



Bau- und Verkehrsdirektion

Reiterstrasse 11
3013 Bern
Telefon +41 31 633 30 11
info.ra.bvd@be.ch
www.bvd.be.ch/ra

BVD 120/2021/10

Entscheid der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) vom 22. April 2021

in der Beschwerdesache zwischen

Herrn C. _____
Beschwerdeführer

vertreten durch Herrn Fürsprecher D. _____

und

Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, Amthaus, Postfach 61, 3714 Frutigen

Baupolizeibehörde der Gemeinde Adelboden, Bauverwaltung, Zelgstrasse 3, Postfach 193,
3715 Adelboden

betreffend die Verfügung des Regierungsstatthalteramts Frutigen-Niedersimmental vom
15. Januar 2021 (bzus 2/2020; Schneebar, Baubewilligungspflicht)

I. Sachverhalt

1. Der Beschwerdeführer eröffnete in der Wintersaison 2019/2020 eine Schneebar, ohne für diese über eine Betriebsbewilligung zu verfügen. Mit E-Mail vom 8. Januar 2019¹ forderte die Gemeinde daher vom Beschwerdeführer das nötige Gesuch ein und wies darauf hin, dass die Schneebar nicht betrieben werden dürfe, solange keine Betriebsbewilligung vorliege. Mit Schreiben vom 22. Januar 2019 reichte der Beschwerdeführer bei der Gemeinde Adelboden ein Gastgewerbegesuch ein für die Erteilung einer Betriebsbewilligung A für das Errichten und Betreiben einer Schneebar «A. _____» mit 25 Stehplätzen, von jeweils Januar bis April, auf Parzelle Adelboden Grundbuchblatt Nr. F. _____ südlich neben der Gästeterrasse des Restaurant B. _____ und angrenzend an ein bestehendes, im Jahr 1989 bewilligtes Kioskgebäude.² Gemäss dem dazu eingereichten Plan soll dieses Vorhaben eine Fläche von 12 m x 12 m aufweisen.³ Der Standort liegt in der Landwirtschaftszone sowie innerhalb der in der Überbauungsordnung Nr. G. _____ vom 23. August 2013⁴ (im Folgenden «ÜO

¹ Vorakten gggb 12/2019, pag. 117.

² Vorakten gggb 12/2019, pag. 14 ff.

³ Vorakten gggb 12/2019, pag. 21.

⁴ Beschlossen durch die Gemeindeversammlung am 30. November 2012, genehmigt durch das AGR am 22. August 2013.

Nr. G. _____») festgelegten Beschneigungsfläche. Auf Nachfrage des Regierungsstatthalteramts hielt der Beschwerdeführer an diesem Gesuch mit Standort der Schneebar innerhalb des Beschneigungsperimeters fest.⁵ Mit Verfügung vom 5. Dezember 2019⁶ wies das Regierungsstatthalteramt das Gesuch um Betriebsbewilligung A für die Schneebar ab und führte aus, diese sei im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens zu überprüfen. Ein Baugesuch habe der Beschwerdeführer bislang nicht einreichen wollen.

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer und die Restaurant B. _____ GmbH am 20. Dezember 2019 Beschwerde bei der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern VOL (seit 1. Januar 2020 Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern WEU).⁷ Sie beantragten die Aufhebung der Verfügung vom 5. Dezember 2019 und die Erteilung der Betriebsbewilligung für den Betrieb der Schneebar von November bis April täglich von 10.00 Uhr bis 00.30 Uhr. Mit ihrer Beschwerde reichten sie ein ausgefülltes Baugesuch ein. Mit Beschwerdeentscheid vom 15. Juni 2020⁸ hob die WEU diese Verfügung von Amtes wegen auf und wies das Regierungsstatthalteramt an, das koordinierte Baubewilligungsverfahren in Sinne der Erwägungen durchzuführen.

Mit Schreiben vom 28. August 2020⁹ eröffnete das Regierungsstatthalteramt das koordinierte Baubewilligungsverfahren und bat die Gemeinde Adelboden, innert sieben Tagen die vorläufige formelle Prüfung des Baugesuchs vorzunehmen. Mit Schreiben vom 29. August 2020¹⁰ teilte der Beschwerdeführer mit, das Baugesuch sei unvollständig; ein vollständig ausgefülltes Baugesuch müsse im heutigen Verfahrensstand auch gar nicht vorliegen. Mit Verfügung vom 10. September 2020¹¹ bat das Regierungsstatthalteramt den Beschwerdeführer um Mitteilung, ob er eine Fortsetzung des koordinierten Baubewilligungsverfahrens oder ein Verfahren auf Feststellung der Baubewilligungspflicht beantrage. Im ersteren Fall sei das unvollständige Baugesuch zu vervollständigen. Mit Eingabe vom 14. September 2020¹² beantragte der Beschwerdeführer den Erlass einer Feststellungsverfügung zur Frage der Baubewilligungspflicht der Schneebar. Nach Rückfrage des Regierungsstatthalteramts korrigierte der Beschwerdeführer die Betriebszeiten der beabsichtigten Schneebar mit Schreiben vom 2. Oktober 2020¹³ auf jeweils Dezember bis April. Zudem bestätigte er, dass er die Öffnungszeiten gemäss Art. 11 GGG¹⁴ beantragt, d.h. von 05.00 Uhr bis 00.30 Uhr des darauffolgenden Tages.

2. Gestützt auf eine Aufforderung des Regierungsstatthalteramts nahm das Amt für Gemeinden und Raumordnung (AGR) mit Schreiben vom 2. November 2020¹⁵ zur Frage der Baubewilligungspflicht der Schneebar Stellung. Mit Feststellungsverfügung vom 15. Januar 2021 verfügte das Regierungsstatthalteramt Folgendes:

- «1. Es wird festgestellt, dass der Betrieb der Schneebar mit 25 Stehplätzen, von jeweils Dezember bis April, von 05.00 Uhr bis 00.30 Uhr des darauffolgenden Tages, innerhalb der in der Überbauungsordnung Nr. G. _____ festgelegten Beschneigungsfläche (Adelboden, Gbbl. Nr. F. _____; Landwirtschaftszone) einer Baubewilligung bedarf.

⁵ Vorakten gggb 12/2019, pag. 7.

⁶ Vorakten gggb 12/2019, pag. 2 ff.

⁷ Vorakten gggb 12/2019, pag. 196 ff.

⁸ Vorakten gggb 12/2019, pag. 156 ff.

⁹ Vorakten gggb 12/2019, pag. 223.

¹⁰ Vorakten gggb 12/2019, pag. 221.

¹¹ Vorakten gggb 12/2019, pag. 214.

¹² Vorakten gggb 12/2019, pag. 210.

¹³ Vorakten gggb 12/2019, pag. 206 f.

¹⁴ Gastgewerbegesetz vom 11. November 1993 (GGG; BSG 935.11).

¹⁵ Vorakten bzus 2/2020, pag. 24 f.

2. Der Gesuchsteller hat nach Eintritt der Rechtskraft zur Fortsetzung des koordinierten Baubewilligungsverfahrens (eBau 2020-1976) ein vollständiges Baugesuch bei der Einwohnergemeinde Adelboden einzureichen.
3. Die Gebühr für das vorliegende Verfahren beträgt CHF 500.00. Die Rechnung folgt nach Rechtskraft der Verfügung mit separater Post.
4. Parteikosten werden keine gesprochen.
5. [Eröffnung]»

3. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 27. Januar 2021 Beschwerde bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) ein. Er beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Es sei zudem festzustellen, dass für den gastgewerblichen Betrieb einer Schneebar westlich des baubewilligten Kiosks mit Ausschank im Kiosk auf Adelboden Grundbuchblatt Nr. F. _____ keine Baubewilligungspflicht bestehe.

4. Das Rechtsamt, das die Beschwerdeverfahren für die BVD leitet¹⁶, führte den Schriftenwechsel durch und holte die Vorakten ein. Mit Eingabe vom 26. Februar 2021 nahm das Regierungsstatthalteramt zur Beschwerde Stellung, ohne einen Antrag zu stellen. Das AGR beantragt mit Stellungnahme vom 1. März 2021 die Abweisung der Beschwerde. Von der Gemeinde ging innert Frist keine Stellungnahme ein.

Mit unaufgeforderter Eingabe vom 15. Februar 2021 ersuchte der Beschwerdeführer, die vom Regierungsstatthalteramt im ebenfalls hängigen Beschwerdeverfahren BVD 120/2020/86 «Parkieren bei der Talstation Aebi-Sillerenbühl» eingereichten Akten zum vorliegenden Beschwerdeverfahren beizuziehen. Mit Verfügung vom 23. März 2021 erkannte das Rechtsamt die vom Regierungsstatthalteramt im Verfahren RA Nr. 120/2020/86 (Parkieren bei der Talstation Aebi-Sillerenbühl) eingereichten Vorakten «aufun 2/2019, Aufsichtsrechtliche Untersuchung» zu den Akten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens. Auf Aufforderung des Rechtsamts reichte die Gemeinde mit Eingabe vom 25. März 2021 sodann die Baubewilligung vom 14. Dezember 1989 für einen «Getränke- und Schnellimbisskiosk» inkl. Pläne und dazugehörigen Akten ein. Der Beschwerdeführer reichte schliesslich weitere Eingaben vom 31. März 2021 und vom 16. April 2021 ein.

5. Auf die Rechtsschriften wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Erwägungen

1. Eintretensvoraussetzungen

a) Angefochten ist ein Entscheid eines Regierungsstatthalteramts nach Art. 48 Abs. 2 Bst. a BewD¹⁷, mit welchem dieses die Baubewilligungspflicht des umstrittenen Vorhabens feststellte. Ein solcher Entscheid unterliegt der Beschwerde nach Art. 49 BauG^{18,19}. Nach dieser Bestimmung können baupolizeiliche Verfügungen nach Art. 45 bis 48 BauG innert 30 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde bei der BVD angefochten werden. Die BVD ist für die Beurteilung der Beschwerde zuständig.

¹⁶ Art. 7 der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Bau- und Verkehrsdirektion (Organisationsverordnung BVD, OrV BVD; BSG 152.221.191).

¹⁷ Dekret vom 22. März 1994 über das Baubewilligungsverfahren (Baubewilligungsdekret, BewD; BSG 725.1).

¹⁸ Baugesetz vom 9. Juni 1985 (BauG; BSG 721.0).

¹⁹ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Band I, 5. Aufl., Bern 2020, Art. 49 N. 2a.

b) Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch die Feststellung der Baubewilligungspflicht der Schneebar unmittelbar betroffen und damit zur Beschwerdeführung legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde wird eingetreten.

2. Ausgangslage und Rechtliches

a) Vorliegend ist umstritten, ob das Errichten und Betreiben einer Schneebar mit 25 Stehplätzen in den Monaten Dezember bis April mit täglichen Öffnungszeiten von 05.00 Uhr bis 00.30 Uhr des darauffolgenden Tages auf Parzelle Adelboden Grundbuchblatt Nr. F._____ westlich angrenzend an das im Jahr 1989 bewilligte Kioskgebäude²⁰ baubewilligungspflichtig ist. Unbestritten ist, dass sich die geplante Schneebar und das bestehende Kioskgebäude in der Landwirtschaftszone sowie innerhalb der in der ÜO Nr. G._____ festgelegten Beschneigungsfläche befinden. Als Ausschankraum soll das bestehende Kioskgebäude dienen. Der Beschwerdeführer verfügt aktuell auf der Parzelle Adelboden Grundbuchblatt Nr. F._____ über zwei gastgewerbliche Betriebsbewilligungen: Eine Bewilligung A (ganzjährig) für das Restaurant B._____ mit zwei Ausschankräumen im Innern und einem Ausschankraum im Freien auf der Terrasse²¹ sowie eine Bewilligung A (Dezember bis April von 05.00 Uhr bis 00.30 Uhr des darauffolgenden Tages) für eine Schneebar im Freien ausserhalb der Beschneigungsfläche der ÜO Nr. G._____, angrenzend an die Terrasse mit 25 Stehplätzen²².

b) Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Der Begriff der «Bauten und Anlagen» ist ein bundesrechtlicher. Die Kantone können den Kreis der nach dem RPG bewilligungspflichtigen Vorkehren nicht einschränken, sondern höchstens ausdehnen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als bewilligungsbedürftige Bauten und Anlagen «jedenfalls jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und die Nutzungsordnung zu beeinflussen vermögen, weil sie entweder den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen».²³ Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit deren Realisierung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Das Bundesgericht folgt einer wirkungsbezogenen Betrachtungsweise, wonach es in erster Linie auf qualitative und weniger auf quantitative Aspekte ankommt. Daher können gewisse Vorhaben vor allem wegen ihres Betriebs und weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage baubewilligungspflichtig sein. Folgerichtig können auch reine Zweckänderungen (Umnutzungen ohne bauliche Massnahmen) der Baubewilligungspflicht unterstehen. Baubewilligungspflichtig sind auch Fahrnisbauten, welche über einen nicht unerheblichen Zeitraum ortsfest verwendet werden.²⁴

Der bernische Gesetzgeber hat die baubewilligungspflichtigen und baubewilligungsfreien Vorhaben gemäss den bundesrechtlichen Vorgaben in den Art. 1a und Art. 1b BauG in genereller Art und Weise definiert und im Bewilligungsdekret festgelegt, welche geringfügigen Vorhaben keiner Baubewilligung bedürfen. Art. 1a Abs. 2 BauG hält explizit fest, dass grundsätzlich auch Zweckänderungen baubewilligungspflichtig sind. Art. 6 Abs. 1 Bst. c BewD sieht aber vor, dass das Unterhalten und Ändern – einschliesslich das Umnutzen – von Bauten und Anlagen keiner

²⁰ Kleine Baubewilligung vom 14. Dezember 1989, bewilligt als «Getränke- und Schnellimbisskiosk».

²¹ Betriebsbewilligung A vom 9. Juni 2010, gggb 46/2010.

²² Betriebsbewilligung A vom 16. November 2020, gggb 11/2019)

²³ BGE 123 II 256 E. 3, 119 Ib 222 E. 3.a

²⁴ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N. 10 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung.

Bewilligung bedarf, wenn keine bau- oder umweltrechtlich relevanten Tatbestände betroffen sind. Solche Tatbestände sind betroffen, wenn Zonen- und Abstandsvorschriften oder die Umweltschutzgesetzgebung berührt werden oder wenn es zu einer wesentlichen Mehrbelastung der Erschliessungsanlagen kommt.²⁵ Gemäss Art. 6 Abs. 1 Bst. o BewD bedarf das Aufstellen einer kleinen Fahrnisbaute wie eine Verpflegungs- und Verkaufsstätte, eine Servicestation für Sport- und Freizeitgeräte oder ein Kleinskilift während einer Dauer von bis zu sechs Monaten pro Kalenderjahr keiner Baubewilligung. Gemäss der BSIG-Weisung «Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Artikel 1b BauG»²⁶ gelten Bauten als „klein“ im Sinne dieser Bestimmung, wenn sie eine Fläche von 10 m² nicht übersteigen. Liegt ein Bauvorhaben nach Art. 6 oder 6a BewD schliesslich ausserhalb der Bauzone und ist es geeignet, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem es zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändert, die Erschliessung belastet oder die Umwelt beeinträchtigt, ist es baubewilligungspflichtig (Art. 7 Abs. 1 BewD).

Gemäss einer BSIG-Weisung zu «gastgewerblichen Einrichtungen in der Landwirtschaftszone»²⁷ sind etwa das gelegentliche Bewirten von Gästen durch Alphirtinnen und Alphirte während der Sömmerung, das gelegentliche Bewirten von Gästen durch Landwirte (z.B. 1. August-Brunches, Bure Zmorge) und Schneebars / Schnee-Iglus als Einrichtungen im Freien am Rand von Skipisten unter bestimmten Voraussetzungen baubewilligungsfrei.

3. Baubewilligungspflicht der Schneebar

a) Die Vorinstanz bejahte im angefochtenen Entscheid die Baubewilligungspflicht der umstrittenen Schneebar. Ein Baubewilligungsverfahren sei nötig, um zu überprüfen, ob das Vorhaben mit der ÜO Nr. G. _____ in Einklang stehe. Die in der ÜO Nr. G. _____ markierten Beschneiungsflächen seien zugleich auch Skipisten. Die Schneebar befinde sich inmitten der Beschneiungsfläche/Piste und liege somit nicht am Pistenrand. Das Erstellen und der beabsichtigte Betrieb der Schneebar könne die bestehende Nutzungsordnung beeinflussen. Deshalb sei anlässlich eines Baubewilligungsverfahrens zu prüfen, ob das Betreiben der Schneebar im Einklang mit der Nutzungsordnung bzw. den Überbauungsvorschriften stehe. Auch die Frage, ob die Schneebar an diesem Standort unmittelbar mit dem Tourismusbetrieb in Zusammenhang stehe und diesen nicht behindere, sei im Baubewilligungsverfahren zu überprüfen. Das betroffene Grundstück liege zudem neben einem landwirtschaftlichen Gewerbe mit Wohnhaus. Es sei nicht auszuschliessen, dass aufgrund der beantragten Öffnungszeiten in den Abend- und Nachtstunden Lärmimmissionen auftreten. Das Vorhaben bedürfe daher einer präventiven Kontrolle. Ob das bestehende und im Jahr 1989 bewilligte Kioskgebäude besitzstandsgeschützt sei, könne offen bleiben. Aus der damaligen Bewilligung sei nicht ersichtlich, dass diese ebenfalls das Erstellen und Betreiben einer Schneebar neben dem Kioskhäuschen beinhalte. Ohnehin sei eine Schneebar als nicht mit dem Boden fest verbundene Einrichtung nicht besitzstandsgeschützt und der Beschwerdeführer liefere keine Beweise, dass der Betrieb einer Schneebar auf der fraglichen Fläche in der Vergangenheit ohne grösseren Unterbruch ausgeübt worden sei. Selbst wenn der Beschwerdeführer schliesslich die Masse der Schneebar von den beantragten 12 m x 12 m reduzieren sollte, ändere dies aufgrund von Art. 7 BewD nichts an der Baubewilligungspflicht. Für die Beurteilung der Baubewilligungspflicht sei nicht primär die Grösse der Schneebar massgebend, sondern vielmehr der Standort innerhalb der Beschneiungsfläche.

²⁵ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 1a N 24;

²⁶ Bernische Systematische Information Gemeinden BSIG Nr. 7/725.1/1.1 «Baubewilligungsfreie Bauten und Anlagen nach Artikel 1b BauG» vom 25. April 2019, S. 11.

²⁷ Bernische Systematische Information Gemeinden BSIG Nr. 9/935.11/1.1 «Gastgewerbliche Einrichtungen in der Landwirtschaftszone» vom 25. April 2019, Ziff. 4.

b) Der Beschwerdeführer bestreitet die Baubewilligungspflicht der Schneebar. Er habe aufgezeigt, dass die geplante Schneetheke, ob rechtwinklig oder als Segment, eine Grundfläche von weniger als 10 m² aufweise, weshalb diese gestützt auf Art. 6 Abs. 1 BewD und die BSIG 9/935.11/1.1 nicht baubewilligungspflichtig sei. Die Feststellung der Vorinstanz, wonach die Schneebar 12 m x 12 m aufweise, sei falsch. Eine Bar sei immer gewerblich betrieben, die Bewilligungspflicht hänge nicht von der Art der Nutzung ab. Die ÜO Nr. G. _____ beinhalte keine gesetzliche Grundlage, um das Vorhaben der Baubewilligungspflicht zu unterstellen. Die Schneetheke sei sodann nicht dauerhaft, sei nicht fest mit dem Boden verbunden, verändere weder den Raum noch belaste sie die Erschliessung oder die Umwelt zusätzlich. Er werde die ohne Baubewilligungsverfahren gastgewerblich bewilligte Schneetheke ausserhalb der Beschneigungsfläche einstellen, sobald er die hier umstrittene Schneetheke betreiben dürfe. Durch diese Schliessung könne ausgeschlossen werden, dass die Auswirkungen auf Raum, Umwelt und Erschliessung zunehmen würden. Es trete keine Mehrbelastung, sondern vielmehr eine Verbesserung ein, da sich die Wege zwischen Kiosk und Bar verkürzen würden und der Durchgang zwischen Kiosk und Schneeterrasse wieder geöffnet werden könne. Es würden mit der umstrittenen Schneebar keine zusätzlichen Interessen der Öffentlichkeit oder der Nachbarn tangiert. Die Gelände-/Zugangssicherung auf dem Privatgrundstück sei ausschliesslich Sache von ihm als Werkeigentümer. Da die Auswirkungen geringer würden, bestehe kein Bedürfnis einer präventiven Kontrolle. Gemäss den Bestimmungen zur ÜO seien die Skipisten, Ski- und Wanderwege sowie Beschneigungsflächen vertraglich sicherzustellen. Betreffend der Parzelle Adelboden Grundbuchblatt Nr. F. _____ bestehe keine entsprechende vertragliche Vereinbarung, weshalb kein Dritter ein Recht habe, über dieses Grundstück eine Skipiste anzulegen. Die Bar liege weiter am Rande einer Skipiste, da über sein Grundstück keine Piste führe. Die Schneebar sei als touristische Anlage zonenkonform, eine Schneebar, auch innerhalb der Beschneigungsfläche, entspreche dem Zweck der ÜO.

Weiter argumentiert der Beschwerdeführer, die bewilligungsfreie Schneebar sei Bestandteil der 1989 erteilten «Baubewilligung Kiosk». So sei die Schneebar an diesem Standort von seinem Vorgänger jahrelang bewilligungsfrei als Teil des Kiosks betrieben worden. Der Kiosk bilde mit der Schneetheke eine betriebliche Einheit. Mit dem Einstellen des Betriebes als Schneebar sei weder die Baubewilligung für den Kiosk noch die Tolerierung des Betriebs der damit zusammenhängenden, vor Erlass der ÜO legal betriebenen, baubewilligungsfreien Schneetheke gegenstandslos geworden. Im Ingress zum GBR stehe, dass aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten und Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt würden. Dies bedeute, dass die Schneebar, die vor Erlass des GBR 2014 baubewilligungsfrei gewesen sei, bewilligungsfrei bleibe.

c) Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, die Schneebar am ersuchten Standort sei Teil der Baubewilligung vom 14. Dezember 1989 für den «Getränke- und Schnellimbisskiosk» und gelte damit bereits als bewilligt, so kann ihm nicht gefolgt werden. Aus den von der Gemeinde edierten Akten zu diesem Baubewilligungsverfahren²⁸ ergibt sich, dass das Bauvorhaben sowohl im Baugesuch als auch in der Bewilligung einzig mit «Aufstellen eines Getränke- und Schnellimbisskioskes» umschrieben ist. Auch in den massgebenden Plänen ist einzig dieser Kiosk, nicht jedoch eine Schneebar eingezeichnet. In einer Beilage (Entscheid des Kantonalen Amts für Fremdenverkehr vom 6. Dezember 1989) wird zwar erwähnt, dass der Gesuchsteller beabsichtige, vor diesem Kiosk eine Schneebar mit rund 15 Stehplätzen und einigen Tischen zu platzieren. Dies ändert aber nichts daran, dass eine Schneebar nicht Teil der erteilten Baubewilligung war. Wieso die Schneebar mit dem Kiosk eine betriebliche Einheit bilden sollte, ist nicht erkennbar. Für den Betrieb des Kiosks ist keine Schneebar erforderlich. Selbst wenn dies

²⁸ Baugesuchsakten zum Baugesuch Nr. 10/44/98 mit Baubewilligung vom 14. Dezember 1989, eingereicht von der Gemeinde mit Eingabe vom 25. März 2021.

der Fall wäre, liesse sich aus dem Argument der betrieblichen Einheit nicht ableiten, dass die weder im Baugesuch noch in den Plänen aufgeführte Schneebar als mitbewilligt gelten könnte.

Ohnehin scheint der Beschwerdeführer mit seinen Vorbringen in diesem Zusammenhang vielmehr die Ansicht zu vertreten, dass die bereits von seinem Vorgänger an diesem Standort betriebene Schneebar schon damals baubewilligungsfrei war und diese Baubewilligungsfreiheit unter Besitzstandsschutz steht. Es trifft zwar zu, dass gestützt auf die Besitzstandsgarantie nach Art. 3 Abs. 1 BauG aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfreie Bauten oder Anlagen in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt werden. Dennoch gelangt die Besitzstandsgarantie vorliegend aus mehreren Gründen nicht zur Anwendung: So war die vom Vorgänger des Beschwerdeführers angrenzend an die Kioskbaute betriebene Schneebar²⁹ nicht Teil der Baubewilligung für diesen Kiosk (vgl. oben). Der Umstand, dass diese Schneebar vom Vorgänger des Beschwerdeführers erbaut und betrieben wurde und die Gemeinde nicht interveniert hat, bedeutet zudem nicht automatisch, dass diese nach damals geltendem Recht als baubewilligungsfrei galt. Ob dies der Fall war, kann aber offen bleiben. So erstreckt sich die Besitzstandsgarantie zwar auch auf die Fortsetzung der bisherigen Nutzung der Baute oder Anlage im bisherigen Umfang, wenn sie durch eine Rechtsänderung widerrechtlich geworden ist. Diese Nutzung muss aber tatsächlich und ohne grösseren Unterbruch ausgeübt worden sein, wofür die Bauherrschaft die Beweislast trägt. Eine aufgegebene Nutzung kann nicht gestützt auf die Besitzstandsgarantie wiederaufgenommen werden; ausgenommen sind Fälle eines bloss vorübergehenden Nutzungsunterbruchs. Ein Unterbruch während sechs Jahren wurde nicht als bloss vorübergehend erachtet.³⁰ Hier hat der Vorgänger die Schneebar gemäss eigenen Aussagen des Beschwerdeführers bis 2010 betrieben.³¹ Der Beschwerdeführer macht weder geltend noch beweist er, dass er in den Folgejahren diese Schneebar ebenfalls erstellte und betrieb. Gemäss den unwidersprochenen Ausführungen der Vorinstanz (angefochtener Entscheid, Ziff. 9.1) liegen für diese Folgejahre auch keine Betriebsbewilligungen für das Betreiben einer Schneebar an diesem Standort vor und die Betriebsbewilligung aus dem Jahr 2010 für das Restaurant B._____ mit zwei Ausschankräumen im Innern und einem Ausschankraum im Freien auf der Terrasse³² sieht keine Schneebar bzw. einen weiteren Ausschankraum ausserhalb der Terrasse vor. Damit ist mangels Beweis des Gegenteils davon auszugehen, dass die Schneebar an diesem Standort nach 2010 über einen Zeitraum von mehr als sechs Jahren nicht mehr erstellt und betrieben wurde, womit sich der Beschwerdeführer nicht mehr auf die Besitzstandsgarantie berufen kann. Schliesslich ist ebenfalls zu beachten, dass die Besitzstandsgarantie nicht zugunsten von Einrichtungen angerufen werden kann, die nicht fest mit dem Boden verbunden sind und ohne Weiteres verlegt werden können. So schützt die Besitzstandsgarantie nicht die Nutzung als solche, sondern nur die für die Nutzung getätigten Investitionen.³³ Auch aus diesem Grund ist eine Schneebar als nicht fest mit dem Boden verbundene Einrichtung nicht besitzstandsgeschützt.

d) Bei der Beurteilung der Baubewilligungspflicht stellt sich nicht die Frage, ob das umstrittene Vorhaben materiell bewilligungsfähig ist. Soweit der Beschwerdeführer daher vorbringt, die Schneebar sei als touristische Anlage zonenkonform und stehe in Einklang mit der ÜO Nr. G._____ und den dazugehörigen Überbauungsvorschriften (so auch in der Eingabe vom 16. April 2021), ist dies hier nicht zu prüfen.

²⁹ Vgl. Foto Vorakten gggb 12/2019, pag. 232.

³⁰ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2.

³¹ Vgl. Beschwerde, Ziff. III.2 und III.5, wie auch Eingabe vom 20. August 2019, S. 1 (Vorakten gggb 12/2019, pag. 228).

³² Betriebsbewilligung A vom 9. Juni 2010, Vorakten gggb 46/2010, pag. 1.

³³ Aldo Zaugg/Peter Ludwig, a.a.O., Art. 3 N. 2a.

Vorliegend ist unbestritten, dass die Schneebar in der Beschneiungsfläche gemäss ÜO Nr. G._____ sowie in der Landwirtschaftszone zu liegen kommt. Die besagte ÜO ist – entgegen den sinngemässen Vorbringen des Beschwerdeführers in der Eingabe vom 31. März 2021 (S. 1, dritter Abschnitt) – rechtskräftig beschlossen sowie genehmigt³⁴ und damit als Nutzungsplan für jedermann verbindlich (Art. 57 Abs. 2 BauG). Unbesehen der gemäss Art. 5 Abs. 1 der Überbauungsvorschriften verlangten vertraglichen Sicherstellung der in der ÜO festgelegten Skipisten und Beschneiungsflächen sowie der tatsächlichen Situation (keine vertragliche Sicherstellung, derzeit keine Nutzung der Parzelle Adelboden Grundbuchblatt Nr. F._____ als Skipiste³⁵) handelt es sich damit um eine grundeigentümergebunden festgelegte Beschneiungsfläche. Bereits aus diesem Grund besteht ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle der Rechtmässigkeit der Schneebar an diesem Standort. So wird im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens u.a. zu prüfen sein, ob das Vorhaben die Vorgaben von Art. 5 Abs. 2 der Überbauungsvorschriften einhält, wonach in den ausgeschiedenen Flächen nichts unternommen werden darf, das den Schneesportbetrieb beeinträchtigen könnte. Da die geplante Schneebar in der Beschneiungsfläche gemäss ÜO zu liegen kommt, kann nicht von einer Schneebar am Rand einer Skipiste im Sinne der BSIG-Weisung 9/935.11/1.1 gesprochen werden. Vielmehr ist – der Ansicht der Vorinstanz entsprechend – davon auszugehen, dass die in der ÜO ausgeschiedenen Beschneiungsflächen zugleich auch Skipisten darstellen, ansonsten diese Ausscheidung als Beschneiungsfläche keinen Sinn machen würde. Selbst wenn diese Fläche nicht als Piste bezeichnet werden könnte, so bleibt die Berücksichtigung als rechtskräftig ausgeschiedene Beschneiungsfläche, was eine Abweichung von der erwähnten BSIG (als unverbindliche Verwaltungsverordnung) rechtfertigt.

Was die Grösse der Schneebar anbelangt, so hat der Beschwerdeführer diese im Plan als Beilage seines Gesuchs um Betriebsbewilligung vom 22. Januar 2019³⁶ selber mit den Massen 12m x 12m eingetragen. Davon ist grundsätzlich auszugehen. Selbst wenn jedoch die ersuchte Schneebar – gemäss den mit Schreiben vom 8. November 2020 eingereichten Skizzen³⁷ – in kreisförmiger oder hufeisenartiger Form mit etwas kleinerer Grundfläche realisiert werden sollte, ändert dies nichts an der Baubewilligungspflicht. Entscheidend dafür ist einerseits – wie ausgeführt – die Lage in der Beschneiungsfläche gemäss ÜO und die damit verbundene Notwendigkeit auf Überprüfung des Vorhabens auf Vereinbarkeit mit den massgebenden Überbauungsvorschriften. Andererseits liegt die Schneebar zusätzlich ausserhalb der Bauzone, womit Art. 7 Abs. 1 BewD zur Anwendung gelangt. Danach sind Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone unbesehen von Art. 6 und 6a BewD baubewilligungspflichtig, wenn sie geeignet sind, die Nutzungsordnung zu beeinflussen, indem sie zum Beispiel den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen. Davon ist bei einer Schneebar mit 25 Stehplätzen mit täglichen Betriebszeiten von Dezember bis April von 05.00 Uhr bis 00.30 Uhr des darauffolgenden Tages – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – auszugehen. So ist bei der Beurteilung der Frage der Baubewilligungspflicht nicht nur die Schneebar als eigentliche konstruktive Baute zu berücksichtigen, entscheidend sind vielmehr die Folgen des Betriebs dieser Bar. Wie bereits ausgeführt können gewisse Vorhaben vor allem wegen ihres Betriebs und weniger wegen ihrer konstruktiven Anlage baubewilligungspflichtig sein. Hier sind neben der Schneebar 25 Stehplätze beantragt. Die beanspruchte Fläche in der Beschneiungszone beschränkt sich nicht nur auf die Fläche der eigentlichen Bar. Vielmehr werden die Besucherinnen und Besucher in einem grösseren Umkreis um die Bar stehen und es wird Platz beansprucht für Skiständer und Abgrenzungsmaterial. Damit geht mit der Bar und deren Nutzung eine erhebliche Veränderung des Raums einher. Daran ändern auch die Tatsachen nichts, dass der bestehende Kiosk bereits

³⁴ Vgl. FN 4.

³⁵ Ein entsprechendes Verbot ist gemäss Ausführungen des Beschwerdeführers allerdings strittig und Gegenstand eines Verfahrens beim Regionalgericht Oberland.

³⁶ Vorakten gggB 12/2019, pag. 21.

³⁷ Vorakten bzus 2/2020, pag 13 f.

heute genutzt wird und der Beschwerdeführer über eine Betriebsbewilligung für eine Schneebar angrenzend an die Terrasse ausserhalb der Beschneiungsfläche verfügt. Selbst wenn er diese Schneebar wieder einstellen sollte, sobald er die hier strittige Schneebar erstellen und betreiben darf, so befreit ihn dies nicht von der Baubewilligungspflicht für Letztere. Erstens fehlt eine Verpflichtung zur Einstellung der gastgewerblich bewilligten Schneebar angrenzend an die Terrasse, so dass schon aus diesem Grund fraglich ist, ob dieser Umstand hier überhaupt zu berücksichtigen ist. Zweitens verlagert sich die Nutzung bei Realisierung der hier umstrittenen Schneebar und Schliessung der gastgewerblich bewilligten Schneebar angrenzend an die Terrasse stärker in die Beschneiungsfläche, da nicht nur die Bar innerhalb dieses Bereichs liegt, sondern sich auch die Gäste vermehrt in diesem Bereich aufhalten werden. Selbst wenn also die Mehrbelastung auf der Parzelle Adelboden Grundbuchblatt Nr. F. _____ insgesamt nicht zunehmen sollte, so steigt jedenfalls die Mehrbelastung auf der Fläche, welche in der Beschneiungszone zu liegen kommt. Schliesslich ist das Betreiben einer Schneebar bis nach Mitternacht mit Emissionen verbunden, weshalb unabhängig von der bisherigen Nutzung ein öffentliches und nachbarliches Interesse an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Insgesamt ergibt sich die Baubewilligungspflicht damit direkt aus Art. 7 Abs. 1 BewD, womit die Frage offen bleiben kann, ob die Schneebar unter eine Bestimmung von Art. 6 oder Art. 6a fallen würde. Die Einwände des Beschwerdeführers erweisen sich als unbegründet.

e) Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, die E. _____ AG betreibe auf der Silleren eine Restaurantterrasse, welche im Beschneiungsmeter der ÜO Nr. G. _____ liege. Im Sommer werde dort auf dem Vorplatz westlich des Restauranteingangs in der Beschneiungszone gewirtet, im Winter stünden dort ca. 20 Skiständer. Nördlich der Bergstation betreibe die E. _____ AG einen Pumptrack in der Beschneiungsfläche und es werde eine Fotokamera mit Sitzgondel einbetoniert. Bewilligt seien diese Bauten und Anlagen nicht, sie würden jedoch geduldet. Das nachträgliche Baubewilligungsverfahren sei derzeit hängig. Mit Eingabe vom 16. April 2021 bezieht sich der Beschwerdeführer erneut auf dieses Verfahren und reicht Unterlagen hierzu ein.

Es ist unklar, was der Beschwerdeführer aus diesen Vorbringen für die Frage der Baubewilligungspflicht seiner Schneebar ableiten will. Eine Gleichbehandlung im Unrecht scheint er nicht geltend zu machen, bringt er doch selber vor, dass in Zusammenhang mit diesen Bauvorhaben der E. _____ AG (Erweiterung der Terrasse, Pumptrack, fest installierte Fotokamera, mobile Ausstellungsgondel) ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren läuft.³⁸ Ohnehin sind diese Vorhaben mit der vorliegend umstrittenen Schneebar nicht vergleichbar. Zudem gibt der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, dem Bürger grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht nur ausnahmsweise ein Anspruch, wenn die Behörde nicht nur in einem oder einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz abweicht und zu erkennen gibt, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform handeln werde. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

Gleiches gilt im Übrigen für das vom Beschwerdeführer in der Eingabe vom 31. März 2021 erwähnte Schneedepot hinter dem Kiosk.

f) Schliesslich bringt der Beschwerdeführer in der Eingabe vom 15. Februar 2021 vor, die Gemeindeschreiberin habe sich bei der Regierungsstatthalterin erkundigt, ob die Schneebar baubewilligungsfrei sei. Die Antwort sei negativ ausgefallen. Darauf habe sich der Beschwerdeführer verlassen dürfen.

Der Beschwerdeführer beruft sich mit diesem Einwand auf den Vertrauensschutz. Der Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in

³⁸ Vgl. Baupublikation in der Beschwerdebeilage 9.

behördliche Zusicherungen bzw. falsche Auskünfte. Vorausgesetzt wird, dass die Auskunft für einen bestimmten Einzelfall aufgrund einer vollständigen und richtigen Darstellung des Sachverhalts vorbehaltlos erteilt wurde, die Amtsstelle zur Auskunftserteilung zuständig war oder gutgläubig als zuständig erachtet werden durfte, die Unrichtigkeit der Auskunft bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit nicht ohne Weiteres erkennbar war, im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft unwiderrufliche oder nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen wurden und die Rechtslage sich seit der Auskunftserteilung nicht geändert hat. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit eine Auskunft Rechtswirkungen entfalten kann. Ist bereits eine der Voraussetzungen nicht gegeben, erübrigt es sich, die anderen Voraussetzungen zu prüfen.³⁹

Vorliegend führte die Gemeindeschreiberin in einer E-Mail vom 22. Januar 2019 an den Beschwerdeführer zwar aus, der Gemeinde sei nach Rücksprache mit der Regierungsstatthalterin mitgeteilt worden, dass für den Betrieb der Schneebar keine Baubewilligung notwendig sei, jedoch zwingend eine gastgewerbliche Betriebsbewilligung vorliegen müsse.⁴⁰ Der Beschwerdeführer kann sich jedoch nicht auf den Vertrauensschutz berufen, da die Schneebar im Zeitpunkt der falschen Auskunftserteilung bereits erstellt war und er diese daher nicht erst im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft gebaut hat. Die Rüge erweist sich daher als unbegründet.

4 Ergebnis, Beweismittel, Kosten

a) Insgesamt untersteht die Schneebar mit 25 Stehplätzen mit täglichen Betriebszeiten von Dezember bis April von 05.00 Uhr bis 00.30 Uhr des darauffolgenden Tages der Baubewilligungspflicht. Der Entscheid des Regierungsstatthalteramts ist in Abweisung der Beschwerde zu bestätigen.

b) Die massgeblichen Sachverhaltselemente konnten anhand der zur Verfügung stehenden Akten überprüft bzw. festgestellt werden. Auf die vom Beschwerdeführer beantragte Edition verschiedener weiterer Akten konnte daher verzichtet werden, da von diesen Unterlagen keine relevanten Erkenntnisse zu erwarten waren. Diese sogenannte antizipierte Beweiswürdigung verletzt den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht.⁴¹

c) Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdeführer. Er hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Diese werden bestimmt auf eine Pauschalgebühr von CHF 1000.00 (Art. 103 Abs. 2 VRPG i.V.m. Art. 19 Abs. 1 GebV⁴²). Parteikosten werden keine gesprochen (Art. 104 VRPG).

III. Entscheid

³⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 668 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, S. 163 ff.

⁴⁰ Vorakten gggg 12/2019, pag. 1117.

⁴¹ BVR 2012 S. 252 E. 3.3.3, mit Hinweisen.

⁴² Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung, GebV; BSG 154.21).

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Die Verfügung des Regierungsstatthalteramtes Frutigen-Niedersimmental vom 15. Januar 2021 wird bestätigt.
2. Die Verfahrenskosten von CHF 1000.00 werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt. Eine separate Zahlungseinladung folgt, sobald dieser Entscheid in Rechtskraft erwachsen ist.
3. Es werden keine Parteikosten gesprochen.

IV. Eröffnung

- Herrn Fürsprecher D._____, eingeschrieben
- Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental, per Mail
- Baupolizeibehörde der Gemeinde Adelboden, Bauverwaltung, eingeschrieben
- Amt für Gemeinden und Raumordnung, per Mail

Bau- und Verkehrsdirektion

Der Direktor

Christoph Neuhaus
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Dieser Entscheid kann innert 30 Tagen seit seiner Eröffnung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Speichergasse 12, 3011 Bern, angefochten werden. Eine allfällige Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die mindestens in vier Exemplaren einzureichen ist, muss einen Antrag, die Angabe von Tatsachen und Beweismitteln, eine Begründung sowie eine Unterschrift enthalten; der angefochtene Entscheid und andere greifbare Beweismittel sind beizulegen.