

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



---

III 2021 136

## Entscheid vom 19. Januar 2022

---

Besetzung

lic.iur. Achilles Humbel, Präsident  
lic.iur. Karl Gasser, Richter  
Irene Thalman, Richterin  
MLaw Milena Pesic, a.o. Gerichtsschreiberin

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Rechtsanwältin B. \_\_\_\_\_,

**gegen**

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

---

Gegenstand

Planungs- und Baurecht (Baubewilligung: Wiedererwägung,  
Revision)

## **Sachverhalt:**

**A.1** A.\_\_\_\_\_ ist Eigentümer des gänzlich in der Industriezone 1 liegenden Grundstückes KTN D.\_\_\_\_\_ (8'371 m<sup>2</sup>) an der E.\_\_\_\_\_ -strasse \_\_00 in Freienbach. Das Grundstück ist mit einem Gewerbegebäude (Nr. F.\_\_\_\_\_; Gebäudefläche: 4'770 m<sup>2</sup>) überbaut. Bei einer Baukontrolle am 16. Januar 2017 wurden beim Gebäude der Bau einer Zufahrtsrampe sowie interne Bauarbeiten (u.a. der Einbau einer Tiefgarage) festgestellt. Am selben Tag wurde A.\_\_\_\_\_ (nachstehend: Bauherrschaft) zur Baueingabe innert zwanzig Tagen aufgefordert. Mit Gesuch vom 6. Februar 2017 ersuchte die Bauherrschaft um eine Fristerstreckung zur Baueingabe bis Ende März 2017. Mit Präsidialverfügung vom 8. Februar 2017 ordnete der Gemeindepräsident Freienbach unter Strafandrohung einen Baustopp für sämtliche Bauarbeiten bei der Zufahrtsrampe und damit zusammenhängende Umbauarbeiten oder Umnutzungen auf dem Grundstück KTN D.\_\_\_\_\_ an und verlangte die Einreichung eines Baugesuchs bis spätestens Ende März 2017. Der Gemeinderat genehmigte diese Präsidialbewilligung mit Beschluss (GRB) Nr. 68 (7.15.4) am 16. Februar 2017.

**A.2** Am 24. April 2017 (Eingang) reichte die Bauherrschaft das nachträgliche Baugesuch vom 21. April 2017 ein. Es beinhaltete neben den ohne Bewilligung in Angriff genommenen Arbeiten eine Aufstockung des bestehenden östlichen Gebäudes um zwei weitere Geschosse. Im 3. Obergeschoss (OG) wurde eine Gewerbenutzung und im 4. OG zwei 4 ½-Zimmerwohnungen vorgesehen. Das Baugesuch wurde im Amtsblatt Nr. 17 vom 28. April 2017 (S. 870) publiziert. Hiergegen erhob eine Drittpartei am 17. Mai 2017 Baueinsprache. Mit Schreiben vom 1. Juni 2017 informierte das kommunale Hochbauamt die Bauherrschaft, dass die Bewilligung vorläufig nicht in Aussicht gestellt werden könne und gewährte ihr das rechtliche Gehör. Nach weiterer Korrespondenz reichte die Bauherrschaft mit Schreiben vom 31. Januar 2018 eine Projektänderung ein mit Verzicht auf eine 4 ½-Zimmerwohnung und der Planung weiterer Büroräumlichkeiten stattdessen.

**A.3** Mit GRB Nr. 147 (7.15.4) vom 26. April 2018 wies der Gemeinderat die Einsprache ab, hob den am 16. Februar 2017 angeordneten Baustopp auf und erteilte die Baubewilligung unter Auflagen, Bedingungen und Vorbehalten (Disp.-Ziff. 1 bis 3). Insbesondere wurde unter Strafandrohung der Rückbau der Erdgeschosswohnung (EG-Wohnung) innert 90 Tagen ab Vollendung der Wohnung im 4. OG angeordnet; hierzu seien die Vorkehren zu Wohnzwecken zu beseitigen; eine vollwertige Küche sowie eine Nasszelle mit Badewanne seien untersagt (Disp.-Ziff. 5 und 6).

**A.4** Gegen diesen GRB Nr. 147 vom 26. April 2018 erhob die Bauherrschaft am 15. Mai 2018 Verwaltungsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Schwyz. Der Rechts- und Beschwerdedienst sistierte dieses Beschwerdeverfahren am 1. Juni 2018, nachdem die Bauherrschaft am 23. Mai 2018 beim Gemeinderat ein Wiedererwägungsgesuch eingereicht hatte. Hierauf trat der Gemeinderat mit GRB Nr. 224 vom 21. Juni 2018 nicht ein. Am 8. April 2019 zog die Bauherrschaft die Verwaltungsbeschwerde zurück, worauf das Verwaltungsbeschwerdeverfahren am 16. April 2019 als gegenstandslos abgeschrieben wurde. Die Baubewilligung (GRB Nr. 147 vom 26.4.2018) erwuchs somit in Rechtskraft.

**B.** Am 20. Mai 2019 (Eingang) liess die Bauherrschaft eine Projektänderung einreichen mit namentlich einem Verzicht auf die Erweiterung des 4. OG und stattdessen einer Aufstockung im 3. OG (welche neben einer Wohneinheit auch Büroräumlichkeiten beinhalten sollte). Es wurde um die Behandlung des Gesuchs im Meldeverfahren ersucht.

Mit Gesamtentscheid vom 12. Juni 2019 erteilte das kantonale Amt für Raumentwicklung (ARE) die kantonale Baubewilligung unter Auflagen und Nebenbestimmungen.

Mit GRB Nr. 265 vom 4. Juli 2019 erteilte der Gemeinderat die Baubewilligung für die Projektänderung (Disp.-Ziff. 1). Die mit GRB Nr. 147 vom 26. April 2018 erlassenen Auflagen, Bedingungen und Vorbehalte wurden für unverändert rechtskräftig erklärt, soweit sie nicht durch den neuen GRB Nr. 265 ersetzt oder aufgehoben wurden (Disp.-Ziff. 2). Die Anordnungen zum Rückbau der EG-Wohnung und die Massnahmen bei Nichteinhaltung gemäss dem GRB Nr. 147 vom 26. April 2018, Disp. Ziff. 5 und 6, wurden aufgehoben (Disp.-Ziff. 3). Der Rückbau der EG-Wohnung innert 90 Tagen ab Vollendung der Wohnung im 3. OG wurde angeordnet; hierfür seien die Vorkehren zu Wohnzwecken zu beseitigen; eine vollwertige Küche sowie eine Nasszelle mit Badewanne wurde untersagt (Disp.-Ziff. 7) - dies unter Strafandrohung (Disp.-Ziff. 8). Für die Gewerbeflächen im 3. OG wurde der Eintrag eines Zweckentfremdungsverbots als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch angeordnet (Disp.-Ziff. 9). Dieser GRB ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

**C.** Anlässlich einer Baukontrolle vom 31. März 2020 stellte die kommunale Bauverwaltung fest, dass die Wohnung im EG noch nicht zurückgebaut worden war. Sie forderte die Bauherrschaft daher unter Strafandrohung auf, die zweite Wohneinheit bis 30. Juni 2020 zurückzubauen. Dieser Aufforderung kam die Bauherrschaft nicht nach.

Hingegen beantragte sie mit Schreiben vom 3. Juni 2020 mit dem Betreff "Beschwerde & Gesuch Abwartswohnung an der E. \_\_\_\_\_-str. \_\_00, 8807 Freienbach", "Dem Antragssteller A. \_\_\_\_\_ als Beschwerdeführer BF in unbürokratischer Weise, unter dem Titel Besitzstandrecht die Abwartswohnung weiterhin zuzugestehen". Auf die Mitteilung der Bauverwaltung hin, man beabsichtige die Eingabe als Wiedererwägungsgesuch zu behandeln, sofern die Bauherrschaft sie nicht als Beschwerde verstehen wolle, reagierte die Bauherrschaft nicht.

Mit GRB Nr. 246 vom 13. August 2020 trat der Gemeinderat auf das Wiedererwägungsgesuch nicht ein (Disp.-Ziff. 1). Die Verfahrenskosten von Fr. 400.-- wurden der Bauherrschaft auferlegt (Disp.-Ziff. 2).

**D.** Gegen diesen GRB Nr. 246 vom 13. August 2020 erhob die Bauherrschaft mit Eingabe vom 10. September 2020 Beschwerde beim Regierungsrat mit den folgenden Anträgen:

- Dem BF sei die seit rund 40 Jahren bestehende Abwartswohnung zu belassen.
- Dem BF seien sämtliche diesbezüglichen Auflagen zu erlassen.
- Das Wiedererwägungsgesuch sei zu genehmigen.
- Es sei ein Augenschein durch den RR vorzunehmen.
- Dem BF sei eine angemessene Entschädigung zuzusprechen.
- Dem BF sei die aufschiebende Bewilligung zu gewähren.

**E.** Mit RRB Nr. 505/2021 vom 6. Juli 2021 wies der Regierungsrat die Beschwerde ab (Disp.-Ziff. 1). Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.-- wurden dem Beschwerdeführer auferlegt (Disp.-Ziff. 2). Zudem wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, der Gemeinde eine Parteientschädigung von Fr. 800.-- zu bezahlen (Disp.-Ziff. 3).

**F.** Gegen diesen RRB Nr. 505/2021 (Versand am 13.7.2021; Zustellung am 16.7.2021) lässt die beanwaltete Bauherrschaft mit Eingabe vom 4. August 2021 (Postaufgabe am gleichen Tag) fristgerecht Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz erheben mit den folgenden Anträgen:

1. Der Beschwerdeentscheid (VB 214/2020) des Regierungsrates des Kantons Schwyz vom 16. Juli 2021 (recte: 06. Juli 2021), Beschluss Nr. 505/2021, Baurecht (Baubewilligung/Wiedererwägungsgesuch/Revision) sei aufzuheben, und die Beschwerde des Beschwerdeführers vom 5. September 2020 sei gutzuheissen bzw. dem Beschwerdeführer sei die Abwartswohnung im EG zu lassen und die diesbezüglichen Auflagen seien aufzuheben bzw. zu erlassen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MWST) zu Lasten der Vorinstanzen bzw. Staatskasse.
2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu belassen bzw. zu erteilen.

3. Die Akten seien der Unterzeichnenden zur Einsicht zuzustellen und dem Beschwerdeführer eine Frist zur Ergänzung der Beschwerde einzuräumen sowie bzw. eventualiter ein zweiter Schriftenwechsel durchzuführen.

**G.** Das ARE teilt am 12. August 2021 seinen Verzicht auf eine Vernehmlassung mit. Das Sicherheitsdepartement beantragt vernehmlassend am 13. August 2021 die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten des Beschwerdeführers. Ebenso beantragt der Gemeinderat mit Vernehmlassung vom 3. November 2021 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers.

**H.** Der Beschwerdeführer ersucht mit Schreiben vom 18. August 2021 um "Erlass eines Vorschusses im Verfahren III 2021 136 vom 5. Aug. 2021". Deshalb setzte der verfahrensleitende Richter dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 19. August 2021 an seine Rechtsvertreterin Frist zur Einreichung der Unterlagen zur Erlangung der unentgeltlichen Rechtspflege (URP) an unter Beilage des entsprechenden Formulars. Hierauf ersuchte die Rechtsvertreterin um Zustellung der Akten und vorläufige Aussetzung der Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses bzw. zur Einreichung des URP-Gesuchs sowie Mitteilung betr. den allfälligen kostenlosen Rückzug der Beschwerde. Diesem Ersuchen kam der verfahrensleitende Richter mit Schreiben vom 27. August 2021 nach; gleichzeitig wurde der Gemeinde die Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung vorläufig abgenommen.

In der Folge wurde am 12. Oktober 2021 der Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- geleistet.

**I.** Der Beschwerdeführer hält mit Replik vom 17. Dezember 2021 an seinen Anträgen fest. Der Gemeinderat teilt am 11. Januar 2022 seinen Verzicht auf eine Duplik mit.

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

**1.1.1** Gemäss § 34 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 können Verfügungen 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. Die Behörde ist nicht verpflichtet, auf das Wiedererwägungsgesuch als einen blossen Rechtsbehelf einzutreten (§ 34 Abs. 2 VRP).

**1.1.2** Die Behörde zieht ihre rechtskräftige Verfügung oder ihren rechtskräftigen Entscheid gemäss § 61 VRP auf Begehren einer Partei in Revision, wenn die Verfügung oder der Entscheid durch eine strafbare Handlung beeinflusst wurde (lit. a), die Partei nachträglich neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel vorbringt, die sie früher trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorbringen konnte (lit. b), die Behörde wesentliche Verfahrensvorschriften verletzt hat, welche die dadurch benachteiligte Partei nicht rechtzeitig geltend machen konnte (lit. c) oder die Behörde erhebliche Tatsachen, die sich aus den Akten ergeben, versehentlich nicht berücksichtigt hat (lit. d).

**1.2** Der Regierungsrat hat im angefochtenen Beschluss im Wesentlichen erwogen, der Gemeinderat sei zu Recht nicht auf das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers eingetreten. Die für ein Eintreten erforderlichen Voraussetzungen gemäss § 34 VRP seien nicht gegeben (Erw. 4.1 ff.). Der Gemeinderat habe bereits in zwei rechtskräftigen Beschlüssen (GRB Nr. 147 vom 26.4.2018 und GRB Nr. 265 vom 4.7.2019) den Beschwerdeführer zum Rückbau der bestehenden EG-Wohnung verpflichtet. Seit diesen beiden rechtskräftigen Beschlüssen hätten sich weder die rechtlichen noch die tatsächlichen Voraussetzungen geändert. Die Covid-19-Pandemie bezogene Argumentation des Beschwerdeführers habe keinen Bezug zum Bedarf an zusätzlichen betriebsnotwendigen Wohnungen; der allenfalls gesunkene Bedarf an Büroräumlichkeiten könne kein erhebliches öffentliches Interesse begründen (Erw. 4.3 f.). Soweit der Beschwerdeführer geltend mache, die Neubauwohnung im dritten OG selber bewohnen zu wollen, bestätige er selbst, dass kein Bedarf an betriebsnotwendigem Wohnraum bestehe. Auch die zwischenzeitliche Vermietung der Wohnung im EG an eine Drittperson, welche unter anderem gestützt auf den Mietvertrag eine Aufenthaltsbewilligung erhalten habe, könne hieran nichts ändern. Namentlich lasse sich hieraus kein Vertrauensschutz ableiten (Erw. 4.5). Auch die geltend gemachte Gleichbehandlung im Unrecht könne nicht verfangen. Einerseits handle es sich hierbei um keine neue Tatsache; andererseits seien die Situationen nicht vergleichbar (Erw. 5.1 f.).

Die behauptete unrichtige Würdigung des Sachverhaltes bereits in den Beschlüssen der Jahre 2018 und 2019 seien grundsätzlich in einem Revisionsverfahren zu prüfen (Erw. 6). Die vom Beschwerdeführer im Sinne der Revisionsgründe gemäss § 61 lit. b und d VRP gemachten Vorbringen stellten jedoch keine Revisionsgründe dar; vielmehr hätte der Beschwerdeführer diese Argumente mittels Beschwerde vorbringen müssen. Gegen die beiden GRB Nr. 147 vom 26. April 2018 und Nr. 265 vom 4. Juli 2019 habe er jedoch kein Rechtsmittel ergriffen bzw. die gegen den GRB Nr. 147 vom 26. April 2018 erhobene Verwal-

tungsbeschwerde habe er wieder zurückgezogen. Er könne sich also nicht auf den Revisionsgrund gemäss § 61 lit. d VRP berufen (Erw. 6.3). Den geltend gemachten neuen Tatsachen wie der Vermietung der rückzubauenden Wohnung im EG sowie dem Nachfragerückgang nach Büroräumlichkeiten fehle es überdies an der notwendigen Erheblichkeit. Der Beschwerdeführer könne sich auch nicht auf den Revisionsgrund von § 61 lit. b VRP berufen (Erw. 6.4). Einen Augenschein hat der Regierungsrat entsprechend nicht für notwendig erachtet (Erw. 3) bzw. hiervon angesichts der Bestätigung des gemeinderätlichen Nichteintretens auf das mit Schreiben vom 3. Juni 2020 vom Beschwerdeführer (sinngemäss) gestellte Wiedererwägungsgesuch ohne weiteres absehen können.

**2.1.1** Ist eine Behörde auf ein Rechtsmittel nicht eingetreten, so hat in casu das Verwaltungsgericht gemäss ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nur zu prüfen, ob der Nichteintretensentscheid zu Unrecht erfolgt ist. Bejaht sie diese Frage, so hebt sie den Nichteintretensentscheid auf und weist die Akten an die Vorinstanz zurück, damit diese hinsichtlich dieses Rechtsmittels einen Sachentscheid trifft (VGE III 2015 98 vom 26.8.2015 Erw. 1.3.1; VGE II 2012 108 vom 24.10.2012 Erw. 2.1; VGE III 2014 194 vom 27.11.2014 Erw. 2.1).

**2.1.2** Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung besteht aufgrund von Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf Wiedererwägung. Danach besteht eine behördliche Pflicht, auf ein entsprechendes Gesuch einzutreten, wenn die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel namhaft macht, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand (BGE 136 II 177 Erw. 2.1; BGE 124 II 1 Erw. 3a; BGE 120 Ib 42 Erw. 2b je mit Hinweisen; Baumann, in Baumann et al., Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 59 Rz. 64 f.).

Zu beachten ist das methodische Vorgehen bei der Prüfung eines Wiedererwägungsgesuchs in zwei Schritten: zunächst die Beurteilung, ob überhaupt Gründe vorliegen, um auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten, und sodann, falls diese erste Frage zu bejahen ist, die Beurteilung, ob die geltend gemachten Gründe eine Wiedererwägung rechtfertigen können (vgl. VGE II 2020 102 vom 25.11.2020 Erw. 3.2).

**2.2.1** Der Gemeinderat hat mit GRB Nr. 246 vom 13. August 2020 einerseits erwogen, die Verhältnisse hätten sich seit den GRB Nrn. 147 vom 26. April 2018

und 265 vom 4. Juli 2019 nicht geändert und es lägen auch keine öffentlichen Interessen vor, die ein Eintreten auf das Wiedererwägungsgesuch geböten (Erw. 3). Auch ein Revisionsgrund liege nicht vor, um auf das Schreiben des Beschwerdeführers vom 3. Juni 2020 als Revisionsgesuch einzutreten (Erw. 2).

Der Regierungsrat ist dieser gemeinderätlichen Argumentation mit dem angefochtenen Beschluss gefolgt (vgl. vorstehend Erw. 1.2).

**2.2.2** Soweit der Beschwerdeführer also beantragt, ihm sei die Abwartswohnung im EG zu belassen und die diesbezüglichen Auflagen seien aufzuheben, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Sollte sich die regierungsrätliche Bestätigung des Nichteintretens des Gemeinderates auf das Schreiben des Beschwerdeführers vom 3. Juni 2020 als unrechtmässig erweisen, werden sowohl der angefochtene RRB Nr. 505/2021 vom 6. Juli 2021 als auch der mitangefochtene GRB Nr. 246 vom 13. August 2020 aufzuheben und der Gemeinderat anzuweisen sein, das Ersuchen des Beschwerdeführers vom 3. Juni 2020 materiell zu prüfen.

**3.1** Der Beschwerdeführer hält mit seiner Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 4. August 2021 wie auch mit der Replik vom 17. Dezember 2021 im Wesentlichen an den bereits vor dem Regierungsrat gemachten Vorbringen fest. Seine Argumente sind im Wesentlichen die Folgenden:

- Bei der Wohnung im EG handle es sich um die seit 40 Jahren bestehende und im Grundbuch eingetragene Abwartswohnung; als Büro wäre die Wohnung "angesichts der guten Marktlage für Büros unvermietbar".
- Die Wohnsituation sei durch den bei der Gemeinde eingereichten Mietvertrag der gegenwärtig die Wohnung nutzenden Person bewilligt.
- Es bestehe bereits ein hoher Leerbestand an Büros in Freienbach (auch Covid-bedingt); billiger Wohnraum sei hingegen rar. Es bestehe kein öffentliches Interesse an der Vernichtung der 40-jährigen Abwartswohnung.
- Verletzt werde das Rechtsgleichheitsgebot, wenn bei der Nachbarliegenschaft "G. \_\_\_\_\_" eine Attika-Penthousewohnung bewilligt worden und die bestehende Abwartswohnung belassen worden sei. Gegen 100 Mitarbeiter verrichteten auf der Bauliegenschaft ihre Arbeit und es bestehe immer Bedarf für Wohnungen, insbesondere eine Abwartswohnung.
- Der Zwang zum Rückbau und die Vereitelung einer Vermietung als Wohnung verletze die verfassungsmässige Eigentumsgarantie, die Wirtschaftsfreiheitsgarantie und stelle eine Enteignung ohne jegliche Entschädigung dar.

**3.2.1** Mit GRB Nr. 147 vom 26. April 2018 hat der Gemeinderat unter anderem dargelegt (Erw. 3), gemäss Art. 44 Abs. 4 des kommunalen Baureglements (BauR) vom 28. November 1993 (letztmals geändert am 10.2.2019) seien in der

Industriezone Wohnbauten nur für betriebsnotwendig an den Standort gebundenes Personal erlaubt. Aufgrund der Zweckbestimmung der Industriezone (Schutz der Wohnzonen vor Immissionen; Gewährleistung einer ungehinderten Entfaltung von Industriebetrieben bei intensiver baulicher Ausnutzung) bestehe ein öffentliches Interesse, die Anzahl Wohnungen in der Industriezone zu beschränken. Die in Art. 44 Abs. 4 BauR vorgesehene Möglichkeit betriebsnotwendiger Wohnungen stelle eine gesetzliche Ausnahme dar. Der Gemeinderat sei dieser Vorgabe in der Praxis rigoros gefolgt und habe jeweils höchstens eine Wohnung mit maximal 150 m<sup>2</sup> Bruttogeschossfläche (BGF) gestattet. Im Rahmen eines Gestaltungsplanerlasses vom 12. August 2010 sei der Gemeinderat insoweit von dieser konstanten Praxis abgewichen, als er den Charakter der Industriezone I2 mit der geplanten Wohnnutzung von maximal je einer Wohnung pro Werkhalle als gewahrt betrachtet habe, zumal der Anteil Wohnnutzung bezogen auf die Gesamtnutzung weniger als 10% beansprucht habe. Am 2. Dezember 2010 habe der Gemeinderat beim südlichen Industriebetrieb nochmals zwei Wohnungen gestattet (Vorbescheid; 1 Wohnung pro Gebäudekörper Schwerzistrasse 30 bzw. 32).

Im Weiteren nahm der Gemeinderat unter Bezugnahme auf eine Beurteilung der Hochbaukommission vom 22. Mai 2017 explizit auch zum Argument des Beschwerdeführers in dessen Schreiben vom 14. und 21. Juni 2021 Stellung, er werde gegenüber der benachbarten Liegenschaft "G. \_\_\_\_\_" ungleich behandelt. Der Gemeinderat anerkannte auch, dass eine Hauswartwohnung ein Bedürfnis darstelle; allerdings verfüge die Liegenschaft des Beschwerdeführers bereits über eine 5 ½-Zimmerwohnung mit über 150 m<sup>2</sup> Fläche, welche sich im 1. OG auf der Nordseite befinde. Die Bauherrschaft gebe hier Büroräume an, welche bestehend sein sollten. Die Plandarstellung müsse falsch sein. Die auf der Liegenschaft bestehende und bewilligte Wohnung im EG solle nicht in Abrede gestellt werden. Grundsätzlich sei in der Zwischenzeit erkannt worden, dass das Wohnen in der Industriezone nur in der äussersten Notwendigkeit zulässig sein solle. Eine Zweitwohnung sei mit diesem Grundsatz nicht vereinbar. Ob die Bewilligung an die Firma G. \_\_\_\_\_ zu Unrecht erteilt worden sei, könne offen bleiben, zumal dieser Umstand eine erneut abweichende Baubewilligung nicht zu begründen vermöge bzw. es könne kein Recht aus einem Unrecht abgeleitet werden.

Ein Ausnahmegrund im Sinne von § 73 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987 (und Art. 57 Abs. 1 BauR) liege nicht vor. Die Bauherrschaft habe erkannt, dass eine Bewilligung für zusätzliche Wohnräume nicht in Aussicht gestellt werden könne. Im überarbeiteten Projekt werde neu im 4. OG eine Wohneinheit mit 148.91 m<sup>2</sup> als Ersatz der bisherigen

Wohneinheit im EG ausgewiesen. Auflageweise sei der Rückbau der Wohnung im EG anzuordnen.

**3.2.2** Mit dem GRB Nr. 265 vom 4. Juli 2019 hatte der Gemeinderat die Projektänderung des Beschwerdeführers vom 20. Mai 2019 zu beurteilen (vgl. vorstehend Ingress lit. B), welche neu eine Wohneinheit von 150 m<sup>2</sup> BGF im 3. OG vorsah. Der Gemeinderat wies mit Nachdruck zum einen darauf hin (Erw. 3), dass Büroräumlichkeiten nicht so gestaltet werden dürften, dass daraus zusätzliche Wohneinheiten resultieren könnten; zum andern betonte er unter Hinweis auf den GRB Nr. 147 vom 26. April 2018, dass auf der Liegenschaft maximal eine Wohnung zulässig sei und diese bereits bestehe. Die Bewilligung für zusätzliche Wohnräume könne nicht in Aussicht gestellt werden. Im 3. OG werde neu eine Wohneinheit - wiederum als Ersatz für die bisherige Wohnung im EG - ausgewiesen. Auflageweise bleibe weiterhin zu verlangen, dass der Rückbau der Wohnung im EG erfolgen müsse.

**3.3** Vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtslage (vorstehend Erw. 1.1.1 f.) und den vorstehend angeführten Erwägungen in den beiden Gemeinderatsbeschlüssen GRB Nrn. 147 vom 26. April 2018 und 265 vom 4. Juli 2019 kann das Festhalten des Beschwerdeführers an seiner Argumentation im regierungsrätlichen Verfahren die Rechtmässigkeit des angefochtenen RRB Nr. 505/2021 vom 6. Juli 2021 nicht in Zweifel ziehen. Es kann grundsätzlich vollumfänglich auf die Begründung dieses RRB, der zu bestätigen ist, verwiesen werden.

**3.4.1** Vorab ist zu betonen, dass die Wiedererwägung nicht bloss dazu dienen darf, rechtskräftige Verwaltungsentscheide immer wieder infrage zu stellen oder die Fristen für die Ergreifung von Rechtsmitteln zu umgehen (VGE II 2020 102 vom 25.11.2020 Erw. 3.2 mit Hinweis auf BGE 136 II 177 Erw. 2.1). Seine Argumente hätte der Beschwerdeführer (mit Ausnahme des Hinweises auf die Covid-Pandemie) ohne weiteres mit den ordentlichen Rechtsmitteln vorbringen können. Dies hat er hinsichtlich des GRB Nr. 147 vom 26. April 2018 mit der in der Folge jedoch wieder zurückgezogenen Verwaltungsbeschwerde auch getan, nicht jedoch hinsichtlich des GRB Nr. 265 vom 4. Juli 2019, der unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. vorstehend Ingress lit. A.4 und B).

**3.4.2** Der Hinweis auf das Alter der Wohnung im EG, woraus der Beschwerdeführer wohl eine Art vorliegend nicht greifender Bestandesgarantie für diese Wohnung ableiten will, stellt offensichtlich weder eine Tatsache dar, die einen Revisionsgrund abgeben kann, noch seit den beiden GRB Nrn. 147 vom 26. April 2018 und 265 vom 4. Juli 2019 veränderte Verhältnisse als Voraussetzung für

eine Wiedererwägung. Der allfällige Eintrag im Grundbuch ändert hieran nichts, zumal auch dieses Argument bereits früher hätte vorgebracht werden können.

Nichts anderes gilt hinsichtlich des Mietvertrages, aus dem der Beschwerdeführer eine Bewilligung zur (Weiter-)Nutzung der Wohnung im EG neben der neuen Wohnung im 3. OG ableiten will. Zum einen hat der Gemeinderat im mitangefochtenen GRB Nr. 246 vom 13. August 2020 (Erw. 2) bereits festgehalten, dass der Beschwerdeführer diesen Mietvertrag im Oktober 2019 im Wissen um die Auflage zum Rückbau der Wohnung im EG abgeschlossen hat. Insoweit muss sich der Beschwerdeführer den Vorwurf eines treuwidrigen Verhaltens gefallen lassen. Zum andern hat der Regierungsrat erwogen (angefochtener Beschluss Erw. 4.5), dass für die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung bzw. für die Zulassung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, was gemäss den Angaben des Beschwerdeführers einen Mietvertrag bzw. Wohnraum voraussetze (vgl. Art. 24 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG; SR 142.20] vom 16.12.2005), nicht der Gemeinderat zuständig ist. Nachdem eine Baubewilligung nichts mit einer ausländerrechtlichen Bewilligung zu tun hat und überdies die Zuständigkeiten zur Erteilung der jeweiligen Bewilligungen gänzlich unterschiedlich ist, besteht mithin auch keine Vertrauensgrundlage, auf welche sich der Beschwerdeführer beziehen könnte.

**3.4.3** Nicht verfangen kann auch der vom Beschwerdeführer - überdies nicht näher und substantiiert - behauptete hohe Leerbestand an Büros in Freienbach. Die Industriezone wird mit Art. 44 Abs. 1 BauR erklärtermassen gewerblichen und industriellen Bauten vorbehalten, insbesondere für solche, die in den anderen Bauzonen unzulässig sind (vgl. auch Vernehmlassung des Sicherheitsdepartements S. 2 Ziff. 2). Wohnbauten sind, wie erwähnt, nur unter der restriktiven Voraussetzung von Art. 44 Abs. 4 BauR zulässig (vgl. vorstehend Erw. 3.2.1; vgl. auch Hettich/Mathis, in: FHB Öffentliches Baurecht, Rz. 1.71). Der allfällige Leerbestand an Büros ist kein Kriterium. Abgesehen davon könnten auch in diesem Vorbringen des Beschwerdeführers, nachdem der GRB Nr. 265 vom 4. Juli 2019 keine drei Jahre zurückliegt, keine veränderten Verhältnisse erblickt werden. Als Revisionsgrund kommt dieses Argument ohnehin nicht in Betracht: meint der Beschwerdeführer damit eine Entwicklung vor 2019 bzw. 2018, hätte es ohne weiteres bereits damals beschwerdeweise gegen die beiden GRB Nrn. 147 vom 26. April 2018 und 265 vom 4. Juli 2019 vorgebracht werden können und müssen; betrifft es jedoch die Entwicklung nach dem Juli 2019, kann es wesensgemäss keinen Revisionsgrund abgeben.

**3.4.4** Das öffentliche Interesse der Industriezone I1 (und I2) besteht entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers gerade in der Freihaltung von Wohnungen bzw. umgekehrt im raumplanungsrechtlichen Postulat, dass Wohngebiete vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen wie Luftverschmutzung, Lärm und Erschütterungen möglichst verschont werden (Art. 3 Abs. 3 lit. b des Bundesgesetzes über die Raumplanung [Raumplanungsgesetz; RPG; SR 700] vom 22.1.1979). In der Industriezone gilt entsprechend die Lärmempfindlichkeitsstufe (ES) IV, während in den Wohn- sowie gemischten Gewerbe-/Wohnzonen gemäss der kommunalen Nutzungsplanung die ES II und III zu beachten sind.

Wohnungen sollten nur an Standorten erstellt werden, die sich aufgrund der Immissionsbelastung für diese Nutzung eignen, weshalb grundsätzlich ein öffentliches Interesse daran besteht, den Wohnanteil in der Gewerbezone möglichst gering zu halten (Urteil BGer 1C\_142/2012 vom 18.12.2012 Erw. 4.3.2 [i.Sa. V. AG vs. Gemeinderat Arth]). Dies muss erst recht für die Industriezone gelten (vgl. ebenda Erw. 4.3.3).

**3.4.5** Zur Frage des Rechtsgleichheitsgebots und eines allfälligen Anspruches auf Gleichbehandlung im Unrecht hat sich der Gemeinderat selber bereits im GRB Nr. 147 vom 26. April 2018 (vgl. vorstehend Erw. 3.2.1) ausführlich geäußert. Hierauf konnte der Regierungsrat im angefochtenen Beschluss (Erw. 5.2) zu Recht Bezug nehmen. Die diesbezügliche Rüge des Beschwerdeführers bleibt trotz Festhalten an ihr unbegründet.

**3.4.6** Im Bereich des Planungs- und Baurechts konkretisiert sich die Eigentumsfreiheit (Art. 26 BV) u.a. in der Baufreiheit. Die Eigentumsgarantie gewährleistet das Eigentum nur innerhalb der Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind. Für die Baufreiheit bedeutet dies, dass sie sich praktisch und rechtlich auf die Bauzone beschränkt. Zu beachten sind namentlich die Anforderungen der Raumplanung (BGE 117 Ib Erw. 3a mit Hinweisen). Die Eigentumsgarantie schützt nur die rechtmässige Ausübung des Privateigentums (BGE 111 Ib 232 Erw. 6c; BGE 106 Ia 264 Erw. 2a). Die Baufreiheit besteht nur innerhalb der Vorschriften, die der Gesetzgeber über die Nutzung des Grundeigentums erlassen hat (Urteile BGer 1A.110/2001 vom 4.10.2001 Erw. 8.1 = ZBI 203/2002 S. 615; 1P.512/2001 vom 5.3.2002 Erw. 2.3; 1C\_330/2012 vom 22.4.2013 Erw. 6; 1C\_118/2020 vom 17.3.2021 Erw. 3.2).

Eine Beeinträchtigung des Eigentums bzw. der Eigentumsfreiheit wie auch der Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers ist vorliegend nicht erkennbar. Ebenso wenig kann von einem Enteignungstatbestand die Rede sein. Wie der Gemeinderat vernehmlassend darlegt (S. 4 Ziff. 4), beruht die vom Beschwerdeführer kri-

tisierte Auflage des Rückbaus der Wohnung im EG auf einer gesetzlichen Grundlage, liegt im öffentlichen Interesse (auch wohnhygienischer Art) und ist verhältnismässig. Abgesehen davon hätte auch die diesbezügliche Rüge des Beschwerdeführers ohne weiteres mit einem ordentlichen Rechtsmittel vorgetragen werden können und ist im vorliegenden Verfahren daher an und für sich nicht mehr zu hören.

**3.5** Zusammenfassend haben die Vorinstanzen zu Recht das Vorliegen von Wiedererwägungsgründen (geänderte Verhältnisse oder erhebliche öffentliche Interessen und keine Verletzung von Treu und Glauben) sowie von Revisionsgründen verneint. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

**4.1** Die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) von insgesamt Fr. 1'500.-- werden dem Verfahrensausgang entsprechend dem Beschwerdeführer auferlegt (§ 72 Abs. 2 VRP).

**4.2** Der Beschwerdeführer hat zudem der beanwalteten Gemeinde 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. 450.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festgelegt.

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) werden auf insgesamt Fr. 1'500.-- festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt. Er hat am 12. Oktober 2021 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.-- geleistet, womit ihm Fr. 500.-- aus der Gerichtskasse zurückzuzahlen sind.
3. Der Beschwerdeführer hat der beanwalteten Gemeinde eine Parteien-schädigung von insgesamt Fr. 450.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde\* in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 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 Verfassungsbeschwerde\* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).

5. Zustellung an:
  - die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (2/R; unter Beilage der Eingabe des Gemeinderates Freienbach vom 11.1.2022)
  - den Rechtsvertreter des Gemeinderates Freienbach (2/R)
  - den Regierungsrat (EB)
  - das Sicherheitsdepartement (EB; unter Beilage der Eingabe des Gemeinderates Freienbach vom 11.1.2022)
  - und das Amt für Raumentwicklung (EB; unter Beilage der Eingabe des Gemeinderates Freienbach vom 11.1.2022).

Schwyz, 19. Januar 2022

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Präsident:

Die a.o. Gerichtsschreiberin:

### **\*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: 9. Februar 2022