

# GR\_GERICHTE U 2017 8 vom 19. April 2018

GR Gerichte, 2018-04-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr\\_gerichte\\_U\\_2017\\_8](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_U_2017_8)

FR: GR\_GERICHTE U 2017 8 du 19 avril 2018

IT: GR\_GERICHTE U 2017 8 del 19 aprile 2018

## Regeste

Gesteigerter Gemeingebrauch / Rechtsverzögerung | Bussverfügung (Hunde, Kehricht, etc.)

## Erwägungen

### E. 1

Die politische Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_ ist Eigentümerin der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ im Grundbuch der Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_ (ca. 0.65 ha Wiese/Weide). Die fragliche Parzelle befindet sich in der Landwirtschaftszone und wird von einer Wintersportzone überlagert. Fast angrenzend im Süden des Grundstücks befindet sich ein grosser Fahrzeugparkplatz, in östlicher Richtung der Bahnhof der Rhätischen Bahn sowie im Südwesten die Talstationen der Sesselbahn D.\_\_\_\_\_ sowie des Skilifts E.\_\_\_\_\_, beide im Eigentum der B.\_\_\_\_\_ AG. Unmittelbar angrenzend an die Talstation der Beförderungsanlagen befindet sich ein Infrastrukturgebäude, welches sich ebenfalls im Eigentum der B.\_\_\_\_\_ AG befindet; dort befindet sich unter anderem eine Bar, ein Restaurant sowie die Geschäftsstelle O.1.\_\_\_\_\_ der U.\_\_\_\_\_ -Skischule O.2.\_\_\_\_\_ O.1.\_\_\_\_\_ (C.\_\_\_\_\_ AG mit Sitz in O.2.\_\_\_\_\_ sowie Zweigniederlassungen in O.1.\_\_\_\_\_ und O.3.\_\_\_\_\_). Ebenfalls in südwestlicher Richtung befindet sich zudem die Talstation der Gondelbahn O.1.\_\_\_\_\_ - O.4.\_\_\_\_\_. Die Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ bietet sich, aufgrund ihrer unmittelbaren Lage am Ende der Talabfahrt O.4.\_\_\_\_\_ - O.1.\_\_\_\_\_, der guten Verkehrsanbindung sowie seiner Lage in der Nähe der Talstationen der Gondelbahn O.1.\_\_\_\_\_ - O.4.\_\_\_\_\_, der Sesselbahn D.\_\_\_\_\_ und des Skilifts E.\_\_\_\_\_, als Sammelplatz für die von O.1.\_\_\_\_\_ aus tätigen Skischulen an. Hinzu kommt noch die Topographie des Geländes mit fast ebenen Verhältnissen im unteren und einem kleineren, (leicht) ansteigenden oberen Parzellenteil im Nordwesten, welche auch für die ersten Schneesportversuche geeignet erscheint. Das Gelände auf den in nordwestlicher Richtung anschliessenden, nicht im Gemeindeeigentum stehenden, Nachbarparzellen eignet sich infolge seines (stärkeren) Gefälles auch für die Schneesportausbildung. Daneben bestehen auf der fraglichen Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ auch noch Nutzungsansprüche der Öffentlichkeit zur Ausübung von Schneesportarten wie beispielsweise Schlitteln oder des allgemeinen Skibetriebes. A.\_\_\_\_\_ ist Inhaber der seit 2014 in O.1.\_\_\_\_\_ ansässigen Einzelunternehmung "A.\_\_\_\_\_", welche gemäss Handelsregistereintrag unter anderem - 3 - die Führung einer Skischule bezweckt und eine Bewilligung nach dem kantonalen Gesetz über das Berg- und Schneesportwesen besitzt. Im Dezember 2011 liess A.\_\_\_\_\_ bei der Wettbewerbskommission (WEKO) eine Anzeige einreichen, welche sich auf das Verhalten der Bergbahnen, der Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ AG bezog. So wurde die Bevorzugung der C.\_\_\_\_\_ AG im Zusammenhang mit der Nutzung der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ als Sammel- und Übungsplatz durch die Gemeinde bzw. die Bergbahnen als kartellrechtswidrig bemängelt. Mit Schreiben vom 2. Mai 2012 teilte das Sekretariat der WEKO mit, dass die exklusive Verwendung eines Teils der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ durch die

C.\_\_\_\_\_ AG keinen Anlass zum Einschreiten gebe, gewährten die Bergbahnen doch allen Skischulen in O.1.\_\_\_\_\_ den Zugang zu Übungspisten, vergünstigten Tarifen für Skilehrer und weiteren Leistungen. Unter gewissen Auflagen würden zudem sämtlichen Skischulen die Benutzung eines Teils der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ als Sammelplatz ermöglicht. Die Bevorzugung der C.\_\_\_\_\_ AG bezüglich der Nutzung der Skiwiese gründe auf objektiven, nachprüfbaren Kriterien wie die Gewährleistung des Skischulunterrichts während der gesamten Saison, die Anzahl der Skischüler/-innen sowie die Angebotsbreite insbesondere im Bereich der Grundausbildung im Baby- und Kleinkindbereich. Wichtig erschien es der WEKO, dass die Kriterien für die Bevorzugung einer einzelnen Skischule sowie die Bedingungen für die Mitbenutzung der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ als Sammelplatz durch weitere Skischulen transparent und zeitnah kommuniziert würden. Insgesamt aber vermöge die WEKO keine kartellrechtlich problematischen Sachverhalte zu erkennen, und es würden deshalb keine weiteren Schritte unternommen.

### **E. 1.1**

Beim Verwaltungsgericht können Entscheide von Gemeinden angefochten werden, soweit diese nicht bei einer anderen Instanz angefochten werden können oder nach kantonalem oder eidgenössischem Recht endgültig sind (Art. 49 Abs. 1 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; BR 370.100]). Zur Führung einer solchen Beschwerde ist berechtigt, wer durch den angefochtenen Entscheid berührt ist und ein (aktuelles) schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung hat oder wer durch besondere Vorschrift dazu ermächtigt ist (Art. 50 VRG). Im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde können Rechtsverletzungen, einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 51 Abs. 1 VRG). Die Beschwerde ist schriftlich innert 30 Tagen seit Mitteilung des angefochtenen Entscheids beim Verwaltungsgericht einzureichen (Art. 52 Abs. 1 VRG). Von dieser allgemeinen Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterscheidet sich die gegen eine Gemeinde gerichtete Rechtsverzögerungs- und Rechtsverweigerungsbeschwerde insofern, als in diesem Fall kein eigentlicher, anfechtbarer Entscheid vorliegt, weil eine Gemeinde untätig bleibt

- 24 - oder das gebotene Handeln über Gebühr hinauszögert, obgleich sie zum Tätigwerden verpflichtet wäre. Solche behördlichen Unterlassungen setzt Art. 49 Abs. 3 VRG den beim Verwaltungsgericht anfechtbaren Entscheiden gleich. Dasselbe gilt auch für Realakte, die in Rechte und Pflichten von Personen eingreifen. (vgl. Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden [VGU] U 16 36 vom 16. August 2016 E.1b und V 13 6 vom 4. November 2014 E.1b). Durch diese gesetzliche Fiktion wird für formelle Rechtsverweigerungen sowie Rechtsverzögerungen im Sinne von Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) ein taugliches Anfechtungsobjekt geschaffen, jedoch nur für den Fall, dass der verweigerter bzw. verzögerte Entscheid beim Verwaltungsgericht anfechtbar wäre (vgl. VGU A 09 60 und 61 vom 12. Januar 2010 E.3a; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1308). Wird Art. 49 Abs. 3 VRG in diesem Sinne als reine Verfahrensregel zum Anfechtungsobjekt verstanden, ergibt sich daraus, dass die Rechtsverzögerungs- bzw. Rechtsverweigerungsbeschwerde ansonsten grundsätzlich den gleichen Anforderungen wie alle anderen Verwaltungs(gerichts-)beschwerden zu genügen hat (vgl.

UHLMANN/WÄLLE-BÄR, in: WALDMANN/WEISSENBERGER [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 46a Rz. 5 sowie UHLMANN, in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 94 Rz. 5 hinsichtlich Art. 94 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110]). Sie ist allerdings im Regelfall nicht an eine Rechtsmittelfrist gebunden. Nur wenn die angegangene Behörde den Erlass eines anfechtbaren Entscheids ausdrücklich ablehnt, ist der Beschwerdeführer gehalten, seine Beschwerde innerhalb einer nach Treu und Glauben zu bestimmenden Frist einzureichen, die regelmässig der gesetzlichen Frist, allenfalls unter Berücksichtigung des Umstandes einer unterbliebenen Rechtsmittelbelehrung (siehe dazu Art. 22 Abs. 2 VRG), entspricht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.16/2002 vom 18. Dezember 2002 E.2.2; BVGE 2008/15 E.3.2;

- 25 - KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1310; BOSSHART/BERTSCHI, in: GRIFFEL [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 19 Rz. 46 sowie zum Ganzen VGU U 13 6 vom 16. August 2014 E.1b, V 13 6 vom 4. November 2014 E.1b und 2d f.).

### **E. 1.2**

Die Unterscheidung von Entscheiden im Sinne von Art. 49 Abs. 1 VRG sowie Realakten, welche in Rechte und Pflichten einer Person eingreifen sowie auch eine allfällige Abgrenzung zur behördlichen Untätigkeit oder Verzögerung ist nicht immer einfach (vgl. BOSSHART/BERTSCHI, in: GRIFFEL [Hrsg.], a.a.O., § 19 Rz. 46; THURNHERR, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Habil. Basel, Zürich/St. Gallen, § 3 Rz. 131 ff. bezüglich der Abgrenzung Verfügung – Realakt). Ein Entscheid im Sinne von Art. 49 Abs. 1 lit. a VRG hängt grundsätzlich auch nicht von dessen äusseren Form ab. Entscheidend für die Qualifizierung eines Rechtsanwendungsaktes als Entscheid ist vielmehr, ob der in Frage stehende behördliche Akt die materiellen Strukturelemente eines Entscheides erfüllt (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 29 Rz. 3; BERTSCHI/PLÜSS, in: GRIFFEL [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Vorbemerkungen zu §§ 4-31 Rz. 24). Dies ist nämlich immer dann der Fall, wenn ein individuell konkreter Verwaltungsakt vorliegt, der in Angelegenheiten des Verwaltungsrechts in verbindlicher und erzwingbarer Weise Rechte und Pflichten einer Person begründet, aufhebt, ändert oder deren Bestand oder Nichtbestand feststellt (vgl. statt vieler: VGU V 13 6 vom 4. November 2014 E.2b, U 12 56 vom 27. Mai 2014 E.2a und U 13 84 vom

### **E. 1.3**

Im Rahmen der vorliegend zu beurteilenden Verfahren sowie der Nutzung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem Betrieb einer Skischule sind neben der Beschwerdegegnerin und dem Beschwerdeführer auch die

- 29 - B.\_\_\_\_\_ AG sowie C.\_\_\_\_\_ AG involviert. Der B.\_\_\_\_\_ AG wurde als Betreiberin der nahegelegenen Schneesportanlagen durch die Beschwerdegegnerin die jeweils befristete Nutzung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ zum Zwecke des Wintersportes gestattet, wobei ihr auch die entsprechende Nutzungskoordination obliegt. Dieses Rechtsverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin sowie der B.\_\_\_\_\_ AG erscheint öffentlich-rechtlicher Natur. Dies unabhängig davon, ob die Nutzungsübertragung mittels Bewilligung zum

gesteigerten Gemeingebrauch inkl. Recht zur Weitergabe der entsprechenden Nutzungsbefugnis erfolgte oder mittels einer entsprechenden (öffentlich-rechtlichen) Vereinbarung darüber (vgl. dazu MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Diss., Bern 2011, S. 387, wonach grundsätzlich die Einräumung ein solches Nutzungsrecht sowohl durch eine Bewilligung als auch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag in Frage kommt, auch wenn der Autor die Einräumung mittels einer mitwirkungsbedürftigen Verfügung zu bevorzugen scheint). Für die Beantwortung der Frage nach der Art des (Rechts-)Verhältnisses der Schneesportschulen zur B.\_\_\_\_\_ AG ist kurz die Frage zu beleuchten, ob eine Delegation bzw. Übertragung einer hoheitlichen staatlichen bzw. öffentlichen Aufgabe auf die B.\_\_\_\_\_ AG erfolgte.

### **E. 1.3.1**

Der Begriff der öffentlichen bzw. staatlichen Aufgabe ist weder in der Literatur noch der Judikatur eindeutig definiert (RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 4/13, S. 154). Teilweise wird von einem weiten Begriffsverständnis ausgegangen, wonach die in öffentlichen Interessen liegenden Aufgaben als öffentliche Aufgaben bezeichnet werden. Ein engeres Verständnis lehnt sich an den Begriff der Staatsaufgabe an, welche gemeinhin als Aufgaben definiert sind, die durch Verfassung und Gesetz staatlichen Behörden zugewiesen sind (siehe RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 4/13, S. 154 f.; HEER, Die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 94 ff.; siehe auch HAFNER, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis?, in: BJM, 2004, S. 297 f.; vgl. auch Art. 76

- 30 - Abs. 1 Satz 2 der Verfassung für den Kanton Graubünden [KV; BR 110.100]; BUNDI, in: BÄNZIGER/MENGIARDI/TOLLER & PARTNER [Hrsg.], Kommentar zur Verfassung des Kantons Graubünden, Chur/Glarus/Zürich 2006, Art. 76 Rz. 4 ff.). Gemäss RÜTSCHKE lassen sich aus der bundesgerichtlichen Praxis drei Kriterien herauslesen. Demnach handle es sich bei öffentlichen Aufgaben um Aufgaben, die im Auftrag des Gesetzgeber erfüllt werden müssen (RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 4/13, S. 157). Für eine eigentliche Aufgabenübertragung durch Gemeinden im Kanton Graubünden sähe Art. 63 des Gemeindegesetzes des Kantons Graubünden (GG; BR 175.050 [in der vom 1. Januar 2001 bis 30. Juni 2018 gültigen Fassung]) vor, dass die Gemeinden die Erfüllung bestimmter Aufgaben auf öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Körperschaften, Anstalten, Stiftungen oder Private übertragen können (Abs. 1). Die Zuweisung oder Übertragung könnte durch Erlass, Verfügung oder Vertrag erfolgen (Abs. 3). In der ab 1. Juli 2018 gültigen Fassung des revidierten GG bestimmt Art. 50 Abs. 2 GG, dass die Gemeinden die ihnen zufallenden bzw. kompetenzgemäss übernommenen Aufgaben durch Erlass oder Vertrag auch Dritten übertragen sowie Organisationen des öffentlichen und des privaten Rechts schaffen oder sich an solchen beteiligen können (vgl. dazu auch Botschaft der Regierung an den Grossen Rat zur Totalrevision des Gemeindegesetzes, Heft Nr. 3/2017-2018, S. 248 ff.). Das Bundesgericht erachtete die Verwaltung bzw. Vermietung von öffentlichen Sachen im engeren Sinne in bestimmten Konstellationen als Staatsaufgabe (RÜTSCHKE, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 4/13, S. 156 m.H.a. BGE 127 I 84 E.4b-c sowie BGE 138 I 274 E.1.4). Dies allerdings im Hinblick auf eine allfällige Grundrechtsbindung und es erfolgte jeweils eine Intervention durch staatliche Akteure oder klarerweise im Rahmen der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe. In den angesprochenen Urteilen ging es zum einen um die Frage, ob die Verantwortlichen für das zu nut-

- 31 - zende Verwaltungsvermögen (im Anstaltsgebrauch) bzw. allenfalls auch der öffentlichen Sache im Gemeingebrauch die betreffenden (Werbe-)Bot-schaften der Gesuchsteller zuzulassen hätten. In einen Urteil (BGE 127 I 84) ging es um eine "Ganzbemalung" eines öffentlichen Verkehrsmittels als Werbeträger, wobei die Bewirtschaftung der Werbeflächen an und in Fahr- zeugen und Einrichtungen der städtischen Verkehrsbetriebe an einen Pri- vaten übertragen worden war und die Verweigerung des Anbringens der entsprechenden Botschaft auf die Haltung der städtischen Verkehrsbe- triebe zurückzuführen war, weil die provokante Werbebotschaft bei einem Teil des Publikums als beleidigend empfunden werden konnte. Im anderen Urteil ging es um eine Plakatanschlagstelle in einem Bahnhof, wo ein Pla- kat mit einer aussenpolitisch brisanten Botschaft ausgehängt werden sollte. Diese Fälle wurden im Übrigen im Zusammenhang mit der (ideellen) Mei- nungsausserungsfreiheit gemäss Art. 16 BV bzw. Art. 10 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) ge- prüft und es wurden auch die diesbezüglichen Besonderheiten hinsichtlich des speziellen ideellen Gehalt dieses Freiheitsrechts hervorgehoben sowie dass die Meinungsäusserungsfreiheit oftmals die Benützung öffentlicher Sachen verlange (siehe BGE 138 I 274 E.2.2.2). Insbesondere bezüglich des Plakatanschlages auf dem Bahnhofsareal ist auch noch darauf hinzu- weisen, dass das Bundesgericht die Wahrnehmung einer öffentlichen Auf- gabe durch das Eisenbahnunternehmen aus seiner (gesetzlichen) Ver- pflichtung zum Bau und Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen sowie dem Recht zur regelmässigen Personenbeförderung ableitete (siehe BGE 138 I 274 E.1.4). Im Urteil 2P.96/2000 vom 8. Juni 2001 hingegen gelangte das Bundesgericht zum Schluss, das durch eine Bewilligung zum Gebrauch von öffentlichem Grund zur Organisation eines Volksfestes an einen priva- ten Verein keine eigentliche Delegation bzw. Übertragung einer öffentli- chen Aufgabe stattgefunden habe. Denn auf die entsprechende Tätigkeit könnte auch verzichtet werden, wenn sich der Verein nicht darum kümmern würde (RÜTSCH, Was sind öffentliche Aufgaben?, in: recht 4/13, S. 156). Das Bundesgericht stellte diesbezüglich auch darauf ab, dass der Verein

- 32 - durch die Organisation dieses Anlasses keine, der Gemeinde obliegende, (gesetzliche) Aufgabe erfülle (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.96/2000 vom 8. Juni 2001 E.4c/aa; kritisch dazu aber HANGARTNER, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 2P.96/2000 vom 8. Juni 2001, in: AJP 1/2002, S. 70). Diese Betrachtungsweise erscheint für die vorliegende Kon- stellation ebenfalls sachgerecht, denn eine Fokussierung darauf, dass die Weitergabe der Nutzungsberechtigung durch einen Bewilligungsinhaber der Bewilligung von Ständen auf öffentlichem Grund durch das Gemeinwe- sen selbst gleichzustellen ist und somit als (übertragene) öffentliche Auf- gabe zu qualifizieren sei, blendet aus, dass ohne die Bereitschaft eines Pri- vaten zur Organisation eines solchen Anlasses, den Wirtschaftsteilneh- mern unter Umständen gar nicht die Möglichkeit zur Teilnahme am Wirt- schaftsverkehr in diesem Rahmen geboten würde. Dies weil die Durch- führung einer solchen Veranstaltung eben keine eigentliche öffentliche Auf- gabe darstellt und sich aus der Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich kein posi- tiver Anspruch auf die Schaffung von (neuen) Einrichtungen oder Möglich- keiten zur Ausübung der privaten Wirtschaftstätigkeit ergibt (vgl. dazu auch nachstehende Erwägung 4.1). Auch wenn sich ein Privater in einer im öf- fentlichen Interesse liegenden Aufgabe betätigt, kann nicht ohne weiteres von der Übertragung einer eigentlichen öffentlichen Aufgabe bzw. Staats- aufgabe ausgegangen werden, wenn diese dem Gemeinwesen nicht auf- grund einer hinreichenden gesetzlichen Anordnung obläge und ordnungs- gemäss vom Gemeinwesen auf einen

Privaten übertragen wurde. Durch die dem Privaten erteilte Bewilligung zur Organisation dieses Anlasses, ist diesem Veranstalter bzw. Organisator also keine aus der Verfügungsmacht über die öffentliche Sache fließende hoheitliche Befugnis des Gemeinwesens übertragen worden (MOSER, a.a.O., S. 384). Dementsprechend erachtete das Bundesgericht das Verhältnis zwischen den einen Standplatz beanspruchenden Gewerbetreibenden und dem Inhaber der Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch als von privatrechtlicher Natur (MOSER, a.a.O., S. 384 und 395 f.; MÜLLER, Benutzung des öffentlichen Grundes – Grundrechtsbindung von Privaten, in: ZBl 12/2001, S. 661; kritisch HAN-

- 33 - GARTNER, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 2P.96/2000 vom 8. Juni 2001, in: AJP 1/2002, S. 79). Eine vergleichbare Position nahm das Bundesgericht auch im bereits erwähnten Urteil betreffend Werbebotschaften auf Fahrzeugen des öffentlichen Verkehrs im Hinblick auf das konzessionierte Werbevermarktungsunternehmen ein (BGE 127 I 84 E.4a; vgl. auch BGE 138 I 274 E.1.4 in fine). Schliesslich kann noch auf das publizierte Urteil des Bundesgerichts 4A.7/2004 vom 28. Januar 2005 hingewiesen werden, wonach das Verhältnis einer (privatrechtlichen) Stiftung, der die Aufgabe einer Registrierungsstelle für Adressierungselemente des Fernmeldebereiches übertragen worden war, zu den Nutzern dieser Adressierungselementen infolge der materiellen Rechtslage dem Privatrecht unterstehe (BGE 131 II 162 E.2.2 ff.). Derselben Stiftung wurde im publizierten Urteil des Bundesgerichts 2C\_271/2012 vom 14. August 2012 und trotz der ihr übertragenen öffentlichen Aufgabe im Bereich der Registrierung von Adressierungselementen im Fernmeldebereich zudem zugestanden, dass sie bei einer Trennung der Geschäftsbereiche und unter Beachtung der wettbewerbs- bzw. kartellrechtlichen Schranken in Anwendung des Bundesgesetzes über Kartelle und Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251), im Wholesale-Bereich mit einer Tochtergesellschaft in Konkurrenz zu weiteren Anbietern treten darf. Dies neben ihrem Retailgeschäft mit Endkunden. Sie habe eine durch die (damalige) Rechtsordnung vorgegebene Doppelstellung. Einerseits nehme sie die öffentliche Aufgabe als Registrierungsstelle (gegenüber Wholesale-Partnern) wahr, andererseits stehe sie bezüglich Endkunden im Wettbewerb hinsichtlich der Registrierung von Domainnamen und privatwirtschaftlich erbrachter, weiterer Dienstleistungen wie Web- und Mailhosting. Dies sei zulässig und im Wettbewerbsbereich hätten die Konkurrenten keinen Anspruch auf Gleichbehandlung. Weil sich die auf der stiftungseigenen Homepage für ihre Tochtergesellschaft geschaltete Werbung an Endkunden richte und nicht das dem Gleichbehandlungsgebot unterliegende Verhältnis zu den Wholesale-Partnern betreffe, bestehe für das von der Vorinstanz bestätigte Werbebot kein Rechtsgrund und sei aufzuheben (vgl. zum Ganzen BGE 138 I 289

- 34 - E. 2.4 ff.). Dabei bestanden gemäss SHAB-Publikationen auch personelle Doppelfunktionen zwischen der Stiftung sowie ihrer Tochtergesellschaft. Dass sich daraus eine Befangenheitsthematik ergeben könnte, wurde in keiner Weise thematisiert.

### **E. 1.3.2**

Das Rechtsverhältnis zwischen der B.\_\_\_\_\_ AG und den an der Nutzung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ interessierten Schneesportschulen im Hinblick auf die konkrete Nutzungszuteilung ist in Anlehnung an die vorstehende Erwägung 1.3.1 als privatrechtlich zu qualifizieren, denn mit der Einräumung der Nutzungsberechtigung im Sinne einer Organisationsverantwortung und zum Zwecke des Schneesportes an die B.\_\_\_\_\_ AG,

erfolgte, wie im erwähnten Bundesgerichtsurteil 2P.96/2000, keine eigentliche Übertragung oder Delegation einer hoheitlichen öffentlichen Aufgabe an die private Nutzungsberechtigte, welche darüber hinaus den öffentlichen Grund durch erhebliche Bereitstellungsarbeit auch erst noch tatsächlich für diesen Zweck nutzbar machen muss und dabei die Nutzungskoordination sicherzustellen hat. Es ist keine hinreichende (gesetzliche) Aufgabenzuweisung ersichtlich, wonach die Bereitstellung solcher Nutzungsmöglichkeiten für den Schneesport notwendigerweise durch das Gemeinwesen wahrzunehmen ist (vgl. zu den Aufgaben des Gemeinwesens bzw. der Beschwerdegegnerin: Art. 76 KV, Art. 3 GG, Art. 3 der kommunalen Verfassung). Auch aus der programmatisch gehaltenen Verpflichtung zur Förderung des Tourismus, ergibt sich nicht ohne weiteres eine entsprechende Pflicht zur Bereitstellung von Schneesportanlagen und -flächen durch die Beschwerdegegnerin, auch wenn dies grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegt. Ansonsten könnte auch argumentiert werden, dass im gesamten touristischen Sektor in Tourismusgemeinden jeweils öffentliche Aufgaben wahrgenommen würden (vgl. dazu auch VGU A 12 36 vom 28. September 2012 E.1b). Konsequenz daraus ist, dass ein Dreiecksverhältnis zwischen der Beschwerdegegnerin, der B.\_\_\_\_\_ AG als (primär) Nutzungsberechtigte der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ sowie den an einer Nutzung der fraglichen Parzelle interessierten Schneesportschulen besteht. Um allerdings zu verhindern, dass

- 35 - in solchen Konstellationen der Grundrechtsschutz im Zusammenhang mit der Nutzung von öffentlichen Sachen i.e.S. bloss durch das Zwischenschalten eines Privatrechtssubjektes vollständig vereitelt wird, brachte das Bundesgericht im Urteil 2P.96/2000 implizit Art. 35 Abs. 2 BV zur Anwendung (MOSER, a.a.O., S. 384; MÜLLER, Benutzung des öffentlichen Grundes – Grundrechtsbindung von Privaten, in: ZBI 12/2001, S. 661). In solchen Konstellationen soll demnach Gewähr dafür bestehen, dass für die Weitergabe des eingeräumten Nutzungsrechtes an der öffentlichen Sache durch den Privaten im Wesentlichen dieselben Grundsätze zur Anwendung gelangten, wie sie auch für die Erteilung einer entsprechenden Nutzungsbeurteilung durch das Gemeinwesen bestünden, welches die Hoheit über diese öffentliche Sache innehat. Somit hat ein Privater bei der durch ihn vorgenommenen (Nutzungs-)Zuteilung insbesondere das Gebot der Gleichbehandlung von Konkurrenten im gebotenen Mass zu beachten, wobei dies vom Gemeinwesen durch geeignete Massnahme sicherzustellen ist (vgl. zum Ganzen MOSER, a.a.O., S. 385 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 33 Rz. 2288; vgl. auch BGE 127 I 84 E.4c). Trotzdem ändert dies nichts am Umstand, dass bei der bereits beschriebenen Dreieckskonstellation der Beschwerdeführer hinsichtlich der ihm zustehenden konkreten Nutzungsmöglichkeiten gegenüber der B.\_\_\_\_\_ AG nur privatrechtlich gebunden ist und gegenüber der Beschwerdegegnerin keine entsprechende direkte Verbindung besteht (siehe MOSER, a.a.O., S. 395 f.). Die zwischen der B.\_\_\_\_\_ AG und dem Beschwerdeführer bestehende konkrete privatrechtliche Nutzungszuteilung kann aber nicht eigentlicher Gegenstand eines Verwaltungsjustizverfahrens bilden. Denn wie eine konkrete Platzzuteilung durch einen Privaten im Rahmen einer Veranstaltung ist auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die konkrete Nutzungszuteilung durch die B.\_\_\_\_\_ AG nicht direkt in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren geprüft werden kann. Gegenüber der Beschwerdegegnerin kann aber somit nur die Untätigkeit gegenüber einer als grundrechtswidrig empfundenen Nutzungszuordnung durch die B.\_\_\_\_\_ AG gerügt werden (siehe MOSER, a.a.O., S. 386).

#### E. 1.4

Die vorliegende zu beurteilende Streitsache betrifft also im Wesentlichen eine vom Beschwerdeführer als grundrechtswidrig empfundener Umgang mit der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_, welche sich im Eigentum der Beschwerdegegnerin befindet, also zum Vermögen einer Körperschaft des kantonalen öffentlichen Rechts des Kantons Graubünden zählt (vgl. Art. 60 Abs. 1 KV sowie Art. 27 GG in der vom 1. Januar 2001 bis 30. Juni 2018 gültigen Fassung) und nach beschwerdeführerischer Ansicht zu Unrecht nicht gegen (Grund-)Rechtsverletzungen einschreitet. Es handelt sich somit diesbezüglich in sachlicher Hinsicht um eine kommunale Angelegenheit der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit bzw. des öffentlichen Rechts. Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden ist somit örtlich und sachlich (vgl. Art. 55 KV sowie Art. 1 Abs. 2 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG; BR 173.000] i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 49 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 VRG) zuständig, um im vorstehend dargelegten Rahmen über die Rechtsverweigerungsbeschwerden des Beschwerdeführers zu befinden. 2. Hinsichtlich des (aktuellen) Rechtsschutzinteresses des Beschwerdeführers ist festzuhalten, dass der Beschwerdegegnerin zwar darin zuzustimmen ist, dass Art. 50 Abs. 1 VRG hinsichtlich der Rechtsmittellegitimation insbesondere ein (aktuelles) schutzwürdiges Interesse verlangt. Soweit sie aber davon ausgeht, dass betreffend des Verfahrens U 16 5 infolge des zwischenzeitlichen Verfalles der, dem fraglichen Nutzungskonzept der B.\_\_\_\_\_ AG zu Grunde liegende, Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch eine Beeinflussungsmöglichkeit der tatsächlichen und rechtlichen Situation dahingefallen sei, greift dies vorliegend zu kurz. Zur Begründung der Legitimation kann es in gewissen Fällen ausnahmsweise genügen, wenn ein bloss virtuelles Rechtsschutzinteresse besteht. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich die grundsätzliche Fragestellung unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wiederholen könnte und eine rechtzeitige (höchst-)richterliche Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre, wobei an der Beantwortung dieser grundsätzlichen Frage ein hinrei-

- 37 - chendes öffentliches Interesse besteht (siehe BGE 128 II 34 E.1b, 121 I 279 E.1; PVG 2012 Nr. 35 E.3b, PVG 2011 Nr. 8 E.1a m.H.a. BGE 131 II 670 E.1.2; VGU U 16 2 vom 6. Juni 2016 E.1a). Der Klärungsbedarf beschränkt sich dabei auf die strittigen Grundsatzfragen sowie der individuellen potentiell wiederholbaren Situation des Beschwerdeführers und es wird diesem virtuellen Rechtsschutzinteresse genüge getan, wenn sich allenfalls gewisse Klärungen und Richtlinien für die künftigen Konstellationen ergeben (BGE 127 I 164 E.1a und E.6a). Die Beschwerdegegnerin vertritt dezidiert die Ansicht, dass die Nutzungsordnung auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_, entgegen der beschwerdeführerischen Ansicht, nicht zu beanstanden sei und die Nutzungsordnung der Wintersaison 2015/2016 änderte sich bezüglich der Hauptstreitpunkte auch in der darauffolgenden Wintersaison nicht. Die (Winter-)Nutzungsperiode der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ dauert jeweils maximal ca. ein halbes Jahr und wird jeweils vor Saisonbeginn geordnet. Damit ist die Konstellation nicht vergleichbar mit derjenigen, welche das Bundesgericht im Urteil 1C\_605/2014 vom 6. Juli 2015 beurteilte und wo es ein virtuelles Interesse des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit einer Rechtsverweigerungsbeschwerde verneinte. Wie sich in den bisherigen Verfahren U 16 5 und 17 8 gezeigt hat, ist die Angelegenheit auch in tatsächlicher Hinsicht umstritten und erforderte gewisse Beweiserhebungen, es stellten sich also nicht bloss reine Rechtsfragen bei einem unbestrittenen Sachverhalt, was das Verfahren beschleunigen könnte. Aufgrund dieser Umstände erscheint jeweils eine zeitgerechte Klärung der Streitfragen nicht möglich,

womit, begrenzt auf die strittigen Grundsatzfragen (vgl. dazu auch nachfolgende Erwägungen 2.3 f.), zumindest ein virtuelles Rechtsschutzinteresse anzunehmen ist.

## E. 2

Vor diesem Hintergrund erliess die Gemeinde O.1. \_\_\_\_\_ im Oktober 2012 eine "Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch der Parzelle Nr. Z.1. \_\_\_\_\_ für die Nutzung als Skiwiese". Darin wurde festgehalten, dass die B. \_\_\_\_\_ AG das Recht erhalte, das Grundstück jeweils im Zeitraum vom 1. November bis 30. April (Wintersaison) zu nutzen. Die Weitergabe der Nutzung für den Skischulbetrieb wurde ausdrücklich erlaubt, so-

- 4 - fern gewisse Bedingungen beachtet würden. Die B. \_\_\_\_\_ AG wurde zudem verpflichtet, allen Schneesportschulen, welche die grundsätzlichen Bedingungen erfüllten, einen angemessenen Sammelplatz zur Verfügung zu stellen. Die Aufteilung der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ als Sammelplatz der verschiedenen berechtigten Schneesportschulen wurde zur Sache der B. \_\_\_\_\_ AG erklärt, wobei die B. \_\_\_\_\_ AG den Zusatzaufwand den einzelnen Schneesportschulen in Rechnung stellen könne. Die Gemeinde behielt sich ferner das Recht vor, jederzeit Anlässe, welche für sie von Bedeutung seien, auf dem Grundstück durchzuführen. Des Weiteren wurde festgehalten, dass der allgemeine Skibetrieb stets gewährleistet und gleichzeitig die Skiwiese für die Allgemeinheit zugänglich sein müsse und die B. \_\_\_\_\_ AG der Gemeinde jeweils vor Beginn der Wintersaison ein Nutzungskonzept einzureichen haben. Die Bewilligung wurde bis zum 30. April 2014 erteilt. Sie basierte im Wesentlichen auf einer entsprechenden Bewilligung welche im November 2011 für die Wintersaison 2011/2012 der Rechtsvorgängerin der B. \_\_\_\_\_ AG bis zum 30. April 2012 erteilt worden war. Für die Wintersaison 2014/2015 wurde die Bewilligung ohne weiteres fortgeführt. Nachdem es im Winter 2014/2015 zu weiteren Unstimmigkeiten zwischen der Skischule H. \_\_\_\_\_ von A. \_\_\_\_\_ und der B. \_\_\_\_\_ AG auf der Skiwiese F. \_\_\_\_\_ betreffend der Nutzung und dem Verhalten auf der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ kam, wurde Mitte des Jahres 2015 seitens des Beschwerdeführers die Gemeinde O.1. \_\_\_\_\_ (erneut) involviert, wobei es am 31. August 2015 auch zu einem Besprechungstermin kam. In der neuerlichen Bewilligung an die B. \_\_\_\_\_ AG bezüglich des gesteigerten Gemeingebrauchs der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ vom 9. September 2015 für den Winter 2015/2016 wurden neben den ursprünglichen Formulierungen aus dem Jahre 2012, noch neue Passagen aufgenommen bzw. gewisse abgeändert. Neu hinzu kam die Feststellung, dass auf der Skiwiese im Winter diverse Schneesportaktivitäten stattfinden und dabei das Interesse des Gastes in den Mittelpunkt zu stellen sei (Ziffer 3). Die Zuteilung eines angemessenen Sammelplatzes habe den Prinzipien der Rechtsgleichheit, der Wirtschaftsfreiheit und der

- 5 - Verhältnismässigkeit zu genügen. Nebst dem, dass der allgemeine Skibetrieb stets zu gewährleisten sei, müsse die "Skiwiese (Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_)" auch dauernd für die Allgemeinheit zugänglich sein. Auf der Skiwiese betriebene Anlagen müssten so betrieben werden, dass sie von allen Interessierten genutzt werden könnten (Ziffer 8). Die für die Sicherheit aller Benutzer erforderlichen Abschränkungen seien so anzubringen, dass der Zugang zur gesamten Skiwiese nicht unnötig erschwert werde (Ziffer 9) und das Durchgangsrecht aus dem Gebiet G. \_\_\_\_\_ müsse jederzeit gewährleistet sein (Ziffer 10). Entfernt wurde die Verpflichtung der B. \_\_\_\_\_ AG, vorgängig jeweils ein Nutzungskonzept einzureichen. Gestützt auf diese Bewilligung erstellte die B. \_\_\_\_\_ AG am 11. Dezember 2015 dennoch wiederum ein Nutzungskonzept. Sie betitelte dieses mit "Winter 2015/16 ff."

Dieses sah eine Nutzungspriorisierung von verschiedenen Bereichen der Parzelle Z.1.\_\_\_\_ vor. Im nordwestlichen Bereich fand sich ein gesicherter Bereich für allgemeines (öffentliches) Schneevergnügen wie z.B. Schlitteln. Daran anschliessend war ein von der C.\_\_\_\_ AG betriebenes Unterrichtsförderband vorgesehen, welches von der Steigung der nordwestlichen Nachbarparzelle bis in den flacheren Bereich der Parzelle Z.1.\_\_\_\_ hineinreicht. Ein zentraler, flacher Bereich war als gesicherter Sammel- und Unterrichtsplatz für die C.\_\_\_\_ AG mit öffentlichem Zugang – exklusive andere Skischulen – vorgesehen. Ein weiterer, ebenfalls flacher Bereich im Süden der Parzelle Z.1.\_\_\_\_ war als gesicherter Sammel- und Unterrichtsplatz für die weiteren interessierten Skischulen ausgewiesen, wobei auch dort der (publikums-)öffentliche Zugang gewährleistet war. Die Sicherheitsverantwortung inkl. Absperrungen, die Schneeproduktion sowie Pistenpräparation und auch die Schneeräumung entlang der südlich an die Parzelle Z.1.\_\_\_\_ angrenzenden Strasse oblag dabei der B.\_\_\_\_ AG. Es wurde eine Weiterverrechnung der entstehenden Kosten vorbehalten.

- 6 - In der nachfolgenden Zeit ergab sich weitere Korrespondenz zwischen A.\_\_\_\_ bzw. seinem Rechtsvertreter mit der B.\_\_\_\_ AG und der Gemeinde. A.\_\_\_\_ bezeichnete darin das Nutzungskonzept als nicht vereinbar mit der Nutzungsbewilligung, und zwar hinsichtlich der Flächenaufteilung, der Nichteinsehbarkeit der Piste und des Übungshanges aber auch hinsichtlich der ausschliesslichen Nutzungsmöglichkeit von Beförderungsanlagen durch die C.\_\_\_\_ AG. Des Weiteren wurde die Tatsache kritisiert, dass die C.\_\_\_\_ AG die von ihr und der Öffentlichkeit genutzte Fläche mit einer Absperrung abgrenze, während seine eigene Skischule den anderen Teil ohne Abschränkungen mit der Öffentlichkeit und zwei weiteren Skischulen teilen müsse. Es kam zu keiner Einigung zwischen den involvierten Beteiligten.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin bestreitet zudem ganz generell die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers, weil die von ihm angeblich geführte H.\_\_\_\_ im Handelsregister nicht zu finden sei. Im Handelsregister fände sich bloss eine Einzelfirma mit einem anderen Inhaber (I.\_\_\_\_), welche eine englische Übersetzung dieses Namens inkl. Namen dieses anderen

- 38 - Firmeninhabers als Firma benutze. Weiter sei im Rahmen der Umsetzung der Nutzungsordnung auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_ die Flächenzuteilung durch die B.\_\_\_\_ AG nicht an den Beschwerdeführer persönlich, sondern an die H.\_\_\_\_ erteilt worden. Der Beschwerdeführer führt dazu aus, dass der Beschwerdeführer Rechtsträger des kaufmännischen Unternehmens H.\_\_\_\_ sei, wobei der Betrieb einer Skischule zum Unternehmenszweck des Einzelunternehmens "A.\_\_\_\_" gehöre. Für das Gericht kristallisiert sich aufgrund der in den Akten liegenden Korrespondenzen hinreichend heraus, dass die "H.\_\_\_\_" durch das Einzelunternehmen mit der Firma "A.\_\_\_\_" und somit durch den Beschwerdeführer am Rechtsverkehr teilnimmt. Ausserdem gelangte der Beschwerdeführer unter Hinweis auf die genutzte Bezeichnung H.\_\_\_\_ an die B.\_\_\_\_ AG und rügte verschiedene Mängel der Nutzungsordnung bzw. forderte die Beschwerdegegnerin im Jahr 2015 zum Einschreiten auf (siehe u.a. Bf-act. 5, 7, 10 f. und 23). Dass im Handelsregister eine Einzelfirma "K.\_\_\_\_" (Inhaber: I.\_\_\_\_) besteht, vermag daran nichts zu ändern, weil ausreichend Klarheit darüber besteht, dass der Beschwerdeführer als Inhaber eines Einzelunternehmens, welches eine Skischule unter der Geschäftsbezeichnung H.\_\_\_\_ betreibt, eine unzulässige Nutzungsordnung auf der

Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ rügte bzw. die Beschwerdegegnerin zur Intervention aufforderte und auch so im vor- liegenden Verfahren auftritt. Dass er in der Korrespondenz nicht konse- quent unter der exakten Firma "A.\_\_\_\_\_" auftrat (vgl. dazu Art. 944 f. und 954a des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR; SR 220]) und die Firma nur aus dem vorangestellten Nachnamen und dem Vornamen be- steht und ein Hinweis auf die Schneesportausbildungstätigkeit fehlt, mag zwar für die vorliegende Situation der Klarheit nicht unbedingt förderlich sein, doch genügt dies nicht um die Aktivlegitimation zu verneinen.

## **E. 2.2**

Ebenfalls unter dem Titel eines fehlenden Rechtsschutzinteresses, bringt die Beschwerdegegnerin vor, dass im vorliegenden Verfahren bloss über eine Rechtsverweigerung/-verzögerung entschieden werden könne. Über

- 39 - die beantragten Anweisungen an die Beschwerdegegnerin (vgl. beispiele- weise die Rechtsbegehren 2 und 3 gemäss Triplik vom 10. November 2016) sei hingegen kein Entscheid möglich. Weiter fehle dem Beschwer- deführer ein Feststellungsinteresse bezüglich der Widerrechtlichkeit der Nutzungsordnung auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ im Rahmen einer gegen die Beschwerdegegnerin gerichteten Rechtsverweigerungsbeschwerde. Der Beschwerdeführer bekräftige hingegen aufgrund des Verhaltens der Be- schwerdegegnerin ein nach wie vor (aktuelles) Rechtsschutzinteresse hin- sichtlich aller seiner Rechtsbegehren. Gemäss Art. 56 Abs. 3 kann im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdever- fahren reformatorisch oder kassatorisch entschieden werden. Mit einer (for- mellen) Rechtsverweigerungsbeschwerde wird klassischerweise die Ver- letzung eines Teilgehaltes der Allgemeinen Verfahrensgarantien gemäss Art. 29 BV gerügt, welchen die Bedeutung von Verfahrensgrundrechten zu- kommt (RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., § 4 Rz. 255 ff., 270 ff.; STEINMANN, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/ SCHWEI- ZER/VALLENDER [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 29 Rz. 4 ff., 18 ff.). Das Vorliegen einer Verletzung von formellen Garantien führt grundsätzlich un- abhängig von der Begründetheit in der Sache zu Gutheissung der Be- schwerde sowie der Aufhebung des getroffenen und angefochtenen Ent- scheidendes (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS /THURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., § 4 Rz. 270 ff.; vgl. auch BGE 142 I 93 E.8.3). Dies gilt gemäss bundesgericht- licher Rechtsprechung insbesondere im Falle der Verletzung des (formel- len Anspruches) auf rechtliches Gehör, wobei allerdings eine Heilung einer (nicht besonders schwerwiegenden) Verletzung des rechtlichen Gehörs so- wie auch anderer Verfahrensprinzipien in nachfolgenden Verfahren nicht per se ausgeschlossen ist (siehe RHINOW/KOLLER/ KISS/THURNHERR/BRÜHL- MOSER, a.a.O., § 4 Rz. 270 ff. und 314 sowie STEINMANN, in: EHRENZEL- LER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER [Hrsg.], a.a.O., Art. 29 Rz. 59 ff.; vgl. auch BGE 142 I 93 E.8.3, 135 I 187 E.2, 126 I 68 E.2, 114 Ia 153 E.3a/bb).

- 40 - Die Urteilsbefugnis im Rahmen einer Rechtsverweigerungsbeschwerde, ist in Übereinstimmung mit dem Grundsatz, wonach bei Verletzung von for- mellen Verfahrensgarantien grundsätzlich eine Rückweisung unter allfälli- ger Aufhebung des Entscheidendes erfolgt, also grundsätzlich auf die Rück- weisung zum Entscheid an diejenige Behörde beschränkt, welcher eine Rechtsverweigerung vorzuwerfen ist (vgl. dazu

STEINMANN, in: EHRENZEL- LER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER [Hrsg.], a.a.O., Art. 29 Rz. 21 sowie das Urteil des Bundesgerichts 1C\_578/2014 vom 3. September 2015 E.3.1; siehe auch UHLMANN, in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), a.a.O., Art. 94 Rz. 8 hinsichtlich Art. 94 BGG). Somit ergeht auch im Falle der Gutheissung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde grundsätzlich kein (reformatorischer) Entscheid in der Sache, sondern es hat mit der Rückweisung zur Behandlung und allenfalls mit der Feststellung einer Rechtsverweigerung sein Bewenden. Gegenteiliges könnte höchstens in Erwägung gezogen werden, wenn sich dies aus prozessökonomischen Gründen aufdrängen würde (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1312). Aufgrund der nachfolgend noch darzulegenden Umstände, erwiese sich vorliegend ein eigentlicher materieller, reformatorischer Entscheid aber nicht als sachgerecht. Ausgangspunkt ist der Umstand, dass der Streitgegenstand einer Rechtsverweigerungsbeschwerde prinzipiell die Frage bildet, ob die entsprechende Behörde zu Unrecht keinen Entscheid resp. rechtlich gebotene Handlung getroffen hat (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., § 5 Rz. 282 ff.). Nach dem kantonalen Verwaltungsprozessrecht stellen sowohl Rechtsverweigerung bzw. -verzögerung als auch Realakte, die in Rechte und Pflichten von Personen eingreifen, direkte Anfechtungsobjekte im Sinne von Art. 49 VRG dar und die Handlungspflicht der Behörde hängt somit weniger von einem, insbesondere nach den Vorgaben von Art. 29 Abs. 1 BV zu beurteilenden verfahrensrechtlichen (kantonalen) Anspruch auf Erlass eines anfechtbaren Entscheides ab, sondern davon, ob die Beschwerdegegnerin, wie von ihr von Anfang an vertreten, zutreffend davon ausgeht, dass

- 41 - ein Einschreiten ihrerseits gegen die Nutzungsordnung auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ aus grundrechtlicher Sicht nicht erforderlich sei (vgl. auch vorstehende Erwägung 1.2). Der Streitgegenstand ist zwar nicht bloss auf einen formellen Entscheidanspruch beschränkt, aber doch auf die Frage, ob die Beschwerdegegnerin aufgrund der vom Beschwerdeführer ihr gegenüber vorgebrachten materiellen Rügen bezüglich der Nutzung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ zu Recht keine Veranlassung sah, dagegen einzuschreiten (vgl. auch vorstehende Erwägung 1.3.2). Nicht Streitgegenstand einer Rechtsverweigerungsbeschwerde stellen aber eigentliche materielle (Leistungs-)Begehren dar (vgl. dazu KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1312 sowie die Urteile des Bundesgerichts 8C\_634/2012 vom 18. Februar 2013 E.1.1 und 9C\_157/2008 vom 20. März 2008 das Sozialversicherungsrecht betreffend). Ferner ist dabei auch nicht ausser Acht zu lassen, dass in der Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_ noch politische Bestrebungen hängig sind, welche sich ebenfalls auf die Nutzung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ beziehen (vgl. Bf-act. 84) und der Gemeinde bei der Ausgestaltung der Nutzung einer eigenen öffentlichen Sache ein nicht zu vernachlässigender Ermessensspielraum zusteht. Nach Art. 50 Abs. 1 BV ist die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechtes gewährleistet. Art. 65 KV bestimmt, dass die Autonomie der Gemeinden gewährleistet ist und sich ihr Umfang nach dem kantonalen Recht richtet (Abs. 1). Die Gemeinden sind insbesondere befugt, ihre Organisation zu bestimmen, ihre Behörden und Verwaltung einzusetzen sowie ihre finanziellen Angelegenheiten selbständig zu ordnen (Abs. 2). Gemäss Art. 2 GG (in der vom 1. Juli 2006 bis 30. Juni 2018 gültigen Fassung; ab 1. Juli 2018: Art. 3 Abs. 1 mit geänderter Formulierung) sind Gemeinden in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche

Entscheidungsfreiheit einräumt. Sie regeln ihre Angelegenheiten also im Rahmen des übergeordneten Rechts. In diesem Rahmen steht der Ge-

- 42 - meinde das Recht zur Selbstgesetzgebung und -verwaltung zu. Die bisherige Formulierung entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hinsichtlich der Voraussetzungen der Gemeindeautonomie (vgl. BGE 142 I 177 E.2, 139 I 169 E.6.1, Urteil des Bundesgerichts 2C\_604/2017 vom 10. Januar 2018 E.1.2). In Bezug auf die Benützung von (kommunalem) öffentlichem Grund, die gemäss Bundesrecht der kantonalen Gesetzgebung unterliegt (Art. 664 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]), schreibt Art. 4a GG (in der vom 1. Juli 2007 bis 30. Juni 2018 gültigen Fassung; ab 1. Juli 2018: Art. 3a des Polizeigesetzes des Kantons Graubünden [PolG; BR 613.000]) lediglich vor, dass Kundgebungen einer Bewilligung der zuständigen Gemeinde bedürfen. Bezüglich weiterer Arten der Benützung von (kommunalem) öffentlichem Grund ist davon auszugehen, dass die Gemeinden im Kanton Graubünden Autonomie geniessen (vgl. hinsichtlich der Inanspruchnahme von öffentlichem Grund durch das Taxiwesen: Urteil des Bundesgerichts 2C\_61/2009 vom 5. Oktober 2009 E.2.1; vgl. auch TROLLER, in: BÄNZIGER/MENGIARDI/TOLLER & PARTNER [Hrsg.], Kommentar zur Verfassung des Kantons Graubünden, Chur/Glarus/Zürich 2006, Art. 60 Rz. 20 und Art. 65 Rz. 13). Wenn die Gemeinde Autonomie geniessen, kann sie sich insbesondere dagegen zur Wehr setzen, dass eine kantonale Behörde ihre Prüfungsbefugnis überschreitet oder die einschlägigen Vorschriften unrichtig auslegt und anwendet (vgl. BGE 139 I 169 E. 6.1, 128 I 3 E.5b). Des Weiteren bedingt Art. 51 Abs. 1 VRG im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde keine Zweckmässigkeitskontrolle, sondern beschränkt sich auf eine Rechts- und Sachverhaltskontrolle, womit das Gericht sein eigenes Ermessen nicht einfach an Stelle jenes der Vorinstanz setzen darf (vgl. VGU U 13 110 vom 8. September 2015 E.1b). Dies steht nicht im Widerspruch zu Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV, weil daraus kein Anspruch auf eine eigentliche Angemessenheitskontrolle abgeleitet werden kann (siehe KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrens-

- 43 - recht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 202; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, a.a.O., § 6 Rz. 434 f.; BGE 137 I 235 E.2.5). Schliesslich erfolgt auch in Fällen, wo eine (staatliche) Verletzung der Grundrechtsbindung gemäss Rechtsprechung zu Art. 35 BV in Frage stehen würde, vielfach ein Rückweisungsentscheid (vgl. dazu SCHWEIZER, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 35 Rz. 32). In diesem Zusammenhang ist auch noch auf das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Luzern 7H 16 18 vom 16. November 2016 (publizierter in Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide [LGVE] 2017 IV Nr. 2) hinzuweisen, wo eine konkrete (Veränderung der) Nutzungszuteilung im Zusammenhang mit der Nutzung von öffentlichem Grund gar als nicht justiziable Rechtsstreitigkeit im Sinne von Art. 29a BV qualifiziert wurde, weil unter anderem mangels kantonal- oder kommunalrechtlichem Anspruch auf einen bestimmten Marktstandort, die Gemeinde in diesem Bereich Entscheidungshoheit sowie das erforderliche und sachlich begründbare Ermessen beanspruchen darf sowie der verfassungsmässige Zugang gewährleistet worden war.

### **E. 2.3**

Im Rahmen der vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerde, verbleibt also kein Raum für einen eigentlichen materiellen (Leistungs-)Entscheid, wie es insbesondere mit der

Rückerstattungsforderung im Betrag von Fr. 6'915.82 (Rechtsbegehren 3 gemäss Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 20. Januar 2017) von der Beschwerdegegnerin oder der B.\_\_\_\_\_ AG verlangt wird, wobei dies auch nicht mit der Beschränkung auf Grundsatzfragen im Rahmen des virtuellen Rechtsschutzinteresses vereinbar wäre. Auch die Anordnung einer konkreten Nutzungsordnung, welche der Beschwerdeführer anhand seiner vielen detaillierten Anweisungsbegehren an die Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Nutzung der Parzelle

- 44 - Z.1.\_\_\_\_\_ implizit beabsichtigt und basierend auf der aktuell bestehenden Nutzungsmöglichkeiten sowie unter Einhaltung der als verletzt gerügten Rechtsgrundsätze vorgeben möchte, fällt ausser Betracht, weil dies ebenfalls auf die Ausfällung eines für die Rechtsverweigerungsbeschwerde atypischen materiellen reformatorischen (Gerichts-)Entscheides hinausliefe und der Beschwerdegegnerin auch im Falle einer Begründetheit der Rechtsverweigerungsbeschwerde trotzdem noch ein gewisser Entscheidungsspielraum im Rahmen ihrer Autonomie verbliebe, welcher nicht einfach durch gerichtliches Ermessen hinsichtlich der anzustrebenden Nutzungsordnung auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ ersetzt werden kann. Damit ist eine, wie im Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-7454/2009 vom 29. März 2011 (bestätigt mit Urteil des Bundesgerichts 2C\_415/2011 vom 3. Juli 2012, auszugsweise publizierte in BGE 138 I 274, vgl. auch die nachfolgende Erwägung 4.1) ergangene, direkte Verpflichtung zur Erteilung der Bewilligung für ein aussenpolitisch heikles Plakat nicht mit der vorliegenden Konstellation vergleichbar, weil das Schlussergebnis einer anderweitigen, grundrechtskonformen Nutzungsordnung auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ im vorliegenden Verfahren noch nicht im entsprechenden Masse und ohne weitere Ermessensausübung determiniert werden kann. Wie in vorstehender Erwägung 2 bereits dargelegt, beschränkt sich die Überprüfung im Rahmen des zugestandenen virtuellen Rechtsschutzinteresses sowieso auf die eigentlichen Grundsatzfragen. Ferner würden dabei auch den noch nicht endgültig geklärten kommunalen politischen Bestrebungen im Zusammenhang mit der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ vorgegriffen (vgl. den Hinweis in vorstehender Erwägung 2.2). Somit beschränkt sich die vorliegend zu beurteilende Fragestellung darauf, ob die Beschwerdegegnerin zu Unrecht untätig geblieben ist, weil der Beschwerdeführer durch die strittige Nutzungsordnung auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ in seinen (verfassungsmässigen) Rechten verletzt worden ist. Sofern dies der Fall wäre und eine Handlungspflicht der Beschwerdegegnerin bestanden hätte, wäre dies zu konstatieren und die Angelegenheit (im Sinne der Erwägungen) an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Das konkrete Prozedere für die Her-

- 45 - stellung eines grundrechtskonformen Zustandes stünde hingegen immer noch in nicht unerheblichem Umfang in der Kompetenz der Beschwerdegegnerin, weil es sich nicht bloss um eine ermessenfrei zu bewerkstelligende Anweisung an die Beschwerdegegnerin handeln würde. Liesse sich hingegen keine Verletzung der geltend gemachten (Grund-)Rechte des Beschwerdeführers feststellen, erwiesen sich die erhobenen Beschwerden als unbegründet. Speziell kann noch auf die vom Beschwerdeführer angebehrten Anweisungen an die Beschwerdegegnerin bezüglich gleichmässiger Gestattung von schulinternen Skirennen sowie gleichem Zugang zu einem Ausbildungsförderband (zu angemessenen Konditionen) auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ hingewiesen werden (vgl. dazu Rechtsbegehren 2, 2. Spiegelstrich, Punkt 3 und 4 gemäss Beschwerde vom 11. Januar 2016; Rechtsbegehren 2, 2. Spiegelstrich, Punkt 3 und 5 gemäss Triplik vom 10.

November 2016 so- wie 2. Spiegelstrich, Punkt 4 und 6 der Beschwerde vom 20. Januar 2017). Dabei ist der Umstand zu beachten, dass die gemeindeeigene Par- zelle Z.1.\_\_\_\_\_ im nordwestlichen Bereich bloss im äussersten Bereich über eine relativ kurze Strecke leicht ansteigt. Erst die anschliessenden, hangseitigen Nachbarparzellen Z.2.\_\_\_\_\_, Z.3.\_\_\_\_\_ und Z.4.\_\_\_\_\_ bis Z.5.\_\_\_\_\_, die nicht im Gemeindeeigentum stehen, weisen ein stärkeres Gefälle bzw. eine stärkere Steigung auf, welche ein entsprechendes Ab- fahrtsrennen sowie auch eine sinnvolle bergseitige Endposition eines Un- terrichtsförderbandes erst ermöglichten. Auch wenn diese in privatem Ei- gentum stehenden Parzellen gemäss Zonenplan ebenfalls von der Winter- sportzone überlagert sind, steht es nicht im Belieben der Beschwerdegeg- nerin, mangels entsprechender Sachherrschaft, hinsichtlich einer über den freien Zutritt zur Ausübung des Wintersportes hinausgehende Berechi- gung für Dritte ohne Einverständnis der entsprechenden Grundeigentümer zu befinden (vgl. dazu das Urteil des Kantonsgericht des Kantons St. Gal- len BO.2016.26 vom 6. Juli 2017 E.III.2.d.aa ff., bestätigt mit Urteil des Bun- desgerichts 5A\_676/2017 vom 16. Oktober 2017). Insofern erscheint eine

- 46 - diesbezügliche Anweisung an die Beschwerdegegnerin, infolge fehlender Umsetzbarkeit, von vornherein als unangebracht. Eine vergleichbare Kon- stellation besteht auch hinsichtlich der vom Beschwerdeführer kritisierten Zeltnutzung, welche ebenfalls nicht vollständig auf gemeindeeigenem Grund stattfindet.

#### **E. 2.4**

Damit relativiert sich aber auch die seitens der Beschwerdegegnerin kriti- sierte Ausweitung der gestellten Rechtsbegehren durch den Beschwerde- führer, welche gemäss Art. 51 Abs. 2 VRG unzulässig sei. Denn wie in vor- stehender Erwägung 2.3. dargelegt, beschränkt sich die Spruchbefugnis des Gerichts auf das in der genannten Erwägung Dargelegte. Grundsätz- lich trifft es aber zu, dass eine Abänderung der Rechtsbegehren im zweiten Schriftenwechsel nur insoweit möglich ist, als sich dadurch der Streitge- genstand verengt bzw. um nicht mehr streitige Punkte reduziert, nicht aber, wenn damit eine Erweiterung oder qualitative Veränderung des Streitge- genstands verbunden ist (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1019; VGU R 16 67 vom 22. Juni 2017 E.1b m.H.a. auf BGE 133 II 30 E.2, 131 II 200 E.3.2). Art. 51 Abs. 2 VRG normiert zwar lediglich das Verbot der Aus- dehnung der Rechtsbegehren im verwaltungsgerichtlichen Beschwerde- verfahren gegenüber dem vorinstanzlichen Verfahren. Die herrschende Gerichtspraxis leitete das Verbot der Erweiterung der Rechtsbegehren im zweiten Schriftenwechsel indes aus Art. 55 Abs. 1 des per 1. Januar 2007 durch das VRG abgelösten Verwaltungsgerichtsgesetzes (aVGG) ab (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünde [VGE] 252/74 vom 9. Juli 1974, VGE 254/73 vom 4. Juni 1974). Selbiges muss unter der Geltung des praktisch gleichlautenden Art. 52 Abs. 1 VRG gelten. Wenn das Rechtsbegehren im zweiten Schriftenwechsel nämlich erweitert oder sonst wie verändert wird, verliert die Beschwerde ihre Identität und wird im Umfang der Erweiterung zu einer neuen Beschwerde. Zulässig ist diese Erweiterung nur insofern, als die Beschwerdefrist auch in Bezug auf die zweite Rechtsschrift eingehalten wird (PVG 1975 Nr. 95; VGU A 16 32 vom

- 47 - 31. März 2017 E.2b, S 14 79 vom 18. August 2015 E.1b, U 14 77 vom

#### **E. 3**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MwSt) zulasten der Beschwerdegegnerin." Der Beschwerdeführer hält es insbesondere für unvereinbar mit dem auch bei gesteigertem Gemeingebrauch von öffentlichen Sachen zu beachtenden Gebot der Gleichbehandlung von Gewerbetreibenden, wenn der C. \_\_\_\_\_ AG rund 70 % der zentral platzierten Fläche der Skiwiese ungeteilt für ihre Skischulaktivitäten zur Verfügung steht, während ein unförmiger, schmaler, L-förmiger Streifen entlang der Parzellengrenze mit einer Fläche von rund 30% der Nutzfläche an alle anderen Fremdschulen, darunter auch

- 8 - diejenige des Beschwerdeführers, zur gemeinschaftlichen Nutzung zuge- teilt ist. Zumindest der ebene Platz oder ein klar definierter Teil des Grund- stückes müsse für alle berechtigten Skischulen gleichermassen und ohne Absperchnetze zugänglich gemacht werden. Die Beschwerde werde in eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gekleidet, weil die Gemeinde O.1. \_\_\_\_\_ die Begehren des Beschwerdeführers betreffend die Nutzung der Skiwiese nicht an die Hand nehme, obschon sie dazu verpflichtet sei. Am 26. Januar 2016 beantragt die Gemeinde O.1. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Be- schwerdegegnerin) die Abweisung der Beschwerde unter gesetzlicher Kos- ten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdeführers. Sie ar- gumentierte im Wesentlichen, dass die von der B. \_\_\_\_\_ AG vorgenom- mene Platzzuteilung aufgrund von objektiven und nachvollziehbaren Krite- rien erfolgt sei. Damit sei weder gegen die Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch noch generell gegen die Wirtschaftsfreiheit oder gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten verstossen wor- den und damit habe sich für die Gemeinde zu Recht keinen Anlass zum Eingreifen ergeben. Die beigelegte B. \_\_\_\_\_ AG und die C. \_\_\_\_\_ AG teilten mit Schreiben vom 24. bzw. 25. Januar 2016 mit, sich am Verfahren und insbesondere am Augenschein zu beteiligen. Inhaltlich schlossen sich beide den Aus- führungen der Gemeinde an. Am 28. Januar 2016 reichte der Beschwerdeführer noch zwei Fotos vom selbigen Tag als Beleg für den Umstand ein, dass es der C. \_\_\_\_\_ AG de facto erlaubt werde, einen weiteren, abgeschotteten Teil der Par- zelle Z.1. \_\_\_\_\_ ausschliesslich für eigene Zwecke (Renn[übungs-]piste) zu nutzen. Diese ausschliessliche Nutzung finde wöchentlich statt. Gleichzei- tig habe die B. \_\_\_\_\_ AG als Nutzungsinhaberin des Grundstücks, das Ge- such des Beschwerdeführers abgelehnt, an drei Tagen im Februar 2016 jeweils für eine Stunde ein kleines Skirennen auf dem Grundstück veran-

- 9 - stalten zu dürfen. Die Beschwerdegegnerin nahm am 8. Februar 2016 dazu Stellung und stellte die Ausführungen des Beschwerdeführers in Abrede bzw. stellte hinsichtlich der Thematik Skirennen einige Punkte klar.

### **E. 3.1**

Mit Schreiben vom 2. Mai 2012 liess sich das Sekretariat der WEKO zu der Anzeige des Beschwerdeführers gegenüber der Beschwerdegegnerin fol- gendermassen vernehmen. Die entsprechende Anzeige bezog sich auf das Verhalten der Rechtsvorgängerin der B. \_\_\_\_\_ AG, der Beschwerdegegne- rin sowie der C. \_\_\_\_\_ AG bezüglich der Benützung der Skiwiese F. \_\_\_\_\_. Aufgrund der vorhandenen Informationen sah die WEKO auch bei einer exklusiven Verwendung eines Anteils an der fraglichen Skiwiese durch die C. \_\_\_\_\_ AG keinen Grund zum Einschreiten. Insbesondere gewähre die Rechtsvorgängerin der B. \_\_\_\_\_ AG allen Schneesportschulen in O.1. \_\_\_\_\_ den Zugang zu Übungspisten, vergünstigte Tarife für Skilehrer sowie weitere Leistungen. Ferner werde keine Schneesportschule von der Benutzung der Skiwiese F. \_\_\_\_\_ als Sammelplatz ausgeschlossen, sofern sie gewisse Voraussetzungen erfüllten. Generell sei die Verknüpfung der Nutzungsberechtigung für die

Skiwiese mit diskriminierungsfreien Bedingungen zulässig und auch die Behandlung der C.\_\_\_\_\_ AG knüpfe an objektive, nachprüfbare Kriterien an, womit keine unberechtigte Bevorzugung der C.\_\_\_\_\_ AG erkennbar sei. Wichtig sei zudem eine transparente und zeitnahe Kommunikation dieser Kriterien für die Behandlung einzelner Schneesportschulen und der Bedingungen für die Nutzung der Skiwiese als Sammelplatz. Es würden in dieser Angelegenheit keine weiteren Schritte unternommen (vgl. beschwerdegegnerische Akten [Bg-act.] 13). Gemäss dem Beschwerdeführer habe sich die WEKO ausschliesslich dazu geäussert, ob die Vergabe der Bewilligung an eine vor Ort tätige Schneesportschule kartellrechtswidrig sei, nicht hingegen ob die konkrete Handhabung der Bewilligung durch einen Bewilligungsinhaber unter dem Aspekt der Wahrung der Grundrechte korrekt erfolge oder nicht. Die Beschwerde-

- 51 - gegnerin wandte dagegen ein, dass aufgrund der Parallelen des durch die WEKO untersuchten Sachverhaltes zum vorliegend zu Beurteilenden, die Feststellungen der WEKO von Bedeutung seien. Diese habe dabei betont, dass die Nutzung der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ auf objektiven, nachprüfbaren Kriterien beruhe. Aber genau solche objektiven und nachprüfbaren Kriterien seien auch für die Zuteilung von öffentlichem Grund von Relevanz und heranzuziehen. Diese Argumentation der Beschwerdegegnerin hat etwas für sich, weil auch die WEKO die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung von Schneesportschulen an objektive und nachprüfbare Kriterien knüpfte, womit insofern gewisse Parallelen zur Gleichbehandlung von Gewerbetreibenden bei der Nutzung von öffentlichem Grund gezogen werden können, wo der individualrechtliche Gehalt der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV eine spezifische Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 8 BV darstellt und neben ernsthaften und sachlichen Gründen für eine Ungleichbehandlung noch berücksichtigt, ob die Ungleichbehandlung gleichzeitig einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigt oder benachteiligt. Wie bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung einer allfälligen Diskriminierung gemäss Art. 7 KG durch ein marktbeherrschendes Unternehmen (vgl. dazu Urteile des Bundesgerichts 2C\_484/2010 vom 29. Juni 2012 E.8.2.3 und E.10.1 sowie 2A.142/2003 vom 5. September 2003 E.4.2 ff.), sind auch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung von Gewerbetreibenden für die Beurteilung einer Zuteilungsordnung von öffentlichem Grund sachliche Gründe anzuführen bzw. objektive Kriterien heranzuziehen (vgl. UHLMANN, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 27 Rz. 76 f.; vgl. auch VALLENDER, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 27 Rz. 30 ff.). Dass diese kartellrechtliche Prüfung somit ohne jegliche Relevanz für das vorliegende Verfahren ist, wie

- 52 - vom Beschwerdeführer dargestellt, kann in dieser Absolutheit nicht gesagt werden. Dafür spricht auch, dass das Kartellrecht gemäss Art. 1 KG und in Nachachtung von Art. 96 BV volkswirtschaftlich oder sozial schädigende Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen verhindern soll, um den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (vgl. BGE 129 II 18 E.3; Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E.4.1). Bei der Auslegung und Anwendung der Kartellgesetzgebung sind neben Art. 96 BV auch Art. 27 i.V.m. Art. 36 BV bzw. Art. 27 i.V.m. Art. 35 zu berücksichtigen, womit also auch der Grundrechts-

verwirklichung im Sinne von Art. 35 Abs. 3 BV sowie der Eingriffsrechtfertigung im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV (bezüglich Grundrechte Dritter) Geltung verschafft werden soll (siehe Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2014 vom 28. Juni 2016 E.5.3.5 m.H.a. HANGARTNER, Revision des Kartellgesetzes: Mühe mit der individuellen Wirtschaftsfreiheit, in: AJP 4/2012, S. 440 f.).

### E. 3.2

Uneinigkeit besteht zwischen dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin auch bezüglich der Qualifikation der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_. Während die Beschwerdegegnerin in den Rechtsschriften im Zusammenhang mit einem (bedingten) Anspruch auf Nutzung einer öffentlichen Sache, welcher sich gemäss Rechtsprechung aus der Wirtschaftsfreiheit ableitet, argumentiert, dass es sich um Verwaltungsvermögen handle, weil es durch seinen Gebrauchswert unmittelbar der Förderung des Tourismus diene und bei dieser Art von öffentlicher Sache der erwähnte (bedingte) Anspruch nicht bzw. nur sehr eingeschränkt gelte, geht der Beschwerdeführer teilweise von einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch aus. An anderer Stelle argumentiert der Beschwerdeführer dann allerdings auch wieder, dass es sich um Verwaltungsvermögen handle. Gemäss Art. 27 GG (in der vom 1. Januar 2001 bis 30. Juni 2018 gültigen Fassung) besteht das Vermögen einer Gemeinde aus Sachen im Gemeingebrauch, Verwaltungsvermögen, dem Nutzungsvermögen und dem Finanzvermögen. Das Nutzungsvermögen wird in Art. 30 Abs. 1 GG (in der vom 1. Juli 1974 bis

- 53 - 30. Juni 2018 gültigen Fassung; ab 1. Juli 2018: Art. 45 Abs. 1 GG) definiert. Die anderen öffentlichen Sachen im weiteren Sinne lassen sich anhand von Lehre und Rechtsprechung definieren bzw. sind teilweise in Art. 2 des Gesetzes über den Finanzhaushalt des Kantons Graubünden (FHG; BR 710.100) aus finanzhaushaltsrechtlicher Perspektive umschrieben. Dergestalt umfasst das Finanzvermögen jene Vermögenswerte, die ohne Beeinträchtigung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben veräussert werden können, dienen also bloss mittelbar der Erfüllung solcher Aufgaben und sind realisierbare Aktiven (vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 32 Rz. 2203 f.; m.w.H. MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Diss., Bern 2011, S. 12 ff.). Das Verwaltungsvermögen umfasst hingegen gemäss Definition in der Finanzhaushaltsgesetzgebung jene Vermögenswerte, die unmittelbar und auf längere Zeit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen. Das Verwaltungsvermögen und die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch werden auch unter dem Titel "öffentliche Sachen im engeren Sinne" zusammengefasst. Verwaltungsvermögen steht den Behörden (Verwaltungsgebrauch) oder gewissen privaten Benutzern (Betriebs-/Anstalts- bzw. Einzelgebrauch) unmittelbar durch ihren Gebrauchswert zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zu Verfügung (siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 32 Rz. 2205 f.; BGE 138 I 274 E.2.3; m.w.H. MOSER, a.a.O., S. 18 ff.). Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch stehen der Allgemeinheit zur (ordentlichen) Nutzung im Rahmen ihrer Zweckbestimmung zur Verfügung und unterscheiden sich somit aufgrund ihres offenen Benutzungskreises vom Verwaltungs- oder Betriebs-/Anstalts-sachen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 32 Rz. 2226; m.w.H. MOSER, a.a.O., S. 34 ff.). Gemäss Art. 119 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGzZGB; BR 210.100) sind nicht nachweislich im Privateigentum stehende Gewässer, Strassen und Plätze zum Gemeingebrauch bestimmte Sachen. Die sich ausserhalb der

Bauzone befindliche Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ steht im Eigentum der Beschwerdegegnerin und gehört somit in jedem Fall zu ihren Vermögenswerten. Die nach der Grundordnung zulässige Nutzung im Sinne des Raumplanungsrechts bzw.

- 54 - ihrer Zweckbestimmung ist die (Sicherung der) landwirtschaftliche Bewirtschaftung, weil sie der Landwirtschaftszone gemäss Art. 59 des kommunalen Baugesetzes (vgl. auch Art. 32 des Raumplanungsgesetzes für den Kanton Graubünden [KRG; BR 801.100]) als Grundnutzung zugewiesen ist. Sich im Eigentum des Gemeinwesens befindliches Weideland, welches zur Nutzung an Private abgeben wird, hat das Bundesgericht in einer älteren ausserkantonalen Entscheidung als Finanzvermögen klassifiziert (siehe MOSER, a.a.O., S. 13 m.H.a. BGE 112 II 35). Überlagert ist sie durch die Wintersportzone gemäss Art. 63 des kommunalen Baugesetzes (vgl. auch Art. 39 KRG). Diese, die Grundnutzung, überlagernde Zone umfasst das für die Ausübung des Wintersportes erforderliche Gelände wie beispielsweise Aufstiegs- und Abfahrtsgebiet für Skifahrer, Langlaufloipen, Übungsgelände, Schlittelwege und ähnliches. Neben den Bestimmungen der Grundnutzung gilt in der (kommunalen) Wintersportzone ein Allgemeines Zutrittsrecht und dient insbesondere der Freihaltung des dem Wintersport dienenden Geländes vor Bauten und Anlagen, Terrainveränderung sowie (Boden-)Nutzungen, welche die Ausübung des Wintersportes beeinträchtigen. Die das Gelände, von den Wintersport beeinträchtigenden Nutzungen freihaltende (überlagernde) Wintersportzone ergänzt also die Vorschriften der Grundnutzung. Naturgemäss ist eine Wintersportnutzung auf das Winterhalbjahr beschränkt, während die landwirtschaftliche Bewirtschaftung sich auf die übrige Zeit bzw. die Vegetationsperiode fokussiert. In Anbetracht der zulässigen Nutzung, der Lage und der tatsächlichen Nutzungen erscheint im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ trotzdem weniger dem Finanzvermögen zugehörig, sondern als öffentliche Sache im engeren Sinne. Aufgrund der garantierten Zugänglichkeit für die Allgemeinheit zur Ausübung des Wintersportes infolge der (überlagernden) Wintersportzone, wird gegenüber Privaten eine im öffentlichen Interesse dienende Einschränkung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Eigentumsrechts statuiert. Aus einem entsprechenden öffentlichen Interesse ergibt sich auch die allgemeine Zutrittsberechtigung zur Ausübung des Wintersportes auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_, womit von einem (relativ) offenen

- 55 - Benutzerkreis auszugehen ist und somit die Zuteilung zu einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch passend erscheint. Allerdings ist die Fragestellung nicht von entscheidender Relevanz, weil auch bei einigen Objekten des Verwaltungsvermögens, der bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch unter gewissen Voraussetzungen bestehende (bedingte) Nutzungsanspruch für eine gesteigerte Nutzung zur Ausübung von Freiheitsrechten, ebenfalls in Frage kommen kann (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 33 Rz. 2297 f.). In jedem Fall kann nicht davon ausgegangen werden, dass im Zusammenhang mit der Ausübung eines Gewerbes auf eine Prüfung eines bedingten Anspruches auf Inanspruchnahme verzichtet werden könnte.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer macht hinsichtlich des, der vorliegenden Streitsache zugrundeliegenden, Nutzungskonzeptes für die Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ auch geltend, dass einige der Nutzungen, welche nur der C.\_\_\_\_\_ AG erlaubt würden, nicht mehr unter gesteigerten Gemeingebrauch subsumiert werden können, sondern dass dafür sogar eine (ausschliesslich) Sondernutzung bestehe, welche eine Konzession erforderlich machen

würde. Die sei insbesondere beim Unterrichtsförderband, der ausschliesslichen Platzzuteilung sowie der Durchführung des Skirennens der Fall. Die Beschwerdegegnerin vereinte hingegen eine durch das Nutzungskonzept der B. \_\_\_\_\_ AG geschaffene (relevante) Sondernutzung auf der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_. Die Nutzung von öffentlichen Sachen richtet sich grundsätzlich nach kantonalem Recht und wird üblicherweise in (schlichten) Gemeingebrauch, gesteigerten Gemeingebrauch und Sondernutzung unterschieden (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 33 Rz. 2252; BGE 135 I 302 E.3.1; m.w.H. MOSER, a.a.O., S. 207 f.). Schlichter Gemeingebrauch ist bestimmungsgemäss und gemeinverträglich. Bei gesteigertem Gemeingebrauch wird entweder die Bestimmungsgemässheit überschritten oder es fehlt an der Gemeinverträglichkeit. Ebenfalls gesteigerter Gemeingebrauch liegt vor,

- 56 - wenn das Gemeinwesen bestimmten Personen die intensivere oder sogar alleinige Nutzung einer öffentlichen Sache ausdrücklich gestattet hat und diese Nutzung durch eine (intensive) Nutzung von Dritten gestört wird (vgl. dazu BGE 88 I 18 E.6 f.). Gesteigerter Gemeingebrauch erfordert aufgrund des Umstandes, dass die Nutzungsarten zu priorisieren und zu koordinieren sind, vielfach eine Bewilligungspflicht im Sinne einer präventiven Kontrolle. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bezüglich eines die Bewilligungspflicht statuierenden Rechtssatzes der Umstand zu berücksichtigen, dass dem Gemeinwesen die Hoheit über die (Benützung-)Regelung der entsprechenden öffentlichen Sachen zukommt. Ob dafür zwingend eine (formell) gesetzliche Grundlage erforderlich ist, wurde vom Bundesgericht bisher nicht eindeutig geklärt (vgl. BGE 135 I 302 E.3.2, 132 I 97 E.2.1; Urteil des Bundesgerichts 2P.191/2004 vom 10. August 2005 E.5.1), wohingegen die Lehre einen generell-abstrakten Rechtssatz für die Bewilligungspflicht, mit allenfalls reduzierten Anforderungen hinsichtlich Bestimmtheit und Normstufe, als erforderlich erachtet (vgl. zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 33 Rz. 2253 ff.; m.w.H. MOSER, a.a.O., S. 209 ff. und 241 ff.). In jedem Fall sieht Art. 36 Abs. 1 und 2 des kommunalen Baugesetzes vor, dass gesteigerter Gemeingebrauch an öffentlichem Grund und Boden einer Bewilligung des Gemeindevorstandes bedürfe (vgl. auch Art. 14 der kommunalen Polizeiordnung vom 29. Mai 2006). Eine Bewilligung zum gesteigerten Gemeingebrauch einer öffentlichen Sache ist als Bewilligung sui generis zu qualifizieren und unterscheidet sich von einer Polizeierlaubnis oder einer Konzession. Infolge der oftmals beschränkten Möglichkeiten für eine gesteigerte Nutzung, steht der Behörde bei einem solchen Entscheid ein Ermessenspielraum zu, wobei sich dieser an der Rechtsprechung zum bedingten Anspruch auf einen gesteigerten Gemeingebrauch zur Ausübung von Freiheitsrechten orientiert (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 33 Rz. 2287). Eine Sondernutzung wird dadurch charakterisiert, dass es dabei um die intensivste Nutzung einer öffentlichen Sache handelt. Der Gebrauch ist

- 57 - nicht mehr bestimmungsgemäss und liegt im Vergleich zum gesteigerten Gemeingebrauch noch weiter entfernt vom vorgesehenen (schlichten) Gemeingebrauch. Dazu kommt noch kumulativ eine qualifizierte Gemeinverträglichkeit in dem Sinne, dass andere Benutzer nicht nur vorübergehend eingeschränkt, sondern im Allgemeinen auf längere oder gar unbestimmte Zeit von der Nutzung der Sache schlechthin ausgeschlossen sind. Dabei ist aber der Umkehrschluss unzulässig, dass jede Nutzung, die weder bestimmungsgemäss noch gemeinverträglich ist, automatisch eine Sondernutzung darstellt (siehe MOSER, a.a.O., S. 269 ff.). Insbesondere die Abgrenzung des gesteigerten

Gemeingebrauchs von einer Sondernutzung erweist sich als schwierig. Ein gewichtiges Indiz für eine Sondernutzung, ist eine dauernde, feste Verbindung mit der öffentlichen Sache, wie dies namentlich für bauliche Tätigkeiten gilt. Nicht darunter fallen aber Fahrnisbauten (siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 33 Rz. 2312; MOSER, a.a.O., S. 271 f.). Die Unterscheidung von gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung erfolgt im Wesentlichen anhand einer Beurteilung der Intensität und Dauer der Nutzung (vgl. WIEDERKEHR/RICHLI, Praxis des all- gemeinen Verwaltungsrechts, Band 2, Bern 2014, § 8 Rz. 232). Vorliegend kommt das Gericht zum Schluss, dass gesamthaft gesehen von gesteigertem Gemeingebrauch auszugehen ist. Denn bereits gemäss Art. 63 BG (Wintersportzone) ist die allgemeine Zugänglichkeit der Öffent- lichkeit für die (individuelle) Ausübung des Wintersportes gegenüber dem Grundeigentümer grundsätzlich gewährleistet. Gemäss der von der B.\_\_\_\_\_ AG erarbeiteten, strittigen (Winter-)Nutzungsordnung für die frag- liche Parzelle, steht diese zur Ausübung des allgemeinen Wintersports grossmehrheitlich weiterhin zu Verfügung (vgl. insbesondere der Schlittel- bereich sowie der Pistenbereich der Talabfahrt O.4.\_\_\_\_\_ - O.1.\_\_\_\_\_). Daneben sind Teilbereiche im Hinblick auf die Vermeidung von Nutzungs- konflikten bzw. der räumlichen Nutzungs- koordinierung, unter Berücksichti- gung von Sicherheitsaspekten, für spezifische Nutzungen vorgesehen, wo- bei allerdings kein genereller Ausschluss des öffentlichen Zuganges für

- 58 - Gäste und Bewohner von O.1.\_\_\_\_\_ für die Ausübung des Wintersportes erfolgte. Dies gilt insbesondere für die als Sammel- und Unterrichtsplätze zugunsten der verschiedenen vor Ort tätigen Schneesportschulen bezeich- neten Flächen. Nach Ansicht des Gerichts, führen vorliegend auch räumli- che Abtrennung der Bereiche mit einer bestimmten vorgesehenen Nutzung (abgetrennte Sammlungsplätze sowie die, in Anbetracht der Gesamtfläche, nur untergeordnet die Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ nutzenden Fahrnisbauten [Unter- richtsförderband, Zelt]), entgegen der beschwerdeführerischen Ansicht, noch nicht zu einer Sondernutzung der fraglichen Fläche auf der gemein- deeigenen Parzelle. Denn wie bei einem auf öffentlichem Grund durchge- führten Markt, wo Marktstandplätze nach deren Verfügbarkeit zugewiesen werden, können diese Teilflächen durch den Marktstandbetreiber für den massgeblichen Zeitraum ausschliesslich benutzt werden, wohingegen an- dere Teilflächen wie beispielsweise die Durchgangswege selbstverständ- lich weiterhin der Öffentlichkeit offen stehen, wobei allerdings auch diese Flächen durch den Marktbetrieb eine erhöhte Inanspruchnahme erfahren. Dies macht aber das Aufstellen von Marktständen insgesamt noch nicht zu einer Sondernutzung, sondern wird gesamtheitlich als gesteigerter Ge- meingebrauch qualifiziert (Urteil des Bundesgerichts 2C\_660/2011 vom 9. Februar 2012 E.2.1 mit Hinweis auf BGE 132 I 97 E. 2.2; vgl. auch BGE 105 Ia 91 E.2 hinsichtlich der Qualifikation eines Informationsstandes als gesteigerten Gemeingebrauch, wobei die ausschliessliche Vereinnah- mung von [öffentlichem] Raum dafür ausschlaggebend war). Dieses Ergeb- nis wird bestätigt, wenn man sich weitere Konstellationen von gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzungen vor Augen führt. Eine Sondernut- zung wurde beispielsweise bejaht, für den Einbau von (Werk-)Leitungen oder Geleisen in öffentlichen Grund, feste und dauerhafte Bauten im Zu- sammenhang mit der Gastronomie, Errichtung von Bootsstegen oder die Verankerung von Bojen in öffentlichen Gewässern sowie die feste Zutei- lung von Parkplätzen auf öffentlichen Strassen oder auch die Endlagerung von radioaktiven Abfällen (siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 33 Rz. 2320; MOSER, a.a.O., S. 285 f.). Alle diese Beispiele kennzeichnen sich

- 59 - durch ihr hohes Mass an Ausschliesslichkeit aus. Sie sind auf längere Dauer angelegt und lösen teilweise auch mehr oder weniger grosse Investitionen aus. Dies ist bei der vorliegend zu beurteilenden Nutzungszuteilung weniger ausgeprägt. Denn weder das Unterrichtsförderband noch die abgegrenzte Platzzuteilung oder Nutzung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ als Zieleinfahrt für ein internes Skirennen der C.\_\_\_\_\_ AG erfordern feste Bauten. Auch ist in zeitlicher Hinsicht die vergebene Nutzungsberechtigung an der Parzelle längstens auf den Zeitraum von November bis April beschränkt, wobei die eigentliche Skisaison diesen Zeitraum in Abhängigkeit der Wetter- und Schneeverhältnisse nicht in jedem Fall beansprucht. Die im strittigen Nutzungskonzept vorgesehenen Einrichtungen sind aufgrund ihrer Mobilität auch nicht derart kapitalintensiv und dauerhaft, dass die Nutzungsberechtigung aus diesem Grund mittels einer Konzession zu regeln wäre. Die vorliegende Angelegenheit ist gesamthaft betrachtet bezüglich der hier thematisierten Nutzungsarten eher mit der von temporären Marktständen oder Schaustelleinrichtungen vergleichbar, die auch widerkehrend auf- und abgebaut werden und teilweise auch über eine längere Zeit an einem bestimmten Ort verbleiben, ohne dass bereits aufgrund der Intensität hinsichtlich der Verbindung mit dem Boden oder aufgrund einer langen Dauer eine Art von Sondernutzung anzunehmen wäre. 4. Aufgrund der vorstehenden Umschreibung des Streitgegenstandes und der Spruchbefugnis des Verwaltungsgerichts, ist nachfolgend also der Frage nachzugehen, ob das Verhalten der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ nicht mit dem Gebot der Rechtsgleichheit bzw. dem Gleichbehandlungsgebot von Konkurrenten und damit der Wirtschaftsfreiheit sowie dem Verhältnismässigkeitsgebot vereinbar ist und die Beschwerdegegnerin somit zu Unrecht untätig geblieben ist.

#### **E. 4**

Am 10. Februar 2016 fand ab 09:00 Uhr ein Augenschein auf der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ und in Bezug auf das Gelände der Skischule des Beschwerdeführers statt. Die an den Augenschein anschliessenden Einigungsgespräche führten zu keinem Ergebnis. Im Nachgang zum Augenschein reichte die Beschwerdegegnerin am 23. Februar 2016 auch ihr Schreiben vom 3. Dezember 2015 an die B.\_\_\_\_\_ AG ein, welches gemäss Verteiler in Kopie auch an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ging. Aus diesem Schreiben ergibt sich, dass die Ziff. 8 ("Sämtliche Anlagen, die auf der Skiwiese betrieben werden, sind so zu betreiben, dass diese von allen Interessierten genutzt werden können.") der Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch der Parzelle Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ vom 9. September 2015 für den Winter 2015/2016 ersatzlos gestrichen werde, aber die Beschwerdegegnerin eine Nutzungsoption durch alle Interessierten begrüssen würde. Der Beschwerdeführer bestritt davon bereits vorgängig Kenntnis erhalten zu haben.

#### **E. 4.1**

Bezüglich der vom Beschwerdeführer angerufenen Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV sowie dem damit im Zusammenhang stehenden Grundsatz der Gleichbehandlung von (direkten) Konkurrenten (Art. 27 i.V.m.

- 60 - Art. 94 BV) ist zu berücksichtigen, dass Gegenstand der vorliegenden Verfahren die Nutzung von öffentlichem Grund ist. Insofern kann nicht unbezweifelhaft auf die allgemeinen Grundsätze der genannten Verfassungsbestimmungen abgestellt werden, wie dies beispielsweise bei der (ungleichen) Regelung von Ladenöffnungszeiten (vgl. dazu BGE 120 Ia 236) der Fall wäre, weil zusätzlich die Beschränktheit des zur Nutzung angebotenen öf-

fentlichen Grundes hinzukommt bzw. eine Koordination der unterschiedlichen Nutzungen erforderlich wird und somit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von (direkten) Konkurrenten von vornherein nicht der gleiche Stellenwert zukommt wie in Angelegenheiten ohne Kapazitätsschranken bzw. dieser Grundsatz per se nicht absolut gilt (vgl. dazu MOSER, a.a.O., S. 516 f.; BGE 128 I 136 E.3.1.2 und E.4.1, 121 I 279 E.6b). In vergleichbarer Weise wurden im Rahmen einer raumplanerischen Anordnung gegenüber einem Privatgrundstück, welche die Wirtschaftsfreiheit tangierte, aber nicht durch Kapazitätsschranken beeinflusst war, zwar die allgemeinen Voraussetzungen für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 sowie 94 BV nach dem Prüfschema von Art. 36 BV geprüft sowie untersucht, ob eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit vorliege. Hinsichtlich des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Konkurrenten, wurde hingegen dem Umstand Rechnung getragen, dass dem Grundsatz der rechtsgleichen Behandlung im Raumplanungsrecht nur eine abgeschwächte Bedeutung zukomme, was auch im Rahmen der Beurteilung der Gleichbehandlung von Konkurrenten zu beachten sei (vgl. BGE 142 I 162 E.3.1 ff.). Insofern werden der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sowie der damit zusammenhängende Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten in jeweils adaptierter Weise auf einen spezifischen Sachverhalt angewendet. Des Weiteren erkannte das Bundesgericht, dass das Gemeinwesen zwar den (bedingten) Anspruch auf Benützung des öffentlichen Grundes zu gewerblichen Zwecken zu respektieren habe, andererseits aber das Gemeinwesen durch die Inanspruchnahme ihres öffentlichen Areals regelmässig in eigenen Interessen berührt sei, welchen sie bei der Zuteilungspraxis Rechnung tragen darf und muss

- 61 - (UHLMANN, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], a.a.O., Art. 27 Rz. 76 f.; VALLENDER, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER [Hrsg.], a.a.O., Art. 27 Rz. 39; jeweils mit Hinweis auf BGE 128 I 136 E.4.1 f.; vgl. auch BGE 138 I 274 E.2.2.2, 132 I 97 E.2.2, 119 Ia 445 E.3c ff. sowie MOSER, a.a.O., S. 525 f. und 533 ff.). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich aus der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV grundsätzlich kein eigentlicher Anspruch auf staatliche Leistungen ergibt. Vielmehr gewährleistet die Wirtschaftstätigkeit primär die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und stellt dementsprechend prinzipiell ein (negatives) Abwehrrecht dar (UHLMANN, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], a.a.O., Art. 27 Rz. 3 und 69; BGE 138 I 378 E.6.1, 130 I 26 E.4.1 und 6.3.4.5, 125 I 182 E.5b m.H.a. 117 Ib 387 E.6c/bb, 124 I 107 E.3c, vgl. auch BGE 125 I 173 E.3c). Dies beispielsweise im Unterschied zu Art. 19 BV, der einen (verfassungsmässigen) Individualanspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht statuiert (vgl. WYTTENBACH, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 19 Rz. 10 ff.; BGE 144 I 1 E. 2.1). Gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit kann vom Gemeinwesen also nicht verlangt werden, dass es die für die Grundrechtsausübung erforderlichen Einrichtung im Rahmen des bedingten Anspruches auf die Nutzung einer öffentlichen Sache i.e.S. schaffen muss, sondern ist auf bestehende Einrichtungen beschränkt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 33 Rz. 2295 f.; WIEDERKEHR/RICHLI, a.a.O., § 8 Rz. 215; BGE 138 I 274 E.2.2.2; vgl. auch MOSER, a.a.O., S. 507). In der vorliegenden Sache ist in diesem Zusammenhang auf den Umstand hinzuweisen, dass für eine entsprechende Nutzbarkeit bzw. Befahrbarkeit mit Schneesportgeräten auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ zusätzliche Vorkehrungen wie die von den klimatischen Verhältnissen abhängende Beschneidung und die Schneepräparation für den

vorgesehenen Zweck als (erst noch) zu schaffende Voraussetzungen erscheinen und

- 62 - nicht bloss eine Zurverfügungstellung bzw. die Inanspruchnahme der entsprechenden Flächen zu beurteilen ist. Schlussendlich ist zu berücksichtigen, dass die Frage nach dem Bedarf auf Inanspruchnahme einer öffentlichen Sache i.e.S. im Hinblick auf eine Grundrechtsausübung bei der Beurteilung des bedingten Anspruches auf eine entsprechende Nutzung dieser öffentlichen Sache nicht völlig ausser Acht zu lassen ist, auch wenn die Schutzwirkung der Wirtschaftsfreiheit grundsätzlich nicht davon abhängt. Denn zum bedingten Anspruch auf Nutzung von öffentlichem Grund wurde in der Rechtsprechung jeweils angeführt, dass für die Ausübung bestimmter Grundrechte diese Inanspruchnahme erforderlich sein könne. So gebe es beispielsweise gewisse Tätigkeiten wie das Taxiwesen, Zirkus-, Schaustellerbetriebe oder Marktfahrer, welchen ihre Tätigkeit ohne Inanspruchnahme von öffentlichem Grund praktisch nicht möglich wäre. Insofern kann dem Bedarf auf Inanspruchnahme einer öffentlichen Sache i.e.S. zumindest bei der Abwägung der (Nutzungs-)Interessen eine Bedeutung zukommen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2C\_106/2015 vom 26. Juni 2015 E.4.5 f.; BGE 126 I 133 E. 4d; MOSER, a.a.O., S. 509 f.).

#### **E. 4.2**

Das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV gewährt einen Anspruch auf sachliche Differenzierung, wonach Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist (siehe WALDMANN, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 8 Rz. 26 ff.; MOSER, a.a.O., S. 512; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 9 Rz. 572; anstatt vieler: BGE 136 I 345 E.5, 134 I 257 E.3.1). Das Gebot der Gleichbehandlung von Konkurrenten resp. Gewerbetreibenden leitet sich aus Art. 27 sowie Art. 94 BV ab und geht dabei in einem spezifischen Punkt über den Gehalt des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebotes hinaus. Demnach sind (staatliche) Massnahmen verboten, die den

- 63 - Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind (vgl. zum Ganzen MOSER, a.a.O., S. 512 f.; UHLMANN, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], a.a.O., Art. 27 Rz. 62 f.; BGE 125 I 431 E.4b/aa, 121 I 279 E.4a, 121 I 129 E.3b-d). Im Gegensatz zum allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV, gewährt der Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten auch Schutz vor Ungleichbehandlungen, die sich auf ernsthafte sachliche und somit nach Art. 8 Abs. 1 BV haltbare Gründe stützen, zugleich aber auch einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatliche geregelten Markzugang oder –ausschluss begünstigen oder benachteiligen (MOSER, a.a.O., S. 513). Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige derselben Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an das gleiche Publikum richten, um dasselbe Bedürfnis zu befriedigen (MOSER, a.a.O., S. 514 f. m.H.a. BGE 121 I 279 E.4a.). Schliesslich gilt aber der Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten nicht absolut und gewisse Differenzierungen nach haltbaren öffentlichen Interessen sind nicht ausgeschlossen. Sie haben aber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren und dürfen nicht dazu führen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz von Konkurrenten seines Sinnes entleert würde (MOSER, a.a.O., S. 516; vgl. auch BGE 142 I 162 E.3.2 f. hinsichtlich einer nutzungsplanerischen Anordnung). Die Besonderheiten, welche hinsichtlich der Wirtschaftsfreiheit sowie dem Gleichbehandlungsgebot von Konkurrenten bei der

Beanspruchung vom öffentlichem Grund bestehen, kann auf die vorstehende Erwägung 4.1 verwiesen werden.

### **E. 4.3**

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob überhaupt eine direkte Konkurrenz zwischen der Schneesportschule des Beschwerdeführers sowie der C.\_\_\_\_\_ AG vorliegt.

#### **E. 4.3.1**

Während der Beschwerdeführer ausführt, dass er als Betreiber einer im S.\_\_\_\_\_ ansässigen Schneesportschule mindestens ein ebenso umfas-

- 64 - sendes Schneesportangebot wie die aus seiner Sicht ungerechtfertigt bevorzugte C.\_\_\_\_\_ AG aufweise, die entsprechenden Angebote auch durchgehend erbringe, sich an ein deutsch-, italienisch und englischsprechendes Publikum für Ski- und Snowboardunterricht jeder Altersklasse richte, stellte die Beschwerdegegnerin eine direkte Konkurrenteneigenschaft in Frage. Dazu bringt sie vor, dass der Beschwerdeführer nicht über dasselbe Angebot wie die C.\_\_\_\_\_ AG verfüge und sich dieses auch nicht an dasselbe Publikum richte um dasselbe Bedürfnis zu befriedigen. Bereits das Angebot des Beschwerdeführers unterscheide sich von demjenigen der C.\_\_\_\_\_ AG hinsichtlich der angebotenen Schneesporttätigkeiten als auch der angebotenen Sprachen. Die Angebote des Beschwerdeführers seien in erster Linie auf italienisch sprechende Gäste ausgerichtet, welche jeweils an den gebietsspezifischen Hauptferienzeiten ihre Skiferien im fraglichen Wintersportgebiet verbringen würden. In diesem Zusammenhang erläuterte die Beschwerdegegnerin auch das Konzept von einigen lokalen Schneesportschulen, welche aus einer eigentlichen Schneesportschule mit klassischen Unterrichtsangeboten sowie einem Skiclub zur Teilnahme an einem regionalen Skiclubrennwettbewerb, welche aus jeweils vorgängig zusammengestellten Skiclubklassen bestehe. Zu diesen "hybriden" Schneesportschulen gehöre auch der Beschwerdeführer, nicht hingegen die C.\_\_\_\_\_ AG, welche sich auf den Kernbereich einer klassischen Schneesportschule konzentriere.

#### **E. 4.3.2**

Hinsichtlich des eigentlichen Schneesportangebotes gibt es zwischen der Schneesportschule des Beschwerdeführers sowie der B.\_\_\_\_\_ AG doch gewichtige Überschneidungen, welche eine direkte Konkurrenz als nahe liegend erscheinen liesse. Denn es wird sowohl vom Beschwerdeführer durch die eigentliche Schneesportschule als auch von der C.\_\_\_\_\_ AG in erster Linie Ski- und Snowboardunterricht angeboten, wenn auch nicht in identischen Ausprägungen. Hinsichtlich des durch den Beschwerdeführer angesprochenen Publikums lässt sich festhalten, dass eine gewisse Fokussierung auf Gäste aus dem italienischen Sprachraum nicht von der

- 65 - Hand zu weisen ist. So ist die offizielle Website des Beschwerdeführers beispielsweise bloss in italienischer Sprache abrufbar (vgl. [http://www.H.\\_\\_\\_\\_\\_.ch/](http://www.H._____.ch/), zuletzt besucht am: 12. September 2018; siehe auch Bf-act. 66). Dies heisst aber nicht zwingend, dass grundsätzlich ein völlig anders Publikum angesprochen werden soll, denn dies ändert nichts daran, dass sich auch der Beschwerdeführer insbesondere mit Ski- und Snowboardunterricht in klassischen Unterrichtsformen an sich vor Ort aufhaltende Personen wendet, die eine entsprechende Wintersportdienstleistung nachfragen. Dies trotz des Umstandes, dass sich auch die Geschäftskonzepte in gewisser Weise voneinander unterscheiden. Denn das Konzept des Beschwerdeführers basiert, wie er zuerst selber

zugestand, ge- wichtig darauf, dass bereits sehr frühzeitig Skischulklassen zusammenge- stellt werden. Im Ergebnis reichen diese Unterschiede aber nicht aus, um bereits eine direkte Konkurrenz zu verneinen. Denn das Bundesgericht liess es in dem, das Zirkuswesen betreffenden, Entscheid BGE 119 Ia 445 genügen, dass sich die beiden Zirkusse mit grundsätzlich demselben An- gebot an dasselbe Publikum richteten. Unmassgeblich sei unter diesem Gesichtspunkt ihre Grösse oder auch die, selbst nach internationalen Massstäben, bei dem einen Zirkus vorhandene aussergewöhnliche Qua- lität der Darbietungen. Im Entscheid BGE 121 I 279 würde hingegen eine direkte Konkurrenz bezüglich eines dem Zwecke der Freizeitgestaltung die- nenden Jugendzirkusses verneint, zu einem anderen klassischen Zirkus hingegen wieder bejaht (BGE 121 I 279 E. 5a und 6a). Auch die Betreiber von zwei unterschiedlich grossen Riesenrädern stehen gemäss Bundesge- richt in direkter Konkurrenz zueinander (BGE 128 I 136). Aus diesen Bei- spielen lässt sich ableiten, dass eine direkte Konkurrenz nicht voreilig aus- geschlossen werden kann, wobei in der Lehre teilweise auch die Meinung besteht, dass anstelle des Kriteriums des direkten Konkurrenten vielmehr auf den nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen zu bestimmenden rele- vanten Markt abzustellen sei (MOSER, a.a.O., S. 515). Im Ergebnis ist eine Konkurrenteneigenschaft zwischen dem Beschwerdeführer hinsichtlich dem klassischen Skischulbetrieb sowie der C.\_\_\_\_\_ AG anzunehmen und

- 66 - den entsprechenden Unterschieden im Rahmen der Beurteilung der Frage einer ungerechtfertigten und wettbewerbsverzerrenden Ungleichbehand- lung Rechnung zu tragen. 5. Der Kern der vorliegenden Angelegenheit ist die Frage, ob der Beschwer- deführer insbesondere hinsichtlich der strittigen Platzorganisation aufgrund des von der B.\_\_\_\_\_ AG entworfenen Nutzungskonzeptes für die Par- zelle Z.1.\_\_\_\_\_ in ungerechtfertigter und wettbewerbsverzerrender Weise benachteiligt wurde und die Beschwerdegegnerin infolge einer grundrecht- lichen Verpflichtung gegenüber der B.\_\_\_\_\_ AG hätte einschreiten müs- sen.

## E. 5

In seiner Replik vom 30. Juni 2016 hielt der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren fest mit der Ausnahme, dass in Ziff. 2, 2. Spiegelstrich, 2. Punkt (recte 3. Punkt), zu ergänzen sei, dass die Mitbenützung nicht nur in "gleicher Weise", sondern auch "zu einem angemessenen Benützung- preis" zu erfolgen habe. Der Beschwerdeführer widersprach grossmehr- heitlich den Vorbringen der Beschwerdegegnerin, vertiefte seine Argumen- tation und reichte u.a. diverse Webcamaufnahmen bezüglich der Nut- zungsmodalitäten auf der fraglichen Parzelle ein. Die Gemeinde hielt in ihrer Duplik vom 9. September 2016 an ihren Anträ- gen fest, ergänzt diese jedoch mit dem prozessualen Antrag, auf die Rechtsverweigerungsbeschwerde sei mangels Rechtsschutzinteresse

- 10 - nicht einzutreten und das Verfahren abzuschreiben. Das Nichteintreten wurde mit dem Umstand begründet, dass die strittige Verfügung am 30. April 2016 verfallen sei, weshalb die beanstandete Nutzungsordnung keinen Bestand mehr habe. Inhaltlich wurde die Argumentation vertieft und unter anderem vorgebracht, es liege im Interesse des Gastes, sich auf ei- nem ausreichend grossen Platz besammeln zu können, wobei beide Ski- schulen im Verhältnis zu ihrem Gästeaufkommen über ausreichend Platz zur Besammlung verfügten. Die C.\_\_\_\_\_ AG biete im Gegensatz zum Be- schwerdeführer ein weitaus breiteres, über die ganze Saison verfügbares Dienstleistungsspektrum an, was dem Gästewohl weit mehr diene als die hauptsächlich auf die Spitzenzeiten ausgerichteten Angebote des Be- schwerdeführers. Weiter wurde insbesondere in Frage gestellt, dass der

Beschwerdeführer überhaupt auf den ihm auf der Skiwiese zugewiesenen Sammelplatz angewiesen sei, zumal er über einen weiteren, privaten Sammelplatz in unmittelbarer Nähe zum den Beförderungsanlagen verfüge. Mit der Eingabe wurden umfangreiche Editionen betreffend statistischer Daten bezüglich der Anzahl Ski- und Snowboardschüler/-innen bzw. Ski- und Snowboardlehrer/-innen aus den Händen des Beschwerdeführers und der C.\_\_\_\_\_ AG verlangt.

### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer moniert verschiedene unzulässige Ungleichbehandlungen. Diese betreffen insbesondere einen im Vergleich zu demjenigen der C.\_\_\_\_\_ AG zu kleinen und nachteilig angeordneten sowie nicht exklusiven Besammlungsplatz, dass der C.\_\_\_\_\_ AG ein ausschliessliches Unterrichtsförderband mit angrenzender Ausbildungsfläche, ein Zeltnutzung sowie die rechtsungleiche Möglichkeit zur Durchführung eines schulinternen Skirennens zu Verfügung stehe. Weiter sei der Beschwerdeführer auch hinsichtlich der zugelassenen Beschriftungen benachteiligt.

### **E. 5.2**

Die Beschwerdegegnerin entgegnete auch diesen Vorwürfen des Beschwerdeführers. Sie legte dar, dass hinsichtlich der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ in der Wintersaison das öffentliche Interesse darin bestehe, diese Fläche dem Wintersport zuzuführen und die dafür erforderlichen Vorbereitungs- und Unterhaltsarbeiten zu gewährleisten. Mit dieser Zweckbestimmung gehe auch eine entsprechende Nutzungskoordination bzw. -entflechtung einher, wobei auf ein möglichst attraktives Angebot für die Gäste zu achten sei und die Sicherheit gewährleistet sein müsse. Es müsse eine optimale Nutzung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ angestrebt werden. Um möglichst viele Nutzungen parallel und ungestört voneinander zulassen zu können, seien klare Regeln und Abgrenzungen erforderlich. Die vom Beschwerdeführer monierten Um-

- 67 - stände seien nicht wettbewerbsverzerrend. Art. 27 BV erfordere keine absolute Gleichbehandlung von Konkurrenten, sondern es dürften systembedingte und andere sachlich unumgängliche Ungleichheiten berücksichtigt werden. Eine absolute Gleichbehandlung von allen Interessierten Schneesportschulen verstiesse wiederum gegen das Differenzierungsgebot. In diesem Zusammenhang seien insbesondere auf die Anzahl der Gäste der Schneesportschulen sowie Unterschiede bei den Leistungsangeboten hinzuweisen. Schliesslich müssten von Benutzern auch Einschränkungen hingegenommen werden, die sich aus der Sicherstellung einer geordneten Nutzung der öffentlichen Sache ergäben. Dazu gehörten insbesondere die aus Sicherheitsgründen erforderlichen Trennungen von verschiedenen Nutzungen, was sich auch aus der Pistensicherungspflicht hinsichtlich der angrenzenden Skipisten ergebe. Dass der Beschwerdeführer einen wirtschaftlichen Nachteil aufgrund der geltenden Platzzuteilung auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ erleide, sei auch gar nicht ausgewiesen und es lägen sachliche Gründe vor, welche eine Ungleichbehandlung rechtfertigen würden. Allfälligen Mitbewerbern des Beschwerdeführers würden durch die fragliche Nutzungsordnung keine besonderen finanziellen Vorteile verschafft, die über den Markt nicht realisierbar wären. In der strittigen Platzzuteilung seien verschiedene sachliche Kriterien durch die B.\_\_\_\_\_ AG berücksichtigt worden. Namentlich die Grösse, Unterschiede im Angebot/Gästesegment, Vergleichbarkeit des Sammelplatzes hinsichtlich Erreichbarkeit/Ersichtlichkeit sowie der Gewährleistung des Zuganges zu den Personenbeförderungsanlagen der B.\_\_\_\_\_ AG.

Schliesslich sei auch die Gewährleistung der Sicherheit von zentraler Bedeutung.

### E. 5.3

Im Hinblick auf die grundsätzlich als objektiv zu betrachtenden Kriterien der Inanspruchnahme des Besammlungsplatzes bzw. der (gesamten) Präsenz auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_ sowie der benötigten Platzkapazität aufgrund der jeweiligen Anzahl Gäste und Schneesportlehrer/-innen, wurden von beiden Parteien jeweils Aufnahmen der im Bereich der Talstationen der Sesselbahn D.\_\_\_\_ sowie des Skilifts E.\_\_\_\_ vorhandenen Webcam,

- 68 - welche den Südteil der Parzelle Z.1.\_\_\_\_ und somit die Besammlungsflächen der Schneesportschulen (teilweise) überblickt, als Belege eingereicht. Gemäss dem Beschwerdeführer ergibt sich daraus, dass der Sammelplatz der C.\_\_\_\_ AG völlig überdimensioniert sei und sein eigener Sammelplatz ungünstig gelegen und für seinen Bedarf völlig unterdimensioniert sei. Der Beschwerdeführer reichte auch noch Quellensteuerabrechnungen für die Saison 2015/2016 der bei ihm angestellten Schneesportlehrer/-innen ein (Bf-act. 39). Dass eine unterschiedliche Grösse der Schneesportschulen ein massgebendes Kriterium hinsichtlich der als verletzt gerügten Rechtsgrundsätze seien, wurde von ihm aber grundsätzlich in Frage gestellt. In jedem Fallweise die Schneesportschule des Beschwerdeführers im Hinblick auf die vorliegend zu beurteilenden Umstände auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_ eine mit der C.\_\_\_\_ AG vergleichbare Anzahl an Gästen und Schneesportlehrer/-innen auf. Die Beschwerdegegnerin hingegen reichte eine statistische (Kurz-)Auswertung der Ticketnachweise des Skiticketsystems der B.\_\_\_\_ AG der Schneesportlehrer/-innen des Beschwerdeführers ein (Zeitraum jeweils vom 29. – bis 31. Dezember und 11. Januar - 15. Januar der Wintersaisons 2013/14, 2014/15 sowie 2015/16; siehe Bg-act. 20). Daraus lasse sich ableiten, dass bloss ein kleiner Teil der Schneesportlehrer/-innen des Beschwerdeführers sich tatsächlich auf F.\_\_\_\_ aufhielten. Des Weiteren beantragte sie überdies die Edition verschiedenster Datensätze von der B.\_\_\_\_ AG, der C.\_\_\_\_ AG sowie des Beschwerdeführers. Von der C.\_\_\_\_ AG sowie des Beschwerdeführers betraf es statistische Daten bezüglich der Anzahl Ski- und Snowboardschüler/-innen und Ski- und Snowboardlehrer/-innen für bestimmte Zeiträume ab Dezember 2015 bis Anfang April 2016. Dies wurde im Laufe des Verfahrens auf die Zeiträume 1. Dezember 2015 - 30. März 2016 sowie 1. Dezember 2016 – 31. März 2017 ausgedehnt. Von der B.\_\_\_\_ AG wurde die Edition der elektronisch erfassten Skiticketeintritte der Ski-/Snowboardlehrer/-innen des Beschwerdeführers sowie der C.\_\_\_\_ AG für denselben Zeitraum verlangt. Gemäss der Beschwerdegegnerin ergibt sich daraus, dass die

- 69 - C.\_\_\_\_ AG eine intensivere und gleichmässigeren Nutzung im Umfeld von F.\_\_\_\_ praktiziere. Schlussendlich lagen Webcamaufnahmen zu unterschiedlichen (Tages-) Zeitpunkten für den Zeitraum von Ende Januar 2016 bis Ende März 2016 vor (vgl. dazu insbesondere Bf-act. 40 und 46 sowie Bg-act. 19). Wie auch die Weiteren von den Parteien in diesem Zusammenhang eingereichten Beweismittel wurden sie jeweils von der Gegenpartei bestritten bzw. hinsichtlich ihrer Aussagekraft in Frage gestellt oder gegenläufig interpretiert. Um die Frage der Präsenz bez. Nutzungsintensität resp. des (Flächen-)Bedarfes auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_ eine verlässlichere Grundlage zu stellen, liess der Instruktionsrichter am 30. August 2017 Daten des Beschwerdeführers sowie der C.\_\_\_\_ AG hinsichtlich der Anzahl Gästebuchungen sowie Personaleinsätzen hinsichtlich der Betriebszeiten auf F.\_\_\_\_ während den Wintersaisons 2015/16 und 2016/17 edieren. Für denselben Zeitraum wurden von der B.\_\_\_\_ AG die elektronischen

Skiticketnachweise, die auf den Namen von Ski- und Snowboardlehrer/-innen der C. \_\_\_\_\_ AG sowie des Beschwerdeführers lauteten, ediert. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 28. September 2017 erhielten sowohl der Beschwerdeführer als auch die C. \_\_\_\_\_ AG und die B. \_\_\_\_\_ AG Gelegenheit, ihr Datenmaterial dem Gericht zu erläutern.

### **E. 5.3.1**

Die B. \_\_\_\_\_ AG erläuterte dabei das Skiticketsystem des Bergbahnenverbundes im betroffenen Gebiet sowie die eingereichten Datensätze. Im Wesentlichen legte sie dar, dass den Schneesportschulen für ihre Schneesportlehrer/-innen Abonnemente für den Bergbahnenverbund mit Vorzugsbedingungen gewährt würden. Die Daten des Skiticketsystems dienten auch für die Verteilung der Einnahmen auf die verschiedenen Bergbahnunternehmungen des Gesamtverbundes, was als Beleg für deren Zuverlässigkeit hervorgehoben wurde. Die Merkmale der speziellen Schneesportabonnemente seien jeweils beim erstmaligen Gebrauch an einem Tag im gesamten Gültigkeitsgebiet bei einer Zutrittsschranke als sogenannter Er-

- 70 - steintritt behandelt worden. Als Wechselgast wird in den edierten Daten jeweils ein Ticketinhaber (Schneesportlehrer mit ermässigtem Schneesportlehrerabonnement) bezeichnet, der zwar einen Ersteintritt an den Anlagen in F. \_\_\_\_\_ (Sesselbahn D. \_\_\_\_\_ und Skilift E. \_\_\_\_\_) generiert hat, danach aber innert 45 min an der Zugangsschranke der Gondelbahn O.1. \_\_\_\_\_ - O.4. \_\_\_\_\_ ebenfalls erfasst wurde und sich somit aus dem Gebiet F. \_\_\_\_\_ entfernte und die Beförderungsanlagen D. \_\_\_\_\_ oder E. \_\_\_\_\_ insbesondere als Zubringer zur etwas höher gelegen Gondelbahn nutzte. In Anwendung dieser Prämisse wurde der Verbleib auf den Anlagen von F. \_\_\_\_\_ bzw. die Verschiebung der Schneesportlehrer/-innen der jeweiligen Schneesportschulen für die Wintersaisons 2015/16 und 2016/17 auf Basis der Rohdaten in einer Exceltabelle ausgewiesen. Es erfolgte eine Unterteilung in "Ersteintritt (EE) O.1. \_\_\_\_\_" (Gondelbahn O.1. \_\_\_\_\_ - O.4. \_\_\_\_\_), "EE F. \_\_\_\_\_" (Sesselbahn D. \_\_\_\_\_ und Skilift E. \_\_\_\_\_), die Wechselgäste ("O.1. \_\_\_\_\_ >") sowie "Effektiv F. \_\_\_\_\_". Die Kategorie "Effektiv F. \_\_\_\_\_" bildete dabei diejenigen Schneesportlehrer/-innen ab, die nach einem "EE F. \_\_\_\_\_" im Gebiet F. \_\_\_\_\_ verblieben sind (Differenz zwischen "EE F. \_\_\_\_\_" und Wechselgast). Neben den Schneesportlehrer/-innen, welche dem Beschwerdeführer zuzuordnen sind, wurde auch diejenigen separat aufgelistet die der C. \_\_\_\_\_ AG-Abteilung O.1. \_\_\_\_\_ bzw. derjenigen in O.2. \_\_\_\_\_ zuzuordnen sind. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 28. September 2017 wurde das Datenmaterial hinsichtlich der C. \_\_\_\_\_ AG sowie H. \_\_\_\_\_ betreffend die aus den Ersteintritten ersichtliche Präsenz auf F. \_\_\_\_\_ auch noch als grafische Darstellung abgegeben. In der entsprechenden Datentabelle war für die H. \_\_\_\_\_ auch noch eine tageweise Detailauswertung für die Wintersaison 2016/17 im relevanten Zeitraum vom 3. Dezember 2016 bis 2. April 2017 vorhanden, die anlässlich der Hauptverhandlung ebenfalls noch in grafischer Form abgegeben wurde. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 28. September 2017 wurde eine entsprechende Detailauswertung für die Wintersaison 2016/17 auch bezüglich der Daten der C. \_\_\_\_\_ AG noch einverlangt.

- 71 -

### **E. 5.3.2**

Der Beschwerdeführer erläuterte seine eingereichten Datensätze dahingehend, dass die zwei Datentabellen eine Unterteilung nach Tag, Schüler und Lehrer enthielten. Dies ergebe die jeweilige Personenanzahl pro Tag bzw. der gesamten Wintersaison auf F. \_\_\_\_\_ bzw. als

Endergebnis dasjenige für die Wintersaisons 2015/16 und 2016/17. Zusätzlich seien die Daten auch als grafische Darstellungen vorhanden. Die Daten würden sich auf die klassische Tätigkeit der Schneesportschule betreffend ihre Tätigkeit auf F.\_\_\_\_\_ sowie auch den Bereich "Skiclub" beziehen, wobei für diesen F.\_\_\_\_\_ nicht der Hauptbesammlungspunkt sei.

### **E. 5.3.3**

Auch die C.\_\_\_\_\_ AG erläuterte die von ihr gelieferten Daten hinsichtlich ihrer Gäste und Schneesportlehrer auf F.\_\_\_\_\_. Diese würden nur die Ab- teilung O.1.\_\_\_\_\_ und nicht die Gesamtschule betreffen. Gemäss Be- schreibung der Daten, handelt es sich um Gästebuchungen sowie die Einsätze von Schneesportlehrer/-innen in O.1.\_\_\_\_\_/F.\_\_\_\_\_ jeweils für die Wintersaison 2015/16 und 2016/17. Die Daten stammten aus einem Datenexport ihres elektronischen Verwaltungssystems, welches bei ihnen ein breites Anwendungsspektrum habe und somit besondere Anforderun- gen bezüglich der Datenkonsistenz beständen. In den gruppierten Daten seien jeweils auch detaillierte Daten wie Datum, Dauer und Name ersicht- lich, wobei sowohl nach Privat-/Gruppenunterricht als auch Ski-/Snow- board gruppiert worden sei. Zudem verfügte die C.\_\_\_\_\_ AG auch über eine grössere Anzahl (ca. 20 bis 30) an einheimischen Schneesportlehrer/- innen, welche ihr Bergbahnabonnement anderweitig und nicht als vergüns- tiges Schneesportlehrerabonnement bezögen.

### **E. 5.4**

Anlässlich des Parteivortrages vom 28. September 2017 erachtete der Be- schwerdeführer die edierten Daten der B.\_\_\_\_\_ AG sowie der C.\_\_\_\_\_ AG nicht als tauglich für den Beweis, die (unterschiedliche) Nutzungsintensität zwischen der C.\_\_\_\_\_ AG sowie der H.\_\_\_\_\_ auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ (zu den Hauptbesammlungszeiten) zu belegen bzw. eine Ungleichbehand- lung des Beschwerdeführers damit zu rechtfertigen. Aus den eingereichten

- 72 - Webcamaufnahmen ergebe sich hingegen, dass der dem Beschwerdefüh- rer zugewiesene Sammlungsplatz unzureichend und unvorteilhaft sei. Der Be- schwerdeführer legte zudem dar, dass aufgrund der von ihm eigens durch- geführten Analyse der edierten Daten der Beigeladenen klar werde, dass diese die tatsächliche Situation verzerrt darstellten. Der Beschwerdeführer betonte, dass die effektive (Platz-)Nachfrage zu den täglichen Hauptbe- sammlungszeiten relevant sei, worüber aber die von der C.\_\_\_\_\_ AG ein- gereichten Daten nichts auszusagen vermochten. Zudem enthielten die ge- lieferten Daten der C.\_\_\_\_\_ AG insbesondere Schneesportlehrer/-innen und Schüler/-innen, die sich unter der Bezeichnung "Q.\_\_\_\_\_" bei dem in der Nähe befindlichen Kinderübungsgelände der C.\_\_\_\_\_ AG besammel- ten, solche die sich in O.3.\_\_\_\_\_ besammelten und auch dort den Unter- richt erhielten, solche die sich nicht in der Hauptbesammlungszeit zwischen 08:30 und 10:30 Uhr akkumuliert auf F.\_\_\_\_\_ besammelten, solche die ihre Unterrichtslektionen erst nach 12:00 Uhr beendeten und somit für den Nachmittag keinen Platzbedarf beanspruchten und schliesslich befänden sich in den gelieferten Daten von Schüler/-innen ohne einen zugewiesenen Lehrer. Diese Korrekturen müssten berücksichtigt werden. Auch aus den von der B.\_\_\_\_\_ AG gelieferten Daten des Ticketing-Systems liessen sich keine Rückschlüsse auf die Nachfrage der C.\_\_\_\_\_ AG-Schneesportleh- rer/-innen der Abteilung O.1.\_\_\_\_\_ zu ihren Hauptbesammlungszeiten zwi- schen 09:45 und 10:00 Uhr zu. Denn darin seien auch Ersteintritte enthal- ten von

Schneesportlehrern/-innen, die keine Lektionen erteilten und alleine unterwegs seien, solche die ausserhalb der (massgebenden) Zeitachse von 08:00 bis 10:30 Uhr von F.\_\_\_\_\_ starteten, solche die ihre Schüler/-innen erst im höher gelegenen Skigebiet trafen, solche die von O.2.\_\_\_\_\_ her nach O.1.\_\_\_\_\_ kämen und schliesslich auch noch solche, die von der Abteilung O.2.\_\_\_\_\_ an die Abteilung O.1.\_\_\_\_\_ ausgeliehen seien. Zudem weise die H.\_\_\_\_\_ einen höheren Anteil an Gruppenunterricht als die C.\_\_\_\_\_ AG auf, während bei der C.\_\_\_\_\_ AG fast zwei Drittel Privat- oder Semiprivatunterricht mit 1 bis 3 Schüler/-innen sei. Somit liessen die erhobenen Daten des Skiticketsystems keinen Rückschluss auf die

- 73 - Nachfrage auf F.\_\_\_\_\_ zu. Gemäss dem Beschwerdeführer liess sich aus den korrigierten, edierten Daten trotzdem das Beweisergebnis herauslesen, dass die H.\_\_\_\_\_ im Vergleich zur C.\_\_\_\_\_ AG hinsichtlich der Anzahl Schneesportlehrer/-innen und Schüler/-innen zu den Besammlungszeiten eine höhere Tagespräsenz- bzw. einen grösseren Platzbedarf habe. Auch hinsichtlich der ihn ausschliessenden, ausschliesslich der C.\_\_\_\_\_ AG gestatteten Nutzungen wiederholte und vertiefte der Beschwerdeführer die bereits in den vorausgegangenen Schriftenwechseln getätigten Ausführungen. Dies betraf insbesondere den in unzulässiger Weise gestattete Betrieb eines Unterrichtsförderbandes sowie den angrenzenden Ausbildungsplatz, die Vielzahl an nicht sicherheitstechnisch bedingten Abschränkungen inkl. der Absperrung des Sammlungsplatzes der C.\_\_\_\_\_ AG, die ungleiche Behandlung bei der Zulassung von schulinternen Skirennen, hinsichtlich der Gewährung einer Zeltnutzung, dem Anbringen von Werbungen, als Qualitätskriterien getarnten, diskriminierende Zulassungsvoraussetzungen sowie die Verbindungen zwischen der B.\_\_\_\_\_ AG und der C.\_\_\_\_\_ AG, welche die erstgenannte zur Nutzungsorganisation der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ als ungeeignet erscheinen liess. Schliesslich wurde mit Hinweis auf Bf-act. 37 auch noch eine unzulässige Unterstützung der C.\_\_\_\_\_ AG durch die Beschwerdegegnerin hinsichtlich des Skiunterrichtes für Einheimische beklagt. Aufgrund der umfangreichen Ausführungen des Beschwerdeführers und der dementsprechend bereits weit fortgeschrittenen Zeit, wurde der Parteivortrag der Beschwerdegegnerin auf einen folgenden Termin verlagt.

### **E. 5.5**

Anlässlich des Parteivortrages der Beschwerdegegnerin an der Fortsetzung der Hauptverhandlung am 30. November 2017 nahm diese im Wesentlichen zu drei Themenbereichen Stellung. Sie äusserte sich hinsichtlich der Auswertung der statistischen Daten, machte Ausführungen zu den beschwerdeführerischen Rechtsbegehren und nahm Stellung zum Parteivortrag des Beschwerdeführers vom 28. September 2017. Hinsichtlich der im

- 74 - Rahmen der vorliegenden Verfahren edierten Daten der C.\_\_\_\_\_ AG sowie der H.\_\_\_\_\_ wies die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass der Beschwerdeführer für die H.\_\_\_\_\_ eine Auflistung der (Personen-) "Frequenzen" pro Tag geliefert habe, wohingegen die C.\_\_\_\_\_ AG "Gästebuchungen" pro Woche geliefert habe. Der Unterschied bestehe darin, dass bei den Zahlen des Beschwerdeführers jeweils an jedem Tag, wenn eigene Schneesportlehrer/-innen mit einem oder mehreren Gästen unterwegs waren, diese gezählt und summiert wurden. Die C.\_\_\_\_\_ AG habe hingegen Gästebuchungen pro Woche ausgewiesen, woraus sich nicht direkt ableiten liess, wie viele Gäste und Schneesportlehrer/-innen pro Tag auf F.\_\_\_\_\_ unterwegs waren. Denn diese Zahlen bezögen sich darauf, wie viele Gäste und Schneesportlehrer/-innen in der jeweiligen

Kalenderwoche mit Unterricht (ein- oder mehrtägig) angefangen hätten. Die Editionsverfügung sei somit vom Beschwerdeführer sowie der C.\_\_\_\_\_ AG unterschiedlich interpretiert worden. Wenn der Beschwerdeführer somit nun ohne weiteres anhand dieser Daten in seiner Analyse zum Schluss komme, dass er hinsichtlich der Anzahl Gäste und Schneesportlehrer/-innen grösser als die C.\_\_\_\_\_ AG sei, vergleiche dieser "Frequenzen" mit "Gästebuchungen pro Woche", was zu einer unzutreffenden Schlussfolgerung führe, weil diese Daten nicht direkt miteinander verglichen werden könnten. Damit könne der Darlegungen des Beschwerdeführers, welcher einen Grössenvorsprung von 19 % bzw. 9 % (Wintersaison 2015/16 bzw. 2016/17) der H.\_\_\_\_\_ gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG darzulegen versuchte, nicht gefolgt werden. Im Übrigen sei der Beschwerdeführer in seiner Analyse auch von zu langen Betriebszeiten von F.\_\_\_\_\_ in den Wintersaisons 2015/16 und 2016/17 ausgegangen. Für die Gegenüberstellung bzw. zur Herstellung einer direkten Vergleichbarkeit der von der C.\_\_\_\_\_ AG und der H.\_\_\_\_\_ gelieferten Daten, müssten diese zuvor vereinheitlicht werden. Zusätzlich seien die Daten der von der B.\_\_\_\_\_ AG gelieferten Berechtigungsverfolgungen mit den von den C.\_\_\_\_\_ AG und H.\_\_\_\_\_ gelieferten Daten abgeglichen worden. Die entsprechenden Ergebnisse präsentierte die Beschwerdegegnerin im Rah-

- 75 - men ihres Parteivortrages. Gemäss dieser vereinheitlichten Auswertung der ohne Korrekturen übernommenen Daten ergebe sich, dass die C.\_\_\_\_\_ AG über die beiden Saisons gesehen eine erheblich grössere dergestalt bestimmte Frequenz (ca. Faktor 2) auf F.\_\_\_\_\_ aufweise und dementsprechend auch grösser sei als der Beschwerdeführer. Aus den Daten ergebe sich auch, dass der Beschwerdeführer im Gegensatz zur C.\_\_\_\_\_ AG nicht über die ganze Wintersaison hinweg vor Ort tätig sei. Der vom Beschwerdeführer behauptete Effekt M.\_\_\_\_\_ sei nicht ausgewiesen. Den bezüglich vom Beschwerdeführer vorgebrachten Korrekturen bzw. Abzügen an den Daten der C.\_\_\_\_\_ AG wurde ebenfalls detailliert entgegnet. Hinsichtlich der Kurse mit (Level-)Bezeichnung "Q.\_\_\_\_\_" verkenne der Beschwerdeführer, dass der überwiegende Teil der Schneesportlehrer/-innen der C.\_\_\_\_\_ AG mit ihren Gästen im Verlaufe des Kurses vom "R.\_\_\_\_\_"-Kids Village nach F.\_\_\_\_\_ wechselten, was für einen Teil davon anhand ihrer Berechtigungsverfolgungsdaten der B.\_\_\_\_\_ AG verifiziert werden können. Ein Wechsel im Laufe des Kurses nach F.\_\_\_\_\_ erfolge auch von den Gästen (insbesondere Kinder), welche in O.3.\_\_\_\_\_ angefangen hätten. Dass bei gewissen Unterrichtskursen die Namen der Schneesportlehrer/-innen fehlten, sei auf eine systembedingte Einschränkung hinsichtlich solcher Lehrkräfte aus O.2.\_\_\_\_\_ zurückzuführen. Die vom Beschwerdeführer vorgenommene Beschränkung auf Startzeiten der Kurse zwischen 08:00 und 10:00 Uhr rechtfertige sich nicht, weil nicht bloss eine auf die Hauptsammlungszeit der H.\_\_\_\_\_ beschränkte Sichtweise, welche nota bene gemäss seinen Angaben auf den Zeitraum von 09:15 bis 09:30 Uhr falle, Platz greifen könne. Denn die C.\_\_\_\_\_ AG unterrichte insbesondere auch an den Transportanlagen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ sowie auf dem Förderband. Eine Besammlung der C.\_\_\_\_\_ AG erfolge auf F.\_\_\_\_\_ auch für den Nachmittagsunterricht sowie nach Beendigung des Unterrichts. Auch unter Berücksichtigung gewisser Korrekturen weise die C.\_\_\_\_\_ AG für die beiden Wintersaisons 2015/16 und 2016/17 noch eine Frequenz von mindesten 36'000 Personen auf (ohne Korrekturen: Frequenz von ca. 40'000; gemäss Beschwerdeführer: maximal 18'643 bzw. 12'800 inkl. Korrekturen, wobei sich

- 76 - aber bei diesen Zahlen um die von der C.\_\_\_\_\_ AG angegebenen Gästebuchungen pro Woche handelte; siehe auch Folie 43 der Präsentation anlässlich des Parteivortrag der Beschwerdegegnerin vom 30. November 2017 sowie Folien 10, 12, 62 und 64 der Präsentation anlässlich des Parteivortrag des Beschwerdeführers vom 28. September 2017). Würde man bei den Zahlen des Beschwerdeführers auch gewisse Reduktionen vornehmen, reduzierte sich seine Frequenz auf ca. 17'000 (anstatt ca. 21'000) Personen, wobei gut 4'000 Personen noch auf den "Skiclub" zurückzuführen seien. Damit kam die Beschwerdegegnerin auch zum Schluss, dass die C.\_\_\_\_\_ AG während der ganzen Saison tätig sei, beim Beschwerdeführer hingegen wiederholt Lücken in der Anwesenheit zu verzeichnen seien und die C.\_\_\_\_\_ AG eine bedeutend höhere Präsenz auf F.\_\_\_\_\_ zeige als der Beschwerdeführer. Schliesslich nahm die Beschwerdegegnerin noch ausführlich Stellung zum Parteivortrag des Beschwerdeführers.

### **E. 5.6**

Die B.\_\_\_\_\_ AG erläuterte noch die zusätzlich eingeforderte Detailauswertung der Berechtigungsverfolgung des Skiticketsystems bzw. der Ersteintritte bezüglich der Wintersaison 2016/17 die C.\_\_\_\_\_ AG betreffend. Zudem wurde auch noch Stellung zum Parteivortrag des Beschwerdeführers genommen und den entsprechenden Vorwürfen widersprochen. Schliesslich äusserte sich noch die C.\_\_\_\_\_ AG zur Fehlerhaftigkeit der vom Beschwerdeführer vorgenommenen Analyse und der daraus abgeleiteten Schlussfolgerungen.

### **E. 5.7**

Anschliessend replizierte auch noch der Beschwerdeführer, worauf die Beschwerdegegnerin wiederum die Gelegenheit zur Duplik wahrnahmen. Dabei hielten beiden Parteien im Ergebnis an ihren Standpunkten fest. Eine Stellungnahme des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers zu den Dupliken liess der Gerichtsvorsitzende nicht mehr zu. 6. Es liegen nun also für die Wintersaison 2015/16 und 2016/17 insbesondere Daten bezüglich der (wochenweise) Gästebuchungen sowie der in dieser - 77 - Woche auf F.\_\_\_\_\_ tätigen Schneesportlehrer/-innen (C.\_\_\_\_\_ AG), Gässezahlen je Tag inkl. dem den entsprechenden Unterricht oder Kurs betreuenden Schneesportlehrer (H.\_\_\_\_\_), Berechtigungsverfolgungen bzw. erfasste Ersteintritte für die zur C.\_\_\_\_\_ AG und H.\_\_\_\_\_ zugehörigen Schneesportlehrer mit einem speziellen Schneesportlehrerabonnement und eine Vielzahl von Webcamaufnahmen von F.\_\_\_\_\_ mit Ausrichtung auf die Besammlungsflächen zu verschiedenen Zeitpunkten vor. Für die Beurteilung der Frage, ob sich aus der Inanspruchnahme bzw. der (Regelmässigkeit) der Präsenz ein sachlicher Grund zu Gunsten oder zu Lasten der einen oder anderen Schneesportschule ableiten lässt, ist unter Würdigung der gesamten vorhandenen Akten vorzunehmen. Hinsichtlich der Webcamaufnahmen ist darauf hinzuweisen, dass jeweils eine Momentaufnahme bildlich festgehalten wurde und aufgrund der niedrigen Auflösungsqualität im Ergebnis keine eindeutige Identifizierung bzw. Zuordnung von Personen zu einem bestimmten Nutzer (Schneesportschule, Angehörige von Gästen einer Schneesportschule, übrige Besucher/Schneesportler) von F.\_\_\_\_\_ möglich erscheint. Mit den edierten Daten stehen aber weitere Beweismittel zu Verfügung, welche abhängig von ihrem Typ gewisse Aussagen ermöglichen, stützen oder entkräften.

### **E. 6**

Auf den Abend des 31. Oktober 2016 kündigte die Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_ eine Gemeindeversammlung an, an welcher unter Traktandum 4 hinsichtlich verschiedener Nachträge zu Baurechten zu Gunsten der B.\_\_\_\_\_ AG Beschluss gefasst werden sollte. In Bezug auf Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ sollte zu Lasten des Grundstücks und zu Gunsten der B.\_\_\_\_\_ AG ein Benützungsrecht während der Wintersaison eingeräumt werden. Damit würde der Nutzungsberechtigten das Recht eingeräumt, diese Wiese für die "Ausübung des Schneesports zu nutzen und damit zusammenhängende Bauten zu erstellen, insbesondere Betrieb von Skischul-Sammelplätzen sowie Unterrichtsplätzen mit notwendigen Infrastrukturen, Anlagen für Skischule, Erstellung und Betrieb eines Förderbandes, Kleinkinderlift bzw. sämtliche für den Betrieb von Skisport und Skischulen notwendigen Infrastrukturen zu

- 11 - erstellen. Im Sommer würde die Wiese wie bisher der Gemeinde zur Nutzung freistehen." Das neu eingeräumte Benützungsrecht sollte bis zum 31. Dezember 2065 eingeräumt werden. Der Baurechtszins sollte unverändert bleiben. Der Gemeindevorstand beantragte der Gemeindeversammlung die Genehmigung des Nachtrags zum Baurecht mit der B.\_\_\_\_\_ AG. Nachdem der Beschwerdeführer von diesem Vorhaben Kenntnis erlangt hatte, ersuchte er den Gemeindevorstand mit Schreiben vom 28. Oktober 2016 um Absetzung des erwähnten Traktandums, um damit drohende Rechtsverletzungen, gegen welche wiederum gerichtlich vorgegangen werden müsste, sowie die Präjudizierung des pendingen Verfahrens U 16 5 zu verhindern. Der Presse konnte man am 31. Oktober 2016 entnehmen, dass der Gemeindevorstand an den unter Traktandum 4 aufgeführten Geschäften vollumfänglich festhalte. Vor dem Hintergrund der anstehenden Beschlussfassung durch die Gemeindeversammlung liess A.\_\_\_\_\_ am Nachmittag des 31. Oktobers 2016 den Entwurf einer Eingabe einreichen, mit welcher er im Hauptantrag – für den Fall, dass die Gemeindeversammlung dem Antrag des Gemeindevorstandes zu Traktandum 4 (betreffend Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_) folgen sollte – die Aufhebung des Beschlusses der Gemeindeversammlung verlangte. Begleitet wurde die Eingabe von einem prozessualen Antrag, der Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_ superprovisorisch zu untersagen, auf der Grundlage des angefochtenen Beschlusses vom 31. Oktober 2016 und betreffend die Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ mit der B.\_\_\_\_\_ AG (Baurechts- oder Nutzungs-) Verträge abzuschliessen bzw. gestützt darauf neue dingliche und/oder obligatorische Rechte zu errichten und/oder bestehende Rechte in ihrer Ausgestaltung zu ändern, welche die zukünftige Nutzung des besagten Grundstückes präjudizierten. Hingegen sei es der Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_ weiterhin zu gestatten, der B.\_\_\_\_\_ AG eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeindegebrauch für die Wintersaison 2016/2017 zu erteilen. Der superprovisorische Entscheid sei der Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_, der B.\_\_\_\_\_ AG und dem Grundbuchamt zuzustellen.

- 12 - Der zuständige Instruktionsrichter untersagte in seiner superprovisorischen Verfügung vom 31. Oktober 2016 der Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_, auf der Grundlage des allenfalls gefassten Beschlusses vom 31. Oktober 2016 betreffend Grundstück Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ im Grundbuch O.1.\_\_\_\_\_ mit B.\_\_\_\_\_ AG (Baurechts- oder Nutzungs-) Verträge abzuschliessen bzw. gestützt darauf neue dingliche und/oder obligatorische Rechte zu errichten und/oder bestehende Rechte in ihrer Ausgestaltung zu ändern, die die zukünftige Nutzung des besagten Grundstückes präjudizierten. Gleichzeitig wies der Instruktionsrichter das Grundbuchamt an, bis auf weiteres keine, die Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ betreffenden, auf Basis allfälliger von der Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_ mit der B.\_\_\_\_\_ AG abgeschlossene (Baurechts- oder Nutzungs-) Verträge bzw. gestützt darauf neu errichtete

dingliche und/oder obligatorische Rechte einzutragen und/oder bestehende Rechte in ihrer Ausgestaltung abzuändern, sodass sie die zukünftige Nutzung des besagten Grundstückes präjudizieren. Gestützt auf diese Verfügung entschied der Gemeindevorstand, das Traktandum 4 zwar zur Abstimmung zu bringen, jedoch hiervon das Benützungszugrecht am Grundstück F.\_\_\_\_\_ auszunehmen. Mit Verfügung vom 22. November 2016 schrieb der Instruktionsrichter das Verfahren V 16 7 infolge Gegenstandslosigkeit ab und entschied über die amtlichen und ausseramtlichen Kosten.

### **E. 6.1**

Insbesondere bezüglich der Kontinuität der Präsenz der Schneesportschulen auf F.\_\_\_\_\_ in der Wintersaison 2016/17 sind die von der B.\_\_\_\_\_ AG edierten Berechtigungsverfolgungen der spezifischen Schneesportlerabonnemente als aussagekräftig zu betrachten. Hinsichtlich ihrer Zuverlässigkeit darf dem Umstand Rechnung getragen werden, dass diese, wie von der B.\_\_\_\_\_ AG dargelegt, auch Basis für die Verteilung der Einnahmen des Bergbahnverbundes an die angeschlossenen Bergbahnen bilden. Die vom Beschwerdeführer im Hinblick auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit erhobenen Rügen, vermögen daran nichts zu ändern. Wenn der Beschwerdeführer beispielsweise exemplarisch die Nichtberücksichtigung von eigenen Schneesportlehrern im Vergleich zu den seinerseits eingereichten Zahlen hinsichtlich des erteilten Schneesportunterrichts vorbringt, ist zu be-

- 78 - achten, dass die Datenerhebung der B.\_\_\_\_\_ AG bloss Anhand der abgegebenen Formulare für den Bezug der Schneesportlehrerabonnemente erfolgte und in zeitlicher Hinsicht auf die Betriebszeiten von F.\_\_\_\_\_ beschränkt waren (Wintersaison 2015/16: 5. Dezember 2015 bis 3. April 2016; Wintersaison 2016/17: 3. Dezember 2016 bis 2. April 2017). Die Grundlage für die Auswertung dieser systemgenerierten Berechtigungsverfolgungen durch die B.\_\_\_\_\_ AG bildeten, wie bereits erwähnt, die aufgrund des Bezuges bzw. der Rückgabe eines Schneesportlehrerabonnementes vorhandenen Formulare der Schneesportschulen bzw. Schneesportlehrer/-innen. Ferner hat die C.\_\_\_\_\_ AG ebenfalls darauf hingewiesen, dass eine gewisse Anzahl ihrer Schneesportlehrer/-innen nicht von dieser Erhebung der Berechtigungsverfolgungsdaten erfasst wurden, weil ihr Bergbahnabonnement über einen anderen Bezugskanal erworben wurde. Beim Vergleich der Berechtigungsverfolgungsdaten der B.\_\_\_\_\_ AG mit den Daten hinsichtlich Gästebuchungen und Schneesportlehrereinsätze, finden sich denn auch Schneesportlehrer/-innen, die nur in zweitgenannter Aufstellung aufgeführt sind. In der Detailauswertung für die Saison 2016/17 hinsichtlich der erfassten Ersteintritte auf F.\_\_\_\_\_, also eine Erfassung eines Schneesportlehrers mit Spezialabonnement an den Anlagen D.\_\_\_\_\_ bzw. E.\_\_\_\_\_, ohne dass innert kurzer Zeit das Gebiet F.\_\_\_\_\_ mittels der Gondelbahn Richtung O.4.\_\_\_\_\_ verlassen wurde, zeigt sich klar eine höhere Grundauslastung und eine prägnant geringere vollständige Abwesenheit auf F.\_\_\_\_\_ bzw. der angrenzenden Anlagen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ der C.\_\_\_\_\_ AG im Vergleich zur H.\_\_\_\_\_ (vgl. Tabellen "Ersteintritte beide Skischulen Detail mit Diagramm Vergleich" vom

### **E. 6.2**

Die ebenfalls von der B.\_\_\_\_\_ AG sowohl für die Wintersaison 2015/16 als auch 2016/17 gelieferte Auswertung der Ersteintritte hinsichtlich des Verbleibes auf F.\_\_\_\_\_ zeigen ebenfalls eine stärkere Präsenz auf den Beförderungsanlagen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ im

Vergleich zu derjenigen von H.\_\_\_\_\_ (siehe dazu die Tabellen "Ersteintritte beide Skischulen" vom 15. September 2017 der B.\_\_\_\_\_ AG). In der Wintersaison 2015/16 betrug das Verhältnis H.\_\_\_\_\_ - C.\_\_\_\_\_ AG Abteilung O.1.\_\_\_\_\_ ca. 1:3, in der Wintersaison 2016/17 ca. 3:8. Dabei bewegten sich die für die C.\_\_\_\_\_ AG Abteilung O.2.\_\_\_\_\_ erfassten Daten für beide Wintersaisons in einem ähnlichen Bereich, nämlich knapp einem Zehntel derjenigen der Abteilung O.1.\_\_\_\_\_ und es ergab sich auch, dass die Abteilung O.2.\_\_\_\_\_ ihre über- wiegende Tätigkeit im übrigen Verbundgebiet ausübt (Ersteintritte mit Ver- bleib auf F.\_\_\_\_\_ machten jeweils weniger als 1 % der Ersteintritte im ge- samten Bergbahnverbundgebiet aus). Dies im Gegensatz zur Abteilung O.1.\_\_\_\_\_, bei der zwischen einem Viertel und knapp einem Drittel ihrer Ersteintritte auf "Effektiv F.\_\_\_\_\_ " entfällt. Bei der H.\_\_\_\_\_ beträgt dieses Verhältnis zwischen einem Siebtel und einem Fünftel und auch der Anteil des Wechselgastwertes im Vergleich zu dem Wert "EE F.\_\_\_\_\_ " ist sowohl in effektiven Zahlen als auch anteilmässig bei der H.\_\_\_\_\_ signifikant grösser als bei der C.\_\_\_\_\_ AG Abteilung O.1.\_\_\_\_\_. Bei der H.\_\_\_\_\_ be- trägt er für die beiden betrachteten Wintersaisons zwischen 66 und 75 %,

- 84 - bei der C.\_\_\_\_\_ AG Abteilung O.1.\_\_\_\_\_ hingegen bloss 35 bis 40 %. Das heisst also für die H.\_\_\_\_\_, dass mehr als zwei Drittel ihrer Schneesport- lehrer zwar jeweils an einem Tag einen Ersteintritt auf der Sesselbahn D.\_\_\_\_\_ oder dem Skilift E.\_\_\_\_\_ auslösten, dann aber innert kurzer Zeit das Gebiet F.\_\_\_\_\_ mit der Gondelbahn Richtung O.4.\_\_\_\_\_ verliessen (vgl. dazu bereits Bg-act. 20).

### **E. 6.3**

Die von der C.\_\_\_\_\_ AG sowie der H.\_\_\_\_\_ edierten Daten im Hinblick auf die Anzahl Gäste bzw. Gästebuchungen sowie Schneesportlehrereinsätze pro Zeiteinheit wurden jeweils sehr unterschiedlich interpretiert und diame- tral abweichende Schlussfolgerungen gezogen. Schlüssig ist in jedem Fall das Vorbringen der Beschwerdegegnerin, wonach die vom Beschwerde- führer anlässlich der Hauptverhandlung vom 28. September 2017 darge- stellten Datenanalyse mit umfangreichen Korrekturen und Einwendungen verkannt hat, dass die von der C.\_\_\_\_\_ AG eingereichten Daten (Anzahl Gästebuchungen sowie die im Einsatz gestandenen Schneesportlehrer/- innen pro Woche) nicht direkt mit den vom Beschwerdeführer gelieferten Daten vergleichbar sind. Denn der Beschwerdeführer summierte bei mehr- tägigen Kursen die Anzahl der betreuten Gäste jeweils täglich, was nicht im selben Masse bei den Daten der C.\_\_\_\_\_ AG der Fall ist. Insofern kann nicht unbesehen auf die beschwerdeführerischen Darlegungen anlässlich der Hauptverhandlung vom 28. September 2017 hinsichtlich der von ihm und der C.\_\_\_\_\_ AG edierten Daten über Gäste und Schneesportlehrer/- innen und somit über das Grössenverhältnis der C.\_\_\_\_\_ AG und der H.\_\_\_\_\_ abgestellt werden. Es fällt auch auf, dass der Beschwerdeführer zuerst einen Grössenunterschied zwischen der C.\_\_\_\_\_ AG sowie der H.\_\_\_\_\_ per se in Abrede stellte. Später erfolgte eine Fokussierung der Frage hinsichtlich der Grösse der jeweiligen Schneesportschulen auf den eigentlichen Sammelplatzbedarf, wobei er zuerst aber immer noch ein- räumte, dass die SSAMG gesamthaft gesehen zwar grösser sei (vgl. Triplik des Beschwerdeführers vom 10. November 2016, S. 26), dies aber vorlie- gend nicht relevant sei. Anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung

- 85 - vom 30. November 2017 legte hingegen die Beschwerdegegnerin nach- vollziehbar und schlüssig dar, inwiefern eine Vergleichbarkeit der von der C.\_\_\_\_\_ AG und der H.\_\_\_\_\_ gelieferten Daten herzustellen sei. Der be- schwerdeführerische Einwand, wonach sein detaillierter Vergleich der Gäste-/Buchungsdaten nur pauschal mit der

Nichtvergleichbarkeit bestritten worden sei, trifft so nicht zu. Denn die Beschwerdegegnerin hat die vergleichende Datenbasis und die notwendigen Schritte für einen Vergleich detailliert dargelegt. Die Weiteren, dagegen replicando erhobenen Gründe vermögen daran auch nichts zu ändern, wobei sie sich hauptsächlich auf die Ergebnisse dieser Vergleichsbarmachung der edierten Daten beziehen und insbesondere vorgebracht wird, dass bei der C.\_\_\_\_\_ AG erhebliche Abzüge vorzunehmen seien. Dabei fällt wieder auf, dass der Beschwerdeführer von der Notwendigkeit der Beschränkung der Auswertung der edierten Gäste- und Schneesportlehrer/-innendaten auf den (hauptsächlichen) Besammlungszeitpunkt am Morgen ausgeht. Dies mag für die Bestimmung des zu einem gewissen Zeitpunkt erforderlichen (Sammlungs-)Platzbedarfes geeignet sein, kann aber für die Festlegung einer Nutzungsordnung bzw. der Beurteilung Frage nach strukturellen sachlichen Unterschieden von Konkurrenten in seiner Gesamtheit nicht das einzig ausschlaggebende Kriterium sein. Ausserdem ist nicht ausser Acht zu lassen, dass der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Erläuterungen und Stellungnahmen zu den edierten Daten, insbesondere derjenigen der beiden Schneesportschulen, jeweils bekräftigte, dass sein Platzbedarf infolge seiner Gäste- und Schneesportlehrer/-innenzahlen erheblich grösser als der ihm zugewiesene sei, während dessen der Sammlungsplatz der C.\_\_\_\_\_ AG stark überdimensioniert sei. Anlässlich der im Vorfeld der Wintersaisons 2015/16 und 2016/17 jeweils durch die B.\_\_\_\_\_ AG durchgeführte Erhebung des Sammelplatzbedarfs anhand der zu erwartenden Schneesportschüler/-innen bei den interessierten Schneesportschulen, machte der Beschwerdeführer aber eher vage und bescheidene (Grössen-)Angaben. Für die Saison 2015/16 wurde durch den Beschwerdeführer gemäss Bf-act. 9 ein Flächenbedarf für 40 (Mittelwert) bis 130 (Spitzen) Personen pro Tag an-

- 86 - gegeben, worauf die B.\_\_\_\_\_ AG einen solchen von 60 Personen annahm (vgl. auch Beilage 3 zum Protokoll des Augenscheins vom 10. Februar 2016), für die Saison 2016/17 wiederum im Mittel 40 Personen, wobei auf eine, in zeitlicher Hinsicht, dreifach gestaffelte Besammlung verwiesen wurde (Bf-act. 72 f.; vgl. auch Bf-act. 76, wo die B.\_\_\_\_\_ AG nach kritischer Rückfrage hinsichtlich der gemeldeten Personenzahl "40 Kinder [3 x pro Tag]" annahm). Diese von Beschwerdeführer angegebenen Umstände erscheinen nicht schlüssig. Die hinsichtlich der Wintersaison 2016/17 angegebenen Modalitäten (Staffelung) für die Bestimmung des Sammelplatzbedarfes aufgrund der zu erwartenden Gästezahlen korrespondieren nicht mit den vom Beschwerdeführer eingereichten Daten bezüglich der Startzeiten der erteilten Unterrichtslektionen, welche stark überwiegend jeweils mit Beginn 09:30 Uhr angegeben wurden und frühere und spätere Startzeiten (inkl. Nachmittag) in viel geringerem Mass vorkommen. Diese Konzentration auf die Startzeit von 09:30 Uhr ist auch in der Wintersaison 2015/16 zu beobachten (vgl. Folie 33 der anlässlich des Parteivortrages der Beschwerdegegnerin vom 30. November 2017 gehaltenen Präsentation; siehe auch entsprechende Filterung in der der Datentabelle H.\_\_\_\_\_ "Numero di persone sul F.\_\_\_\_\_ " vom 15. September 2017 [Filterkriterium ist dabei der massgebliche Datumsbereich und die Unterrichtsstartzeit]). Zudem weist auch der "Skiclub" des Beschwerdeführers, eine fast durchgehende Startzeit von 08:30 Uhr während den beiden berücksichtigten Wintersaisons aus (siehe entsprechende Filterung in der der Datentabelle H.\_\_\_\_\_ "Numero persone club" vom 15. September 2017) und darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang noch zu erwähnen, dass sich das Konzept "Skiclub" doch erheblich von einer klassischen Schneesportschulungstätigkeit unterscheidet, womit die Vergleichbarkeit der Angebote diesbezüglich in Frage gestellt ist. Schliesslich ist auch noch darauf hinzuweisen, dass neben der C.\_\_\_\_\_ AG und der

H.\_\_\_\_\_ sich für die Wintersaisons 2015/16 und 2016/17 jeweils zwei weitere in O.1.\_\_\_\_\_ tätige Schneesportschulen für einen Sammelplatz auf F.\_\_\_\_\_ angemeldet haben, welchen ebenfalls

- 87 - eine entsprechende Fläche zu Verfügung gestellt wurde (siehe Bf-act. 9 und 76).

#### **E. 6.4**

Im Ergebnis ist für die Beurteilung der durch die C.\_\_\_\_\_ AG und die H.\_\_\_\_\_ ausgeführten Nutzungen des Gebietes F.\_\_\_\_\_ sowie der an- grenzenden Beförderungsanlagen und Abfahrtspisten die gesamte (zeitli- che) Nutzungsbandbreite zu berücksichtigen und es ist nicht nachvollzieh- bar, warum für die Beurteilung der Zulässigkeit der zu beurteilenden Nut- zungsordnung einseitig auf die morgendliche Hauptbesammlungszeit im Zusammenhang mit der Sammelplatzgrösse abzustellen wäre. Eine solche Beschränkung lässt sich der Editionsverfügung vom 30. August 2017 denn auch nicht entnehmen. Sodann macht der Beschwerdeführer nicht bloss einen unzureichenden Sammelplatz geltend, sondern auch noch andere, seiner Ansicht nach, ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen, die sich nicht auf die Sammelplatzgrösse und somit nicht auf eine Präsenz während der Hauptbesammlungszeiten beziehen. Mit anderen Worten ist also die für das Publikumsinteresse relevante Angebotsintensität und -verteilung während der Betriebszeit von F.\_\_\_\_\_ und über den ganzen Tag von ent- scheidender Bedeutung.

##### **E. 6.4.1**

Soweit der Beschwerdeführer davon ausgeht, dass anhand der edierten Daten hinsichtlich Gäste und Schneesportlehrer/-innen nicht erwiesen sei, dass diese eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen, weil der C.\_\_\_\_\_ AG aufgrund seiner Vorbringen eine um knapp einen Drittel zu grosse (Besammlungs-)Fläche und ihm eine im selben Masse zu kleine (Besammlungs-)Fläche zugeteilt worden sei, kann ihm das Gericht nicht folgen. Trotz der jeweils bestrittenen Berechnungen der Ergebnisse der Gegenseite, ist für das Gericht im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller edierter Daten (sowohl bezüglich Gäste und Schneesportlehrer/-innen als auch registrierter Ersteintritte auf den Anlagen in F.\_\_\_\_\_ ) sowie den zu den Akten gegebenen Webcamaufnahmen, welche für sich alleine aller- dings nicht tauglich für die Bestimmung der Nutzungsaktivität im Gebiet

- 88 - F.\_\_\_\_\_ inkl. der angrenzenden Beförderungsanlagen und Skipisten sind, mit hinreichender Sicherheit ausgewiesen, dass die C.\_\_\_\_\_ AG in nicht unerheblichem Umfang eine intensivere und vor allem konstantere Ausbil- dungstätigkeit im Umfeld von F.\_\_\_\_\_ leistet. Daran ändern weder die vom Beschwerdeführer wiederholt bekräftigten (Zahlen-)Korrekturen, noch die prozessuale Einwendung, dass aufgrund der zu kurzen, ihm zu Verfügung stehenden Vorbereitungszeit für die mündliche Replik die von der Be- schwerdegegnerin anlässlich ihrer Parteivortrages vorgestellten Gäste- und Schneesportlehrer/-innenzahlen bloss ungenügend geprüft werden konnten und dies bei der Beweiswürdigung dementsprechend zu berück- sichtigen sei. Bei einer zumindest vergleichbaren Grösse der Schnee- sportschulen, begründet die gleichmässiger und höhere Präsenz der C.\_\_\_\_\_ AG auf F.\_\_\_\_\_ eine erhöhte Publikumsattraktivität bzw. ein ent- sprechendes Publikumsinteresse an deren Tätigkeit, welches von dem für die Zuteilung von öffentlichem Grund Verantwortlichen als sachlicher Grund für eine unterschiedliche Behandlung berücksichtigt werden darf, auch wenn dieser grundrechtsgebunden ist (vgl. dazu vorstehende Erwä- gung 1.3.2 und 4.1 f.). Insofern ist der allgemeine Grundsatz,

wonach sich auch auf sachliche Gründe abgestützte Ungleichbehandlungen im Lichte des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Konkurrenten bloss rechtfertigen liessen, soweit diese wettbewerbsneutral bzw. zu keiner Wettbewerbsverzerrung resp. Begünstigung oder Benachteiligung infolge unterschiedlicher Belastung oder staatlich geregelter Marktzugang oder -ausschluss führten, nur eingeschränkt auf eine Nutzungsregelung von öffentlichem Grund anwendbar. Mit anderen Worten können also in solchen Konstellationen mit Blick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung von Gewerbetreibenden auch spezifische, eigene öffentlichen Interessen des Gemeinwesens wie ein mutmassliches Publikums- oder touristisches/kulturpolitisches Interesse bei den Vergabeentscheidungen über öffentlichen Grund einfließen und dann systemimmanent zu einer Benachteiligung eines Marktteilnehmers führen. Dies ist aber unvermeidlich und höhlt den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten auch nicht aus, sofern die noch verbleibenden,

- 89 - parallel möglichen Nutzungsmöglichkeiten auch von den Konkurrenten noch in Anspruch genommen werden können oder durch anderweitige Mechanismen dem Schutzgedanken der institutionellen Funktion der Wirtschaftsfreiheit Rechnung getragen wird bzw. unter den gegebenen Umständen und der Interessenlage auf dennoch möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse hingewirkt wird (vgl. BGE 128 I 136 E.4.1 f., 121 I 279 E.6b f.). Ferner kann sich die Frage nach der angemessenen Nutzungsordnung bzw. -priorisierung auf öffentlichem Grund auch in Konstellationen stellen, wo sich bei beschränkten Platzverhältnissen zwei oder mehr Konkurrenten gegenüberstehen, welche sich auch bezüglich weiterer spezifischer Interessen des Gemeinwesens, wie beispielsweise der mutmasslichen Publikumsattraktivität des Angebotes, nicht unterscheiden, also ein Gleichstand herrscht. Ein im Rahmen eines Auswahlverfahrens nach sachlichen Kriterien resultierender Gleichstand zwischen Bewerbern erscheint insbesondere bei Marktständen nicht ausgeschlossen. Wenn man sich nun auf den Standpunkt stellen würde, dass der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten in keinem Fall zu einer (faktischen) Benachteiligung oder Bevorzugung eines Konkurrenten führen dürfe, käme bei solchen Konstellationen bloss noch ein genereller Verzicht auf eine Platzvergabe und indirekt auf die Vornahme einer Interessenabwägung in Frage. Dies stünde aber auch schon wieder im Konflikt, mit dem grundsätzlich ebenfalls gewährleisteten, auch aus der Wirtschaftsfreiheit abgeleiteten begründeten Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch des einen Konkurrenten, für den der Platz ausreichen würde, womit ein mehrpoliges Grundrechtsverhältnis vorliegt (vgl. zum Begriff der Grundrechtskollision bzw. mehrpoligen Grundrechtsverhältnis: BGE 140 I 201 E.6.6 f.), wobei eine solche Grundrechtskollision auch bei der gesteigerten Nutzung von öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch gegenüber der schlichten Nutzung durch unbeteiligte Dritte thematisiert werden kann (vgl. zum Ganzen MOSER, a.a.O., S. 538). Dazu kann auch noch das öffentliche Interesse an der Ermöglichung einer solchen Marktveranstaltung bzw. eines solchen Angebotes kommen. Diese Interessen haben dann auch nicht per se hinter das

- 90 - Gebot der Gleichbehandlung von Konkurrenten zurückzutreten, sondern es ist in erster Linie ein möglichst angemessener Ausgleich zwischen den Interessen im Rahmen einer Interessenabwägung zu finden. Weil die Orientierung am mutmasslichen Publikumsbedürfnis in einer solchen Konstellation jedoch zu keinem Ergebnis führte, müssten weitere Beurteilungssichtpunkte hinzugezogen werden. In solchen Konstellationen erscheint beispielsweise die Berücksichtigung des Anciennitätsprinzips nicht ausgeschlossen, weil damit einem Kontinuitätsinteresse des Publikums zusätz-

Rechnung getragen werden kann, ohne dass dadurch neue Bewerber per se von der Berücksichtigung ausgeschlossen würden, weil diesen vorab die Möglichkeit geboten wird, sich durch ihre Angebotsattraktivität von den Konkurrenten abzuheben (vgl. dazu RÜTSCHKE, Rechtsgutachten z.H. der Stadt Luzern vom 7. November 2015, S. 32 f., auch wenn das Gutachten die Vergabe von Marktständen betrifft und eine solche Situation nicht eins zu eins mit den vorliegenden Nutzungsansprüchen vergleichbar ist; abrufbar unter: [https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/ruetsche/dok/GutachtenLuzernerWocheMarkt\\_def2.pdf](https://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/ruetsche/dok/GutachtenLuzernerWocheMarkt_def2.pdf), zuletzt besucht am: 12. September 2018).

#### **E. 6.4.2**

Unter grundrechtlichen Aspekten besteht mithin kein Anlass, die Beschwerdegegnerin unter diesen Gegebenheiten zwingend zu einer anderweitigen Nutzungsorganisation hinsichtlich der in ihrem Eigentum stehenden Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ anzuhalten, womit ihr aber auch keine Rechtsverweigerung vorgeworfen werden kann, weil sie zu den von ihr verlangten Vorkehrungen und Handlungen nicht verpflichtet war. Dabei fällt insbesondere ins Gewicht, dass die allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung von Konkurrenten bei der Nutzung von öffentlichem Grund nicht dieselbe Tragweite wie in Bereichen ohne faktische Kapazitätsschranken zukommt, als wenn es sich um rein gesetzliche Zugangsschranken handeln würde (vgl. MOSER, a.a.O., S. 516 f. sowie die vorstehende Erwägung 4.1). Auch kann die Beschwerdegegnerin gemäss BGE 128 I 136 E.4.2 beispielsweise nicht dazu angehalten werden, zwingend ein Rotationssystem einzuführen, wenn wie

- 91 - vorliegend Unterschiede der Bewerber hinsichtlich der Publikumsattraktivität vorhanden sind und diesen im Rahmen der Nutzungszuordnung angemessen Rechnung getragen wird. Dem Beschwerdeführer wird auf jeden Fall die Nutzung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ als Sammelplatz für seine Schneesportschulungstätigkeit auch nicht gänzlich verwehrt, sondern er erhielt bisher in jeder Betriebssaison eine entsprechende Sammlungsfläche, die ihm und auch den beiden weiteren Schneesportschulen, unter Berücksichtigung der strukturellen und tatsächlichen Unterschiede sowie dem vorgängig gegenüber der B.\_\_\_\_\_ AG angegebenen Platzbedarf (vgl. dazu vorstehende Erwägung 6.3), eine angemessene Besammlungstätigkeit auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ ermöglicht. Diese ist sowohl bezüglich der Erreichbarkeit mit öffentlichen und privaten Verkehrsmitteln, als auch der Zugänglichkeit zu den Beförderungsanlagen der B.\_\_\_\_\_ AG vergleichbar. Denn die Distanzen (ca. 80 bis 120 m vom Schwerpunkt der jeweiligen Sammlungsflächen bis zu den Beförderungsanlagen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ bzw. 160 bis 180 m bis zur Gondelbahn O.1.\_\_\_\_\_ - O.4.\_\_\_\_\_ ) und allfälligen Steigungen sowie dem Erfordernis die Schneesportgeräte abzuschnallen und insbesondere bis zur Gondelbahn zu tragen, sind dabei sehr ähnlich. Im Hinblick auf die Einsehbarkeit des Besammlungsplatzes von den Parkplätzen und vom naheliegenden Bahnhof her, erscheint der Sammelplatzbereich des Beschwerdeführers sogar noch etwas vorteilhafter. Das vom Beschwerdeführer in der Triplik vom 10. November 2016 mit Verweis auf das anlässlich den Augenscheins vom 10. Februar 2016 aufgenommene Foto 4 vorgebrachte Argument, wonach es infolge der ihm zu Verfügung stehenden, zu kleinen Fläche zu einem (gefährlichen) Ausweichen auf die Strasse komme, erscheint nicht plausibel. Erstens ist die fragliche Strasse, gemäss Darlegung der Beschwerdegegnerin, mit einem Fahrverbot während der relevanten Zeitperiode belegt (Bg-act. 29, womit auf keinen oder nur sehr geringen Motorfahrzeugverkehr während den Betriebszeiten von F.\_\_\_\_\_ geschlossen werden kann).

Ausserdem ist auf dem fraglichen Foto 4 zu erkennen, dass die Personen auf der Strasse ihre Skiausrüstung abgeschnallt und geschultert haben, um den ziemlich steilen Anstieg zur - 92 - Gondelbahn O.1.\_\_\_\_\_ - O.4.\_\_\_\_\_ zu Fuss bewältigen zu können. Denn das Abschnallen der Skiausrüstung würde nicht viel Sinn machen, wenn die über ziemlich flaches Terrain erreichbaren Beförderungsanlagen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ das Ziel dieser Personen wären. Insofern ist keine unverhältnismässige Einschränkung des Beschwerdeführers in der Ausübung seiner Schneesportschulungstätigkeit, die nicht in der unterschiedlichen Nutzungsintensität und -verteilung seines Konkurrenten begründet wäre, ausgewiesen.

### **E. 6.4.3**

Die vom Beschwerdeführer ebenfalls kritisierten Abgrenzungen der Sammlungsflächen sowie weiterer Bereiche auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ dienen nach Ansicht des Gerichtes zum einen der Gewährleistung und Kundgabe der mittels des Nutzungskonzeptes vorgesehenen Koordination bzw. Platzzuweisung der verschiedenen Nutzungsinteressen und sind auch infolge von Sicherheitsüberlegungen angebracht. Sie tangieren den freien Zugang von Privatpersonen für die selbständige Ausübung von Wintersportaktivitäten nicht, sondern wirken sich nur auf solche aus, die mit der gewerblichen Tätigkeit der Schneesportschulen auf F.\_\_\_\_\_ zusammenhängen. Ansonsten sind die jeweiligen Sammlungsbereiche der Schneesportschulen öffentlichen zugänglich und es bestehen auch entsprechende Zugangsmöglichkeiten. Weitere Gründe für die gemäss Nutzungskonzept vorgesehenen oder infolge sicherheitstechnischer Überlegungen erforderlichen Abgrenzungen ergeben sich auch aus der Einbettung der fraglichen Parzelle in das Skigebiet L.\_\_\_\_\_. Insbesondere bezüglich der durch die Talabfahrt O.4.\_\_\_\_\_ - O.1.\_\_\_\_\_ beanspruchten Bereiche, welche zu den Beförderungsanlagen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ führen, erscheint es in jedem Fall sinnvoll, neben Verlangsamungs- und Warnhinweisen auch eine Kanalisierung dieser Pistenbenützer zu den Eingängen der erwähnten Beförderungsanlagen im südwestlichen Bereich der Parzelle vorzusehen und sie somit von den spezifischer genutzten Bereichen im Norden, Osten und Süden der Parzelle zu separieren. Für die Skigebietsbenutzer, welche das Skigebiet L.\_\_\_\_\_ bzw. F.\_\_\_\_\_ nach ihrer letzten Abfahrt verlassen möchten, führt - 93 - der direkte Weg durch die spezifisch genutzten Bereiche. Damit sind aber auch hier zur Gewährleistung der Sicherheit der anderen Benutzer in diesem Bereich, wozu neben den Schneesportschulen mit ihren Gästen und allenfalls Angehörigen auch andere, private Besucher von F.\_\_\_\_\_ gehören, Lenkungsmaßnahmen angebracht. Dafür ist erforderlich, dass die abfahrenden Schneesportler/-innen zuerst dazu gebracht werden, ihre Geschwindigkeit zu reduzieren. Damit kann verhindert werden, dass Schneesportler/-innen sich mit hoher Geschwindigkeit Richtung Südosten über die dort ebene Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ bewegen und dementsprechend die Gefahr und Folgen von Kollisionen reduziert werden. Denn gewöhnlich besteht ein grosser Anreiz, mit möglichst viel Geschwindigkeitsüberschuss in flaches Gelände einzufahren. Um diese Gefahr zu reduzieren, erfolgt durch die Abgrenzung der Sammlungsbereiche der Schneesportschulen auch dort eine Kanalisierung nach Südwesten/Süden, die zusammen mit weiteren Massnahmen wie Warnungen und Verlangsamungsschikanen die von der Talabfahrt O.4.\_\_\_\_\_ - O.1.\_\_\_\_\_ bzw. der zu den Beförderungsanlagen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ gehörenden Pisten herkommenden Personen zu Abbau von Fahrgeschwindigkeit bewegt. Das Verlassen des Skigebietes ist dann über die an die Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ angrenzende Strasse oder entlang der südlichen Abgrenzung des Sammlungsbereiches der C.\_\_\_\_\_ AG

möglich. Dass die Sicherheitsargumente für den Einsatz der Abgrenzungselemente nur vorgeschoben seien, wie dies der Beschwerdeführer geltend macht, vermag sich das Gericht nicht anzuschliessen. Denn wie vorstehend dargestellt, erscheinen die getroffenen Abgrenzungsmassnahmen aus Sicherheitsgründen und zur Kenntlichmachung der spezifischen Nutzung als erforderlich und nachvollziehbar, zumal die B.\_\_\_\_\_ AG, als Bergbahn- und Pistenbetreiberin diesbezüglich als fachkundig zu betrachten ist und die Sicherheitsverantwortung bei ihr liegt. Inwiefern dem Beschwerdeführer ein erheblicher Wettbewerbsnachteil daraus erwächst, dass er keinen ausschliesslich für ihn bestimmten Bereich zugewiesen erhält, ist nicht ersichtlich,

- 94 - ebenso wenig, was für konkreten Vorteile er durch eine ebenfalls ausschliessliche Sammelfläche erhielt.

#### **E. 6.4.4**

Die vom Beschwerdeführer in plakativer Art geschilderte Ungleichbehandlung des Beschwerdeführers bezüglich des ihm für die Angehörigen seiner Schneesportschüler/-innen zu Verfügung stehenden Beobachtungs- bzw. Aufenthaltsraumes begründet ebenfalls keine unvertretbare Ungleichbehandlung, wobei diesbezüglich ein Bezug zur Wirtschaftsfreiheit im Rahmen der (gesteigerten) Nutzung einer öffentlichen Sache i.e.S. ohnehin nicht ohne Weiteres ersichtlich ist. Dennoch ist festzuhalten, dass infolge der nur in beschränkter Masse zu Verfügung stehenden Flächen auf F.\_\_\_\_\_, wo eine Vielzahl von Nutzungsinteressen zu koordinieren sind, sich zwangsläufig Unterschiede hinsichtlich der Position entsprechender (Aufenthalts-)Bereiche ergeben und die vom Beschwerdeführer monierten Restriktionen in der entsprechenden Nutzungskoordination begründet sind. Auf dem öffentlichen Sammlungsbereich für die übrigen, F.\_\_\_\_\_ beanspruchenden Schneesportschulen ist insbesondere der Blick auf die Talabfahrtspiste im Übrigen ebenfalls gewährleistet und ein Aufenthalt der Angehörigen von Schneesportschüler/-innen dieser Schneesportschulen am zugehörigen Sammelplatz erscheint durchaus zumutbar. Ausserdem zeigen die von der B.\_\_\_\_\_ AG edierten Daten über die registrierten Ersteintritte Schneesportlehrer/-innen der H.\_\_\_\_\_ hinsichtlich des Verbleibes auf den Transportanlagen F.\_\_\_\_\_, dass ihr Unterricht im Vergleich zur C.\_\_\_\_\_ AG in erheblich geringerer Masse auf den Beförderungsanlagen D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ stattfindet und in überwiegender Masse F.\_\_\_\_\_ nach der Besammlung Richtung O.4.\_\_\_\_\_ verlassen wird (vgl. vorstehende Erwägung 6.2). Somit ist ein entsprechender Aufenthaltsbereich für die beobachtenden Angehörigen höchstens für die Rückkehr von Relevanz. Wollten die Angehörigen nämlich bei dieser Sachlage den eigentlichen Unterricht beobachten, müssten diese den Schneesportlehrer/-innen mit ihren Schülern und Schülerinnen sowieso in die höher gelegenen Gebiete des Skigebietes L.\_\_\_\_\_ folgen, womit auch ein anders angeordneter

- 95 - Beobachtungsraum auf F.\_\_\_\_\_ dem Beschwerdeführer diesbezüglich keinen signifikanten Vorteil bringen würde. Soweit der Beschwerdeführer auch das der C.\_\_\_\_\_ AG in unmittelbarer Umgebung des Infrastrukturgebäudes mit Bar, (Kinder-)Restaurant sowie des Büros der C.\_\_\_\_\_ AG Abteilung O.1.\_\_\_\_\_ auf der Parzelle Z.5.\_\_\_\_\_ zu Verfügung stehende (Aufenthalts-)Zelt als unzulässige Ungleichbehandlung moniert und gleichberechtigten Zugang dazu bzw. ebenfalls eine entsprechende Aufenthaltsmöglichkeit verlangt, muss auf den Umstand hingewiesen werden, dass sich dieses nicht vollständig auf der gemeindeeigenen Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ befindet und diese Parzelle flächenmässig nur in geringfügigem Ausmass beansprucht. Wenn die

Beschwerdegegnerin darlegt, dass sich aufgrund der konstanteren und höheren Präsenz der C.\_\_\_\_\_ AG auf F.\_\_\_\_\_ dies auch in einem entsprechenden Infrastruktur- bedürfnis niederschlägt, erscheint dies durchaus infolge tatsächlicher Un- terschiede nachvollziehbar. Insofern erscheint auch keine vollständige Gleichbehandlung erforderlich. Auch in diesem Zusammenhang kann auf die, sich aus den edierten Berechtigungsverfolgungsangaben der B.\_\_\_\_\_ AG bezüglich der registrierten Ersteintritte bzw. dem daraus abzuleitenden Verbleib auf F.\_\_\_\_\_ der Schneesportlehrer/-innen ergebende, im Ergeb- nis klar ersichtliche, erhöhte Ausbildungstätigkeit der C.\_\_\_\_\_ AG auf den Beförderungs- und Schneesportanlagen von F.\_\_\_\_\_ sowie die ebenfalls zu berücksichtigende konstantere Präsenz hingewiesen werden (vgl. vor- stehende Erwägungen 6.1 f.). Diesen Unterschieden kann durchaus mit dem Zugeständnis unterschiedlicher Infrastruktur auf F.\_\_\_\_\_ Rechnung getragen werden, wobei sich in direkter Umgebung auch noch die Ge- schäftsstelle O.1.\_\_\_\_\_ der C.\_\_\_\_\_ AG befindet und anteilmässig nur ein kleiner Teil der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ betroffen ist. Im Übrigen befinden sich im Infrastrukturgebäude auf der Parzelle Z.5.\_\_\_\_\_ eine öffentlich zugäng- liche Bar, ein (Kinder-)Restaurant sowie in der Talstation O.1.\_\_\_\_\_ - O.4.\_\_\_\_\_ (Parzelle Z.6.\_\_\_\_\_) ein weiteres öffentliches Restaurant. Somit stünden auch den Angehörigen von anderen Schneesportschulen in unmit-

- 96 - telbarer Umgebung zu den Transportanlagen und der Sammelplätze auf F.\_\_\_\_\_ Aufenthaltsmöglichkeiten zu Verfügung. Weitere Aufenthaltsmög- lichkeiten bestehen zudem im Bereich der Bergstation O.4.\_\_\_\_\_ sowie im übrigen Skigebiet L.\_\_\_\_\_. Allen Angehörigen von Schneesportschüler/-in- nen stehen somit sowohl auf F.\_\_\_\_\_ als auch in weiteren Skigebiet L.\_\_\_\_\_ Aufenthaltsmöglichkeiten zur Verfügung, womit keine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung ersichtlich wird und die Unterscheidung zu- dem auf sachlich begründeten Unterschieden zwischen den Schneesports- chulen beruht.

#### **E. 6.4.5**

Die vom Beschwerdeführer zusätzlich thematisierten, als unzulässig erach- teten Qualitäts-/Zulassungskriterien für die Inanspruchnahme eines Sam- melplatzes von der B.\_\_\_\_\_ AG wie insbesondere die Mitgliedschaft bei einem bestimmten Schneesportlehrer- und Schneesportschulendachver- bandes (P.\_\_\_\_\_), zeitigen in casu gar keine Auswirkungen auf den Be- schwerdeführer. Gemäss dem Beschwerdeführer dürfe nur die Bewilligung nach dem kantonalen Gesetz über das Berg- und Schneesportwesen ge- fordert werden. Dazu ist anzumerken, dass die Beschwerdegegnerin ge- genüber der B.\_\_\_\_\_ AG in dieser Hinsicht bloss aber immerhin einen an- erkannten Qualitätsnachweis als Kriterium für die Zuweisung eines Sam- melplatzes gefordert hat (vgl. dazu Bf-act. 4 und 8). Die B.\_\_\_\_\_ AG kom- munizierte im Rahmen der Evaluation bei Schneesportschulen, die an ei- nem Sammelplatz für die Saison 2016/17 interessiert sind bzw. bereits in der vergangenen Saison einen solchen nutzten, unter anderem, dass die Schneesportschulen Mitglied beim fraglichen Dach-/Ausbildungsverband sein müssten, sofern diese Aufnahmemöglichkeit für sie bestehe. Für die vorangegangene Wintersaison war der letzte Satz in den damals gültigen Qualitätsanforderungen vom 26. November 2012 zwar noch nicht enthalten (vgl. Bf-act. 85). Dies ist aber darauf zurückzuführen, dass der fragliche Dach-/Ausbildungsverband erst am 3. Oktober 2015 die Beschränkung der Aufnahmemöglichkeit von gewissen Arten von Schneesportschulen be- schlossen hat mit der Absicht, dies nachfolgend in den Statuten und Re-

- 97 - glementen umzusetzen (vgl. dazu Jahresbericht 2015/2016 von P.\_\_\_\_\_, S. 5; abrufbar unter: [http://www.\\_\\_\\_\\_\\_.ch](http://www._____.ch), zuletzt besucht am: 12. Septem- ber 2018; siehe auch

Mitteilung der P. \_\_\_\_\_ vom 19. November 2014 [Bf-act. 60] an "die K. \_\_\_\_\_", wonach das Aufnahmeverfahren für weitere Mitglieder der Kategorie A gestoppt worden sei). Sie benannte diese Vorgaben als Qualitätskriterien. Daneben müssten die interessierten Schneesportschulen auch über die kantonale Bewilligung verfügen und eine genügende Versicherungsdeckung nachweisen (vgl. dazu Bf-act. 76 und Bg-act. 31), was aber ohnehin vorausgesetzt werden darf (vgl. dazu Art. 5 - 7 des kantonalen Gesetzes über das Berg- und Schneesportwesen [GBS; BR 947.100]). Der Beschwerdeführer legte diesbezüglich dar, dass ihm eine entsprechende Aufnahme in diesem Verband bisher verweigert worden sei. Das in diesem Zusammenhang angerufene Schreiben der P. \_\_\_\_\_ vom 19. November 2014 (Bf-act. 60) betrifft aber gar nicht die Schneesportschule des Beschwerdeführers, sondern die "K. \_\_\_\_\_", welche gemäss Handelsregistereintrag keine direkte Verbindung zum Beschwerdeführer hat bzw. dieser nicht Inhaber ist (vgl. dazu bereits vorstehende Erwägung 2.1 sowie Bg-act. 26). Dieses Kriterium zeitigt vorliegend aber gar keine Auswirkungen, weil momentan gar keine entsprechende Aufnahmemöglichkeit bei diesem Verband für gewisse Schneesportschulen, wozu auch der Beschwerdeführer gehört, mehr besteht und somit dieses Kriterium momentan also nicht anwendbar bzw. die Gegen Ausnahme erfüllt ist. Weiter wurde dem Beschwerdeführer trotz dieser Vorgaben soweit ersichtlich jeweils ein Sammelplatz zugewiesen. Dementsprechend gereichte und gereicht dem Beschwerdeführer die Nichtmitgliedschaft zu keinem diesbezüglichen Nachteil im Hinblick auf die Zulassung zur Nutzung der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ als Sammelplatz. Die Bestimmungen von Qualitätsanforderungen gründen, entgegen der Meinung des Beschwerdeführers, sehr wohl in einem qualitätssichernden Aspekt und sind weder unnötig noch unverhältnismässig, wie es der Beschwerdeführer mit dem Hinweis auf den Umstand vorbringt, dass es bloss um Zulassung zu einer Versammlungsfläche gehe. Diese Bestimmungen dienen insbesondere auch

- 98 - der Sicherstellung von Fachwissen und regelmässiger Weiterbildung in den verschiedenen Schneesportschulen. Wenn die Beschwerdegegnerin auf der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ unter anderem die gesteigerte Nutzung in der Form von Sammelplätzen durch verschiedene Schneesportschulen zulässt und die Inanspruchnahme an die Erfüllung von gewissen Qualitätskriterien knüpft, kann im Rahmen des ihr darin zustehenden Ermessens, wie auch einem mutmasslichen Publikumsinteresse hinsichtlich der konkreten Koordination von Nutzungsansprüchen, ebenfalls ein zulässiges, eigenes Interesse des Gemeinwesens erblickt werden. Dies kann sich auch darin zeigen, dass sie die durch die B. \_\_\_\_\_ AG gewählten bzw. präzisierten (Qualitäts-)Kriterien nicht beanstandet. Das GBS regelt hinsichtlich des entgeltlichen Unterrichtens, Begleitens und Führens von Gästen durch Bergführer, Schneesportlehrer und verwandter Tätigkeiten verschiedene Sachbereiche, wie beispielsweise das Erfordernis einer anerkannten Ausbildung, die Versicherungspflicht und die Bewilligungspflicht für die Erbringung von Dienstleistungen mit angestellten Personen ohne anerkannte Ausbildung. Damit soll die Sicherheit der Gäste gewährleistet werden (vgl. Art. 2 Abs. 1 GBS). Die entsprechende kantonale Bewilligung berechtigt grundsätzlich, die Dienstleistungen im ganzen Kantonsgebiet im Verantwortungsbereich von Betreibern von Skilift- und Seilbahnanlagen anzubieten. Daran wird der Beschwerdeführer durch die strittigen Qualitätsvorgaben bezüglich der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ nicht gehindert, indem ihm eine solche Tätigkeit untersagt würde. Denn der Beschwerdeführer kann sich nach wie vor mit seinen Gästen an einen Ort, wo er über eine entsprechende Berechtigung verfügt, ohne jede Einschränkungen besammeln und die fraglichen Tätigkeiten u.a. im ganzen Skigebiet L. \_\_\_\_\_ ausführen. Wie bereits oben

festgehalten, wurde dem Beschwerdeführer bisher auch stets die Nutzung von F.\_\_\_\_\_ als Sammelplatzes ermöglicht. Andererseits ist ein qualitativ hochstehendes Schneesportausbildungsangebot für eine stark von Wintertourismus geprägte Gemeinde von erheblicher Relevanz. Dieses Interesse umfasst zwar selbstverständlich auch die Gewährleistung der Sicherheit der Schneesportschüler/-innen, erschöpft sich aber nicht darin. Der Einwand

- 99 - des Beschwerdeführers, wonach die bloss Besammlung der Schneesportler/-innen durch die Schneesportschulen keine gefahrgeneigte Tätigkeit darstelle, verfährt nicht. Denn dies ändert nichts daran, dass die Besammlung den Ausgangspunkt für das nachfolgende Schneesportlerlebnis bildet und sich eine regelmässige Weiterbildung der Schneesportler/-innen nicht bloss positiv auf die Sicherheit der Schneesportler/-innen auswirkt, sondern auch auf die Ausbildungsqualität. Hinsichtlich der vorgesehenen Mindestweiterbildungseinheiten sind diese in vielfältiger Weise nachweisbar, denn es wird bloss der Nachweis eines internen oder externen Ausbildungsprogrammes erwartet (vgl. dazu auch bereits die Aus- und Weiterbildungspflicht gemäss Art. 8 GBS, welche grundsätzlich durch die schweizerischen Fachorganisationen sichergestellt wird, deren Ausbildungen vom zuständigen Departement anerkannt sind und wozu insbesondere solche der P.\_\_\_\_\_ gehören). Auch hinsichtlich des Mindestausbildungsniveaus der Schneesportlehrer/-innen stehen mehrere Nachweismöglichkeiten offen. So werden insbesondere auch Bescheinigungen über die Äquivalenz von ausländischen Schneesportlehrer/-innenausbildungen anerkannt. Ein Ausschluss von der Inanspruchnahme eines Sammelplatzes erscheint damit aber ohnehin nicht verbunden und bei den von der B.\_\_\_\_\_ AG präzisierten Qualitätsanforderungen kann auch nicht von unsachlichen oder missbräuchlichen Kriterien gesprochen werden.

#### **E. 6.4.6**

Des Weiteren verfügt der Beschwerdeführer in der näheren Umgebung (Gehdistanz bis zur Sesselbahn D.\_\_\_\_\_: ca. 250 m; bis zur Gondelbahn O.1.\_\_\_\_\_ - O.4.\_\_\_\_\_: ca. 310 m) über eine längerfristig gemietete Liegenschaft mit nicht unerheblichem Umschwung (Parzelle Z.8.\_\_\_\_\_; vgl. Bf-act. 5). Wenn der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf den der C.\_\_\_\_\_ AG zur Verfügung stehenden, nordwestlichen Umschwung der privaten Parzelle Z.7.\_\_\_\_\_, worauf sich das "R.\_\_\_\_\_"-Kids Village für Kinder bis etwa 5 Jahre mit dem Level "Q.\_\_\_\_\_" befindet (siehe dazu Bg-act. 23), hinweist, und daraus ableitet, dass damit der C.\_\_\_\_\_ AG ebenfalls Alternativflächen, sogar mit exklusiven Beförderungsanlagen zu Ver-

- 100 - fügung stünden, mag dies zutreffen, ändert aber nichts an den vorstehend erläuterten Umständen. Die Parzelle Z.7.\_\_\_\_\_, welche der C.\_\_\_\_\_ AG durch den privaten Grundeigentümer zur Nutzung überlassen wird, befindet sich ebenfalls in einer Gehdistanz von ca. 180 m zur Sesselbahn D.\_\_\_\_\_ und ca. 240 m von der Gondelbahn O.1.\_\_\_\_\_ - O.4.\_\_\_\_\_. Gemäss beschwerdegegnerischer Darlegung ist das Gelände dort für die ersten Schritte von Kleinkindern im Schnee konzipiert und kein allgemeines Anfängergelände für ältere Schneesportler. Insofern stehen also sowohl der H.\_\_\_\_\_ als auch der C.\_\_\_\_\_ AG in vergleichbarer Distanz zu den Beförderungsanlagen im Umfeld von F.\_\_\_\_\_ zusätzliche Flächen zu Verfügung, womit diese Umstände bei der vorliegenden Interessenabwägung als tendenziell neutral bzw. nicht entscheidend ins Gewicht fallend zu beurteilen sind. Hinzuweisen ist aber noch auf das Folgende: Sowohl die Parzelle Z.8.\_\_\_\_\_ als auch die Parzelle Z.7.\_\_\_\_\_ sind der Wohnzone A gemäss Art.

47 des kommunalen Baugesetzes zugewiesen (Empfindlichkeitsstufe II gemäss Art. 43 der eidgenössischen Lärmschutzverordnung [LSV; SR 814.41]). Während der nordwestliche Umschwung der Parzelle Z.7.\_\_\_\_\_ durch ein von der C.\_\_\_\_\_ AG betriebenes Übungsgelände für die Bedürfnisse der kleinsten Schneesportschüler/-innen beansprucht wird, scheint ein entsprechendes Angebot beim Beschwerdeführer zu fehlen. Dass er die ebenfalls leicht geneigten Umschwungflächen auf der Parzelle Z.8.\_\_\_\_\_ ebenfalls spezifisch zu Gunsten der Schneesportausbildung durch die H.\_\_\_\_\_ nutzt oder dies beabsichtigt und eine solche Nutzung aus objektiven Gründen nicht möglich ist, ist nicht ersichtlich (vgl. dazu Foto 13 des Augenscheinprotokolls vom 10. Januar 2016). Dem Beschwerdeführer stünde also diese Fläche nach wie vor für Tätigkeiten zugunsten seiner Schneesportschule zu Verfügung. Wenn er darauf verzichtet, kann er aus diesem Umstand keine Vorteile hinsichtlich der Nutzungszuteilung von öffentlichem Grund für sich ableiten. 7. Der Beschwerdeführer rügt eine Ungleichbehandlung hinsichtlich des Zuges zu einem Ausbildungsförderband auf F.\_\_\_\_\_.

- 101 - C.\_\_\_\_\_ AG ein solches ausschliesslich zu Verfügung stehe, werde dem Beschwerdeführer sowie den anderen Schneesportschulen die Inanspruchnahme einer solchen Anlage verweigert. Eine solche Sondernutzung durch die C.\_\_\_\_\_ AG eines öffentlichen Grundstückes sei nicht zulässig. Die Beschwerdegegnerin stellte zuerst einmal in Abrede, dass sie selbst der C.\_\_\_\_\_ AG ein solches Ausbildungsförderband zu Verfügung stelle. Dieses stehe überwiegend auf der sich in Privateigentum befindlichen Parzelle Z.9.\_\_\_\_\_ und das Ausbildungsförderband gehöre der C.\_\_\_\_\_ AG, welche auch über die entsprechende Bewilligung für den Betrieb verfüge. Wie bereits in vorstehender Erwägung 3.3 klargestellt, ist hinsichtlich des Ausbildungsförderbandes keine ausschliessliche Qualifikation der Nutzungsart anhand der Einengung auf den Kreis seiner Nutzungsberechtigten angezeigt. Vielmehr ist es im Gesamtzusammenhang der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ immer noch als gesteigerter Gemeingebrauch und nicht als Sondernutzung zu qualifizieren, weil auch gesteigerter Gemeingebrauch einer gewissen, flächenmässig beschränkten Ausschliesslichkeit nicht entgegensteht. Auch wurde bereits darauf hingewiesen, dass es nicht in der sachrechtlichen Kompetenz bzw. (momentanen) nutzungsplanerischen Verfügungsmöglichkeit der Beschwerdegegnerin stehe, eine allgemeine, allenfalls zeitlich gestaffelte Zugänglichkeit zu diesem Ausbildungsförderband zu garantieren, weil das dafür elementare, stärker geneigte Gelände in Privateigentum stehe und durch den privaten Eigentümer eine Berechtigung zugunsten der C.\_\_\_\_\_ AG begründet wurde. Auch ist bereits klar, dass die überlagernde Wintersportzone keine entsprechende Duldungspflicht des Privateigentümers der Parzelle Z.9.\_\_\_\_\_ begründet, sondern die Eigentumsgarantie lediglich durch ein allgemeines Zutrittsrecht zur Ausübung von Schneesport eingeschränkt ist, welche hingegen keine solche gesteigerte Nutzungen umfasst. Dafür ist nach wie vor eine entsprechende Berechtigung des Grundstückseigentümers vonnöten (vgl. bereits die vorstehende Erwägung 2.3). In der vorliegenden Konstellation, wonach der Be-

- 102 - trieb auf der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ keine eigentliche öffentliche Aufgabe darstellt, erscheint es aber auch nicht zwingend, dass die Beschwerdegegnerin ein allgemein zugängliches bzw. zumindest für die vor Ort tätigen Schneesportschulen bestimmtes Ausbildungsförderband von sich aus zu Verfügung stellen muss und aus diesem Grund entsprechende Rechte an der Parzelle Z.9.\_\_\_\_\_ erwerben müsste. Denn zum einen könnte sie damit in gewisser Weise in Konkurrenz zur B.\_\_\_\_\_ AG treten, was sich wiederum

unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), dem Grundsatz der Wettbewerbswirtschaft (Art. 94 BV) und dem Legalitätsprinzip als problematisch erweisen könnte (vgl. dazu BGE 138 I 378 E.6 ff.), und zum anderen liesse sich eine entsprechende gerichtliche Verpflichtung auch nur schwer mit der kommunalen Autonomie im Bereich der Nutzung(-skoordination) von kommunalen öffentlichen Sachen i.e.S. vereinbaren. Schliesslich wurde auch bereits dargelegt, dass sich grundsätzlich aus der Wirtschaftsfreiheit keine Ansprüche auf staatliche Leistungen oder auf bestimmte Einrichtungen zur Grundrechtsausübung ableiten lassen (vgl. vorstehende Erwägung 4.1). Einen Anspruch auf die Bereitstellung eines solchen Förderbandes durch das Gemeinwesen kann der Beschwerdeführer dementsprechend nicht aus der von ihm angerufenen Wirtschaftsfreiheit ableiten. Bei dieser Sachlage, ist auch die besondere Topographie des fraglichen Geländebereiches auf den Parzellen Z.1.\_\_\_\_\_ und Z.9.\_\_\_\_\_ entscheidend. Denn die Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ weist nur gegen Norden und nur in einem sehr schmalen Bereich überhaupt eine hinreichende Steigung auf. Die für ein Ausbildungsförderband geeignete Steigung über eine längere Strecke weist hingegen erst die in nördlicher Richtung an die Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ anschliessende Parzelle Z.9.\_\_\_\_\_ auf, welche aber nicht im Eigentum der Beschwerdegegnerin steht. Nichtsdestotrotz erscheint eine solche zusätzliche Beförderungsanlage für die Schneesportausbildungstätigkeit für das touristische Angebot von erheblichem Interesse zu sein. Dass die C.\_\_\_\_\_ AG dieses Förderband jeweils installieren kann, ist insbesondere in der Berechtigung seitens des privaten Grundeigentümers begründet. Angesichts des gegebenen öffentlichen Interesses an einer sol-

- 103 - chen Ausbildungsanlage, rechtfertigt es sich nicht, die partielle und flächenmässig bescheidene Inanspruchnahme des überwiegend flachen Abschnittes der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ im nördlichen Teil zu verweigern. Denn nur in dieser Konstellation scheint es dieses, zu Gunsten eines attraktiven Schneesportausbildungsangebots bestehende, zusätzliche Beförderungsangebot überhaupt zu geben. Insofern ist demjenigen, welcher über eine Berechtigung verfügt, auf der privaten, geneigten Parzelle Z.9.\_\_\_\_\_ ein solches Beförderungssystem aufzustellen, auch die Nutzung der angrenzenden, ins flache Gelände übergehenden Bereiche der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ zu gestatten. Denn ansonsten gäbe es mit grosser Wahrscheinlichkeit keine entsprechende, dem touristischen Interesse dienende, Anlage. Soweit der Beschwerdeführer die Ansicht vertritt, der C.\_\_\_\_\_ AG hätte die Mitbenützung durch andere interessierte Schneesportschulen zur Auflage für die Gestattung der Inanspruchnahme der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ gemacht werden müssen, ist dazu anzumerken, dass die Stipulierung einer entsprechenden Bedingung gegenüber der C.\_\_\_\_\_ AG nicht sachgerecht erscheint. Denn nur infolge ihrer Berechtigung an der privaten Parzelle Z.9.\_\_\_\_\_ ist ein sinnvoller Einsatz eines Ausbildungsförderbandes überhaupt erst möglich. Denn der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ selbst mangelt es an einem hinreichenden Gefälle. Wenn nun eine entsprechende, dem touristischen Interesse dienende, Anlage, die im Wesentlichen den flacheren Anfangsbereich des Förderbandes umfasst, nur unter Bedingung einer Mitbenützung durch andere Schneesportschulen zugelassen würde, liefe dies den berechtigten öffentlichen Interessen an der Zulassung eines attraktiven Schneesportausbildungsangebotes für Neu- und Wiedereinsteiger auf F.\_\_\_\_\_ zuwider, welche nicht durch das Gleichbehandlungsgebot von Konkurrenten zu rechtfertigen wäre. Die Argumentation des Beschwerdeführers übersieht, dass sich das Ausbildungsförderband nur aufgrund des stärker geneigten Geländes auf der nördlich angrenzenden Privatparzelle überhaupt sinnvollerweise realisieren lässt. Würde man der

## Argumentati-

- 104 - onslinie des Beschwerdeführers folgen, wonach bei jeglicher Inanspruchnahme von öffentlichem Grund durch einen Wettbewerber eine Mitbenützung für weitere Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen wäre, führte dies zu nicht sachgerechten Konstellationen. Dies lässt sich am Beispiel eines Gewerbebetriebes exemplarisch beschreiben, welcher den an sein Ladenlokal angrenzenden öffentlichen Grund beispielsweise als mobil eingerichtete Terrasse oder als Auslage für seine Produkte nutzen möchte. Nach Argumentation des Beschwerdeführers dürfte dann die Bewilligung für einen solchen gesteigerten Gemeingebrauch durch mobiles Restaurationsmobil bzw. Verkaufsauslagen nur erteilt werden, wenn allfälligen Konkurrenten ein entsprechendes Mitbenützungsrecht eingeräumt würde. Eine solche, sich insbesondere auf den Gleichbehandlungsgrundsatz von Konkurrenten abstützende, Konsequenz, ohne dass überwiegende polizeiliche Interessen oder das Interesse an der Gewährleistung der bestimmungsgemässen und gemeinverträglichen Nutzung überhaupt einer gesteigerten Nutzung entgegenstünden, gewichtet den Gleichbehandlungsgrundsatz von Konkurrenten in übermässiger Weise und trägt begründeten Unterschieden zu wenig Rechnung, weil eine entsprechende Nutzung des öffentlichen Grundes nur im Zusammenhang mit der Nutzung des angrenzenden Privatgrundstückes sinnvollerweise möglich ist. Darin ist denn auch ein sachlicher Unterschied zu erkennen, welcher keine erhebliche, auf staatliches Handeln zurückzuführende, Wettbewerbsverzerrung begründet. Denn die in sinnvoller Weise mögliche Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes durch den Wirtschaftsteilnehmer, ergibt sich gewichtig aus der ihm eingeräumten bzw. bestehenden Berechtigung an dem angrenzenden Privatgrundstück. In der vorliegenden Angelegenheit ist es zudem auch nicht so, dass dem Beschwerdeführer überhaupt keine Transportmöglichkeiten für seine Ausbildungstätigkeit zur Verfügung stehen würden. Insbesondere stehen ihm alle regulären Beförderungsanlagen der B.\_\_\_\_\_ AG in F.\_\_\_\_\_ als auch in O.4.\_\_\_\_\_ bzw. dem Skigebiet L.\_\_\_\_\_ zu Verfügung. Schliesslich ist auch noch zu bedenken, dass die vom Beschwerdeführer angedachte tageszeitliche Staffelung der Nutzung nur in be-

- 105 - schränktem Rahmen praxistauglich erscheint und bei zusätzlichen interessierten Schneesportschulen sowieso an ihre Grenzen stösst. Dies lässt sich beispielsweise an den vom Beschwerdeführer kundgegebenen Bedürfnissen gemäss Bf-act. 121, S. 3 f. ablesen, wo er ein Förderband ab dem Zeitpunkt der üblichen Besammlungszeiten eigentlich den gesamten Morgen und auch noch eine Stunde am Nachmittag nutzen möchte. Dabei bleiben, unter Berücksichtigung einer Mittagspause, eigentlich fast keine Zeitfenster mehr übrig. Eine einvernehmliche Einigung zwischen den Schneesportschulen erscheint zudem auch nicht realistisch, womit dann aber wieder die Frage nach Zuteilungskriterien aktuell wird und dabei in erster Linie wieder auf das mutmassliche Publikumsinteresse Rückgriff zu nehmen wäre bzw. bei Gleichstand insbesondere das Anciennitätsprinzip relevant werden könnte (vgl. dazu bereits vorstehende Erwägung 6.4.1). Im Ergebnis erscheint die vom Beschwerdeführer angestrebte tägliche Staffelung der Nutzungszeiten als ungeeignete Vorkehrung, selbst wenn man Ausblenden würde, dass die Mitnutzung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ nur bei einer entsprechenden Berechtigung an der höher gelegenen Privatparzelle überhaupt erst möglich wird und die Beschwerdegegnerin über diese Privatparzelle keine direkte Verfügungsmöglichkeit hat. Hinsichtlich des vom Beschwerdeführer ebenfalls bemängelten, von ihm als ausschliesslicher Ausbildungsbereich der C.\_\_\_\_\_ AG

bezeichneten Sektor westlich des Ausbildungsförderbandes gilt es zu beachten, dass ein entsprechen- des Förderband für den sinnvollen Einsatz auch über eine entsprechende Abfahrtsmöglichkeit verfügen muss. Hinsichtlich der Eigentumsverhält- nisse des beanspruchten Bodens sowie die entsprechenden Konsequen- zen für die Interventionsmöglichkeiten der Beschwerdegegnerin gilt im We- sentlichen das vorher Ausgeführte. Darüber hinaus kommt noch dazu, dass – entgegen der beschwerdeführerischen Darstellung – die entsprechenden Abgrenzungsmassnahmen sehr wohl auch unter sicherheitstechnischen Aspekten von Bedeutung sind. Denn damit wird verhindert, dass Benutzer der Talabfahrt O.4. \_\_\_\_\_ - O.1. \_\_\_\_\_ bzw. des östlichen Pistenbereiches der Beförderungsanlagen D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ zu nahe an das Ausbil-

- 106 - dungsförderband gelangen und mit diesem kollidieren könnten; zudem werden damit die Pistenbenützer zu den Talstationen der Sesselbahn D. \_\_\_\_\_ und des Skiliftes E. \_\_\_\_\_ kanalisiert und nach Westen abgelenkt, um von den Talstationen wieder aufzufahren und zum Startpunkt der Pisten zu gelangen. Betrachtet man auch noch die Unterschiede zwischen der H. \_\_\_\_\_ sowie der C. \_\_\_\_\_ AG hinsichtlich ihrer Kontinuität der Präsenz auf F. \_\_\_\_\_ sowie die erhöhte Ausbildungstätigkeit an den Beförderungs- anlagen D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ und das damit einhergehende, gesteigerte mutmassliche Publikumsinteresse an dem Angebot der C. \_\_\_\_\_ AG, ist die Beschwerdegegnerin aus grundrechtlicher Perspektive nicht gehalten, ge- gen die flächenmässig bescheidene Zuweisung des abgeflachten Gelän- destückes am Nordrand der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ einzuschreiten, womit sie diesbezüglich auch keine Rechtsverweigerung trifft. Die gemeinschaftliche Nutzung des Unterrichtsförderbandes durch weitere interessierte Schnee- sportschulen kann zwar als wünschbar bezeichnet werden, scheitert aber insbesondere an den gegebenen Besitzverhältnissen des primär bean- spruchten Bodens sowie praktischen Überlegungen und kann somit nicht im vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegenüber der Be- schwerdegegnerin durchgesetzt werden. 8. Der Beschwerdeführer wirft der Beschwerdegegnerin auch vor, nicht gegen seine Ungleichbehandlung durch die B. \_\_\_\_\_ AG hinsichtlich der Austrag- ung von schulinternen Skirennen einzuschreiten, obwohl sie dazu ver- pflichtet sei. Dies würde voraussetzen, dass der Beschwerdeführer einen grundrechtlichen Anspruch auf die Austragung von entsprechen- den Ski- rennen auf einem Teilstück der Talabfahrtspiste O.4. \_\_\_\_\_ - O.1. \_\_\_\_\_ hat, welcher durch die Beschwerdegegnerin sicherzustellen wäre. Dazu ist zuerst anzumerken, dass gemäss B. \_\_\_\_\_ AG im Bereich der Talabfahrts- piste O.4. \_\_\_\_\_ - O.1. \_\_\_\_\_ grundsätzlich keine Skirennen vorgesehen sind. Ausgenommen davon seien lediglich das alljährlich stattfindende Schülerskirennen der Gemeindeschulen, eine bisher jeweils durch eine Bank gesponserte Skirennveranstaltung (vgl. Bg-act. 17) sowie einmal

- 107 - wöchentlich das traditionellen schulinterne Skirennen der C. \_\_\_\_\_ AG. Das vom Beschwerdeführer monierte Skirennen der C. \_\_\_\_\_ AG startet auf den in Privateigentum stehenden Parzelle Z.3. \_\_\_\_\_ und führt über die Privat- parzellen Z.2. \_\_\_\_\_ und Z.9. \_\_\_\_\_ zum Ziel auf der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ (vgl. dazu Bf-act. 33 f. sowie Bg-act. 24). Diese Linienführung ist dadurch begründet, dass auf der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ infolge der zu flachen Topo- graphie gar kein Skirennen möglich ist. Insofern wird auch für das Skiren- nen in überwiegendem Masse privater Grund beansprucht und die Fläche auf der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ im flachen Gelände ist für sich alleine, ohne die Nutzungsberechtigung an den Hangparzellen, nicht geeignet für die Aus- richtung eines Skirennens. Auf Anfrage des Beschwerdeführers hin, wur- den ihm für die Wintersaison 2016/17 durch die B. \_\_\_\_\_ AG

zur Durchführung von Skirennen bereits im September 2016 und nach Verfügbarkeit vorwiegend im höher gelegenen Skigebiet L.\_\_\_\_\_ und für den Zeitraum vom November 2016 bis März 2017 jeweils entsprechende Pistenbereiche für die angefragten Daten zugeteilt (vgl. Bf-act. 58 S. 2 ff.). Anfangs November 2016 bzw. Januar 2017 gab der Beschwerdeführer noch weitere Termine bei der B.\_\_\_\_\_ AG ein, welche eine Piste im Gebiet L.\_\_\_\_\_ als auch eine Piste auf F.\_\_\_\_\_ betraf (vgl. Bf-act. 58 S. 1 f.; Bf-act. 80 S. 3). Diesen Anfragen konnte die B.\_\_\_\_\_ AG anscheinend nicht wie gewünscht entsprechen und verwies für die Durchführung von Skirennen auf F.\_\_\_\_\_ auf einen Bereich im Gebiet der Talstation O.1.\_\_\_\_\_ - O.4.\_\_\_\_\_ bzw. im Gebiet L.\_\_\_\_\_. Eine entsprechende Vergabe von Pistenbereichen für Skirennen erfolgte in analoger Weise auch bereits in der Wintersaison 2015/16 (vgl. dazu Bf-act. 36). Anlässlich des Augenscheins von 10. Februar 2016 konnte der entsprechende Perimeter im Bereich der Talstation der Gondelbahn O.1.\_\_\_\_\_ - O.4.\_\_\_\_\_ ebenfalls besichtigt werden, wobei dieser rudimentär präpariert war (vgl. Foto 10 und 11 des Augenscheinprotokolls vom 10. Januar 2016). Gemäss Aussage der B.\_\_\_\_\_ AG anlässlich der fortgesetzten Hauptverhandlung vom 30. November 2017, werde bei hinreichenden Schneever-

- 108 - hältnissen eine Spur präpariert um das, sich an der Südseite der Gondelbahn-Talstation befindliche Skidepot bequem erreichbar zu machen. Die vom Beschwerdeführer angeführten Skirennpistenanforderungen für Swiss Ski-Skirennen (vgl. dazu Bf-act. 114) sind für ein schulinternes Skirennen im Sinne eines Kinder-/Anfängerrennens sicherlich nicht als einschlägig zu betrachten. Im fraglichen Bereich erscheint, bei entsprechender Präparation und Absicherung durch die B.\_\_\_\_\_ AG, ein schulinternes Skirennen auch nicht per se ausgeschlossen. Die Erreichbarkeit wäre dabei über die Nutzung des Skiliftes E.\_\_\_\_\_ oder der Sesselbahn D.\_\_\_\_\_ als Zubringer sichergestellt. Allerdings könnte allenfalls der am Ende ziemlich steile Abhang zur Strasse und dem Bahntrasse hin, ohne entsprechende Sicherheitsvorkehrungen seitens der B.\_\_\_\_\_ AG, zu nicht ungefährlichen Situationen führen. Unabhängig davon ist aber festzustellen, dass wie beim Ausbildungsförderband, die tatsächliche Realisierbarkeit auch für das Skirennen zwingend von der Berechtigung für eine entsprechende intensivere Nutzung an den hangaufwärts liegenden Grundstücken abhängt, welche in privatem Eigentum stehen. Die für ein solches Skirennen ausschlaggebenden Flächen können somit gegenüber der Beschwerdegegnerin nicht unter Berufung auf einen bedingten Anspruch auf die Nutzung von öffentlichem Grund erhältlich gemachten werden, weil nur das flachere Zielgelände überhaupt in der unmittelbaren Verfügungsmacht der Beschwerdegegnerin liegt. Damit kann aber auch die B.\_\_\_\_\_ AG nicht bezüglich dieser Privatgrundstücke, bloss infolge der primär ihr gestatteten Wintersportnutzung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_, auf einen (bedingten) grundrechtlichen Anspruch des Beschwerdeführers für das gesamte benötigte Terrain verpflichtet werden, auch wenn sie hinsichtlich der ihr gewährten Nutzungsberechtigung/-vergabe an der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ in der jeweiligen Situation in angepasster Weise einer Grundrechtsbindung unterläge, weil sie über die Zuteilung von öffentlichem Grund entscheidet. Eine eigentliche Übertragung einer öffentlichen Aufgabe fand aber trotzdem nicht statt. Für weitergehende Verpflichtungen der B.\_\_\_\_\_ AG besteht für die Beschwerdegegnerin also keine Handhabe. Infolge der bereits dargelegten Unterschiede in der zeitli-

- 109 - chen Präsenz und auch der gesteigerten Ausbildungstätigkeit auf den Beförderungsanlagen von F.\_\_\_\_\_ seitens der C.\_\_\_\_\_ AG und dem damit

zusammenhängenden, erhöhten Publikumsinteresse, erscheint die zeitlich begrenzte und die, nicht über das Erforderliche hinausgehende (vgl. dazu auch Bf-act. 57 und 111), Inanspruchnahme des flacheren Bereiches der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_, welche zudem auch in der Sammlungsfläche der C.\_\_\_\_ AG endet, durchaus als mit dem (staatlichen) Gleichbehandlungs- gebot von Konkurrenten vereinbar. Dies insbesondere darum, weil die für ein Skirennen elementaren, steileren Geländebereiche gar nicht im Eigen- tum der Beschwerdegegnerin stehen. Insofern kann dieser auch keine un- begründete Untätigkeit vorgeworfen werden, wenn sie gegen die vom Be- schwerdeführer als unzulässig erachtete Situation betreffend den Skiren- nen, welche auf F.\_\_\_\_ enden, nicht eingeschritten ist. In den jeweiligen Wintersaisons 2015/16 und 2016/17 hat der Beschwerdeführer gemäss den Akten zudem jeweils für bloss für 3 bis 5 Termine eine Anfrage für F.\_\_\_\_ gestellt. Die weiteren Terminanfragen stellte er für Skirennen im Gebiet L.\_\_\_\_ (vgl. dazu Bf-act. 36; Bf-act. 58 S. 2; Bf-act. 80 S. 3). Als Begründung, warum er im Verlaufe der Saisons schliesslich einen spezifi- schen Rennstandort angab, lässt sich aus den Akten nur herauslesen, dass er sich auf eine Gleichbehandlung mit der C.\_\_\_\_ AG beruft. Diese hat aber auch sachlichen Unterschieden gerecht zu werden. Im Vergleich zum wöchentlichen schulinternen Rennen der C.\_\_\_\_ AG, besteht in diesem Fall für F.\_\_\_\_ anscheinend ein erheblich geringerer Bedarf und wie be- reits in den vorstehenden Erwägungen 6.2 und 6.4.4 ausgeführt, findet auch die Ausbildungstätigkeit des Beschwerdeführers im Vergleich zu der- jenigen der C.\_\_\_\_ AG in erheblich geringerem Umfang unter Inanspruch- nahme der Beförderungs- und Schneesportanlagen von F.\_\_\_\_ statt. In- sofern bestehen zwischen der H.\_\_\_\_ sowie C.\_\_\_\_ AG diesbezüglich also gewichtige Differenzen. Die dem Beschwerdeführer im Gebiet L.\_\_\_\_ zugeteilten Skirennflächen sind zudem, soweit ersichtlich, auch für Nicht- schneesportler zu erreichen, womit eine, auf staatliche Intervention beru- hende, relevante wettbewerbsverzerrende Wirkung dieses Zuteilungsregi-

- 110 - mes nicht ersichtlich ist. Denn aufgrund dieser Umstände, können auch An- gehörige von Schneesportschüler/-innen des Beschwerdeführers ohne Schneesportausrüstung den entsprechenden Rennen in L.\_\_\_\_ beiwoh- nen, womit dem Beschwerdeführer auch diesbezüglich vergleichbare Be- dingungen zu Verfügung stehen. Für die Beschwerdegegnerin bestand im Ergebnis somit keine grundrechtliche Verpflichtung zu einer Intervention gegenüber der B.\_\_\_\_ AG, wonach diese als primär Nutzungsberechtigte der Parzelle Z.1.\_\_\_\_ dem Beschwerdeführer dieselben Flächen für Ski- rennen wie der C.\_\_\_\_ AG oder alljährlich den Gemeindeschulen bzw. einen speziellen Skirennereignis zu Verfügung hätte stellen müssen. Ein wünschbares Regime betreffend die Durchführung von schulinternen Ski- rennen, welches dem Beschwerdeführer entgegenkäme, begründet hinge- gen noch keine grundrechtliche Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Sicherstellung eines solchen unbeschadet der eigentumsrechtlichen Berech- tigungen der Beschwerdegegnerin.

## **E. 7**

Parallel zu diesen Vorgängen, passte der Beschwerdeführer seine Rechts- begehren in der Stellungnahme zur Duplik (recte: Triplik) vom 10. Novem- ber 2016 an, wobei es sich gemäss beschwerdeführerischer Darstellung um eine Präzisierung in formeller Hinsicht handle und fügte vor dem Antrag zur Kostenfolge in materieller Hinsicht eine zusätzliche Ziffer ein, und zwar wie folgt: "3. Der Gemeinde O.1.\_\_\_\_ sei zu untersagen, in Zukunft der B.\_\_\_\_ AG oder einer im S.\_\_\_\_ tätigen Skischule das Recht einzuräumen, den

gesteigerten

- 13 - Gemeindegebrauch am Grundstück Nr. Z.1. \_\_\_\_\_ im GB O.1. \_\_\_\_\_ zu organisieren. Für die B. \_\_\_\_\_ AG soll die Untersagung solange gelten, als (alternativ) - sie Aktionärin der C. \_\_\_\_\_ AG oder einer anderen Skischule, welche das Grundstück Nr. Z.1. \_\_\_\_\_ im GB O.1. \_\_\_\_\_ in der Wintersaison gesteigert nutzt, ist, - Mitglieder des Organs oder Angestellte der B. \_\_\_\_\_ AG bei einer Skischule, die das Grundstück Nr. Z.1. \_\_\_\_\_ im GB O.1. \_\_\_\_\_ gesteigert in der Wintersaison nutzt, ebenfalls Mitglieder des Organs oder Angestellte derselben sind." Zudem beantragt er die Abweisung der beschwerdegegnerischen Anträge. Der Beschwerdeführer macht Ausführungen zu seinem virtuellen Rechtschutzinteresse und zu wirtschaftlichen und personellen Verflechtungen zwischen der B. \_\_\_\_\_ AG und der C. \_\_\_\_\_ AG. Weiter legt er zahlreiche Dokumente und Bildaufnahmen ein und bot zwecks Nachweises seines umfassenden Schneesport-Ausbildungsangebotes bzw. der entsprechenden Qualifikation der Ausbilder Zeugen an. In ihrer Tripplik (recte: Quadruplik) vom 16. Dezember 2016 hält die Gemeinde an ihren früheren Rechtsbegehren fest und beantragt die Abweisung der Rechtsbegehren 2 und 3 des Beschwerdeführers, sofern auf diese einzutreten sei. Sie beanstandet eine unzulässige Ausweitung der Rechtsbegehren durch den Beschwerdeführer im Laufe des Verfahrens und vertieft ihre bisherige Argumentation. Sie betont, dass es vorliegend um eine Rechtsverweigerungsbeschwerde gehe, sodass nur bezüglich einer allfälligen Rechtsverweigerung/-verzögerung ein Urteil ergehen könne, nicht aber über alle anderen Rechtsbegehren, insbesondere Ziff. 2 u. 3, in welchen die Gemeinde zu einem Tun oder Unterlassen angehalten werden soll. Die reine Feststellung einer Rechtsverweigerung/-verzögerung bringe dem Beschwerdeführer aber keinen praktischen Nutzen. Bezüglich des Förderbandes erklärt die Gemeinde, dass dieses zu mehr als der Hälfte auf einem anderen, privaten Grundstück stehe, sodass sich die Frage der Gleichbehandlung nicht stelle. Gleiches gelte bezüglich des Zeltes, welches ebenfalls nicht vollumfänglich auf einer gemeindeeigenen Parzelle stehe und somit den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Grund-

- 14 - rechtswirkungen entzogen sei. Zum Geschäftsmodell des Beschwerdeführers führt die Gemeinde aus, dass dieser jeweils (weit) vor der Wintersaison seine Dienstleistungen bzw. Dienstleistungspakete verkaufe und gestützt darauf die Skisaison mit den entsprechenden Skilehrern plane und in ihrem Bestand nicht mehr ändere. Demgegenüber verkaufe die C. \_\_\_\_\_ AG ihre Dienstleistungen täglich über das in O.1. \_\_\_\_\_ betriebene Skischulbüro. Der Beschwerdeführer biete den Schneesportunterricht primär zu den Ferienzeiten in Italien bzw. in der italienisch-sprachigen Schweiz an. Unterschiede bestünden auch bezüglich der Aus- und Weiterbildungsqualifikationen.

## **E. 8**

Parallel dazu schloss die Gemeinde O.1. \_\_\_\_\_ mit der B. \_\_\_\_\_ AG eine Nutzungsvereinbarung über die Skiwiese F. \_\_\_\_\_ (Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_) während der Wintersaison 2016/2017 ab. Darin räumt die Gemeinde der B. \_\_\_\_\_ AG unter anderem das Recht ein, die Skiwiese F. \_\_\_\_\_ während des vereinbarten Zeitraumes für die Ausübung von Schneesport zu nutzen und damit auf dieser Liegenschaft sämtliche für den Betrieb von Skisport und Skischulen notwendigen Infrastrukturen zu erstellen und zu betreiben. Dazu zählten insbesondere Sammel- und Unterrichtsplätze mit notwendigen Infrastrukturanlagen für die Skischulen wie Förderbänder, Kleinkindlifte etc. Dabei seien die Bestimmungen des kommunalen Baugesetzes sowie des übergeordneten Rechts

einzuhalten. Die Gemeinde erklärt, dass sie im Nachgang zur superprovisorischen Massnahme des Verwaltungsgerichts vom 31. Oktober 2016 (Verfahren V 16 7a) mit der B.\_\_\_\_\_ AG im Einklang mit dieser Verfügung eine Nutzungsvereinbarung für die Wintersaison 2016/2017 abgeschlossen habe, weil für die anstehende Wintersaison trotz hängigem Rechtsverfahren die Nutzung in den Grundzügen habe geregelt werden müssen. Gestützt auf diese Vereinbarung lud die B.\_\_\_\_\_ AG Ende November 2016, wie bereits im Hinblick auf die Saison 2015/2016, die interessierten

- 15 - Skischulen dazu ein, sich zu melden, wenn sie an der Nutzung der Ski- wiese F.\_\_\_\_\_ als Sammelplatz interessiert seien. Teilnutzungsrechte würden weitergegeben, wenn die Skischulen die geforderten Qualitätsanforderungen erfüllten. Auf Nachfrage hin wurde dem Beschwerdeführer bestätigt, dass er vorderhand die Qualitätsanforderungen erfülle und die B.\_\_\_\_\_ AG nahm zur Kenntnis, dass der von der H.\_\_\_\_\_ gleichzeitig benötigte Platz auf der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ im Mittel 40 Schneesportschüler/- innen infolge einer zeitlichen Staffelung der Besammlung nicht überschreite. Hinsichtlich der Nutzungszuteilung änderte sich gegenüber der Vorsaison nichts Grundlegendes.

## **E. 9**

Am 20. Januar 2017 liess der Beschwerdeführer eine weitere Rechtsverweigerungsbeschwerde (Verfahren U 17 8) einreichen, worin er auch seine Stellungnahme zur Triplik (recte: zur Quadruplik) der Gemeinde integrierte. Die sich über fünf Seiten erstreckenden Rechtsbegehren in dieser Eingabe entsprechen in den Hauptpunkten mehr oder weniger denjenigen im früheren Beschwerdeverfahren; allerdings weichen einige Formulierungen davon ab und die neue Beschwerde enthält auch neue (Teil-) Rechtsbegehren. Sie lauten wie folgend: "1. Es sei festzustellen, a) dass die Nutzungsordnung bezüglich des Grundstücks Nr. Z.1.\_\_\_\_\_ im Grundbuch der Gemeinde O.1.\_\_\_\_\_ in der Wintersaison 2015/2016 und 2016/2017 auf der Grundlage der Aufteilung desselben gemäss am

### **E. 9.1**

Der Beschwerdeführer rügt auch noch, dass der Geschäftsführer der B.\_\_\_\_\_ AG Einsitz im Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ AG habe und die B.\_\_\_\_\_ AG auch Aktionärin der C.\_\_\_\_\_ AG sei, wodurch die B.\_\_\_\_\_ AG infolge dieser Verflechtung und Befangenheit sowieso ungeeignet für die Nutzungscoordination auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ sei. Die Beschwerdegegnerin betonte hingegen, dass eine solche strategische Beteiligung von Bergbahnen entlang der Wintersportwertschöpfungskette üblich sei und aus einer solchen Verbindung nicht automatisch auf eine wettbewerbsverzerrende Handhabung der eingeräumten Nutzungsberechtigung an der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ durch die B.\_\_\_\_\_ AG geschlossen werden könne. Die beschwerdeführerischen Vorbringen implizieren eine Befangenheit der B.\_\_\_\_\_ AG bei der Nutzungsorganisation der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ zu Gunsten der C.\_\_\_\_\_ AG. Dies insbesondere hinsichtlich ihres Geschäftsführers und aufgrund seiner Doppelfunktion bei einem Konkurrenten des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer setzte sich mit dieser Thematik

- 111 - insbesondere infolge der in der Triplik vom 10. November 2016 erstmals gestellten Rechtsbegehren 3 auseinander, wonach der Beschwerdegegnerin zu untersagen sei, die Nutzungsorganisation auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ durch jemanden durchführen zu lassen, welcher Aktionär bei einer, die fragliche Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ gesteigert nutzenden, Skischule sei oder personelle Verflechtungen zwischen dem primär Nutzungsberechtigten

an der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ sowie diese Parzelle gesteigert nutzenden Skischule bestünden. In der Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 11. Januar 2016 und relativierend auch in der Replik vom 30. Juni 2016 wurde zwar auch bereits auf die Aktionärsstellung der B.\_\_\_\_\_ AG sowie die personellen Verflechtungen hingewiesen, aber nicht bereits im Rahmen der vorgängigen Korrespondenzen mit der Beschwerdegegnerin ab Mitte 2015. Zu diesem Zeitpunkt war dies für den Beschwerdeführer anscheinend noch überhaupt kein Thema, obwohl die Verwaltungsratsfunktion des Geschäftsführers der B.\_\_\_\_\_ AG im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) am 7. April 2010 publiziert wurde (vgl. dazu Bg-act. 8). Ausserdem versucht der Beschwerdeführer mit seinem Rechtsbegehren 3, unabhängig von den persönlichen Umständen von natürlichen Personen, generell den Ausschluss jeglicher Körperschaften bzw. Gemeinschaften des Privatrechts zu bewirken, sofern der primär Nutzungsberechtigte an der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ eine finanzielle oder persönliche Verknüpfung zu einem seiner Konkurrenten aufweist. Dazu ist aber anzumerken, dass gegenüber Behörden Ausstandsgründe immer gegen bestimmte (natürliche) Personen gerichtet sein müssten und nicht generell gegen eine Behörde (Urteil des Bundesgerichts 1C\_278/2010 vom 31. Januar 2011 E.2.2). Hinsichtlich der Anwendung von Ausstandsregelungen wird zwischen der Verwaltung, der Verwaltungsjustiz und der Gerichtsbarkeit unterschieden. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben gemäss Art. 30 Abs. 1 BV für Gerichtsbehörden sind dabei mit dem aus Art. 29 Abs. 1 BV abgeleitete Anspruch auf eine unabhängige und unvoreingenommene Besetzung einer Verwaltungsbehörde nicht identisch (siehe BGE 140 I 326 E.5.1 f.; Urteile

- 112 - des Bundesgerichts 1C\_278/2010 vom 31. Januar 2011 E.2.2, sowie 2C\_459/2017 und 2C\_994/2016, jeweils vom 9. März 2018 E.3.1; PVG 2013 Nr. 5 E.2). Das kantonale Recht regelt den Ausstand für Gemeindebehörden in Art. 23 GG (in der Fassung vom 1. Juli 2006 bis 30. Juni 2018) bzw. ab 1. Juli 2018 in Art. 33 GG (siehe PVG 2013 Nr. 5 E.2c; BGE 116 Ia 242 E.3a/aa). Gemäss Art. 33 Abs. 1 GG haben Mitglieder einer Gemeindebehörde bei der Behandlung einer Angelegenheit in Ausstand zu treten, wenn sie selbst oder eine mit ihnen im Ausschlussverhältnis im Sinne von Art. 32 GG stehende Person daran ein unmittelbares persönliches Interesse haben. Für die Rechtspflege auf kommunaler Ebene gilt gemäss Verweis in Art. 33 Abs. 3 GG die Regelung nach Art. 6a ff. VRG. Bei Mitgliedern von Verwaltungsbehörden wird gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich nur ein Ausstandsgrund angenommen, wenn ein Behördenmitglied ein eigenes persönliches Interesse an einem Geschäft hat. Bei der Wahrung von öffentlichen Interessen besteht grundsätzlich keine Ausstandspflicht (vgl. BGE 125 I 119 E.3b-e; Urteile des Bundesgerichts 1C\_97/2014 vom 9. Februar 2015 E.3.4 und 1C\_278/2010 vom 31. Januar 2011 E.2.2). Unabhängig davon sind Ablehnungs- bzw. Ausstandsgründe umgehend geltend zu machen, weil insbesondere das spätere Vorbringen von solchen formellen Einwänden (erst) in einem Rechtsmittelverfahren gegen den Grundsatz von Treu und Glauben sowie des Verbotes des Rechtsmissbrauches verstösst. Entsprechende Rügen, welche bereits vorgängig hätten geltend gemacht werden können, sind deshalb bei nicht sofortigem Vorbringen verwirkt (vgl. BGE 139 III 120 E.3.2.1, 136 I 207 E. 3.4, 132 II 485 E.4.3; Urteile des Bundesgerichts 1C\_26/2016 vom 16. November 2016 E.2.2 und 9C\_87/2011 vom 1. September 2011 E.4.2; siehe auch Art. 6b Abs. 3 VRG). Die Kenntnis über das Verwaltungsratsmandat des Geschäftsführers der B.\_\_\_\_\_ AG bei der C.\_\_\_\_\_ AG darf infolge der positiven Publizitätswirkung des Handelsregisters im Sinne von Art. 933 OR seit April 2010 vorausgesetzt werden (siehe PVG 2013 Nr. 5 E.4b). Denn gemäss Art. 933 Abs. 1 OR besteht eine Fiktion der Allgemeinen

## Kenntnis des Handelsregisterinhaltes

- 113 - (ECKERT, in: HONSELL/VOGER/WATTER, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 933 Rz. 6). Insofern sind also die entsprechenden Befangenheitsrügen in jedem Fall als verspätet zu betrachten. Dies unabhängig davon, ob die vorstehend dargelegten Grundsätze infolge des Dreiecksverhältnisses (vgl. dazu vorstehende Erwägung 1.3.2) zwischen dem Beschwerdeführer, der B.\_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdegegnerin sowie der besonderen räumlichen Konstellation auf F.\_\_\_\_\_ infolge seiner Einbindung ins Skigebiet L.\_\_\_\_\_ und der sich daraus ergebenden speziellen Situation der B.\_\_\_\_\_ AG (vgl. dazu auch BGE 138 I 289, auf den in der vorstehende Erwägung 1.3.1 hingewiesen wurde), überhaupt im selben Umfang anwendbar sind. Schliesslich ist auch fraglich, ob sich der Antrag auf eine solche Anweisung gegenüber der Beschwerdegegnerin überhaupt noch im Rahmen des zulässigen Streitgegenstandes bewegt.

### E. 9.2

Der Beschwerdeführer beanstandete ebenfalls Wettbewerbsverzerrung infolge einer Subventionierung der C.\_\_\_\_\_ AG durch die Beschwerdegegnerin für einheimische Kinder/Jugendliche. Damit wolle sie es der C.\_\_\_\_\_ AG ermöglichen, zum Nachteil von konkurrierenden Skischulen, einfacher Schneesportschüler/-innen zu akquirieren. Damit verursache die Beschwerdegegnerin eine massive, unzulässige Preis- und Wettbewerbsverzerrung. Dabei verwies der Beschwerdeführer insbesondere auf eine entsprechende Angebotsübersicht der C.\_\_\_\_\_ AG für die Wintersaison 2015/16 (Bf-act. 37) sowie die dafür aufgerufenen, (zu) tiefen Preise. Anlässlich des Parteivortrages vom 28. September 2017 führte er zudem aus, dass die Beschwerdegegnerin eine solche Subventionierung der C.\_\_\_\_\_ AG in der Triplik (recte: Quadruplik) vom 16. Dezember 2016 anerkannt habe. Die C.\_\_\_\_\_ AG als auch die Beschwerdegegnerin stellte eine solche Subventionierung von Skiunterrichtseinheiten anlässlich der fortgesetzten Hauptverhandlung vom 30. November 2017 in Abrede. Die Beschwerdegegnerin betonte, dass sie Bergbahntickets für die einheimischen Kinder vergünstige, um den Skisport zu fördern und im Sinne der Gesundheitsförderung. Die vom Beschwerdeführer zitierte Passage in der Quadru-

- 114 - plik der Beschwerdegegnerin unterschlägt aber genau diesen Punkt. Ferner lässt sich aus Bf-act. 37 kein konkreter Hinweis auf eine entsprechende Subventionierung von Schneesportunterrichtseinheiten der C.\_\_\_\_\_ AG herauslesen. So fällt mit Blick auf die Unterrichtsdaten auf, dass dieses Saisonunterrichtsabonnement insbesondere in der Hochsaison (gemäss Bf-act. 37: 28. Dezember 2015 bis 8. Januar 2016 sowie vom 8. Februar 2016 bis 26. Februar 2016) nicht gültig war und auch für den Zeitraum vom 7. bis 11. März 2016, selbst mit Saisonabonnement, zusätzliche Kosten entstanden. Nur dass die entsprechenden Preise verhältnismässig günstig sind, begründet noch keinen hinreichenden Hinweis auf unzulässige Subventionen seitens der Beschwerdegegnerin. Die entsprechenden Angebote können als Werbeaktion der C.\_\_\_\_\_ AG im Hinblick auf die Motivierung von Kindern und ihren Eltern zum Schneesport angesehen werden bzw. zur besseren Auslastung während der Nebensaison. Dementsprechend finden sich vorliegend keine konkreten Hinweise auf die behaupteten Subventionen zugunsten der C.\_\_\_\_\_ AG, womit auch der entsprechende Editionsantrag des Beschwerdeführers hinsichtlich entsprechender Rechnungspositionen bei der Beschwerdeführerin nicht angezeigt erscheint.

### E. 9.3

Der Beschwerdeführer sieht auch eine unzulässige Ungleichbehandlung durch die im Übermass auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ vorhandene Werbung zugunsten der C.\_\_\_\_\_ AG. Ihm dagegen sei erst für die Wintersaison 2016/17 nur eine einzige, 40 x 80 cm grosse Beschriftungstafel für den Sammelplatz zugestanden worden. Dadurch werde auch der Eindruck erweckt, dass die C.\_\_\_\_\_ AG die vorherrschende Schneesportschule vor Ort sei. Die Beschwerdegegnerin erklärte im Wesentlichen, dass die B.\_\_\_\_\_ AG mangels entsprechender Anfragen hinsichtlich Werbemitteln/Beschriftungen nicht gehalten gewesen sei, in dieser Angelegenheit aktiv auf den Beschwerdeführer zuzugehen. Die vom Beschwerdeführer beanstandeten Beschriftungen, welche auf die C.\_\_\_\_\_ AG hinweisen, finden sich im Umfeld der dieser gemäss Nutzungskonzept zugewiesenen (Sammlungs-)Fläche sowie bei dem Infrastrukturgebäude, wo die C.\_\_\_\_\_

- 115 - AG auch ihre Geschäftsstelle O.1.\_\_\_\_\_ betreibt resp. beim daran angrenzenden, ebenfalls teilweise auf privatem Grund stehenden, Zeltbereich (vgl. dazu vorstehende Erwägung 6.4.4). Diese Beschriftungen stehen somit im Zusammenhang mit der jeweiligen gemäss Nutzungskonzept (siehe Bg-act. 6; Bf-act. 69 S. 4) auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ vorgesehenen Nutzung und zeigen primär das Logo der C.\_\_\_\_\_ AG bzw. der U.\_\_\_\_\_ -Ski- schulen oder entsprechende Marketingzeichen. Auf der Sammlungsfläche sind es neben (Sammlungs-)Pylonen für die verschiedenen Lernstufen der T.\_\_\_\_\_ -League auch noch ein primär in Rot gehaltenes Gewebband an der Fixabspernung (Absperrgitter), welche im südlichen und östlichen Teil der Parzelle die Sammelplätze abtrennt (vgl. dazu Fotos 4 - 9 des Augenscheinprotokolls vom 10. Januar 2016). Dieses macht die Gitter im Übrigen auch besser erkennbar und signalisiert dem Sammlungsbereich der C.\_\_\_\_\_ AG. Die übrigen Abspernetze auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ sind ohne Werbung gestaltet. Das hauptsächlich weisse Zelt weist einfach das Logo der C.\_\_\_\_\_ AG bzw. der U.\_\_\_\_\_ -Ski- schulen auf. Der Beschwerdeführer brachte diese Thematik erstmals in der Replik vom 30. Juni 2016 vor, ohne allerdings entsprechende Anträge zu formulieren. Ein entsprechendes Anweisungsbegehren tauchte erst in der Triplik vom 10. November auf. Weder in der Mitteilung an die Gemeinde vom 14. Dezember 2015, noch in der (ersten) Beschwerde vom 11. Januar 2016 war dies hingegen ein Thema. Nachdem für die Saison 2016/17 durch die B.\_\_\_\_\_ AG zur besseren Visualisierung der Sammelplätze entsprechende Sammlungstafeln eingeführt wurden (vgl. dazu Bf-act. 69), stellte der Beschwerdeführer in der Beschwerde vom 20. Januar 2017 wiederum einen Anweisungsantrag bezüglich übermässiger Werbemittel der C.\_\_\_\_\_ AG auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_. Aufgrund der Akten, trifft also die beschwerdegegnerische Darstellung zu, wonach der Beschwerdeführer zu einem früheren Zeitpunkt diesen Streitpunkt nicht thematisierte. Zudem stehen diese Beschriftungen auch in engem Zusammenhang mit der gemäss Nutzungskonzept vorgesehenen Nutzung einer bestimmten Fläche auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ und hat insoweit einen gewichtigen Kennzeichnungsfaktor, welcher sich aus

- 116 - der entsprechenden und gemäss vorstehenden Erwägungen nicht zu beanstandenden Nutzungskoordination der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ ergibt, welche sachlichen Unterschieden Rechnung trägt. Gewichtige Auswirkungen auf eine spontane Kundengewinnung direkt auf der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ nur infolge der vorhandenen Kennzeichen der C.\_\_\_\_\_ AG erscheinen fraglich. Denn in der heutigen Zeit ist es naheliegend, dass sich ein potenzieller Kunde für Schneesportunterricht zuerst oder parallel mit Informationen aus unterschiedlichen Quellen versorgen wird. Als Informationsquellen

kommen dabei die Beherbergungsbetriebe, Informationsstellen für Touristen und natürlich das Internet in Frage. Sowohl die H.\_\_\_\_\_ als auch die C.\_\_\_\_\_ AG besitzen eine Website (siehe Bg-act. 9 und 12). Wie eine Vielzahl der im S.\_\_\_\_\_ tätigen Skischulen, sind diese beiden Schneesportschulen auch auf der Website aufgeführt, Bg-act. 12; Bf-act. 90). Diesbezüglich ist also eine vergleichbare Ansprechmöglichkeit von potenziellen Kunden gegeben und die auf die C.\_\_\_\_\_ AG hinweisenden Kennzeichnungen auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ infolge der Hinweisfunktion auf die ihr darin zugestandenen Nutzungsmöglichkeiten, erscheinen ohne entscheidenden Einfluss auf den Wettbewerb der verschiedenen Schneesportschulen. 10. Hinsichtlich der durch die B.\_\_\_\_\_ AG den an einem Sammelplatz auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ interessierten Schneesportschulen im Gesamtbetrag von Fr. 20'000.-- (Wintersaison 2015/16) bzw. Fr. 25'000.-- (Wintersaison 2016/17) verrechneten Kosten ist anzumerken, dass dadurch unter anderem die durch die B.\_\_\_\_\_ AG erbrachten Bereitstellungsleistungen hinsichtlich der Beschneigung und Schneepräparation abgegolten wurden (vgl. dazu Bf-act. 9 und 76). Es erfolgte jeweils eine Aufteilung der Kosten im Verhältnis von knapp 2/3 zulasten der C.\_\_\_\_\_ AG. Der Rest wurde anhand des gemeldeten Platzbedarfes auf die weiteren an einem Sammelplatz interessierten Schneesportschulen aufgeteilt. Für die Wintersaisons 2015/16 und 2016/17 resultierten für den Beschwerdeführer Kosten von knapp Fr. 7'000.--.

- 117 - Es kann als notorisch gelten, dass die künstliche Beschneigung des Geländes eine kostspielige Angelegenheit ist. Die gemäss Nutzungskonzept auf der Parzelle als Sammelflächen ausgewiesene Fläche beträgt ca. 3'000 m<sup>2</sup>. Wenn man sich nun vor Augen führt, dass eine Grundbeschneigung allein dieser Fläche mit einer Schneehöhe von 30 cm ein Schneevolumen von 900 m<sup>3</sup> erfordert und 1 m<sup>3</sup> Kunstschnee Kosten von etwa Fr. 7.-- verursacht, schliege die Grundbeschneigung der Sammelflächen bereits mit Fr. 6'300.-- zu Buche. Für die künstliche Beschneigung von 1 km Skipiste werden beispielsweise jährliche Kosten von etwa Fr. 20'000.-- bis 30'000.-- resp. Fr. 100'000 veranschlagt (vgl. dazu Merkblatt zur Technischen Beschneigung des Verbandes Seilbahnen Schweiz vom Februar 2011; abrufbar unter: <https://www.seilbahnen.org/de/index.php?section=downloads&download=407>, zuletzt besucht am: 12. September 2018; vgl. auch Bericht Herausforderung Klimawandel des Amtes für Wirtschaft und Tourismus des Kantons Graubünden sowie der Bergbahnen Graubünden vom Juli 2013, S. 59; abrufbar unter: [http://www.bbgr.ch/modules/downloads/cmd\\_download.php?id=424](http://www.bbgr.ch/modules/downloads/cmd_download.php?id=424), zuletzt besucht am: 12. September 2018). Dazu kommt insbesondere noch der Präparationsaufwand sowie weitere Kosten, welche der B.\_\_\_\_\_ AG durch die entsprechende Vorbereitung und Instandhaltung der entsprechenden Flächen während den immerhin 120 Tagen Betrieb auf F.\_\_\_\_\_ erwachsen. Dazu nennt die B.\_\_\_\_\_ AG auch Signalisations- und Verwaltungskosten, die Entschädigung von Ernteertragsausfällen sowie Kosten für die Schneeräumung und -abfuhr (vgl. Bf-act. 73). Insofern erscheinen diese Kosten für die Vorbereitung und Instandhaltung dieser spezifischen Flächen auf F.\_\_\_\_\_ nachvollziehbar und durchaus realistisch. Dem Beschwerdeführer wurden von der B.\_\_\_\_\_ AG sowohl die Verteilungsgrundsätze als auch die wesentlichen Kostenfaktoren offengelegt (vgl. dazu Bf-act. 69, Bf-act. 73 S. 2 f. und Bf-act. 76 S. 2 f.), was der Beschwerdeführer aber nicht als hinreichend betrachtet und weitere Auskünfte von der B.\_\_\_\_\_ AG verlangt bzw. die Beschwerdegegnerin in der Pflicht sieht

- 118 - die B.\_\_\_\_\_ AG dazu anzuhalten, dem Beschwerdeführer diese Angaben zu liefern. Der Beschwerdeführer scheint dabei ohne weiteres davon auszugehen, dass diese

verrechneten Kosten-(beteiligungen) nach abgabe- rechtlichen Grundsätzen überprüfbar sein müssten. Unter öffentliche Ab- gaben fallen aber definitionsgemäss nur solche Geldleistungen, welche ge- stützt auf öffentliches Recht geschuldet sind und grundsätzlich dem Finanz- bedarf des Staates (Fiskalfunktion) dienen. Unter Umständen kann ihnen aber auch eine verhaltenslenkende Funktion oder Ausgleichfunktion zu- kommen (siehe HÄNER, Kausalabgaben – Eine Einführung, in: HÄ- NER/WALDMANN, Kausalabgaben, Bern 2015, S. 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHL- MANN, a.a.O., § 42 Rz. 2753).

Kausalabgaben sind dabei Geldleistungen, die ein Privater aufgrund von öffentlichem Recht für eine bestimmte staat- liche Leistung oder besondere Vorteile zu bezahlen hat, wobei das zentrale Abgrenzungsmerkmal zu den Steuern die individuelle Zurechnung einer staatlichen Leistung bildet. Die Kausalabgaben werden dabei weiter insbe- sondere in Gebühren, Beiträge und Vorzugslasten unterteilt (HÄNER, in: HÄ- NER/WALDMANN, a.a.O., S. 2 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/ UHLMANN, a.a.O., § 42 Rz. 2756 ff.). Die fraglichen, in Rechnung gestellten Beträge sind nicht ein eigentliches Entgelt für die gesteigerte Nutzung des öffentlichen Grundes an sich, son- dern sind im Zusammenhang mit den erforderlichen Aufwendungen für die tatsächliche Nutzarmachung von F.\_\_\_\_\_ und Aufrechterhaltung dieses Zustandes zu Gunsten der Schneesportschulen zu betrachten. Für öffent- liche Strassen gälte die Kostenlosigkeit der Nutzung gemäss Art. 82 Abs. 3 BV bloss im Rahmen ihrer Zweckbestimmung sowie des (schlichten) Ge- meingebrauchs (vgl. HUNGERBÜHLER, Grundsätze des Kausalabgabe- rechts, in: ZBl 10/2003, S. 529; KERN, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 82 Rz. 13 f.). Zudem werden diese Leistungen auch nicht durch das Gemeinwesen oder in Erfüllung einer übertragenen öffentlichen Aufgabe bereitgestellt, womit keine dem öffentlichen Recht unterstehende Rechtsbeziehung nahe - 119 - liegt (vgl. vorstehende Erwägung 1.3.1 f.). Sie sind also nicht ohne weiteres mit Standplatzgebühren zu vergleichen, welche die (gesteigerte) Inan- spruchnahme des öffentlichen Grundes im Sinne einer Benützungsgebühr für die gesteigerte Inanspruchnahme von öffentlichem Grund abgelten sol- len, wobei diese bei kostenunabhängiger Ausgestaltung auch nicht zwin- gend dem Kostendeckungsprinzip, sondern dann bloss dem Äquivalenz- prinzip unterlägen (vgl. MOSER, a.a.O., S. 263 ff.). Vielmehr entstehen diese Kosten aus einer spezifischen Leistung seitens der B.\_\_\_\_\_ AG an die Sammelplatznutzer und die Bereitstellungs- und Unterhaltsleistungen werden auch nicht durch das Gemeinwesen erbracht, welchem auch die dafür notwendigen (technischen) Fähigkeiten fehlen und somit auch keine Qualifikation als Verwaltungsgebühr mit der Bindung an das Kostende- ckungs- und Äquivalenzprinzip nahe liegt (vgl. dazu die Beispiele von direkt dem Gemeinwesen aus der Nutzung von öffentlichen Grund erwachsenden Aufwendungen bzw. von diesem bereitgestellten Leistungen, in: MOSER, a.a.O., S. 264). Dass der Betrieb und die Präparierung der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ keine eigentliche öffentliche Aufgabe darstellt, ergibt sich bereits aus den vorstehenden Erwägungen 1.3.1 f. und es ist darüber hinaus auch fraglich, ob die Beschwerdegegnerin, insbesondere in technischer Hinsicht, dies zu leisten überhaupt im Stande wäre. Dementsprechend sind diese Kosten weder als Benützungsgebühren für eine über den einfachen Ge- meingebrauch einer öffentlichen Sache hinausgehende Nutzung, noch als (Verwaltungs-)Gebühr im Sinne der Abgeltung eines besonderen, dem Ge- meinwesen verursachten Aufwand bzw. Inanspruchnahme von Leistungen des Gemeinwesens zu betrachten. In diesem Zusammenhang kann auch noch eine Konstellation hingewiesen werden, wo auf den ersten Blick eben- falls eine öffentliche Abgabe zu Debatte stehen

könnte, vom Bundesgericht aber nicht entsprechend qualifiziert wurde. Angesprochen ist die Verpflichtung eines Einkaufszentrums zur kostenpflichtigen Bewirtschaftung von den Parkplatzflächen und dazu entsprechende Beträge erhoben werden. Dies gestützt auf das massgebende Umweltrecht im Sinne einer Betriebsvorschrift (vgl. zum Ganzen BGE 125 II 129 E.8d). Diese, im öffentlichen In-

- 120 - teresse liegende, "Abgabe" berührt gemäss Bundesgericht nur das Verhältnis zwischen dem Anlagenbetreiber und den Nutzern und bewege sich im Rahmen zulässiger Betriebsvorschriften. Die Konstellation sei auch nicht mit der Erhebung einer Parkgebühr durch das Gemeinwesen zu vergleichen, wodurch dem Gemeinwesen Einnahmen entstünden. Die "Abgabe" im Rahmen der Parkplatzbewirtschaftung begründe im Ergebnis keine öffentliche Abgabepflicht. Diese, sich aus dem Umweltschutzrecht ergebende, "Abgabe" im Rahmen einer emissionsbegrenzenden Parkplatzbewirtschaftung, die das Verhältnis des Anlagenbetreibers zu seinen Nutzern beschlägt, stellt eine im öffentlichen Interesse liegende Emissionsbegrenzungsvorschrift/-massnahme dar. Ferner weist sie auch einen Konnex zu einer öffentlichen Aufgabe respektive Verwaltungsaufgabe auf, nämlich dem umweltschutzrechtlichen Immissionsschutz im Rahmen eines behördlichen Bewilligungsverfahrens (vgl. dazu auch Art. 2, Art. 7 Abs. 1, 2 und 7 sowie Art. 11 f. des Bundesgesetzes über den Umweltschutz [USG; SR 814.01]; Art. 22 des Bundesgesetzes über die Raumplanung [RPG, SR 700]; Art. 86 Abs. 1 und Art. 89 Abs. 1 KRG) bzw. dem Massnahmenplan gemäss Art. 44a USG, welcher der Verwaltung aufgrund gesetzlicher Vorschrift zugewiesen wurde (vgl. zum Begriff der Verwaltungsaufgaben, welche ein Teilbereich der öffentlichen Aufgaben bzw. Staatsaufgaben umfasst: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 1 Rz. 24; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 1 Rz. 12 ff.). Anders präsentiert sich der Fall aber bei den von der B.\_\_\_\_\_ AG in Rechnung gestellten Kosten für die Nutzung und den Unterhalt der Skiwiese F.\_\_\_\_\_, die zwar auch in einem gewissen öffentlichen Interesse, nämlich der Gewährleistung eines attraktiven Schneesportausbildungsangebotes in der fraglichen Gemeinde zu Gunsten der Einheimischen und des Tourismus liegt, aber nicht in einem hinreichenden Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe steht. Denn anders als der umweltschutzrechtliche Emissions- bzw. Immissionsschutz im Rahmen eines (Bau-)Bewilligungsverfahrens bzw. Massnahmenplanes nach Art. 44a USG, wo der Verwaltung diese Aufgaben explizit gesetzlich zugewiesen wurden, gehört die Ermöglichung

- 121 - und Sicherstellung des Betriebes der Skiwiese F.\_\_\_\_\_ nicht zu den eigentlichen öffentlichen Aufgaben der Beschwerdegegnerin (vgl. bereits vorstehende Erwägung 1.3.1 f.). In beiden Fällen handelt es sich um zu leistende Beträge im Verhältnis zwischen dem Bereitsteller und dem Nutzer eines Angebotes, wobei dem Gemeinwesen diese Erträge nicht zufließen. Im Gegensatz zu derjenigen in BGE 125 II 129 beurteilten Konstellation, ist die Bereitstellung und Sicherstellung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ hinsichtlich einer gesteigerten Nutzung für den Wintersport durch die Schneesportschulen wie erwähnt nicht als öffentliche Aufgabe zu qualifizieren, womit die Rechnungsstellung der B.\_\_\_\_\_ AG noch weniger der Charakter einer öffentlichen Abgabe zukommen kann. Schliesslich ist auch noch auf das in der Erwägung 1.3.2 dargelegte Dreieckverhältnis mit privatrechtlicher Qualifikation zwischen der B.\_\_\_\_\_ AG und den Schneesportschulen hinzuweisen, welches ebenfalls gegen eine öffentliche Abgabe spricht (vgl. dazu TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 57 Rz. 1; HÄFELIN/MÜLLER/UHL-

MANN, a.a.O., § 43 Rz. 2771; HÄNER, in: HÄNER/WALDMANN, a.a.O., S. 2; siehe auch BGE 136 II 457 E.6.2, wo ein gesetzlich verankerter Transportzuschlag eines Transportunternehmens, welchem eindeutig eine öffentliche Aufgabe übertragen wurde, aufgrund der gesetzlichen Regelung als von privatrechtlicher Natur qualifiziert wurde). Abgaberechtliche Grundsätze sind vorliegend somit nicht massgebend, sondern diese Kostenerhebungen sind allenfalls unter dem Gesichtspunkt einer Gleichbehandlung von Konkurrenten zu beleuchten. Dass der Beschwerdeführer infolge eines örtlichen oder anderen unsachlichen Anknüpfungspunkte im Vergleich zu anderen, F.\_\_\_\_\_ gesteigert beanspruchenden, gewerblichen Nutzern bei dieser Kostenüberbindung ungleich und in wettbewerbsverzerrender behandelt wird und darum unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung von Konkurrenten eine Kontrolle geboten wäre, ist nicht ersichtlich. Die gesamten, weiterverrechneten Kosten werden zu knapp 2/3 der C.\_\_\_\_\_ AG überbunden und der Rest anhand der gemeldeten Schneesportschüler/-innen den weiteren, einen Sam-

- 122 - melplatz nutzenden, Schneesportschulen verrechnet (vgl. dazu Bg-act. 16 und 22). Das Verhältnis 2/3 zu 1/3 entspricht auch in etwa den jeweiligen Flächenverhältnissen der Sammelplatzflächen (siehe Bg-act. 6; Bf-act. 69 S. 4). Unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich, auch wenn man eine den gesamten Umständen angepasste Grundrechtsbindung der B.\_\_\_\_\_ AG bezüglich bejaht, dass keine unsachliche, ungleiche oder wettbewerbsverzerrende (privatrechtliche) Kostenverrechnung erfolgte. 11. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen, ist der Beschwerdegegnerin im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens im Umgang mit der in ihrem Eigentum stehenden Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ keine Rechtsverweigerung vorzuwerfen, weil sie gegenüber dem Nutzungskonzept des primär Nutzungsberechtigten, welches nach Ansicht des Beschwerdeführers mit den Grundsätzen der Wirtschaftsfreiheit, der Gleichbehandlung (von Konkurrenten) und der Verhältnismässigkeit unvereinbar sei, nicht eingeschritten ist. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive war eine solche Intervention der Beschwerdegegnerin wie gesehen nicht zwingend geboten, auch wenn eine Nutzungsoption für bestimmte Einrichtungen auf dieser Parzelle als unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung von Konkurrenten als wünschbar erschiene. Doch ist im Zusammenhang mit der gesteigerten Nutzung von öffentlichem Grund i.e.S. dieser Gleichbehandlungsgrundsatz nicht das alleine ausschlaggebende Kriterium und in der vorliegenden Angelegenheit, fehlen der Beschwerdegegnerin auch die Verfügungsmöglichkeiten über bestimmte Grundstücksflächen, welche für die entsprechenden Tätigkeiten unabdingbar sind und sie durfte bei der Beurteilung der Nutzungsordnung auf der Parzelle auch den Unterschieden hinsichtlich Angebotsintensität und -verteilung während der Betriebszeit von F.\_\_\_\_\_ Rechnung tragen. Leitlinie für die Zukunft sollte aber sicherlich eine dem öffentlichen Interesse an diesem Gebiet gerecht werdende Nutzungsorganisation sein, welche einen (publikums-)attraktiven und sicheren Schneesportbetrieb und weitere Freizeitnutzungsmöglichkeit im Umfeld von F.\_\_\_\_\_ bestmöglich und allseitig koordiniert und dabei auf allfällige Optimierungen

- 123 - geachtet wird. Dabei ist auch geänderten Verhältnissen Rechnung zu tragen.

## **E. 11**

Am 30. August 2017 erliess der Instruktionsrichter eine Editionsverfügung mit folgendem Inhalt:

- 20 - "1. Die B.\_\_\_\_\_ AG wird ersucht, dem Gericht bis spätestens am 15. September 2017 folgendes statistisches Material zukommen zu lassen: - Übersicht über die an den Drehkreuzeingängen in F.\_\_\_\_\_ zu den Saison- betriebszeiten • in der Wintersaison 2015/2016 • in der Wintersaison 2016/2017 elektronisch erfassten Verwertungsnachweise der Chipkarten, welche den Skilehrerinnen und Skil Lehrern der H.\_\_\_\_\_ ausgegebenen wurden. Die Verwertungsnachweise sind jeweils tage- oder zumindest wochenweise und falls möglich mit namentlicher Nennung der Personen (Skilehrerinnen und Skil Lehrer), auf welche die Chipkarten registriert sind, darzustellen. - Übersicht über die an den Drehkreuzeingängen in F.\_\_\_\_\_ zu den Saison- betriebszeiten • in der Wintersaison 2015/2016 • in der Wintersaison 2016/2017 elektronisch erfassten Verwertungsnachweise der Chipkarten, welche den Skilehrerinnen und Skil Lehrern der C.\_\_\_\_\_ AG (Zweigniederlassung O.1.\_\_\_\_\_) ausgegebenen wurden. Die Verwertungsnachweise sind je- weils tage- oder zumindest wochenweise und falls möglich mit namentli- cher Nennung der Personen (Skilehrerinnen und Skil Lehrer), auf welche die Chipkarten registriert sind, darzustellen. Die B.\_\_\_\_\_ AG wird ersucht, das Rohmaterial der Daten tabellarisch aufzuar- beiten und die Funktionsweise des Ticketverwertungssystems zu erklären, damit die Daten interpretierbar werden. Die Tabellen und das Datenmaterial sind dem Gericht in geeigneter Weise (Datenträger, Papier) in vier Exemplaren zukommen zu lassen. 2. Die H.\_\_\_\_\_ wird ersucht, dem Gericht bis spätestens am 15. September 2017 die statistischen Daten zukommen zu lassen bezüglich Gästebuchungen und Einsätze von Skilehrerinnen und Skil Lehrer (mit Namensnennung) zu den Saison- betriebszeiten in F.\_\_\_\_\_ • in der Wintersaison 2015/2016 • in der Wintersaison 2016/2017 jeweils tageweise oder zumindest wochenweise. Das Datenmaterial ist dem Ge- richt in geeigneter Weise (Datenträger, Papier) in vier Exemplaren zukommen zu lassen. 3. Die C.\_\_\_\_\_ AG (Zweigniederlassung O.1.\_\_\_\_\_) wird ersucht, dem Gericht bis spätestens am 15. September 2017 die statistischen Daten zukommen zu lassen bezüglich Gästebuchungen und Einsätze von Skilehrerinnen und Skil Lehrer (mit Namensnennung) zu den Saisonbetriebszeiten in F.\_\_\_\_\_ • in der Wintersaison 2015/2016 • in der Wintersaison 2016/2017 jeweils tageweise oder zumindest wochenweise. Das Datenmaterial ist dem Ge- richt in geeigneter Weise (Datenträger, Papier) in vier Exemplaren zukommen zu lassen.

- 21 -

### **E. 11.1**

Bei diesem Ergebnis unterliegt der Beschwerdeführer vollständig und hat gemäss dem Grundsatz von Art. 73 Abs. 1 VRG die Verfahrenskosten im Sinne von Art. 75 Abs. 1 VRG zu tragen. Die Staatsgebühr beträgt im Nor- malfall maximal Fr. 20'000.--, wobei sich für verwaltungsgerichtliche Ver- fahren mit besonders grossem Aufwand der Gebührenrahmen bis auf Fr. 100'000.-- erhöht. In den vereinigten Verfahren U 17 8 und U 16 5 er- folgte ein mehrfacher, sehr umfangreicher Schriftenwechsel mit einem ent- sprechenden Aktenumfang. Zusätzlich erfolgte am 10. Februar 2016 ein Augenschein und die Hauptverhandlung erstreckte sich über zwei Tage. Insofern kann ohne weiteres von einem besonders grossen Aufwand ge- sprochen werden, welcher die Überschreitung des ordentlichen Gebühren- rahmens rechtfertigt. In Anbetracht der Bemessungskriterien für die Staats- gebühr von Art. 75 Abs. 2 VRG, rechtfertigt es sich vorliegend, auch in An- betracht des infolge eines besonders grossen Aufwand eröffneten Ge- bührenrahmens, die Staatsgebühr auf Fr. 25'000.-- festzusetzen. Die bun- desgerichtlichen Erwägungen gemäss Urteil 1C\_526/2015, 1C\_528/2015 vom 12. Oktober 2016 sprechen dem nicht entgegen.

Denn im erwähnten bundesgerichtlichen Urteil war eine (ideelle) Verbandsbeschwerde durch berechnigte Organisationen im Sinne der Umwelt-, Natur- und Heimatschutzgesetzgebung des Bundes zu behandeln. Dabei wurde festgehalten, dass bei der Gebühren- und Parteientschädigungsfestsetzung dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des Umweltrechts durch die Vorinstanz zu wenig Nachachtung geschenkt wurde. Dabei wurde insbesondere auf die Aarhus-Konvention vom 25. Juni 1998 (SR 0.814.07) hingewiesen, wonach die Vertragsstaaten in verwaltungsbehördlichen und gerichtlichen Verfahren in Umweltsachen einen angemessenen und effektiven Rechtsschutz sicherstellen, welcher fair, gerecht, zügig und nicht übermässig teuer ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C\_526/2015, 1C\_528/2015 vom 12. Oktober 2016 E.11.3).

Vorliegende Konstellation ist mit der Situation im

- 124 - Rahmen einer (ideellen) Verbandsbeschwerde durch gesetzlich berechnigte (Umwelt-, Natur- und Heimatschutz-)Organisationen nicht vergleichbar, weil die Beschwerdeerhebung im privaten, ökonomischen Interesse des Beschwerdeführers erfolgte. Dazu kann auch noch auf die unterschiedlichen Legitimationsvoraussetzungen zur Ergreifung eines Rechtsmittels verwiesen werden. Denn eine ideelle Verbandsbeschwerde setzt jeweils kein besonderes Rechtsschutzinteresse voraus, sondern die Beschwerdeberechtigung ergibt sich direkt aus einer gesetzlichen Vorschrift (siehe BGE 141 II 233 E.4.2 ff.; vgl. auch Art. 50 VRG sowie Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG und dazu das Urteil des Bundesgerichts 1C\_475/2015 vom 7. Dezember 2015 E.1.2). Dementsprechend bestehen gewichtige Differenzen zwischen diesen Fällen und die entsprechende Rechtsprechung kann nicht ohne weiteres auf die vorliegende Angelegenheit übertragen werden. Der in Art. 75 Abs. 2 VRG, neben dem Umfang und der Schwierigkeit der Sache, als Bemessungskriterien genannten Interessenlage und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird insofern Rechnung getragen, als dass trotz des besonders aufwändigen und komplexen Verfahrens der erhöhte Gebührenrahmen nur teilweise beansprucht wird und die Spruchgebühr nur geringfügig über dem ordentlichen Maximum zu liegen kommt. Damit bleibt in jedem Fall auch das gebührenrechtliche Äquivalenzprinzip gewahrt (vgl. dazu beispielsweise Urteil des Bundesgerichts 1C\_327/2016 vom 22. März 2017 E.10).

## **E. 11.2**

Neben dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin, reichten auch die Beigeladenen (C.\_\_\_\_\_ AG und B.\_\_\_\_\_ AG) eine Aufstellung der ihnen durch die vorliegenden Verfahren erwachsenen Kosten ein. Die C.\_\_\_\_\_ AG reichte neben eine Aufstellung ihrer eigenen Aufwendungen auch die Kostennote für den im Laufe des Verfahrens beigezogenen Rechtsvertreter ein. Diese belief sich für Leistungen im Zeitraum von Ende August bis Ende September 2017 auf Fr. 2'433.40 (Honorar: 8.75 h x Fr. 250.--; Spesen: Fr. 65.65; MWST von 8 %). Die Kostenaufstellung für eigenes Personal ergab einen Aufwand von Fr. 40'531.20 (Aufwendungen

- 125 - für Mitarbeitende C.\_\_\_\_\_ AG: Fr. 37'005.--; Spesen: Fr. 565.80; MWST von 8 % auf die Aufwendungen). Die Aufwendungen der Mitarbeitenden der C.\_\_\_\_\_ AG bestehen massgeblich in Arbeiten im Zusammenhang mit der eigentlichen Prozessführung. Allerdings finden sich darin auch Kosten, welche auf die Editionsverfügung vom 30. August 2017 zurückzuführen sind. Am 2. September 2017 generierte dies gemäss der am 31. Dezember 2017 eingereichten Kostenzusammenstellung der C.\_\_\_\_\_ AG einen Aufwand von 14 h durch verschiedene Personen mit unterschiedlichen Stundenansätzen (Fr.

60.-- bis 200.--/h) im Gesamtbetrag von Fr. 1540.--. Art. 78 Abs. 1 VRG bestimmt, dass die unterliegende Partei in der Regel verpflichtet wird, der obsiegenden Partei die durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen. Damit sind praxisgemäss und in Übereinstimmung mit der Entschädigungsregelung des Bundesgerichts (vgl. dazu Art. 1 lit. a i.V.m. Art. 2 und 11 des Reglements über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht [SR 173.110.210.3]) die angemessenen und erforderlichen Kosten einer berufsmässigen Vertretung (Anwaltskosten) gemeint (vgl. auch Art. 2 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte [HV; BR 310.250]). Praxisgemäss steht nicht anwaltlich vertretenen Beteiligten keine Parteientschädigung zu (anstatt vieler: VGU R 17 35 vom 15. Dezember 2017 E.9b, R 17 67 vom 30. Oktober 2017 E.6, U 16 37 vom 20. Juli 2016 E.5).

### **E. 11.2.1**

Eigene Leistungen die im Zusammenhang mit der Prozessführung den Verfahrensbeteiligten entstehen, sind also grundsätzlich nicht mittels einer Parteientschädigung gemäss Art. 78 VRG auszugleichen (siehe auch VGU U 16 91 vom 22. November 2016 E.6 mit Hinweis auf PVG 2013 Nr. 1 E.6 sowie BGE 110 Ia 1 E.6, 105 Ia 120). Der Ersatz von Auslagen kann gemäss VGU U 16 91 vom 22. November 2016 ausnahmsweise in Frage kommen, wenn diese erheblich und nachgewiesen sind. Besondere Umstände können es im Ausnahmefall auch rechtfertigen, eine Entschädigung für durch den Prozess verursachte Umtriebe zuzusprechen (m.H.a.

- 126 - BGE 113 Ib 353 E.6b; vgl. auch BGE 110 V 72 E.7 mit einer detaillierteren Umschreibung der [kumulativen] Voraussetzungen für die Annahme von besonderen Verhältnissen im Bereich des Sozialversicherungsrechts und abgestützt auf die [damalige] bundesgerichtliche Entschädigungsordnung). Die vorliegende Situation ist aber sowieso nicht mit derjenigen in VGU U 16 91 vom 22. November 2016 identisch. Denn vorliegend geht es nicht um Umwelt-, Natur- und Heimatschutzverbände, welche ihr gesetzliches (Verbands-)Beschwerderecht im öffentlichem Interesse an der Durchsetzung des Umwelt-, Natur- und Heimatschutzrechts und in ideeller Weise wahrnehmen, sondern um Verfahrensbeteiligte, welche infolge ihrer eigenen Interessenlage mittels Beiladung gemäss Art. 40 VRG in die vorliegenden Verfahren einbezogen wurden (zum Begriff der Beiladung: VGU R 15 86 vom 2. Februar 2017 E.2). Auch in BGE 125 II 518 lag die Sachlage anders, weil dort ein nicht anwaltlich vertretener amtlicher Verteidiger um einen Anspruch auf ein minimales Honorar für die Erfüllung einer beruflichen, ihm übertragenen öffentlichen Aufgabe stritt (vgl. BGE 125 II 518 E.5b; siehe zur Qualifikation der amtlichen Verteidigung als öffentlichen Aufgabe: BGE 138 I 217 E.3.4.4.). In Anbetracht dieser Unterschiede zwischen den betrachteten Konstellationen und auch der nicht vollständig übereinstimmenden gesetzlichen Regelungen bezüglich Parteientschädigungen im kantonalen Recht sowie denjenigen für das Verfahren vor Bundesgericht, rechtfertigt es sich im vorliegenden Fall am allgemeinen Grundsatz festzuhalten, wonach Aufwände der Verfahrensbeteiligten, welche nicht durch eine berufsmässige Vertretung verursacht werden, nicht im Rahmen Parteientschädigung nach Art. 78 Abs. 1 VRG zu entschädigen sind. Dies auch im Hinblick auf die nachfolgenden Ausführungen, welche im Zusammenhang mit der gerichtlichen Editionsverfügung vom 30. August 2017 stehen.

### **E. 11.2.2**

Nach Art. 75 Abs. 1 VRG bestehen die Verfahrenskosten aus der Staats- gebühr, den Gebühren für Ausfertigung und Mitteilung des Entscheides so- wie den Barauslagen. Gebühren stellen das Entgelt für eine bestimmte, von der pflichtigen Person veranlasste bzw. verursachte Amtshandlung dar und

- 127 - sollen den dadurch entstandenen Aufwand des Gemeinwesens decken, während zu den Kosten oder Auslagen jene Aufwendungen zählen, die im Rahmen der Vornahme einer Amtshandlung tatsächlich angefallen sind (vgl. zur Unterscheidung zwischen Gebühren und Auslagen im Rahmen ei- nes ausserkantonalen [Verwaltungs-]Verfahrens: Urteil des Bundesge- richts 8C\_417/2010 vom 6. September 2010 E.8.2; siehe auch PLÜSS, in: GRIFFEL [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kan- tons Zürich, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 Rz. 8 ff.). Die Kanzlei- gebühren nach Art. 75 Abs. 1 lit. b VRG werden in Art. 2 der Verordnung über die Gebühren und Barauslagen des Verwaltungsgerichtes (GVVg; BR 370.110) festgelegt. Barauslagen richten sich grundsätzlich nach dem effektiven Aufwand, wobei sie infolge besonderer Umstände angemessen erhöht oder reduziert werden können (Art. 3 f. GVVg). Die in direktem Zu- sammenhang mit der Editionsverfügung entstandenen (Beweis-)Kosten sind als Barauslagen gemäss Art. 75 Abs. 1 lit. c VRG zu behandeln, denn sie sind auf gerichtliche Anordnung im Rahmen der Beweiserhebung bei den Beigeladenen angefallen und bilden Teil der Verfahrenskosten (vgl. dazu PVG 1997 Nr. 73 bezüglich Prozesskostenvorschuss für eine [ge- richtliche] Beweismassnahme in Anwendung Art. 33 des damaligen Geset- zes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Graubünden vom 9. April 1967, heute Art. 74 VRG).

### **E. 11.2.3**

Die B.\_\_\_\_\_ AG ihrerseits war nicht anwaltlich vertreten und machte eigene Aufwendungen im Betrag von Fr. 44'533.80 geltend. Dies ebenfalls zu un- terschiedlichen Stundensätzen im Bereich von Fr. 70 bis 210.--/h. Wie bei der C.\_\_\_\_\_ AG sind gewisse Positionen im Zusammenhang mit der ei- gentlichen Prozessführung zu sehen und sind nicht zu entschädigen (vgl. vorstehende Erwägung 11.2.1). Ein nicht unerheblicher Anteil des Arbeits- aufwandes entfällt aber auch auf die, im Rahmen der erwähnten Editions- verfügung, einverlangten Berechtigungsverfolgungsdaten und ihre Aufbe- reitung zu Händen des Gerichts und somit im Rahmen der gerichtlichen Beweisanordnung und gelten somit als Barauslagen im Sinne von Art. 75

- 128 - Abs. 1 lit. c VRG. Die hinsichtlich der Edition der Berechtigungsverfol- gungsdaten bzw. Ersteintritte der H.\_\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_\_ AG getätigten Arbeiten sind zwar in der Kostenaufstellung der B.\_\_\_\_\_ AG nur rudimentär aufgelistet, aber infolge des umfangreichen Arbeitsergebnisses ohne Zwei- fel ausgewiesen (Tabellen und Berechtigungsverfolgungsnachweise vom 15. September 2017 bzw. 16. Oktober 2017; vgl. dazu auch VGU U 16 91 vom 22. November 2016 E.6 f.). Die entsprechenden Arbeiten bei den bei- den Beigeladenen wurden jeweils von eigenen Angestellten resp. Mitglie- dern ihrer Organe ausgeführt. Dabei wurde also Arbeitszeit absorbiert. Im Hinblick auf die von der C.\_\_\_\_\_ AG und der B.\_\_\_\_\_ AG veranschlagten Stundensätze ist aber zu bemerken, dass diese Ansätze bei Berücksichti- gung einer betriebsüblichen Arbeitszeit des Sektors III für das Jahr 2017 von 41.7 h/Woche sowie den auch der Lohnstrukturhebung des Bundes- amtes für Statistik aus dem Jahre 2014 (LSE 2014) zugrunde gelegten 4 1/3 Wochen pro Monat jeweils auffallend hohe Monatslöhne resultieren. Die unter dem Titel von Art. 75 Abs. 1 lit. c VRG zu fassenden internen Auf- wendungen im Zusammenhang mit der

gerichtlichen Beweismassnahme, sollen aber gegenüber den Beigeladenen und vergleichbar mit demjenigen eines Zeugen (vgl. dazu Art. 16 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EGZPO; BR 320.100] und Art. 16 der Verordnung über Gerichtsgebühren in Zivilverfahren [VGZ; BR 320.210]; vgl. auch Art. 12 Abs. 3 VRG) und auch der Parteientschädigung gemäss Art. 78 VRG (siehe VGU U 16 91 vom 22. November 2016 E.4a), bloss Kostenersatz darstellen. Dementsprechend sind die Stundenansätze anhand des durchschnittlichen Lohnniveaus für die entsprechenden Kompetenzniveaus gemäss der Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik für das Jahr 2014 (LSE 2014) zu plausibilisieren, welche anhand der durchschnittlichen Nominallohnentwicklung und der betriebsüblichen Arbeitszeit noch anzupassen ist. Diese werden dann ins Verhältnis zu den auf derselben Vergleichsbasis angepassten Monatslöhnen gemäss den geltend gemachten Stundensätzen gebracht. Vom Arbeitgeber zu tragende Sozialversicherungsbeiträge wurden dabei im Umfang von

- 129 -

### **E. 11.3**

Die Parteientschädigung wird gemäss Art. 2 Abs. 1 HV i.V.m. Art. 19 des kantonalen Anwaltsgesetzes (BR 310.100) durch die urteilende Instanz nach Ermessen festgesetzt. Ausgangspunkt bildet die Kostennote (Art. 2 Abs. 2). Dabei hat insbesondere der vereinbarte Stundensatz üblich zu sein (siehe auch Art. 3 Abs. 1 HV), der geltend gemachte Aufwand angemessen und für die Prozessführung erforderlich und die geforderte Entschädigung darf keine von der Sache bzw. des Rechtsschutzbedürfnisses her ungerechtfertigte Belastung der unterliegenden Partei zur Folge haben.

#### **E. 11.3.1**

Die Kostennote des Rechtsvertreters der C.\_\_\_\_\_ AG weist, wie bereits erwähnt, einen Aufwand von 8.75 h à Fr. 250.-- zzgl. Barauslagen und 8 % MWST aus. Eine entsprechende Parteivereinbarung über diesen Stundenansatz von Fr. 250.-- wurde allerdings weder mit der Vertretungsanzeige vom 26. September 2017 (inkl. Vollmacht vom 24. August 2017) noch der Kostennote vom 4. Januar 2018 eingereicht. Nach der bisherigen Praxis hat das Verwaltungsgericht, falls die Anwaltsrechnung trotz Fehlens einer Honorarvereinbarung für die Festsetzung der Parteientschädigung beigezogen wurde, jeweils auf die in der Kostennote geltend gemachten Stundenansätze abgestellt, soweit sie den von Art. 3 Abs. 1 HV festgelegten Rahmen von Fr. 210.-- bis und mit Fr. 270.-- nicht überschritten. Das Verwaltungsgericht hat am 5. September 2017 (siehe VGU R 17 86 vom 17. April 2018 E.5.2, U 17 57 vom 31. Januar 2018 E.5b und U 16 92 vom

#### **E. 11.3.2**

Der Beschwerdeführer ist zudem der Ansicht, dass der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 78 Abs. 2 VRG keine Parteientschädigung zustehe, weil sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis gehandelt habe. Ein Abweichen von diesem Grundsatz komme nicht in Frage, weil die Beschwerdegegnerin durch ihr beharrliches Verhalten die vorliegenden Verfahren zu verantworten habe. Der Beschwerdeführer habe vollkommen zu Recht und in keiner Weise mutwillig oder querulatorisch den Rechtsweg beschritten. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung gemäss Art. 68 Abs. 3 BGG, welcher vom Wortlaut her mit Art. 78 Abs. 2 VRG fast vollständig übereinstimmt, dürfe nur (sehr) zurückhaltend vom allgemeinen Grundsatz abgewichen werden, wonach dem Gemeinwesen in seinem amtlichen Wirkungskreis in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen werde. In

keinem Fall dürfe eine allfällige doch zu leistende Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin prohibitiv wirken. Die Formulierung von Art. 78 Abs. 2 VRG geht auf die parlamentarische Beratung vom 31. August 2006 im Rahmen der Justizreform 2006 zurück (siehe Grossratsprotokoll August 2006, Nr. 1 2006/2007, S. 235 f.). Dabei wurde Art. 78 VRG abweichend vom Entwurf gemäss der Botschaft der Regierung vom 30. Mai 2006 (Botschaften der Regierung an den Grossen Rat, Heft Nr. 6/2006–2007, S. 559 f. und 636) formuliert. Der Hintergrund dazu war, dass der Grundsatz verankert werden sollte, dass der obsiegende Private von dem unterliegenden Gemeinwesen eine namhafte Parteientschädigung erhalten soll. Aber auch wenn der Private unterliege, seien die Kosten eines beigezogenen Anwaltes des Gemeinwesens (grundsätzlich) aus dem allgemeinen Staatshaushalt zu finanzieren. Der geänderte Wortlaut von Art. 78 Abs. 2 VRG wurde dementsprechend analog zu demjenigen von Art. 68 Abs. 3 BGG formuliert, welcher ein Regel-Ausnahmemodell statuiert. Nach der heute geltenden Rechtsprechung zu Art. 68 Abs. 3 BGG kann auch dem in amtlichen Wirkungskreis handelnden Gemeinwesen oder mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen insbesondere eine Parteientschädigung zugesprochen werden, wenn ein

- 133 - Rechtsmittel durch die unterliegende Partei leichtsinnig oder mutwillig provoziert wurde (siehe BGE 126 V 150). Daneben gab es aber auch Fälle, wo die Art des Prozesses ein Abweichen rechtfertigte (vgl. dazu SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH/OBERHOLZER, Handkommentar BGG, 2. Aufl., Bern 2015, Art. 68 Rz. 28 f.; GEISER, in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 68 Rz. 21). Zudem kann noch das folgende angemerkt werden. Unter der Geltung des früheren Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz [OG]; SR 173.110; heute: BGG) bestimmte auch Art. 159 Abs. 2 ein Regel-Ausnahmemodell für die Entschädigung von Gemeinwesen und mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen. Grundsätzlich ging die Rechtsprechung von der Prämisse aus, dass die obsiegenden Gemeinwesen über den nötigen Sachverstand verfügten, sich eine anwaltliche Vertretung darum erübrige und sich auch der Aufwand der Prozessführung in bescheidenen Grenzen hält, womit sich eine Parteientschädigung erübrige. Diese frühere Rechtsprechung wurde aber nur auf Gemeinden resp. Organisationen von einer gewissen Grösse angewendet. Im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde kam für kleine und mittlere Gemeinden ohne eigenen Rechtsdienst eine Ausnahme in Frage (siehe BGE 132 I 140 E.4.2 und 125 I 182 E.7; GEISER, in: NIGGLI/UEBERSAX/WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), a.a.O., Art. 68 Rz. 21). In der Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 wird bezüglich Gerichtskosten und Parteientschädigungen für das Verfahren vor Bundesgericht lediglich ausgeführt, dass die bestehende Regelung in materieller Hinsicht zu einem grossen Teil übernommen würden (siehe BBl 2001, S. 4202 ff., S. 4304). Hinweise auf beabsichtigte Änderungen der Regelung über die Zusprache von Parteientschädigungen an (kleinere und mittlere Gemeinden) Gemeinden oder mit öffentlichen Aufgaben betrauten Organisationen beim Handeln im amtlichen Wirkungskreis finden sich darin nicht. Das Bundesgericht ging im Verlauf des Jahres 2007 anlässlich einer Beschwerde in öffentlich rechtlichen Angelegenheiten aber dazu über, auch einer kleineren Gemeinden mit anwaltlicher Vertretung

- 134 - keine Parteientschädigungen mehr zuzusprechen (siehe Urteil des Bundesgerichts 1C\_122/2007, 1C\_124/2007 vom 24. Juli 2007 E.6; vgl. auch BGE 134 II 117 E.7 und

Urteil des Bundesgerichts 1C\_357/2007 vom 29. Mai 2008 E. 6.2; siehe hingegen auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_10/2007 vom 8. Oktober 2007 E.4.3). Die am 31. August 2006 verabschiedete Fassung von Art. 78 Abs. 2 erging aber noch nicht in Kenntnis dieser Praxisänderung und sie gilt sowieso nur direkt für das Verfahren vor Bundesgericht, nicht hingegen für kantonale Rechtsmittelverfahren (siehe Urteil des Bundesgerichts 1C\_44/2017 vom 19. Juli 2017 E.4.2; vgl. auch BSGE 2011/19 E.60). Insofern steht die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 68 Abs. 3 BGG, wonach auch kleineren Gemeinden ohne eigenen Rechtsdienst grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben, im vorliegenden Verfahren einer (reduzierten) Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin nicht per se entgegen. Das streitberufene Gericht hat sodann schon einer Gemeinde bzw. einer Alpge nossenschaft infolge von vermeidbarem Aufwand resp. treuwidrigem Verhalten, in Abweichung von Art. 78 Abs. 2 VRG, jeweils eine Entschädigung zugesprochen (vgl. PVG 2015 Nr. 20; VGU R 16 48 vom 18. August 2016 E.7b). Der beschwerdeführerischen Darstellung, wonach er selbst durch das (vor-)prozessuale, verweigernde Verhalten der Beschwerdegegnerin einen sehr grossen Aufwand habe betreiben müssen und somit diese für die sehr umfangreichen Verfahren verantwortlich sei, kann so nicht gefolgt werden. Denn hinsichtlich des vorprozessualen Verhältnisses setzt er dazu die Prämisse voraus, dass die Beschwerdegegnerin verpflichtet gewesen wäre, den Begehren des Beschwerdeführers nachzukommen und die beschwerdeführerischen Aufwendung für das verwaltungsgerichtliche Verfahren V 16 7 wurden ihm bereits in der Abschreibungsverfügung vom 22. November 2016 ersetzt und fallen vorliegend ausser Betracht. Gemäss dem Beschwerdeführer hat sich die Beschwerdegegnerin auch prozessual unzulässig verhalten, indem sie Offensichtliches bestritten habe. Dazu nennt er ins-

- 135 - besondere die Konkurrenteneigenschaft des Beschwerdeführers oder seine Aktivlegitimation bzw. das Rechtsschutzinteresse. So offensichtlich wie der Beschwerdeführer dies darstellt, waren diese Punkte nicht (vgl. dazu vorstehende Erwägungen 2. ff., 4.3 ff.). Der Umfang der vorliegenden Verfahren ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände doch gewichtig auf die Art der Prozessführung des Beschwerdeführers zurückzuführen. Dies lässt sich auch anhand der mehrere Seiten umfassenden Rechtsbegehren illustrieren, welche sich in nicht unerheblichem Umfang als ungeeignet oder im Rahmen einer Rechtsverweigerungsbeschwerde als unzulässig erwiesen haben. Diese wurden zudem auch noch mehrfach verändert. Weiter wurden unbeschrieben der tatsächlichen Gegebenheit im Umfeld der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ und primär unter Anrufung des Gleichbehandlungsprinzipes von Konkurrenten ein, seinen Vorstellungen entsprechendes Nutzungsregime, auf der Parzelle Z.1. \_\_\_\_\_ von der Beschwerdegegnerin eingefordert. Aufgrund der mannigfaltigen Leistungs- und Anweisungsbegehren, welche aber den zulässigen Rahmen der vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerde teilweise sprengen, sah sich die Beschwerdegegnerin berechtigterweise dazu veranlasst, auch dazu einen entsprechenden Aufwand zur Verteidigung ihrer Position zu betreiben. Somit entstanden bei der Beschwerdegegnerin vermeidbare (anwaltliche) Aufwendungen. Dafür und in Anbetracht des weit über ein normales verwaltungsgerichtliches Verfahren hinausgehenden Aufwandes der Beschwerdegegnerin, rechtfertigt es sich grundsätzlich von der Grundsatzregel gemäss Art. 78 Abs. 2 VRG abzuweichen, wobei auch noch hinzu kommt, dass die Beschwerdegegnerin mit einer ständigen Wohnbevölkerung von knapp 1'500 Personen noch unter dem Mittelwert der Gemeinden im Kanton Graubünden liegt und somit auch nicht von einer grossen Gemeinde auszugehen ist. Die Kostennote

des Rechtsvertreters der Be- schwerdegegnerin beläuft sich auf insgesamt Fr. 93'351.50. Dabei ist aller- dings zu beachten, dass auf Seiten der Beschwerdegegnerin zwei Rechts- anwälte tätig waren. Der Beizug mehrerer Rechtsanwälte kann ein Abwei- chen von der Kostennote rechtfertigen, weil sich dadurch vielfach Doppel-

- 136 - spurigkeiten und sowie ein erhöhter Koordinationsaufwand ergibt, welcher in der Regel nicht notwendig bzw. angemessen und nicht für die Prozess- führung erforderlich im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Ziffer 2 HV ist (vgl. dazu die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2474/2014 vom 29. Mai 2015 E.2.3, A-4556/2011 vom 27. März 2012 E. 2.5, welches gestützt auf das anwendbare Verfahrensrecht ebenfalls nur notwendige und angemessene Aufwendungen entschädigt [Art. 64 Abs. 1 VwVG]). In der Kostennote fin- den sich darüber hinaus auch noch Positionen, welche nicht direkt mit der Prozessführung im vorliegenden Verfahren zusammenhängen. So bei- spielsweise solche im November 2016 hinsichtlich des Entwurfes für eine Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch oder eines Nutzungs- vertrages. Dies rechtfertigt bereits eine Abweichung von dem in der Kos- tennote geltend gemachten Betrag. Entscheidend ist aber das nachfol- gende Dargelegte. Gemäss Art. 2 Abs. 2 Ziffer 3 HV darf die Entschädi- gung nicht zu einer von der Sache bzw. von dem legitimen Rechtsschutz- bedürfnis her nicht gerechtfertigten Belastung der unterliegenden Partei führen. In Nachachtung dieser Bestimmung sowie unter Mitberücksichti- gung des Umstandes, dass vorliegend bloss ausnahmsweise von der Grundsatzregel gemäss Art. 78 Abs. 2 VRG abgewichen wird, rechtfertigt es sich, der Beschwerdegegnerin pauschal eine Partei-entschädigung im Betrag von Fr. 15'000.-- zuzusprechen.

- 137 - Demnach erkennt das Gericht:

### **E. 12**

Nach einer Terminumfrage wurde das Datum für die mündliche Hauptver- handlung auf den 28. September 2017 festgelegt. Die einverlangten Unter- lagen wurden im Vorfeld termingerecht eingelegt und umgehend an die Parteien weitergeleitet. Anlässlich dieses Verhandlungstermins wurden die edierten Daten durch die Verfahrensbeteiligten dem Gericht erörtert. Auf- grund des umfangreichen Parteivortrages des Beschwerdeführers sowie der dementsprechend fortgeschrittenen Zeit, wurde es erforderlich die Hauptverhandlung am 30. November 2017 fortzusetzen. Die B.\_\_\_\_\_ AG wurde im Hinblick auf die Fortsetzung der Hauptverhandlung zusätzlich be- auftragt, eine weitere Detailauswertung bzw. tageweise Aufschlüsselung ihrer Daten für die Wintersaison 2016/17 auch hinsichtlich der C.\_\_\_\_\_ AG vorzunehmen und dem Gericht einzusenden. Von der Hauptverhandlung wurde schliesslich ein Protokoll erstellt, welches zusammen mit den einge- reichten Parteivorträgen zu den Akten genommen wurde.

### **E. 13**

Juli 2015 (Bf-act. 5), 31. August 2015 (Bf-act. 7) sowie 12. und 22. De- zember 2015 (Bf-act. 11 und 23) insbesondere dahingehend, dass sich der Beschwerdeführer vermehrt mit Restriktionen durch Dritte auf der auch von ihm als Besammlungs-, Ab- und Anfahrtsort für Schneesportschüler/-innen genutzten Parzelle konfrontiert sehe und zu prüfen sei, ob die Bewilligungs- erteilung für gesteigerten Gemeingebrauch bzw. infolge von Sondernutzun- gen infolge von Absperrungen mit den Grundsätzen einer rechtsgleichen Behandlung, der Wirtschaftsfreiheit sowie dem Verhältnismässigkeitsprin- zip vereinbar sei. Insbesondere dürften nur sicherheitsbedingte Absperrun- gen angebracht

werden und dabei müssten die genannten Prinzipien beachtet werden, was nicht der Fall sei wenn einer Schneesportschule ausschliessliche Nutzungsflächen zugewiesen würden oder die Angehörigen der Schüler/-Innen von verschiedenen Schneesportschulen ungleiche Möglichkeiten hätten diese beim Einfahren auf F.\_\_\_\_\_ zu beobachten. Ausserdem müssten Anlagen, wie ein Unterrichtsförderband oder eine Rennabfahrtspiste, für alle Schneesportschulen in gleicher Weise zu Verfügung stehen. Allfällige zu leistende Entgelte müssten bezüglich ihrer Höhe transparent dargelegt werden. Im Hinblick auf die Saison 2016/2017 ergab sich zwischen der Beschwerdegegnerin sowie dem Beschwerdeführer wieder eine erneute Korrespondenz, worin insbesondere die Stipulierung von (unzulässigen) Qualitätsanforderungen seitens der B.\_\_\_\_\_ AG sowie fehlende Transparenz hinsichtlich des durch die B.\_\_\_\_\_ AG erstellten Kostenteilers für F.\_\_\_\_\_ thematisiert wurde (vgl. Bf-act. 70, 74 und 75). Infolge des bisherigen Verhaltens der Beschwerdegegnerin und des Rechtsschriftenwechsels im Verfahren U 16 5, worin die Beschwerdegegnerin ihre ablehnende Haltung bekräftigte, geht der Beschwerdeführer davon aus, dass eine allfällige Ausdehnung der Rechtsbegehren durch die Erhebung der Beschwerde vom 20. Januar 2017 als "geheilt" zu betrachten sei. Ob dieser Ansicht in dieser Absolutheit gefolgt werden kann ist vorliegend nicht entscheidend. Denn die Vereinigung der Verfahren U 16 5 und

- 49 - U 17 8, welche im Kern denselben Streitgegenstand betreffen, nämlich ob die Beschwerdegegnerin verpflichtet gewesen wäre, gegen ein vom Beschwerdeführer als rechtswidrig empfundenenes Nutzungskonzept auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ einzuschreiten und durch ihr Festhalten an der eigenen Einschätzung der Situation, wonach das fragliche Nutzungskonzept nicht zu beanstanden sei, eine Rechtsverweigerung begangen habe, bewirkt zumindest, dass die hinsichtlich (auch) der Saison 2016/2017 vor Erhebung der Beschwerde angebehrten Interventionen den Rahmen des möglichen Streitgegenstandes bildeten. Infolge der aber bereits in der vorstehenden Erwägungen 1.2. ff. sowie 2.2. f. dargelegten Umstände ist auf Begehren, welche die Erteilung konkreter Anweisungen an die Beschwerdegegnerin zum Gegenstand haben, nicht weiter einzugehen. 3. Vorweg ist bezüglich der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ zusätzlich noch auf die spezielle Situation hinzuweisen, dass diese sich insbesondere bezüglich der Thematik des gesteigerten Gemeindegebrauchs nicht einfach mit der Benutzung von beliebigem öffentlichem Grund vergleichen lässt. Denn sie ist während der Wintersaison in das Skigebiet L.\_\_\_\_\_ eingebunden, wo die B.\_\_\_\_\_ AG Beförderungsanlagen und (Ski-)Pisten betreibt. So endet insbesondere die Talabfahrt O.4.\_\_\_\_\_ - O.1.\_\_\_\_\_ auf der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_. Dies ist beispielsweise im Hinblick auf die Verkehrssicherungspflicht des Bahnbetreibers von Relevanz (vgl. dazu im Allgemeinen: BGE 130 III 193 E.2.2 f sowie die Urteile des Bundesgerichts 4A\_206/2014, 4A\_236/2014 vom 18. September 2014 E.3.3 und 4A\_489/2014 vom 20. Februar 2014 E.5.1). Zudem erfordert die generell beabsichtigte Nutzung der Parzelle Z.1.\_\_\_\_\_ für den Schneesport auch Vorbereitung und Unterhalt, so beispielsweise durch wiederholte Beschneidung bei ungenügender Schneedecke und Schneepräparation. Ohne diese Vorkehrungen wäre eine entsprechend Nutzung dieser Fläche für den Schneesport oder damit im Zusammenhang stehende Tätigkeiten nur (sehr) eingeschränkt oder gar nicht möglich. Aus diesen Gründen gibt es in der vorliegenden Situation Besonderheiten im Vergleich zu anderen gewerblichen Nutzun-

- 50 - gen von öffentlichem Grund wie beispielsweise hinsichtlich des Taxigewerbes oder einer Marktorganisation sowie privaten und ideellen Nutzungen, weil für eine

entsprechende Schneesportnutzung wiederkehrend erst die entsprechenden Voraussetzungen in erheblichem Umfang geschaffen werden müssen.

## E. 16

Oktober 2017). Dies spricht somit für eine erhöhte Ausbildungstätigkeit auf den Anlagen D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ und somit auch eine entsprechend erhöhte Anwesenheit auf F. \_\_\_\_\_ über den Tag gesehen, weil unter anderem die in F. \_\_\_\_\_ endende Skipiste mit den Beförderungsanlagen D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ genutzt werden. Wenn der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, dass diese Daten keine Relevanz hätten, weil daraus nicht die Nachfrage hinsichtlich des Sammlungsplatzes zur Hauptbesammlungs-

- 79 - zeit der C. \_\_\_\_\_ AG um 09:45 bis 10:00 Uhr ersichtlich werde, kann dem nicht zugestimmt werden. Die vom Beschwerdeführer zusätzlich vorgebrachten Einwendungen, wie beispielsweise die Mitberücksichtigung von Ersteintritten von Schneesportlehrer/-innen die keine Kurse erteilten, Ersteintritte ausserhalb des Zeitfensters von 08:00 bis 10:30 Uhr, Ersteintritte von Schneesportlehrer/-innen welche ihrer Gäste erst im übrigen Skigebiet trafen und durch den Effekt M. \_\_\_\_\_ generierte Ersteintritte inkl. der von der Abteilung O.2. \_\_\_\_\_ ausgeliehenen Schneesportlehrer/-innen vermögen sich zwar unter Umständen auf die Gesamtzahl von Ersteintritten an der Sesselbahn D. \_\_\_\_\_, dem Skilift E. \_\_\_\_\_ oder der Gondelbahn O.1. \_\_\_\_\_ auswirken, nicht aber per se auf das doch im Ergebnis eindeutige Gesamtbild einer insgesamt konstanteren Präsenz der C. \_\_\_\_\_ AG auf den Anlagen D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ bzw. auf F. \_\_\_\_\_. Denn bei der fraglichen Auswertung der Ersteintritte mit Verbleib auf F. \_\_\_\_\_, sind diejenigen Schneesportlehrer/-innen der C. \_\_\_\_\_ AG, die ihre Schüler im übrigen Skigebiet treffen, gar nicht enthalten. Auch die vom Beschwerdeführer vertretene Beschränkung der Auswertung auf die Hauptbesammlungszeit ist für die Konstanz der Anwesenheit auf F. \_\_\_\_\_ und dem angrenzenden Skigebiet mit den Anlagen D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ nicht sachgerecht, weil damit eine Fokussierung auf die Platzbedarfsbestimmung bei der (morgendlichen) Besammlung erfolgt, wofür diese Zahlen aber nicht in erster Linie prädestiniert sind und für die Konstanz der Nutzung auch die Präsenz auf F. \_\_\_\_\_ über den ganzen Tag von Relevanz ist. Denn insbesondere in einem stetigen, tatsächlich durchgeführten und umfassenden Schneesportausbildungsangebot vor Ort bestünde ein bei der Nutzungszuteilung in zulässiger Weise zu berücksichtigendes touristisches (Publikums-)Interesse, wie es in BGE 128 I 136 grundsätzlich auch als zulässig erachtet wurde für eine abweichende Behandlung von (direkten) Konkurrenten. Hinsichtlich der für die benötigte Besammlungsfläche relevanten Anzahl der unterrichteten Gäste, sagen diese Daten aber nicht direkt etwas aus, auch wenn zwischen der Anzahl Schneesportlehrer/-innen und der Anzahl Gäste eine gewisse Korrelation naheliegend ist. Der beschwerdeführerische Ein-

- 80 - wand, wonach die C. \_\_\_\_\_ AG im Vergleich zu seiner Skischule erheblich mehr Privat-/Semiprivatunterricht und weniger Gruppenunterricht erteile, ändert daran aber nichts wenn man bedenkt, dass hier in erster Linie die Daten bezüglich des Verbleibes von Schneesportlehrern auf F. \_\_\_\_\_ von Interesse sind. Denn wenn die Schneesportlehrer F. \_\_\_\_\_ Richtung O.4. \_\_\_\_\_ verlassen, folgen ihnen ihre Gästegruppen und beanspruchen F. \_\_\_\_\_ und die Beförderungsanlagen D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ nicht mehr. Der vom Beschwerdeführer monierte Effekt M. \_\_\_\_\_ in einem gewissen Zeitraum der Wintersaison 2016/17 widerspiegelt sich nicht in den absoluten Werten C. \_\_\_\_\_ AG wieder, welche bezüglich der Ersteintritt mit Verbleib auf F. \_\_\_\_\_ sich in ähnlichem Rahmen bewegten wie in der Wintersaison 2015/16. Beim Vergleich dieser Tabellen vom 16. Oktober 2017

bzw. ihrer grafischen Darstellung mit den von der B. \_\_\_\_\_ AG bereits am 15. September 2017 eingereichten Auswertungen der Berechtigungsver- folgungen der Schneesportlehrer mit Spezialabonnement, erscheint diese kohärent und führt nicht zu einem anderen Gesamtbild. Dies selbst dann, wenn die der C. \_\_\_\_\_ AG-Sektion O.2. \_\_\_\_\_ zugeordneten Schneesport- lehrer/-innen unbeachtlich blieben. Auch wenn man sich die vom Be- schwerdeführer im Rahmen der Datenedition gelieferten Zahlen für die Wintersaisons 2015/16 und 2016/17 während der Betriebszeit auf F. \_\_\_\_\_ hinsichtlich der ihm zuzurechnenden Frequenzen bzw. des pro Tag durch den Schneesportunterricht des Beschwerdeführers generierten Personen- aufkommens auf F. \_\_\_\_\_ näher betrachtet, ergibt sich ebenfalls ein damit übereinstimmendes Bild. Denn auch darin lassen sich ausgeprägte Schwankungen in der zeitlichen Verteilung erkennen. Wenn man bei den Frequenzen zudem noch den Hybridcharakter der H. \_\_\_\_\_, infolge des mit dem Beschwerdeführer assoziierten Skiclubs, berücksichtigt, wird das Ge- samtbild, wonach die C. \_\_\_\_\_ AG über die Betriebssaison auf F. \_\_\_\_\_ ge- sehen eindeutig eine gleichmässige Präsenz aufweist, ebenfalls bestätigt. Dass die C. \_\_\_\_\_ AG eine konstantere Präsenz zeigt, ergibt sich im Übrigen auch aus einer vom Beschwerdeführer selbst erstellten grafi- schen Darstellung für die Wintersaison 2016/17, welche er anlässlich der

- 81 - am 30. November 2017 fortgesetzten Hauptverhandlung selber zur Ent- kräftung der seitens der B. \_\_\_\_\_ AG eingereichten Darstellung über die zeitliche Verteilung der Ersteintritte mit Verbleib auf F. \_\_\_\_\_ präsentierte (vgl. dazu Folie 65 der anlässlich des Replikvortrages gehaltenen Präsen- tation). Der Annahme einer ausgewiesenen, kontinuierlichen Präsenz auf F. \_\_\_\_\_, insbesondere auf den Beförderungsanlagen D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_, seitens der C. \_\_\_\_\_ AG stehen auch die in den Akten liegenden Webcamaufnahmen für den fraglichen Zeitraum nicht entgegen, auch wenn der Beschwerdeführer die Meinung vertritt, daraus ergebe sich eine überwiegende Nutzung von F. \_\_\_\_\_ seinerseits. Bei Durchsicht dieser Auf- nahmen ist, auch wegen der vielfach nicht hinreichenden Möglichkeit zur bzw. der bloss summarischen Zuordnung von Personen zu einer Schnee- sportschule als Schneesportlehrer/-in oder Gast nicht ersichtlich, dass die aufgrund der edierten Daten der Berechtigungsverfolgung ausgewiesene gleichmässige Präsenz zu Gunsten der C. \_\_\_\_\_ AG in diametralem Wi- derspruch zu den in den Akten liegenden Webcamaufnahmen stehen würde, zumal die Webcamaufnahmen sich einzig auf die Nutzung des Be- sammlungsplatzes beziehen. Wohin die entsprechenden Schneesportleh- rer/-innen sich mit ihren Gästen im Anschluss an die Besammlung bege- ben, lässt sich aus den Webcamaufnahmen alleine nicht mit hinreichender Klarheit feststellen. Damit kann auf die von der B. \_\_\_\_\_ AG edierten Daten der Berechtigungsverfolgung nicht verzichtet werden. Der weitere Einwand des Beschwerdeführers, wonach in den statistischen Daten der B. \_\_\_\_\_ AG für die Wintersaison 2016/17 eine erhebliche Zahl seiner Schneesport- lehrer/-innen nicht berücksichtigt worden seien, ändert am Gesamteindruck ebenfalls nichts. Denn die vom Beschwerdeführer zum Beweis eingereich- ten Quellensteuerabrechnungen für das Jahr 2016/17 sagen nichts über den Unterrichtsort dieser Schneesportlehrer/-innen aus und es gibt auch Differenzen zu den vom Beschwerdeführer edierten Daten bezüglich seiner Gästebuchungen sowie den Einsätzen der Schneesportlehrer/-innen. Bei- spielsweise werden bei einem Schneesportlehrer ziemlich hohe Lohnzah- lungen für die Monate Januar bis März 2017 ausgewiesen, obwohl dieser

- 82 - gemäss den eigenen Daten des Beschwerdeführers im diesem Zeitraum nur zehn Einsätze auf F.\_\_\_\_\_ geleistet hat (vgl. dazu Bf-act. 126, S. 26; siehe Filterung nach dem Namen in der Datentabelle H.\_\_\_\_\_ "Numero di persone sul F.\_\_\_\_\_" vom 15. September 2017 für diesen Zeitraum). Insofern kann von den Angaben gemäss den Quellensteuerabrechnungen nicht ohne weiteres auf die Erteilung bzw. den Startpunkt des Unterrichts auf F.\_\_\_\_\_ geschlossen werden. Zudem fällt auf, dass ab Ende Dezember 2016 und im Januar 2017 der fragliche Schneesportlehrer gemäss persönlicher Berechtigungsverfolgung in den B.\_\_\_\_\_ AG-Datensätzen vornehmlich im Gebiet N.\_\_\_\_\_, O.2.\_\_\_\_\_, O.3.\_\_\_\_\_ und O.5.\_\_\_\_\_ Ersteintritte ausgelöst hat, ohne im Verlaufe des Tages auch noch in F.\_\_\_\_\_ registriert zu werden. Ein anderer Schneesportlehrer beispielsweise, welcher gemäss Angabe des Beschwerdeführers nur unvollständig bzw. nur für den ersten Teil der Wintersaison 2016/17 in den B.\_\_\_\_\_ AG-Daten erfasst worden sei (vgl. Bf-act. 126, S. 36, ist in den B.\_\_\_\_\_ AG-Daten im Zeitraum vom 28. November 2016 (erstmalig ausgewiesene Erfassung dieses Schneesportlehrers in persönlicher Berechtigungsverfolgung durch die B.\_\_\_\_\_ AG für die Wintersaison 2016/17) bzw. 3. Dezember 2016 (Zeitpunkt, als das Gebiet F.\_\_\_\_\_ geöffnet war) bis zum 19. April 2017 (letztmalig ausgewiesene Erfassung dieses Schneesportlehrers in persönlicher Berechtigungsverfolgung durch die B.\_\_\_\_\_ AG in der Wintersaison 2016/17) bzw. 2. April 2017 (Schliessung des Gebietes F.\_\_\_\_\_)) entgegen der beschwerdeführerischen Behauptung vollständig in den B.\_\_\_\_\_ AG-Daten erfasst (siehe Tabelle "Detail H.\_\_\_\_\_ 16\_17" in "Ersteintritte beide Skischulen Detail mit Diagramm Vergleich" vom 16. Oktober 2017). Soweit der Beschwerdeführer im Übrigen gewisse fehlende Schneesportlehrer/-innen in den Daten moniert, kann dies darin begründet sein, dass die Basis der B.\_\_\_\_\_ AG-Daten die abgegebenen Formulare, welche die speziellen Schneesportabonnemente betreffen bildeten. Zudem vermögen die von diesen Schneesportlehrer/-innen und ihren Schülerinnen und Schülern gemäss den Daten der H.\_\_\_\_\_ generierten Frequenzen am vorstehend bereits erwähnten Gesamteindruck bezüglich der zeitlichen Verteilung der Präsenz

- 83 - nichts zu ändern, auch wenn man davon ausginge, dass tatsächlich alle diese Unterrichtseinheiten auf F.\_\_\_\_\_ starteten. Denn dadurch werden die Tage mit vollständiger Abwesenheit bzw. nur sehr geringer Präsenz der H.\_\_\_\_\_ auf F.\_\_\_\_\_ in der Wintersaison 2016/17 nicht entscheidend weniger und auch die jeweilige Anzahl der generierten Frequenzen fällt im Vergleich zu den gesamten Tagesfrequenzen nicht entscheidend ins Gewicht. Zu diesem Schluss kommt man, wenn man die zeitliche Verteilung der Einsatzdaten gemäss der beschwerdeführerischen Datentabelle H.\_\_\_\_\_ "Numero di persone sul F.\_\_\_\_\_" vom 15. September 2017 diesbezüglich auswertet.

## **E. 20**

% pauschal mitberücksichtigt. Unter Anwendung dieses errechneten Verhältnisses lassen sich die Stundenansätze im Sinne des vorerwähnten Kostenersatzes annäherungsweise bestimmen, welche zusammen mit dem Zeitaufwand der Beigeladenen je Stundenansatz den plausibilisierten Ersatzbetrag ergibt. Bei diesem Vorgehen resultieren noch Stundenansätze im Bereich von Fr. 37.-- bis Fr. 61.--, abhängig vom Kompetenzniveau. Gewichtet man diese im Verhältnis zu den pro Kompetenzniveau erbrachten Arbeitsstunden, ergibt sich für die C.\_\_\_\_\_ AG ein plausibilisierter, gewichteter Stundenansatz für diesen Kostenersatz von Fr. 51.25, für die B.\_\_\_\_\_ AG einen von knapp Fr. 37.45. Dies ergibt unter Berücksichtigung der für die Datenedition aufgewendeten Arbeitsstunden von 14

(C.\_\_\_\_\_ AG) resp. 374 (B.\_\_\_\_\_ AG), einen plausibilisierten und gerundeten Kostenersatz im Zusammenhang mit der Editionsverfügung vom 30. August 2017 zugunsten der C.\_\_\_\_\_ AG im Betrag von Fr. 777.60 (Fr. 720.-- zzgl. 8 % MWST) und zugunsten der B.\_\_\_\_\_ AG im Betrag von Fr. 15'120.-- (Fr. 14'000.-- zzgl. 8 % MWST). Der erhebliche Zeitaufwand der B.\_\_\_\_\_ AG ergibt sich dabei in erster Linie aus der tageweisen Aufbereitung der Berechtigungsverfolgungsdaten für die Wintersaison 2016/17, woraus sich die Verteilung und der Umfang der Präsenz der H.\_\_\_\_\_ sowie der C.\_\_\_\_\_ AG auf F.\_\_\_\_\_ bestimmen liess und für das vorliegende Verfahren von erheblicher Bedeutung war. Die vorstehend beschriebene Beschränkung des Kostenersatzes rechtfertigt sich auch im Hinblick auf Art. 4 GVVg. Als Bestandteil der Verfahrenskosten sind sie ebenfalls nach Art. 73 Abs. 1 VRG zu verlegen. Daran ändern die Einwände des Beschwerdeführers nichts, wonach die (eigenen) Aufwendungen der Beigeladenen gar keine ersatzfähigen Kosten darstellen würden. Denn sie werden auch nicht unter dem Titel von Art. 78 VRG erhoben, sondern sind wie dargelegt als Kosten gemäss Art. 75 Abs. 1 lit. c VRG zu betrachten. Hinsichtlich der weiteren Positionen in den Kostenaufstellungen der Beigeladenen, werden diese nicht als entschädigungspflichtige Parteikosten anerkannt. Dementsprechend sind infolge der Editionsverfügung vom 30. August 2017 gesamthaft Kosten von Fr. 15'897.60 entstanden, welche als Barauslagen - 130 - des Gerichts gemäss Art. 75 Abs. 1 lit. c VRG in Anwendung von Art. 73 Abs. 1 VRG dem Beschwerdeführer überbunden werden. Infolge dessen erübrigt es sich auch die bei ihm entstandenen Kosten im Zusammenhang mit der Editionsverfügung zu spezifizieren. Die erwähnten Barauslagen stellen gleichzeitig auch den Umfang der Entschädigung für die Aufwendungen der Beigeladenen im Zusammenhang mit der Editionsverfügung vom 30. August 2017 dar.

## **E. 25**

Oktober 2017 E.13b) folgende Praxisänderung bei der Festlegung der aussergerichtlichen Entschädigungen beschlossen, um die Praxis der obe-

- 131 - ren kantonalen Gerichte zu vereinheitlichen: Bei Einreichung einer Honorarvereinbarung mit einem geltend gemachten Stundenansatz über Fr. 270.-- wird dieser auf Fr. 270.-- gekürzt; bei in der Kostennote geltend gemachtem Stundenansatz bis und mit Fr. 270.-- wird der Stundenansatz entsprechend der Honorarvereinbarung übernommen. Bei Nichteinreichung einer Honorarvereinbarung wird der in der Kostennote geltend gemachte Stundenansatz, höchstens aber ein Stundenansatz von Fr. 240.--, übernommen, da die Höhe des Stundenansatzes mangels Honorarvereinbarung nicht verifiziert werden kann (vgl. auch Art. 4 Abs. 1 HV). Geltend gemachte Pauschalspesen werden maximal im Umfang von 3 % des festgelegten Honorars nach Zeitaufwand zugesprochen. Der geltend gemachte Aufwand von 8.75 h erscheint angemessen, waren doch zu diesem Zeitpunkt bereits umfangreiche Rechtsschriften und Akten produziert worden. Der Beschwerdeführer bestreitet hingegen gewisse Positionen als nicht ausgewiesen. Dies leitete er aus dem Umstand ab, dass keine entsprechende Gegenposition in der Kostenaufstellung der C.\_\_\_\_\_ AG zu finden sei. Allerdings finden sich in der Kostenaufstellung der C.\_\_\_\_\_ AG überhaupt keine geltend gemachten Kontaktaufnahmen mit ihrem Rechtsvertreter. Weil aber notorisch solche Besprechungen im Rahmen einer Mandatsführung stattfinden, ist davon auszugehen, dass die B.\_\_\_\_\_ AG bloss auf die Geltendmachung dieser Aufwendungen verzichtet hat. Damit bleibt es aber bei einem entschädigungsberechtigten Aufwand des Rechtsvertreters der C.\_\_\_\_\_ AG von 8.75 h à Fr. 240.-- zzgl. Fr. 63.--

(gleichbleibende 3 % Pauschalspesen), womit ein Betrag von Fr. 2'163.-- resultiert, welcher in Anwendung von Art. 78 Abs. 1 VRG ebenfalls der Beschwerdeführer zu tragen hat. Die in der Honorarnote des Rechtsvertreters ausgewiesenen 8 % MWST, sind hingegen praxisgemäss nicht erstattungsfähig, weil die C.\_\_\_\_\_ AG gemäss ihrem UID-Registereintrag mehrwertsteuerpflichtig ist. (vgl. dazu PVG 2015 Nr. 19; VGU U 16 91 vom 22. November 2016 E.4).

- 132 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.