

# **BGer 1C\_445/2015 vom 2. März 2016**

Bundesgericht, 2016-03-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_445\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_445_2015)

FR: TF 1C\_445/2015 du 2 mars 2016

IT: TF 1C\_445/2015 del 2 marzo 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein kantonale letztinstanzliche Entscheidung in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts. Dagegen steht die Beschwerde nach Art. 82 ff. BGG offen; ein Ausnahmegrund ist nicht gegeben ( Art. 83 BGG ). Er schliesst das Verfahren ab, womit es sich um einen Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG handelt, und der Beschwerdeführer ist als dessen Adressat und Grundeigentümer befugt, ihn anzufechten. Er rügt die Verletzung von Bundesrecht und von kantonalem Recht; ersteres ist zulässig, letzteres nicht ( Art. 95 lit. a BGG ). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten, soweit in der Beschwerdeschrift selber und nicht in unzulässigen Verweisen auf frühere Rechtsschriften etc. die Verletzung von Bundesrecht gerügt und in einer den gesetzlichen Anforderungen von Art. 42 Abs. 2 BGG sowie, für Verfassungsrügen, von Art. 106 Abs. 2 BGG genügender Weise begründet wird ( BGE 134 II 244 E. 2.1; 133 II 396 E. 3.2). Soweit im Folgenden auf Ausführungen in der Beschwerdeschrift nicht eingegangen wird, genügen sie den gesetzlichen Begründungsanforderungen nicht oder betreffen die Verletzung von kantonalem Recht.

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer wirft dem Verwaltungsgericht vor, es habe ihm die Vernehmlassung des Regierungsrats vom 13. März 2015 nicht zugestellt und dadurch sein rechtliches Gehör verletzt.

Nachdem das Verwaltungsgericht den Vorwurf in seiner Vernehmlassung zurückgewiesen hat, räumt der Beschwerdeführer zwar ein, dass sein Rechtsvertreter die umstrittene Eingabe erhalten hatte. Dies allerdings bloss zur Kenntnisnahme, nicht zur Stellungnahme, weshalb er an seinem Vorwurf festhalte.

Zu Unrecht. Ist der Schriftenwechsel aus Sicht des Gerichts abgeschlossen, kann es die Vernehmlassungen den jeweiligen Gegenparteien zur Kenntnis zustellen, ohne Fristansetzung für die Einreichung einer weiteren Stellungnahme. Das hindert eine Partei nicht daran, von sich aus eine solche einzureichen, wenn sie eine Reaktion auf die letzte Stellungnahme der Gegenpartei für erforderlich hält. Dies hätte auch dem damaligen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers offen gestanden. Abgesehen davon hat sich der Beschwerdeführer selber in seiner Eingabe ans Verwaltungsgericht vom 20. Mai 2015 ausdrücklich mit der regierungsrätlichen Vernehmlassung vom 13. März 2015 auseinandergesetzt. Die Gehörsverweigerungsrüge ist unbegründet.

### **E. 3**

In der Sache rügt der Beschwerdeführer vor allem eine rechtswidrige Anwendung des kommunalen und kantonalen Baurechts sowie die Verletzung des Willkürverbots ( Art. 9

BV), der Eigentumsgarantie ( Art. 26 BV ) und des Gleichheitsgebotes ( Art. 8 Abs. 1 BV ). Er bringt insbesondere vor, Satz 3 von Art. 48 Abs. 1 des Baureglements der Bezirksgemeinde Gersau vom 10. November 2000 (BR) sei "versehentlich" in den Gesetzestext "hineingerutscht"; er sei nicht gewollt und werde - ausser auf ihn - auch nicht angewandt.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer hat am 20. Mai 2006 mit dem Restaurant "Ländi" einen Gastwirtschaftsbetrieb erworben, von dem er wusste, dass er von Anfang an als solcher bewilligt, dessen Betrieb 2005 mangels genügender Rendite eingestellt und dessen Umnutzung in ein Wohnhaus kurz zuvor nach einem Rechtsmittelzug durch alle Instanzen bis vor Bundesgericht für unzulässig erklärt worden war. Nachdem er das Restaurant nach eigenen Angaben jahrelang - wie er wissen musste, klarerweise rechtswidrig - als Ferienwohnung genutzt hatte, reichte er am 15. August 2014 ein Umnutzungsgesuch ein. Dazu war er zwar berechtigt, die Rechtskraft des Bundesgerichtsurteils vom 20. April 2005 stand dem nicht entgegen. Allerdings ergibt sich aus diesem und den vorangegangenen kantonalen Entscheiden abschliessend, dass eine Umnutzung der Liegenschaft zu Wohnzwecken bei der damaligen Sach- und Rechtslage unzulässig war. Das Baugesuch vom 15. August 2014 konnte somit von vornherein nur dann Aussicht auf Erfolg haben, wenn darin aufgezeigt worden wäre, dass sich die Sach- und/oder die Rechtslage in den vergangenen 9 Jahren in massgebenden Punkten geändert hätte.

### **E. 3.2**

Das Verwaltungsgericht hatte die vom Bundesgericht mit Urteil vom 20. April 2005 geschützte Verweigerung der Umnutzung des Restaurants "Ländi" einerseits auf Art. 48 Abs. 1 BR, anderseits auf § 73 Abs. 1 i.V.m. § 66 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes des Kantons Schwyz vom 14. Mai 1987 (PBG) gestützt. Art. 48 Abs. 1 BR lautet: "Die Dorfkernzone umfasst das engere Dorfgebiet. Sie ist für die Erhaltung und Erneuerung der typischen Eigenart des Dorfbildes bestimmt. Die kurortsbildenden Nutzungen, wie namentlich Hotel- und Gastbetriebe, sind zu erhalten und zu fördern." Nach § 66 Abs. 1 PBG haben Bauten gegenüber Seen einen Mindestabstand von 20 m einzuhalten. § 73 Abs. 1 PBG sieht vor, dass die Bewilligungsbehörde für Bauten innerhalb der Bauzone Ausnahmen u.a. dann bewilligen kann, wenn dank der Abweichung wegen der örtlichen Gegebenheiten eine bessere Lösung erzielt werden kann oder Art, Zweckbestimmung oder Dauer des Gebäudes eine Abweichung nahelegen.

### **E. 3.3**

Das Bundesgericht hat in seinem Urteil vom 20. April 2005 die auf das kommunale und das kantonale Baurecht gestützte Verweigerung der Umnutzung mit freier Prüfung als "überzeugend" geschützt (E. 3.3 S. 6 ff.). Seither hat sich die Rechtslage nicht massgebend geändert. Das gilt auch für die Sachlage: Wie an vielen anderen Orten im ländlichen Raum war bereits damals eine Veränderung bzw. Bereinigung der Gastroszene ("Beizensterben") im Gange; dies zeigt sich schon daran exemplarisch, dass der vom Beschwerdeführer gekaufte Betrieb mangels Rentabilität geschlossen worden war. Entgegen seiner Auffassung liegt daher im Umstand, dass in Gersau seit 2005 weitere Restaurationsbetriebe geschlossen wurden, keine erhebliche Veränderung der Sachlage, sondern die Fortsetzung eines Prozesses, der schon während des ersten Umnutzungsverfahrens im Gange war und dementsprechend in die Entscheidungsfindung einfliessen konnte.

### **E. 3.4**

Eine erhebliche Veränderung der Rechtslage wäre unter Gleichheitsgesichtspunkten allenfalls dann anzunehmen, wenn, wie der Beschwerdeführer behauptet, seit 2005 anderen Restaurationsbetrieben in gleichen Verhältnissen die Umnutzung systematisch bewilligt worden wäre. Das ist indessen weder dargetan noch ersichtlich. Zum einen ist die Situation des ehemaligen Restaurants "Ländi" in rechtlicher Hinsicht insofern speziell, als die Baubewilligung (und die dafür erforderliche Ausnahmegewilligung zur Unterschreitung des Seeabstands) ausdrücklich für einen Gastwirtschaftsbetrieb erteilt wurden (Urteil des Bundesgerichts vom 20. April 2005 E. 3.2 S. 7 und E. 4 S. 10). Der Beschwerdeführer legt nicht dar, dass auch nur einer der von ihm angeführten Betriebe, die aufgegeben bzw. umgenutzt worden sein sollen, von Anfang an ausschliesslich zu gastwirtschaftlicher Nutzung bewilligt wurden und auch nur zu diesem Zweck bewilligungsfähig waren. Er stellt in diesem Zusammenhang bloss die Behauptung auf, das Restaurant "Ländi" wäre auch als Wohnbaute bewilligungsfähig gewesen, weshalb die Umnutzung bewilligt werden müsse, da in der Dorfkernzone Wohnnutzungen zulässig seien. Letzteres trifft zwar zu, ändert aber nichts daran, dass das Restaurant "Ländi" ausdrücklich als Gastbetrieb bewilligt wurde und als Wohnbaute 1981 nicht bewilligungsfähig gewesen wäre. Zum anderen ist die Lage im "Mittelpunkt des touristischen Zentrums von Gersau" (Urteil des Bundesgerichts a.a.O. E. 3.2 S. 7) zwischen Seestrasse und See, unmittelbar neben der Schiffsanlegestelle, umgeben von weiteren Gastbetrieben (Steakhouse Seegarten, Bar Le Pirate, Hotel Riviera und, jenseits der Anlegestelle, Seehotel Schwert) nicht vergleichbar mit den vom Beschwerdeführer angeführten Beispielen von aufgegebenen bzw. umgenutzten Gastronomiebetrieben im Dorfkern (Hotel Ilge, Restaurant Adler, Hotel Schäfli) oder an peripherer Lage am See (Seehof Resort, welches allerdings gemäss seiner Homepage [www.seehof-gersau.ch](http://www.seehof-gersau.ch) den Betrieb entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers keineswegs eingestellt hat) oder ohne direkten Seeanstoss (Hotel Bellevue, Hotel Krone). Aus dem Rechtsgleichheitsgebot kann der Beschwerdeführer unter diesen Umständen nichts zu seinen Gunsten ableiten.

### **E. 3.5**

Eine massgebliche Veränderung der Rechtslage sieht der Beschwerdeführer im Inkrafttreten der Änderung des Gewässerschutzgesetzes vom 11. Dezember 2009 ("Renaturierung") und der Änderung der Gewässerschutzverordnung vom 4. Mai 2011. Er begründet diese Rüge indessen nicht bzw. nicht in nachvollziehbarer Weise, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

### **E. 3.6**

Unbehelflich sind die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach Gersau kein Kurort, sondern ein Schlafdorf sei, weshalb es unzulässig sei, ihm unter Berufung auf Art. 48 Abs. 1 BR die Umnutzung seiner Liegenschaft, die gar nicht rentabel als Gastwirtschaftsbetrieb geführt werden könne, zu verweigern. Er könne nicht verpflichtet werden, ein Restaurant zu betreiben.

Das Bundesgericht hat indessen bereits im Urteil vom 20. April 2005 entschieden, dass die Verweigerung der Umnutzung rechtmässig ist. Dabei hat es auch dargelegt, dass es sich bei Art. 48 Abs. 1 BR inhaltlich um einen Bestandteil des Zonenplans handelt, weshalb die Bestimmung einer akzessorischen Überprüfung praxisgemäss nicht zugänglich ist (Urteil a.a.O. E. 3.2 S. 8). Daran hat sich nichts geändert. Abgesehen davon ist die Behauptung des

Beschwerdeführers, es sei ausgeschlossen, das Restaurant "Ländi" rentabel zu betreiben, weder belegt noch naheliegend. Dagegen spricht einerseits die Existenz mehrerer Restaurants in der unmittelbaren Umgebung. Zum anderen hat der Beschwerdeführer offensichtlich nie einen Versuch gemacht, das "Ländi" wiederzueröffnen, sondern hat es nach eigenen Angaben schon bald nach dessen Erwerb widerrechtlich als Ferienhaus genutzt. Im Übrigen wurde der Beschwerdeführer entgegen seinen Ausführungen auch gar nicht verpflichtet, auf der Liegenschaft eine Gastwirtschaft zu betreiben, sondern es wurde ihm nur die Umnutzung verweigert.

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer rügt, es sei unzulässig, den Baubewilligungsentscheid mit einem Nutzungsverbot und mit Vollstreckungsmassnahmen zu verbinden, da das Baubewilligungsverfahren der Dispositionsmaxime unterliege, das Verfahren zum Erlass von Zwangsmassnahmen der Officialmaxime. Er legt indessen mit keinem Wort dar, inwiefern dieses vom kantonalen Verfahrensrecht beherrschte Vorgehen Bundesrecht verletzen könnte, und das ist auch nicht ersichtlich. Darauf ist nicht einzutreten.

Im Übrigen hat der baurechtliche Entscheid - die Verweigerung der Umnutzung - die unmittelbare Wirkung, dass die Liegenschaft KTN 213 rechtmässig ausschliesslich zu gastwirtschaftlichen Zwecken genutzt werden darf und dementsprechend jede andere Nutzung - insbesondere zu Wohnzwecken - rechtswidrig ist. Der Beschwerdeführer hat die Behörden zu Beginn des Verfahrens selber darüber informiert dass er das "Ländi" seit Jahren als Ferienhaus benützt hat. Da dem Bezirksrat damit offiziell ein rechtswidriger Zustand zur Kenntnis gebracht wurde, war er verpflichtet, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen und dem Beschwerdeführer für den Fall der Fortführung des rechtswidrigen Zustands Sanktionen anzudrohen. Dieser macht in diesem Zusammenhang eine Gehörsverletzung geltend, da der Bezirksrat die Höhe der Busse festgelegt habe, ohne seine Vermögensverhältnisse abgeklärt zu haben. Der Einwand grenzt an Trölerei, der Beschwerdeführer hatte im Rechtsmittelzug wiederholt Gelegenheit und Anlass nachzuweisen, dass die Bussenhöhe nicht in einem vernünftigen Verhältnis zu seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit steht und damit unverhältnismässig wäre, ohne dass er davon Gebrauch gemacht hätte. Weiter rügt er einen Verstoss gegen das "Doppelbestrafungsverbot", da ihm sowohl Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB als auch eine Baubusse angedroht werde. Zu Unrecht, ein rechtswidriges Verhalten kann sowohl strafrechtliche als auch administrative Sanktionen nach sich ziehen, ohne dass eine Verletzung des Grundsatzes "ne bis in idem" vorläge. Häufigstes Beispiel sind Verkehrsdelikte, die regelmässig sowohl eine strafrechtliche als auch eine administrative Sanktion nach sich ziehen (vgl. BGE 137 I 363 E. 2). Die Rüge ist unbegründet.

#### **E. 5**

Da sich somit die formellen Rügen als unbegründet herausgestellt haben und sich weder die Sach- noch die Rechtslage seit dem ersten die Umnutzung des Restaurants "Ländi" betreffenden Urteils des Bundesgerichts vom 20. April 2005 massgebend geändert haben, bleibt es bei der damaligen Erkenntnis, dass die Verweigerung der Umnutzung kein Bundesrecht verletzt.

Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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