch die Beigeladene während des allgemeinen Skibetriebs gemäß Art. 33 Nr. 1 BayNatSchG zulässig sind. Auch die Beigeladene hat sich von ihrer diesbezüglich vertretenen Rechtsauffassung nicht distanziert. Nachdem die Wintersaison 2013/14 unmittelbar bevorsteht, besteht die hinreichend konkrete Gefahr, dass wiederum Sperren errichtet werden, gegen die der Beklagte nicht einschreiten wird. Es würde für den Kläger unzumutbar sein und seinen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) verletzen, ihn auf eine erneute, ihm nachteilige Behördenentscheidung zu verweisen (BVerwG, B.v. 26.4.1993 – 4 B 31.93 – NVwZ 1994, 282/283).

32 II. Die Fortsetzungsfeststellungsklage ist auch begründet. Der Kläger hatte vor dem Abbau der in der Wintersaison 2012/13 gemäß der Anzeige der Beigeladenen vom 13. November 2012 errichteten Sperren einen Anspruch gegen den Beklagten, ge-

genüber der Beigeladenen die Beseitigung der Sperren während des allgemeinen Skibetriebs gemäß Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG anzuordnen.

- 33 Gemäß Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG kann die Untere Naturschutzbehörde unbeschadet sonstiger Vorschriften über die Rücknahme und den Widerruf der Gestattung oder über eine Beseitigungsanordnung die Beseitigung einer bereits bestehenden Sperre anordnen, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach Absatz 2 die Errichtung der Sperre untersagt werden müsste. Gemäß Art. 34 Abs. 2 Satz 1 BayNatSchG ist die Errichtung der Sperre zu untersagen, wenn dies im gegenwärtigen oder absehbaren zukünftigen Interesse der erholungssuchenden Bevölkerung erforderlich ist und die Sperre den Voraussetzungen des Art. 33 widerspricht.
- 34 1. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 34 Abs. 3 i.V. mit Abs. 2 BayNatSchG liegen vor.
- 35 a) Entgegen der Auffassung der Beigeladenen sind Skipisten Teile der freien Natur i.S. von Art. 26 Abs. 1, Art. 27 Abs. 1, Art. 33 BayNatSchG und Art. 141 Abs. 3 Satz 1 BV.
- 36 Der Begriff der freien Natur ist gesetzlich nicht geregelt. Die Gesetzesbegründung zu Art. 26 ff. BayNatSchG (LT-Drs. 16/5872 S. 27) führt hierzu nur aus, dass die nähere Ausfüllung des Grundrechts nach Art. 141 Abs. 3 Satz 1 BV weiterhin abweichend von § 59 Abs. 2 Satz 1 BNatSchG einheitlich in Bayern für die gesamte freie Natur geregelt wird. Die Gesetzesbegründung zu Art. 14 ff. BayNatSchG a.F., den Vorgängerregelungen zu den Art. 26 ff. BayNatSchG, führt zu diesem Begriff aus (LT-Drs. 7/3007 S. 24):
- 37 „Unter ‚freie Natur‘ sind einmal Flächen außerhalb der im Zusammenhang bebauten Ortsteile zu verstehen, die nicht durch bauliche oder sonstige künstliche Anlagen unmittelbar verändert sind. Das werden insbesondere solche Flächen sein, die sich im Naturzustand oder im Zustand landwirtschaftlicher, forstwirtschaftlicher oder gärtnerischer Kultivierung befinden. Nicht zur freien Natur gehören danach etwa Gebäude und ihr unmittelbarer Umgriff, Bahnanlagen oder ausgebaute Lagerplätze. Dagegen ist es für den Begriff der freien Natur grundsätzlich unerheblich, ob ein Gebiet frei zugänglich oder durch Einfriedungen oder sonstige Sperren dem Zugang der Allgemeinheit entzogen ist... Auch die durch landwirtschaftliche oder gärtnerische Maßnahmen gestalteten Flächen sind Teile der freien Natur. Auch größere

Flächen innerhalb von Stadtgebieten oder von im Zusammenhang bebauten Ortsteilen können Bestandteile der freien Natur sein... Der Begriff ‚freie Natur‘ kann nicht für alle Fälle eindeutig und abschließend gesetzlich definiert werden. Im Einzelfall muss jeweils nach den tatsächlichen Gegebenheiten entschieden werden, ob ein Gebiet Teil der freien Natur ist.“

- 38 Dieser Begründung sowie dem Art. 30 Abs. 1 BayNatSchG, der das Betreten landwirtschaftlich oder gärtnerisch genutzter Flächen (im Hinblick auf Schäden) nur während der Nutzzeit einschränkt, ist zu entnehmen, dass jedenfalls in Bayern betrieblich genutzte und dafür veränderte („präparierte“) Flächen nicht notwendig ihren Charakter als Teile der freien Natur verlieren. Dies muss erst Recht für präparierte Skipisten gelten, die gerade für Erholungssuchende insbesondere zur Ausübung des Skisports (vgl. Art. 29 BayNatSchG) großflächig in den Bergen angelegt werden. Sie bleiben trotz der starken Veränderungen durch bauliche Maßnahmen, technische Einrichtungen und Sicherheitsmaßnahmen Teile der freien Natur. Dabei ist allgemein bekannt und letztlich nicht entscheidungserheblich, dass die Grundstücke sich durch diese Veränderungen nicht mehr in ihrem ursprünglichen und natürlichen Zustand befinden. Ähnliches gilt z.B. auch für befestigte (Bewirtschaftungs-)Wege, die von Eigentümern in der freien Natur angelegt werden und bei denen trotzdem unzweifelhaft ist, dass sie weiterhin zur freien Natur zählen (vgl. Art. 28 Abs. 1 BayNatSchG). Auch durch sie wird einem Erholungssuchenden – im Ansatz vergleichbar mit beschneiten und präparierten Skipisten – gegebenenfalls ein Betreten der Natur in größerem Maße (etwa bei ungünstigen Witterungsverhältnissen) ermöglicht, als dies im naturbelassenen Zustand der Fall sein würde.
- 39 Der Umstand, dass auf den Pisten Seilbahnen oder sonstige Aufstiegshilfen, die im Übrigen gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB im Außenbereich privilegiert sind, errichtet werden, führt nicht dazu, dass für die Pisten insgesamt ihre Eigenschaft als freie Natur verloren geht. Dies ergibt sich schon aus Art. 33 Nr. 2 BayNatSchG. Dieser Vorschrift ist zu entnehmen, dass mit Ausnahme der Wohngebäude selbst (kleinräumige) Wohngrundstücke (im Außenbereich) nicht der freien Natur entzogen werden und hier Sperrungen allenfalls im Umfeld der jeweiligen Gebäude zulässig sind. Skipisten sind entgegen der Ansicht der Beigeladenen auch nicht vergleichbar mit Sport- oder Freizeitanlagen, da diese als einheitliche Anlagen bauaufsichtlich zu genehmigen und im Außenbereich gerade nicht privilegiert sind. Sie können daher grundsätzlich nur im Wege eines Bebauungsplans, der sie dem Außenbereich entzieht, zugelassen werden. Auch der Umstand, dass nach Art. 10 BayNatSchG zwischenzeitlich

eine Erlaubnispflicht für u.a. das erstmalige dauerhafte Herrichten von Skipisten besteht, rechtfertigt keine andere Sichtweise. Die Einführung dieser Erlaubnispflicht beruhte darauf, dass ein Trägerverfahren zur Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung geschaffen werden musste (vgl. LT-Drs. 14/994 S. 25 zu Art. 6f BayNatSchG a.F.); diese Erlaubnis entzieht die Flächen im Gegensatz zu einem Bebauungsplan nicht dem Außenbereich.

40 Das Ergebnis, dass präparierte Skipisten Teile der freien Natur bleiben, wird auch durch weitere Gesetzesvorschriften bestätigt. So spricht Art. 24 LStVG, der sicherheitsrechtliche Regelungen u. a. für Skipisten ermöglicht, bezogen auf diese von einem Gelände, das zum Skifahren bzw. Skiabfahren der Allgemeinheit zur Verfügung steht. Auch Art. 40 Nr. 1 BayNatSchG, wonach u. a. zur Schaffung von Skiabfahrten enteignet werden kann, setzt voraus, dass diese von der Allgemeinheit genutzt werden können; denn eine Enteignung ist nur zum Wohl der Allgemeinheit zulässig (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG). Beide Bestimmungen gehen daher davon aus, dass vom Betreiber (nicht nur für private Zwecke) geschaffene Skipisten freie Natur sind und der Allgemeinheit (unentgeltlich) zur Verfügung stehen. Dementsprechend regelt auch Art. 29 BayNatSchG, dass zum Betretungsrecht auch u.a. das Skifahren, das Schlittenfahren und ähnliche sportliche Betätigungen in der freien Natur gehören. Eine solche sportliche Betätigung stellt auch das Tourengehen dar, da Tourengänger letztlich (ohne Aufstiegshilfen aufsteigende) Skifahrer sind. Diese Sporttreibenden halten sich nach allgemeiner Annahme in den zweckbestimmten Grenzen des Grundrechts auf Naturgenuss (BayVerfGH, B.v. 16.6.1975 – Vf. 13-VII-74 u.a. – VerfGHE 28, 107/122, 126 m.w.N.). Die Ausübung solcher Sportarten setzt aber voraus, dass grundsätzlich Skipisten, auch wenn sie vom Pistenbetreiber umgestaltet werden, Teile der freien Natur sind. Folgerichtig wird auch in der Literatur vertreten, dass die Erhebung von Gebühren für die schlichte Benutzung von Pisten und Loipen in der freien Natur grundsätzlich nicht zulässig ist und anderes nur für Lifte oder sonstige Einrichtungen/Annehmlichkeiten gilt, die die Erholung und sportliche Betätigung in der Natur ermöglichen (Möstl in Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 1. Aufl. 2009, Art. 141 Rn. 16).

41 b) Sperren der Skipisten während des allgemeinen Skibetriebs sind nicht gemäß Art. 33 BayNatSchG zulässig.

42 Nach Art. 33 BayNatSchG dürfen Grundeigentümer oder sonstige Berechtigte der

Allgemeinheit das Betreten von Grundstücken in der freien Natur durch Sperren i.S. des Art. 27 Abs. 3 Satz 2 nur unter den dort genannten Voraussetzungen verwehren. Gemäß Art. 33 Nr. 1 BayNatSchG, der hier allein in Betracht kommt, können Sperren errichtet werden, wenn andernfalls die zulässige Nutzung des Grundstücks nicht unerheblich behindert oder eingeschränkt würde. Das gilt insbesondere, wenn die Beschädigung von Forstkulturen, Sonderkulturen oder sonstigen Nutzpflanzen zu erwarten ist, oder wenn das Grundstück regelmäßig von einer Vielzahl von Personen betreten und dadurch in seinem Ertrag erheblich gemindert oder in unzumutbarer Weise beschädigt oder verunreinigt wird. Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass die Nutzung der Grundstücke als Skipisten durch während des allgemeinen Skibetriebs auf den Pisten befindliche Tourenger nicht unerheblich behindert oder eingeschränkt würde.

- 43 Dies gilt zunächst in Bezug auf die von der Beigeladenen und dem Beklagten angesprochenen Gefahren im Begegnungsverkehr zwischen (aufsteigenden) Tourengern und abfahrenden Skifahrern. Die beschriebenen Gefahren für Leib und Leben der abfahrenden Skifahrer, die speziell durch Tourenger entstehen sollen, sind angesichts des allgemein bekannten Unfallgeschehens – die Vielzahl der Unfälle ereignet sich zwischen Skifahrern selbst – rein theoretischer Natur und nicht belegt. Nach dem Vortrag der Beigeladenen ist es in der Vergangenheit insgesamt zu drei (nicht näher beschriebenen) Unfällen zwischen Skifahrern und Tourengern gekommen. Zusätzlich verweist die Beigeladene auf zahlreiche gefährliche Begegnungen zwischen Pistenraupenfahrern und Tourengern während der Pistenpräparierung, auf die es in diesem Zusammenhang allerdings nicht ankommt. Zwar mag es sein, dass sich die Gefahrenlage erhöht, wenn die Zahl der Tourenger, die Skipisten zum Aufstieg nutzen, weiter zunimmt. Andererseits aber haben sich die Tourenger ebenso wie die Skifahrer an die vom Internationalen Ski-Verband empfohlenen FIS-Verhaltensregeln für Skifahrer und Snowboarder zu halten, die insbesondere die Zivilgerichte für die Beurteilung der Verhaltens- und Sorgfaltspflichten von Pistenutzern heranziehen (vgl. etwa BGH, U.v. 23.10.1984 – VI ZR 85/83 – NJW 1985, 620/621); die Rechtsprechung wendet diese Regeln nicht nur auf Skifahrer und Snowboarder, sondern auch auf andere Pistenutzer wie etwa Rodler an (vgl. etwa OLG Nürnberg, U.v. 27.4.2001 – 6 U 1812/00 – NJW-RR 2002, 448; OLG München, U.v. 20.4.1978 – 1 U 4285/77 – VersR 1979, 1014). Danach muss jeder Skifahrer und Snowboarder auf Sicht fahren und seine Geschwindigkeit und seine Fahrweise seinem Können und den Gelände-, Schnee- und Witterungsverhältnissen

sowie der Verkehrsdichte anpassen (FIS-Regel Nr. 2). Jeder Skifahrer oder Snowboarder, der aufsteigt oder zu Fuß absteigt, muss den Rand der Abfahrt benutzen (FIS-Regel Nr. 7). Demnach sind Kollisionsgefahren zwischen nur sehr langsam aufsteigenden Tourengern und abfahrenden Skifahrern wesentlich geringer als etwa zwischen abfahrenden Skifahrern.

- 44 Ebenso wenig kann der Senat erkennen, dass sich wegen der bestehenden Verkehrssicherungspflicht der Beigeladenen durch Tourengänger ihr Haftungsrisiko unzumutbar erhöhen könnte und daher ihre Grundstücksnutzung erheblich behindert würde. Zwar trifft die Beigeladene wegen der Eröffnung und Unterhaltung von zur Abfahrt für Skifahrer geeigneten Pisten eine Verkehrssicherungspflicht; diese erstreckt sich aber in erster Linie nur auf verdeckte und atypische Gefahren (BGH, U.v. 23.10.1984 – VI ZR 85/83 – NJW 1985, 620). Für das Verhalten der Pistenutzer hat sie als Pistenbetreiber nicht einzustehen, da für deren (insbesondere regelwidriges) Verhalten in erster Linie diese selbst die Verantwortung tragen (BGH, U.v. 23.10.1984 a.a.O.). Zwar mag es sein, dass sich an unübersichtlichen Stellen die Gefahr auf den Skipisten durch eine Vielzahl von aufsteigenden oder querenden Tourengängern erhöht. Ihr Haftungsrisiko kann die Beigeladene für diesen Fall durch das Aufstellen von entsprechenden Warnschildern minimieren.
- 45 Soweit die Beigeladene auf durch Tourengänger an präparierten Pisten verursachte Schäden hinweist, hat sie hierüber keinen Nachweis geführt. Im Übrigen könnten derartige Schäden Sperrungen nur rechtfertigen, wenn sie nicht unerheblich wären, also über ein zumutbares Maß hinausgingen. Hierfür ist nichts ersichtlich.
- 46 Auch soweit die Beigeladene anführt, sie befürchte im Hinblick auf die zunehmende Zahl der Tourengänger erhebliche Ertragsminderungen, weil die zahlenden Gäste in andere Skigebiete abwanderten, vermag dies die Sperrung der Skipisten nicht zu rechtfertigen. Zum einen fehlt es auch hier an dem erforderlichen konkreten Nachweis (vgl. BayVGh, U.v. 22.7.1982 – 9.B-1710.79 – NuR 1984, 193/194). Zum anderen dürfte es sich hierbei nicht um eine unmittelbar durch das Betretungsrecht verursachte Folge handeln, wie dies Art. 33 Nr. 1 BayNatSchG („von einer Vielzahl von Personen betreten und dadurch“) voraussetzt; denn es bedürfte hierfür noch eines eigenen Willensentschlusses der zahlenden Gäste. Unabhängig davon dürfte ein Nachweis dahingehend, dass eine (festgestellte) Abwanderung von zahlenden Gästen in erster Linie auf der Zunahme der Zahl der Tourengänger basiert, nur sehr

schwer möglich sein.

- 47 Da nach alledem eine nicht unerhebliche Behinderung oder Einschränkung der Nutzung der Skipisten während der allgemeinen Skibetriebszeiten durch Tourenger nicht festgestellt werden kann, kann dahinstehen, ob es nach Art. 33 BayNatSchG überhaupt zulässig wäre, nur Teile der Allgemeinheit, nämlich eine bestimmte Nutzergruppe, auszuschließen. Dem könnte nicht nur der Wortlaut des Art. 33 BayNatSchG, sondern auch der Umstand entgegenstehen, dass die verschiedenen Arten der Erholung in der Natur grundsätzlich gleichwertig nebeneinander stehen, ohne dass eine bestimmte Rangordnung aufgestellt werden könnte (vgl. BayVerfGH, E.v. 24.7.1979 – Vf. 10-VII-77 – VerfGHE 32, 92/98 f.). Hinzu kommt vorliegend, dass (abstrakte) Gefahren letztlich von allen Pistenutzern und nicht nur von Tourengern ausgehen und das Kriterium der „unentgeltlichen Nutzung der Skipisten“ im Hinblick darauf, dass das Betretungsrecht in der freien Natur unentgeltlich ausgeübt werden kann (vgl. Art. 27 Abs. 1 BayNatSchG), keine Rolle spielen darf. Nach der Regelungssystematik der Art. 33 und 31 BayNatSchG spricht viel dafür, dass den Gefahren, die sich aus einem Begegnungsverkehr unterschiedlicher Nutzerkreise ergeben, nur mit Beschränkungen der jeweiligen Behörde nach Art. 31 BayNatSchG („Regelung des Erholungsverkehrs“) bzw. Art. 24 LStVG begegnet werden kann.
- 48 c) Die Beseitigung der Sperren war vorliegend auch im gegenwärtigen oder absehbaren zukünftigen Interesse der erholungssuchenden Bevölkerung erforderlich.
- 49 Die Berge stellen auch im Winter von der erholungssuchenden und Sport treibenden Bevölkerung gerne besuchte Teile der freien Natur dar. Es handelt sich dabei um für Erholungssuchende besonders reizvolle Landschaftsteile (vgl. BayVerfGH, E.v. 24.7.1979 – Vf. 10-VII-77 – VerfGHE 32, 92/98 f.), die ihnen zudem die Ausübung beliebter Wintersportarten wie das Skifahren ermöglichen. Die Erforderlichkeit einer Beseitigung unzulässiger und zudem großflächiger Sperren im Erholungsinteresse der Bevölkerung liegt bei solch schönen Landschaftsteilen auf der Hand (vgl. auch VGH BW, U.v. 21.4.1994 – 5 S 2157/93 – NVwZ-RR 1994, 576 „ist indiziert“). Somit besteht ersichtlich ein tatsächliches Interesse an der Offenhaltung der Skipisten für die jeweiligen Erholungssuchenden bzw. Wintersporttreibenden (vgl. LT-Drs. 7/3007 S. 29). Dabei kann nicht von Relevanz sein, dass Tourenger im Vergleich zu abfahrenden Skifahrern eine verhältnismäßig kleine Gruppe darstellen. Denn die verschiedenen Arten der Erholung in der Natur stehen, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich gleichwertig nebeneinander, ohne dass eine bestimmte Rangordnung aufge-

stellt werden könnte; auch entsprechen Tourengeher, die ohne (technische) Aufstiegshilfen auskommen, dem Vorstellungsbild der Verfassung jedenfalls nicht weniger als die sonstigen Skifahrer (vgl. BayVerfGH, E.v. 24.7.1979 – Vf. 10-VII-77 – VerFGHE 32, 92/98 f.). Die Erforderlichkeit einer Beseitigung der (großflächigen) Sperren im Interesse der Tourengeher als Teil der erholungssuchenden Bevölkerung kann auch nicht deshalb verneint werden, weil es alternative Aufstiegsmöglichkeiten außerhalb gesperrter Skipisten gibt. Denn zum einen hat der Erholungssuchende grundsätzlich die Wahl, welche Teile der freien Natur er aufsuchen möchte; zum anderen sind die Alternativrouten nach Darlegung des Klägers teilweise weit weg von den höher gelegenen Tourengebieten, teils auch gefährlich und größtenteils für Tourengeher wenig geeignet.

50 2. Der Beklagte war vorliegend verpflichtet, gegenüber der Beigeladenen die Beseitigung der Sperren für Tourengeher während des allgemeinen Skibetriebs anzuordnen; sein gemäß Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG bestehendes Ermessen war auf Null reduziert.

51 Wie oben (A.I.2.) bereits ausgeführt, hat sich die Auslegung des Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG, der der Behörde ein Ermessen einräumt, ob sie eine Beseitigungsanordnung bezüglich unzulässiger Sperren erlässt, jedenfalls dann am Sinngehalt des Grundrechts auf Naturgenuss zu orientieren, wenn dieses – wie hier – betroffen ist. Die gebotene verfassungskonforme Auslegung unter dem Blickwinkel dieses Grundrechts und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit führt zu dem Ergebnis, dass Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG auch dem Schutz des Klägers dient und dieser einen Anspruch gegen den Beklagten hatte, gegenüber der Beigeladenen die Beseitigung der Sperren für Tourengeher während des allgemeinen Skibetriebs anzuordnen. Dessen Ermessen war auf Null reduziert (vgl. hierzu auch BayVGH, U.v. 17.1.1983 – 9 B 80 A.956 – NuR 1983, 239).

52 Ermessen darf gemäß Art. 40 BayVwVfG nur nach dem Zweck der Ermächtigung ausgeübt werden, d.h. die zu treffende Entscheidung muss ihre Rechtfertigung in den Zwecken des Gesetzes und der vom Gesetzgeber gewollten Ordnung der Materie finden (BVerwG, U.v. 15.12.1981 – 1 C 145.80 – BVerwGE 64, 285/288). Welche Zwecke eine Norm insbesondere unter dem Blickwinkel des Verfassungsrechts und der Grundrechte verfolgt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Demnach ist hier die Wertung des Gesetzgebers in Art. 34 Abs. 2 Satz 1 BayNatSchG zu berücksichtigen,

dass Sperrungen von Eigentümern oder Nutzungsberechtigten, die – wie hier – gesetzlich unzulässig und für Erholungssuchende nicht nur von geringer Relevanz sind, unter keinem Gesichtspunkt gerechtfertigt sind und daher ihre Errichtung zu untersagen ist. Dies entspricht auch dem Verfassungsauftrag in Art. 141 Abs. 3 Satz 3 BV, der als Staatszielbestimmung Staat und Gemeinde u. a. verpflichtet, der Allgemeinheit die Zugänge zu Bergen, Seen, Flüssen und sonstigen landschaftlichen Schönheiten freizuhalten (vgl. auch Art. 37 Abs. 1 BayNatSchG). Zu berücksichtigen ist hierbei auch, dass sich das Grundrecht des Art. 141 Abs. 3 Satz 1 BV nicht nur gegen den Staat, sondern auch gegen den einzelnen Grundeigentümer richtet. Es erlegt auch diesem Duldungs- und Unterlassungspflichten als Ausfluss der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 103 Abs. 2, Art. 158 Satz 1 BV, Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG) auf (Art. 36 Abs. 1 BayNatSchG; vgl. auch BayVerfGH, E.v. 4.3.1994 – Vf. 8-VI-93 – VerfGHE 47, 54/58 m.w.N.). Allerdings braucht der einzelne Grundeigentümer als Auswirkung des Rechts auf Erholung in der freien Natur und der hierfür eingeräumten Betretungsbefugnisse z. B. nicht Schäden hinzunehmen, welche – die Grenzen der Sozialbindung überschreitend – über ein zumutbares Maß hinausgehen (BayVerfGH, E.v. 4.3.1994 a.a.O.). Für den Konflikt der beiden Grundrechte – das Recht auf Naturgenuss einerseits und das Eigentumsrecht des Grundeigentümers andererseits – hat der Gesetzgeber durch die Vorschrift des Art. 33 BayNatSchG eine sachgerechte und verhältnismäßige Regelung getroffen. Die durch das Eigentumsrecht des jeweiligen Grundeigentümers oder Nutzungsberechtigten geschützten Interessen, die das Grundrecht auf Naturgenuss beschränken können, sind demnach bereits auf der Tatbestandsseite des Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG berücksichtigt und können im Rahmen der Ermessensentscheidung keine maßgebliche Rolle mehr spielen. Gleichfalls sind auf Tatbestandsebene auch „Bagatellfälle“ ausgeschieden, bei denen tatsächlich kein Bedürfnis für eine Beseitigung von Sperrungen besteht.

- 53 Zu berücksichtigen ist bei der Auslegung der Befugnisnorm des Art. 34 Abs. 3 BayNatSchG zudem, dass unzulässige Sperrungen in der Regel – so auch hier – nicht nur einzelne, sondern eine Vielzahl von Grundrechtsträgern betreffen. All diesen ist durch die Regelung des Art. 27 Abs. 3 Satz 2 BayNatSchG eine Duldungspflicht auferlegt, d. h. sie haben bestehende Sperrungen (mit Ausnahme unwirksamer Beschilde- rungen, vgl. Art. 27 Abs. 3 Satz 3 BayNatSchG) unabhängig von deren Rechtmäßigkeit zu beachten. Nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichts- hofs stellt diese Beschränkung im Hinblick darauf, dass sich der Bürger an die Natur- schutzbehörde wenden kann und diese als öffentliche Instanz nach Maßgabe der

(jetzt) Art. 33 ff. BayNatSchG über die Zulässigkeit einer Sperre zu entscheiden hat, keine nachhaltige Beeinträchtigung des Rechts auf Naturgenuss dar und ist aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Wahrung des Rechtsfriedens gerechtfertigt (BayVerfGH, E.v. 4.3.1994 – Vf. 8-VI-93 – VerfGHE 47, 54/58). Eine nachhaltige Beeinträchtigung des Grundrechts würde aber eintreten, wenn die Behörde ein Einschreiten ohne gewichtige Gründe ablehnen könnte, etwa im Hinblick auf das Bestehen von einzelnen Alternativrouten. Dies würde im Regelfall das Recht des Erholungssuchenden, das räumlich nicht beschränkt ist und sich grundsätzlich auf alle Teile der freien Natur erstreckt (vgl. BayVerfGH, B.v. 16.6.1975 – Vf. 13-VII-74 u.a. – VerfGHE 28, 107/125 m.w.N.), erheblich einschränken, zumal wenn solche Routen sich für die Ausübung der jeweiligen Sportart weit weniger eignen und ihre Benutzung daher den Naturgenuss erheblich schmälert. Dahinstehen kann, wie dies zu beurteilen wäre, wenn die Beigeladene neben der für Tourengänger derzeit eingerichteten, aber wegen ihrer ebenen und engen Abschnitte wenig geeigneten Aufstiegs spur von der Talstation Hausberg über die Toni-Hütte in anderen Bereichen des Ski gebiets weitere Aufstiegs spuren eingerichtet hätte. Auch der Verweis auf andere Rechtsschutzmöglichkeiten erschiene nicht ermessensgerecht. Dies gilt zum einen schon deshalb, weil es vorliegend in der Regel nicht nur um einen, sondern um viele Grundrechtsträger geht, die durch die jeweiligen Sperren betroffen sind. Zum anderen erscheinen andere Rechtsschutzmöglichkeiten jedenfalls als fraglich. Zwar wird die Auffassung vertreten, dass ein zivilrechtlicher Rechtsschutz (unmittelbar gegen den Eigentümer) möglich ist (vgl. Meder, Die Verfassung des Freistaates Bayern, 4. Aufl. 1992, Art. 141 Rn. 11 m.w.N.; BayVerfGH, B.v. 16.6.1975 – Vf. 13-VII-74 u.a. – VerfGHE 28, 107/126 „gegebenenfalls auch zivilrechtlich“). Andererseits gibt es aber Rechtsprechung dahingehend, dass derartige im öffentlichen Recht verankerte Nutzungs- bzw. Betretungsrechte öffentlich-rechtlicher Natur sind und daher gemäß § 40 VwGO der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist, und zwar auch im Verhältnis des einzelnen Erholungssuchenden zum jeweiligen Grundeigentümer (VG Arnsberg, B.v. 24.6.2008 – 1 L 302/08 – AUR 2009, 233). Ersteres hat die obergerichtliche Rechtsprechung gebilligt, letzteres hat sie allerdings infrage gestellt und es für erwägenswert gehalten, dass allein die Zuständigkeit der jeweiligen Behörde greift und der Erholungssuchende darauf verwiesen ist, Rechtsschutz in jenem Verhältnis zu erreichen (OVG NW, B.v. 21.8.2008 – 20 B 1057/08 – NuR 2010, 72/73).

54 Nach alledem spricht viel dafür, dass es sich im Rahmen von Art. 34 Abs. 3 Bay-NatSchG, soweit das Grundrecht auf Naturgenuss betroffen ist, um ein sogenanntes „intendiertes Ermessen“ handelt, bei dem das Gesetz schon eine Richtung der Er-

messensbetätigung in dem Sinne vorgezeichnet hat, dass ein bestimmtes Ergebnis der Ermessensbetätigung – nämlich die Anordnung der Beseitigung nicht nur unbedeutender unzulässiger Sperrungen in der freien Natur – dem Gesetz näher steht und sozusagen im Grundsatz gewollt ist und von ihm nur ausnahmsweise abgesehen werden darf (vgl. hierzu Aschke in Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, 1. Aufl. 2010, § 40 Rn. 40 ff. m.w.N.). Dies kann aber offenbleiben. Denn jedenfalls verbleiben aus Sicht des Senats nur ganz eingeschränkte Ermessensgesichtspunkte, die es im konkreten Einzelfall (und wohl auch in der Mehrzahl der Fälle) bei entsprechender Gewichtigkeit rechtfertigen könnten, von der Beseitigung einer unzulässigen und für Erholungssuchende nicht nur unbedeutenden (hier zudem großflächigen) Sperre abzusehen, und zwar in der Regel (wohl) auch nur teil- bzw. zeitweise. Dies sind zum einen Vertrauensschutzgründe auf Seiten des Eigentümers im Hinblick auf nach einer ordnungsgemäßen Anzeige getätigte erhebliche Investitionen, die gegebenenfalls trotz Art. 36 Abs. 1 BayNatSchG zu einer angemessenen Auslaufzeit führen könnten. Dies sind zum anderen Verhältnismäßigkeitsgründe in Fallgestaltungen, in denen schon eine Teilbeseitigung, etwa die Herstellung weiterer Öffnungen in einem Zaun, die unzulässige Sperrwirkung entfallen lässt (vgl. LT-Drs. 7/3007 S. 30). Dies sind des weiteren Gleichbehandlungsgesichtspunkte, die etwa ein Vorgehen nur gegen einen Eigentümer im Hinblick auf im selben Bereich bestehende weitere (gewichtige) Sperrungen anderer Eigentümer im Ergebnis als willkürlich erscheinen lassen können.

55 Derartige Ermessensgesichtspunkte sind vorliegend nicht ersichtlich. Vertrauensschutzgründe wegen erheblicher Investitionen spielen hier keine Rolle, weil es sich um bloße Beschilderungen handelt, die die Beigeladene im Übrigen nach Ende der Wintersaison sowieso abbauen wollte. Eine bloße Teilbeseitigung aus Verhältnismäßigkeitsgründen kommt für die hier inmitten stehende Sperrung während des allgemeinen Skibetriebs nicht in Betracht. Auch Gleichbehandlungsgesichtspunkte in Bezug auf bestehende Sperrungen anderer Grundstückseigentümer stehen nicht im Raum. Demnach war das Ermessen des Beklagten, die Beseitigung der Pistensperrungen für Tourengänger während der allgemeinen Skiabfahrtszeiten anzuordnen, auf Null reduziert.

56 B. Die Berufung des Klägers, die darauf abzielt, (weiter) festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet gewesen ist, gegenüber der Beigeladenen anzuordnen, dass bei Sperrungen wegen Pistenpräparierung einerseits die Olympia- und die Kandaharabfahrt, andererseits die Dreh-, Horn- und Standardabfahrt nicht gleichzeitig gesperrt

werden dürfen, war als unbegründet zurückzuweisen. Die zulässige Fortsetzungsfeststellungsklage (vgl. hierzu die Ausführungen unter A.I.) ist insoweit unbegründet.

- 57 I. Das Verwaltungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass Sperrungen der Skipisten durch die Beigeladene während der Pistenpräparierung grundsätzlich zulässig sind. Dies bestreitet auch der Kläger nicht. Dabei kann offen bleiben, ob sich die Zulässigkeit der Sperrungen, wie das Verwaltungsgericht ausgeführt hat, aus Art. 33 Nr. 3 BayNatSchG ergibt, wonach der Grundeigentümer oder sonstige Berechtigte Flächen unter anderem aus (anderen) zwingenden Gründen des Gemeinwohls – hier wegen unbestritten bestehender Gefahren für Pistenutzer während der Pistenpräparierung – kurzzeitig sperren darf. Nachdem die Pistenpräparierung praktisch täglich in der Wintersaison vorgenommen wird und sich sogar ohne besondere Vorkommnisse jeweils über mehrere Stunden hinzieht (vgl. Niederschrift über die mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof vom 12.11.2013 S. 3), erscheint es fraglich, ob es sich dabei noch um „kurzzeitige“ Sperrungen im Sinne des Art. 33 Nr. 3 BayNatSchG handelt (so aber Stöckel in Bengl/Berner/Emmerig, LStVG, Stand Juli 2013, Art. 24 Rn. 4 für den Begriff der „vorübergehenden“ Untersagung). Unabhängig davon wären die Sperrungen aber auch als Unterhaltungsmaßnahmen zur Aufrechterhaltung der zulässigen Nutzung nach Art. 33 Nr. 1 BayNatSchG gerechtfertigt, da diese Unterhaltungsmaßnahmen aufgrund der besonderen Gefahrenlagen ohne Ausschluss der Pistenutzer nicht zuverlässig durchführbar sind.
- 58 II. Der Kläger hatte gegenüber dem Beklagten keinen Anspruch darauf, gegenüber der Beigeladenen (weiter) anzuordnen, dass bei Sperrungen wegen Pistenpräparierung sowohl eine Abfahrt zum Parkplatz Kreuzeck als auch zum Parkplatz Hausberg offen bleibt.
- 59 Das Grundrecht nach Art. 141 Abs. 3 Satz 1 BV bzw. das Betretungsrecht nach Art. 27 Abs. 1 BayNatSchG verleiht dem Erholungssuchenden nicht das Recht, dass ein Unternehmer wie hier der Skipistenbetreiber seine Arbeits- und Betriebsabläufe daran ausrichtet, dass das Recht auf Naturgenuss möglichst umfassend ausgeübt werden kann. Der Unternehmer muss im Rahmen seines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs selbst bestimmen können, wie er seine Arbeitsabläufe organisiert, um erforderliche kosten- und zeitaufwändige Unterhaltungsarbeiten optimiert durchführen zu können. Dies gilt umso mehr, als davon auszugehen ist, dass der Unternehmer selbst ein Interesse hat, solche Unterhaltungsmaßnahmen möglichst

schnell und kostensparend durchzuführen. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn der Unternehmer rechtsmissbräuchlich handelt, also das Betretungsrecht von Erholungssuchenden gezielt einschränkt und Arbeitsabläufe ohne weiteres umgestellt werden könnten. Hierfür fehlen vorliegend jegliche Anhaltspunkte.

- 60 Die Beigeladene hat die Arbeitsabläufe bei der Pistenpräparierung sowie den Einsatz der Pistenraupen nachvollziehbar geschildert. Demnach wird die Pistenpräparierung größtenteils unter Einsatz von Windenraupen teilweise parallel auf den jeweiligen Abfahrtsstrecken durchgeführt. Die Präparierung dauert schon unter normalen Verhältnissen in der Regel mehrere Stunden, wobei sich die Sperrzeiten im Hinblick auf eventuell noch aufsteigende Tourengerher um eine ca. einstündige Vorlaufzeit sowie zur Aushärtung der Pisten um eine ca. einstündige Nachlaufzeit verlängern. Dabei hat die Beigeladene in der Vergangenheit stets zumindest eine Abfahrt (in der Regel sogar zwei Abfahrten) zum Parkplatz Hausberg hin offen gehalten. Für eine rechtsmissbräuchliche Ausweitung der Zeiten der Pistenpräparierung bestehen keine Anhaltspunkte. Hinzu kommt, dass der Fußweg vom Parkplatz Hausberg bis zum Parkplatz Kreuzeck nur ca. 20 Minuten dauert und daher Tourengerher in relativ kurzer Zeit bei einer (stets gewährleisteten) Abfahrtsmöglichkeit zum Parkplatz Hausberg zum Parkplatz Kreuzeck gelangen können.
- 61 Kosten: § 154 Abs. 2 und 3, § 162 Abs. 3 VwGO.
- 62 Vorläufige Vollstreckbarkeit: § 167 Abs. 2 VwGO, § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
- 63 Nichtzulassung der Revision: § 132 Abs. 2 VwGO.

Rechtsmittelbelehrung

64 Nach § 133 VwGO kann die Nichtzulassung der Revision durch Beschwerde zum Bundesverwaltungsgericht in Leipzig angefochten werden. Die Beschwerde ist beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof (in München Hausanschrift: Ludwigstraße 23, 80539 München; Postfachanschrift: Postfach 34 01 48, 80098 München; in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach) innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Beschwerde muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen. In der Beschwerdebegründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der die Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

65 Vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfefverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und Rechtslehrern an den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt nur die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO und in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen. Für die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Angelegenheiten (u.a. Verfahren mit Bezügen zu Dienst- und Arbeitsverhältnissen) sind auch die dort bezeichneten Organisationen und juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen in Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

66 Koch RiVGH Bergmüller Klein
67 ist wegen Krankheit an der
Unterschriftsleistung gehindert

68 Koch

69

Beschluss:

70

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

71

Gründe:

72

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 52 Abs. 2 GKG.

73

Koch

RiVGH Bergmüller

Klein

74

ist wegen Krankheit an der
Unterschriftsleistung gehindert

75

Koch