

Rechtsgutachten

zur Vereinbarkeit der geplanten Verbindung der Skigebiete
Grasgehren und Balderschwang am Riedberger Horn
mit dem Bodenschutzprotokoll der Alpenkonvention
und zu den rechtlichen Konsequenzen eines Verstoßes

erstattet

im Auftrag der BayernSPD Landtagsfraktion

durch

Professor Dr. Kurt Faßbender

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbes. Umwelt- und Planungsrecht
und geschäftsführender Direktor des Instituts für Umwelt- und Planungsrecht an der
Universität Leipzig

Stand: 11. März 2016

Inhaltsübersicht

A. SACHVERHALT	3
B. RECHTLICHE STELLUNGNAHME.....	4
I. Der planungsrechtliche Rahmen für die Erweiterung des Skigebiets.....	5
1. Die Pflicht zur Beachtung der Ziele der Raumordnung.....	5
2. Die Möglichkeit einer Zielabweichung.....	6
a) Zuständigkeit und Verfahren.....	6
b) Materielle Voraussetzungen.....	7
II. Die rechtliche Bedeutung des Bodenschutzprotokolls (BodSchP).....	8
1. Allgemeines zur rechtlichen Bedeutung.....	8
2. Die Bedeutung des BodSchP für das hier interessierende Vorhaben.....	10
a) Der Wortlaut des hier maßgeblichen Art. 14 Abs. 1 BodSchP	10
b) Die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP.....	11
III. Die Vereinbarkeit der Zielabweichung mit Art. 14 Abs. 1 BodSchP.....	13
1. Das Erfordernis einer Genehmigung für den Bau und die Planierung von Skipisten.....	13
2. Die notwendige Betroffenheit eines labilen Gebiets.....	15
a) Betroffenheit durch den Bau oder die Planierung von Skipisten	15
b) Zum Begriff der „labilen Gebiete“ im Sinne des Art. 14 Abs. 1 BodSchP.....	17
c) Tatsächliche Betroffenheit labiler Gebiete durch das geplante Vorhaben	20
3. Rechtsfolge: keine Genehmigung.....	21
IV. Fachrechtliche Konsequenzen der fehlenden Vereinbarkeit.....	22
1. Die Notwendigkeit einer Ablehnung der beantragten Zielabweichung.....	22
2. Sonstige Anforderungen an die Flächennutzungsplanung.....	23
3. Die fehlende Genehmigungsfähigkeit des Teilflächennutzungsplans.....	24
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	25

Gegenstand dieser Stellungnahme ist die Frage, ob die geplante Verbindung der Skigebiete Grasgehren und Balderschwang am Riedberger Horn zu einer so genannten Skischaukel mit dem Protokoll zur Durchführung der Alpenkonvention im Bereich Bodenschutz vereinbar ist und welche rechtliche Konsequenzen sich aus einem Verstoß gegen dieses Bodenschutzprotokoll ergeben.

Die Stellungnahme beruht in tatsächlicher Hinsicht auf den nachfolgend genannten Unterlagen und Informationen, die dem Unterzeichner durch die BayernSPD Landtagsfraktion zur Verfügung gestellt wurden.

A. Sachverhalt

Die Gemeinden Obermaiselstein und Balderschwang möchten einen gemeinsamen Teilflächennutzungsplan aufstellen, der eine Verbindung und damit zugleich eine Erweiterung der Skigebiete Grasgehren und Balderschwang mittels Errichtung und Betrieb einer Verbindungsbahn zwischen den räumlich getrennten Skigebieten Grasgehren und Balderschwang zu einer Skischaukel ermöglichen soll. Nach dem Ziel 2.3.6 (Z) des Landesentwicklungsprogramms (LEP) sind in der Zone C des Alpenplans Verkehrsvorhaben im Sinne von Nr. 2.3.3 landesplanerisch unzulässig. In der Nr. 2.3.3 werden als Verkehrsvorhaben unter anderem Seilbahnen, Lifte und Skiabfahrten genannt.

Vgl. die Anlage zu § 1 der Verordnung über das Landesentwicklungsprogramm Bayern (LEP) vom 22.8.2013 (GVBl. S. 550).

Da der Teilflächennutzungsplan nach dem vorliegenden Planentwurf entsprechende Darstellungen in der Zone C beinhaltet, widerspricht die Planung, wie im Folgenden unter B. I. 1. näher dargelegt wird, dem zuvor genannten Ziel des LEP. Angesichts dessen haben die Gemeinden Obermaiselstein und Balderschwang, die sich in der Verwaltungsgemeinschaft (VG) Hörnergruppe zusammengeschlossen haben, mit Schreiben vom 2.1.2015 an das Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat einen Antrag auf Durchführung eines so genannten Zielabweichungsverfahrens gestellt (vgl. näher zum rechtlichen Hintergrund unter B. I. 2.).

Zu diesem Antrag ist das Bayerische Landesamts für Umwelt (LfU) um eine fachliche Stellungnahme gebeten worden. Dem ist das LfU am 10.6.2015 nachgekommen. Dabei ist das Landesamt zu dem Ergebnis gekommen, dass die beantragte Abweichung von Ziel 2.3.6 des LEP wegen der erheblichen Auswirkungen auf den Naturhaushalt und das Landschaftsbild sowie wegen der im Antrag nicht gewürdigten besonderen Bedeutung des Schutzes vor geologischen Naturgefahren in dem labilen Gebiet unter raumordnerischen Gesichtspunkten nicht vertretbar sei. Zudem setze sich der Antrag nicht konkret mit dem Bodenschutzprotokoll der Alpenkonvention auseinander.

Vgl. S. 17 der Stellungnahme des LfU vom 10.6.2015 zum Antrag der VG Hörnergruppe zur Durchführung eines Zielabweichungsverfahrens nach Art. 4 BayLplG (im Folgenden: Stellungnahme des LfU vom 10.6.2015).

Mit Schreiben vom 21.8.2015 hat die VG Hörnergruppe zu diesen Einwänden Stellung genommen. Darin wird unter anderem ein Verstoß gegen das Bodenschutzprotokoll der Alpenkonvention bestritten.

Vgl. insbesondere S. 7 und 11 f. der Stellungnahme der VG Hörnergruppe vom 21.8.2015.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden untersucht werden, ob die geplante Erweiterung des Skigebiets nach den vorliegenden Informationen tatsächlich mit dem Bodenschutzprotokoll vereinbar ist und welche rechtliche Konsequenzen sich aus einem Verstoß ergeben.

B. Rechtliche Stellungnahme

Hierzu wird zunächst der planungsrechtliche Rahmen für die Erweiterung des Skigebiets geklärt (I.). Anschließend wird die rechtliche Bedeutung des Bodenschutzprotokolls der Alpenkonvention im Allgemeinen sowie mit Blick auf die geplante Erweiterung des Skigebiets im Besonderen analysiert (II.). Sodann wird auf die Frage eingegangen, ob die beantragte Zielabweichung nach den vorliegenden Informationen tatsächlich mit dem Bodenschutzprotokoll vereinbar ist (III.) und welche Konsequenzen sich nach dem einschlägigen Fachrecht aus einem Verstoß ergeben (IV.). Am Ende werden die wesentlichen Ergebnisse der rechtlichen Stellungnahme noch einmal zusammengefasst (V.).

I. Der planungsrechtliche Rahmen für die Erweiterung des Skigebiets

1. Die Pflicht zur Beachtung der Ziele der Raumordnung

Der hier interessierende gemeinsame Teilflächennutzungsplan, der die Verbindung der Skigebiete Grasgehren und Balderschwang überhaupt erst bauplanungsrechtlich ermöglichen soll, ist als Flächennutzungsplan gemäß § 1 Abs. 2 des Baugesetzbuchs (BauGB) ein so genannter Bauleitplan, der seine Rechtsgrundlagen in § 5 Abs. 2b und § 204 Abs. 1 BauGB findet. Er unterliegt damit der in § 1 Abs. 4 BauGB geregelten Pflicht zur Anpassung an die Ziele der Raumordnung. Dies bedeutet, wie sich auch aus § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Raumordnungsgesetzes (ROG) ergibt, dass der Teilflächennutzungsplan den in den Raumordnungsplänen festgelegten Zielen nicht widersprechen darf. Anderenfalls ist er materiell rechtswidrig.

Vgl. dazu hier nur Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Beschluss vom 20.8.1992 – 4 NB 20/91, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 1993, S. 167 ff.

Ein solcher Raumordnungsplan ist das zuvor genannte Landesentwicklungsprogramm (LEP), das wiederum in Nr. 2.3.6 die Vorgabe enthält, dass in der Zone C des Alpenplans keine Verkehrsvorhaben wie Seilbahnen, Lifte und Skiabfahrten verwirklicht werden sollen; solche Verkehrsvorhaben sind sogar nach Nr. 2.3.6 schlicht „landesplanerisch unzulässig“. Aus dieser Vorgabe ergibt sich, dass der Freistaat Bayern als Träger der Raumordnung hier eine verbindliche und damit abschließend abgewogene Festlegung für die entsprechend gekennzeichneten Gebiete treffen wollte. Es handelt sich bei dieser Vorgabe somit um eine Zielvorgabe im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG, zumal sie im LEP in Übereinstimmung mit § 7 Abs. 4 ROG mit „Z“ ausdrücklich als Ziel der Raumordnung gekennzeichnet wurde.

Vgl. § 1 und Nr. 2.3.6 der Anlage zu § 1 der Verordnung über das Landesentwicklungsprogramm Bayern (LEP) vom 22.8.2013 (GVBl. S. 550).

Da aber der Teilflächennutzungsplan nach dem vorliegenden Planentwurf in einer solchen Zone C unter anderem eine Bergbahn und eine so genannte Familienabfahrt und damit eine Skiabfahrt ermöglichen soll, ist im Ergebnis wohl unstrittig, dass der Teil-

flächennutzungsplan dem Ziel 2.3.6 des geltenden LEP und damit einem Ziel der Raumordnung widerspricht.

2. Die Möglichkeit einer Zielabweichung

Die Pflicht zur Beachtung der Ziele der Raumordnung gilt indessen nicht absolut. Gemäß § 6 Abs. 2 ROG und Art. 4 des Bayerischen Landesplanungsgesetzes (BayLplG) kann vielmehr von Zielen der Raumordnung abgewichen werden.

a) Zuständigkeit und Verfahren

Eine solche Abweichung muss allerdings gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BayLplG durch das Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat als oberste Landesplanungsbehörde (siehe Art. 7 BayLplG) in einem besonderen Verfahren zugelassen werden.

Hierzu muss zunächst eine der in § 6 Abs. 2 Satz 2 ROG und Art. 4 Abs. 2 BayLplG genannten öffentlichen Stellen oder eine Person des Privatrechts, die das Ziel der Raumordnung zu beachten hat, einen entsprechenden Antrag stellen. Dies ist hier durch die Gemeinden Obermaiselstein und Balderschwang geschehen mit der Folge, dass das Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat den Antrag auch sachlich – positiv oder negativ – bescheiden muss.

Vgl. etwa *Goppel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz (ROG) Kommentar, 2010, § 6 Rdnr. 41.

Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Zulassung gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 BayLplG „im Einvernehmen mit den fachlich berührten Staatsministerien“ erfolgen muss. Ein solches Einvernehmen setzt nach allgemeinem Rechtsverständnis die volle Übereinstimmung zwischen den beteiligten staatlichen Stellen voraus.

Vgl. etwa *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage 2014, § 44 Rdnr. 184 mit Fn. 527; ebenso mit Blick auf § 14 Abs. 3 WaStrG BVerwG, Urteil vom 17. 4. 2002 – 9 A 24/01, in: NVwZ 2002, S. 1239 (1240 ff.).

Die beantragte Zielabweichung hätte nach der Stellungnahme des LfU erhebliche Auswirkungen auf den Naturhaushalt, das Landschaftsbild, den Bodenschutz und die Geologie.

Vgl. S. 7 ff. der Stellungnahme des LfU vom 10.6.2015.

Diese Materien fallen sämtlich in die Zuständigkeit des Staatsministeriums für Umwelt und Verbraucherschutz.

Vgl. § 8 Nr. 1 Buchstaben b) und d) der Verordnung über die Geschäftsverteilung der Bayerischen Staatsregierung (StRGVV) vom 28.1.2014 (GVBl. S. 31).

Das Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz hat sich aber Presseberichten zufolge bereits ablehnend zu dem Antrag auf Zielabweichung geäußert.

Vgl. etwa den Beitrag in der SZ vom 5.10.2015 „Wie eine Skischaukel im Schutzgebiet entstehen könnte“.

Darüber dürfte sich das Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat auch als oberste Landesplanungsbehörde wegen Art. 4 Abs. 1 Satz 2 BayLplG nicht einseitig hinwegsetzen. Anderenfalls würde es sich um einen Verfahrensfehler handeln, der zur Rechtswidrigkeit der (positiven) Zielabweichungsentscheidung führen müsste, weil die Vorschrift gerade die Kompetenzen der betroffenen Staatsministerien schützen soll. Es handelt sich also um ein absolutes Verfahrensrecht, auf dessen Verletzung Art. 46 des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (BayVwVfG) ebenso wie § 46 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (VwVfG) nicht anwendbar ist.

Vgl. zu den absoluten Verfahrensrechten etwa *Schemmer*, in: Bader/Ronellenfisch (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, Stand: 1.1.2016, § 46 Rdnr. 26 ff.; ebenso im Ergebnis mit Blick auf § 14 Abs. 3 WaStrG BVerwG, Urteil vom 17. 4. 2002 – 9 A 24/01, in: NVwZ 2002, S. 1239 (1240 ff.).

b) Materielle Voraussetzungen

In materieller Hinsicht ist eine solche Zielabweichung gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 ROG und Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BayLplG nur zulässig, wenn die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt

werden. Wie im Folgenden unter B. IV. 1 noch darzulegen sein wird, sind die Vorgaben des Bodenschutzprotokolls der Alpenkonvention auch bei der Prüfung dieser Voraussetzungen zu beachten.

II. *Die rechtliche Bedeutung des Bodenschutzprotokolls (BodSchP)*

Vor diesem Hintergrund ist nun in einem zweiten Schritt zu prüfen, welche rechtliche Bedeutung dem Bodenschutzprotokoll der Alpenkonvention im Allgemeinen sowie mit Blick auf die geplante Erweiterung des Skigebiets im Besonderen zukommt.

1. Allgemeines zur rechtlichen Bedeutung

Das Protokoll zur Durchführung der Alpenkonvention im Bereich Bodenschutz von 1998 ist, wie der Name schon sagt, ein Protokoll, das der Durchführung und Konkretisierung der Alpenkonvention dient, die wiederum im Jahr 1991 von den sechs Alpenanrainerstaaten als Rahmenabkommen unterzeichnet wurde.

Vgl. näher dazu *Markus*, Verbindlicher internationaler Bodenschutz im Rahmen der Alpenkonvention, in: *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)* 2015, S. 214 f.

Dabei gibt es neben dem Bodenschutzprotokoll noch weitere Protokolle, die sich beispielsweise mit den Themen Naturschutz und Landschaftspflege befassen.

Die Alpenkonvention und die einzelnen Protokolle können im Internet abgerufen werden unter <http://www.alpconv.org/de/convention/default.html>.

Deren Vorgaben sind zwar ebenfalls teilweise für die geplante Erweiterung des Skigebiets relevant. Sie sind aber nicht Gegenstand des Gutachtenauftrags und bleiben daher im Folgenden außen vor.

Sowohl bei der Alpenkonvention als auch bei den Protokollen handelt es sich um völkerrechtliche Verträge, die zunächst einmal nur die Vertragsstaaten als solche binden. Darüber hinaus bedürfen völkerrechtliche Verträge in aller Regel der innerstaatlichen Ratifizierung, die gemäß Art. 59 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) durch ein Zustim-

mungsgesetz des Bundes zu erfolgen hat. Die entsprechenden Zustimmungsgesetze sind für die Alpenkonvention am 6.3.1995 und für die Durchführungsprotokolle am 18.12.2002 in Kraft getreten.

Das Zustimmungsgesetz zu den Durchführungsprotokollen ist im Bundesgesetzblatt Teil II aus dem Jahre 2002 auf S. 1785 abgedruckt.

Das Inkrafttreten der Zustimmungsgesetze hat zur Folge, dass diese Vertragsbestimmungen und damit auch das Bodenschutzprotokoll Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung geworden sind. Sie sind folglich als Bundesgesetze grundsätzlich von allen staatlichen Organen auf Bundes- und Landesebene zu beachten.

Vgl. BayStMUGV/BMU (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Leitfaden für ihre Anwendung, 2008, S. 8; VGH München, Urteil vom 16.3.2010 – 15 N 04.1980, abrufbar unter BeckRS 2010, 31181, Rn. 77; VG München, Beschluss vom 3.6.2014 – M 2 S 14.2116, abrufbar unter BeckRS 2014, 52394; *Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle*, Naturschutzrecht in Bayern, Loseblattsammlung, Stand: August 2014, Art. 2 Rdnr. 5; *Söhnlein*, 20 Jahre Alpenkonvention – Bilanz und Perspektiven aus juristischer Sicht, in: Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.) 2013, S. 105 (106).

Darüber hinaus hat auch die Europäische Union (EU) das Bodenschutzprotokoll unterzeichnet. Diese Unterzeichnung wurde wiederum durch Beschluss 2005/923/EG des Rates genehmigt.

Der zuletzt genannte Beschluss ist im Amtsblatt Nr. L 337 der Europäischen Union vom 22.12.2005 auf S. 27 abgedruckt.

Das Bodenschutzprotokoll ist somit gemäß Art. 218 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) auch als verbindliches Unionsrecht zu beachten, was wiederum für die Rechtsschutzmöglichkeiten von Umweltverbänden von Bedeutung sein kann.

Vgl. *Söhnlein*, BayVBl. 2013, 105 (110).

Zudem wird dadurch die Möglichkeit eröffnet, die EU-Kommission, beispielsweise durch eine entsprechende Beschwerde, mit einem etwaigen Verstoß gegen das Bodenschutzprotokoll zu befassen.

Damit ist allerdings noch nicht gesagt, dass die Vorschriften des Bodenschutzprotokolls auch in jedem einzelnen Verwaltungsverfahren als unmittelbar bindende rechtliche Vorgaben zu beachten sind. Denn es gibt auch im Zusammenhang mit der Alpenkonvention eine Reihe von Vorschriften, die sich in erster Linie an den Gesetzgeber des jeweiligen Vertragsstaates richten. Daher können nur solche Regelungen des Bodenschutzprotokolls eine unmittelbare rechtliche Wirkung entfalten, die nach Inhalt, Zweck und Formulierung hinreichend genau sind und die keiner weiteren Ausführungsbestimmungen bedürfen, so dass sie „self-executing“, also aus sich heraus vollziehbar sind.

Vgl. BayStMUGV/BMU (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Leitfaden für ihre Anwendung, 2008, S. 8; VGH München, Urteil vom 16.3.2010 – 15 N 04.1980, abrufbar unter BeckRS 2010, 31181, Rn. 77; VG München, Beschluss vom 3.6.2014 – M 2 S 14.2116, abrufbar unter BeckRS 2014, 52394; *Söhnlein*, BayVBl. 2013, S. 105 (106).

2. Die Bedeutung des BodSchP für das hier interessierende Vorhaben

Angesichts dessen kann die rechtliche Bedeutung des Bodenschutzprotokolls nur bezogen auf konkrete Einzelbestimmungen ermittelt werden. Wie bereits das LfU in seiner Stellungnahme vom 10.6.2015 festgestellt hat, kommt bei der hier zu prüfenden Verbindung der Skigebiete Grasgehren und Balderschwang insbesondere ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 des Bodenschutzprotokolls in Betracht.

Vgl. S. 7 und 15 f. der Stellungnahme des LfU.

a) Der Wortlaut des hier maßgeblichen Art. 14 Abs. 1 BodSchP

Art. 14 Abs. 1 des Bodenschutzprotokolls hat folgenden Wortlaut:

„Artikel 14

Auswirkungen touristischer Infrastrukturen

- (1) Die Vertragsparteien wirken in der geeignetsten Weise darauf hin, daß
 - nachteilige Auswirkungen von touristischen Aktivitäten auf die alpinen Böden vermieden werden,

- die durch eine intensive touristische Nutzung beeinträchtigten Böden stabilisiert werden, insbesondere und soweit möglich durch die Wiederherstellung der Vegetationsdecke und die Anwendung naturnaher Ingenieurtechniken. Die weitere Nutzung soll so gelenkt werden, dass derartige Schäden nicht mehr auftreten,
- Genehmigungen für den Bau und die Planierung von Skipisten in Wäldern mit Schutzfunktionen nur in Ausnahmefällen und bei Durchführung von Ausgleichsmaßnahmen erteilt und in labilen Gebieten nicht erteilt werden.“

b) Die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP

Die Vorgaben, die sich aus dem 3. Anstrich dieser Regelung ergeben, sind nach ihrem Inhalt hinreichend konkret, um eine unmittelbare rechtliche Wirkung zu entfalten. Denn sie regeln einen ganz konkreten Sachverhalt, nämlich die Erteilung von Genehmigungen für den Bau und die Planierung von Skipisten in Wäldern mit Schutzfunktionen und in labilen Gebieten. Die Rechtsfolgen sind ebenfalls hinreichend klar: Während der Bau und die Planierung von Skipisten in Wäldern mit Schutzfunktionen nur in Ausnahmefällen und bei Durchführung von Ausgleichsmaßnahmen genehmigt werden darf, darf die Genehmigung in labilen Gebieten „nicht erteilt werden“. Ferner bedarf die Umsetzung dieser Vorgaben ersichtlich keiner weiteren Ausführungsbestimmungen. Sie können vielmehr in Verwaltungsverfahren, insbesondere Genehmigungsverfahren, die das deutsche Recht auf Bundes- und Landesebene vorsieht, ohne Weiteres umgesetzt werden.

Aus diesen Gründen gehen auch das Bayerische Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz (BayStMUGV) und das Bundesumweltministerium (BMU) in ihrem Leitfaden zur Anwendung der Alpenkonvention zu Recht davon aus, dass die in Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich des Bodenschutzprotokolls normierten Vorgaben in einschlägigen Verwaltungsverfahren unmittelbar anwendbar sind.

Vgl. BayStMUGV/BMU (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Leitfaden für ihre Anwendung, 2008, S. 8 und 33 f.

Diese Einschätzung steht im Einklang mit der Ansicht des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) und des österreichischen Umweltministeriums.

Vgl. VwGH, Entscheidung vom 8.6.2005 – 2004/03/0116, in: Natur und Recht (NuR) 2006, S. 198 (202); Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft,

Umwelt und Wasserwirtschaft (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Handbuch für ihre Umsetzung, 2007, S. 133 f. mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des VwGH.

Sodann ist bei der rechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen, dass hier die besonderen Vorgaben des bayerischen Landesrechts zu beachten sind. Denn Art. 2 des Bayerischen Naturschutzgesetzes (BayNatSchG) bestimmt seit der Novelle von 2011 in Satz 1, dass die bayerischen Alpen mit ihrer natürlichen Vielfalt an wild lebenden Tier- und Pflanzenarten einschließlich ihrer Lebensräume als Landschaft von einzigartiger Schönheit in ihren Naturräumen von herausragender Bedeutung zu erhalten sind. Der Freistaat Bayern will dieser Verpflichtung gemäß Satz 2 „auch durch den Vollzug verbindlicher internationaler Vereinbarungen, insbesondere der Alpenkonvention“ nachkommen. Mit dieser Vorschrift bringt der bayerische Gesetzgeber in der Tat unmissverständlich zum Ausdruck, dass sich die Vorschriften der Alpenkonvention und ihrer Protokolle nicht nur an die Legislative wenden, sondern vielmehr von den bayerischen Verwaltungsbehörden zumindest dann im Verwaltungsvollzug zu beachten sind, wenn sie unmittelbar anwendbar sind.

So richtig *Söhnlein*, BayVBl. 2013, S. 105 (106). Aus diesem Grund ist die Annahme des VGH München, Urteil vom 16.3.2010 – 15 N 04.1980, abrufbar unter BeckRS 2010, 31181, Rn. 77, und des BayVerfGH, Entscheidung vom 13.9.2012 – Vf. 16-VII-11, abrufbar unter BeckRS 2012, 57002, dass die Umsetzung der Alpenkonvention im Regelfall durch die Anwendung der einschlägigen nationalen Gesetze gewährleistet sei, nicht mehr haltbar.

Von einer unmittelbaren Anwendbarkeit des hier interessierenden Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP gehen aber nicht nur die zuständigen deutschen und österreichischen Fachministerien auf Bundesebene sowie der österreichische Verwaltungsgerichtshof aus. Dies entspricht vielmehr auch der einmütigen Ansicht im rechtswissenschaftlichen Schrifttum.

Vgl. *Engelhardt/Brenner/Fischer-Hüftle*, Naturschutzrecht in Bayern, Loseblattsammlung, Stand: August 2014, Art. 2 Rdnr. 6; *Markus*, in: ZUR 2015, S. 214 (217); *Schroeder*, Die Alpenkonvention – Inhalts und Konsequenzen für das nationale Umweltrecht, in: NuR 2006, S. 133 (137 f.); *Söhnlein*, in: BayVBl. 2013, S. 105 (107).

Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass sämtliche staatliche Stellen, auch und gerade des Freistaats Bayern, Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich des Bodenschutzprotokolls als unmittelbar geltende rechtliche Vorgabe zu beachten haben. Danach sind sie konkret verpflichtet, in der geeignetsten Weise darauf hinzuwirken, dass „Genehmigungen für den Bau und die Planierung von Skipisten ... in labilen Gebieten nicht erteilt werden.“

III. Die Vereinbarkeit der Zielabweichung mit Art. 14 Abs. 1 BodSchP

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden geprüft werden, ob die beantragte Zielabweichung mit Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich des Bodenschutzprotokolls vereinbar ist.

1. Das Erfordernis einer Genehmigung für den Bau und die Planierung von Skipisten

Hierzu müsste zunächst der Anwendungsbereich der Vorschrift eröffnet sein. Das ist nach dem Wortlaut nur dann der Fall, wenn es um eine Genehmigung für den Bau und die Planierung von Skipisten geht. An diesem Punkt könnte man nun einwenden, dass es im vorliegenden Fall zwar um den Bau und die Planierung von Skipisten, aber noch nicht um deren Genehmigung gehe, sondern um die Entscheidung über eine beantragte Zielabweichung bei der Aufstellung eines Teilflächennutzungsplans.

Es wurde aber bereits unter B. I. mehrfach darauf hingewiesen, dass die Aufstellung des Teilflächennutzungsplans die beabsichtigte Verbindung der Skigebiete Grasgehren und Balderschwang in bauplanungsrechtlicher Hinsicht überhaupt erst ermöglichen soll. Diese Feststellung basiert auf dem Umstand, dass nach den Vorstellungen der planaufstellenden Gemeinden bei der Realisierung des Skigebiets (unter anderem) ein Baugenehmigungsverfahren durchzuführen wäre.

Vgl. S. 2 der Stellungnahme der VG Hörnergruppe vom 21.8.2015.

Dabei ist davon auszugehen, dass das Vorhaben im so genannten Außenbereich (vgl. § 35 BauGB) realisiert werden soll und dass die Gemeinden den Teilflächennutzungs-

plan vor allem aufstellen wollen, um Festsetzungen in den bestehenden Flächennutzungsplänen anzupassen, da in diesen Plänen das gesamte Areal als Fläche für die Landwirtschaft bzw. Forstwirtschaft dargestellt ist.

Vgl. den Entwurf zur Begründung und zum Umweltbericht für den Teilflächennutzungsplan vom 16.10.2014, S. 7.

Bleibe es dabei, so würde die Realisierung des geplanten Vorhabens an diesen Festsetzungen scheitern, weil ein Vorhaben im Außenbereich gemäß § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BauGB nicht den Darstellungen des Flächennutzungsplans widersprechen darf. Diese im Baugenehmigungsverfahren zu prüfende Vorschrift wäre gemäß Art. 10 Abs. 1 Satz 5 BayNatSchG auch dann zu beachten, wenn und soweit die Baugenehmigung durch eine Skipistenerlaubnis nach Art. 10 BayNatSchG ersetzt würde, wovon hier angesichts der räumlichen Dimension des Vorhabens auszugehen ist. Insofern ist also die Aufstellung des Teilflächennutzungsplans notwendige Voraussetzung, um die beabsichtigte Verbindung der Skigebiete zu realisieren. Der Teilflächennutzungsplan kann aber wiederum aus den unter B. I. genannten Gründen nur nach einer positiven Entscheidung über die Zielabweichung in rechtmäßiger Weise aufgestellt werden.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die fehlende Vereinbarkeit des Vorhabens mit dem Ziel 2.3.6 des geltenden LEP gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB oder gemäß Art. 10 Abs. 1 Satz 5 BayNatSchG ebenfalls auf die konkrete Genehmigung des Vorhabens durchschlagen würde.

Damit ist die Entscheidung über die beantragte Zielabweichung – so oder so – notwendige Voraussetzung für die spätere Genehmigung der geplanten Verbindung der Skigebiete. Dies reicht bei einer sachgerechten Auslegung für eine Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich des Bodenschutzprotokolls aus. Denn erstens lässt der Wortlaut eine weite Auslegung des Begriffs der Genehmigung ohne weiteres zu.

Zweitens ergibt sich aus dieser Vorschrift eine ausdrückliche Verpflichtung, „in der geeignetsten Weise darauf hinzuwirken“, dass Genehmigungen für den Bau und die Planierung von Skipisten in labilen Gebieten nicht erteilt werden. Dieser Verpflichtung kommen die Behörden aber nur dann nach, wenn sie die Regelung nicht erst auf der letzten Genehmigungsstufe, sondern bereits bei der vorbereitenden Planung beachten,

wenn diese – so wie hier – für die Genehmigungsfähigkeit des Vorhabens rechtlich erforderlich ist.

Drittens haben sich die Vertragsparteien und damit auch Deutschland mit seinen Bundesländern in Art. 3 des Bodenschutzprotokolls explizit verpflichtet, die Ziele dieses Protokolls auch in ihren anderen Politiken zu berücksichtigen. Dabei wird die im vorliegenden Fall betroffene Raumordnung besonders hervorgehoben.

Demzufolge erstreckt sich der Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich des Bodenschutzprotokolls auch auf die Entscheidung über die beantragte Zielabweichung.

Ebenso im Ergebnis das LfU in seiner Stellungnahme vom 10.6.2015, S. 7.

2. Die notwendige Betroffenheit eines labilen Gebiets

Darüber hinaus setzt Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich des Bodenschutzprotokolls voraus, dass es in der Sache um „Genehmigungen für den Bau und die Planierung von Skipisten ... in labilen Gebieten“ geht.

a) Betroffenheit durch den Bau oder die Planierung von Skipisten

Dabei reicht es trotz der Konjunktion „und“ im Tatbestand der Bestimmung aus, wenn ein labiles Gebiet durch den Bau oder die Planierung einer Skipiste betroffen ist. Denn diese Konjunktion soll nur sicherstellen, dass die Genehmigung in beiden Fällen nicht erteilt wird, falls denn tatsächlich ein labiles Gebiet tangiert ist. Dieses Regelungsziel würde indessen konterkariert, wenn man für die Anwendbarkeit der Norm fordern würde, dass ein labiles Gebiet kumulativ durch den Bau und die Planierung einer Skipiste betroffen ist.

Aus diesen Gründen wäre es für die Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich des Bodenschutzprotokolls unerheblich, wenn das Tatbestandsmerkmal des „Bauens einer Skipiste“ tatsächlich, so wie von der VG Hörnergruppe in ihrer Stellungnahme vom 21.8.2015 behauptet, in den labilen Gebieten nicht relevant wäre. Denn die Skipiste würde selbst nach den Ausführungen der VG Hörnergruppe in der gleichen Stellung-

nahme zumindest eine so genannte Georisk-Fläche queren, welche wiederum „in den Wintermonaten als Piste präpariert“ werden soll.

Vgl. insbesondere S. 7 der Stellungnahme der VG Hörnergruppe vom 21.8.2015.

Dies setzt aber – entgegen der Stellungnahme der VG Hörnergruppe vom 21.8.2015 – selbst nach den Begrifflichkeiten des Deutschen Skiverbands voraus, dass die Piste „planirt“, d.h. geebnet und komprimiert wird, damit es nicht zu Unebenheiten kommt und die Schneedecke der starken Beanspruchung durch den Skibetrieb standhält. Dabei erfolgt die Planierung üblicherweise mit schweren Schneeraupen.

Vgl. die im Internet unter http://www.deutscherskiverband.de/ueber_uns_umwelt_fragen_techn_de.print abrufbare Information.

Angesichts dessen erscheint es auch sachgerecht, nicht nur die Planierung von Pisten in der Bauphase, sondern auch die zum Pistenbetrieb erforderliche Planierung unter Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP zu subsumieren.

Ebenso im Ergebnis VwGH, Entscheidung vom 8.6.2005 – 2004/03/0116, in: NuR 2006, S. 198 (202).

Schließlich wäre die ausdrückliche Unterscheidung zwischen dem Bau und der Planierung von Skipisten überflüssig, wenn mit der Planierung nur die (bauliche) Ebnung des Bodens gemeint wäre. Von daher reicht es für die Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich des Bodenschutzprotokolls bereits aus, dass eine Planierung der Skipiste in den gefährdeten Bereichen zum Pistenbetrieb geplant ist.

Dessen ungeachtet ist darauf hinzuweisen, dass die Behauptung der VG Hörnergruppe, es werde in den betroffenen Georisk-Flächen zu keinerlei baulichen Maßnahmen kommen, nach den vorliegenden Informationen wenig glaubwürdig erscheint. So geht etwa die Alpenschutzkommission CIPRA in ihrer Stellungnahme vom 22.10.2015, die im Übrigen von mehreren Natur- und Bergschutzverbänden unterzeichnet wurde, bislang unwidersprochen davon aus, dass aufgrund der Topographie des betroffenen Gebiets bauliche Maßnahmen in den labilen Gebieten ebenfalls nicht zu vermeiden seien.

Vgl. Alpenschutzkommission CIPRA, Stellungnahme vom 22.10.2015 zum Zielabweichungsverfahren vom Alpenplan am Riedberger Horn.

b) Zum Begriff der „labilen Gebiete“ im Sinne des Art. 14 Abs. 1 BodSchP

Darüber hinaus ist zu beachten, dass die VG Hörnergruppe in ihrer Stellungnahme vom 21.8.2015 von einem sehr engen Verständnis des Begriffs „labiles Gebiet“ ausgeht, das den räumlichen Zuschnitt allein auf solche Gebiete beschränkt, die im Bodeninformationssystem Bayern (BIS) als Georisk-Objekte erfasst sind. Und selbst bei dem einzigen Gebiet, das im BIS als Georisk-Objekt gekennzeichnet wird und das auch nach der Darstellung der VG Hörnergruppe von der streitgegenständlichen Skipiste gekreuzt würde, versucht die Verwaltungsgemeinschaft dessen Einordnung als labiles Gebiet mit dem Argument in Frage zu stellen, dass diese lediglich auf einem außergewöhnlichen Ereignis aus den Jahren 1966/67 basiere und dass gegenwärtig – auch nach der Stellungnahme des LfU – keine aktiven Bodenbewegungen zu beobachten seien. Wenn und soweit in der Vergangenheit solche Bodenbewegungen aufgetreten seien, handele es sich aber lediglich um lokale Ereignisse wie flachgründige Hangrutschungen sowie Stein- und Blockschlag, die im gesamten Taleinschnitt zwischen Obermaiselstein und Balderschwang nicht ausgeschlossen werden könnten und denen man bei Bedarf durch entsprechende Sicherungsmaßnahmen begegnen könne.

Vgl. S. 11 f. der Stellungnahme der VG Hörnergruppe vom 21.8.2015.

Demgegenüber geht das LfU in seiner Stellungnahme von einem weiteren Verständnis aus. Denn dort widmet sich das Landesamt nicht nur dem Thema „Konkrete Hinweise auf Geogefahren“, die sich aus den im BIS gekennzeichneten Georisk-Objekten ergeben, sondern auch dem geologischen Rahmen, der durch eine besondere geologische Situation der West- und Südwestflanke des Riedberger Horns geprägt sei, die aus verschiedenen Gründen zu einer großflächigen Destabilisierung führe. Dies führt das LfU zu folgender „Gesamtbewertung Geogefahren“:

„Die o.g. Beispiele verdeutlichen die Gesamtsituation an der West- und Südwestflanke des Riedberger Horns. Der Hang ist aufgrund der geologischen Situation nur mäßig stabil bis instabil. Eine Reaktivierung von großen Rutschungen ist mittel- bis langfristig zu erwarten. Dies würde seinen Ausgang vorwiegend am Oberhang nehmen, also im Bereich der Zone C des Alpenplans. Die Rutschmassen würden am Unterhang in Zone B liegen. Gefährdet sind Almgebäude, Almwege, Almflächen, Waldbestand und bei größeren Ereignissen auch die Riedbergpassstraße. Neben tiefgreifenden Rutschungen können anlässlich von starken

Niederschlägen auch Hanganbrüche, also flache Rutschungen in der Verwitterungsdecke, sowie lokal auch Stein- und Blockschlag auftreten.

Der betroffene Südwesthang ist somit im Sinn von Art. 14 des Bodenschutzprotokolls des Alpenkonvention in größeren Teilen als labiles Gebiet zu bezeichnen.“

Vgl. S. 16 der Stellungnahme des LfU vom 10.6.2015.

Angesichts dessen ist zu prüfen, was tatsächlich unter „labilen Gebieten“ im Sinne des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP verstehen ist und welche Auslegung dem Bodenschutzprotokoll am nächsten kommt. Dabei stellt sich das Problem, dass der Begriff zwar in Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP verwendet, im Bodenschutzprotokoll aber nicht definiert wird. Somit muss der Sinn anhand des Wortlauts und unter Berücksichtigung des Regelungskontextes ermittelt werden.

Nach allgemeinem Wortverständnis bezeichnet „labil“ einen nicht fest gefügten Zustand, der zur Veränderung neigt und somit unbeständig oder leicht störrisch ist.

Vgl. die Erläuterung zum Stichwort „labil“ unter www.duden.de.

Dabei wird man nicht sämtliche Hanglagen per se als labil bezeichnen dürfen, weil anderenfalls die gesamten Alpen instabil wären mit dem Ergebnis, dass überhaupt keine Skipisten mehr realisiert werden könnten. Erforderlich ist vielmehr, dass ein Gebiet vermehrt zu Rutschungen neigt. Dabei spielen nicht nur aktuelle oder frühere Hangbewegungen eine Rolle. Vielmehr können auch besondere geologische Gründe für sich genommen zur Einstufung als labiles Gebiet führen.

Vgl. VwGH, Entscheidung vom 8.6.2005 – 2004/03/0116, in: NuR 2006, S. 198 (202).

Solche besondere geologische Gründe werden aber in der Stellungnahme des LfU vom 10.6.2015 in fachlich fundierter Weise dargelegt. Die daraus resultierenden Risiken haben sich auch in den betroffenen Georisk-Objekten in der Vergangenheit realisiert. Zumindest diese im Bodeninformationssystem Bayern erfassten Gebiete sind unzweifelhaft als labile Gebiete im Sinne des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP anzusehen.

Dabei kommt es entgegen der Stellungnahme der VG Hörnergruppe vom 21.8.2015 nicht darauf an, dass in dem unstrittig betroffenen Georisk-Objekt 8526GR000005 der letzte größere Rutschungsprozess vor nahezu 50 Jahren stattgefunden hat. Vielmehr

können auch die in der Stellungnahme ausdrücklich bestätigten lokalen und vereinzelt auftretenden Rutschungen, Stein- und Blockschlägen aufgrund der besonderen geologischen Ausgangslage bestätigen, dass es sich um ein labiles Gebiet handelt.

Dies gilt umso mehr, als sich der Bau und der Betrieb der Anlagen, zu denen aus den zuvor unter B. III. 1. a) genannten Gründen auch die Planierung der Pisten während der Betriebszeiten zählt, zusätzlich auf die sensiblen Hangbereiche auswirken würde. Diese Maßnahmen können daher ebenfalls für die Einordnung als labiles Gebiet sprechen.

Ebenso VwGH, Entscheidung vom 8.6.2005 – 2004/03/0116, in: NuR 2006, S. 198 (202); *Hattenberger*, in: Die Alpenkonvention, Ausgabe 79/2015 (im Internet abrufbar unter AKZeitung79_Int_29072015-3.pdf), S. 12 (13).

Dabei ist in rechtlicher Hinsicht zu bedenken, dass es bei der Abwendung von Rutschgefahren um die Abwehr schwerwiegender und nachhaltiger Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Böden geht. Dies hat gemäß Art. 2 Abs. 2 des Bodenschutzprotokolls zur Folge, dass den Schutzaspekten grundsätzlich der Vorrang vor Nutzungsaspekten einzuräumen ist. Hierin kommt erkennbar ein Vorsorgegedanke zum Ausdruck, der dazu führt, dass auch „abstrakte“ geologisch bedingte Gefahren im Verbund mit einer Gefahrenerhöhung durch menschliche Eingriffe eine Einordnung als labiles Gebiet rechtfertigen können.

Dieser Vorsorgegedanke spricht klar dafür, nicht nur die betroffenen Georisk-Objekte, sondern sämtliche Teile des Planungsraums, die in der „Gefahrenhinweiskarte“ des Bodeninformationssystems Bayern als Gefahrengebiete für die Szenarien Felssturz, Steinschlag, Hangrutschung und flachgründige Hanganbrüche ausgewiesen sind, aufgrund der besonderen geologischen Ausgangslage als labile Gebiete im Sinne des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP einzustufen. Dies führt dazu, dass der größere Teil des Planungsgebietes einschließlich der Pisten als labiles Gebiet anzusehen ist.

Vgl. auch die fachlich fundierte, im Internet abrufbare Stellungnahme des Vereins zum Schutz der Bergwelt e.V. vom 5.12.2014 zum Teilflächennutzungsplan, S. 27 f.

Aber selbst wenn man hier nur die in der Gefahrenhinweiskarte rot markierten Flächen, bei denen es nach den amtlichen Erläuterungen „eindeutige Hinweise auf eine Gefähr-

dung“ gibt, als maßgeblich erachtet, liegen immer noch nennenswerte Teile der geplanten Piste in einem labilen Gebiet.

Für eine Einordnung größerer Teile der West- und Südwestflanke des Riedberger Horns als labiles Gebiet spricht aber der Umstand, dass es hier am 14.1.2011 und damit vor wenigen Jahren aus einer Höhe von rund 50 Metern und auf einer Breite von etwa 15 Metern zu einem Erdbeben mit großen Felsbrocken gekommen ist, der gerade nicht durch ein besonderes meteorologisches Ereignis verursacht wurde.

Vgl. etwa den Bericht unter <http://www.sueddeutsche.de/bayern/erdrutsch-im-allgaeu-felsbrocken-gross-wie-kleinwagen-1.1046841>.

Darüber hinaus wurde Mitte Februar 2016 und damit vor wenigen Wochen von einem Geröllabgang am Riedberger Horn mit ein mal zwei Meter großen Schieferplatten berichtet, der dazu geführt hat, dass die Riedbergstraße, die südlich bzw. südwestlich des überplanten Gebiets verläuft, nicht mehr befahrbar war.

Vgl. etwa den Bericht unter <http://www.antenne.de/nachrichten/bayernreporter/riedbergpass-frost-und-tauwetter-fuehren-zu-geroellabgang>.

Durch diese jüngeren Vorkommnisse wird die Einschätzung bestätigt, dass es sich hier um ein Gebiet handelt, bei dem bereits ohne größere menschliche Eingriffe die Gefahr von erheblichen Rutschungen besteht – was bereits für die Einordnung als labiles Gebiet ausreicht.

c) Tatsächliche Betroffenheit labiler Gebiete durch das geplante Vorhaben

Folgt man diesem weiten Verständnis, so wären die genannten Teile des Planungsraums nicht nur als labile Gebiete im Sinne des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP einzustufen; sie wären auch in großem Umfang konkret betroffen, und zwar nicht nur durch Planierungen der Skipiste in Betriebszeiten, sondern auch durch „echte“ Baumaßnahmen wie Waldrodungen oder die Errichtung von Betriebseinrichtungen.

Aber selbst wenn man im Einklang mit der Stellungnahme der VG Hörnergruppe vom 21.8.2015 von einem sehr engen Verständnis des Begriffs „labiles Gebiet“ ausginge, bliebe es dabei, dass die Skipiste zumindest in Betriebszeiten auch in einem konkreten

Georisk-Gebiet planiert werden müsste. Dies reicht aus den zuvor unter B. III. 2. a) genannten Gründen für die Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP aus, weil sich durch den Einsatz von schweren Skiraupen das Risiko weiterer Rutschungen wegen der damit einhergehenden Erschütterungen und Beeinträchtigungen der Bodenfunktionen aller Voraussicht nach signifikant erhöhen würde.

Somit erfüllt das geplante Vorhaben selbst bei einer – rechtlich verfehlten – engen Auslegung des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP alle tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschrift.

3. Rechtsfolge: keine Genehmigung

Für diesen Fall sieht die Norm nur eine Rechtsfolge vor: Alle mit dem Sachverhalt befassten Behörden sind verpflichtet, in der geeignetsten Weise darauf hinzuwirken, dass etwaige Genehmigungen für den Bau und die Planierung von Skipisten nicht erteilt werden.

Daher geht die VG Hörnergruppe in ihrer Stellungnahme vom 21.8.2015 zu Unrecht davon aus, dass man den Vorgaben des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP – ebenso wie beim Bau und bei der Planierung von Skipisten in Wäldern mit Schutzfunktion – durch Ausnahmen, Auflagen oder Ausgleichsmaßnahmen Rechnung tragen könne. Denn Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP differenziert eindeutig zwischen den beiden Tatbestandsvarianten mit der Folge, dass das Verbot der Genehmigung von Skipisten in labilen Gebieten nach dem klaren Wortlaut absolut gilt.

Ebenso VwGH, Entscheidung vom 8.6.2005 – 2004/03/0116, in: NuR 2006, S. 198 (201 f.); *Hattenberger*, in: Die Alpenkonvention, Ausgabe 79/2015 (im Internet abrufbar unter [AKZeitung79_Int_29072015-3.pdf](#)), S. 12.

Da die Entscheidung über die beantragte Zielabweichung aber aus den zuvor unter B. III. 1. genannten Gründen notwendige Voraussetzung für die endgültige Genehmigung der beabsichtigten Verbindung der Skigebiete ist, wäre es im Ergebnis nicht mit Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich und Art. 3 BodSchP vereinbar, wenn das Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat dem Antrag auf Zielabweichung stattgeben würde.

IV. *Fachrechtliche Konsequenzen der fehlenden Vereinbarkeit*

Es stellt sich aber die Frage, ob das Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat den Antrag auch nach dem einschlägigen nationalen Fachrecht aus diesem Grund ablehnen muss und welche Konsequenzen eine unzureichende Berücksichtigung des Bodenschutzprotokolls für die weitere fachrechtliche Behandlung des Teilflächennutzungsplans hätte.

1. Die Notwendigkeit einer Ablehnung der beantragten Zielabweichung

Insoweit wurde bereits unter B. I. 2. b) darauf hingewiesen, dass die Vorgaben des Bodenschutzprotokolls der Alpenkonvention auch bei der Prüfung der materiellen Voraussetzungen zu beachten sind, die sich aus § 6 Abs. 2 Satz 1 ROG und Art. 4 Abs. 1 Satz 1 BayLplG ergeben. Danach ist die beantragte Zielabweichung nur zulässig, wenn die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist und die Grundzüge der Planung nicht berührt werden.

Eine Abweichung ist nur dann unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar, wenn das geplante Vorhaben in zulässiger Weise Gegenstand einer entsprechenden Planung sein könnte. Denn ein durch die förmliche Raumplanung nicht zu erzielendes Ergebnis kann auch nicht im Wege der Abweichung erreicht werden.

Vgl. etwa VGH Mannheim, Urteil vom 04.07.2012 – 3 S 351/11, abrufbar unter BeckRS 2012, 58019; *Schmidt-Eichstaedt*, in: Akademie für Raumforschung und Landesentwicklung (Hrsg.), Grundriss der Raumordnung und Raumentwicklung, 2011, S. 625 (628).

Diese Voraussetzung ist bereits nicht gegeben, weil das geplante Vorhaben aus den unter B. III. genannten Gründen gegen Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP und damit gegen bindende bundesrechtliche Vorgaben verstoßen würde. Es könnte daher auch nicht in zulässiger Weise Gegenstand eines Raumordnungsplans sein. Schon aus diesem Grund ist die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten nicht vertretbar.

Aus diesen Gründen muss das Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat den Antrag auf Zielabweichung auch nach dem einschlägigen nationalen Fachrecht ablehnen.

Für eine solche Ablehnung sprechen schließlich eine Reihe von weiteren Gründen wie zum Beispiel der Umstand, dass bei der Prüfung der Frage, ob die Abweichung unter raumordnerischen Gesichtspunkten vertretbar ist, die von der Zielabweichung betroffenen Grundsätze der Raumordnung zu beachten sind. Hierzu gehören aufgrund des in Art. 6 Abs. 2 Nr. 9 BayLplG normierten Grundsatzes der Zusammenarbeit im europäischen Raum auch die Vorgaben des Bodenschutzprotokolls.

Hierauf weist auch das LfU in seiner Stellungnahme vom 10.6.2015 auf S. 5 zutreffend hin. In dieser Stellungnahme finden sich auch weitere durchschlagende Gründe für eine Ablehnung der Zielabweichung.

Damit wäre der Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP auch an dieser Stelle rechtlich beachtlich.

2. Sonstige Anforderungen an die Flächennutzungsplanung

Sollte das Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat als oberste Landesplanungsbehörde die beantragte Zielabweichung dem zuwider in rechtswidriger Weise positiv bescheiden, so wäre zu beachten, dass der umstrittene Teilflächennutzungsplan, der die Verbindung der Skigebiete Grasgehren und Balder schwang erst bauplanungsrechtlich ermöglichen soll, auch die sonstigen rechtlichen Anforderungen an die Flächennutzungsplanung erfüllen müsste.

Zu diesen Anforderungen zählt namentlich das in § 1 Abs. 7 BauGB normierte Gebot, bei der Aufstellung der Bauleitpläne die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Von den dort genannten öffentlichen Belangen werden insbesondere rechtlich besonders geschützte Interessen erfasst.

Vgl. hier nur *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, *Baugesetzbuch (BauGB) Kommentar*, 12. Auflage 2014, § 1 Rdnr. 101.

Vor diesem Hintergrund gehen das Bayerische Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz (BayStMUGV) und das Bundesumweltministerium (BMU) in ihrem Leitfaden zur Anwendung der Alpenkonvention völlig zu Recht davon aus, dass die einschlägigen Konventionsbestimmungen auch bei der Aufstellung von Bauleitplänen zu berücksichtigen sind.

Vgl. BayStMUGV/BMU (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Leitfaden für ihre Anwendung, 2008, S. 9.

Daher wäre der Teilflächennutzungsplan auch unabhängig von einer (rechtswidrigen) Zielabweichungsentscheidung wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP materiell rechtswidrig.

3. Die fehlende Genehmigungsfähigkeit des Teilflächennutzungsplans

Sollte der Teilflächennutzungsplan dennoch von den Gemeinden beschlossen werden, so müsste er – so wie jeder Flächennutzungsplan – gemäß § 6 Abs. 1 und 3 BauGB binnen drei Monaten von der höheren Verwaltungsbehörde genehmigt werden. Dabei hat die höhere Verwaltungsbehörde gemäß § 6 Abs. 2 BauGB unter anderem zu prüfen, ob der Flächennutzungsplan sonstigen Rechtsvorschriften widerspricht. Dies können beliebige höherrangige Vorschriften des Bundes- oder Landesrechts sein.

Vgl. hier nur *Battis*, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzgesetzbuch (BauGB) Kommentar, 12. Auflage 2014, § 6 Rdnr. 101.

Damit würde der Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP auch auf dieser Ebene rechtlich durchschlagen. Denn die höhere Verwaltungsbehörde müsste die Genehmigung des Teilflächennutzungsplans wegen dieses Rechtsverstoßes trotz des insoweit missverständlichen Wortlauts des § 6 Abs. 2 BauGB versagen.

Vgl. hier nur *Krautzberger*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Loseblatt-Kommentar, Stand: November 2015, § 6 Rdnr. 25.

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

Damit ist zusammenfassend Folgendes festzuhalten:

1. Der Teilflächennutzungsplan, der die Verbindung der Skigebiete Grasgehren und Balderschwang überhaupt erst bauplanungsrechtlich ermöglichen soll, widerspricht dem Ziel Nr. 2.3.6 des geltenden Landesentwicklungsprogramms Bayern (LEP). Daher bedarf es zwingend einer positiven Entscheidung über den bereits gestellten Antrag auf Zielabweichung, sonst ist der Teilflächennutzungsplan rechtswidrig.
2. Zuständig für die Entscheidung über den Antrag ist zwar das Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat als oberste Landesplanungsbehörde. Es ist aber zu beachten, dass die Zulassung nach geltendem Landesrecht „im Einvernehmen“ mit dem fachlich berührten Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz erfolgen muss. Dies hat zur Folge, dass sich das zuständige „Heimatministerium“ nicht einseitig über die bisherige Ablehnung durch das „Umweltministerium“ hinwegsetzen darf. Anderenfalls wäre die Entscheidung über die Zielabweichung schon aus diesem Grund rechtswidrig.
3. Die Alpenkonvention von 1991 und das Protokoll zur Durchführung der Alpenkonvention im Bereich Bodenschutz von 1998 (im Folgenden: Bodenschutzprotokoll bzw. BodSchP) haben aufgrund der deutschen Zustimmungsgesetze den Rang von Bundesgesetzen und sind als solche grundsätzlich von allen staatlichen Organen auf Bundes- und Landesebene zu beachten. Das Bodenschutzprotokoll ist ferner als verbindliches Unionsrecht zu beachten, was wiederum für die Rechtsschutzmöglichkeiten von Umweltverbänden von Bedeutung sein kann. Zudem wird dadurch die Möglichkeit eröffnet, die EU-Kommission mit einem etwaigen Verstoß gegen das Bodenschutzprotokoll zu befassen.
4. Gemäß Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich des Bodenschutzprotokolls wirken die Vertragsparteien in der geeignetsten Weise darauf hin, dass Genehmigungen für den Bau und die Planierung von Skipisten in labilen Gebieten nicht erteilt werden. Diese Vorgaben sind nach ihrem Inhalt hinreichend konkret, um eine unmittelbare

rechtliche Wirkung zu entfalten. Sie sind daher in einschlägigen Verwaltungsverfahren von den zuständigen Verwaltungsbehörden als unmittelbar geltende bundesrechtliche Vorgaben zu beachten. Darüber hinaus hat sich der Freistaat Bayern mit seinen staatlichen Stellen mit der Novelle des Bayerischen Naturschutzgesetzes von 2011 in besonderer Weise verpflichtet, für einen effektiven Vollzug der Alpenkonvention, und damit auch des Bodenschutzprotokolls zu sorgen.

5. Die Entscheidung über die beantragte Zielabweichung ist nach der Planungskonzeption, die dem umstrittenen Teilflächennutzungsplans zugrunde liegt, notwendige Voraussetzung für die spätere Genehmigung der geplanten Verbindung der Skigebiete. Dies führt bei einer sachgerechten Auslegung unweigerlich zur Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP.
6. Dabei reicht es trotz der Konjunktion „und“ im Tatbestand der Bestimmung aus, wenn ein labiles Gebiet durch den Bau oder die Planierung einer Skipiste betroffen ist. Somit wäre es unerheblich, wenn das Tatbestandsmerkmal des Baues einer Skipiste tatsächlich, so wie von der VG Hörnergruppe behauptet, in den labilen Gebieten nicht relevant wäre. Denn Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP ist bereits dann anwendbar, wenn eine Planierung der Skipiste in den gefährdeten Bereichen nur zum Pistenbetrieb geplant ist. Dessen ungeachtet ist darauf hinzuweisen, dass die Behauptung der VG Hörnergruppe, es werde in den betroffenen Georisk-Flächen zu keinerlei baulichen Maßnahmen kommen, nach den vorliegenden Informationen wenig glaubwürdig erscheint.
7. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die VG Hörnergruppe von einem sehr engen Verständnis des Begriffs „labiles Gebiet“ ausgeht, das den räumlichen Zuschnitt allein auf solche Gebiete beschränkt, die im Bodeninformationssystem Bayern (BIS) als Georisk-Objekte erfasst sind. Demgegenüber sprechen eine Reihe von überwiegenden Gründen dafür, sämtliche Teile des Planungsraums, die in der „Gefahrenhinweiskarte“ des Bodeninformationssystems Bayern als Gefahrengebiete ausgewiesen sind, aufgrund der besonderen geologischen Ausgangslage und wegen der zu erwartenden Beeinträchtigungen als labile Gebiete im Sinne von Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP einzustufen.

8. Diese Teile des Planungsraums wären auch in großem Umfang durch das geplante Vorhaben konkret betroffen, und zwar nicht nur durch Planierungen der Skipiste in Betriebszeiten, sondern auch durch „echte“ Baumaßnahmen wie Waldrodungen oder die Errichtung von Betriebseinrichtungen. Aber selbst bei einem sehr engen Verständnis des Begriffs „labiles Gebiet“ erfüllt das geplante Vorhaben alle tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschrift.
9. Daher wäre es im Ergebnis nicht mit Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP vereinbar, wenn das Staatsministerium der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat dem Antrag auf Zielabweichung stattgeben würde.
10. Dies führt auch nach dem einschlägigen nationalen Fachrecht dazu, dass das Staatsministerium den Antrag auf Zielabweichung ablehnen muss.
11. Darüber hinaus wäre der Teilflächennutzungsplan auch unabhängig von der Zielabweichungsentscheidung wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 1 3. Anstrich BodSchP materiell rechtswidrig.
12. Aus diesem Grund dürfte der Teilflächennutzungsplan schließlich nicht von der höheren Verwaltungsbehörde genehmigt werden.



Prof. Dr. Kurt Faßbender