

Münsterplatz 3a
Postfach
3000 Bern 8
Telefon 031 633 48 44
Telefax 031 633 48 52
info.vol@vol.be.ch
www.vol.be.ch

A2018-001AU

**Beschwerdeentscheid
vom 10. August 2018**



A.

vertreten durch Rechtsanwalt und Notar B.

Beschwerdeführer

gegen

Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises C.

betreffend Betriebsbewilligung (Verfügung des Regierungsstatthalters des Verwaltungskreises C. vom 15. Januar 2018)

I. Ausgangslage

1. Am 14. Mai 1996 erteilte der damalige Regierungsstatthalter des Amtsbezirks C. A. eine Betriebsbewilligung A mit öffentlichem Gastgewerbebetrieb mit Alkoholausschank für das Hotel D.. Mit Gesamtbauentscheid vom 16. August 2016 erteilte der Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises C. (nachstehend Regierungsstatthalter) A. die Bewilligung zum Umbau des Hotels in ein Aparthotel. Nach der Wiedereröffnung forderte der Regierungsstatthalter A. mit Schreiben vom 14. Juli 2017 auf, ein Gesuch um Erteilung einer gastgewerblichen Betriebsbewilligung einzureichen, da er keine solche mehr besitze.
2. Gestützt auf das Gesuch des A. vom 30. Juli 2017 erteilte der Regierungsstatthalter diesem am 15. Januar 2018 eine Betriebsbewilligung A (als Ersatz für die Bewilligung vom 14. Mai 1996) gemäss Art. 6 Abs. 2 Bst. a des Gastgewerbegesetzes vom 11. November 1993 (GGG; BSG 935.11) für das Aparthotel D. in E.. Darin fanden sich neu verschiedene Auflagen betreffend den Betrieb eines Restaurants und insbesondere die Bereitstellung eines Frühstücks, die sich auf den Gesamtbauentscheid vom 16. August 2016 stützten. Gleichentags erliess der Regierungsstatthalter in der gleichen Angelegenheit zusätzlich eine Verfügung „betreffend Gesuch um Betriebsbewilligung Gastgewerbe“ (nachstehend Basisverfügung), welche die erwähnten Auflagen in der Betriebsbewilligung ausführlich begründete.
3. Mit Eingabe vom 15. Februar 2018 führte A. bei der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern (VOL) Beschwerde und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 15. Januar 2018 und die Feststellung, dass er mit der Betriebsbewilligung A vom 14. Mai 1996 bereits über eine gültige gastgewerbliche Betriebsbewilligung für die Hotel D. AG verfüge. Eventualiter beantragte er die Erteilung der entsprechenden Betriebsbewilligung A ohne Auflagen. Er legte nur die Basisverfügung, nicht aber die Betriebsbewilligung A bei. Er begründete seine Beschwerde insbesondere damit, dass Ungewissheit über den Fortbestand der alten Bewilligung bestehe. Er habe in jedem Fall Anspruch auf eine Bewilligung ohne Auflagen, da diese jeder Grundlage entbehren würden und unverhältnismässig seien.
4. In seiner Beschwerdevernehmlassung vom 27. Februar 2018 beantragte der Regierungsstatthalter mit Verweis auf die ausführlichen Erwägungen in der angefochtenen Basisverfügung die Abweisung der Beschwerde. Zudem wies er darauf hin, dass die Baupolizeibehörde E. ungeachtet des vorliegenden Beschwerdeverfahrens die Einhaltung der baurechtlichen Vorgaben kontrollieren und den Betrieb bei Nichteinhaltung der interessierenden Auflage schliessen müsste.

5. Die Gemeinde E. verwies in ihrer Eingabe vom 13. März 2018 auf die bereits aktenkundige umfassende Darlegung des Sachverhalts und verzichtete auf die Einreichung einer Stellungnahme.
6. Der Beschwerdeführer verzichtete gemäss Eingabe vom 30. April 2018 auf eine abschliessende Stellungnahme. Die übrigen Verfahrensbeteiligten liessen sich nicht vernehmen.
7. Auf die weiteren Begründungen in den verschiedenen Eingaben und der angefochtenen Verfügung wird, soweit sie für das vorliegende Verfahren von massgebender Bedeutung sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

II. Rechtliche Prüfung und Begründung

1. *Formelles*

Damit die Beschwerdebehörde einen Entscheid in der Sache fällen kann, müssen die prozessualen Vorbedingungen (sog. Prozessvoraussetzungen) erfüllt sein. Sind diese nicht gegeben, so kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N. 1 zu Art. 72 VRPG).

a) Anfechtungsobjekt

Das Vorhandensein eines Anfechtungsobjekts ist eine Prozessvoraussetzung. Anfechtungsobjekt bildet vorliegend die Basisverfügung. Die gleichzeitig ausgestellte Betriebsbewilligung A beinhaltet – wenn auch z.T. mit leicht anderer Formulierung – die gleichen Auflagen wie die angefochtene Basisverfügung, sodass davon auszugehen ist, dass sich die Beschwerde auch dagegen richtet bzw. sinngemäss auch die Aufhebung der darin aufgeführten Auflagen beantragt wird.

Gemäss Art. 31 Abs. 1 GGG ist die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter Bewilligungsbehörde nach diesem Gesetz.

b) Zuständigkeit und Überprüfungsbefugnis

Gemäss Art. 48 Abs. 1 GGG beurteilt die VOL Verwaltungsbeschwerden gegen Verfügungen, die gestützt auf das GGG erlassen werden. Für das Beschwerdeverfahren gelten gemäss Art. 48 Abs. 3 GGG die Vorschriften des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21). Beschwerden gegen Verfügungen des Regierungsstatthalters beurteilt demnach die VOL (Art. 62 Abs. 1 Bst. a VRPG). Diese übt volle Rechts- und Ermes-

senskontrolle aus (Art. 66 VRPG) und prüft den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 18 Abs. 1 VRPG).

c) Streitgegenstand

aa) Definition und Funktion

Der Entscheid in der Sache ist ebenso wie das Verfahren grundsätzlich auf den Streitgegenstand begrenzt. Dieser bezeichnet den Umfang, in dem das mit der angefochtenen Verfügung geregelte Rechtsverhältnis umstritten ist. Zur Bestimmung des Streitgegenstands ist somit von der angefochtenen Verfügung, dem Anfechtungsobjekt, auszugehen. Der Streitgegenstand braucht sich nicht mit dem Anfechtungsobjekt zu decken, doch gibt dieses den Rahmen des Streitgegenstands vor; der Streitgegenstand kann nicht über das hinausgehen, was die Vorinstanz geregelt hat (vgl. Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N. 1 zu Art. 72 VRPG).

Den Streitgegenstand definieren die Parteien; es gilt insoweit die Dispositionsmaxime (Verfügungsgrundsatz). Konkret wird der Streitgegenstand durch die Beschwerdeanträge und die Beschwerdebegründung determiniert. Auszugehen ist in erster Linie von den Rechtsbegehren (Anträgen) der beschwerdeführenden Partei. Diese können auf Leistung (Leistungsbegehren), Gestaltung von Rechten bzw. Pflichten (Gestaltungsbegehren) oder Feststellung einer Rechtslage (Feststellungsbegehren) lauten. Aus den Anträgen ergibt sich häufig nicht mit wünschbarer Klarheit, inwieweit das Anfechtungsobjekt überprüft werden soll. So lässt sich etwa aus dem Antrag, „die angefochtene Verfügung sei aufzuheben“, nicht ermitteln, was an der angefochtenen Verfügung genau fehlerhaft sein soll. Hier helfen meist die Beschwerdebegründung und die einzelnen darin enthaltenen Rügen weiter. In der Beschwerdebegründung muss der Beschwerdeführer darlegen, inwiefern der konkrete Entscheid falsch sein soll (vgl. Müller Markus, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 2011, S. 149).

bb) Würdigung

Wie dargelegt (vgl. dazu Erw. II.1.a hiervor), ist das Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren die Basisverfügung (bzw. die Betriebsbewilligung A gleichen Datums). Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, die Feststellung, dass er bereits über eine gültige gastgewerbliche Betriebsbewilligung verfüge, und eventualiter die Erteilung einer Betriebsbewilligung A ohne Auflagen. Folglich umfasst der Streitgegenstand grundsätzlich das gesamte Anfechtungsobjekt, d.h. die Basisverfügung sowie die gleichlautenden Ausführungen in der Betriebsbewilligung A.

Betreffend den Antrag, die Verfügung aufzuheben, ist jedoch zu bemerken, dass die Basisverfügung nebst der Anordnung von Auflagen im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Restaurants und insbesondere mit der Bereitstellung eines Frühstücks auch eine vorsorgliche Schlies-

sungsandrohung, einen Hinweis zum zu erwartenden Verhalten der Baupolizeibehörde E. und die Auferlegung von Verfahrenskosten enthält. Trotz des umfassenden Antrags um Aufhebung der Verfügung ist mit Blick auf die Begründung der Beschwerde davon auszugehen, dass sich dieser Antrag nicht auf die Bemerkung zum allfälligen Einschreiten der Baupolizeibehörde erstreckt, führt doch der Beschwerdeführer selber aus, dass die Nichteinhaltung der Auflagen des Gesamtbauentscheids im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens gerügt werden müsste. Dieser Teil der Basisverfügung gehört damit nicht zum Streitgegenstand. Auch bezüglich der Kosten ist davon auszugehen, dass sich der Beschwerdeführer gegen die Gebühr von Fr. 900.-- in der angefochtenen Basisverfügung, nicht aber gegen diejenige von Fr. 100.-- in der Betriebsbewilligung A zur Wehr setzen will bzw. dass er diese zumindest im Rahmen des Eventualbegehrens auf Ausstellung einer neuen Betriebsbewilligung A ohne Auflagen als notwendige Folge anerkennen würde.

d) Form und Frist

Die Beschwerde wurde im Übrigen form- und fristgerecht eingereicht (Art. 67 VRPG).

e) Beschwerdebefugnis

aa) Voraussetzungen

Allgemein gilt, dass gemäss Art. 65 Abs. 1 VRPG zur Beschwerde befugt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung oder den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids hat (Bst. c).

Für blosser Hinweise, Ermahnungen, Belehrungen und Voranzeigen, die keine Schlechterstellung des Adressaten zur Folge haben, bedarf es keiner gesetzlichen Grundlage. Derartige Akte sind aber auch nicht mit einem förmlichen Rechtsmittel anfechtbar. „Unter bestimmten Bedingungen haben solche Androhungen oder Mahnungen aber dennoch Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Betroffenen. So etwa, wenn ein Verweis eine notwendige Etappe für eine spätere nachteilige Massnahme wie einen Bewilligungsentzug bildet oder, ohne verbindlich vorgeschrieben zu sein, eine spätere nachteilige Massnahme erleichtert, die sonst möglicherweise als unverhältnismässig erschiene“ (vgl. Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I, 5. Auflage, Basel 1976, Nr. 55 B I; BVR 2002 S. 34 E. 5b.aa). Ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse gemäss Art. 65 Abs. 1 Bst. c VRPG ist nur unter dieser Voraussetzung gegeben. Ansonsten kann auf eine einschlägige Beschwerde nicht eingetreten werden.

Bei Feststellungsbegehren wird ebenfalls ein schutzwürdiges Interesse vorausgesetzt, das analog zur Beschwerdelegitimation zu verstehen ist; schutzwürdig ist es namentlich nur dann, wenn sich das Interesse nicht ebenso gut mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren wahren lässt (sog. Subsidiarität des Feststellungsbegehrens). Insbesondere besteht kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse an der Klärung einer Frage, über die in einem rechtshängigen Verfahren ohnehin (vorfrageweise) befunden werden muss (vgl. Müller Markus, a.a.O., S. 149, FN 285; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N. 21 zu Art. 49 VRPG).

bb) Würdigung

Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor dem Regierungsstatthalter teilgenommen und ist damit formell beschwert. Zu prüfen ist indes, ob ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse gemäss Art. 65 Abs. 1 Bst. c VRPG in Bezug auf jedes einzelne Rechtsbegehren sowie die verschiedenen umstrittenen Anordnungen in der angefochtenen Basisverfügung (vgl. zum Umfang des Streitgegenstands Erw. II.1.c.bb vorstehend) gegeben ist.

Soweit der Beschwerdeführer die Aufhebung der Verfügung verlangt, ist er klar beschwert von den Auflagen im Zusammenhang mit dem Betrieb des Restaurants sowie bezüglich der verfügbaren Verfahrenskosten (Ziffern 2 und 4 der angefochtenen Basisverfügung).

Weiter erklärte der Regierungsstatthalter in Ziffer 3 der angefochtenen Basisverfügung, dass er den gesamten Betrieb gestützt auf Art. 38 Abs. 1 Bst. a GGG schliessen müsste, falls das Aparthotel D. im Frühjahr 2018 ohne Restaurant eröffnet (bzw. – gemäss der Betriebsbewilligung A, „Auflagen“ – ohne das umschriebene minimale Frühstücksangebot geführt) würde. Zwar kann eine Schliessung gemäss Art. 38 Abs. 1 Bst. a GGG bei fehlender Bewilligung stets sofort und ohne vorherige Androhung angeordnet werden. Insofern bedeutet dieser Hinweis auf den ersten Blick keinen Rechtsnachteil. Jedoch brachte der Regierungsstatthalter damit zum Ausdruck, dass ein auflagenwidriges Verhalten gemäss seinem Verständnis einer Betriebsführung ohne Betriebsbewilligung gleichzusetzen wäre (womit die Auflagen rechtlich eher als Bedingungen zu betrachten wären, vgl. Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 28, N. 92 und 94). Entsprechend bezeichnete er diesen Hinweis in Erwägung II.5 der angefochtenen Basisverfügung als vorsorgliche Schliessungsandrohung. Damit erfährt der Beschwerdeführer zumindest eine faktische Schlechterstellung, so dass ihm aus der Aufhebung der Schliessungsandrohung ein aktueller und praktischer Nutzen erwachsen würde. Es liegt somit ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse gemäss Art. 65 Abs. 1 Bst. c VRPG vor und der Beschwerdeführer ist diesbezüglich zur Beschwerde befugt.

Zu einem anderen Ergebnis käme man in Bezug auf den – ohnehin ausserhalb des Streitgegenstands liegenden (vgl. Erw. II.1.c.bb) – Hinweis in Ziffer 3 der angefochtenen Basisverfügung (sowie am Ende der Auflage in der Betriebsbewilligung A) betreffend ein Einschreiten der

Baupolizeibehörde E.. Denn dieses Vorgehen ergibt sich direkt aus der einschlägigen (Bau-)Gesetzgebung. Der Regierungsstatthalter informierte damit folglich bloss über die von einer anderen Behörde zu erwartende Massnahme. Somit ist diesbezüglich faktisch keine Schlechterstellung des Beschwerdeführers ersichtlich, weshalb ihm aus der Aufhebung dieses Hinweises auch kein praktischer Nutzen erwüchse. Damit wäre ein Rechtsschutzinteresse im Sinne von Art. 65 Abs. 1 Bst. c VRPG zu verneinen und auf die Beschwerde wäre diesbezüglich nicht einzutreten.

In Bezug auf das Feststellungsbegehren ist schliesslich Folgendes zu bemerken: Der Beschwerdeführer begründet sein Feststellungsinteresse damit, dass er bereits seit dem 14. Mai 1996 über eine unbefristete gastgewerbliche Betriebsbewilligung A verfüge, die weder aufgehoben worden noch erloschen sei. Dennoch habe die Vorinstanz ihn zur Beantragung einer neuen Bewilligung aufgefordert, später allerdings widersprüchliche Aussagen gemacht. Es bestehe somit eine unzumutbare Ungewissheit über den Bestand der alten Betriebsbewilligung. Die Frage, ob der Beschwerdeführer eine gültige Bewilligung besitzt, ist jedoch im Verhältnis zu seinen beiden anderen Rechtsbegehren – Aufhebung der Verfügung und eventuell Erteilung einer neuen Betriebsbewilligung A ohne Auflagen – subsidiär. Denn im Rahmen der Prüfung dieser Begehren wird auch über die Frage der bisherigen Betriebsbewilligung (vorfrageweise) zu befinden sein. Da dem schutzwürdigen Interesse des Beschwerdeführers auch mit einem Begehren um Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und – eventualiter – um Erteilung einer neuen Betriebsbewilligung A Rechnung getragen werden kann, ist auf das Feststellungsbegehren nicht einzutreten (vgl. BVR 2014 S. 33 E. 1.4).

2. *Materielles*

a) Argumente der Parteien

aa) Beschwerdeführer

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass er seit dem Jahr 1996 über eine unbefristete Betriebsbewilligung A verfüge. Im Hinblick auf die Umgestaltung des Hotels in ein Aparthotel habe er 2016 ein Baugesuch eingereicht. Der entsprechende Bauentscheid datiere vom 16. August 2016. Nach der Wiederaufnahme des Betriebs am 31. März 2017 sei eine Baukontrolle durchgeführt worden, dabei sei festgestellt worden, dass kein Restaurant betrieben werde. Am 14. Juli 2017 habe der Regierungsstatthalter ihn darauf aufmerksam gemacht, dass er aufgrund der vorübergehenden Schliessung über keine Betriebsbewilligung verfüge, und ihn aufgefordert, umgehend ein Gesuch um Erteilung einer neuen Bewilligung einzureichen. Nur deshalb habe er ein Gesuch eingereicht, denn die Betriebsbewilligung aus dem Jahr 1996 sei bis heute nicht aufgehoben worden und auch nicht erloschen, insbesondere nicht durch den Umbau, da die Schliessung nur temporär gewesen sei. Von der Möglichkeit, ein Restaurant zu

führen, habe er fast nie Gebrauch gemacht, da dies wirtschaftlich untragbar sei. Der Betrieb sei nach dem Umbau im Rahmen der ursprünglichen Bewilligung weitergeführt worden. Andernfalls hätte der Regierungsstatthalter bereits im Baubewilligungsverfahren eine neue gastgewerbliche Bewilligung verlangen müssen. Zudem sei in Bezug auf die Auflagen zu bemerken, dass diese im Gesamtbauentscheid enthalten gewesen seien; inwiefern die Auflagen sinnvoll seien, sei nicht in diesem Verfahren zu erörtern. Selbst wenn er sich nicht an die Auflagen gehalten hätte, müsste dies im Baubewilligungsverfahren behandelt werden.

Das Betriebskonzept sehe nur vor, dass das Restaurant den eigenen Hotelgästen offenstehen müsse und dass ein Frühstück angeboten werde, was auch der Fall sei. Es verstosse gegen die Wirtschaftsfreiheit, wenn er zwingend ein nicht rentables Restaurant betreiben müsse. Denn gerade bei Gästen aus dem arabischen Raum bestehe keine entsprechende Nachfrage. Die Betriebsbewilligung gehe auch weiter als die Baubewilligung, da das Frühstück nicht nur bestellbar sein soll, sondern ungeachtet der Wünsche der Gäste stets bereitstehen müsse, was im Übrigen zu „Food waste“ führe. Diese Auflage sei unverhältnismässig, da sie zur Verhinderung einer angeblich zonenwidrigen Nutzung weder geeignet noch erforderlich oder angemessen sei. Es gebe weitaus geeignetere und mildere Mittel zur Umsetzung dieses Anliegens. Das Hotel werde nach wie vor und in jeder Hinsicht weiterhin hotelmässig betrieben. Im Übrigen schliesse auch das Zweckentfremdungsverbot eine Umnutzung aus. In Bezug auf die Verfahrenskosten sei schliesslich zu bemerken, dass der Regierungsstatthalter das vorliegende Verfahren mit seinem Verhalten verursacht habe. Daher seien die Verfahrens- und Parteikosten vor der Vorinstanz dem Kanton anzulasten.

bb) Regierungsstatthalter

Der Regierungsstatthalter macht geltend, dass der Gesamtbauentscheid vom 16. August 2016 eine Auflage betreffend den Betrieb eines Restaurants enthalte. Anlässlich einer Baukontrolle am 26. Juni 2017 sei festgestellt worden, dass das Restaurant nicht öffentlich zugänglich sei. Der Beschwerdeführer habe erklärt, dass das Bedürfnis für den Frühstücksservice gering sei. Daraufhin habe er diesen darauf hingewiesen, dass die alte Bewilligung aufgrund der vorübergehenden Schliessung aufgehoben worden sei, und ihn aufgefordert, ein neues Gesuch einzureichen. Im Rahmen des Gesuchsverfahrens sei die Auflage betreffend Restaurant thematisiert worden. Der Beschwerdeführer habe grundsätzlich anerkannt, dass er gemäss dem Gesamtbauentscheid ein Restaurant (gemäss Betriebskonzept) führen müsse. Dies sei Voraussetzung für die Baubewilligung gewesen; andernfalls hätte er sie nicht erhalten. Um die Auflagen der Baubewilligung zu erfüllen, müsse mindestens ein Frühstück bereitstehen, ohne dass dieses bestellt und zusätzlich bezahlt werden müsse. Dies verstosse auch nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit, da der Beschwerdeführer dies im Rahmen der Baubewilligung akzeptiert habe. Die Auflage sei eine notwendige Voraussetzung der Baubewilligung, um eine unrechtmässige Umnutzung zu einer reinen Wohnnutzung zu verhindern.

Was die alte Gastgewerbebewilligung anbelange, sei diese zwar nie formell aufgehoben worden. Er sei aber davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer bei der Schliessung für den Umbau implizit auf diese verzichtet habe und sie somit stillschweigend erloschen sei. Der Aufforderung, ein neues Gesuch einzureichen, habe sich der Beschwerdeführer vorerst auch nicht widersetzt. Letztlich sei es aber nicht entscheidend, ob er eine neue Bewilligung ausstelle oder die alte Bewilligung anpasse und insbesondere mit den interessierenden Auflagen ergänze. Dies sei jedenfalls erforderlich, da sich die baurechtlich bewilligte Nutzung mit dem Umbau zu einem Aparthotel wesentlich verändert habe. Die fehlende Bereitschaft des Beschwerdeführers, ein Restaurant zu führen, hätte zur Verweigerung der Bewilligung bzw. einer Aufhebung der allenfalls noch bestehenden alten Bewilligung führen müssen. Stattdessen habe er sie dennoch erteilt, aber mittels Auflagen sicherstellen wollen, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen eingehalten würden. Auch weise er im Sinn einer vorsorglichen Schliessungsandrohung darauf hin, dass er sich gezwungen sehe, den gesamten Betrieb zu schliessen, falls das Aparthotel im Frühling 2018 ohne Einhalten der Auflagen wieder eröffnet würde. Zudem müsste die Baupolizeibehörde E. baupolizeilich einschreiten.

b) Gastgewerbliche Betriebsbewilligung

aa) Rechtliche Grundlagen

Gemäss Art. 6 GGG wird die Betriebsbewilligung für ein bestimmtes Grundstück erteilt und legt die Betriebsart und den Umfang des bewilligten Betriebs fest. Die Betriebsbewilligung ist grundsätzlich unbefristet gültig. Sie erlöscht jedoch endgültig, wenn der Betrieb mit Zustimmung der Grundeigentümerin bzw. des Grundeigentümers aufgegeben wird oder der Betrieb geschlossen und die Abgabe gemäss Art. 44 Abs. 3 GGG trotz schriftlicher Mahnung nicht bezahlt worden ist (Art. 8 Abs. 1 und 2 GGG).

Bei Gastgewerbebewilligungen handelt es sich um Dauerverfügungen. Demzufolge kann unter gewissen Voraussetzungen auf eine rechtskräftige Verfügung zurückgekommen werden: Das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des objektiven Rechts gebietet, dass Dauerverfügungen angepasst werden, wenn durch eine Änderung der Sachumstände oder der Rechtslage eine Situation eingetreten ist, die eine Anpassung des durch die Verfügung geregelten und auf unbestimmte Zeit andauernden Rechtsverhältnisses erfordert. Ob eine Anpassung vorzunehmen ist, beurteilt sich in erster Linie nach den Vorschriften der Spezialgesetzgebung und in zweiter Linie nach den in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (vgl. zum Ganzen: Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., N. 19 und 20 zu Art. 56 VRPG). Sofern sich die tatsächlichen Verhältnisse seit der Erteilung einer Polizeibewilligung wie der vorliegenden derart ändern, dass sie, wenn diese Verhältnisse bei ihrem Erlass vorgelegen hätten, von Anfang an einen andern Inhalt erhalten hätte, darf sie diesen neuen Verhältnissen angepasst

werden, sofern die Anpassung durch die gesetzliche Ordnung nicht ausgeschlossen wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 21. Februar 1968 in ZBI 70/1969, S. 104).

bb) Würdigung

Der damalige Regierungsstatthalter erteilte A. am 14. Mai 1996 eine Betriebsbewilligung A für öffentlichen Gastgewerbebetrieb mit Alkoholausschank für den Betrieb „Hotel D.“. Diese umfasste einen Ausschankraum im Erdgeschoss, einen Seminarraum im Attikageschoss sowie eine/n Garten/Terrasse. Zudem umfasste der Betrieb 40 Gästezimmer. Die Alkoholabgabe betrug Fr. 200.--. Die nun angefochtene neue Betriebsbewilligung A für den Betrieb „Aparthotel D.“ vom 15. Januar 2018 betrifft ein/e Bar/Restaurant im Erdgeschoss mit 40 Plätzen und eine/n Terrasse/Garten mit ebenfalls 40 Plätzen sowie 3 Doppelzimmer mit 6 Betten und 15 Appartements mit 46 Betten. Die Alkoholabgabe beträgt nach wie vor Fr. 200.--. In der Rubrik Bemerkungen ist Folgendes festgehalten: „Ersetzt Betriebsbewilligung vom 14. Mai 1996 (veränderte Nutzung, Umbau zu Aparthotel gemäss Gesamtbauentscheid bbew 106/2016 vom 16. August 2016 mit Auflagen)“.

Dem Beschwerdeführer ist zuzustimmen, dass vorliegend nicht vom endgültigen Erlöschen der Betriebsbewilligung gemäss Art. 8 Abs. 2 GGG ausgegangen werden kann. Denn bei einer vorübergehenden Schliessung zwecks Umbau kann nicht von einer Betriebsaufgabe (Bst. a) ausgegangen werden. Auch fehlen jegliche Hinweise darauf, dass der Betrieb geschlossen und die Abgabe gemäss Art. 44 Abs. 3 GGG trotz schriftlicher Mahnung nicht bezahlt worden wäre (Bst. b). Die Bemerkungen in der neuen Betriebsbewilligung A betreffend Ersatz der alten lassen darauf schliessen, dass auch der Regierungsstatthalter nicht von einem Erlöschen ausgeht. Bis zur Ausstellung einer neuen Betriebsbewilligung ist folglich von einer Fortdauer der alten auszugehen.

Dies heisst jedoch nicht, dass eine Anpassung der alten Bewilligung ausgeschlossen wäre: Da eine Bewilligung die Betriebsart und den Umfang des bewilligten Betriebs festlegt (Art. 6 GGG), kann sich bei einer Umstellung des Konzepts, wie sie der Beschwerdeführer im Rahmen des Umbaus vorgenommen hat, eine Anpassung rechtfertigen, sofern dies als Änderung des massgeblichen Sachverhalts zu qualifizieren ist.

Der Regierungsstatthalter stellt sich auf den Standpunkt, dass die Umnutzung eine solche Änderung darstellt, während nach Ansicht des Beschwerdeführers die Nutzung seit je im Wesentlichen die gleiche ist. Unbestritten ist, dass sich die Nutzung seit dem Umbau insbesondere in Bezug auf die hotelmässige Bewirtschaftung, d.h. die Anzahl Gästezimmer bzw. neu Doppelzimmer und Appartements verändert hat. Entsprechend tritt der Betrieb nun auch gegen aussen anders auf und nennt sich aufgrund der neuen Nutzung Aparthotel. Dabei handelt es sich um eine von „hotelleriesuisse“ klar definierte Spezialisierungskategorie (vgl. dazu das entspre-

chende Antragsformular, worin diese Kategorie definiert und die entsprechenden Voraussetzungen genannt werden [<https://www.hotelleriesuisse.ch/files/doc1/AntragsformularApparthotel.doc>, Stand 9.07.2018]). Die Namensänderung ist damit nicht nur „kosmetischer“ Natur, sondern sie soll den Gästen auch die neue Ausrichtung des Angebots bzw. die seit dem Umbau vorgenommene Konzeptänderung aufzeigen, was sich auf die Gästefrequenz und -zusammensetzung sowie die Belegungsquote auswirken kann und somit gastgewerbepolizeilich relevant ist. Auch unabhängig von der Frage von neuen Auflagen bedeutet der Umbau somit eine Änderung des rechtserheblichen Sachverhalts, die eine Anpassung der Bewilligung rechtfertigt (dies auch deshalb, weil eine solche Anpassung nur geringe Kosten zur Folge hat [vgl. Erw. II.2.d nachfolgend]). Der grundsätzliche Entscheid des Regierungsstatthalters, die Bewilligung anzupassen, ist somit nicht zu beanstanden.

Soweit der Beschwerdeführer argumentiert, im Fall der Notwendigkeit der Anpassung hätte bereits im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens über die neue gastgewerbliche Betriebsbewilligung befunden werden müssen, ist Folgendes zu bemerken: Zwar ist dies grundsätzlich möglich. Die Ausstellung der Betriebsbewilligung kann aber auch erst später erfolgen. Dies kann u.U. dann Sinn machen, wenn im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens noch Ungewissheiten bestehen, so z.B. betreffend die verantwortliche Person, die nicht zwingend mit dem Bauherrn übereinstimmen muss, oder betreffend die genaue Anzahl Plätze im Lokal. Während ohne Baubewilligung keine Betriebsbewilligung erteilt werden darf, kann ohne Betriebsbewilligung eine Baubewilligung erteilt werden, da das Vorhaben auch ohne Betriebsbewilligung ausgeführt werden kann (vgl. BVR 2002 S. 443, E. 2). Aus den Vorakten geht hervor, dass der Beschwerdeführer im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens auch ein Formular betreffend Gastgewerbe eingereicht hat (vgl. Vorakten Gastgewerbeverfahren, p. 8, sowie Vorakten Baubewilligungsverfahren, p.10 und p. 67). Es ist unklar, was er damit bezwecken wollte, da er nun im Beschwerdeverfahren ausführt, er sei der Ansicht, dass er keine neue Bewilligung brauche, und er habe das neue Gesuch erst auf Aufforderung des Regierungsstatthalters eingereicht. Auch der Regierungsstatthalter nahm dies jedenfalls nicht als Anlass, eine neue Betriebsbewilligung auszustellen bzw. die bestehende Bewilligung anzupassen. Ungeachtet dessen ist es grundsätzlich zulässig, die Betriebsbewilligung erst jetzt anzupassen, umso mehr als durch die erst nachträgliche Anpassung kein Nachteil für den Beschwerdeführer ersichtlich ist, wären doch andernfalls die Kosten für die Anpassung bereits im Rahmen des Gesamtbauentscheids erhoben worden (vgl. zur Behandlungsgebühr auch Erw. II.2.d nachfolgend).

c) Gastgewerbliche Auflagen

aa) Rechtliche Grundlagen

Bei der Betriebsbewilligung nach Art. 6 GGG handelt es sich um eine Polizeibewilligung, auf welche die darum ersuchende Person einen Rechtsanspruch auf Erteilung hat, sofern sie die

gesetzlich festgelegten Voraussetzungen erfüllt. Demnach liegt die Entscheidung darüber, ob die Erlaubnis erteilt wird oder nicht, in der Regel nicht im Ermessen der Bewilligungsbehörde (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 2661). Die Bewilligung kann jedoch mit Auflagen und Bedingungen verbunden sowie befristet werden (Art. 4 Abs. 1 GGG).

Das Gastgewerbe genießt grundsätzlich den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit. Im Zweckartikel wird deshalb festgehalten, aus welchen Überlegungen dieses Grundrecht eingeschränkt werden kann. Die Einschränkungen müssen im Gesetz, allenfalls in der Verordnung noch konkretisiert werden (vgl. Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 28. Januar 1993 betreffend Totalrevision des Gastgewerbegesetzes [Vortrag GGG], Tagblatt des Grossen Rates 1993, Beilage 42, S. 12).

Das GGG sieht zur Ausübung gastgewerblicher Tätigkeiten nur wirtschaftspolizeilich motivierte Einschränkungen vor, insbesondere zur Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs, zum Schutz der Gesundheit, zum Konsumenten- und Jugendschutz, zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung, zum Schutz der Nachbarschaft vor übermässigen Einwirkungen und zum Schutz der Würde der angestellten Frauen und Männer (Art. 1 Abs. 2 GGG; vgl. Michael Müller, in: Müller/Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Bern 2013, S. 778). Allen Einschränkungen ist gemeinsam, dass sie dazu dienen, die Ausübung des Gastgewerbes und den Handel mit alkoholischen Getränken zu ordnen (Art. 1 Abs. 1 GGG).

Gestützt auf Art. 40 GGG kann der Regierungsrat insbesondere Zwangsmassnahmen (Auflagen, Verbote, Beschränkungen usw.) verfügen. Als Verwaltungszwang im Sinne dieser Bestimmung kommen nebst den explizit aufgeführten Massnahmen auch weitere in Betracht. Die zur Verfügung stehenden Sanktionen sind durch die zuständigen Aufsichtsorgane stets vor dem Hintergrund der zulässigen Einschränkungen gemäss Art. 1 Abs. 2 GGG und unter Beachtung der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit anzuwenden. Auch wenn die Aufzählung der Massnahmen in Art. 40 GGG nicht abschliessend ist, hat sie doch wegweisenden Charakter für die Vollzugsbehörden (vgl. Michael Müller, a.a.O., S. 781 f.).

Schliesslich kann der Regierungsrat durch Verordnung ergänzende Bestimmungen betreffend betriebliche Vorschriften erlassen, soweit das Bau-, Feuer- und Lebensmittelrecht keine Regelung enthält (Art. 9 GGG). Auch diese Verordnungsbestimmungen müssen sich innerhalb des Rahmens von Art. 1 Abs. 2 GGG bewegen. Gastgewerbliche Vorschriften sollen sich nach dem Willen des Gesetzgebers auf die Gebiete beschränken, in denen andere Vorschriften fehlen. Dementsprechend sind Fragen wie die bauliche Ausgestaltung eines Betriebs durch das Bau- und Planungsrecht zu klären (vgl. Vortrag GGG, S. 14).

bb) Würdigung

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, dass gastgewerbliche Betriebsbewilligungen zwar grundsätzlich mit Auflagen versehen werden können, dass diese aber stets den in Art. 1 Abs. 2 GGG umschriebenen Zwecken dienen müssen. Es soll damit die gastgewerbliche Betriebsqualität gewährleistet werden. Die vorliegend umstrittenen Auflagen wurden vom Regierungsstatthalter jedoch nicht aus wirtschaftspolizeilichen Motiven angeordnet. Vielmehr bezwecken sie, die Einhaltung der im Gesamtbauentscheid aus raumplanungsrechtlichen Motiven enthaltenen Auflagen zur hotelmässigen Bewirtschaftung (inkl. Betrieb Restaurant) zu gewährleisten. D.h. es sollen ausserhalb des GGG liegende Vorgaben durchgesetzt werden. Dies ist jedoch nicht Sinn und Zweck einer Gastgewerbebewilligung bzw. allfälliger darin enthaltener Auflagen. Es ist auch nicht ersichtlich, wieso die Wiederholung einer solchen Auflage in der gastgewerberechtlichen Betriebsbewilligung zur Sicherstellung der Einhaltung der (bau-)rechtlichen Rahmenbedingungen nötig wäre. Wie der Regierungsstatthalter richtig ausführt, ist der Gesamtbauentscheid einschliesslich der darin enthaltenen Auflagen rechtskräftig und muss dementsprechend auf jeden Fall und unabhängig von anderen Bewilligungen eingehalten werden. Sofern daran Zweifel bestehen, muss die für die Baupolizei zuständige Behörde die erforderlichen Schritte einleiten, wie dies vom Regierungsstatthalter in der angefochtenen Basisverfügung auch bereits erwähnt worden ist. Möglicherweise befürchtete Probleme bei der Durchsetzung des Gesamtbauentscheids auf dem baupolizeilichen Verfahrensweg vermögen keine „gastgewerbefremden“ Auflagen in der gastgewerblichen Betriebsbewilligung zu rechtfertigen. Andernfalls würde ein Verstoss gegen die Auflagen im Bauentscheid nicht nur zu baurechtlichen, sondern ohne sachlichen Bezug auch zu gastgewerberechtlichen Konsequenzen führen, so z.B. zu einer Busse wegen Missachtung der gestützt auf Art. 40 GGG getroffenen Anordnungen (vgl. Art. 49 Abs. 1 Bst. d GGG).

Demzufolge ist festzuhalten, dass die Auflagen in Ziffer 2 der angefochtenen Basisverfügung bzw. in der Betriebsbewilligung A betreffend die hotelmässige Bewirtschaftung und insbesondere das Angebot mindestens eines täglichen Frühstücks durch den Zweck des GGG nicht gedeckt sind. Sie sind daher unrechtmässig und aufzuheben. Weiterungen dazu erübrigen sich.

Daraus folgt auch, dass die vorsorgliche gastgewerberechtliche Schliessungsandrohung, die sich auf den Fall der Nichteinhaltung dieser Auflagen bezieht, ebenfalls nicht rechtmässig ist und aufgehoben werden muss.

d) Kosten der angefochtenen Verfügung

Vorliegend erliess der Regierungsstatthalter am 15. Januar 2018 zwei im Ergebnis nahezu gleiche Verfügungen zum gleichen Gesuch, einerseits eine umfassende Basisverfügung und

andererseits die angepasste Betriebsbewilligung A. Während für letztere Behandlungsgebühren von Fr. 100.-- anfielen, beliefen sich die Verfahrenskosten für die ausführliche Basisverfügung auf Fr. 900.--.

Wie vorstehende Ausführungen zeigen (vgl. Erw. II.2.b.bb), war es richtig, die neue Situation des bisherigen Betriebs „Hotel D.“ aus gastgewerblicher Sicht zu überprüfen und dafür eine angepasste Betriebsbewilligung A für das „Aparthotel D.“ auszustellen. Die Kosten für diese Verfügung entsprechen dem Ansatz in der Weisung vom 4. Dezember 2013 (revidiert am 25. Oktober 2017) der Geschäftsleitung der Regierungsstatthalterämter des Kantons Bern zu den von diesen erhobenen Gebühren und sind gerechtfertigt. Es ist aber auch nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer die Höhe dieser Kosten in Zweifel zog (vgl. Erw. II.1.c.bb vorstehend).

Demgegenüber hat der Regierungsstatthalter im Rahmen des gastgewerblichen Bewilligungsverfahrens zu Unrecht baupolizeilich motivierte Auflagen geprüft und erlassen (vgl. Erw. II.2.c.bb vorstehend). Er begründete die relativ hohen Kosten von Fr. 900.-- mit dem erheblichen Verwaltungsaufwand im Verwaltungsverfahren. Wie jedoch aus den Vorakten und der angefochtenen Basisverfügung hervorgeht, betrafen sämtliche Besprechungen und Ausführungen stets die Frage der Einhaltung der Auflage 2.3 (hotelmässige Bewirtschaftung) im Gesamtbauentscheid. Nachdem diese Frage aber zu Unrecht Eingang in das gastgewerbliche Bewilligungsverfahren gefunden hat, können dem Beschwerdeführer die in diesem Zusammenhang auferlegten Kosten nicht angelastet werden. Auch dieser Punkt der angefochtenen Basisverfügung ist damit aufzuheben.

3. *Ergebnis*

Aus den obigen Erwägungen ergibt sich, dass der Regierungsstatthalter die Auflagen in Ziffer 2 der angefochtenen Basisverfügung sowie die Androhung der Betriebsschliessung in Ziffer 3 zu Unrecht verfügt hat. Dies gilt auch für die angepasste Betriebsbewilligung A. Auch die Kostenaufgabe in Ziffer 4 der angefochtenen Basisverfügung ist damit nicht rechtens. Die Beschwerde ist folglich diesbezüglich gutzuheissen. Soweit der Beschwerdeführer die Feststellung beantragt, dass er bereits eine gültige Bewilligung besitze, kann nicht auf die Beschwerde eingetreten werden. Hingegen obsiegt der Beschwerdeführer mit seinem Eventualbegehren. Durch die Anpassung der Betriebsbewilligung A im Sinne der Erwägungen erhält er im Ergebnis eine neue Bewilligung ohne die bemängelten Auflagen.

4. Kosten

a) Verfahrenskosten

Die Verfahrenskosten sind nach Massgabe des Obsiegens bzw. Unterliegens zu verlegen (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt der Beschwerdeführer bezüglich der Aufhebung der gerügten Punkte in der angefochtenen Basisverfügung und der Ausstellung einer Betriebsbewilligung ohne die gerügten Auflagen. Hingegen unterliegt er in Bezug auf das Feststellungsbegehren. Es rechtfertigt sich daher, ihm ein Fünftel der Kosten des Verfahrens vor der VOL aufzuerlegen.

b) Parteikosten

Weiter hat die unterliegende Partei der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 VRPG). Dementsprechend sind dem Beschwerdeführer vier Fünftel der Parteikosten zuzusprechen. Gemäss Kostennote vom 30. April 2018 betragen diese Fr. 4'897.65 (je Anwaltshonorar und -auslagen inkl. Mehrwertsteuer). Dieser Betrag bewegt sich im Rahmen von Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Mai 2006 über die Bemessung des Parteikostenersatzes (PKV; BSG 168.811) und erscheint grundsätzlich als angemessen. Die Berechnung in der Kostennote ist jedoch insofern unrichtig, als von einem falschen Bemessungsrahmen zwischen Fr. 100.-- und Fr. 11'800.-- (Differenz Fr. 11'700.--) statt eines solchen zwischen Fr. 400.-- und Fr. 11'800.-- (Differenz Fr. 11'400.--) ausgegangen wurde. Bei einem Ausschöpfungsgrad von 38% ergibt dies eine Honorarsumme von Fr. 4'732.-- (Fr. 400.- plus Fr. 4'332.-- [38% von Fr. 11'400.--]). Die Parteikosten belaufen sich somit insgesamt auf Fr. 5'161.-- (Fr. 4'732.-- [Honorar] und Fr. 60.-- [Auslagen] plus Fr. 369.-- [Mehrwertsteuer]).

III. Entscheid

- Die Beschwerde des A. vom 15. Februar 2018 wird insoweit teilweise gutgeheissen, als die Auflagen in Ziffer 2 (sowie die gleichlautenden Auflagen in der Betriebsbewilligung A) und die ganze Ziffer 4 der Verfügung vom 15. Januar 2018 „betreffend Gesuch um Betriebsbewilligung Gastgewerbe“ aufgehoben und die Ziffer 3 (sowie die entsprechende Auflage in der Betriebsbewilligung A) dahingehend angepasst wird, dass sie neu wie folgt lautet:

„Sollte die verantwortliche Person das Aparthotel D. zukünftig erneut ohne Restaurant gemäss Gesamtbauentscheid vom 16. August 2016 führen, wäre die Baupolizeibehörde E. gehalten, baupolizeilich einzuschreiten und ein Benutzungsverbot zu verfügen.“

Soweit weitergehend wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

2. Die Kosten des Verfahrens vor der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern, bestimmt auf eine Pauschalgebühr von Fr. 1'000.--, werden dem Beschwerdeführer im Umfang von einem Fünftel, ausmachend **Fr. 200.--**, zur Bezahlung auferlegt. Die Rechnungsstellung erfolgt nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids.
3. Der Kanton Bern (Regierungsstatthalter des Verwaltungskreises C.) hat dem Beschwerdeführer vier Fünftel der auf Fr. 5'161.-- bestimmten Parteikosten für das Beschwerdeverfahren vor der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Bern, ausmachend **Fr. 4'128.80**, zu ersetzen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Eröffnung Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Verwaltungsrechtliche Abteilung, Speichergasse 12, 3011 Bern, geführt werden. Die Beschwerde ist schriftlich und mindestens dreifach einzureichen. Sie hat einen Antrag, eine Begründung und eine Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid sowie weitere greifbare Beweismittel sind beizulegen.