

# FR\_GERICHTE 602 2021 161 vom 14. Februar 2022

FR Kantonsgericht, 2022-02-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_602\\_2021\\_161](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_602_2021_161)

FR: FR\_GERICHTE 602 2021 161 du 14 février 2022

IT: FR\_GERICHTE 602 2021 161 del 14 febbraio 2022

## Regeste

Urteil des II. Verwaltungsgerichtshofes des Kantonsgerichts | Raumplanung und Bauwesen

## Erwägungen

### E. 1

Das Kantonsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 141 Abs. 1 des kantonalen Raumplanungs- und Baugesetzes vom 2. Dezember 2008 [RPBG; SGF 710.1] in Verbindung mit Art. 114 Abs. 1 lit. a und c des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege [VRG; SGF 150.1]). Der Beschwerdeführer ist zur ideellen Verbandsbeschwerde legitimiert (Art. 141 Abs. 4 RPBG, Anhang 1 der Verordnung des Bundesrats vom 27. Juni 1990 über die Bezeichnung der im Bereich des Umweltschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes beschwerdeberechtigten Organisationen [VBO; SR 814.076] und Art. 76 lit. b VRG). Die Beschwerdefrist wurde eingehalten (Art. 79 Abs. 1 VRG). Auch wurde der Kostenvorschuss rechtzeitig bezahlt (Art. 128 VRG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

### E. 2

Mit der Beschwerde an das Kantonsgericht können die Verletzung des Rechts einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 77 VRG). Die Unangemessenheit kann im hier zu beurteilenden Verfahren – soweit sich überhaupt entsprechende Ermessensfragen stellen –

Kantonsgericht KG Seite 5 von 13 nur im Rahmen von Art. 33 Abs. 3 lit. b RPG in Verbindung mit Art. 78 Abs. 2 lit. c VRG gerügt werden.

### E. 3

Vorliegend ist unbestritten, dass das Vorhaben des Beschwerdegegners – nämlich die Ausdehnung des Buvetten-Betriebs bei der "Buvette des Sattels" in Jaun auf die Wintermonate – gestützt auf Art. 22 Abs. 1 RPG einer Baubewilligung (bzw. einer Änderung der bestehenden Baubewilligung von 2012) bedarf. Weiter ist unbestritten, dass das streitige Vorhaben in der Landwirtschaftszone nicht zonenkonform ist (siehe Art. 16a RPG).

### E. 4.1

Gemäss Art. 24 RPG (Grundtatbestand) können nicht zonenkonforme Bauten in der Landwirtschaftszone errichtet werden, wenn ihr Zweck einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (lit. a) und keine überwiegenden Interessen entgegenstehen (lit. b). Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 116 Ib 228 E. 3 mit Hinweis). Nach der erleichterten Ausnahmebestimmung von Art. 24b Abs. 1 RPG können, wenn landwirt-

schaftliche Gewerbe im Sinne des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht (BGBB; SR 211.412.11) ohne ein Zusatzeinkommen nicht weiter bestehen können, bauliche Massnahmen zur Einrichtung eines betriebsnahen nichtlandwirtschaftlichen Nebenbetriebs in bestehenden Bauten und Anlagen bewilligt werden. Der Nachweis der Standortgebundenheit (im Sinne von Art. 24 lit. a RPG) entfällt für nichtlandwirtschaftliche Nebenbetriebe (Art. 24b Abs. 1 Satz 2 RPG). Hingegen ist die Prüfung gemäss Art. 24 lit. b RPG, wonach dem Vorhaben keine überwiegenden Interessen entgegenstehen dürfen, dennoch vorzunehmen (siehe Urteil BGer 1A.37/2004 vom 13. Juli 2004 E. 2.2).

#### **E. 4.2**

Die RIMU hat in der angefochtenen Sonderbewilligung geschlossen, dass eine Öffnung der Buvette im Winter nach Art. 24b RPG nicht bewilligt werden könne, denn die eigentliche landwirtschaftliche Bewirtschaftung – nämlich die Führung eines Sömmerungsbetriebs – finde nur während des Sommers statt. Dies wird auch vom Beschwerdegegner zu Recht nicht bestritten. Ergänzend kann noch auf die rechtlichen Ausführungen im Urteil KG FR 602 2021 26 und 50 vom 5. Juli 2021 E. 5 und 6 hingewiesen werden (hinsichtlich des Terrassenbetriebs bei der "Buvette des Sattels" – wobei dafür nach den Feststellungen des Kantonsgerichtes im Gegensatz zum nun streitigen Winterbetrieb bauliche Massnahmen getroffen wurden). Die Vorinstanzen haben daraufhin geprüft, ob die Voraussetzungen nach dem vorerwähnten Grundtatbestand von Art. 24 RPG erfüllt sind; sie haben dies im Ergebnis bejaht und folglich die Bewilligungen ausgestellt.

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdeführer rügt in seiner Beschwerde dieses Prüfschema der Vorinstanzen, wonach erst die Anwendung von Art. 24b RPG geprüft und verworfen und sodann jene von Art. 24 RPG geprüft wurde: Seiner Ansicht nach würden die Art. 24a-24e RPG die Umnutzungen und Ergänzungen von bestehenden landwirtschaftlichen Bauten und Anlagen zu nicht zonenkonformen Zwecken im Sinne einer lex specialis abschliessend regeln. Die Vorinstanzen wären – nachdem sie festgestellt hätten, dass es sich beim streitigen Vorhaben um eine Umnutzung einer bestehenden landwirtschaftlichen Baute zu nicht zonenkonformen Zwecken handle – verpflichtet gewesen, die lex specialis zur Anwendung zu bringen, d.h. die Erteilung einer Sonderbewilligung gestützt auf Art. 24b RPG zu prüfen – was sie auch gemacht hätten. Weil die Voraussetzungen dafür jedoch nicht erfüllt

Kantonsgericht KG Seite 6 von 13 gewesen seien, hätten sie dann die Erteilung einer Sonderbewilligung nach Art. 24 RPG geprüft und gutgeheissen. Die Vorinstanzen hätten ihr Ermessen überschritten und missbraucht, indem sie auf einen durch ein Spezialgesetz geregelten Tatbestand den Grundtatbestand angewendet hätten. Sie hätten sich zudem widersprüchlich verhalten, da sie erst den Tatbestand von Art. 24b RPG für anwendbar erklärt hätten, schlussendlich aber die Sonderbewilligung auf einen anderen Tatbestand stützten, weil die Voraussetzungen des ersten nicht erfüllt waren. Weiter hätten die Vorinstanzen nach Ansicht des Beschwerdeführers zu Unrecht die Bewilligungen im Jahr 2012 für den Umbau der Alphütte und den Bau einer Buvette für deren Betrieb im Sommer auf Art. 24b Abs. 1ter RPG gestützt, die hier streitigen Bewilligungen für den Betrieb der Buvette im Winter hingegen auf Art. 24 RPG; sie hätten damit die erwähnten Bestimmungen in unzulässiger Weise kombiniert. Während die erste Bestimmung einen

erleichterten Tatbestand behandle, regle die zweite den Grundtatbestand. Das Kantonsgericht habe im Urteil KG FR 602 2021 26 und 50 E. 8.1 betreffend die Baubewilligung für die Terrasse der "Buvette des Sattels" festgestellt, dass es nicht angehen könne, die Sonderbewilligung für den Umbau der Alphütte und Bau der Buvette – und damit für den Innenbetrieb – gestützt auf Art. 24b Abs. 1ter RPG im Rahmen der erleichterten Ausnahmegewilligung zu gewähren, und nun den Bau der Terrasse und mithin auch den entsprechenden Buvetten-Teilbetrieb gestützt auf den Grundtatbestand der Ausnahmegewilligung von Art. 24 RPG zu bewilligen, und folglich den Buvettenbetrieb im Innern der Alphütte einerseits und jenen auf der Terrasse andererseits rechtlich abzutrennen und auf andere Grundlagen abzustützen. Entsprechendes müsse nach Ansicht des Beschwerdeführers auch für den Sommer- und den Winterbetrieb gelten. Es handle sich um dieselbe Buvette und um denselben Innenraum, unabhängig von der Saison.

#### **E. 4.4**

Wie bereits dargestellt, findet sich der Grundtatbestand für die Erteilung von Ausnahmegewilligungen für nicht zonenkonforme Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone in Art. 24 RPG. Diese Bestimmung kommt nach der Lehre und Rechtsprechung subsidiär zu den Tatbeständen über die erleichterte Ausnahmegewilligung zum Zug, welche sich ihrerseits in den Art. 24a-24e RPG befinden. Ist also der Anwendungsbereich von Art. 24 ff. RPG (potentiell) eröffnet, so ist als erstes zu prüfen, ob eine erleichterte Ausnahmegewilligung nach den Vorschriften von Art. 24a-24e RPG erteilt werden kann. Nur wenn dies nicht der Fall ist, muss auf den Grundtatbestand von Art. 24 RPG zurückgegriffen werden (siehe neben anderen WALDMANN/HÄNNI, Raumplanungsgesetz, 2006, Vorbemerkungen zu Art. 24 ff. RPG N. 12 f., mit Hinweisen; BVR 2008 S. 31 ff. E. 2.5. ff., mit weiteren Hinweisen zum Prüfungsschema; BDE 2019 Nr. 59 E. 5; Urteil VGer des Kantons St. Gallen B 2014/182 vom 25. Mai 2016 E. 3.2). Vorliegend haben die Vorinstanzen erst geprüft, ob die erleichterte Ausnahmegewilligung nach Art. 24b RPG erteilt werden kann. Da die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt waren, prüften sie danach die Anwendung des Grundtatbestandes. Dieses Prüfschema ist nach dem Vorgesagten nicht zu beanstanden.

#### **E. 4.5**

Auch schliesst die Bewilligung nach Art. 24b Abs. 1ter RPG für den Betrieb der Buvette in den Sommermonaten nicht grundsätzlich aus, für den Winter eine Bewilligung gestützt auf Art. 24 RPG zu gewähren. So ist es nicht entscheidend, ob das Gesuch des Beschwerdegegners vom 18. November 2016 für die Öffnung der "Buvette des Sattels" im Winter als Gesuch um Änderung der ursprünglichen Sonder- bzw. Baubewilligung von 2012 qualifiziert wird, wie dies die Vorinstanzen formell machten, oder als neues Baubewilligungsgesuch; die entsprechenden Betriebe im Sommer bzw. im Winter lassen sich grundsätzlich klar trennen. Sofern die einschlägigen Voraussetzungen für den Grundtatbestand von Art. 24 RPG (aber nicht für eine erleichterte Ausnahmegewilligung nach Art. 24a-24e RPG) für den Winterbetrieb erfüllt sind, könnte eine entsprechende Bewilligung erteilt werden. So ist es beispielsweise denkbar, dass für ein Restaurant, welches bei einem Skilift

Kantonsgericht KG Seite 7 von 13 an einer beliebten Piste gelegen ist, für die Wintermonate eine Bewilligung nach Art. 24 RPG gewährt wird, und für die Sommermonate aufgrund eines daselbst gelegenen Sommerbetriebs eine Buvette nach

Art. 24b Abs. 1ter RPG bewilligt wird. Dies gilt selbst dann, wenn die strengen Voraussetzungen von Art. 24 RPG für den Sommerbetrieb nicht erfüllt sind, da eben vorerst die erleichterten Ausnahmebestimmungen zu prüfen sind (soweit diese einschlägig sein könnten) und sich die Betriebe im Sommer und im Winter klar auseinanderhalten lassen. Die Ausführungen im erwähnten Urteil des Kantonsgerichts stehen dem nicht entgegen, da sich diese auf die gleichzeitige Führung des Innen- bzw. Aussenbetriebs bezogen, welcher sich nicht ohne weiteres trennen lässt.

#### **E. 4.6**

Der Beschwerdeführer kann daher aus seinen Rügen zum Prüfschema bzw. zur Prüfung des Grundtatbestands nach Art. 24 RPG durch die Vorinstanzen nichts zu seinen Gunsten ableiten.

#### **E. 5.1**

Die Standortgebundenheit nach dem vorgenannten Grundtatbestand von Art. 24 lit. a RPG ist zu bejahen, wenn eine Anlage aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen oder wegen der Bodenbeschaffenheit auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen ist (positive Standortgebundenheit), oder wenn ein Werk aus bestimmten Gründen in einer Bauzone ausgeschlossen ist (negative Standortgebundenheit). Dabei ist nicht erforderlich, dass überhaupt kein anderer Standort in Betracht fällt; es müssen jedoch besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, die den vorgesehenen Standort gegenüber anderen Standorten innerhalb der Bauzone als viel vorteilhafter erscheinen lassen. Dies setzt eine Interessenabwägung voraus, die sich mit derjenigen nach Art. 24 lit. b RPG überschneidet (BGE 136 II 214; Urteile BGer 1C\_877/2013 vom 31. Juli 2014 E. 3.1.1; 1C\_604/2014 vom 12. Mai 2015 E. 2.3).

#### **E. 5.2**

Für die Bejahung der Standortgebundenheit wird verlangt, dass eine bezüglich Betrachtungsraum und Aufwand der konkreten Bedeutung des Falles angemessene Standortevaluation vorgenommen wird, die aufzeigt, dass besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, die den gewünschten Standort ausserhalb der Bauzone als viel vorteilhafter erscheinen lassen als ein Standort innerhalb der Bauzone (MUGGLI, in: Praxiskommentar zum RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, Aemisegger u.a. [Hrsg.], 2017, Art. 24 N. 8). Die beste Lösung innerhalb der Bauzone muss aus objektiver Sicht qualifiziert schlechter sein als die Alternative ausserhalb der Bauzonen. Der Bedürfnisnachweis gehört zur objektiven Begründung des Vorhabens; er muss sowohl die Lage im Nichtbaugebiet und den gewählten Standort als auch die Dimensionierung des Bauvorhabens (z.B. das Raumprogramm und den Flächenbedarf) rechtfertigen können. Der Trennungsgrundsatz verbietet es, Bauten und Anlagen auf Vorrat oder für nur kurzfristige, rasch wieder wegfallende Zwecke zu erstellen (JÄGER, in: Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Griffel u.a. [Hrsg.], 2016, S. 134). Eine Prüfung der Standortgebundenheit ist unvollständig, wenn keine Auseinandersetzung mit möglichen Alternativstandorten oder -lösungen stattfindet (vgl. Urteil BGer 1C\_533/2010 vom 20. Juli 2011 E. 3.2; BGE 136 II 214 E. 2.2; 129 II 63). Ziel ist es, dass sämtliche Vor- und Nachteile der vernünftigerweise in Betracht kommenden Standorte innerhalb und ausserhalb der Bauzone bekannt sind und miteinander verglichen werden können, um die insgesamt beste Lösung mit möglichst geringen Auswirkungen auf Raum und Umwelt zu bestimmen (vgl. BGE 141 II 245 E. 7). In der Person des Gesuchstellenden liegende – meist als subjektiv bezeichnete – Gründe,

wie beispielsweise das Angewiesensein auf ein Zusatzeinkommen, vermögen die Standortgebundenheit nicht zu begründen (MUGGLI, in: Praxiskommentar zum RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, Aemisegger u.a. [Hrsg.], 2017, Art. 24 N. 11 mit Hinweisen). Solche Gründe können praktisch immer angeführt werden und würden den Trennungsgrundsatz seines Gehalts entleeren.

Kantonsgericht KG Seite 8 von 13

### **E. 5.3**

Bergrestaurants ausserhalb der Bauzonen können nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gegebenenfalls als standortgebunden anerkannt werden, da sie aus betriebswirtschaftlichen Gründen auf einen Standort ausserhalb der Bauzonen angewiesen sind. Das bedeutet jedoch nicht, dass jeder Standort auf einem Berggipfel für ein Restaurant beansprucht werden darf (Urteil BGer 1C\_533/2010 vom 20. Juli 2011 E. 3.2). Auch hier muss eine Auseinandersetzung mit Alternativstandorten oder -lösungen stattgefunden haben, damit eine Prüfung als vollständig erscheint. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung insbesondere festgehalten, dass der effektive objektive Bedarf eines Bergrestaurants anhand von belegten Besucherzahlen (beispielsweise durch eine Studie einer Fachhochschule für Tourismus) und bestehenden bzw. eben gerade fehlenden Alternativen bzw. Konkurrenz in der näheren Umgebung nachgewiesen werden muss (vgl. BGE 136 II 214; Urteile BGer 1C\_533/2010 vom 20. Juli 2011; 1C\_877/2013 vom 31. Juli 2014). Im Urteil 1C\_533/2010 erwog es, dass in dem zu beurteilenden Fall keine öffentlichen Konzepte, welche unter Teilnahme sämtlicher betroffener Akteure erarbeitet wurden, vorhanden waren und nicht ersichtlich war, ob eine kurz zuvor bewilligte Betriebserweiterung für ein Restaurant in der Umgebung in Übereinstimmung mit bestehenden privaten Konzepten oder gestützt auf andere Parameter erfolgt war. Es obliege der Gemeinde als Planungsbehörde, unter Berücksichtigung der offensichtlich bestehenden privaten Konzepte Grundlagen für die Restaurationsbetriebe im Skigebiet zu erarbeiten, damit für Gesuchsteller und Behörden klar sei, welche Anforderungen zu erfüllen sind (E. 3.3.6). Im Urteil 1C\_877/2013 vom 31. Juli 2014 äusserte das Bundesgericht schliesslich auch, dass pauschale Angaben über die durchschnittlich erwarteten Besucherzahlen nicht ausreichen, um einen entsprechenden Bedarf zu belegen (E. 3.1.3; siehe zum Ganzen auch Urteil KG FR 602 2021 26 und 50 vom 5. Juli 2021 E. 8.2). Bergrestaurants können folglich nicht frei und ohne Mengenbeschränkung ausserhalb der Bauzone errichtet werden (siehe auch ZBl 1989 S. 540). Gastgewerbliche, baubewilligungspflichtige Einrichtungen in der Landwirtschaftszone erfordern vielmehr den Nachweis einer positiven Standortgebundenheit, die sich am ehesten betriebswirtschaftlich begründen lässt. Der Nachweis objektiver sachlicher Gründe zur positiven Standortgebundenheit beinhalten auch eine Darlegung der Aktualität und der Dimension sowie der Dauer des gastgewerblichen, touristischen Bedürfnisses. Der Umstand, dass eine Liegenschaft in einem Wander- oder Skigebiet liegt, reicht zur Begründung der Standortgebundenheit nicht aus. Vorauszusetzen ist vielmehr ein erhebliches touristisches Bedürfnis, das nicht anderweitig abgedeckt ist. Die Standortgebundenheit ist zu verneinen, wenn im gleichen Gebiet an einem besseren Standort bereits ein Gastgewerbebetrieb besteht, welcher das touristische Bedürfnis abdeckt. Die Chancen stehen tendenziell besser, wenn für ein gastgewerbliches Bauvorhaben bestehende Bausubstanz genutzt wird (siehe so schlüssig die Praxis im Kanton Bern, online unter <https://www.bsig.jgk.be.ch/bsig-2010-web/bsig/fileDownload?documentId=306&>

LANGUAGE=de, S. 4, letztmals besucht am 11. Februar 2022). In der Lehre wird weiter ausgeführt, dass Gastronomieeinrichtungen in Skigebieten grundsätzlich nur in der Nähe von Start- oder Zielstationen von Skiliften angemessen erscheinen, da nur durch diese Nähe eine zusätzliche Beeinträchtigung des Landschaftsbildes vermieden und die Erschliessungsschwierigkeiten begrenzt werden können (BANDLI, Bauen ausserhalb der Bauzonen [Art. 24 RPG], 1991, S. 180; ZBl 1989 S. 540). Der Bedarfsnachweis wird auch in Wandergebieten verlangt, wobei er in diesem Fall aufgrund der dichten Bebauung in der Schweiz und der damit verbundenen Nähe zu bestehenden Einrichtungen grundsätzlich nur schwer zu erbringen sein wird (BANDLI, Bauen ausserhalb der Bauzonen [Art. 24 RPG], 1991, S. 180). In den für die Bedarfsberechnung zu berücksichtigenden Perimeter ist die bestehende Infrastruktur einzubeziehen, die mit öffentlichen Verkehrsmitteln leicht erreichbar ist (siehe Urteil BGer 1C\_328/2010 vom 7. März 2011 E. 3.3), insbesondere mit einer Gondelbahn (siehe zum Ganzen Urteil KG FR 602 2009 20 vom 27. Juni 2011 E. 2b).

Kantonsgericht KG Seite 9 von 13

#### **E. 5.4**

Schliesslich kann es gestützt auf die erwähnte Rechtsprechung und Lehre auch nicht angehen, durch die Eröffnung eines Restaurants bzw. eines Betriebs ausserhalb der Bauzone immer neue Bedürfnisse zu erschaffen. Sonst könnte man argumentieren, dass durch ein (Berg-)Restaurant jedes touristische Ziel ausserhalb der Bauzone zusätzliche Besucher anziehen könnte, und dass dies umso mehr gilt, je mehr gastronomische Attraktivitäten bzw. je mehr Spektakel geboten werden. Einer solchen Argumentation steht jedoch der Grundsatz der Trennung der Bauzone von der Nichtbauzone entgegen.

#### **E. 6.1**

Vorliegend hat die RIMU zur Begründung der Standortgebundenheit im Sinne von Art. 24 lit. a RPG in der angefochtenen Sonderbewilligung insbesondere ausgeführt, dass der Schlitten- und Schneeschuhpfad der Sattelbachstrasse und mithin der "Buvette des Sattels" entlangführe; der Weg sei der Nutzung durch Schlittler grundsätzlich zugänglich und auf Prospekten als Schlittenweg aufgeführt. Der vorliegende Betrieb liege 4.1 km (Strassenlinie) von der nächstgelegenen Bauzone entfernt, was angesichts seiner Lage direkt am Berg und in Anbetracht des Umstands, dass der Personenverkehr durch die Benutzer der Wintersportanlagen vor Ort in erster Linie zu Fuss erfolge, eine verhältnismässig grosse Entfernung darstelle. Zwar böten sich den Besuchern der umliegenden Wintersportanlagen im weiter umliegenden Gebiet ähnliche Verpflegungsgelegenheiten, für die Besucher des Schlitten- und Schneeschuhpfads käme jedoch in erster Linie die streitige Buvette als Verpflegungs- und Raststätte in Frage. Die Benutzung der umliegenden Restaurants würde für sie einen verhältnismässig grossen Umweg bedeuten, und aufgrund der verhältnismässig grossen Distanz zu vergleichbaren Gastronomiebetrieben in der Bauzone oder zu Anlagen auf den betreffenden Pisten bzw. am Berg könne ihnen nicht zugemutet werden, für die Verpflegung und das Aufsuchen einer Toilette diese Anlagen aufzusuchen. Den Besuchern der umliegenden Wintersportanlagen (gemeint sind insbesondere die Ski- bzw. Snowboardfahrer) gereiche es zum Vorteil, wenn sich die Benutzer des Schlitten- und Schneeschuhpfads an anderer Stelle verpflegen könnten. Ein Verweis der Schlittler und Schneeschuhläufer auf die bestehenden Verpflegungsmöglichkeiten entspreche weder einer reellen Bedürfnisbefriedigung, noch den Erwartungen der Besucher. Unter Berücksichtigung der vom Beschwerdegegner

eingereichten Stellungnahmen der Gemeinde und von Jaun Tourismus sei festzustellen, dass am Winterbetrieb der betreffenden Buvette ein öffentliches Interesse bestehe; dieser Betrieb erscheine bereits aufgrund der örtlichen Lage geboten. Damit sei die Standortgebundenheit des Vorhabens im Sinne von Art. 24 lit. a RPG zu bejahen.

### **E. 6.2**

Die RIMU hat keinerlei Instruktionsmassnahmen durchgeführt bzw. angeordnet, um das Bedürfnis der Besucher bzw. die positive Standortgebundenheit des streitigen Projekts näher zu eruieren, und entsprechende fundierte Angaben finden sich auch nicht in den Baugesuchsunterlagen bzw. in den Eingaben des Beschwerdegegners. Dieser nimmt auch in seinen langatmigen Eingaben vor dem Kantonsgericht keine nachvollziehbare Quantifizierung des Bedürfnisses vor. Auch in den Eingaben der Gemeinde, namentlich im Schreiben vom 6. März 2017 und der Stellungnahme vom 24. November 2021, wird das touristische Bedürfnis nicht nachvollziehbar und schlüssig in genügender Weise ausgewiesen. Die Gemeinde legte im erstgenannten Schreiben insbesondere dar, dass sie sich bemühen werde, im fraglichen Gebiet einen Tourismusperimeter auszuscheiden, damit in Zukunft in diesem Gebiet touristische Anlagen eingerichtet und erstellt werden könnten. Der Winterbetrieb der Buvette gehe in Richtung einer zukünftigen touristischen Entwicklung. In der Stellungnahme vom 24. November 2021 ergänzte sie namentlich, dass die Buvette gemäss der aktuellen Vorbereitung der Ortsplanung einer Zone für touristische Aktivitäten zugewiesen werden solle. Schon heute würden die seit Jahrzehnten benutzten Spuren der Tourenskiläufer sowie Schneeschuhläufer bei der "Buvette des Sattels" vorbeiführen. Auch die schweizweit bekannte Schlittenpis-

Kantonsgericht KG Seite 10 von 13 te vom Skigebiet her führe direkt an der Buvette vorbei. Da diese Piste mehrheitlich über die Strasse führe, sei die Beeinträchtigung über das Jahr identisch. Tourenläufer, welche vom schlechten Wetter überrascht werden, hätten bei Bedarf eine zusätzliche Zufluchtsmöglichkeit. Aktuell bestehe als Gastronomiebetrieb "in der Höhe" nur das Bergrestaurant "Bärghus" bei der Bergstation des Gastlosen-Expresses, welches mit den Skiern oder mit dem Schlitten erreichbar sei. Die "Buvette des Sattels" würde mit 36 Sitzplätzen die Kapazität jenes Restaurants um etwa 50 % erweitern und es somit stark entlasten. An Spitzentagen wie dem 2. Januar oder 26. Dezember genüge die Summe aller Verpflegungsstätten bei weitem nicht. Schon an gut frequentierten Tagen (Wochenende mit schönem Wetter) würden die vorhandenen Restaurationsbetriebe an ihre Kapazitätsgrenzen stossen. Die Winteröffnung kompensiere auch die ehemalige "Fussmatten-Buvette" sowie das Restaurant "Chez Maxim", welche ihre Betriebe vor ein paar Jahren eingestellt hätten. Mit der Öffnung der "Buvette des Sattels" während der Winterzeit werde somit die nötige Erweiterung der Verpflegungsmöglichkeiten im bekannten Gastlosen-Wintergebiet erreicht. Auch im Schreiben von Jaun Tourismus vom 27. Februar 2017, das der Beschwerdegegner im Rahmen des Verfahrens vor den Vorinstanzen eingereicht hat, wird das touristische Bedürfnis in keiner Weise schlüssig ausgewiesen bzw. quantifiziert. Die Unterzeichner beschränken sich im Wesentlichen darauf, die Bedeutung des Panorama- und Schlittenweges hervorzuheben und die Öffnung des Restaurants während den Wintermonaten "im Interesse [der] Gäste" zu begrüssen.

### **E. 6.3**

In den Akten bzw. den Unterlagen zum Baugesuch findet sich somit keine rechtsgenügende objektive Analyse zum Bedürfnis nach dem fraglichen Restaurantbetrieb. Insbesondere

fehlt eine Quantifizierung des gastgewerblichen, touristischen Bedürfnisses; der effektive objektive Bedarf eines Bergrestaurants am fraglichen Standort – bei dem überdies ausschliesslich der Innenbetrieb möglich sein wird – ist in keiner Weise belegt. Auch besteht kein öffentliches Konzept bzw. Betriebskonzept, welches unter Teilnahme sämtlicher Akteure erarbeitet worden wäre, und auch der konkrete Platzbedarf wird nicht analysiert.

#### **E. 6.4**

Es drängt sich daher auf, die Sonderbewilligung der RIMU und die Entscheide des Oberamtes aufzuheben und die Angelegenheit zur Durchführung des weiteren Instruktionsverfahrens an die RIMU zurückzuweisen. Im Rahmen dieses Instruktionsverfahrens wird insbesondere ein fundiertes Gutachten – beispielsweise bei einer Fachhochschule für Tourismus – einzuholen bzw. vom Beschwerdegegner einzuverlangen sein, in dem das touristische Bedürfnis nach dem streitigen Gastronomiebetrieb objektiv analysiert und dargelegt wird. Hierbei wird insbesondere genau und in nachvollziehbarer Weise aufzuzeigen sein, welche touristischen Infrastrukturen in der Region bereits vorhanden sind und wie sich das Bedürfnis der Besucher genau gestaltet. Namentlich ist zu klären, wie viele Schlittler, Schneeschuhläufer bzw. andere Berggänger die fraglichen Wege bzw. Pisten in der Winterperiode benutzen und wie sich diese Nutzung (auch in zeitlicher Hinsicht) genau gestaltet – wobei sich auch der Einbezug der Betreiber des Sessellifts bzw. der Parkplätze als notwendig erweisen wird –, welche Alternativen bzw. welche Konkurrenz der "Buvette des Sattels" gegebenenfalls gegenübersteht und wie das einschlägige gastronomische Angebot bzw. die Platzverhältnisse sind. Namentlich hinsichtlich der Schlittler interessiert besonders, ob bzw. inwiefern (auch unter Berücksichtigung der Abfahrtsdauer) das touristische Bedürfnis gegebenenfalls durch das Restaurant bei der Bergstation abgedeckt werden könnte. Es wird auch zu berücksichtigen sein, dass gemäss dem Urteil KG FR 602 2021 26 und 50 vom 5. Juli 2021 – welches unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist – die RIMU mit ihrem Entscheid vom 7. Dezember 2020 die Sonderbewilligung für den Bau einer Terrasse und der Stützmauer zu Recht verweigerte und gestützt darauf auch das Oberamt am 14. Januar 2021 die Gewährung einer entsprechenden nachträglichen Baubewilligung zu Recht ablehnte, und Kantonsgericht KG Seite 11 von 13 dass ein Terrassenbetrieb bei der "Buvette des Sattels" somit nicht bewilligt ist und nur Innenplätze zur Verfügung stehen. Weiter ist aufgrund des Baugesuches und den Akten auch nicht klar, wann genau der streitige Betrieb in den Wintermonaten jeweils geöffnet sein soll (Wochentage und Zeiten); mit Blick auf den Bedürfnisnachweis vermag dies indes durchaus zu interessieren und es wäre gegebenenfalls auch bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Schlittler wird überdies durch die RIMU vorab noch genauer zu klären sein, ob der in Prospekten beworbene Schlittenweg rechtmässig ist – im angefochtenen Entscheid bzw. in der Stellungnahme hat sich die RIMU mit dieser Frage nicht fundiert befasst. Auf dieser Grundlage werden die Vorinstanzen daraufhin gegebenenfalls weiter zu prüfen haben, ob die Sonderbewilligung bzw. die Baubewilligung erteilt werden kann. Hierfür ist insbesondere auch eine neue umfassende Interessenabwägung basierend auf den vervollständigten Akten vorzunehmen.

#### **E. 7.1**

Schliesslich rügte der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde noch eine Verletzung von Treu und Glauben. Er bringt im Wesentlichen vor, dass er im Rahmen des Verfahrens um Erteilung einer Bewilligung zum Umbau einer bestehenden Alphütte und Bau einer Buvette im Jahr 2011 Einsprache erhoben habe. Diese habe er nach Vergleichsverhandlungen zurückgezogen, unter der Bedingung, dass die Buvette nur in der Sommersaison betrieben werde und keine Parkplätze errichtet würden. Diese Bedingungen seien in der Sonderbewilligung der RIMU vom 23. Mai 2012 ausdrücklich festgehalten worden. Kaum vier Jahre später habe der Beschwerdegegner eine Abänderung der Baubewilligung – nämlich eine Ausdehnung der Öffnung auf die Wintersaison – beantragt. Dieses Gesuch habe er damit begründet, dass die (einmalige) Eröffnung der Buvette im Winter 2014/2015 grossen Erfolg gehabt habe und sich die Situation seit dem Bewilligungsverfahren von 2012 geändert habe. Das stimme indes nicht: Die Rechts- bzw. Sachlage habe sich seit 2012 nicht geändert. Er hätte seine Einsprache aus dem Jahr 2011 nicht zurückgezogen, wenn damals bereits absehbar gewesen wäre, dass sowohl der Beschwerdegegner als auch die Vorinstanzen die fragliche Bedingung wenige Jahre nach Erteilung der Bewilligungen wieder ausheben würden; er habe darauf vertrauen dürfen, dass die ausgehandelte Bedingung bestehen bleibe. Die Vorinstanzen hätten mit ihrem Vorgehen den Grundsatz von Treu und Glauben, insbesondere den Vertrauensschutz verletzt und handelten widersprüchlich.

## **E. 7.2**

Indes ist insbesondere wesentlich, dass die Sonderbewilligung vom 23. Mai 2012 wie erwähnt ausdrücklich auf Art. 24b Abs. 1ter RPG basierte, wonach bei temporären Betriebszentren bauliche Massnahmen nur in den bestehenden Bauten und Anlagen und nur für gastwirtschaftliche Nebenbetriebe bewilligt werden können. Sie knüpfte damit an den Sömmerungsbetrieb des Beschwerdeführers an – welcher selbstredend in den Wintermonaten nicht geführt wird und für den mit der erwähnten Bestimmung eine Sonderregelung (erleichterte Ausnahmebestimmung) zur Verfügung steht. Es ist nicht ausschlaggebend, ob das Gesuch des Beschwerdegegners vom 18. November 2016 für die Öffnung der "Buvette des Sattels" für den Winterbetrieb vom 15. Dezember bis 31. März als Gesuch um Änderung der ursprünglichen Sonder- bzw. Baubewilligung von 2012 qualifiziert wird, wie dies die Vorinstanzen formell machten, oder als neues Baubewilligungsgesuch; so stellen jedenfalls die hier streitigen Bewilligungen des neuen Gesuchs die Bedingungen für den im Jahr 2012 bewilligten Sommerbetrieb an sich nicht in Frage. Wesentlich ist vielmehr, dass der Beschwerdeführer Gelegenheit hatte, Einsprache und daraufhin Beschwerde gegen dieses neue Gesuch zu erheben. Zudem bezweckt das Baubewilligungsverfahren, festzustellen, ob ein geplantes Bauvorhaben oder eine Nutzung mit den einschlägigen Vorschriften des öffentlichen Rechts übereinstimmt. Die Baubewilligung gilt nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als Polizeibewilligung, auf deren Erteilung ein Rechtsanspruch besteht, sofern die gesetzlichen Vorschriften erfüllt

Kantonsgericht KG Seite 12 von 13 sind (siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, S. 597 ff.; BGE 139 II 185 E. 4.2). Hieran haben sich die Behörden zu halten und eine Bewilligung ist gegebenenfalls zu erteilen. Im Übrigen legt selbst der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde dar, dass sich die Sach- bzw. Rechtslage seit der Erteilung der Baubewilligung im Jahr 2012 geändert hat; dies insbesondere mit den Urteilen KG FR 602 2021 26 und 50 vom 5. Juli 2021 betreffend die nachträgliche Baubewilligung für die Terrasse und die Stützmauer und KG FR 602 2021 41

und 43-45 betreffend die Wiederherstellung des Parkplatzes. Der Beschwerdeführer kann daher aus seiner Rüge der Verletzung von Treu und Glauben nichts zu seinen Gunsten ableiten.

#### **E. 8**

Im Ergebnis ist die Beschwerde (602 2021 161) folglich dahingehend gutzuheissen, dass die angefochtenen Entscheide aufgehoben werden und die Angelegenheit an die RIMU zurückgewiesen wird, zur Ergänzung des Instruktionsverfahrens im erwähnten Sinne und zum neuen Entscheid. Aufgrund dieses Ergebnisses erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen des Beschwerdeführers einzugehen; insbesondere kann beim jetzigen Aktenstand auch keine umfassende Interessenabwägung vorgenommen werden, so dass auf die Prüfung der entsprechenden Rügen verzichtet wird.

#### **E. 9**

Mit dem sofortigen Entscheid in der Sache ist das Gesuch des Beschwerdegegners um Gewährung der aufschiebenden Wirkung (602 2021 179) als gegenstandslos abzuschreiben.

#### **E. 10.1**

Die Gerichtskosten sind auf CHF 2'500.- festzusetzen. Sie sind dem Verfahrensausgang entsprechend zu drei Vierteln, mithin zu CHF 1'875.-, dem unterliegenden Beschwerdegegner, welcher am Beschwerdeverfahren teilgenommen und das Baubewilligungsgesuch aufrechterhalten hat, aufzuerlegen (Art. 131 f. VRG; Art. 1 und 2 des kantonalen Tarifs vom 17. Dezember 1991 der Verfahrenskosten und Entschädigungen in der Verwaltungsjustiz [TarifVJ; SGF 150.12]; Urteil BGer 1C\_233/2009 vom 30. September 2009 E. 3). Dem Staat Freiburg werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 133 VRG). Der Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 2'500.- wird dem obsiegenden Beschwerdeführer zurückerstattet.

#### **E. 10.2**

Der Beschwerdeführer hat zudem Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 137 VRG). Gemäss der eingereichten Kostenliste wird ein Aufwand von insgesamt 39.59 Stunden à CHF 250.- geltend gemacht, insgesamt damit ein Honorar von CHF 9'897.50, zuzüglich Auslagen von CHF 241.40 und Mehrwertsteuer von CHF 780.70, was eine Entschädigung von insgesamt CHF 10'919.60 ergäbe. Indes erscheint dieser Aufwand in Anbetracht der relativen Komplexität der Angelegenheit und der recht übersichtlichen kurzen Akten als offensichtlich überhöht, und die Eingaben erwiesen sich teilweise als langatmig. Auch entspricht die Kostenliste teilweise nicht den gesetzlichen Anforderungen (die Kosten für die Erstellung des Dossiers sind bereits im Honorar enthalten und werden als Sekretariatskosten gemäss der anwendbaren Praxis des Kantonsgerichts nicht separat vergütet, siehe auch Urteil BGer 9C\_688/2009 vom 19. November 2009 E. 5.3; für Kopien wurden CHF 0.50 anstatt CHF 0.40 berechnet; vgl. insbesondere Art. 8 ff. TarifVJ). Ex aequo et bono ist damit die Parteientschädigung auf CHF 7'000.- (Honorar und Auslagen; inkl. 7.7 % MwSt., ausmachend CHF 500.45) festzusetzen (vgl. Art. 11 TarifVJ). Die Parteientschädigungen werden zu je drei Vierteln dem Beschwerdegegner und zu einem Viertel dem Staat Freiburg auferlegt.

Kantonsgericht KG Seite 13 von 13 Der Hof erkennt: I. Die Beschwerde (602 2021 161) wird gutgeheissen, die Entscheide der RIMU vom 7. Dezember 2020 und des Oberamtes vom 29. September 2021 werden aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen

zur Weiterführung des Instruktionsverfahrens an die RIMU zurückgewiesen. II. Das Gesuch des Beschwerdegegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (602 2021 179) wird als gegenstandslos abgeschrieben. III. Die Gerichtskosten von CHF 2'500.- werden zu drei Vierteln, ausmachend CHF 1'875.-, dem Beschwerdegegner auferlegt. Der Kostenvorschuss von CHF 2'500.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet. IV. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, zu Händen von Rechtsanwalt Elias Moussa eine Parteientschädigung von CHF 5'250.- (einschliesslich MwSt. von CHF 375.35) zu bezahlen, und der Staat Freiburg wird zur Leistung einer Parteientschädigung von CHF 1'750.- (einschliesslich MwSt. von CHF 125.10) zu Händen von Rechtsanwalt Elias Moussa verpflichtet. V. Zustellung. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen ab Zustellung Beschwerde beim Bundesgericht eingereicht werden. Gegen die Festsetzung der Höhe der Verfahrenskosten und der Parteientschädigung ist innert 30 Tagen die Einsprache an die Behörde, die entschieden hat, zulässig, sofern nur dieser Teil des Entscheides angefochten wird (Art. 148 VRG). Freiburg, 14. Februar 2022/dgr  
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber-Praktikant:

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