

# **BGer 1C\_188/2020 vom 22. November 2021**

Bundesgericht, 2021-11-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_188\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_188_2020)

FR: TF 1C\_188/2020 du 22 novembre 2021

IT: TF 1C\_188/2020 del 22 novembre 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Endentscheid in einer baurechtlichen Angelegenheit. Dagegen steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen ( Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 und Art. 90 BGG ); ein Ausnahmegrund gemäss Art. 83 ff. BGG ist nicht gegeben. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren unterlegen, Baugesuchstellerin sowie Adressatin des angefochtenen Entscheids und damit gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde legitimiert. Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.2**

Soweit die privaten Beschwerdegegner im Rahmen ihrer Vernehmlassung eigene Anträge stellen, sind sie nicht zu hören. Sie haben selber keine Beschwerde eingereicht und eine Anschlussbeschwerde ist nicht zulässig ( BGE 145 V 57 E. 10.2; 138 V 106 E. 2.1; Urteil 2C\_880/2020 vom 15. Juni 2021 E. 2.1; je mit Hinweisen).

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Gemeindeautonomie ( Art. 50 BV ) sowie eine unrichtige und willkürliche Anwendung kantonalen bzw. kommunalen Rechts ( Art. 9 BV ). Die Vorinstanz habe den Beurteilungsspielraum der Gemeinde bei der Auslegung des kommunalen Baureglements missachtet.

#### **E. 2.1.1**

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts können sich nicht nur die Gemeinde, sondern auch andere Beschwerdeführende auf die Verletzung der Gemeindeautonomie berufen, soweit diese Garantie eine Auswirkung auf ihre rechtliche oder tatsächliche Stellung haben kann ( BGE 143 II 120 E. 7.1 ; 141 I 36 E. 1.2.4 mit Hinweisen).

#### **E. 2.1.2**

Die Gemeinde ist ein Institut des kantonalen Rechts. Art. 50 Abs. 1 BV gewährleistet die Gemeindeautonomie denn auch nach Massgabe des kantonalen Rechts. Nach der Rechtsprechung sind Gemeinden in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale oder eidgenössische Recht diesen nicht abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus. Im Einzelnen ergibt sich

der Umfang der kommunalen Autonomie aus dem für den entsprechenden Bereich anwendbaren kantonalen Verfassungs- und Gesetzesrecht ( BGE 146 I 83 E. 2.1 ; 145 I 52 E. 3.1; je mit Hinweisen).

Das Bundesgericht prüft frei, ob die kantonale Rechtsmittelinstanz einen in den Anwendungsbereich der Gemeindeautonomie fallenden Beurteilungsspielraum respektiert hat ( BGE 145 I 52 E. 3.1 mit Hinweisen).

Gemäss Rechtsprechung und Lehre steht den kommunalen Behörden bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ein durch die Gemeindeautonomie geschützter Ermessensspielraum zu. Dieser Spielraum wird gemäss der präzisierten Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur überschritten, wenn der kommunale Entscheid sachlich nicht mehr vertretbar und damit willkürlich ist, sondern namentlich auch dann, wenn sich die Gemeinde von unsachlichen, dem Zweck der Regelung fremden Erwägungen leiten lässt oder die Grundsätze der Rechtsgleichheit und Verhältnismässigkeit verletzt ( BGE 145 I 52 E. 3.6; Urteil 1C\_289/2020 vom 15. März 2021 E. 2.7; je mit Hinweisen).

#### **E. 2.2.1**

Gemäss § 69 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 (KV/SZ; SRSZ 100.100) sind die Bezirke und Gemeinden selbständige Körperschaften des öffentlichen Rechts und im Rahmen des übergeordneten Rechts autonom. Aus § 15 Abs. 1 Satz 1 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Schwyz vom 14. Mai 1987 (PBG/SZ; SRSZ 400.100) ergibt sich die Verpflichtung der Gemeinden, Zonen- und Erschliessungspläne samt den zugehörigen Vorschriften zu erlassen. Bei der Erfüllung ihrer Planungspflicht sind die Gemeinden im Rahmen der Vorschriften und der übergeordneten Interessen des Bundes und des Kantons frei ( § 15 Abs. 3 PBG /SZ). Gemäss § 21 Abs. 2 lit. a PBG /SZ muss das Baureglement mindestens Vorschriften enthalten über die Bauweise, die Nutzungsart und das Ausmass der Nutzung in den einzelnen Zonen. Bewilligungsbehörde im Baubewilligungsverfahren ist gemäss § 76 Abs. 1 PBG /SZ der Gemeinderat (vgl. auch Art. 54 Abs. 3 des Baureglements der Gemeinde Freienbach vom 14. Mai 2019 [BauR]).

#### **E. 2.2.2**

Dem vorinstanzlichen Entscheid ist in diesem Zusammenhang zu entnehmen, den Schwyzer Gemeinden komme für die nähere Bestimmung und Auslegung der Zonenkonformität und der zulässigen Immissionen innerhalb der einzelnen Zonen eine gewisse Autonomie zu, die im Rahmen des Verwaltungsrechtspflegeverfahrens gesetzlichen Schutz geniesse. Erweise sich die Auslegung einer Zonenvorschrift durch den Gemeinderat als sachlich vertretbar, auferlege sich der Regierungsrat Zurückhaltung, auch wenn sich eine andere Anwendungspraxis ebenso rechtfertigen würde. Auch das Verwaltungsgericht, das im Gegensatz zum Regierungsrat nur einschreiten dürfe, wenn das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt worden sei, habe die Gemeindeautonomie zu respektieren. Rechtsfehlerhaft sei ein nicht pflichtgemäss ausgeübtes Ermessen, mithin ein in Missachtung des Gleichbehandlungsgebots, des Willkürverbots und des Verhältnismässigkeitsprinzips zustande gekommenes Ermessen.

Die Vorinstanz bejaht damit die Autonomie der Gemeinde bei der Beurteilung der Zonenkonformität, was nach den obigen Ausführungen nicht zu beanstanden ist.

### **E. 3**

Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz den in den Anwendungsbereich der Gemeindeautonomie fallenden Beurteilungsspielraum der Gemeinde respektiert hat.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 22 RPG (SR 700) dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden (Abs. 1). Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen, also zonenkonform sind (Abs. 2 lit. a).

Das zu bebauende Grundstück liegt in der Gewerbezone G der Gemeinde Freienbach. Gemäss Art. 43 BauR ist diese Zone für höchstens mässig störende Betriebe des Gewerbes, der Kleinindustrie sowie der Handels- und Dienstleistungsbranchen bestimmt. Reine Wohnbauten sind nicht gestattet. Der Mindestanteil gewerblicher Nutzung muss 20 % der Bruttogeschossfläche betragen. Wohnungen im Erdgeschoss sind nur erlaubt, wenn die für die Wohnzone vorgeschriebenen Grenzabstände um 3 m vergrössert werden (Abs. 1). Für die zu Wohnzwecken genutzten Flächen bei kombinierten Gewerbe-/Wohnbauten beträgt die Ausnützungsziffer 0.3; wo dies nicht ausreicht, ist eine Wohnung bis 150 m<sup>2</sup> anrechenbare Bruttogeschossfläche gestattet (Abs. 2).

Weiter liegt das Baugrundstück im Gebiet des Gestaltungsplans Ufenau Park Pfäffikon. Die dazugehörigen Sonderbauvorschriften vom 13. Oktober 2011 (SBV) enthalten keine Regelung hinsichtlich der zulässigen Nutzung. Auch eine diesbezügliche Abweichung vom Baureglement ist in Art. 15 SBV nicht vorgesehen. Damit gelten die Vorschriften des PBG/SZ sowie des rechtsgültigen Baureglements der Gemeinde Freienbach (vgl. Art. 2 SBV).

### **E. 3.2.1**

Der Gemeinderat Freienbach führte bezüglich der Zonenkonformität des geplanten Alters- und Pflegeheims in der Gewerbezone G der Gemeinde Freienbach in der Baubewilligung vom 24. Mai 2018 aus, er habe mit Beschluss vom 27. April 2017 im Grundsatz festgelegt, dass Dienstleistungsbetriebe wie beispielsweise serviced Appartements, betreutes Wohnen, Seniorenresidenzen, Pflegezentren, Hotels etc. als Gewerbeflächen zu beurteilen seien, die unter Einhaltung der Abstands- und Höhenvorschriften uneingeschränkt zulässig seien. Jedoch müssten für solche Dienstleistungsbetriebe verbindliche Betriebskonzepte vorgelegt werden, anhand derer der gewerbliche Charakter der Nutzung dargelegt werde. Im Weiteren müsse im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens sichergestellt werden, dass der Charakter eines Dienstleistungsbetriebs dauernd erhalten bleibe und zum Beispiel nicht mittels Begründung von Stockwerkeigentum ausgehebelt werden könne. Die Gewerbeinheit müsse als Ganzes - mithin als Einheit - belassen werden. Im vorliegenden Fall bestehe das verlangte Nutzungskonzept und es erfülle die Vorgaben. Das Projekt sehe ein Dienstleistungsgebäude für betreutes Wohnen und Pflege mit Restaurant vor. Damit sei eine reine Gewerbenutzung im Erdgeschoss sowie in den Obergeschossen vorgesehen. Die Zonenvorgaben bezüglich der Nutzungsweise seien eingehalten und der Zonenzweck bleibe gewahrt. Auflageweise bleibe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, die im Grundbuch einzutragen sei, ein Zweckentfremdungsverbot festzusetzen, indem der Betrieb als Einheit bestehen bleiben müsse bzw. ein Wohnen ausserhalb des Dienstleistungsangebots unzulässig sei. Mit dieser Bestimmung handle es sich um einen hotelähnlichen Dienstleistungsbetrieb, der zonenkonform sei.

An dieser Beurteilung änderte sich aufgrund der Baugesuchsänderung/-ergänzung vom 15. Oktober 2018 nichts.

### **E. 3.2.2**

Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid zusammenfassend, das Bauvorhaben sei als Alters- und Pflegeheim zu qualifizieren. Hierfür sehe das kommunale Baurecht grundsätzlich die Zone für öffentliche Bauten und Anlagen vor. Eine Zuordnung von Alters- und Pflegeheimen in eine Zone für öffentliche Bauten und Anlagen oder in eine Wohnzone entspreche ebenfalls der kantonalen Rechtsprechung, wobei auch eine Situierung in einer gemischten Wohn- und Gewerbezone im Rahmen der zulässigen Wohnnutzung in Frage kommen könne. Die bestehenden vier Alters- und Pflegeheime in der Gemeinde seien mit den Kern- und Zentrumszonen ebenfalls Wohnzonen zugeordnet.

Der Fokus von Alters- und Pflegeheimen sei auf (betreutes) Wohnen gerichtet. Dies belege gerade auch die Art und Weise der Bewerbung möglicher Bewohnerinnen und Bewohner durch die Bauherrin. Auch wenn die im Alters- und Pflegeheim erbrachten Tätigkeiten als Dienstleistungen zu würdigen seien, erscheine es bei der gebotenen Gesamtbetrachtung weder im Grundsatz noch im konkreten Fall als sachgerecht, ein Alters- und Pflegeheim planungs- und baurechtlich als Gewerbebetrieb zu qualifizieren mit einem - bei gegebenen übrigen Voraussetzungen - entsprechenden Anspruch auf eine Baubewilligung in der Gewerbezone.

Das Bauvorhaben erweise sich somit in der Gewerbezone nicht als zonenkonform. Soweit auch bei einem Gewerbebetrieb in der Gewerbezone Wohnungen zulässig seien, sei vorliegend der baureglementarisch zulässige Wohnanteil mit einer Wohnraumfläche von 7'634 m<sup>2</sup> allein auf den Obergeschossen 2-5 offenkundig massiv überschritten. Dieses Ergebnis bedeute indes nicht, dass die westlich und östlich sowie teils auch südlich von einer Wohn- und Gewerbezone 4 Geschosse umgebene Bauparzelle aufgrund ihrer Situierung und abstrahiert von planungs- und baurechtlichen Vorgaben für ein Alters- und Pflegeheim nicht geeignet wäre.

### **E. 3.2.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, vorliegend gehe es um die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des kommunalen Rechts und sei die Gemeindeautonomie zu ihren Gunsten ausgeübt worden. Die Vorinstanz hätte daher nur dann in die Gemeindeautonomie eingreifen dürfen, wenn der Entscheid des Gemeinderats sachlich nicht mehr vertretbar, mithin willkürlich gewesen wäre und die Gemeinde die ihr zustehende Beurteilungsbefugnis missbraucht hätte.

Dies sei jedoch nicht der Fall. Beim geplanten Betrieb handle es sich um ein Gewerbe im Sinne von Art. 43 Abs. 1 BauR, würden doch Pflegezimmer in Pflegewohngruppen angeboten mit auf den Einzelfall massgeschneiderten Pflegedienstleistungen sowie Seniorenwohnungen für das betreute Wohnen vermietet mit der Möglichkeit des Bezugs von individuell vereinbarten (Pflege-) Dienstleistungen. Weiter sei ein öffentliches Restaurant mit 160 Sitzplätzen geplant und werde damit gerechnet, dass ungefähr 70-80 Arbeitsstellen generiert werden könnten. Die allgemein gehaltenen Erwägungen der Vorinstanz betreffend das in der Gewerbezone Zulässige seien nicht geeignet, den Entscheid des Gemeinderats als willkürlich erscheinen zu lassen: "Die Gewerbezone" gebe es nicht; vielmehr sei die von der Gemeinde einer bestimmten Zone zugewiesene Nutzung anhand der kommunalen Gesetzgebung und Rechtsanwendung konkret zu ergründen. Dass

das Bauvorhaben auch in anderen Zonen zonenkonform wäre, schliesse dessen Zonenkonformität in der Gewerbezone sodann nicht aus. Zudem entspreche das Immissionspotential in den gemäss vorinstanzlicher Auffassung geeigneten Zonen demjenigen in der Gewerbezone. Die Vorinstanz halte die betroffene Parzelle für den Bau eines Alters- und Pflegeheims denn auch grundsätzlich für geeignet.

#### **E. 3.3.1**

Unbestritten ist, dass es sich bei der geplanten Baute um ein Alters- und Pflegeheim handelt. Anders als bei Dienstleistungsbetrieben wie einer Post, einer Bank, einer Arztpraxis, einem Reisebüro oder einem Coiffeursalons halten sich die Dienstleistungsempfängerinnen und -empfänger im Fall des vorliegend geplanten Alters- und Pflegeheims grundsätzlich dauerhaft und ununterbrochen am Ort der Dienstleistungserbringung auf. Wie die Vorinstanz festgehalten hat, sind gemäss Leistungsvereinbarung 84 betreute Wohnungen und 75 Pflegeplätze (alles Einzelzimmer mit eigenem Sanitärraum, ausgestattet mit Dusche, WC und Lavabo) geplant; insgesamt also über 150 Wohnzimmer. Das Bauvorhaben solle "Wohn- und Lebensraum für ältere Menschen" sein mit Wohnraum für stationäre Pflege, öffentlichen Lebensräumen und Treffpunkten wie Garten, Restaurant etc. Gemäss Nutzungskonzept bietet die Beschwerdeführerin "betreute Wohnangebote in gepflegtem, familiärem Ambiente. Die Seniorinnen und Senioren leben und wohnen autonom und bestimmen ihren Tagesablauf selbst." Sicherheit biete unter anderem "das lebenslange Wohn-, Betreuungs- und Pflegerecht: Die Bewohnerinnen und Bewohner können in ihrem Zuhause bei der [Beschwerdeführerin] bleiben, auch bei erhöhter Pflegebedürftigkeit". Das breit gefächerte, hausinterne Angebot biete Veranstaltungen verschiedenster Art für jeden Geschmack. Liessen die Kräfte nach und werde Pflege notwendig, würden die Bewohnerinnen und Bewohner "so lange wie möglich in ihrer Wohnung" umsorgt. Bei dauerhafter und starker Pflegebedürftigkeit bestehe die Möglichkeit, "in ein grosszügiges Pflegezimmer in der Pflegewohngruppe" zu wechseln. Die pflegerischen Leistungen würden "nach den Gewohnheiten und Bedürfnissen der Bewohnenden" ausgerichtet.

Vor diesem Hintergrund folgerte die Vorinstanz zu Recht, dass auch wenn die Beschwerdeführerin Dienstleistungen erbringt, bei der geplanten Baute das Wohnen und sich zu Hause-Fühlen der potentiellen Bewohnerinnen und Bewohner im Vordergrund steht. Diese sollen dort namentlich schlafen, essen, sich erholen und ihre Freizeit gestalten können. Das Vorliegen eines verbindlichen Betriebskonzepts oder der angeordnete Eintrag eines Zweckentfremdungsverbots als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch, wie sie der Gemeinderat als massgebend erachtet (vgl. oben E. 3.2.1), vermag an der vorrangigen Nutzung als Wohnraum nichts zu ändern. Dies gilt umso mehr, als gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin für die potenziellen Bewohnerinnen und Bewohner lediglich die Möglichkeit zum Bezug von Dienstleistungen besteht.

#### **E. 3.3.2**

Eine in erster Linie dem Wohnen dienende Baute lässt sich mit dem in Art. 43 Abs. 1 BauR für die Gewerbezone G umschriebenen Zonenzweck (vgl. oben E. 3.1) nicht vereinbaren, ist diese Zone doch für Betriebe des Gewerbes, der Kleinindustrie sowie der Handels- und Dienstleistungsbranchen bestimmt und sind reine Wohnbauten nicht gestattet. Dass das Baugrundstück westlich und östlich sowie teils südlich von der Wohn- und Gewerbezone 4 Geschosse umgeben ist und die Vorinstanz nicht ausschliesst, dass das Grundstück

aufgrund seiner Situierung und abstrahiert von planungs- und baurechtlichen Vorgaben für ein Alters- und Pflegeheim geeignet wäre, lässt keinen anderen Schluss zu. Vielmehr würde dies eine Änderung des kommunalen Nutzungsplans nahelegen.

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin vermögen daran nichts zu ändern. Diese bekräftigt lediglich, dass ihr Betrieb unzweifelhaft ein Gewerbe und höchstens mässig störender Betrieb im Sinne von Art. 43 Abs. 1 BauR sei. Inwiefern die Ausführungen der Vorinstanz (vgl. oben E. 3.2.2) nicht zutreffen sollten, zeigt sie damit indes nicht auf. Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, nur weil die Vorinstanz ein Alters- und Pflegeheim als in der gemischten Wohn- und Gewerbezone, in der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, in der Kernzone und in der Zentrumszone grundsätzlich zonenkonform erachte, sei die Zonenkonformität hinsichtlich der Gewerbezone nicht ausgeschlossen, zumal in all diesen Zonen höchstens mässig störende Betriebe zulässig seien (mit Ausnahme der Zone für öffentliche Bauten und Anlagen, in der aber namentlich Schiessanlagen erstellt werden dürften). Dabei übersieht die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz die Zonenkonformität in den genannten Zonen nicht vom Immissionspotenzial, sondern vielmehr von der dort gemäss kommunalem Baureglement erlaubten Wohnnutzung abhängig machte, die in der Gewerbezone gerade nicht bzw. nur sehr eingeschränkt zulässig ist.

#### **E. 3.4**

Weiter zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf, inwiefern die Vorinstanz bezogen auf die Obergeschosse 2-5 fälschlicherweise von einer Wohnraumfläche von insgesamt 7'634 m<sup>2</sup> ausgegangen sein soll. Nach den obigen Ausführungen (vgl. E. 3.3) ist auch nicht offensichtlich, dass dies nicht zutreffen würde. Eine zu Wohnzwecken genutzte Fläche in diesem Umfang übersteigt das gemäss Art. 43 Abs. 2 BauR Zulässige bei Weitem, ist darin doch vorgesehen, dass die Ausnutzungsziffer für die zu Wohnzwecken genutzten Flächen 0.3 betrage; wo dies nicht ausreiche, sei eine Wohnung bis 150 m<sup>2</sup> anrechenbare Bruttogeschossfläche gestattet (vgl. oben E. 3.1).

#### **E. 3.5**

Demnach durfte die Vorinstanz, ohne im Sinne von Art. 95 BGG Recht zu verletzen, zum Schluss kommen, das geplante Alters- und Pflegeheim sei in der Gewerbezone G der Gemeinde Freienbach nicht zonenkonform. Ein solches lässt sich weder mit dem in Art. 43 BauR umschriebenen Zonenzweck noch mit dem darin vorgeschriebenen, zulässigen Umfang der zu Wohnzwecken genutzten Flächen vereinbaren.

#### **E. 4**

Nach diesen Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

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