

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



---

III 2019 65

## Entscheid vom 25. Juli 2019

---

Besetzung

lic.iur. Achilles Humbel, Präsident  
Ruth Mikšovic-Waldis, Richterin  
Monica Huber-Landolt, Richterin  
MLaw Manuel Gamma, Gerichtsschreiber

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführerin,

### gegen

1. **Gemeinderat Freienbach**, Unterdorfstrasse 9,  
Postfach 140, 8808 Pfäffikon,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. B. \_\_\_\_\_,
2. **Amt für Raumentwicklung ARE**, Bahnhofstrasse 14,  
Postfach 1186, 6431 Schwyz,
3. **Regierungsrat des Kantons Schwyz**, Bahnhofstrasse 9,  
Postfach 1260, 6431 Schwyz,  
Vorinstanzen,
4. **C.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegnerin,

---

Gegenstand

Planungs- und Baurecht (Baubewilligung; Rückbau)

## **Sachverhalt:**

**A.1** A.\_\_\_\_\_ (Bauherrin) ist Eigentümerin des Grundstückes KTN D.\_\_\_\_\_ (307 m<sup>2</sup>), E.\_\_\_\_\_ -strasse \_\_001, in F.\_\_\_\_\_, Gemeinde Freienbach. Das Grundstück liegt in der Wohnzone W3 (für dreigeschossige Wohnbauten), die von einer Grundwasserschutzzone S2b überlagert wird. Das Grundstück ist mit einem Reiheneinfamilienhaus überbaut (Gebäude-Nr. \_\_002).

**A.2** Im Rahmen von Baukontrollen stellte das Bauamt der Gemeinde Freienbach unbewilligte Anbauten fest, worauf es die Bauherrin mit Schreiben vom 16. Februar 2012 aufforderte, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen. Das von der Bauherrin am 3. April 2012 beim Gemeinderat eingereichte nachträgliche Baugesuch für die Windschutzverglasung und Überdachung der bestehenden Pergola wurde im Amtsblatt Nr. \_\_003 vom \_\_\_\_\_ (Datum) (S. \_\_004) publiziert und öffentlich aufgelegt. Hiergegen erhob C.\_\_\_\_\_ öffentlich-rechtliche Einsprache.

Gestützt auf den kantonalen Gesamtentscheid des Amtes für Raumentwicklung (ARE) vom 3. Dezember 2014 verweigerte der Gemeinderat mit Beschluss (GRB) Nr. 72 vom 12. März 2015 die nachträgliche Baubewilligung im Sinne der Erwägungen, verzichtete aber gleichzeitig auf eine Rückbauverfügung.

Die hiergegen von C.\_\_\_\_\_ am 15. April 2015 beim Regierungsrat des Kantons Schwyz erhobene Verwaltungsbeschwerde wurde mit Regierungsratsbeschluss (RRB) Nr. 102/2016 vom 2. Februar 2016 wegen einer Gehörsverletzung gutgeheissen. Die Sache wurde zur Durchführung eines rechtmässigen Verfahrens an die Vorinstanzen (ARE und Gemeinderat) zurückgewiesen. Dieser Beschwerdeentscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

**B.1** Gestützt auf den Gesamtentscheid des ARE vom 25. August 2016 entschied der Gemeinderat mit GRB Nr. 279 vom 15. September 2016 wie folgt über das Baugesuch:

1. Die Einsprache von C.\_\_\_\_\_ wird teilweise gutgeheissen und im Übrigen abgewiesen.
2. (Abschreibung einer Dritteinsprache).
3. Die nachträgliche Bewilligung für die Dach- und Windschutzverglasung beim Gartensitzplatz, KTN D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ -strasse \_\_001, F.\_\_\_\_\_, für den Teil der Dach- und Windschutzverglasung über den bestehenden Fundamenten des ursprünglichen Gartensitzplatzes, wird im Sinne der Erwägungen erteilt.

4. Die nachträgliche Bewilligung für die Dach- und Windschutzverglasung beim Gartensitzplatz, KTN D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_-strasse \_\_001, F. \_\_\_\_\_, für den Teil der Dach- und Windschutzverglasung ausserhalb der bestehenden Fundamente des ursprünglichen Gartensitzplatzes wird im Sinne der Erwägungen verweigert.
5. Auf die Rückführung der nicht bewilligten Gebäudeteile wird verzichtet.
- 6.-14. (...).

**B.2** Hiergegen erhob C. \_\_\_\_\_ am 20. Oktober 2016 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat, der mit RRB Nr. 769/2017 vom 17. Oktober 2017 wie folgt entschied:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Beschluss Nr. 279 der Vorinstanz 1 vom 15. September 2015 und der Gesamtentscheid der Vorinstanz 2 vom 25. August 2016 werden insoweit aufgehoben, als darin der Beschwerdegegnerin eine nachträgliche Baubewilligung für die Windsschutz- und Dachverglasung über den bestehenden Fundamenten des ursprünglichen Gartensitzplatzes erteilt und auf die Rückführung der nicht bewilligten Gebäudeteile verzichtet wird. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung an die Vorinstanzen zurückzuweisen.
- 2.-6. (Verfahrenskosten; Parteientschädigungen; Rechtsmittelbelehrung; Zustellung).

In den Erwägungen hielt der Regierungsrat fest, dass es unter Berücksichtigung der regierungsrätlichen Vorgaben noch einer detaillierten und somit vollstreckbaren Festlegung der Rückbauverpflichtung bedürfe. Die Vorinstanzen wurden verpflichtet, mit dem Amt für Umweltschutz und unter Mitwirkung der Beschwerdegegnerin (d.h. der Bauherrin) zu klären, inwieweit und auf welche Art und Weise die Wiederherstellungsmassnahmen technisch umsetzbar und mit dem Grundwasserschutz verträglich seien. Aufgrund des Abklärungsergebnisses und einer Gesamtbeurteilung seien sodann die erforderlichen Wiederherstellungsmassnahmen in Beachtung des Verhältnismässigkeitsgebots abschliessend und klar festzulegen. Vorzugsweise sei das Ergebnis auch planerisch festzuhalten, wobei der entsprechende Plan (Rückbauprojekt) im Rahmen der Mitwirkungspflicht von der Beschwerdegegnerin eingefordert werden könne. Es empfehle sich, gleichzeitig auch die Vollstreckungsandrohungen zu verfügen. Zudem seien im betreffenden Verfahren die Parteirechte der Beschwerdeführerin, insbesondere ihr Anspruch auf rechtliches Gehör, zu wahren (Erw. 6.9).

**B.3** Gegen diesen RRB Nr. 769/2017 vom 17. Oktober 2017 erhob die Bauherrin mit Eingabe vom 1. November 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz. Mit Schreiben vom 8. November 2017 zog sie ihre Be-

schwerde indes zurück, worauf die Beschwerde mit VGE III 2017 206 vom 9. November 2017 als gegenstandslos geworden am Protokoll abgeschrieben wurde.

**C.1** Am 1. Mai 2018 reichte die Bauherrin auf Aufforderung des kommunalen Bauamtes hin Rückbaupläne ein.

**C.2** Gestützt auf den Gesamtentscheid des ARE vom 27. September 2018 entschied der Gemeinderat mit GRB Nr. 371 vom 11. Oktober 2018 wie folgt über das Rückbaugesuch und die Einsprache:

1. Die Einsprache von C.\_\_\_\_\_ wird gutgeheissen. Der Antrag um Vorabzustellung der Vollstreckungsverfügung wird abgewiesen.
2. Die Bewilligung für den Rückbau des Wintergartens zu gedeckter Pergola, KTN D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_-strasse \_\_001, F.\_\_\_\_\_, wird erteilt.
3. Der Bauherrschaft wird der Gesamtentscheid des Amtes für Raumentwicklung vom 27. September 2018 eröffnet. Die darin enthaltenen Auflagen bilden Bestandteil dieser Bewilligung und sind in allen Teilen zu beachten, ebenso die Allgemeinen Bauvorschriften.
4. Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sind die Auflagen und Bedingungen des Gesamtentscheides zu beachten. Der Rückbau und die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sind schriftlich zur Anzeige zu bringen und die Baukontrolle ist zur Abnahme einzuladen.
5. Die Höhe der Ordnungsbusse gemäss Gesamtentscheid, Disp. Ziff. 3 b, wird auf Fr. 100.00 festgesetzt.
- 6.-12. (Baukontrolle; Planunterlagen; Missachtung von Bauvorschriften; Nachführung der G.\_\_\_\_\_ AG; Gebühren; Rechtsmittelbelehrung und Zustellung).

**C.3** Gegen diesen GRB Nr. 371 vom 11. Oktober 2018 erhob die Bauherrin am 7. November 2018 Beschwerde beim Regierungsrat mit den folgenden Anträgen:

1. Der Beschluss Nr. 7.15.4 des Gemeinderates Freienbach vom 11. Oktober 2018 sowie der kantonale Gesamtentscheid des Amtes für Raumplanung vom 27. September 2018 seien aufzuheben.
2. Es sei von Rückbaumassnahmen bezüglich des verglasten Sitzplatzes der Beschwerdeführerin auf KTN D.\_\_\_\_\_, Freienbach, E.\_\_\_\_\_-strasse \_\_001, F.\_\_\_\_\_, abzusehen, und der verglaste Sitzplatz der Beschwerdeführerin sei nachträglich zu bewilligen.
3. Das Verfahren bezüglich des Rückbaus des verglasten Sitzplatzes der Beschwerdeführerin auf KTN D.\_\_\_\_\_, Freienbach, E.\_\_\_\_\_-strasse \_\_001, F.\_\_\_\_\_, sei zu sistieren, bis das Verfahren für die Revision des Schutzzoneplans und Schutzzonenreglements Bächau 1 und 2 der Korporation Wollerau rechtskräftig abgeschlossen worden ist.
4. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gemeinde Freienbach und des Kantons Schwyz.

**C.4** Mit RRB Nr. 171/2019 vom 12. März 2019 entschied der Regierungsrat wie folgt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Verfahrenskosten (inklusive Kanzleikosten) im Betrag von Fr. 1500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt (...).
3. Die Beschwerdeführerin hat der anwaltlich vertretenen Gemeinde Freienbach eine Parteientschädigung von Fr. 600.-- zu bezahlen.
- 4.-6 (Rechtsmittelbelehrung; Zustellung).

**D.** Gegen diesen RRB Nr. 171/2019 vom 12. März 2019 (Versand am 20.3.2019) erhebt die Bauherrin mit Eingabe vom 2. April 2019 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sinngemäss stellt sie den Antrag auf Aufhebung des angefochtenen RRB, d.h. Verzicht auf den angeordneten Rückbau oder wenigstens eine Sistierung des angeordneten Rückbaus bis zur Neuregelung der Schutz-zonen.

**E.** Das Sicherheitsdepartement beantragt vernehmlassend am 9. April 2019 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin. Ebenso beantragt das ARE vernehmlassend am 10. April 2019 die Abweisung der Beschwerde. Der Gemeinderat lässt am 26. April 2019 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde beantragen, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

### **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.1** Der Gemeinderat hat der Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin am 2. Oktober 1996 die Baubewilligung für einen gedeckten Gartensitzplatz (auf der Westseite des Gebäudes) erteilt. Die Bewilligung galt für einen auf drei Seiten offenen Gartensitzplatz von rund 5.20 m Länge und 3 m Breite. Der Gartensitzplatz wurde der Westfassade des bestehenden Wohnhauses vorgelagert. Die Pergola bestand aus weiss gestrichenen Massivholzbalken und einem Dach aus Polycarbonat-Platten. Der Sitzplatz wurde an die Grenze zum südlich liegenden Grundstück KTN H. \_\_\_\_\_ gesetzt; der Eigentümer dieses Grundstückes hatte die Baueingabe mitunterzeichnet. Ebenso war das Baugesuch vom Eigentümer des nördlich angrenzenden Grundstückes KTN I. \_\_\_\_\_ mitunterzeichnet (vgl. GRB Nr. 996 vom 10.9.1996; RRB Nr. 769/2017 vom 17.10.2017 Erw. 1.1).

**1.2** Am 8. Juli 1999 wurde der Beschwerdeführerin die Baubewilligung für die Erweiterung eines als Nebenbaute qualifizierten Abstellraumanbaus mit einem Grenzabstand von 1.20 m gegen die Nordgrenze und eine Fassadenänderung

erteilt. Am 3. August 2000 reichte sie eine Projektänderung ein. Im Erdgeschoss wurde der Abstellraum in der Breite reduziert, womit sich der minimale Abstand gegen die Nordgrenze von 1.2 m auf 2.15 m erhöhte. Dafür wurde der Anbau gegen Norden verlängert. Die Dachfläche des Anbaus sollte als Terrasse genutzt werden können. Neu wurde im Obergeschoss ein Balkon mit einer Ausladung von 1.75 m angebaut. Diese Verlängerung war baurechtlich relevant, da der Mindestabstand von 2.50 m für Nebenbauten mit 2.30 m um 0.20 m unterschritten wurde. Der unmittelbar betroffene Nachbar erklärte am 28. August 2000 unterschriftlich seine Zustimmung (Zustimmung zum Näherbaurecht) zu den baulichen Änderungen. Mit Verfügung vom 20. Oktober 2000 erteilte das Amt für Umweltschutz (AfU) die Bewilligung gemäss Art. 19 Abs. 2 GSchG unter - neben anderen - der Auflage, bei der Erstellung und beim Betrieb des geplanten Balkons seien alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, die nötig und geeignet seien, um eine Gefährdung des Grundwassers zu verhindern. Mit GRB Nr. 767 vom 9. November 2000 erteilte der Gemeinderat die Ausnahmbewilligung für die Erweiterung des Abstellraumanbaus und die Fassadenänderung.

**1.3** Am 3. Januar 2006 reichte die Beschwerdeführerin ein Baugesuch für den Ersatz der Pergola aus Holz durch eine Aluminium-Konstruktion (sechs Stützen) sowie den Ersatz des bestehenden Daches durch ein Dach aus vierfach Polycarbonat ein. Hierzu erteilte das kommunale Bauamt am 2. Februar 2006 seine Zustimmung.

**1.4** Zu einem unbestimmten Zeitpunkt verbreiterte die Beschwerdeführerin die Pergola gegen Norden um 3 m und im Bereich der Nordfassade (West-Ost-Ausdehnung) auf einer Länge von 5.53 m (vgl. Plan Nr. 0.01 vom 16.3.2012 im Massstab 1:100). Zudem wurde die gesamte Pergola samt Dach mit einer Wind- und Wetterschutzverglasung versehen. Auf Aufforderung der kommunalen Baukontrolle vom 16. Februar 2012 hin reichte die Beschwerdeführerin ein nachträgliches Baugesuch ein (vgl. vorstehend Ingress lit. A.2 ff.).

**2.1** Im RRB Nr. 769/2017 vom 17. Oktober 2017 erwog der Regierungsrat unter anderem, beim gedeckten Sitzplatz, wie ihn der Gemeinderat am 2. Oktober 1996 bewilligt habe, handle es sich um eine formell rechtmässige Baute. Es sei davon auszugehen, dass der ursprünglich gedeckte Sitzplatz als Nebenbaute betrachtet und bewilligt worden sei. Der Grundeigentümer der südlich angrenzenden Parzelle KTN H. \_\_\_\_\_ habe die Baueingabe mitunterzeichnet, so dass der Gemeinderat gestützt auf § 61 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987 das Bauen bis an die gemeinsame Grenze habe gestatten können (Erw. 3.6 f.). Nach den übereinstimmenden Angaben der

Beschwerdeführerin (vorliegend Beschwerdegegnerin) und der Beschwerdegegnerin (vorliegend Beschwerdeführerin) sei zu jenem Zeitpunkt bereits ein Bodenbelag aus grauen rechteckigen Quadersteinen auf einer Kiesunterlage bzw. nicht verfugten, in Splitt verlegten quadratischen Zementplatten vorhanden gewesen (Erw. 3.1).

Die baulichen Veränderungen gemäss Baugesuch vom 3. Januar 2006 hätten nur eine andere Materialisierung der Pergola betroffen und hätten im Meldeverfahren bewilligt werden können (Erw. 4.3). Eine dreiseitig offene Pergola von 5.20 m Länge und 3.0 m Breite bestehend aus sechs Balken und einem Kunststoffdach sei mithin formell und materiell rechtmässig (Erw. 4.4).

Die Beschwerdeführerin (Bauherrin) ersuche nunmehr um die Erweiterung der bestehenden Pergola mit einer Länge von 5.50 m und einer Breite von rund 3.80 m (mit Vordach) gegen Süden bis auf eine Länge von 8.50 m. Bewilligungsgegenstand sei zudem die Verglasung der Pergola, d.h. die Überdachung mit einem Glasdach sowie die Einwandung mit Glasfassaden bzw. Schiebetüren aus Glas (Pläne Nr. 0.01 bis 0.03, je vom 16.3.2012, in: Baumappe Nr. 2012-0073). Zudem habe die Beschwerdeführerin im Bereich der Pergola den Bodenbelag verändert. Diesbezüglich ersuche die Beschwerdeführerin nicht ausdrücklich um eine nachträgliche Baubewilligung; doch rechtfertige es der enge Sachzusammenhang, diese Bodenveränderung als im Baugesuch mitenthalten zu betrachten (Erw. 5).

Die per 1. Januar 1999 in Kraft getretene Gewässerschutzverordnung (GSchV; SR 814.201) vom 28. Oktober 1998 erlaube keine Differenzierung mehr zwischen einer Gewässerschutzzone 2a und 2b. Neubauten seien in der Schutzzone 2 generell ausgeschlossen, auch wenn kein Schmutzwasser anfalle bzw. eine Gewässergefährdung ausgeschlossen sei. Auch Grabungen, welche die schützende Überdeckung nachteilig verändern könnten, seien in der Schutzzone S2 verboten (Erw. 5.1.1 ff.). Im Einklang mit dem Gemeinderat sei festzustellen, dass durch die Erweiterung und Verglasung des gedeckten Sitzplatzes nunmehr ein Wintergarten entstanden sei. Unbestrittenermassen entsprächen die Dimensionen des Wintergartens nicht mehr denjenigen des ursprünglichen gedeckten Sitzplatzes. Zudem liege keine unbewohnte Baute im Sinne von § 61 Abs. 1 PBG mehr vor. Der Wintergarten stelle daher eine Hauptbaute dar. Zu Recht habe der Gemeinderat den Wintergarten (in reduziertem Umfang) an die anrechenbare Bruttogeschossfläche angerechnet und die Wahrung des Mindestgrenzabstandes von 4 m in der W3-Zone gemäss Art. 25 Abs. 3 des kommunalen Baureglements (BauR) vom 28. November 1993 (letztmals revidiert am 10.2.2019) verlangt (Erw. 5.4). Dieser Grenzabstand werde gegenüber KTN H. \_\_\_\_\_ ver-

letzt. Mit dem dienstbarkeitsvertraglich eingeräumten Grenzbaurecht könne die Grenz-abstandsverletzung nicht behoben werden, da es sich bei der verglasten Pergola um eine Hauptbaute handle. Mit dem Dienstbarkeitsvertrag habe der Nachbar den fehlenden Grenzabstand, wie von § 62 PBG verlangt, nicht übernommen (Erw. 5.5). Der Wintergarten könne auch nicht als Wiederaufbau im Sinne von § 72 PBG qualifiziert werden; es handle sich um einen Neubau (Erw. 5.6). Neubauten ausserhalb bestehender Grundmauern seien auch dann unzulässig, wenn die Neubauten auf einer bestehenden Grundplatte (Betonplatte) vorgesehen seien. Gemäss dem Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung in gewässerschutzrechtlicher und baurechtlicher Hinsicht sei die Verglasung des gedeckten Sitzplatzes wie auch dessen Erweiterung auch aus gewässerschutzrechtlicher Sicht als Neubau zu betrachten (Erw. 5.7). Ob der Wintergarten das Grundwasser gefährde, könne offen bleiben. Ohnehin sei kein wichtiger Grund zur Erteilung einer (gewässerschutzrechtlichen) Ausnahmebewilligung ersichtlich (Erw. 5.8). Unzulässig seien auch die Bodenveränderungen im Bereich der gedeckten Pergola bzw. deren Erweiterung (Erw. 5.9). Für das gesamte Bauvorhaben könne folglich keine nachträgliche Baubewilligung erteilt werden (Erw. 5.10).

Die festgestellten Baurechtswidrigkeiten stellten keine geringfügigen Verstösse gegen die Bauvorschriften dar, welche ein Absehen von einem Rückbau erlauben würden. Die Entfernung der Stützen und Pfeiler des Wintergartens sowie der Verglasung seien zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes erforderlich und geeignet (Erw. 6.3). Die öffentlichen Interessen an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes überwögen die privaten Interessen der Bauherrin an der unveränderten Beibehaltung des Wintergartens klar. Dabei falle auch ins Gewicht, dass sich die Bauherrin nicht darauf berufen könne, gutgläubig ohne Baubewilligung gebaut zu haben. Auch die Nachbarinteressen sprächen angesichts der Grenzabstandsverletzung für den Abbruch des Wintergartens (Erw. 6.4). Zu Recht hätten die Vorinstanzen von der Entfernung der Bodenplatten abgesehen, da dies nicht ohne Grabarbeiten und somit einer Verletzung der Bodenschicht machbar sei. Dasselbe dürfte wohl in Bezug auf allfällige feste Verankerungen von Stützen oder Pfeilern des Wintergartens gelten (Erw. 6.6). Die Bauherrin könne die Stützen und Pfeiler der Wintergartenkonstruktion somit in jenem Umfang beibehalten, als sie sich auf einer Länge von etwa 5.20 m und einer Breite von etwa 3 m erstreckten. Die übrigen Stützen und Pfeiler seien in einer Weise zu entfernen (z.B. absägen, abschleifen), welche den Grundwasserschutz nicht beeinträchtige. Das gelte auch für die Schienen des Wintergartens, soweit diese nicht auf den Boden gestellt bzw. durch Schrauben mit dem Boden verbunden seien und daher auf einfache Weise entfernt werden könnten. Die

Dachverglasung könne insoweit bestehen bleiben, als sie in etwa die Masse der Überdachung des ehemaligen gedeckten Sitzplatzes aufweise. Die restliche Dachverglasung und ebenso sämtliche Glasfassaden bzw. Schiebetüren des Wintergartens seien zu entfernen. Ebenso sei der unbewilligte Bodenbelag sowohl im Bereich des ursprünglichen Sitzplatzes wie auch im Bereich der Erweiterung der Pergola zu entfernen. Davon ausgenommen seien diejenigen Bestandteile des Bodenbelags (Bodenplatten und allfällige Verankerungen), welche nicht ohne Verletzung der Bodenschicht entfernt werden könnten (Erw. 6.7). Unter Berücksichtigung dieser Vorgaben bedürfe es noch einer detaillierteren und somit vollstreckbaren Festlegung der Rückbauverpflichtung. Das ARE und der Gemeinderat müssten daher zusammen mit dem AFU und unter Mitwirkung der Bauherrin klären, inwieweit und auf welche Art und Weise die Wiederherstellungsmassnahmen technisch umsetzbar und mit dem Grundwasserschutz verträglich seien. Aufgrund des Abklärungsergebnisses und einer Gesamtbeurteilung seien sodann die erforderlichen Wiederherstellungsmassnahmen in Beachtung des Verhältnismässigkeitsgebotes abschliessend und klar festzulegen. Vorzugsweise sei dieses Ergebnis auch planerisch festzuhalten, wobei der entsprechende Plan (Rückbauprojekt) im Rahmen der Mitwirkungspflicht von der Bauherrin eingefordert werden könne. Es empfehle sich, gleichzeitig auch die Vollstreckungsandrohungen zu verfügen (Erw. 6.9).

**2.2** Nach Einreichung der Planunterlagen für den Rückbau am 1. Mai 2018 (vgl. drei undatierte Pläne Nr. 180404-01, 1:100) ersuchte die Bauherrin mit Schreiben vom 27. Mai 2018 das kommunale Bauamt, von der Entfernung des Bodenbelags abzusehen, zumal anschliessend wieder die vorgängig verlegten Verbundsteine verlegt werden müssten, was offensichtlich wenig Sinn mache. Hinzu komme, dass bei vielen Bewohnern bekannt geworden sei, dass die Grundwasserschutzzonen 1 und 2 in absehbarer Zeit stark abgeschwächt oder vereinfacht würden.

**2.3.1** Mit dem Gesamtentscheid vom 27. September 2018 erteilte das ARE die kantonale Baubewilligung für das Rückbauprojekt wie folgt:

1. Die kantonale Baubewilligung für das Rückbauprojekt 82018-0251 von A. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_ wird im Sinne der Erwägungen und unter folgenden Auflagen und Nebenbestimmungen der zuständigen Stelle gemäss Kap. II erteilt:
  - a) Die Wintergartenkonstruktion ausserhalb der bewilligten Pergola ist komplett zu entfernen. Gleiches gilt für den Bodenbelag samt Kofferung in diesem Bereich. Als Ersatz ist sauberer Humus einzubauen und mit Rasen möglichst rasch zu begrünen (Wiederherstellung einer bewachsenen Bodenschicht).

- b) Im Teil der bewilligten Pergola können die Dachverglasung und der Bodenbelag bestehen bleiben. Die Glasfassaden und die Schiebtüren müssen entfernt werden. Können die vorhandenen Schienen nicht durch einfaches Abschrauben entfernt werden, müssen diese abgesägt und abgeschliffen werden.
  - c) Die im Anhang S (siehe Beilage) aufgeführten Gewässerschutzmassnahmen während der Ausführung von Bauten in der Schutzzone S bilden einen integrierenden Bestandteil dieser Verfügung und sind einzuhalten.
2. Zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ist die (recte: der) ohne Baubewilligung erstellte Wintergarten innert drei Monaten ab Rechtskraft dieser Verfügung im Sinne der Erwägungen und gemäss den Auflagen Dezisivziffer 1 a - c zurückzubauen.
  3. Kommt die Verfügungsempfängerin den Rückbaumassnahmen gemäss Dezisivziffer 1 a bis c nicht vollständig oder nicht fristgerecht nach,
    - a) wird diese nach Art. 292 Strafgesetzbuch beim zuständigen Bezirksstaatsanwalt verzeigt. Danach wird mit Busse bestraft, wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafandrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet;
    - b) wird dieser für jeden Tag der Nichterfüllung eine Ordnungsbusse zwischen CHF 100.00 und CHF 200.00 angedroht; der Gemeinderat hat die Höhe der Busse in seiner Verfügung konkret festzusetzen und nach Massgabe von § 79 Abs. 3 VRP monatlich die definitive Bussenfestlegung vorzunehmen;
    - c) erfolgt Ersatzvornahme durch die Gemeinde auf Kosten der Verfügungsempfängerin.

4.-9. (...).

**2.3.2** Mit RRB Nr. 171/2019 vom 12. März 2019 erwog der Regierungsrat im Wesentlichen Folgendes:

- Der RRB Nr. 769 vom 17. Oktober 2017 sei in Rechtskraft erwachsen, weshalb die darin verbindlich festgelegte Rückbaupflicht nur noch mittels Revision erneut überprüft werden könne (Erw. 1.4).
- Die Vorinstanzen hätten diesem RRB Folge geleistet und die Rückbaumassnahmen mit der angeordneten Auflage des ARE in Ziff. 1.a in Einklang mit dem Grundwasserschutz gebracht (Erw. 2).
- Die Beschwerdeführerin begründe ihre Beschwerde mit der geplanten Revision der Grundwasserschutzzonen. Zudem mache sie geltend, hinsichtlich der beanstandeten Grenzabstandsverletzung sei der RRB mangelhaft; eine Grenzabstandsverletzung allein würde zudem einen Rückbau des Wintergartens nicht rechtfertigen (Erw. 2.2).

- Die Beschwerde richte sich gegen den rechtskräftigen RRB Nr. 769 vom 17. Oktober 2017. Die zulässigen Rügen, die konkreten und von ihr selbst vorgeschlagenen Rückbaumassnahmen seien technisch nicht möglich oder mit der Grundwasserschutzzone nicht vereinbar, würden nicht vorgebracht (Erw. 2.2).
- Aus dem Schreiben der Beschwerdeführerin vom 27. Mai 2018 ergebe sich, dass sie Kenntnis von der Abschwächung der Grundwasserschutzzonen in absehbarer Zeit gehabt habe. Die 90-tägige Revisionsfrist sei mithin verpasst (Erw. 3.2).
- Selbst das rechtzeitige Vorbringen dieser Rüge hätte nichts geändert. Zurzeit befinde sich das Grundstück in der Grundwasserschutzzone S2b. Eine sogenannte positive Vorwirkung von Normen, die noch nicht in Kraft seien, sei grundsätzlich unzulässig. Bei Veränderungen von Schutzzonen sei zudem mit Einsprachen und langdauernden Beschwerdeverfahren zu rechnen (Erw. 3.3).
- Abgesehen davon bleibe auch die Grenzabstandsverletzung nach wie vor bestehen. Die Beschwerdeführerin bringe nichts vor, was an dieser Einschätzung etwas ändere. Da der als Hauptbaute zu qualifizierende Wintergarten direkt auf der Grenze zum Grundstück KTN H. \_\_\_\_\_ stehe, liege eine massive Grenzabstandsverletzung vor (Erw. 4.1 f.).

**2.4** Die Beschwerdeführerin äussert sich in ihrer Beschwerde zur Vorgeschichte. Sie macht geltend, die notariell beglaubigten Näherbaurechte seien im Grundbuch seit dem 26. Mai 2015 eingetragen. Damit sei widerlegt, dass der verbindliche fehlende Grenzabstand weiterhin bestehe. Es könne mit Fotos belegt werden, dass der Boden ums Eckhaus seit dem Hausbau ca. 1992 rundum schon mit Verbundsteinen belegt gewesen sei. Eine Bösgläubigkeit werde zurückgewiesen. Die strittige Baute sei vom Bauamt jahrelang als Nebenbaute qualifiziert worden. Die Scheiben seien thermisch nicht getrennt, der Raum sei nicht luftdicht und nicht beheizt. Im Winter oder bei kaltem Wetter weise er die Aussentemperatur auf. Eine Hauptbaute sei demgegenüber doch ganzjährig. Sie hätten erfahren, dass in Bezug auf das Schutzzonenreglement etwas anderes geplant werde. Sowohl das AFU wie auch die Korporation Wollerau empfänden es nicht mehr als zeitgemäss, in stark bewohnten Gebieten Grundwasserfassungen zu betreiben. Sie hätten bereits rund Fr. 40'000.-- ausgeben müssen und ein Rückbau komme noch einmal auf rund Fr. 35'000.-- zu stehen.

**3.1** Die Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffen analog zum regierungsrätlichen Beschwerdeverfahren im Wesentlichen den RRB Nr. 769/2017 vom 17. Oktober 2017, der indes längst in Rechtskraft erwachsen ist.

**3.2** Die Behörde zieht ihre rechtskräftige Verfügung oder ihren rechtskräftigen Entscheid auf Begehren einer Partei gemäss § 61 f. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (SRSZ 234.110; VRP) vom 6. Juni 1974 unter anderem in Revision, wenn die Partei nachträglich neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel vorbringt, die sie früher trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorbringen konnte (lit. b); wenn die Behörde wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt hat, welche die dadurch benachteiligte Partei nicht rechtzeitig geltend machen konnte (lit. c), oder wenn die Behörde erhebliche Tatsachen, die sich aus den Akten ergeben, versehentlich nicht berücksichtigt hat (lit. d).

Das Revisionsbegehren ist gemäss § 62 VRP innert 90 Tagen seit Feststellung des Revisionsgrundes, spätestens innert zehn Jahren seit Erlass der Verfügung oder des Entscheides, bei der Behörde einzureichen, welche die mit dem Revisionsbegehren angefochtene Verfügung oder den Entscheid getroffen hat.

**3.3.1** Gemäss der von der Beschwerdeführerin eingereichten Rechnung vom 7. Dezember 2009 für die Sitzplatzverglasung (Bf-act. 3) bietet das Schiebeanlagensystem als transparentes Verglasungssystem weitgehend Schutz vor Regen und Wind sowie Schall, ist aber nicht für ganzjährig nutzbare Wohnräume konzipiert worden. Von einer absoluten Dichtigkeit könne nicht gesprochen werden. Mit dem Schiebesystem soll jedoch die Nutzbarkeit der Balkone während des Jahres verlängert (Frühjahr/Herbst) und der Balkon im Winter zumindest als Stellfläche nutzbar gemacht werden. Von einem ganzjährig zu nutzenden Wohnraum könne aber nicht gesprochen werden.

Zwar spricht diese Funktionsbeschreibung der Sitzplatzverglasung für den Standpunkt der Beschwerdeführerin. Indes lässt sich zum einen die vorinstanzliche Qualifikation des erweiterten Sitzplatzes/Pergola als (Teil der) Hauptbaute nicht ohne weiteres als unzutreffend belegen; mit ins Gewicht bei dieser Qualifizierung durch die Vorinstanzen fiel auch die Dimensionierung der Erweiterung (vgl. vorstehend Erw. 2.1). Zum andern stellt diese Rechnung aus dem Jahr 2009 aber insbesondere keinen Revisionsgrund dar, da sie von der Beschwerdeführerin bereits zu einem früheren Zeitpunkt, insbesondere mit einer Beschwerde gegen den RRB Nr. 769/2017 vom 17. Oktober 2017, hätte ins Recht gelegt werden können. Sofern sie dies getan hätte, hätte sie gegebenenfalls rügen müssen, dieses Dokument sei als erhebliche aktenkundige Tatsache zu Unrecht nicht berücksichtigt worden. Eine Verletzung von wesentlichen Verfahrensvorschriften der Vorinstanzen kann diesbezüglich a priori ausgeschlossen werden.

**3.3.2** Vergleichbares ist von den Dienstbarkeitsverträgen vom 26. Mai 2015 zu sagen (Bf-act. 2.1 u. 2.2). Auch sie existierten im Zeitpunkt des RRB

Nr. 769/2017 vom 17. Oktober 2017 bereits, waren der Beschwerdeführerin als Vertragspartnerin bekannt und sind daher als Revisionsgrund untauglich. Aus der dienstbarkeitsvertraglichen Qualifizierung der verglasten Pergola als Nebenbaute kann die Beschwerdeführerin für die öffentlich-rechtliche Qualifizierung nichts zu ihren Gunsten herleiten. Bereits der Regierungsrat hat zudem auf § 61 f. PBG hingewiesen. Zwar kann die Bewilligungsbehörde für Nebenbauten bei schriftlicher Einwilligung des Nachbarn das Bauen bis an die Grenze gestatten (§ 61 PBG; vgl. Art. 27 Abs. 4 BauR). Vorliegend haben die Vorinstanzen den Sitzplatz/Pergola indes als Hauptbaute qualifiziert. § 62 Satz 1 PBG (vgl. Art. 25 Abs. 5 Satz 2 BauR) verlangt bei ungleicher Verteilung der Grenzabstände unter den Grundeigentümern, dass die Gebäudeabstände einzuhalten sind. In der W3 beträgt der Gebäudeabstand mindestens 8 m (Art. 25 Abs. 5 Satz 1 BauR i.V.m. Art. 25 Abs. 3 BauR). Dieser Gebäudeabstand ist vorliegend nicht gewahrt. Mit dem Dienstbarkeitsvertrag wurde auch keine ungleiche Verteilung der Grenzabstände vereinbart, womit der Gebäudeabstand allenfalls eingehalten werden könnte (wobei angesichts der Dimensionierung der Parzellen fraglich ist, wie weit eine volle Übernahme des Gebäudeabstandes bei einem Grenzbau überhaupt möglich wäre).

**3.3.3** Nichts anderes gilt hinsichtlich des von der Beschwerdeführerin ebenfalls ins Felde geführten langjährigen Bestehens eines mit Verbundsteinen belegten Bodens ums Haus wie auch die Umqualifizierung des Sitzplatzes/Pergola aufgrund der Erweiterung und Verglasung von einer Nebenbaute in eine Hauptbaute (bzw. einen Teil der Hauptbaute). Diese Argumente wären typischerweise mit einem ordentlichen Rechtsmittel vorzutragen gewesen.

**3.3.4** Dem Regierungsrat ist auch beizupflichten (vorstehend Erw. 2.3.2 fünftes und sechstes Lemma), dass der Beschwerdeführerin der Hinweis auf die anstehende Neuregelung der Gewässerschutzzonen unter revisionsrechtlichen Gesichtspunkten unbehelflich ist.

Einerseits hatte die Beschwerdeführerin spätestens am 27. Mai 2018 Kenntnis von der geplanten Neuregelung (vgl. vorstehend Erw. 2.2), womit der Revisionsgrund zu spät vorgebracht wurde.

Zum andern kann einer zukünftigen Regelung keine Vorwirkung zukommen. Eine positive Vorwirkung, d.h. die Anwendung des künftigen, noch nicht in Kraft gesetzten Rechts unter Nichtanwendung des geltenden Rechts, ist unzulässig (vgl. BGE 136 I 142 Erw. 3.2 mit Hinweisen u.a. auf BGE 125 II 278 Erw. 3c; Bundesgerichtsurteil 1C\_98/2011 vom 22.9.2011 i.Sa. G. u.w. gegen Sunrise Communication AG und Gemeinderat Wollerau, Erw. 3.2), während eine sogenannte ne-

gative Vorwirkung einer gesetzlichen Grundlage bedarf (BGE 100 Ia 147 Regeste), was vorliegend nicht der Fall ist.

Gemäss der Stellungnahme des AFU vom 5. Dezember 2018 z.H. ARE (RR-act. III/02/Beilage) sollen die Arbeiten für die Revision des Schutzzonenplans und -reglements für die Grundwasserschutzzone soweit abgeschlossen sein, dass sie dem AFU im Dezember 2018 zur Vorprüfung übergeben werden können und eine Auflage voraussichtlich im Frühjahr 2019 erfolgen soll; die Liegenschaft der Beschwerdeführerin soll neu in der Schutzzone S3 zu liegen kommen. Zum aktuellen Stand der Neuregelung äussern sich die Beschwerdeführerin und die Vorinstanzen nicht. Indessen ist mit dem Regierungsrat so oder anders von einer längeren Verfahrensdauer mit zeitlich unbestimmtem Abschluss dieser Revision auszugehen. Analog zum vorinstanzlichen Verfahren ist daher auch von einer Sistierung abzusehen, zumal die Sistierung nur zurückhaltend bzw. ausnahmsweise und namentlich nur dann einzusetzen ist, wenn sie sinnvoll ist, d.h. wenn gute Gründe für die Sistierung sprechen (VGE III 2017 181 vom 23.3.2018 Erw. 1.2; vgl. Urteil BGer 4A\_382/2014 vom 3.3.2015 Erw. 1). Solche Gründe bestehen vorliegend nicht. Das gemäss dem RRB Nr. 769/2017 vom 17. Oktober 2017 bei der Konkretisierung der erforderlichen Wiederherstellungsmassnahmen zu beachtende Verhältnismässigkeitsgebot wird mithin auch in zeitlicher Hinsicht gewahrt, sofern diesbezüglich im Rahmen der Wiederherstellungsmassnahmen überhaupt noch ein Spielraum bestehen sollte.

**3.4** Verfügungen können auf Gesuch einer Partei oder von Amtes wegen von der erlassenden Behörde oder der Aufsichtsbehörde ausserhalb eines Revisionsverfahrens abgeändert oder aufgehoben werden, wenn sich die Verhältnisse geändert haben oder erhebliche öffentliche Interessen es erfordern und dabei der Grundsatz von Treu und Glauben nicht verletzt wird (§ 34 Abs. 1 VRP).

Die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung sind offenkundig auch nicht erfüllt. Eine Veränderung der Verhältnisse ist nicht ersichtlich. Angesichts der nach wie vor und auf absehbare Zeit weiterbestehenden Grundwasserschutzzonen sprechen erhebliche öffentliche Interessen gegen den Standpunkt der Beschwerdeführerin.

**3.5** Der Vollständigkeit halber ist festzustellen, dass sich die verfügbaren Rückbauanordnungen an die Vorgaben des RRB Nr. 769/2017 vom 17. Oktober 2017 halten. Dies gilt namentlich auch hinsichtlich des definierten Umfangs des Rückbaus des Bodenbelags mit Differenzierung in den Bereich der bewilligten Pergola und den ausserhalb davon liegenden Bereich.

**3.6** Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

**4.1** Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) von Fr. 1'500.-- der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

**4.2** Ebenfalls dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beschwerdeführerin dem beanwalteten Gemeinderat eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese wird in Beachtung des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebTRa; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975, der ordentlicherweise für das Honorar in Verfahren vor dem Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht und in § 2 die Bemessungskriterien erwähnt, unter Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf Fr. 300.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festgesetzt.

## **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.-- werden der Beschwerdeführerin auf-erlegt. Sie hat am 8. April 2019 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- ge-leistet, so dass ihr Fr. 500.-- aus der Gerichtskasse zurückzubezahlen sind.
3. Die Beschwerdeführerin hat dem beanwalteten Gemeinderat eine Parteien-tschädigung von insgesamt Fr. 300.-- (inkl. Barauslagen und MwSt.) zu be-zahlen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde\* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, 1000 Lau-sanne 14, erhoben werden (Art. 42 und 82ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbe-schwerde\* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).

5. Zustellung an:
  - die Beschwerdeführerin (R)
  - die Beschwerdegegnerin (R)
  - den Rechtsvertreter des Gemeinderates Freienbach (2/R)
  - den Regierungsrat
  - das Sicherheitsdepartement, Rechts- und Beschwerdedienst
  - das kantonale Amt für Raumentwicklung
  - und das kantonale Amt für Umweltschutz.

Schwyz, 25. Juli 2019

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

### **\*Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 12. August 2019