

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer III



---

III 2021 205

## Entscheid vom 28. April 2022

---

Besetzung

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

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
Beschwerdeführerin,  
handelnd durch ihren Verwaltungsrat  
B. \_\_\_\_\_,  
Kantonsstrasse 81, 8807 Freienbach,

**gegen**

1. **Gemeinderat Freienbach**, Unterdorfstrasse 9,  
Postfach 140, 8808 Pfäffikon,  
vertreten durch Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_,  
Felsenstrasse 4, Postfach 3, 8808 Pfäffikon,
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)

## **Sachverhalt:**

**A.** Am 23. November 2020 reichte die A.\_\_\_\_\_ AG (CHE-\_\_\_\_\_) das Baugesuch D.\_\_\_\_\_ betreffend den Umbau des ehemaligen Restaurants in Wohn- und Geschäftsräume sowie eine Lärmschutzwand auf KTN 001 an der E.\_\_\_\_\_ (Adresse), ein. Das Gesuch wurde im Amtsblatt F.\_\_\_\_\_ (Ausgabe) publiziert und öffentlich aufgelegt. Innert Frist gingen keine Einsprachen ein.

**B.** Das Amt für Raumentwicklung (ARE) teilte der A.\_\_\_\_\_ AG mit Schreiben vom 7. Januar 2021 mit, dass die Baubewilligung voraussichtlich nicht gewährt werden könne. Mit Schreiben vom 14. Januar 2021 wurde die A.\_\_\_\_\_ AG über das Prüfungsergebnis der Hochbaukommission informiert und zur Projektüberarbeitung betreffend die Einhaltung der Ausnutzungsziffer sowie Überarbeitung der Parkplatzsituation und des Parkplatznachweises eingeladen.

**C.** Mit Eingabe vom 4. Februar 2021 reichte die A.\_\_\_\_\_ AG revidierte Pläne sowie ergänzende Unterlagen ein, welche vorwiegend die Präzisierung der Ausnungsberechnung enthalten; auf eine Änderung bezüglich der Parkplatzsituation verzichtete die Gesuchstellerin. Am 5. Februar 2021 folgte eine Stellungnahme der A.\_\_\_\_\_ AG zur Sache.

**D.** Das Bauamt teilte der A.\_\_\_\_\_ AG mit Schreiben vom 24. Februar 2021 mit, dass die Hochbaukommission das Gesuch nochmals behandelt, es aber weiterhin nicht als bewilligungsfähig erachtete. Dazu äusserte sich die A.\_\_\_\_\_ AG mit Schreiben vom 8. März 2021 und beantragte, die Baubewilligung ohne weitere Überarbeitung der Gesuchsunterlagen bis Ende März 2021 zu erteilen, ansonsten sie sich verwaltungs- bzw. aufsichtsrechtliche, zivilrechtliche sowie strafrechtliche Schritte vorbehielt.

**E.** Mit Gesamtentscheid vom 22. März 2021 erteilte das ARE die kantonale Baubewilligung. Mit Beschluss (GRB) Nr. 116 vom 25. März 2021 (versandt am 1.4.2021) entschied der Gemeinderat Freienbach (nachfolgend: Gemeinderat) bezüglich der kommunalen Baubewilligung was folgt:

1. Die Bewilligung für den Umbau des Restaurants in Wohn- und Gewerberäume sowie für die Lärmschutzwand, KTN 001, E.\_\_\_\_\_ (Adresse), wird im Sinne der Erwägungen verweigert.
2. Der Bauherrschaft werden der Gesamtentscheid des Amtes für Raumentwicklung vom 22. März 2021, die Beurteilung der kommunalen Brandschutzfachstelle vom 28. Januar 2021 und das Ergebnis der abwassertechnischen Prüfung vom 30. Dezember 2020 eröffnet.

3. Die Bauherrschaft hat folgende Gebühren zu entrichten:

a) kommunale Behandlungsgebühren	Fr. 1'599.00
b) kantonale Gebühren und Kosten	<u>Fr. 1'050.00</u>
Total	Fr. 2'649.00

zahlbar innert 30 Tagen

In den kommunalen Bewilligungsgebühren sind die aufgelaufenen Kosten der Liegenschaftsentwässerung und zum Brandschutz enthalten.

4.- 5. [Rechtsmittelbelehrung; Zustellung]

**F.** Gegen diesen Gemeinderatsbeschluss erhob die A. \_\_\_\_\_ AG mit Eingabe vom 13. April 2021 fristgerecht Beschwerde beim Regierungsrat mit folgenden Anträgen:

Es sei, unter vollumfänglicher Aufhebung von Disp.-Ziff. 1 und 3a des Anfechtungsobjektes, festzustellen, dass die zur Erteilung der vor Vorinstanz beantragten Bau-/Umnutzungsbewilligung gem. Art. 19 BauReg Freienbach erforderliche Anzahl von mind. 10 Abstellflächen für Motorfahrzeuge, ausgewiesen ist;

alles unter den gesetzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen.

**G.** Mit Beschluss Nr. 780/2021 vom 9. November 2021 (versandt am 16.11.2021) traf der Regierungsrat folgenden Entscheid:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Verfahrenskosten (inklusive Kanzleikosten) im Betrag von Fr. 1'500.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit deren Kostenvorschuss (Fr. 1'500.--) verrechnet.

3. Die Beschwerdeführerin hat der Gemeinde Freienbach eine Parteientschädigung von Fr. 800.-- zu bezahlen.

4.- 6. [Rechtsmittelbelehrung; Zustellung]

**H.** Mit rechtzeitiger Beschwerde vom 9. Dezember 2021 (Postaufgabe am gleichen Tag) gelangt die A. \_\_\_\_\_ AG an das Verwaltungsgericht und stellt folgende Anträge (S. 2):

Das Anfechtungsobjekt sei vollumfänglich aufzuheben und es sei festzustellen, dass die zur Erteilung der vor Vorinstanz beantragten Bau-/Umnutzungsbewilligung gemäss Vorgaben der Vorinstanzen erforderliche Anzahl von mindestens 6 Fahrzeugabstellplätzen für Motorfahrzeuge, ausgewiesen ist:

evt. sei das Anfechtungsobjekt vollumfänglich aufzuheben und die BG sei anzuweisen, zur Erteilung der bei ihr von der BF beantragten Bau- und Umnutzungsbewilligung, in letztere eine Nebenbestimmung in dem Sinne aufzunehmen, dass auf der Liegenschaft KTN 001 ein angemessener Revers betr. Aufrechterhaltung des zwischen der G. \_\_\_\_\_ und der BF bestehenden Mietvertrages über Mitbenützung von 20 Fahrzeugabstellplätzen an der H. \_\_\_\_\_-Strasse vis a vis KTN 001 vom Juni 2020, aufzunehmen.

Des Weiteren beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des angefochtenen RRB sowie die Aufhebung der Gebührenauflegung von Fr. 1'599.-- für das kommunale Baubewilligungsverfahren (vgl. Ingress lit. E). Die Kosten des vorinstanzlichen sowie vorliegenden Verfahrens seien dem Beschwerdegegner (d.h. der Gemeinde) aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, der intern anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung zu entrichten (S. 10).

I. Am 23. Dezember 2021 reicht das Sicherheitsdepartement seine Vernehmlassung ein mit dem Antrag, die Beschwerde sei unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Das ARE verzichtet mit Schreiben vom 3. Januar 2022 ausdrücklich auf eine Stellungnahme, da kantonale Belange vom vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht betroffen seien. Vernehmlassend beantragt der Gemeinderat mit Eingabe vom 7. Januar 2022 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

J. Mit Schreiben vom 17. Januar 2022 verzichtet die Beschwerdeführerin ausdrücklich auf die Einreichung einer Replik.

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

1.1 Vor Erlass eines Entscheids prüft das Gericht nach § 27 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRP; SRSZ 234.110) vom 6. Juni 1974 von Amtes wegen, ob die Voraussetzungen für einen Sachentscheid erfüllt sind. Ist eine der Voraussetzungen nicht gegeben, trifft das Gericht einen Nichteintretensentscheid (§ 27 Abs. 2 VRP). Eintretensvoraussetzungen sind unter anderem die Rechtsmittelbefugnis und die Vertretungsbefugnis (§ 27 Abs. 1 lit. d und c VRP).

1.2 Die Beschwerdeführerin als Baugesuchstellerin ist durch die verweigerte Baubewilligung und den angefochtenen RRB zweifelsohne zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt (vgl. § 37 Abs. 1 VRP). B. \_\_\_\_\_ ist laut Handelsregisterauszug (einziger) einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin ([https://zg.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-\\_\\_\\_\\_\\_](https://zg.chregister.ch/cr-portal/auszug/auszug.xhtml?uid=CHE-_____), eingesehen am 10.3.2022) und kraft seiner Organfunktion ohne weiteres zur Vertretung der Beschwerdeführerin berechtigt.

2.1 Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin beabsichtigt, neben kleineren äusserlichen Änderungen sowie dem Bau einer Lärmschutzwand,

die auf KTN 001 bestehenden Restoranträumlichkeiten zurückzubauen und in zwei neue Wohn- und eine neue Gewerbeeinheit umzubauen und umzunutzen. Des Weiteren soll die nördlich angebaute Garage in eine weitere Gewerbeeinheit ausgebaut werden (vgl. Grundrissplan Nr. 2013-2 vom 3.2.2021). Insgesamt ergeben sich fünf Wohn- und zwei Gewerbeeinheiten. Die bestehenden sechs Motorfahrzeugabstellplätze (vgl. Pläne Ansicht 1:50 [Nord] und [Ost] betreffend "Anbau auf Garage I. \_\_\_\_\_" vom 28.2.1967; vgl. undatierte Handnotizen der Vorinstanz [rote Tinte] aus dem Baubewilligungsverfahren 1995 lautend: "Umfeld 4 PP" sowie "Garagen 2 PP") für Personenwagen werden durch das Bauvorhaben auf drei reduziert. Zusätzlich liegt ein von der Beschwerdeführerin eingereichter Mietvertrag im Recht, welcher den Bestand um zehn Plätze erweitern soll. Diese befinden sich auf dem durch die H. \_\_\_\_\_-Strasse getrennten gegenüberliegenden Grundstück KTN 002, welches im Eigentum der G. \_\_\_\_\_ steht.

**2.2** Die Parkplatzerstellungspflicht ist in Art. 19 des kommunalen Baureglements (BauR) vom 28. November 1993 wie folgt normiert:

<sup>1</sup> Bei neuen Bauten und Anlagen sind in angemessener Nähe genügend Abstellflächen für Motorfahrzeuge auf privatem Grund zu schaffen und dauernd zu diesem Zweck zu erhalten. Bei Umbauten, Erweiterungen oder Zweckänderungen bestehender Bauten und Anlagen besteht die Pflicht zur Schaffung von Abstellflächen im Umfang des durch die baulichen Vorkehren geschaffenen Mehrbedarfs.

<sup>2</sup> Es sind zu erstellen:

- a) bei Wohnbauten 1 ½ Abstell- oder Garagenplatz pro Wohnung bzw. pro 100m<sup>2</sup> Bruttogeschossfläche.
- b) bei Geschäftsbauten 1 Abstell- oder Garagenplatz pro 50m<sup>2</sup> Bruttogeschossfläche, (...).
- c) (...).

<sup>3</sup> Garagenvorplätze und Zufahrten dürfen nur in die Berechnung der Abstellplätze einbezogen werden, wenn deren Belegung mit parkierten Fahrzeugen die Zufahrt zu den übrigen Parkplätzen bzw. Garagen nicht behindert.

<sup>4</sup> Ist die Errichtung von Abstellplätzen auf privatem Grund nicht möglich oder nicht zumutbar, so kann der Gemeinderat Ausnahmegewilligungen erteilen unter der Bedingung, dass diese von der Leistung einer angemessenen, zweckgebundenen Ablösungssumme zugunsten öffentlicher Abstellplätze abhängig werden. (...).

<sup>5</sup> (...).

Art. 19 Abs. 1 BauR übernimmt dabei den Wortlaut der kantonalen Regelung in § 58 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; SRSZ 400.100) vom 14. Mai 1987, während Art. 19 Abs. 4 BauR dem § 58 Abs. 2 PBG sinngemäss entspricht.

**2.3** Da es sich im vorliegenden Fall um eine Erweiterung bzw. Umnutzung handelt, sind laut Art. 19 Abs. 1 BauR Pflichtparkplätze im Umfang des durch das Bauprojekt geschaffenen Mehrbedarfs zu erstellen. Für bestehende Bauten sind lediglich dann neue Abstellflächen zu erstellen, wenn der Bauherr einer früher verfügbaren Auflage, Parkplätze zu errichten, nicht nachgekommen ist oder ohne Bewilligung bauliche Veränderungen vorgenommen hat, ansonsten der Bauherr sich auf die Besitzstandgarantie berufen kann (EGV-SZ 1999 Nr. 45 Erw. 2).

**2.4.1** Gemäss der revidierten (vgl. Ausnützungsberechnung vom 19.11.20, vgl. Ingress lit. B) Berechnung über die Bruttogeschossfläche (BGF) bzw. Ausnützungsziffer (AZ) vom 1. Februar 2021 weisen die fünf Wohneinheiten eine BGF von 273.56 m<sup>2</sup> auf. Gemessen an der Anzahl Wohneinheiten, welche im vorliegenden Fall unbestrittenermassen massgebend sind, ergeben sich acht Abstellplätze.

**2.4.2** Der Gewerbeanteil weist gemäss Berechnung des Projektverfassers eine BGF von 81.42 m<sup>2</sup> auf, gemäss Gemeinde- und Regierungsrat 91.05 m<sup>2</sup>. Bei einem Abstellplatz pro 50 m<sup>2</sup> sind daher gemäss der VSS-Norm 640 281 Ziff. 9.3 zwei Parkplätze auszuweisen (vgl. zur Verbindlichkeit Häuptli, in: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Aargau, Bern 2013, § 56 N 20 ff.). Insgesamt sind also zehn Parkplätze erforderlich, was unbestritten ist (vgl. angefochtener RRB Erw. 4.2).

**2.5** Der Gemeinderat hat die Baubewilligung mangels Nachweises einer genügenden Zahl Motorfahrzeugabstellplätze abgewiesen (GRB Nr. 116 vom 25.3.2021 Erw. 7). Im Projekt seien auf dem Baugrundstück nur drei Parkplätze dargestellt. Auf den bisherigen Bestand von sechs Parkplätzen auf dem Grundstück und ein Defizit von vier Plätzen könne im Sinne der Bestandesgarantie abgestellt werden. Betreffend die fehlenden drei Parkplätze sei das Bauprojekt entgegen den Empfehlungen der Baubehörden weder angepasst worden noch sei hierfür ein ausschliessliches Parkplatzbenützungsrecht mit grundbuchlicher Sicherstellung in der nahen Nachbarschaft beigebracht worden. Ein Antrag um Ausnahmbewilligung unter Leistung einer Ersatzabgabe sei nicht gestellt worden (Erw. 4.1).

Der Regierungsrat hat mit dem angefochtenen RRB diese gemeinderätliche Beurteilung bestätigt.

**3.1** Der Hauptantrag der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren lautet auf die Feststellung des Vorliegens einer Bewilligungsvoraussetzung unter Aufhebung des angefochtenen RRB. Bereits vor dem Regierungsrat stellte die Be-

schwerdeführerin ein Feststellungsbegehren bezüglich Nachweis der erforderlichen Anzahl Parkplätze (vgl. Ingress lit. F). Der Regierungsrat erwog, dass die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf den Erlass einer Feststellungsverfügung habe, prüfte die Beschwerde gleichwohl materiell, da die Beschwerdeführerin auch die Aufhebung des Gemeinderatsbeschlusses insoweit beantragte, als damit die Bewilligung verweigert worden war (vgl. Erw. 2.1 f.).

**3.2** Vor Verwaltungsgericht beanstandet die Beschwerdeführerin das Vorgehen der Vorinstanz insoweit, als diese den Anspruch auf eine Feststellungsverfügung verneinte, und erhebt erneut Antrag auf deren Erlass. Die Beschwerdeführerin begründet ihr Feststellungsinteresse wie folgt (Beschwerdeschrift, Ziff. 1 S. 2):

[...] zumal betr. vorhandenem Feststellungsinteresse, dies entgegen der Vi [Regierungsrat] Anfechtungsobjekt S. 3, Ziff. 2.1 ff., auszuführen ist, dass gemäss BG [Gemeinderat] in dessen Beschluss vom 25. März 2021 (B-Beilage 1) weitere Voraussetzungen zur Erteilung einer Baubewilligung noch nicht abschliessend abgeklärt wurden und daher die BF vor den Rechtsmittelinstanzen zur Zeit (noch) nicht die finale Erteilung der nachgesuchten Baubewilligung beantragen kann.

Der Verwaltungsbeschwerde vom 13. April 2021 ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin beabsichtigt, die anlässlich des abschlägigen gemeinderätlichen Beschlusses in Aussicht gestellten Nebenbestimmungen (Sicherstellung von Durchleitungs- sowie Fuss- und Fahrwegrechten) anzufechten. Hierfür verfüge sie zurzeit über kein aktuelles Feststellungsinteresse, da die betreffenden gemeinderätlichen Erwägungen "letztlich (noch) nicht ursächlich zur vorliegend angefochtenen Bewilligungsverweigerung" geführt hätten (Ziff. 1 S. 2).

**3.3.2** Verfügungen sind gemäss § 6 VRP hoheitliche, individuelle und einseitige Anordnungen einer Behörde, mit welchen Rechte und Pflichten bestimmter Personen begründet, abgeändert oder aufgehoben werden (Abs. 1 lit. a), das Bestehen, Nichtbestehen oder der Inhalt von Rechten und Pflichten festgestellt wird (Abs. 1 lit. b) oder Begehren auf Begründung, Änderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten abgewiesen oder durch Nichteintreten erledigt werden (Abs. 1 lit. c).

**3.3.3** Feststellungsbegehren sind grundsätzlich subsidiär zu Leistungsbegehren. Ist ein Leistungsbegehren möglich, ist auf ein Feststellungsbegehren daher in der Regel nicht einzutreten (vgl. Urteil BGer 2C\_809/2011 vom 29.7.2012 Erw. 1.3; 2C\_586/2010 vom 24.3.2011 Erw. 1; 2C\_305/2009 vom 25.1.2010 Erw. 3.3 und 2C\_306/2009 vom 25.1.2010 Erw. 3.3; VGE II 2012 119 vom 23.1.2013 Erw. 3.4). Nach der Rechtsprechung ist der Erlass einer Feststellungsverfügung namentlich zulässig, wenn ein schutzwürdiges Interesse, mithin ein rechtliches oder tatsächliches Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder

Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nachgewiesen ist (Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. 1, Bern 2012, Rz. 2383 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung).

**3.4.1** Im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens bzw. der Erteilung einer Baubewilligung als einer Polizeierlaubnis besteht grundsätzlich kein Anspruch auf die Feststellung, dass die Bauvorschriften eingehalten sind. Die Einhaltung der Bauvorschriften ist gerade Prüfgegenstand des Baubewilligungsverfahrens und entsprechend Voraussetzung für die Erteilung der Baubewilligung. Sind die gesetzlichen Bauvorschriften erfüllt, besteht ein Anspruch auf die Baubewilligung (VGE III 2013 204 vom 28.8.2014 Erw. 2.1.2 mit Hinweis).

**3.4.2** Es besteht in casu kein Grund, von dieser Regel abzuweichen. Nebenbestimmungen sind durch ihre Akzessorietät zum Baubewilligungsentscheid in ihrem Bestand naturgemäss von der Bewilligung abhängig. Aufgrund dessen sind diese erst mit Erlass der Verfügung anfechtbar. Entsprechend hat die Beschwerdeführerin grundsätzlich kein Feststellungsinteresse hinsichtlich Einhaltung der (einzelnen) Bauvorschriften. Erweisen sich diese als erfüllt, hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Bewilligungserteilung, womit auch die darin enthaltenen Nebenbestimmungen anfechtbar werden.

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin ein Baubewilligungsgesuch gestellt. Bei einem Baubewilligungsgesuch handelt es sich indessen typischerweise um ein Leistungsbegehren, womit ein Feststellungsbegehren grundsätzlich ausgeschlossen bleibt. So verhält es sich auch vorliegend.

**3.4.3** Entsprechend ist das Vorgehen des Regierungsrates, auf das Feststellungsbegehren nicht einzutreten, die strittige Frage jedoch im Rahmen eines Leistungsbegehrens zu prüfen, nicht zu beanstanden, zumal die Beschwerdeführerin ebenso die (teilweise) Aufhebung des Gemeinderatsbeschlusses verlangte.

Auch vor Verwaltungsgericht hat die Beschwerdeführerin angesichts der vorstehenden Ausführungen und in Ermangelung eines relevanten Feststellungsinteresses keinen Anspruch auf den Erlass eines Feststellungsentscheids, weshalb diesbezüglich auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

**4.1** Indes enthält die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eventualiter auch ein Leistungsbegehren, wenn die Anweisung an den Gemeinderat als Baubewilligungsbehörde beantragt wird, zur Erteilung der beantragten Bau- und Umnutzungsbewilligung eine Nebenbestimmung (Revers) in die Baubewilligung aufzunehmen.

**4.2** Zur vorbestehenden (altrechtlichen) Parkplatzsituation lässt sich den Akten Folgendes entnehmen:

**4.2.1** Mit Eingabe J. \_\_\_\_\_ vom \_\_\_\_\_ 1995 reichten die Rechtsvorgänger der Beschwerdeführerin, K. \_\_\_\_\_ und L. \_\_\_\_\_ (hälftige Miteigentümer gemäss beglaubigtem Grundbuchauszug vom 16.5.1995), das Baugesuch für den Umbau und die Erweiterung des Restaurants M. \_\_\_\_\_ auf KTN 001 ein. Gemäss Bericht der Hochbaukommission Freienbach vom 12. Juli 1995 sei von ca. 17 zusätzlichen und damit insgesamt ca. 70 Sitzplätzen auszugehen (S. 2).

**4.2.2** Die Ausnahmewilligung des Gemeinderates erging mit Beschluss Nr. 1072 vom 2. November 1995 (RR-act. I. 01 - Beilage 5a). Betreffend Motorfahrzeugabstellplätze erwog der Gemeinderat, dass durch die bauliche Erweiterung ein Mehrbedarf von vier Abstellplätzen entstanden sei. Der Gemeinderat könne gestützt auf Art. 19 Abs. 4 BauR Ausnahmewilligungen erteilen unter der Bedingung, dass für die fehlenden Parkplätze eine Abgeltung geleistet würde, welche die Bauherrschaft durch eine Bankgarantie sicherzustellen habe. Die altrechtliche Situation, wonach auf der gegenüberliegenden Seite der H. \_\_\_\_\_-Strasse parkiert würde, bleibe bestehen. Das dazumal bestehende Mietverhältnis mit der G. \_\_\_\_\_ habe weiterhin Gültigkeit (S. 1092 f.). In Dispositiv-Ziffer 8.2 der Bewilligung verfügte der Gemeinderat, dass eine Ersatzabgabe in Höhe von Fr. 25'000.-- vor Baubeginn als Abgeltung für die vier fehlenden Parkplätze zu leisten ist, was durch eine mindestens zehn Jahre dauernde Bankgarantie sicherzustellen war.

**4.2.3** Wie sich aus den Akten ergibt, hatte die G. \_\_\_\_\_ 1995 den Rechtsvorgängern der Beschwerdeführerin und eines weiteren Restaurantbetreibers (N. \_\_\_\_\_, Restaurant O. \_\_\_\_\_ KTN 003) insgesamt 21 Parkplätze (eingekleierter Platz) auf ihrem Grundstück zum Gebrauch überlassen. Aus den undatierten Handnotizen der Vorinstanz mit dem Titel "Parkplatzbedarf" erschliesst sich, dass elf Abstellplätze als durch die G. \_\_\_\_\_ zur Nutzung überlassene ausgewiesen waren. Hinzu kamen vier weitere Parkplätze mit dem Vermerk "Umfeld" und zwei mit dem Vermerk "Garage". Es seien für die gesamte Liegenschaft KTN 001, welche neben dem Restaurant auch Wohnräume beinhalte, 21 Plätze nachzuweisen, womit vier Abstellplätze fehlten, welche durch die Leistung einer Ersatzabgabe fortan als ausgewiesen gälten (vgl. "vorhanden 1999: 15 PP").

**4.3** Die Beschwerdeführerin verfügt über einen (erneuerten) Mietvertrag vom 12. Juni 2020, wonach die G. \_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin sowie N. \_\_\_\_\_ und P. \_\_\_\_\_ 20 Parkplätze zum Gebrauch überlässt (RR-act. I.

01 - Beilage 9). Laut Vertrag sind Reservierungen von einzelnen Parkplätzen nicht erlaubt. Bei der Beschriftung der Parkplätze sind beide Mietparteien aufgeführt. Die Untervermietung ist gestattet. Es ist nachfolgend auf die Frage einzugehen, ob die gemieteten Abstellplätze den Anforderungen von Art. 19 BauR bzw. § 58 Abs. 1 PBG entsprechen.

**4.4.1** Zunächst ist festzuhalten, dass eine Neu Beurteilung der Parkplatzfrage bei bewilligungspflichtiger Nutzungsänderung zulässig ist (EGV-SZ 1999, Nr. 45 Erw. 2.2). Entsprechend hat der Hinweis in der Baubewilligung vom 2. November 1995 auf die altrechtliche Situation, dass auf der gegenüberliegenden Seite der H. \_\_\_\_\_-Strasse parkiert werde, keine pauschale Geltung für den vorliegenden Fall.

**4.4.2** Bei Abstellplätzen besteht ein erhebliches Interesse daran, dass diese ihrer Zweckbestimmung erhalten bleiben, solange Bedarf hierfür besteht. Die Pflichtparkplätze müssen dauernd zur Verfügung stehen (Zaugg/Ludwig, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, 5. Aufl., Bd. 1, Bern 2020, Art. 16-18 N 25), d.h. eben nicht nur im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung. Werden nun Pflichtparkplätze auf Drittgrundstücken realisiert, bedarf es entsprechender (dinglicher) Sicherungsmassnahmen. Als Möglichkeiten bieten sich etwa die Begründung von Mit- bzw. Gesamteigentum, der Erwerb eines diesbezüglichen Baurechts im Sinne von Art. 675 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907 oder die Errichtung einer Dienstbarkeit im Sinne von Art. 730 ff. ZGB an (Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, Bd. 2, 6. Aufl., Wädenswil 2019, S. 904). Im vorliegenden Fall setzt demnach das Erfordernis der dauernden Zweckerhaltung bzw. Verfügbarkeit voraus, dass nicht nur zwischen den aktuellen Grundeigentümern eine obligatorische Vereinbarung ohne zeitliche und inhaltliche Beschränkung abgeschlossen wird, sondern diese Nutzungsvereinbarung auch zugunsten der fraglichen Bauliegenschaft mittels Dienstbarkeit sichergestellt ist (VGE III 2013 75 vom 18.12.2013 Erw. 3.5 mit Hinweis auf VGE 1034/02 vom 30.1.2003 Erw. 2e; vgl. VGE 1008/01 vom 29.5.2001 Erw. 4c mit Verweisen auf VGE 544,545/91 vom 11.9.91 Erw. 7a; VGE 1009/99 u. 1014/99 vom 15.7.99 Erw. 6c). Entsprechend ist auch die eventualiter beantragte Nebenbestimmung, wonach ein Revers errichtet werden soll, unzureichend. Wie der Regierungsrat vernehmlassend treffend ausführt, kann damit der einseitigen Auflösung des Benutzungsverhältnisses nicht entgegengewirkt werden, was Sinn und Zweck des Erfordernisses der dinglichen Sicherung zuwiderlaufen würde.

**4.4.3** Der Gemeinderat hat somit grundsätzlich zu Recht den Nachweis genügender Abstellplätze mittels der nur mietvertraglich gesicherten Parkplätze als gescheitert erachtet.

**5.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die den Rechtsvorgängern sowie deren Mitmieter N.\_\_\_\_\_ und P.\_\_\_\_\_ gewährte Mietvertragslösung sowie die den Rechtsvorgängern eröffnete Verfügung Nr. 95/668 vom 5. September 1995 des kantonalen Militär- und Polizeidepartements, wonach die erforderlichen Parkplätze auch gemietet werden könnten, langjährige, mindestens seit 1995 bestehende, Praxis/Übung der kommunalen Baubehörden sowie der kantonalen Ämter/Departemente darstelle, welche ein berechtigtes Vertrauen zu erwecken vermöge. Entsprechend sei es Usus, dass Pflichtparkplätze in angemessener Nähe zum Baugrundstück durch Mietverträge mit langjähriger, fester Dauer und über jeden Verdacht erhabenen Vermietern nachgewiesen werden könnten. Diese Vertrauensgrundlage habe letztlich dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin das Grundstück KTN 001 erworben und zudem den Mietvertrag neu und langfristig abgeschlossen habe (Beschwerdeschrift, Ziff. 7d S. 5ff.).

**5.2.1** Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben statuiert ein Verbot widersprüchlichen Verhaltens und verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Voraussetzung für eine Berufung auf Vertrauensschutz ist, dass die betroffene Person sich berechtigterweise auf die Vertrauensgrundlage verlassen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann. Die Berufung auf Treu und Glauben scheitert, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (BGE 143 V 95 Erw. 3.6.2; Urteil BGer 1C\_408/2012 vom 19.8.2013 Erw. 2.3 [i.Sa. S.-L. vs. Gemeinderat Oberiberg], mit Hinweisen auf BGE 137 I 69 Erw. 2.5.1; 131 II 627 Erw. 6; 129 I 161 Erw. 4.1).

**5.2.2** Im Lichte des Grundsatzes von Treu und Glauben kann eine gefestigte Verwaltungs- oder Gerichtspraxis eine Vertrauensgrundlage bilden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 637; vgl. auch BVGE A-40/2015 vom 3.6.2015 Erw. 2.6.3, Entscheid bestätigt durch Urteil BGer 2C\_591/2015 vom 5.2.2016).

**5.3.1** Der Gemeinderat bestreitet das Vorhandensein einer Praxis. Im Kanton Schwyz und auch in der Gemeinde Freienbach sei es Praxis, dass Pflichtparkplätze auf Drittgrundstücken zu ihrer Sicherung einer im Grundbuch eingetragenen Dienstbarkeit bedürfen, welche nur mit Zustimmung der Gemeinde gelöscht

werden könne, dies u.a. deshalb, dass bei Handänderungen des Parkplatzgrundstücks die Abstellplätze verfügbar blieben. Im Übrigen sei der mit einer Mietvertragslösung verbundene Kontrollaufwand für die Behörden nicht zumutbar (vgl. Vernehmlassung, Ziff. III.3).

**5.3.2** Der Regierungsrat macht vernehmlassend geltend, es scheitere schon aufgrund der Tatsache, dass für die geplante Nutzung keine Zusicherung besteht, an einer Vertrauensgrundlage. Im Übrigen sei die Behörde nur an eine Vertrauensgrundlage gebunden, wenn keine Praxisänderung ergangen sei bzw. nicht hätte ergehen dürfen. Vorliegend sei dies gerade nicht der Fall, da bei gemieteten Abstellplätzen auf Fremdgrundstücken ein erhöhtes Risiko der Zweckentfremdung bestehe und deshalb davon auszugehen sei, dass der Gemeinderat seit der Bewilligung 1995 diesbezüglich seine Praxis geändert habe. Selbiges gelte mit Blick auf die gerügte Verletzung der Rechtsgleichheit. Dies umso mehr, weil der Gemeinderat an der (neuen) Praxis explizit festhalte.

**5.4.1** Der gefestigte Ausdruck dessen, was die Verwaltung als richtig verstandenen Sinn des Gesetzes erkennt, führt zur Bildung einer Verwaltungspraxis, d.h. es wurde über längere Zeit in mehreren Fällen jeweils gleich entschieden und so eine Erwartung für künftige Fälle begründet. Eine ständige Praxis kann demnach nicht auf einzelne Fälle zurückgeführt werden (Urteil BVGer A-40/2015 vom 3.6.2015 Erw. 2.6.3 mit Hinweisen auf Urteil BVGer A-1878/2014 vom 28.1.2015 Erw. 3.4.1; Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2012, N 1666 mit Hinweisen).

**5.4.2** Nach dem Gesagten ist es fraglich, ob allfällige von der Beschwerdeführerin beigebrachte Fälle (vgl. Beschwerde S. 6 f., wobei sich ihr Editionsbegehren nur auf die Liegenschaft/Gastrobetrieb H. \_\_\_\_\_-Strasse [Nr.] bezieht) bereits auf eine gefestigte Praxis der Bewilligungsbehörde schliessen lassen. Aus der Verfügung des Militär- und Polizeidepartements kann die Beschwerdeführerin jedenfalls nichts zu ihren Gunsten ableiten, beschlägt die Verfügung doch - wie der Gemeinderat zutreffend ausführen lässt - eine Gastgewerbebewilligung, worum es in vorliegendem Fall gerade nicht geht, da die Beschwerdeführerin die Räumlichkeiten umnutzen möchte. Zu bemerken ist auch, dass es sich damals um eine Einschätzung aus verkehrspolizeilicher (und nicht materiell-baurechtlicher) Sicht handelt. Die Frage, ob in diesem Zusammenhang eine gefestigte Praxis bezüglich Mietvertragslösungen bestand bzw. besteht, muss entsprechend nicht abschliessend beantwortet werden. Denn selbst wenn diesbezüglich von einer Praxis auszugehen wäre, betrifft diese allenfalls Gastwirtschaftsbetriebe und somit einen anderen Sachverhalt. Hieraus kann die Beschwerdeführerin folglich weder

im Lichte der geltend gemachten Praxis noch des Vertrauensschutzes etwas zu ihren Gunsten herleiten. Dafür, dass für die von der Beschwerdeführerin angestrebte Nutzungsänderung eine Zusicherung seitens der Bewilligungsbehörde vorliegt, welche eine Vertrauensgrundlage bilden könnte, bestehen keine Anhaltspunkte.

**5.4.3** Die Beschwerdeführerin kann sich mangels einer Vertrauensgrundlage somit nicht auf den Vertrauensschutz berufen.

**5.5** Aus dem Gesagten leitet sich gleichzeitig ab, dass auch die Rüge der Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV) unbegründet ist. Wie gesagt lässt sich eine Bewilligung für einen Gastgewerbebetrieb nicht mit der mit dem Baugesuch anvisierten Umnutzung zu Wohn- und Gewerbe vergleichen. Stünde eine Praxisänderung zur Diskussion, wäre überdies zu beachten, dass eine solche stets dazu führt, dass die neuen Fälle anders behandelt werden als die alten (Urteil BVGer A-1878/2014 vom 28.1.2015 Erw. 3.4.5.).

**5.6.1** Die Beschwerdeführerin bringt im Weiteren vor, dass der Gemeinderat ohne weiteres an die Baubewilligung gemäss Beschluss Nr. 1072 vom 2. November 1995 gebunden sei und damit auch die vier im Baubewilligungsverfahren 1995 fehlenden Parkplätze, über welche eine Dispens von der Realerfüllungspflicht (bei Auferlegung einer entsprechenden Ersatzabgabe) verfügt worden sei, in casu zur Anrechnung gelangen sollten (Beschwerdeschrift, Ziff. 7d, S. 8).

**5.6.2** Es ist zunächst zu wiederholen, dass eine Neu Beurteilung der Parkplatzsituation bei Nutzungsänderung zulässig ist (vgl. Erw. 3.4.1 und 4.4.1). Laut verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung sind für bestehende Bauten namentlich dann neue Parkplätze zu erstellen, wenn der Bauherr einer früher verfügten Auflage, Parkplätze zu errichten, nicht nachgekommen ist (EGV-SZ 1999, Nr. 45 Erw. 2). Die im GRB Nr. 1072 vom 2. November 1995, Dispositiv-Ziffer 8.2 verfügte Auflage eine Ersatzabgabe von Fr. 25'000.-- mittels Bankgarantie sicherzustellen, wurde vom Rechtsvorgänger unbestrittenermassen nicht erfüllt. Die Beschwerdeführerin hält dazu fest, dass die Gemeinde die Garantie bzw. Ersatzabgabe infolge Verjährung nicht mehr einfordern könne, was jedoch selbstredend nicht für die Anerkennung der vier Abstellplätze gelte. Dabei wird lediglich darauf abgestellt, ob die Auflage erfüllt wurde und nicht darauf, ob diese weiterhin durchsetzbar ist. Die Verjährungseinrede ist prozessualen Charakters und wirkt sich nicht auf das Bestehen der Auflage aus. Entsprechend gelangen die vier fraglichen Abstellplätze nicht zur Anrechnung.

**6.1** Die Beschwerdeführerin hält am Antrag auf Aufhebung der kommunalen Bearbeitungsgebühr von Fr. 1'599.-- fest (Beschwerdeschrift, Ziff. 8 S. 10).

**6.2** Der Regierungsrat hat im angefochtenen RRB (Erw. 6.1 ff.) ausgeführt, dass die Gemeinde Freienbach gestützt auf § 89 Abs. 1 PBG eine Gebührenordnung erlassen hat (Art. 62 BauR). Laut dieser Bestimmung sind für die Behandlung unter anderem von Baugesuchen Gebühren zu entrichten, deren Höhe durch eine Gebührenordnung festgelegt wird, welche der Gemeinderat erlässt. Gemäss Kap. II/Ziff. 3 der gemeinderätlichen Gebührenordnung vom 19. November 2020 (GRB Nr. 406) beträgt die Gebühr bei Umbauten und Umnutzungen 1.5 Promille der Bausumme, mindestens aber Fr. 300.--. Hinzu kommen Publikationskosten von pauschal Fr. 100.--. Die Kosten für die Behandlung von Projektänderungen werden nach Aufwand bemessen und bewegen sich zwischen Fr. 200.-- und Fr. 2'000.--.

Gestützt auf diese Grundlagen setzen sich die Fr. 1'599.-- aus Fr. 750.-- Bewilligungsgebühr, externe Kosten betreffend die Kanalisationsleitung von Fr. 143.25, Publikation des Baugesuchs von Fr. 100.--, zweimalige Projektänderungen von zusammen Fr. 300.-- sowie Gebühr für die brandschutzrechtliche Beurteilung von Fr. 304.80 zusammen.

Die Beschwerdeführerin legt nicht ansatzweise fest, was an dieser Berechnung falsch oder unrechtmässig sein könnte.

**6.3** Ebenso wenig gibt die regierungsrätliche Verlegung der Verfahrenskosten und der Parteientschädigung Anlass zur Beanstandung.

**6.3.1** Die Verwaltungs- und Gerichtsgebühren sowie die Entschädigungen sind - unter Vorbehalt von § 3 Abs. 3 der Gebührenordnung für die Verwaltung und die Rechtspflege im Kantons Schwyz (GebO; SRSZ 173.111) vom 20. Januar 1975 [ausnahmsweise Überschreitung der Höchstansätze um bis zu 50 Prozent] - gemäss den gesetzlichen Ansätzen festzusetzen (§ 3 Abs. 1 GebO). Besteht ein Mindest- und Höchstansatz, so ist die Gebühr für den Einzelfall nach der Bedeutung der Sache und nach Zeitaufwand festzusetzen (§ 3 Abs. 2 Satz 1 GebO). Gebühren und Auslagen können für Rechtsmittelverfahren als Pauschalbetrag festgesetzt werden (§ 3 Abs. 4 GebO). Für die Verwaltungsrechtsprechung gelten die Ansätze des Verwaltungsgerichts (§ 24 Ziff. 26 GebO), d.h. für die Behandlung und den Entscheid einer Beschwerde gilt ein Gebührenrahmen von Fr. 100.-- bis Fr. 20'000.-- (§ 25 Ziff. 29 GebO).

Verfahrenskosten von Fr. 1'500.-- bewegen sich im unteren Bereich dieses Kostenrahmens, erweisen sich als massvoll und rechtmässig.

**6.3.2** Die Vergütung an die Rechtsanwälte für die Parteivertretung vor den Gerichts-, Untersuchungs- und Anklagebehörden sowie den Verwaltungsbehörden in Rechtsmittelverfahren des Kantons Schwyz umfasst gemäss dem Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRa, SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975 das Honorar und die Auslagen (vgl. § 1 Abs. 1 GebTRa). Im Rahmen der in diesem Tarif festgesetzten Mindest- und Höchstansätze ist die Vergütung nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand zu bemessen (§ 2 Abs. 1 GebTRa). Wird die Vergütung pauschal zugesprochen, gilt die Mehrwertsteuer als in diesem Betrag enthalten. Bemisst sich das Honorar nach dem zeitlichen Aufwand, ist die Mehrwertsteuer zusätzlich zu entschädigen (§ 2 Abs. 2 GebTRa). Für die Vertretung in Rechtsmittelverfahren vor Verwaltungsbehörden beträgt das Honorar Fr. 200.-- bis Fr. 4'800.-- (§ 15 GebTRa); im Verfahren vor Verwaltungsgericht und vor den selbständigen Rekurskommissionen beträgt das Honorar Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- (§ 14 GebTRa).

Die der Gemeinde zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 800.-- erweist sich als angemessen, wird von der Beschwerdeführerin auch nicht substantiiert bestritten und ist somit zu bestätigen.

**6.4** Die Beschwerde erweist sich mithin insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

**7.1** Die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) von insgesamt Fr. 1'800.-- werden dem Verfahrensausgang entsprechend der Beschwerdeführerin auferlegt (§ 72 Abs. 2 VRP).

**7.2** Die Beschwerdeführerin hat zudem der beanwalteten Gemeinde eine Parteientschädigung zu bezahlen. Diese wird in Beachtung der vorerwähnten Grundsätze des GebTRa unter Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf Fr. 900.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festgelegt.

## **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf Fr. 1'800.-- (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten, Barauslagen) festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Nachdem diese am 15. Dezember 2021 einen Kostenvorschuss von Fr. 2'500.-- bezahlt hat, sind ihr Fr. 700.-- aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.
3. Die Beschwerdeführerin hat der anwaltschaftlich vertretenen Gemeinde eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 900.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) 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 Rechtschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde\* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).

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

Schwyz, 28. April 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: 16. Mai 2022