

**Titel:**

**Zur Privilegierung von Almwirtschaften im Außenbereich über die Grundversorgung von Wanderern hinaus**

**Normenketten:**

BauGB § 35 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2, Abs. 3 Nr. 5

BNatschG § 18 Abs. 2, 14, 30, 32, 34, 44, 63 Abs. 2 Nr. 5, 67 Abs. 1 S. 1 Nr. 2

BayNatSchG Art. 23 Abs. 1 Nr. 4, 56 S. 3

UmwRG § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 5, 2 Abs. 1, Abs. 3

**Leitsätze:**

1. Wesentliche Voraussetzung für eine Privilegierung von Almhütten aller Art ist, dass die Einrichtung der Allgemeinheit zur Verfügung steht. (Rn. 39) (redaktioneller Leitsatz)

2. Unter Berücksichtigung der aufwendig renovierten und in weiten Teilen komfortabel und eher luxuriös ausgestatteten Hütten zB des Alpenvereins ist eine zeitgemäße Grundversorgung von Wanderern und Skifahrern auch dann gegeben, wenn es eine gastronomisch anspruchsvollere Speisekarte gibt, so lange der Wandererbedarf an kleineren Mahlzeiten in üblichem Umfang berücksichtigt wird. (Rn. 49) (redaktioneller Leitsatz)

3. Sonderveranstaltungen für eine geschlossene Gesellschaft mit Shuttlebetrieb sind nicht mehr vom Bestimmungszweck einer gastronomischen Almwirtschaft für die Allgemeinheit umfasst. Da bereits begrifflich eine Almwirtschaft der Versorgung von vor allem Wanderern und Radfahrern dient, die bei Tageslicht unterwegs sind und die darüber hinaus für die Allgemeinheit geöffnet ist, widerspricht eine Sondernutzung durch geschlossene Gesellschaften bei Nacht außerdem dem Charakter als Almwirtschaft. (Rn. 50) (redaktioneller Leitsatz)

4. Der Zweck des öffentlichen Belangs des „Schutzes der natürlichen Eigenart der Landschaft“ ist es, eine wesensfremde Bebauung des Außenbereichs zu verhindern, damit der Außenbereich mit seiner naturgegebenen Bodennutzung für die Allgemeinheit erhalten bleibt. (Rn. 68) (redaktioneller Leitsatz)

5. Die Landschaftsschutzverordnung ist auch materiell rechtlich fehlerhaft, da sie absolute Bauverbote ohne Befreiungsregelung und ohne Binnendifferenzierung nach dem Grad der Schutzwürdigkeit der Gebiete anordnet. Die Verordnung ist nicht hinreichend bestimmt und verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. (Rn. 75 und 79) (redaktioneller Leitsatz)

6. Eine Landschaftsschutzverordnung, die eine absolute Sperrwirkung entfaltet ohne die Möglichkeit von Befreiungen vorzusehen ist deshalb wegen Verstoß gegen das Übermaßverbot regelmäßig nichtig. (Rn. 77) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Verbandsklage gegen Nutzungsänderung im Bestand von landwirtschaftlicher Alm in Almwirtschaft, keine Beeinträchtigung der Belange des Naturschutzes und der Eigenart der Landschaft wegen bestehender Vorbelastung, unwirksame Landschaftsschutzgebietsverordnung wegen Bekanntmachungsfehler, fehlender Befreiungsregelung von flächendeckendem Bauverbot und fehlender Differenzierung nach Schutzbedürftigkeit., absolute Sperrwirkung, Übermaßverbot, Landschaftsschutzverordnung, Befreiung, öffentliche Belange, natürliche Eigenart der Landschaft, Außenbereich, Shuttlebetrieb, Almwirtschaft, Sonderveranstaltungen, Privilegierung, Verbandsklage, Landschaftsschutzgebietsverordnung

**Tatbestand**

1

Der Kläger, eine nach § 3 Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) anerkannte inländische Vereinigung, wendet sich gegen die Baugenehmigung für den Umbau und die Nutzungsänderung einer landwirtschaftlichen Almhütte in eine Almwirtschaft auf Fl.Nr. 575 (Bad Wiessee), genehmigt mit Bescheid vom 30. August 2021.

2

Das Vorhabengrundstück liegt innerhalb des Landschaftsschutzgebietes „Schutz des Tegernsee und seiner Umgebung“ vom 4. Januar 1954. Die Almhütte wurde landwirtschaftlich genutzt, zuletzt aufgrund einer Baugenehmigung vom 19. Juni 2015. Der Beigeladene zu 1) (im Folgenden: Bauherr) ist Eigentümer dieses und weiterer Grundstücke sowie Hütten. Er beantragte mit am 26. November 2020 bei der Gemeinde und am 25. Januar 2021 beim Landratsamt Miesbach eingegangenen Antrag den Umbau und die Nutzungsänderung von einer landwirtschaftlichen Almhütte zu einer gastronomischen Almhütte sowie ein neues Nebengebäude als Abstellraum und für eine Abwasserkläranlage mit den Maßen 4 m x 12 m. Die Almhütte sollte im Bestand umgebaut und das bestehende Kellergeschoss erweitert werden.

### 3

Die beigeladene Gemeinde erteilte mit Beschluss vom 21. Januar 2021 und vom 25. März 2021 das gemeindliche Einvernehmen. Das Vorhaben sei nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert. Öffentliche Belange stünden nicht entgegen. Es handle sich um eine Almwirtschaft zur Bewirtung von Wanderern als Zwischenziel für eine Weiterwanderung in Richtung oder aus Richtung Aueralm und Fockenstein. Es sei die einzige bewirtschaftete Hütte im Gemeindegebiet. Die Alm läge an einem bestehenden familiengerechten Forst- und Wanderweg. Die Öffnungszeiten und das Angebot entsprächen einer Almwirtschaft zur üblichen ganztägigen Versorgung von Wanderern. Sonderveranstaltungen in Form einer geschlossenen Gesellschaft seien auf 15 Veranstaltungen im Jahr beschränkt und eine Abendöffnung sei auf Hüttenabende für die Allgemeinheit beschränkt.

### 4

Nach der Betriebsbeschreibung vom 11. Mai 2021 (Bl. 74 d. Behördenakte - BA) und den Ergänzungen durch den Fachbereich Naturschutz soll eine Almgaststätte in Form einer Speisegaststätte mit bewirtschafteter Freifläche errichtet werden. Die Öffnungszeiten sind ganzjährig durchgehend Montag bis Sonntag von 9.00 Uhr Morgens bis zum Einsetzen der Dämmerung. Einmal die Woche ist ein Hüttenabend für die Allgemeinheit mit Schließungszeit „24.00 Uhr“ beabsichtigt. Jährlich sollen 15 Sonderveranstaltungen für geschlossene Gesellschaften mit Kleinbus-Shuttle zum Parkplatz stattfinden. Musik sei als Hintergrund- oder Live-Musik ohne Außenlautsprecher vorgesehen. Für das Personal seien 3 Stellplätze vorgesehen sowie temporäre Stellplätze für Veranstaltungen. Eine Anlieferzone sei nicht erforderlich; der Lieferverkehr erfolge wöchentlich durch kleine LKW oder Transporter. Als Personal seien 2 Köche, 1 Hausmeister und 2 Bedienungen notwendig. Lärm sei nicht zu erwarten. Der Gastraum werde mechanisch über die Fenster entlüftet. Die Küche habe einen Küchendunstabzug mit Fettfilter und Abluft über das Dach. Die Wasserversorgung erfolge wie bisher über die Quelle oberhalb der Alm (Bl. 97 BA) oder gegebenenfalls über öffentliche Wasserversorgung der Gemeinde (Bl. 137 BA). Die Abwasserentsorgung werde mit einer Kleinkläranlage vorgenommen (Bescheid v. 21.7.2021, Bl. 123 BA).

### 5

Der Fachbereich Naturschutz nahm als Untere Naturschutzbehörde am 22. Juli 2021 Stellung (Bl. 126 BA). Es läge kein erheblicher Eingriff in die Natur und Landschaft im Sinne des § 14 Abs. 1 BNatSchG vor. Die bisher genutzten Flächen seien das Almgebäude umgeben von Intensivweide. Der Neubau des Nebengebäudes nehme nur wenig mehr Flächen in Anspruch als der Bestand. Das Vorhaben füge sich in das charakteristische Landschaftsbild ein. Eine Befreiung von der Landschaftsschutzverordnung werde wegen der ansonsten vorliegenden, unbeabsichtigten Härte erteilt. Auflagen hinsichtlich der Schließung immer vor dem Einsetzen der Dämmerung, der Beschränkung der Hüttenabende auf einmal die Woche und der Untersagung von Außenlautsprechern seien erforderlich.

### 6

Der Fachbereich Technischer Umweltschutz nahm am 23. Juli 2021 Stellung (Bl. 127 BA). Bei Einhaltung der Auflagen über den Liefer- und Kundenverkehr in der Zeit von 6.00 - 22.00 Uhr und der erforderlichen Dunstabzugshaube bestünden keine Einwendungen.

### 7

Die Kellererweiterung des bestehenden Kellergeschosses wurde mit Teilbaugenehmigung vom 3. Mai 2021 nach § 70 Satz 1 BayBO genehmigt (Bl. 60 BA). Die ist bestandskräftig.

### 8

Mit Bescheid vom 30. August 2021 wurde der Umbau und die Nutzungsänderung der bestehenden landwirtschaftlichen Almhütte zu einer gastronomischen Almhütte unter Auflagen genehmigt (Ziff. I). Die gemäß § 67 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG erforderlichen Befreiungen von § 3 Abs. 1 der

Landschaftsschutzverordnung „Schutz des Tegernsees und seiner Umgebung“ wurde durch die Genehmigung ersetzt (Ziff. II). Abweichungen von der Abstandsflächensatzung und der gemeindlichen Satzung über die Gestaltung baulicher Anlagen hinsichtlich der Überdeckung der Abstandsflächen und der Dachneigung von 28° statt 18° - 26° wurden unter Ziff. III - V. erteilt. Als Auflage enthält der Bescheid unter dem Punkt „Auflagen der Fachstelle - Fachlicher Naturschutz - Nr. 1“ in Satz 2 als verbindliche Auflage im letzten Absatz die Festsetzung, dass die genehmigte Betriebsbeschreibung vom 11. Mai 2021 mit Eingangsstempel 17. Mai 2021, die unter anderem in Spiegelstrich 5 insgesamt 15 Sonderveranstaltungen zulässt, einschließlich der Änderungen durch die Untere Naturschutzbehörde Bestandteil der Baugenehmigung ist. Das Vorhaben sei genehmigungspflichtig und auch genehmigungsfähig. Es läge eine geringfügige Erweiterung der Betriebsflächen um die Almhütte herum vor, die das charakteristische Landschaftsbild nur sehr gering verändere. Die Befreiung von der Landschaftsschutzverordnung wegen einer unbeabsichtigten Härte werde erteilt. Die Befreiung nach § 67 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG könnte unter Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens erteilt werden und werde durch die Baugenehmigung ersetzt (Art. 56 Satz 3 BayNatSchG). Die Voraussetzung für die Zulassung von Abweichungen nach Art. 63 BayBO lägen vor.

## **9**

Bereits vor Bescheidserlass hatte der Kläger mit Schreiben vom 20. Juli 2021 als Naturschutzverein und nach § 3 UmwRG anerkannter Naturschutzverband aufgrund eines Zeitungsartikels Einwendungen gegen den Um- und Ausbau der Wege sowie der Alm erhoben und weitere Informationen angefordert.

## **10**

Mit Schreiben vom 20. August 2021 (Bl. 186 BA) wurde dem Kläger der Stand des Genehmigungsverfahrens mitgeteilt. Gemeinsam mit der „Schutzgemeinschaft Tegernseer Tal“ hat der Kläger mit Schreiben vom 20. September 2021 eine Petition an das Ministerium für Wohnen, Bau und Verkehr, an das Ministerium für Landwirtschaft und Forsten und das Umweltministerium gerichtet. Das Landratsamt und die Gemeinde haben umfangreich Stellung genommen (Bl. 181 ff. BA). Wesentlicher Inhalt der Eingabe war, dass der Erholungsverkehr und die Wanderer durch die gastronomische Nutzung der Almhütte erst entstehen werde und dass keine Privilegierung der Almhütte vorliege. Ein besonders gravierender Eingriff sei der Ausbau des vorhandenen Weges. Die Genehmigung müsse aufgehoben und die Nutzung untersagt werden. Die Furt, die Brücke und die neue Straße müssten zurückgebaut werden.

## **11**

Auf die Schreiben wird Bezug genommen. Die Petitionsverfahren sind abgeschlossen.

## **12**

Mit Schreiben vom 25. Februar 2022 beantragte die Bevollmächtigte des Klägers bei Landratsamt Akteneinsicht in sämtliche behördlichen Unterlagen über den erteilten Baugenehmigungsbescheid vom 30. August 2021 einschließlich etwaig erteilter gaststättenrechtlicher Genehmigungen, über die vor dem 30. August 2021 erteilten Genehmigungen und Teilbaugenehmigungen für die Alm, über die anhängigen Verfahren zum Ausbau des ehemaligen Fußweges vom Söllbachtal zur Alm und zur Errichtung der Furt über den Söllbach (wasserrechtliche Verfahren, Verfahren zur Erteilung einer waldrechtlichen Erlaubnis) und über den Ziegenstall und den Tanzboden. Ferner wurde Auskunft verlangt, ob Ordnungswidrigkeitenverfahren durchgeführt oder eingeleitet wurden und die Hinzuziehung des Klägers als Beteiligten beantragt.

## **13**

Das Bauvorhaben ist fertiggestellt und der Betrieb wurde Ende 2021 aufgenommen.

## **14**

Gegen die Baugenehmigung vom 30. August 2021 haben die Bevollmächtigten des Klägers mit Schriftsatz vom 11. April 2022 Klage erhoben und mit Schriftsatz vom 8. Juni 2022 beantragt,

## **15**

Aufhebung des Baugenehmigungsbescheides des Landratsamtes vom 30. August 2021.

## **16**

Die Klage gegen den Bescheid vom 30. August 2021 sei nicht verfristet, da die Baugenehmigung dem Kläger gegenüber nicht bekannt gegeben wurde und keine Verwirkung des Klagerechts wegen des Verstoßes gegen Treu und Glauben vorläge. Der Kläger sei als anerkannte Umweltvereinigung klagebefugt,

da die Baugenehmigung umweltbezogene Rechtsvorschriften verletze und zu den satzungsgemäßen Aufgaben des Klägers die Förderung der Ziele des Umweltschutzes gehörten.

## 17

Die Klage sei auch begründet. Das Vorhaben sei baurechtswidrig, da keine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB vorläge. Die Alm läge nicht in einem Wander- und Erholungsgebiet, da eine touristische Erschließung fehle und diese durch die Gastronomie erst generiert werde. Einem sonstigen Vorhaben im Außenbereich nach § 35 Abs. 2 BauGB stünden die öffentlichen Belange des § 35 Abs. 3 BauGB entgegen.

Es bestehe ein Verstoß gegen artenschutzrechtliche Vorschriften, § 44 ff. BNatSchG, da keine artenschutzrechtliche Prüfung, der regelmäßig eine Bestandserhebung vorausgehe, stattgefunden habe. Ungeachtet dessen sei von der Verwirklichung des Störungsverbot des § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG auszugehen, da eine erhebliche Lärmbeeinträchtigung von dem Bau und dem Betrieb ausgehe. In den umgebenden Fichtenwäldern sei das sehr störungsempfindliche Auerhuhn angesiedelt. Im Süden grenze die Biotopfläche „Bodensaure Magerrasen auf Auer, Waxelmoos- und Söllbachaualm“ an, ein wertvoller Lebensraum für Schmetterlinge, Ameisen, Insekten und Vögel. Etwa 400 m nordwestlich der Alm gäbe es einen Fundpunkt des Haselhuhns. Dies habe hinreichend Anlass gegeben, durch den Vorhabensträger eine artenschutzrechtliche Prüfung zu verlangen. Es läge des Weiteren ein Verstoß gegen Habitatschutzrecht vor, da keine „FFH-Verträglichkeitsprüfung“ gemäß § 34 Abs. 1 BNatSchG und keine Verträglichkeitsvorprüfung vorgenommen worden seien mit der Folge, dass die Belange des Habitatschutzes nicht berücksichtigt wurde. Es fehle an der Ermittlung der nächstgelegenen NATURA 2000-Gebiete und von deren Erhaltungszielen; eine Beeinträchtigung dieser Ziele sei auch dann nicht ausgeschlossen, wenn das Vorhaben außerhalb eines solchen Gebietes läge. Das „FFH-Gebiet „Flyschberge bei Bad Wiessee“ läge in einer Entfernung von 860 m Luftlinie, weshalb eine erhebliche Beeinträchtigung der Erhaltungsziele nicht mit der erforderlichen Gewissheit auszuschließen sei. Im nächstgelegenen Teil dieses FFH-Gebietes gäbe es einen bodensauren Fichtenwald mit Lebensraum für das Auerhuhn, Haselhuhn, Birkhuhn, Waldschnepe, Dreizehenspecht und Weißrückenspecht, die dort geschützte Ruhezone hätten. Zumindest die Grundsätze eines potentiellen FFH-Gebietes würden eine Verträglichkeitsprüfung erfordern, bei der ein Mitwirkungsrecht der Klägerin bestehe, das ohne diese Prüfung verletzt werde. Das Vorhaben verstoße gegen den Biotopschutz, Art. 23 Abs. 1 Nr. 4 BayNatSchG i.V.m. § 30 BNatSchG. Das Biotop grenze an. Eine Prüfung des Eingriffs sei nicht untersucht worden, der zum Beispiel von dem Betrieb und dem Bau ausgehe, der Leitung zu nördlich liegenden Quellen und einer Beleuchtung der Wiese. Das Vorhaben verstoße gegen naturschutzrechtliche Eingriffsregelungen, §§ 13 ff BNatSchG; insbesondere sei die Beeinträchtigung vorhanden, aber nicht erkannt worden und es sei keine Kompensation erfolgt. In der Gesamtheit sei der öffentliche Belang § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB deshalb beeinträchtigt. Im Übrigen verstoße das Vorhaben gegen den Flächennutzungsplan und es bestehe die Gefahr der Entstehung einer Splittersiedlung. Die Erschließung sei ungenügend, da es nur zwei Forstwege gebe. Die Trinkwasserversorgung sei wohl unzureichend. Im Bescheid fehle eine Rückbauverpflichtung. Die Befreiung von der Landschaftsschutzverordnung gemäß § 67 Abs. 1 BNatSchG sei rechtswidrig. Es liege keine unzumutbare Belastung im Einzelfall vor. Der Bescheid berücksichtige insoweit nur die bauliche Erweiterung der Betriebsfläche, nicht jedoch die Auswirkungen der Nutzungsänderung. Das Vorhaben habe als nichtprivilegierter Fremdkörper erhebliche Auswirkungen auf die Charakteristik des Landschaftsschutzgebietes. Die diesbezügliche Ermessensausübung sei fehlerhaft, da die Behörde sich mit den öffentlichen Belangen nicht auseinandergesetzt habe. Die Befreiung sei auch formal unwirksam, da nach § 6 der Landschaftsschutzverordnung nur mit vorheriger Zustimmung der Höheren Naturschutzbehörde Ausnahmen erteilt werden können. Ungeachtet dessen komme es auf die Gültigkeit der Landschaftsschutzgebietsverordnung nicht verfahrensentscheidend an, da bereits bauplanungsrechtlich gegen § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB verstoßen werde.

## 18

Der Beklagte beantragte,

## 19

Klageabweisung.

## 20

Auf die Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB komme es vorliegend nicht an, da die Nutzungsänderung als Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB die Belange des § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB nicht

beeinträchtigt. Die Nutzungsänderung erfolge im Bestand. Es würden nur geringfügig mehr Flächen in Anspruch genommen. Das Vorhaben sei weiterhin Teil der kulturellen Landschaft. Im Umgriff der Alm habe Intensivbeweidung stattgefunden, weshalb es dort keine geschützte Arten gäbe. Der Tanzboden und der Ziegenstall seien nicht genehmigt und es werde eine bauaufsichtliche Prüfung durchgeführt.

**21**

Der Bevollmächtigte des beigeladenen Bauherren beantragte,

**22**

Klageabweisung.

**23**

Eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB läge vor, da sich das Vorhaben baulich weiterhin als Teil der kulturellen Landschaft darstelle. Es bestehe ein Bedarf für die Gastronomie, da dieses Gebiet touristisch stark frequentiert werde. Auch der einfache Wanderer habe einen Anspruch auf Essen und Trinken, nicht nur der Hochleistungsbergsteiger nach einer langen Tour. Die vorhandenen Wege seien teilweise schon Jahrhunderte alt und bereits in der während der im Gerichtstermin eingesehenen Wanderkarte aus den 80er-Jahren eingezeichnet.

**24**

Die Beteiligten erklärten übereinstimmend, dass sie keine Schriftsatzfrist benötigten.

**25**

In der mündlichen Verhandlung und im Augenschein wurden der naturschutzfachliche Vortrag des Klägers ausführlich in tatsächlicher Hinsicht mit dem Vertreter der Unteren Naturschutzbehörde erörtert; auf das Protokoll wird Bezug genommen.

**26**

Zur Klarstellung wird im Hinblick auf die Diskussion zu Beginn der Verhandlung darauf hingewiesen, dass für 10 Uhr unter Angabe der Adresse des Bauvorhabens ordnungsgemäß geladen wurde. Das Gericht hat den Termin nicht auf 9 Uhr am Wanderparkplatz verlegt. Da die Klägerseite umfangreich zur Erschließung und zum Ausbau des Wanderwegs vorgetragen hat sah sich das Gericht veranlasst, die Strecke ab 9 Uhr ab dem Parkplatz zu Fuß zu gehen und hat es den Beteiligten überlassen, wie sie den Verhandlungsort erreichen. Die Information, dass das Gericht läuft und nicht fährt haben die Beteiligten erhalten.

**27**

Verhandlungsbeginn war erst nach Eintreffen der Kläger auf dem Vorhabensgrundstück.

**28**

Wegen der Einzelheiten wird auf die Gerichts- und die beigezogene Behördenakte sowie das Protokoll über die mündliche Verhandlung Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

**29**

Die zulässige Klage hat nur teilweise Erfolg.

**30**

Verfahrensgegenstand ist ausschließlich die Baugenehmigung vom 30. August 2021 (I.). Die Klage dagegen ist zulässig (II.). Die bewirtschaftete Almhütte ist nicht im Außenbereich nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB privilegiert (III.). Die Klage ist begründet, soweit 15 Sonderveranstaltungen im Jahr für geschlossene Gesellschaften mit Shuttleservice genehmigt wurden (IV). Ansonsten ist die Klage unbegründet, da die Nutzungsänderung im Übrigen nicht gegen § 35 Abs. 3 Nr.5 BauGB verstößt und insbesondere weder die Belange des Natur- und Artenschutzes (V. 1.) noch die natürliche Eigenart der Landschaft (V. 2.) beeinträchtigt werden. Da die Landschaftsschutzgebietsverordnung nichtig ist bedurfte es keiner Befreiung (VI.).

**31**

I. Verfahrensgegenstand ist lediglich die Baugenehmigung vom 30. August 2021.

**32**

Die Teilbaugenehmigung vom 29. April 2021 für die Erweiterung des Kellers und des Untergeschosses war bei der Akteneinsicht vorhanden, dem Kläger bekannt und wurde nicht angefochten. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 15. Juni 2022 war die Jahresfrist bereits abgelaufen (§ 58 Abs. 2 VwGO). Ebenfalls nicht Verfahrensgegenstand sind Baumaßnahmen an Wegen und Brücken. Das Vorhabengrundstück ist und war durch Forst- und Waldwege erschlossen, die teils im Eigentum der Forstverwaltung und teils im Eigentum des Bauherrn sind. Ausbau und Befestigungsmaßnahmen der Wege und der Brücke sind nicht Gegenstand des Baugenehmigungsverfahrens. Zweifel daran, dass die Almwirtschaft für Besucher zu Fuß und mit dem Fahrrad, nicht jedoch mit dem Auto erreichbar ist, bestehen nach dem Ergebnis des Augenscheins und der mündlichen Verhandlung keine. Im Hinblick auf den Vortrag der Klägerseite, dass die ordnungsgemäße Erschließung bezweifelt werde, ist das Gericht ab dem Wanderparkplatz im Tal zu Fuß zu der Alm gegangen und auf dem Rückweg gefahren. Sowohl bei dem Fußweg als auch dem Fahrweg handelt es sich um typische Forst- und Waldwege, die mit einer Schranke für den Autoverkehr gesperrt sind. So ist die Alm ab dem Wanderparkplatz im Tal bei durchschnittlichem Tempo und durchschnittlicher Kondition in 45 Minuten erreichbar und nicht für Kinderwagen, Rollator etc. geeignet. Da die Klägerseite nicht zu Fuß mitgegangen ist, sondern mit dem Auto fahren wollte und an der Parkplatzschranke abgeholt werden musste, wurden diese Feststellungen in das Protokoll aufgenommen und nicht bestritten.

### 33

II. Die Klage gegen die Baugenehmigung vom 30. August 2021 ist zulässig.

### 34

1. Der Kläger ist nach § 42 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 2 Abs. 1, § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG klagebefugt. Es handelt sich um eine nach § 3 UmwRG anerkannte Umweltvereinigung, die nach ihrem satzungsmäßigen Aufgabenbereich gemäß § 2 der Satzung die Förderung des Schutzes von Natur und Landschaft - vor allem der Bergwelt - zum Zweck hat und zum Erhalt, der Pflege und Wiederherstellung der Eigenart, Schönheit und Ursprünglichkeit von Natur und Landschaft mit ihrer natürlichen Vielfalt beitragen will. Das Bauvorhaben befindet sich im Gebiet der Landschaftsschutzverordnung „Schutz des Tegernsees und seiner Umgebung“, die in § 3 ein Bauverbot vorsieht und von der gemäß § 67 Abs. 1 BNatSchG, Art. 56 Satz 3 BayNatSchG befreit wurde. Diese Befreiung von einer umweltbezogenen Rechtsvorschrift ist eine Entscheidung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG. Die Klage wird weiterhin auf eine Verletzung des bauplanungsrechtlichen öffentlichen Belangs des § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB gestützt und damit auf die Verletzung einer umweltbezogenen Rechtsvorschrift.

### 35

2. Die Klage ist nicht verfristet. Die Baugenehmigung wurde dem Kläger, einem nicht im Bereich des Landratsamtes Miesbach ansässigen Verein, nicht bekanntgegeben, weshalb die Klagefrist nicht begonnen hat (§ 74 Abs. 1 VwGO). Es gilt daher die Jahresfrist, die eingehalten wurde.

### 36

3. Zugunsten des Klägers wird vorliegend keine Verwirkung des Klagerechts angenommen. Der Kläger hatte bereits kurz nach Erlass der Baugenehmigung Kenntnis und sich mit umfangreichen Eingaben an verschiedene bayerische Ministerien gewandt. In Kenntnis der Baugenehmigung wurde die Klage erst 8 Monate nach Bescheidserlass erhoben, nachdem der Betrieb bereits aufgenommen worden war. Eine Verwirkung wegen eines Verstoßes gegen Treu und Glaube liegt dann vor, wenn eine Klage erst zu einem Zeitpunkt erhoben wird, mit der der Bauherr nicht mehr mit einer Klageerhebung hätte rechnen müssen und der Kläger bereits von dem Klagegrund längere Zeit davor Kenntnis hatte (BVerwG, U. v. 10.8.2000 - 4 A 11/99 zum Planfeststellungsverfahren). Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass dem Kläger als Klageberechtigten bewusst sein musste, dass die Möglichkeit der Klageerhebung bestand. Es wurde jedoch durch diesen kein Vertrauenstatbestand geschaffen. Im Hinblick auf die Petitionen des Klägers ist nicht davon auszugehen, dass die Berechtigten davon ausgehen durften, dass der Kläger dieses Recht nicht mehr geltend macht und sein Klagerecht nicht mehr ausübt. Da die Verwirkung an einem im Vergleich zu dem vorangegangenen Verhalten widersprüchliches und unredliches Verhalten anknüpft (Brenner in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, Rn. 57) ist eine Verwirkung nicht anzunehmen. Aufgrund der Eingaben und des Umstandes, dass der Kläger Akteneinsicht über seine Bevollmächtigten beantragt hat, war für die Behörde nicht verlässlich davon auszugehen, dass keine Klage erfolgt.

### 37

III. Die Almhütte mit gastronomischen Angebot ist im hier vorliegenden Einzelfall einer Nutzungsänderung der bestehenden Alm kein im Außenbereich privilegiertes Vorhaben iSd. § 35 Abs. 1 Nr.4 BauGB, sondern ein sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB. Eine Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr.4 BauGB kann unter Berücksichtigung der strengen Anforderungen an den Schutz des Außenbereichs vor baulichen Nutzungen wegen der in kurzer Entfernung bereits vorhandenen Almwirtschaften hier nicht angenommen werden; nach dieser Sachlage und wegen der jeweils unterschiedlichen Umgebung ist der hier entschiedene Fall nicht auf andere bewirtschaftete Hütten übertragbar.

### 38

Bei der hier vorliegenden naturschutzrechtlichen Verbandsklage werden im Rahmen des satzungsmäßigen Vereinszwecks im jeweiligen Einzelfall nur eine Verletzung umweltbezogener Rechtsvorschriften geprüft. Nur hierauf kann sich der Verein berufen. In diesem Zusammenhang kann eine anerkannte Naturschutzvereinigung inzident im Rahmen des § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB auch rügen, dass das Vorhaben zu Unrecht als privilegiert iSd § 35 Abs. 1 BauGB behandelt wurde (OVG Lüneburg, B.v. 16.12.2019 - 12 ME 87/19). Als Entscheidung im Einzelfall ist es rechtlich ausgeschlossen, alle Hütten in den Bergen baurechtlich gleich zu behandeln, da bereits die Umgebung jeweils anders ist.

### 39

1. Eine Privilegierung gem. § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB einer Almwirtschaft ist im Einzelfall vorhanden, wenn sich der gastronomische Betrieb auf das beschränkt, was erforderlich ist um vor allem Wanderer mit Brotzeit und Getränken angemessen und auf übliche Weise zu versorgen (BayVGH, B.v. 15.11.2012 - 1 ZB 10.2422). Der Privilegierungsrahmen des § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB wird überschritten, wenn der Gaststättenbetrieb nicht auf die Versorgung von Wanderern zielt oder durch eine typische Gastronomie für Wanderer geprägt wird, sondern darauf ausgerichtet ist, die besondere Erholungseignung des Standortes auszunutzen, um die Nachfrage von anderen Gästegruppen - wie etwa Autofahrern, Busgesellschaften oder sonstigen geschlossenen Gesellschaften - zu befriedigen oder erst zu erzeugen (BVerwG, B.v. 6.9.1999 - 4 B 74/99; OVG Magdeburg, B.v. 8.10.2003 - 2 L 389/01). Im Zusammenhang mit einem Skigebiet hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof darauf abgestellt, dass es in zeitlicher und räumlicher Hinsicht genügt, wenn Skifahrer nur in größeren zeitlichen Abständen einen so genannten „Versorgungsstützpunkt“ antreffen; es genüge für eine Privilegierung nicht, wenn ein geplanter zusätzlicher Gaststättenbetrieb zu einer Bereicherung und Aufwertung des Skigebietes führen würde (BayVGH, B.v. 15.11.2012 - 1 ZB 10.2422). Wesentliche Voraussetzung für Hütten aller Art ist, dass die Einrichtung der Allgemeinheit zur Verfügung steht, gegebenenfalls nach Maßgabe weiterer Voraussetzungen (Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: 8/2021, § 35 Rn. 57 m.w.N.). Der Tatbestand ist eng auszulegen. Danach sind Ausfluggaststätten, Berg- und Skihütten und Almgaststätten nur dann privilegiert, wenn sie als Einkehrmöglichkeit für die Allgemeinheit auf den Außenbereich angewiesen sind, weil sie in einem Ski- und Wandergebiet liegen und der gastronomischen Grundversorgung dienen (BayVGH, B.v. 15.11.2012 - 1 ZB 10.2422). Soweit das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 6. September 1999 (B. - 4 B 74/99) eine zeitliche Beschränkung der Baugenehmigung auf bestimmte Jahreszeiten voraussetzte, ist dies dem Einzelfall einer Skihütte geschuldet und kann nicht generell auf alle bewirtschafteten Hütten übertragen werden.

### 40

Gemessen daran und übertragen auf heutige Standards und die Eigenart des vorhandenen, touristisch erschlossenen Wandergebietes in Ortsnähe am Tegernsee legt die Kammer als Maßstab für die Versorgung von Wanderern in qualitativer Hinsicht nicht die Standards einer spärlichen Grundversorgung mit Essen und Trinken zugrunde. Unter Berücksichtigung der aufwendig renovierten und in weiten Teilen komfortabel und eher luxuriös ausgestatteten Hütten zB des Alpenvereins ist eine zeitgemäße Grundversorgung von Wanderern und Skifahrern auch dann gegeben, wenn es eine gastronomisch anspruchsvollere Speisekarte gibt, so lange der Wandererbedarf an kleineren Mahlzeiten in üblichem Umfang berücksichtigt wird. Dies ist vorliegend der Fall, da die Speisekarte die üblichen Brotzeiten und kleinere Gerichte enthält und von 9.00 Uhr bis zur Dämmerung durchgehend für eine Rast geöffnet ist; die langdauernde Gerichtsverhandlung vor Ort hat bestätigt, dass Wanderer und Radfahrer dort einen Zwischenstopp auf dem weiteren Weg einlegen.

### 41

Soweit der Kläger vorträgt, dass das gastronomische Angebot nicht dem einer einfachen Hütte in den Bergen entspricht ist darauf hinzuweisen, dass auch die Sektionen des Deutschen Alpenvereins und des

Österreichischen Alpenvereins, die zu seinen Mitgliedern zählen, für ihre Berghütten teilweise deutlich anspruchsvollere Standards anlegen und in den letzten Jahren große Neubauten für den anspruchsvollen Bergsteiger und Wanderer errichtet haben. Diesen Standard der Alpenvereinshütten legt die Kammer als zeitgemäß auch mit Blick auf die Frage der bauplanungsrechtlichen Privilegierung zugrunde.

#### 42

Zweifel daran, dass die Almwirtschaft nur für Wanderer und Radfahrer erreichbar ist, bestehen nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung und des Augenscheins aufgrund der Entfernung zum Wanderparkplatz im Tal und der mit einer Schranke abgesperrten Wege keine. Das Gericht hat vor Beginn des Augenscheins und der mündlichen Verhandlung den Weg vom Wanderparkplatz im Tal zum Verhandlungsort zu Fuß zurückgelegt. Es handelt sich um einen Forstweg bergauf, der voraussetzt, dass Wanderer keine besondere Kondition besitzen müssen, aber gut zu Fuß sind. Entgegen dem Klagevortrag bestehen danach keine Zweifel daran, dass das Vorhaben nicht durch den allgemeinen Autoverkehr oder Busgesellschaften erreichbar ist. Der Kläger kann dies bestätigen, da auch seinen Vertretern die Zufahrt mit eigenem Fahrzeug zum Verhandlungsort nicht möglich war. Die Genehmigung von den geplanten 15 Sonderveranstaltungen im Jahr mit Shuttle-Service wurde aufgehoben.

#### 43

2. Der Vortrag des Klägers, dass die Bewirtschaftung der Alm in einem touristisch nicht erschlossenen Gebiet erst einen Versorgungsbedarf schaffe, trifft im hier vorliegenden Einzelfall nach Aktenlage und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung nicht zu.

#### 44

Maßgeblich ist zum einen der Charakter des jeweiligen Gebiets, so wie es zum Zeitpunkt des Bauvorhabens vorhanden ist. Hier ist das gesamte ortsnaher Gebiet mit einer Vielzahl von Wanderwegen verschiedener Schwierigkeitsgrade touristisch erschlossen. Deshalb geht die Kammer davon aus, dass für Urlauber am Tegernsee ein Versorgungsbedarf (Getränke u. Toilette) nach einer Stunde Weg bergauf besteht.

#### 45

Zum anderen ist der diesbezügliche Vortrag unsubstantiiert geblieben, da eine Zunahme der Zahl der Wanderer offen ist. Entgegen der Annahme in den Akten ist der Söllbach-Parkplatz im Tal an der Straße ein normaler und ortstypischer Wanderparkplatz für alle und kein Parkplatz für das hier verfahrensgegenständliche Vorhaben. Unter Berücksichtigung dessen, dass es sich in dem ortsnahen Bereich um ein touristisch erschlossenes Wandergebiet mit einer Vielzahl von Wanderwegen handelt, ist eine Zählung der belegten Parkplätze am Wanderparkplatz deshalb ungeeignet, um festzustellen, ob durch die Almwirtschaft eine touristische Nachfrage erzeugt wird. Von dem Parkplatz „Söllbach“ aus sind viele Wanderziele erreichbar und verschiedene Wege möglich, die auch - aber nicht zwingend - an der hier verfahrensgegenständlichen Almwirtschaft vorbeiführen und an deren Endpunkten bewirtschaftete Berghütten und Almen stehen.

#### 46

3. Aus Sicht der Kammer handelt es sich hier um ein sonstiges Vorhaben iSd. § 35 Abs. 2 BauGB, da vorliegend einer Privilegierung des Vorhabens in diesem Einzelfall entgegen steht, dass es in der Nähe in kurzer Entfernung zwei weitere Almwirtschaften gibt und es daher an der Erforderlichkeit einer bewirtschafteten Alm als weiterem Versorgungsstützpunkt für Wanderer fehlt.

#### 47

Im Hinblick auf die tatbestandlich eng gefassten Voraussetzungen einer Privilegierung nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB für Hütten im Außenbereich sind für die Beurteilung der Erforderlichkeit zur Grundversorgung von Wanderern und Radfahrern die unmittelbar auf dem Weg und die in der Nachbarschaft befindlichen Gastronomiebetriebe mit einzubeziehen. Auf dem Weg zu der hier verfahrensgegenständlichen Almwirtschaft wird aktuell ein Neubau als Ersatzbau für eine Gastwirtschaft errichtet, die vor Erreichen des Parkplatzes ausreichende Versorgungsmöglichkeiten bietet. Ebenfalls auf dem Weg zur hier verfahrensgegenständlichen Almwirtschaft zweigt der Weg zu einer anderen Alm ab, die eine Baugenehmigung als Almwirtschaft hat und aktuell nur für geschlossene Gesellschaften genutzt wird; die Entfernung voneinander ist gering und der Weg zum Tal ungefähr gleichlang. In einer Entfernung von ca. 30 Minuten bergauf gibt es außerdem eine weitere bewirtschaftete Alm. Unter Berücksichtigung dessen fehlt es vorliegend für die Nutzungsänderung in eine Gastronomie für Wanderer an der Erforderlichkeit eines zusätzlichen gastronomischen Betriebs als Versorgungsstützpunkt. Aus diesem Grunde ist hier die

Nutzungsänderung einer landwirtschaftlichen Alm in eine bewirtschaftete Alm kein privilegiertes Vorhaben nach § 35 Abs. 1 Nr. 4 BauGB.

#### **48**

IV. Die Klage ist teilweise begründet. Ihr war im tenorierten Umfang stattzugeben.

#### **49**

Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig, soweit der beigeladene Bauherr aufgrund der Baugenehmigung berechtigt war, im Jahr 15 Sonderveranstaltungen für geschlossene Gesellschaften mit Shuttleservice und ohne zeitliche Begrenzung durchzuführen. Als einem sonstigen Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB werden nach den Ausführungen des Klägers und des Fachlichen Naturschutzes durch den Betrieb bei Nacht und den Shuttle-Verkehr Belange des Naturschutzes, § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB beeinträchtigt

#### **50**

Übereinstimmend wurde aus fachlicher Sicht dargelegt, dass die überwiegend nachtaktive Tierwelt ab Eintritt der Dämmerung besonderen Schutz vor Lärm bedarf, der von einem zeitlich unbegrenzten Betrieb durch die Feiern und den Autoverkehr bei Nacht ausgeht. Nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung und der Aktenlage sowie den Stellungnahmen des Naturschutzes ist eine Beeinträchtigung der Tierwelt bei einer Nutzung der Wege durch Fußgänger und Radfahrer bei Tag und durch den gastronomischen Betrieb nicht zu befürchten, wenn mit Eintritt der Dämmerung die Alm geschlossen wird. Dies ist in dem hier für Wanderer stark erschlossenen und touristisch geprägten Gebiet schlüssig und nachvollziehbar, da die Tiere an menschliche Äußerungen und gelegentlichen Fahrverkehr bei Tag gewöhnt sind. Die nach der Betriebsbeschreibung beabsichtigten und durch die Baugenehmigung genehmigten Sonderveranstaltungen haben keine zeitlichen Beschränkungen und finden gegebenenfalls die Nacht hindurch statt. Dazu kommt ein Shuttle-Dienst durch Fahrzeuge, ebenfalls bei Nacht. Durch die damit verbundene Störung der Tierwelt besteht eine Beeinträchtigung der Natur. Insbesondere der Shuttle-Betrieb mit Fahrzeugen ist ein Eingriff in Belange des Naturschutzes durch Störung der nachtaktiven Tiere, der vermeidbar ist. Da bereits begrifflich eine Almwirtschaft der Versorgung von vor allem Wanderern und Radfahrern dient, die bei Tageslicht unterwegs sind und die darüber hinaus für die Allgemeinheit geöffnet ist, widerspricht eine Sondernutzung durch geschlossene Gesellschaften bei Nacht außerdem dem Charakter als Almwirtschaft. Anders als die nach Angaben der Beteiligten üblichen und für die Allgemeinheit zugänglichen Hüttenabende unter der Woche ist eine geschlossene Veranstaltung auf der Alm auch keine für eine Almwirtschaft typische und traditionelle Veranstaltung, die am Abend und die Nacht hinein stattfindet. Sonderveranstaltungen für eine geschlossene Gesellschaft sind deshalb nicht mehr vom Bestimmungszweck einer gastronomischen Almwirtschaft für die Allgemeinheit umfasst. Der geplante Shuttledienst auch bei Nacht und die unbegrenzte Öffnungszeit gehören nicht zum Wesen einer Almwirtschaft, die dazu dient, Wanderer und Radfahrer, nicht jedoch Auto- und Busreisende zu versorgen.

#### **51**

V. Im Übrigen war die Klage abzuweisen. Das Vorhaben beeinträchtigt keine öffentlichen Belange nach § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB.

#### **52**

Nach § 35 Abs. 2 BauGB können sonstige Vorhaben im Einzelfall zugelassen werden, wenn ihre Ausführung oder ihre Benutzung öffentliche Belange nicht beeinträchtigt und die Erschließung gesichert ist. Hier maßgeblich ist für den Erfolg der Klage als naturschutzrechtliche Verbandsklage nur die Beeinträchtigung der Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege, des Bodenschutzes oder die natürliche Eigenart der Landschaft, § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB. Das Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB beeinträchtigt öffentliche Belange, § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB, nur in dem Umfang, in dem der Klage stattgegeben wurde. Im Übrigen widerspricht die Nutzungsänderung von einer landwirtschaftlich genutzten Alm in eine bewirtschaftete Alm nicht den Belangen des § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB, da keine Beeinträchtigung des Naturschutzes und der Landschaftspflege oder der natürlichen Eigenart der Landschaft und ihres Erholungswertes oder eine Verunstaltung des Orts- und Landschaftsbildes vorliegt.

#### **53**

1) Die von dem Kläger angeführten Verstöße gegen die artenschutzrechtlichen Verbotstatbestände (§§ 44 ff. BNatSchG), gegen das Habitatschutzrecht (§ 34 BNatSchG), den Biotopschutz (Art. 23 Abs. 1 Nr. 4 BayNatSchG i.V.m. § 30 BNatSchG) und die naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen (§ 13 ff.

BNatSchG) liegen nach dem Ergebnis des Augenscheins und der mündlichen Verhandlung nicht vor. Der Vortrag des Klägers blieb unsubstantiiert.

#### **54**

Nach § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB gehört der Naturschutz zu den öffentlichen Belangen, weshalb die zuständige Baubehörde im Rahmen der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit eines Vorhabens auch dessen naturschutzrechtliche Zulässigkeit zu prüfen hat. Naturschutzrechtlich zulässig ist ein Vorhaben nur dann, wenn es die arten- und naturschutzrechtlichen Verbote nicht verletzt. Dementsprechend stehen vor allem artenschutzrechtliche Verbote einem Vorhaben im Außenbereich unabhängig von der Privilegierung sowohl als verbindliche Vorschriften des Naturschutzrechts als auch als Belange des Naturschutzes im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB zwingend entgegen, wenn sie naturschutzrechtlich weder durch eine Ausnahme noch eine Befreiung überwunden werden können (BVerwG, Urt. v. 27.06.2013 - 4 C 1.12 -).

#### **55**

Die Nutzungsänderung von einer landwirtschaftlichen Almhütte in eine gastronomisch bewirtschaftete Almhütte verstößt im hier vorliegenden Einzelfall nicht gegen naturschutzrechtliche Vorschriften. Es handelt sich hier um eine Nutzungsänderung im baulichen Bestand mit einer geringfügigen Erweiterung durch ein Nebengebäude und durch den Terrassenbereich. Umgebaut wurde im Wesentlichen der bestehende Stall. Die Almhütte selbst wurde weder in der Kubatur noch in der Gestaltung verändert. Nach dem Ergebnis des Augenscheins besteht die Weidewirtschaft als intensive Grünlandnutzung auf den an das Gebäude und die Zufahrt angrenzenden Grünflächen fort. Das Gebäude mit dem Nebengebäude und einem kleinen Umgriff wird an drei Seiten von Weideflächen umgeben und grenzt an der Nordseite an einen Feld- und Wanderweg, an dessen Nordseite das Gelände als Grünfläche stark ansteigt und erst am Kamm bewaldet ist. Im Anschluss an die Weideflächen grenzt Wald. Das Vorhaben liegt nicht in einem Biotop und nicht in einem FFH-Gebiet. Im Einzelnen gilt:

#### **56**

a) Nach dem Ergebnis des Augenscheins und der mündlichen Verhandlung ist nicht erkennbar, dass das artenschutzrechtliche Zugriffsverbot des § 44 BNatSchG berührt ist und deshalb vor der Genehmigung der Nutzungsänderung eine Bestandserhebung des Arteninventars erforderlich war.

#### **57**

Nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG ist es verboten, wildlebenden Tieren der besonders geschützten Arten nachzustellen, sie zu fangen, zu verletzen oder zu töten oder ihre Entwicklungsformen aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG ist es verboten, wildlebende Tiere der streng geschützten Arten und der europäischen Vogelarten während der Fortpflanzungs-, Aufzucht-, Mauser-, Überwinterungs- und Wanderungszeiten erheblich zu stören wobei eine erhebliche Störung vorliegt, wenn sich durch die Störung der Erhaltungszustand der lokalen Population einer bestimmten Art verschlechtert. § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG verbietet es, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten der wild lebenden Tiere der besonders geschützten Arten aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören.

#### **58**

Diese Voraussetzungen liegen hier bereits tatbestandlich nicht vor. Der diesbezügliche Vortrag der Klägerseite entspricht nicht den tatsächlichen Verhältnissen vor Ort. Die Vorschriften zum Schutz besonders geschützter Tier- und Pflanzenarten mit ihren Verboten setzen voraus, dass geschützten Tiere vorhanden sind oder dort ihren Lebensraum haben könnten. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich um ein umgenutztes Almgebäude handelt, dass von intensiver Weidewirtschaft umgeben ist, hat der Vertreter des fachlichen Naturschutzes schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass eine Bestandserhebung vor Ort über das Arteninventar nicht veranlasst war.

#### **59**

Das von dem Kläger angeführte Auerhuhn lebt im Wald und in einem etwa 850 m entfernten, geschützten Waldgebiet. Das Biotop im Süden „Bodensaure Magerrasen“ mit diversen Vogelarten grenzt ausweislich des BayernAtlas nicht an das Vorhaben an. Das Haselhuhn, das etwa 400 m nordwestlich aufgefunden wurde, lebt nicht auf der Weide. Die mögliche Störung durch Bautätigkeit, aufgrund derer nach Auffassung der Klägerseite ein Verstoß gegen das Zerstörungsverbot des § 44 Abs. 1 Nrn. 1 und 3 BNatSchG nicht ausgeschlossen werden könne, ist nicht Bestandteil der Baugenehmigung, sondern der Bauarbeiten, die zum Zeitpunkt der Klageerhebung ausserdem bereits beendet waren. Im Übrigen ist auch insoweit

substantiierter Vortrag ausgeblieben. Soweit im Hinblick auf Lärm, Verkehr und Wanderern auf neuen Wegen die Gefahr eines Störungsverbot nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG verwirklicht werden könnte, hat der Vertreter des Fachlichen Naturschutzes schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass die beauftragte Schließungszeit mit der Dämmerung die nachtaktiven Tiere vor einer Schädigung durch Lärm schützt. Unter Berücksichtigung dessen, dass die Wege nicht neu sind, kein Straßenverkehr stattfindet und allenfalls die Zahl der Wanderer in dem in der Nähe des Tegernsees nicht unberührten Gebiet, sondern touristisch für Wanderer erschlossenen Gebiets ansteigt, ist dies nachvollziehbar. Die Klägerseite ist dem nicht substantiiert entgegengetreten.

#### **60**

b) Ein Verstoß gegen das Habitatschutzrecht, § 34 BNatSchG, ist ebenfalls nicht erkennbar. Eine FFH-Verträglichkeitsprüfung wurde zu Recht nicht durchgeführt, da es sich hier nicht um ein NATURA 2000-Gebiet oder ein FFH-Gebiet handelt. Eine FFH-Verträglichkeitsvorprüfung durfte nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung und des Augenscheins unterbleiben, da hier ein Gebiet mit bestehender intensiver Weidewirtschaft umgenutzt werden sollte.

#### **61**

§ 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG verlangt keine formalisierte Durchführung einer FFH-Vorprüfung, sondern regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Verträglichkeitsprüfung geboten ist. Fehlen diese Voraussetzungen, weil eine erhebliche Beeinträchtigung der Erhaltungsziele des Gebiets ohne vertiefte Prüfung ausgeschlossen werden kann, ist der Verzicht auf eine Verträglichkeitsprüfung nicht rechtsfehlerhaft. Dies ist dann der Fall, wenn anhand leicht zu ermittelnder Umstände offensichtlich ausgeschlossen ist, dass es zu erheblichen Beeinträchtigungen kommt (VG Hannover U.v.21.3.2022 - 12 A 3098/17 mit weiteren Nachweisen). Schon bei der Vorprüfung, ob eine solche FFH-Verträglichkeitsprüfung geboten ist, gilt ebenfalls, dass rein theoretische Besorgnisse von vornherein keine Prüfungspflicht begründen und als Grundlage für die Annahme erheblicher Beeinträchtigungen ausscheiden, die dem Vorhaben entgegengehalten werden können (vgl. BVerwG, Urt. v. 17.01.2007 - 9 A 20/05).

#### **62**

Nach diesen Grundsätzen führt die Tatsache, dass ein FFH-Gebiet in etwa 850 m Entfernung liegt, nicht dazu, dass eine erhebliche Beeinträchtigung der Erhaltungsziele eines FFH-Gebietes mit der erforderlichen Gewissheit nicht ausgeschlossen werden kann. Es bestehen keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür und die Klägerseite hat nicht dargelegt, aus welchen Gründen dies hier der Fall sein könnte. Der Vortrag, dass die bodensauren Fichtenwälder des Biotops mit ihrem Lebensraum für Auerhuhn, Haselhuhn, Birkhuhn, Waldschnepfe, Dreizehenspecht und Weißrückenspecht sowie der Schutz der Ruhezeiten mit nicht ausschließbarer Wahrscheinlichkeit beeinträchtigt würde, ist unschlüssig. Es handelt sich um Vögel, die ihre Ruhezeiten im Wald haben und nicht auf einer Tierweide leben. Die bloße Behauptung ohne nachprüfbare Anhaltspunkte genügt nicht, um die Einschätzung des Fachlichen Naturschutzes des Landratsamtes zu widerlegen, dass eine Intensivweide nicht die Voraussetzungen eines potentiellen FFH-Gebietes zum Schutze vor Beeinträchtigung von Waldtieren erfüllt.

#### **63**

Soweit der Kläger im Hinblick auf sein Mitwirkungsrecht nach § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG die Rechtsauffassung vertritt, dass zumindest die Grundsätze eines potentiellen FFH-Gebietes eine Verträglichkeitsprüfung erfordern, bei der dann ein Mitwirkungsrecht des Klägers bestehe, das ohne diese Prüfung verletzt werde, ist dies weder nachvollziehbar noch schlüssig. Warum eine Alm mit Weidewirtschaft ein potentielles FFH-Gebiet sein könnte, wurde nicht ansatzweise dargelegt. Das Mitwirkungsrecht nach § 63 Abs. 2 Nr. 5 BNatSchG vor der Erteilung von Befreiungen von Geboten und Verboten zum Schutz der darin aufgeführten Gebiete eröffnet keinen Anspruch darauf, dass aufgrund einer bloßen Behauptung ohne das Vorliegen eines solchen Gebietes oder weiterer Anhaltspunkte eine Verträglichkeitsprüfung zur Sicherstellung von Mitwirkungsrechten eingeklagt werden kann.

#### **64**

c) Eine mögliche Verletzung des Biotopschutzes, Art. 23 Abs. 1 Nr. 4 BayNatSchG i.V.m § 30 BNatSchG, durch die Nutzungsänderung ist nicht erkennbar und nicht schlüssig dargelegt. Nach Art. 23 Abs. 1 S.1 Nr.4 BayNatSchG gehören zu dem gesetzlich geschützten Biotop im Sinn des § 30 Abs. 2 Satz 2 BNatSchG auch Flächen mit Magerrasen. Die Almhütte liegt nicht in einem solchen Biotop und das nächste Biotop zum Schutz des Magerrasens liegt in weiterer Entfernung. Die als Beleg angeführte Beleuchtung der Wiese ist

nicht genehmigt und nicht beantragt und nach Angaben der Beteiligten nicht vorhanden. Die Leitung zur nördlichen Quelle ist Bestand und wurde bisher bereits genutzt. Da das Vorhaben nicht in einem Biotop liegt oder unmittelbar angrenzt fehlt es an einer nachprüfbaren, auf Tatsachen begründeten Darlegung, warum der Eingriff in den Schutzbereich eines Biotops, das nicht angrenzt sondern an anderer Stelle besteht, im Hinblick auf Betrieb und Bau auf dem Gelände der Almwirtschaft geprüft werden müsste. Die bloße auf nicht schlüssigen Vermutungen beruhende Behauptung genügt bei den hier bestehenden tatsächlichen Verhältnissen nicht.

#### **65**

d) Ein Verstoß gegen die naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen, § 18 Abs. 2 S.2 iVm § 14 ff. BNatSchG, liegt ebenfalls nicht vor. Die Nutzungsänderung wurde vor Bescheidserlass durch die Naturschutzbehörde im Hinblick auf die naturschutzrechtlichen Eingriffsregelungen und Belange geprüft. Sie hat die Notwendigkeit einer Kompensation verneint und der Baugenehmigung zugestimmt, § 18 Abs. 2 S.2, Abs. 3 S.1 BNatSchG. Eine nach §§ 14 ff. BNatSchG erforderliche Kompensation setzt voraus, dass eine entsprechende erhebliche Beeinträchtigung vorhanden ist. Der Vortrag der Klägerseite, dass diese Beeinträchtigung vorhanden sei, aber nicht erkannt wurde, hat sich in der mündlichen Verhandlung nicht bestätigt oder konkretisiert. Im Hinblick darauf, dass es sich um eine Nutzungsänderung im Bestand unter Inanspruchnahme von vorbelasteten Flächen in geringem Umfang handelt, ist die Stellungnahme des Fachlichen Naturschutzes, dass keine kompensationsbedürftige Beeinträchtigung vorliege, schlüssig und überzeugend. Der Vertreter des fachlichen Naturschutzes hat die Stellungnahme in der mündlichen Verhandlung erläutert. Die Klägerseite ist dem nicht substantiiert entgegengetreten und hat nicht dargelegt, welche unerkannte, aber vorhandene Beeinträchtigung durch das genehmigte Vorhaben vorliegen könnte, aufgrund derer diese Annahme fehlerhaft ist.

#### **66**

2) Als sonstiges Vorhaben nach § 35 Abs. 2 BauGB beeinträchtigt die Almwirtschaft auch keine sonstigen öffentlichen Belange des § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB.

#### **67**

a) Das Orts- und Landschaftsbild wird nicht verunstaltet, da das Gebäude äußerlich unverändert geblieben ist und weiterhin dem Erscheinungsbild einer typischen Almhütte mit Nebengebäude und umgebender Weideflächen entspricht. Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege werden nicht berührt. Nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung ist nicht ansatzweise erkennbar, dass Naturschutzbelange durch die Nutzungsänderung im Bestand bei einem Fortbestand der Intensivweidebewirtschaftung Belange des Naturschutzes beeinträchtigt. Belange der Landschaftspflege sind ebenfalls nicht beeinträchtigt, da nach dem Ergebnis des Augenscheins die Weiden im Umgriff des Gebäudes weiterhin genutzt werden.

#### **68**

b) Die natürliche Eigenart der Landschaft und ihr Erholungswert wird im hier vorliegenden Einzelfall einer Nutzungsänderung mit entsprechendem Umbau im Bestand ebenfalls nicht beeinträchtigt. Der Zweck des öffentlichen Belangs des „Schutzes der natürlichen Eigenart der Landschaft“ ist es, eine wesensfremde Bebauung des Außenbereichs zu verhindern, damit der Außenbereich mit seiner naturgegebenen Bodennutzung für die Allgemeinheit erhalten bleibt. Dieser öffentliche Belang dient dazu, bauliche Anlagen abzuwehren, die der Landschaft wesensfremd sind, weil sie die naturgegebene Art der Bodennutzung - einschließlich von Eigentümlichkeiten der Bodenformation und ihrer Bewachsung - verändern (Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: 8/2021, § 35 Rn. 96). Die Errichtung eines im Außenbereich nichtprivilegierten Gebäudes steht dem Schutz der natürlichen Eigenart der Landschaft nur dann nicht entgegen, wenn es nur unerhebliche Auswirkungen auf die Umgebung hat. Die Nutzungsänderung einer vorhandenen Anlage im Außenbereich verstößt im Einzelfall dann nicht gegen die natürliche Eigenart der Landschaft, wenn diese schon durch vorhandene Gebäude belastet ist. Eine Vorbelastung der Landschaft durch andere Nutzung mit Bauten kann deshalb dazu führen, dass keine Beeinträchtigung durch das geplante Vorhaben eintritt (VGH Mannheim v. 16.8.1990 - 8 S 994/90 zur Splittersiedlung).

#### **69**

Gemessen an diesen Maßstäben liegt hier aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls, die nicht verallgemeinert werden können, durch die Nutzungsänderung einer landwirtschaftlichen Almhütte im Bestand in eine bewirtschaftete Almhütte und Neuerrichtung eines Nebengebäudes keine Beeinträchtigung

der natürlichen Eigenart der Landschaft vor. Nach dem vorhandenen Landschaftsbild, der Lage, Gestaltung und Benutzung des betreffenden Vorhabens sind die Auswirkungen auf die Landschaft unerheblich. Bereits bisher ist die Almhütte und ihr Umgriff vorhanden und genehmigt gewesen. Die Nutzungsänderung - im Wesentlichen des Stalls - in eine Gastronomie erfolgt im Bestand. Der äußere Anblick und die Maße sind unverändert geblieben. Das Nebengebäude ist untergeordnet und steht auf einer bereits durch die Alm geprägten, befestigten Fläche. Der Terrassenanbau ist keine wesentliche Erweiterung in unbelastete Außenbereichsflächen hinein. Der äußerliche Eindruck der baulichen Anlage ist nach wie vor der einer Alm, umgeben von Weiden. Unter Berücksichtigung dessen, dass nach Aufgabe der genehmigten Landwirtschaft die Alternative der Verfall des Gebäudes wäre, wird das Landschaftsbild in ästhetischer Hinsicht erhalten; die natürliche Eigenart der Landschaft wird insbesondere in diesem konkreten Vorhabensbereich durch Almen mitgeprägt. Die Intensivbeweidung der umgebenden Weideflächen ist dafür typisch und wesensgemäß. Die Änderung der Nutzung hat nicht zu einer dem Außenbereich wesensfremden neuen oder geänderten Bebauung geführt. Die geänderte Nutzung hat deshalb nicht zur Folge, dass die bereits baulich vorbelastete natürliche Eigenart der Landschaft beeinträchtigt wird, da bereits vorher keine unberührte Natur vorhanden war. Die Intensivbeweidung und landwirtschaftliche Nutzung der die Alm umgebenden Flächen bleibt im Übrigen bestehen.

## 70

c) Eine Beeinträchtigung der natürlichen Eigenart der Landschaft durch die Änderung der Nutzung ist auch nicht deshalb eingetreten, weil sich die Zahl der Wanderer erhöht hat und damit die vom Kläger befürchtete Intensivierung der Freizeitnutzung in den Bergen durch Erschließung neuer touristischer Anziehungspunkte erfolgt. Nach den hier bestehenden örtlichen Gegebenheiten gibt es entlang der Alm einen Wanderweg bis in das Tal und weiter in die Berge, der nicht neu entstanden ist, sondern bereits davor existierte und benutzbar war. Ausweislich der von dem Kläger vorgelegten Karte aus dem Jahr 1980 war bereits damals ein Weg vorhanden und das gesamte Gebiet von zahlreichen Wanderwegen durchzogen. Das Gebiet am Tegernsee und die konkrete Umgebung des Vorhabensstandorts ist seit Jahrzehnten für Wanderer und Radfahrer touristisch erschlossen; es handelt sich nicht um eine weitgehend unberührte Bergwelt, die zu ihrem Schutz nicht weiter erschlossen werden soll. Für den Eingriff in Natur und Landschaft durch bauliche Anlagen kommt es grundsätzlich auf die Größe und Intensität, nicht jedoch auf die Zahl von Fußgängern auf den Wegen und in der Gaststätte an. Ob tatsächlich eine Intensivierung der Nutzung des Wanderweges erfolgt ist, lässt sich anhand des vorhandenen Zahlenmaterials nicht feststellen. Die Zahl der Fahrzeuge und Besucher auf dem Wanderparkplatz ist dafür wegen der Vielzahl der verschiedenen Wanderwege und der fehlenden konkreten Zuordenbarkeit unmaßgeblich. Zweifel daran, dass die Attraktivität des Wanderweges zugenommen hat, weil es eine bewirtschaftete Alm gibt, bestehen jedoch keine. Unter Berücksichtigung dessen, dass hier durch mehr Besucher kein Flächenverbrauch in Natur und Landschaft eintritt, es keine Besucherparkplätze gibt, bereits bisher der Weg als Forstweg vorhanden war, die Zahl der Gäste in der nur bis zur Dämmerung geöffneten Almwirtschaft nicht zu einem größeren Flächenverbrauch führt und es sich um ein touristisch erheblich vorbelastetes Gebiet handelt ist es für die Beeinträchtigung des öffentlichen Belangs der natürlichen Eigenart der Landschaft im vorliegenden Fall unerheblich, wie viele Personen mit Mountainbike oder zu Fuß auf dem Weg unterwegs sind und sich auf der Terrasse oder innerhalb des Gebäudes der Almwirtschaft aufhalten. Da die Almwirtschaft von Weideflächen umgeben wird und die Intensivbeweidung weiterhin stattfindet ist auch keine Beeinträchtigung der Tierwelt durch menschlichen Lärm oder auf den Wiesen herumtrampelnde Wanderer zu befürchten. Die natürliche Eigenart der Landschaft geprägt von Almwirtschaft, Intensivbeweidung und Tourismus wird durch die bloße Umnutzung der Gebäulichkeiten in einem touristisch ohnehin stark frequentierten Bereich im vorliegenden Einzelfall nicht beeinträchtigt. Auch die Erholungsfunktion des Außenbereichs für die Allgemeinheit ist nicht beeinträchtigt. Es kann nicht in Abrede gestellt werden, dass sie dieser eher zuträglich ist.

## 71

3. Soweit die Klage darauf gestützt wird, dass die Baugenehmigung wegen einer Beeinträchtigung des öffentlichen Belangs des § 35 Abs. 3 Nr. 1 BauGB (entgegenstehender Flächennutzungsplan) und § 35 Abs. 3 Nr. 7 BauGB (Entstehung einer Splittersiedlung) rechtswidrig sei, handelt es sich bei diesen Regelungen nicht um umweltbezogene Rechtsvorschriften, die unter Berücksichtigung des Vereinszwecks der Förderung des Schutzes von Natur und Landschaft - vor allem der Bergwelt -, Erhalt, Pflege und Wiederherstellung der Eigenart, Schönheit und Ursprünglichkeit von Natur und Landschaft gerügt werden können. Vielmehr weisen diese Vorschriften einen ausschließlich bodenrechtlichen Bezug auf. Dies gilt ebenso für den Einwand der unzureichenden Erschließung durch zwei Forstwege sowie den Vortrag, die

Trinkwasserversorgung sei ungenügend und es fehle eine baurechtliche Rückbauverpflichtung. Als anerkannter Naturschutzverband ist der Kläger im Rahmen der Verbandsklage auf die Belange des Naturschutzes und der Landschaftspflege im Rahmen seiner satzungsmäßigen Aufgaben, also den Vortrag der Belange des § 35 Abs. 3 Nr. 5 BauGB beschränkt.

## 72

VI. Dem nach § 35 Abs. 2 BauGB als sonstiges Vorhaben zulässigen Gebäude und seiner Nutzung als bewirtschaftete Alm kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass die dafür erteilte Befreiung von der Landschaftsschutzverordnung nach § 67 Abs. 1 BNatSchG rechtswidrig erfolgt ist. Die Anordnung zum Schutz des Tegernsee und der Umgebung („Landschaftsschutzgebiet Tegernsee und Umgebung“), bekannt gemacht am 3. März 1956, und damit gemäß ihres § 8 ab diesem Zeitpunkt in Kraft, ist unwirksam, sodass es keiner Befreiung nach § 67 Abs. 1 Satz 1 Nr.2 BNatschG bedarf.

## 73

§ 67 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNatSchG bestimmt, dass von den Geboten und Verboten des Bundesnaturschutzgesetzes, in einer Rechtsverordnung aufgrund des § 57 sowie nach dem Naturschutzrecht der Länder auf Antrag eine Befreiung gewährt werden kann, wenn die Durchführung der Vorschriften im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen würde und die Abweichung mit den Belangen von Naturschutz und Landschaftspflege vereinbar ist. § 3 Nr. 1 der Landschaftsschutzverordnung (VO) verbietet die Errichtung von Bauwerken aller Art - auch nichtgenehmigungsbedürftige - und Einfriedungen (§ 3 Nr. 1 VO). Eine Befreiung nach § 67 BNatschG setzt voraus, dass die zugrundeliegende Verbotsregelung wirksam ist. Die gesetzlich vorgesehene Befreiungsmöglichkeit muss von der Rechtswirksamkeit der zugrundeliegenden normativen Regelung, von der befreit wird, unterschieden werden. Dies ist inzident bei der Anfechtungsklage gegen die Befreiung als Verwaltungsakt durch das Verwaltungsgericht zu prüfen.

## 74

1. Die Landschaftsschutzgebietsverordnung ist bereits formell unwirksam, weil die in § 1 VO zur Abgrenzung des Geltungsbereichs vorausgesetzte Landschaftsschutzkarte, in die mit grüner Farbe die Schutzgebiete in den Gemeinden Tegernsee, Rottach-Egern, Bad Wiessee, Kreuth und Gmund sowie des Tegernsees und Umgebung eingetragen sind, beim Landratsamt Miesbach nicht mehr im Original existiert. Die Karte mit ihren Eintragungen ist konstituierend für den Geltungsbereich, da keine textliche Festsetzung erfolgt ist. Die vorhandene Kopie ist über 20 Jahre später angefertigt worden. Ohne das Original besteht ein Bekanntmachungsfehler, der ausweislich der Diskussion in mündlichen Verhandlung allen Beteiligten bekannt war und fortwirkt. Auf die Feststellungen des Verwaltungsgerichts München im Verfahren M 19 K 18.1344 wird verwiesen.

## 75

2. Die Landschaftsschutzverordnung ist auch materiellrechtlich fehlerhaft, da sie in § 3 VO absolute Bauverbote ohne Befreiungsregelung und ohne Binnendifferenzierung nach dem Grad der Schutzwürdigkeit der Gebiete anordnet. Die Verordnung ist nicht hinreichend bestimmt und verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

## 76

Die in § 67 BNatschG vorgesehene Befreiungsmöglichkeit ist kein Ersatz für die fehlenden Regelungen in der Landschaftsschutzgebietsverordnung, da die Schutzwürdigkeit des Gebiets nicht erkennbar ist und eine Abwägung der widerstreitenden Interessen bei der Befreiungsentscheidung nicht möglich wird (OVG Berlin-Brandenburg B.v.29. 9. 2012 - OVG 11.S.61.12).

## 77

a) Für Verbote in einer Landschaftsschutzverordnung gilt, dass diese nicht weiterreichen dürfen, als es im Interesse der gesetzlich anerkannten Schutzgüter erforderlich ist. Das bedeutet, dass repressive Verbote ohne Befreiungsvorbehalt in einer Landschaftsschutzgebietsverordnung nur dann rechtlich nicht zu beanstanden sind, wenn von vornherein feststeht, dass die verbotenen Maßnahmen den Charakter des unter Schutz gestellten Gebietes schlechthin verändern oder dem besonderen Schutzzweck schlechthin zuwiderlaufen (so bereits: BVerwG, U. v. 12.7.1956 - 1 C 91/54; OVG Lüneburg, U.v. 24.8.2021 - 8 KN 41/01). Eine Verordnung, die eine absolute Sperrwirkung entfaltet ohne die Möglichkeit von Befreiungen vorzusehen ist deshalb wegen Verstoß gegen das Übermaßverbot regelmäßig nichtig (Dombert, Münchner Anwaltshandbuch Agrarrecht, 3 Aufl.2022, § 13 Rn.45).

## 78

b) Im vorliegenden Fall ordnet § 3 S.2 Nr. 1 VO für Bauwerke aller Art ein repressives Verbot ohne Befreiungsvorbehalt an. Die Abgrenzung, ob ein repressives oder ein präventives Verbot vorliegt, ist unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände nach Sinn und Zweck der Norm vorzunehmen. Ein repressives Verbot besteht wenn ein grundsätzlich verbotenes Verhalten, das auch nicht erlaubnisfähig ist, nur im Ausnahmefall aufgrund eines Befreiungsvorbehalts bei Vorliegen ganz besonderer Umstände gestattet werden kann. Eine bestimmte Handlung wird rechtlich missbilligt mit der Folge, dass die Erteilung einer bestimmten Genehmigung nicht beansprucht werden kann (Herdegen in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Stand Nov. 21, Art.26 Rn.73). Ein präventives Verbot liegt vor, wenn eine geregelte, grundsätzlich aus sich heraus zulässige Tätigkeit unter behördliche Kontrolle gestellt wird (Hache in BeckOK Umweltrecht, Stand.1.12.17, Rn.1). Da hier nach § 3 S.2 Nr.1 VO die Errichtung aller Bauwerke und Einfriedungen verboten ist handelt es sich um ein repressives generelles Bauverbot.

## 79

c) Das hier bestehende repressive Verbot aller Bauten ist wegen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtswidrig, da die Verordnung weder einen Vorbehalt für Befreiungen enthält noch innerhalb des Geltungsbereichs der Verordnung eine Differenzierung nach dem Grad der Schutzwürdigkeit des konkreten Gebietes vorgenommen wurde. § 6 VO sieht lediglich die Möglichkeiten von Ausnahmen von § 3 mit Zustimmung der Regierung als höhere Naturschutzbehörde vor, jedoch keine Befreiung.

## 80

Wenn eine Landschaftsschutzgebietsverordnung ein repressives Verbot für grundsätzlich rechtlich zulässige Tätigkeiten des Bauens enthält ist dies nur gerechtfertigt, wenn für diesen Bereich feststeht, dass dies den Charakter des Gebiets schlechthin verändert oder dem besonderen Schutzzweck schlechthin zuwiderläuft; diese Abwägung, die ansonsten im Rahmen der Prüfung der Erlaubnisfähigkeit des jeweiligen Bauwerks vorzunehmen ist, muss bereits bei der Schaffung der Schutzzonen durchgeführt werden (BayVGH v.17.10.2017.-.14 N 16.768 zu Tabuzonen für Windkraftanlagen). Dies folgt daraus, dass Landschaftsschutzgebietsverordnungen einem Abwägungsgebot unterliegen wonach die von der Verordnung berührten öffentlichen und privaten Belange, zu denen auch das durch Art. 14 GG geschützte Privateigentum zählt, in einen gerechten Ausgleich zu bringen sind (vgl. BayVGH U.v.17.6.2010 -.14 N 09.229 mit weiteren Nachweisen). Der Ordnungsgeber hat bei der Abgrenzung von Landschaftsschutzgebieten ein weites Gestaltungsermessen (BVerwG B.v.22.5.2014 - 4 BN 13.14). Deshalb kann er neben den schutzwürdigen Flächen auch Randzonen eines Gebiets unter Schutz stellen, wenn diese im Wesentlichen noch die Merkmale aufweisen, die den geschützten Bereich im Übrigen schutzwürdig machen. Dabei gilt, dass die Schutzwürdigkeit eines Landschaftsteils durch eine Bebauung oder sonstige landschaftsfremde Nutzung dann verloren geht, wenn der Landschaftsteil durch die der natürlichen Eigenart der Landschaft widersprechenden Eingriffe geprägt wird (BayVGH v. 24.6.2016 - 14 N 1649).

## 81

d) Gemessen an diesen Maßstäben ist § 3 Satz 2 Nr.1 VO wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie wegen fehlender hinreichender Bestimmtheit rechtswidrig und damit unwirksam.

## 82

Die Regelung in § 3 VO hat zur Folge, dass ein generelles Bauverbot für bauliche Anlagen losgelöst von der Art des Bauwerks und unabhängig von der Schutzwürdigkeit des Standortes im Einzelfall besteht mit Ausnahme der in § 3 S.3 Nrn.1 und 2 VO erlaubten Zäune und Bauten zu land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken mit weniger als 70 m<sup>2</sup> Grundfläche. Das Verbot gilt nach § 1 VO für weite Teile des Landkreisgebiets einschließlich mehrerer Gemeindegebiete ohne Differenzierung nach der Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit des jeweiligen Landschaftsbereichs oder einer Abstufung nach verschiedene Schutzzonen. Nach § 2 VO bleibt zwar die landwirtschaftliche Nutzung unberührt, aber nur soweit sie dem Zweck der Verordnung nicht widerspricht. Dieser Zweck ist nach § 3 VO der Schutz der Natur und des Landschaftsbilds vor beeinträchtigenden Veränderungen, insbesondere Bauten aller Art, zu denen begrifflich nach dem Wortlaut auch landwirtschaftliche Bauten gehören, so dass im Ergebnis ein Zirkelschluss besteht. Dies hat zur Folge, dass die Regelungen nicht hinreichend bestimmt sind, da für den Adressaten der Norm nicht ausreichend deutlich erkennbar ist, was darunter fällt.

### 83

Bei Erlass einer Landschaftsschutzgebietsverordnung ist der Handlungsspielraum der Naturschutzbehörde geprägt durch die dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtete Würdigung der sich gegenüberstehenden Interessen (so bereits BVerwG, B. v. 16.6.1988 - 4 B 102.88 zur Planungsentscheidung). Dieser Grundsatz gilt auch hier. Die fehlenden Regelungen über die tatbestandlichen und rechtlichen Voraussetzungen für eine Befreiung sowie die darüber hinaus auch fehlende Bezugnahme auf gesetzliche Befreiungsmöglichkeiten hat zur Folge, dass weder die Interessen des Landschaftsschutzes noch die Interessen der Eigentümer aus der Landschaftsschutzverordnung erkennbar sind. Wegen dieser fehlenden Differenzierung nach dem Grad der Schutzwürdigkeit der Flächen und unter Berücksichtigung der grundsätzlich durch das Eigentumsrecht des Art. 14 GG gewährleisteten Baufreiheit ist die Regelung des § 3 VO als uneingeschränktes Verbot ohne Befreiungsvorbehalt wegen des Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtswidrig und damit insgesamt nichtig. Da die verbleibenden Regelungen der Schutzgebietsverordnung keinen davon unabhängigen sinnvollen Regelungsinhalt mehr haben ist die Landschaftsschutzverordnung deshalb insgesamt ungültig; die übrigen Paragraphen enthalten nur im Zusammenhang mit § 3 VO zu verstehende Regelungen für Bauwerke und entsprechende Anlagen.

### 84

e) Da die Landschaftsschutzverordnung ungültig ist, bedurfte es für das hier verfahrensgegenständliche Vorhaben einer Nutzungsänderung von einer landwirtschaftlichen Alm in eine gastronomisch bewirtschaftete Alm keiner Befreiung. Da die Landschaftsschutzgebietsverordnung nicht förmlich aufgehoben ist, durfte der Kläger als anerkannter Naturschutzverband seine Klagebefugnis daraus ableiten, dass die Almwirtschaft im Gebiet dieser Landschaftsschutzgebietsverordnung liegt. Weil diese Verordnung nach der durch das Verwaltungsgericht vorgenommenen Inzidenzprüfung rechtswidrig und damit nichtig ist, hat die Klage gegen die nach § 67 Abs. 1 Nr. 2 BNatSchG erteilte Befreiung keinen Erfolg, da diese gegenstandslos ist.

### 85

Der Klage war danach im tenorierten Umfang statt zu geben und im Übrigen mit der Kostenfolge der §§ 154 Abs. 1, 3, § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO abzuweisen. Dem Kläger waren gemäß § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Kosten insgesamt aufzuerlegen, da der Beklagte nur zu einem sehr geringen Teil seines beauftragten Betriebskonzepts unterlegen ist. Es entspricht der Billigkeit, dass der Kläger gemäß § 162 Abs. 3 VwGO die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen zu 1) trägt, da dieser einen Antrag gestellt hat. Die Beigeladene zu 2) hat keinen Antrag gestellt und trägt daher ihre außergerichtlichen Kosten selbst.