

# ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2020 30 vom 5. Januar 2022

ZG Verwaltungsgericht, 2022-01-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_verwaltungsgericht\\_V\\_2020\\_30](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_V_2020_30)

FR: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2020 30 du 5 janvier 2022

IT: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2020 30 del 5 gennaio 2022

## Regeste

Baubewilligung

## Erwägungen

### E. 1

C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ vertreten durch RA lic. iur. E.\_\_\_\_\_ und/oder RA lic. iur. F.\_\_\_\_\_,

#### E. 1.1

Gemäss § 61 Abs. 1 Ziff. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BGS 162.1) ist gegen Verwaltungsentscheide des Regierungsrats die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig, soweit die Gesetzgebung den Weiterzug nicht ausnahmsweise ausschliesst. Ein solcher Ausschluss liegt hier nicht vor. Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht und entspricht den formellen Anforderungen von § 65 VRG.

#### E. 1.2

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann jede Rechtsverletzung gerügt werden. Als solche gelten die Nichtanwendung und die unrichtige Anwendung eines Rechtssatzes, die unrichtige rechtliche Beurteilung einer Tatsache, der Missbrauch oder die Überschreitung des Ermessens, die Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift sowie die Rechtsverweigerung und -verzögerung. Nicht gerügt werden kann die unrichtige Handhabung des Ermessens (§ 63 VRG). 2. Die Revision vom 22. Februar 2018 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; BGS 721.11) ist per 1. Januar 2019 in Kraft getreten. Das vorliegende Baugesuch wurde am 23. September 2018 eingereicht. Übergangsrechtlich gelangt daher die Bestimmung von § 71a Abs. 1 lit. a PBG zur Anwendung, wonach auf Baugesuche, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes (d.h. am 1. Januar 2019) hängig sind, das bisherige Recht Anwendung findet, es sei denn, für die Bauherrschaft ist die Beurteilung nach neuem Recht günstiger. In der Folge werden Bestimmungen des aktuell gültigen PGB als "nPGB" gekennzeichnet, diejenigen der vorherigen Version als "aPGB". Analoges gilt für die Verordnung zum Planungs- und Baugesetz (V PBG; BGS 721.111). 3. Nachträgliches Baubewilligungsverfahren

### E. 2

Gemeinderat Hünenberg

### E. 3

Urteil V 2020 30 C. Den von ihm verlangten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– leistete der Beschwerdeführer fristgerecht (act. 3). D. In der Stellungnahme vom 7. September 2020

beantragte die Gemeinde Hünenberg, Abteilung Bau und Planung, die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Beschwerdeführers (act. 8). Auf die Ausführungen darin wird in den Erwägungen eingegangen. E. Mit Vernehmlassung vom 10. September 2020 liessen C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ die vollumfängliche Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und die Bestätigung der Baubewilligung beantragen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Beschwerdeführers (act. 9). Auf die Begründung wird in den Erwägungen eingetreten. F. Im Auftrag des Regierungsrats nahm die Baudirektion mit Eingabe vom 10. September 2020 Stellung. Mit Verweis auf die Ausführungen im Beschluss vom 19. Mai 2020 beantragte sie ebenfalls die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unter Kostenfolge zulasten des Beschwerdeführers (act. 10). G. Der Beschwerdeführer liess am 25. Februar 2021 eine Replik einreichen (act. 17), worauf die Beschwerdegegner C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ am 2. Juni 2021 eine Duplik einreichen liessen (act. 23). Beide Parteien hielten an ihren Anträgen fest. Auf die Begründungen wird – soweit notwendig – in den Erwägungen eingegangen. Das Verwaltungsgericht erwägt: 1.

### **E. 3.1**

Aufgrund des Legalitätsprinzips nach Art. 5 Abs. BV muss die Baubehörde einschreiten, wenn sie von einer widerrechtlichen Baute Kenntnis erlangt (Urs Beeler, Die widerrechtliche Baute, 1984, S. 65). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Bauten, die ohne Bewilligung errichtet wurden – sogenannte formell rechtswidrige Bauten – grundsätzlich zu beseitigen. Der Abbruch von solchen Bauten kann jedoch unterbleiben, wenn die Baute materiell nicht baurechtswidrig ist und nachträglich bewilligt werden kann (BGE 123 II 248 E. 3a.bb; vgl. dazu näher E. 4.2.3 unten). Die allgemeinen gesetzlichen Grundlagen der Baubewilligungspflicht und des Baubewilligungsverfahrens hat die

### **E. 3.2**

Die Nutzung der Räumlichkeiten im Untergeschoss von GS G. \_\_\_\_\_ als Einliegerwohnung war in der ursprünglichen Baubewilligung vom 28. April 1981 nicht enthalten, weshalb die gemeindliche Baubehörde von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ die Einreichung eines (nachträglichen) Baubewilligungsgesuchs verlangte. Die Vorinstanzen haben sodann die (materielle) Rechtmässigkeit der Baute bzw. deren (Um-)Nutzung bejaht. Der Beschwerdeführer ist jedoch der Meinung, die Erteilung der Baubewilligung sei rechtswidrig. Zur Begründung lässt er vorbringen, die zulässige Ausnützung werde nunmehr überschritten. 4. Ausnützung Die Ausnützungsziffer (AZ) ist die Verhältniszahl zwischen der anzurechnenden Geschossfläche der Gebäude und der anzurechnenden Landfläche (§ 15 Abs. 1 aV PBG). Paragraph 16 aV PBG enthält die Regelungen für die anzurechnende Geschossfläche; bei der Berechnung der Ausnützungsziffer sind als Geschossfläche demnach anzurechnen: Sämtliche Flächen des Erdgeschosses und der darüber liegenden Geschosse, einschliesslich der Treppenhäuser und Laubengänge, soweit sie der Erschliessung dienen, nicht aber soweit es sich um Not- oder Fluchttreppen handelt (lit. a); die Querschnittsflächen von innen liegenden Mauern und Wänden sowie die Lufträume bei Treppenhäusern und Lifts (lit. b); die Flächen unterhalb des Erdgeschosses, soweit sie Wohn- oder Gewerbebezwecken dienen können, jedoch ohne die Erschliessungsflächen (lit. c). Die anzurechnende Landfläche ist die vom Baugesuch, auch als Gesuch für eine Arealbebauungsbewilligung, erfasste, in einer Bauzone gelegene Fläche (§ 18 Abs. 1 aV PBG). Gemäss § 16 der Bauordnung der Gemeinde Hünenberg (BO) gilt in

W2b eine Ausnutzungsziffer von 0,35.

#### **E. 4**

Urteil V 2020 30 Der Beschwerdeführer hat sowohl am Einsprache- als auch am Verwaltungsbeschwerdeverfahren teilgenommen. Als unmittelbarer Nachbar des GS G. \_\_\_\_\_ ist er vom Bauvorhaben besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung des Entscheids der Vorinstanz. Die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers ist daher gestützt auf § 62 Abs. 1 VRG gegeben. Die Beschwerde ist deshalb zu prüfen. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

#### **E. 4.1**

Anzurechnende Geschossfläche

##### **E. 4.1.1**

Obergeschoss und Erdgeschoss

##### **E. 4.1.1.1**

Die Vorinstanz führte aus, die anrechenbare Geschossfläche beim Erdgeschoss betrage 85,86 m<sup>2</sup>, was unbestritten sei. Beim Obergeschoss sei zu den im Baugesuch ausgewiesenen 64,35 m<sup>2</sup> gemäss § 25 Abs. 2 Bauordnung der Gemeinde Hünenberg (BO) auch die Fläche "Luftraum Wohnen" anzurechnen, die in der Ausnutzungsberechnung nicht enthalten sei. Gemäss § 71a Abs. 1 lit. a nPBG i.V.m. § 35 Abs. 2 lit. c nV PBG sei der Luftraum von überhöhten Wohnräumen nicht anzurechnen,

##### **E. 4.1.1.2**

Der Beschwerdeführer lässt dazu geltend machen, die Vorinstanz verkenne, dass bei der Beurteilung eines nachträglichen Baugesuchs grundsätzlich auf den Rechtszustand abzustellen sei, der im Zeitpunkt der Errichtung der Baute gegolten habe. Späteres Recht sei nur dann massgebend, wenn es für die Bauherrschaft günstiger sei (vgl. BGE 123 II 248 E. 3a.bb mit Verweis auf BGE 102 Ib 64 E. 4). Vorliegend relevant sei damit das in den 90er Jahren geltende Recht. Damals schon sei es üblich gewesen, dass bei der Berechnung der Ausnutzung Räume in Vollgeschossen, welche über mehrere Geschossflächen reichten, mitberücksichtigt worden seien. Die Baubewilligung vom 28. April 1981 habe den Luftraum für die Ausnutzungsberechnung allerdings nicht angerechnet. Richtigerweise hätte bei einer Beurteilung der Bewilligungsfähigkeit der Einliegerwohnung in den 90er Jahren aber die damals geltende Praxis zur Anrechenbarkeit von Lufträumen berücksichtigt werden müssen und die Baubewilligungsbehörde hätte bei der Beurteilung des vorliegenden nachträglichen Baugesuchs sich ebenfalls auf den damaligen Rechtszustand stützen müssen. Stattdessen habe sie sich auf eine Rechtslage gestützt, die im Zeitpunkt der Einreichung des nachträglichen Baugesuchs, d.h. am 23. September 2018 noch nicht in Kraft gewesen sei. Es sei zwar zutreffend, dass gemäss den Übergangsbestimmungen von § 71a Abs. 1 lit. a nPBG Baugesuche nach neuem Recht zu beurteilen seien, wenn das neue Recht für die Bauherrschaft günstiger sei und vorliegend das neue Recht nach § 35 Abs. 2 lit. c nV PBG, wonach der Luftraum in die Berechnung der Ausnutzung nicht miteinzubeziehen sei, günstiger sei. Daraus könne aber keineswegs der Schluss gezogen werden, dass nach der zitierten und für die Beurteilung nachträglicher Baugesuche entwickelten Rechtsprechung ebenfalls künftiges, noch nicht in Kraft getretenes Recht zur Anwendung kommen könne.

Da sich derartiges nicht aus der entwickelten Rechtsprechung ergebe, sei einzig das damalige Recht der 90er Jahre oder das Recht im Zeitpunkt der Einreichung des Baugesuchs massgebend. In beiden Fällen wären die Lufträume anrechenbar, womit die maximal zulässige Ausnützung erst recht bei Weitem überschritten sei (act. 1 Ziff. 10).

#### **E. 4.1.1.3**

Bei der Prüfung der Frage, ob eine Baute bei rechtzeitiger Einreichung des Baugesuches hätte bewilligt werden können, ist grundsätzlich auf den Rechtszustand abzustellen, der im Zeitpunkt der Errichtung der Baute galt. Eine Ausnahme rechtfertigt sich, wenn bei der Beurteilung einer Abbruchverfügung ein milderes Recht gilt, nach welchem die Baute zulässig wäre (BGE 123 II 248 E. 3a.bb). Dieselbe Überlegung wohnt

#### **E. 4.1.2**

Untergeschoss Beim Untergeschoss ist umstritten, ob der Raum "Garderobe" im Eingangsbereich anrechenbar ist.

##### **E. 4.1.2.1**

Der Regierungsrat erwog, der Raum direkt bei der Ausgangstüre habe keine Fenster, was gegen eine Wohnnutzung spreche. Lediglich die Eingangstür selbst habe einen Glaseinsatz. Die Eingangstür führe von Westen her in den Raum, nordseitig führe er in die Garage, südseitig in den Keller und östlich in das Erdgeschoss hinauf. Die vier Türen würden für die Qualifizierung des Raums als Erschliessungsfläche sprechen. Die Heizung diene dazu, dass der Raum nicht unterkühlt werde bzw. um Durchzug ins obere Geschoss zu verhindern. Das Vorhandensein einer Garderobe für Mäntel und einer Kommode bzw. eines Sideboards würden den Raum nicht zu einem Wohnraum machen. Insgesamt seien die Flächen im Eingangsbereich des Untergeschosses von 8,64 m<sup>2</sup> und 1,80 m<sup>2</sup> als Erschliessungsflächen und nicht als Wohnflächen zu beurteilen (Bf-act. 2 Ziff. 2b).

##### **E. 4.1.2.2**

Der Beschwerdeführer lässt hierzu vorbringen, gemäss Gesetz seien bei der Berechnung der Ausnützungsziffer Flächen unterhalb des Erdgeschosses als

##### **E. 4.1.2.3**

Der Gemeinderat Hünenberg führt hierzu aus, der Zweck der Garderobe bestehe in der Erschliessung des Kellerraums, des Heizungsraums sowie der Wohnräume, welche über die Treppe ins Erdgeschoss erreichbar seien. Der Raum sei nicht einmal 9 m<sup>2</sup> gross und verfüge entgegen dem Dafürhalten des Beschwerdeführers über keine Fenster. Daran ändere auch das Zierglas in der Wohnungstüre oder das indirekte Licht, welches vom Fenster im Treppenhaus generiert werde, nichts. Das Fenster im Treppenhaus sei im Übrigen von der Garderobe her nicht einmal ersichtlich. Der Raum erfülle die wohnhygienischen Anforderungen somit nicht. Bei der Garderobe handle es sich

##### **E. 4.1.2.4**

C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ lassen in diesem Zusammenhang einwenden, das Foyer stelle die einzige Erschliessung der Liegenschaft dar. Man betrete den Raum von aussen entweder über die Eingangstüre oder aber über den direkten Zugang aus der angrenzenden Garage. Über das sich an der Stirnseite des Raumes befindende Treppenhaus gelange man sodann in die Wohnräume im oberen Stockwerk. Eine weitere Türe führe in den Keller. Das Gebäude 52b.\_\_\_\_\_ verfüge über keinen zusätzlichen Hauseingang. Alle Bewohner sowie

Besucher müssten zwingend diesen Zugang queren, um über die Treppe zu den Wohnräumen zu gelangen. Das Foyer sei ein Durchgangsraum, welcher ausschliesslich dem Zweck der Erschliessung diene. Gegen eine Wohnnutzung spreche auch die Grösse und Ausstattung des Raums. Bei einer Grösse von 8,64 m<sup>2</sup> sei der Raum nicht gross genug, um darin – neben seinem Zweck der Erschliessung – eine Wohnnutzung zu ermöglichen. Ein Raum mit Wohnnutzung müsste dem Aufenthalt von Menschen dienen können. Die kleine, offene Garderobe und der Schuhschrank würden den Raum nicht zu einem Wohnraum machen. Die Ausstattung des Raums schliesse eine Wohnnutzung klarerweise aus. Die Behauptung des Beschwerdeführers, dass die Beheizung des Raums auf eine Wohnnutzung hindeute, sei falsch. Die Beheizung des Raums diene einzig zur Vermeidung eines störenden Luftzugs, welcher automatisch entstehe, wenn die kalte Luft im Untergeschoss in das Erdgeschoss aufsteige. Um diesen Luftzug zu vermindern, werde der Erschliessungsbereich mit einem kleinen Radiator mässig beheizt (mit Heizung im Winter max. 16-18° C), so dass die kalte Luft nicht ohne weiteres in die Obergeschosse ströme. Schliesslich fehle es dem Raum auch an einer genügenden natürlichen Belichtung, um als Wohnraum zu gelten. Der Raum werde einzig durch den schmalen Glaseinsatz in der Haustüre etwas belichtet. Das sich ausserhalb des Raumes im Treppenhaus befindende Fenster lasse kaum Licht einfallen. Das Foyer selbst weise keine Fenster auf. Die Beleuchtung des Foyers erfolge künstlich (act. 9 Ziff. 10).

#### **E. 4.1.2.5**

Die Anrechenbarkeit eines Raumes im Untergeschoss eines Gebäudes hängt nicht allein von dessen Bezeichnung in den Planunterlagen ab, denn ob ein Raum Wohn- oder Gewerbebezwecken dienen kann, muss aufgrund seiner objektivierten Eignung beurteilt werden. Die Praxis achtet in baulicher Hinsicht vor allem auf die Grösse des Raumes, dessen Zugänglichkeit, die Grösse der Fenster und damit auf die natürliche Belichtung sowie auf die Heizung. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts wurden wiederholt

#### **E. 4.1.2.6**

Den streitgegenständlichen Raum erreicht man entweder direkt über den Hauseingang oder indirekt über die Garage. Einmal im Raum, kann das Erdgeschoss (Treppe) und der Keller (sowie die Garage) erreicht werden. Von der Garage her muss der Raum zwecks Erreichung des Erdgeschosses und des Kellers zwangsläufig durchquert werden. Aufgrund der zentralen Lage ist dem Raum somit primär eine Erschliessungsfunktion zuzurechnen. Daran ändern weder die Beheizung, welche grundsätzlich unabhängig von der Art des Heizkörpers und der erzeugten Temperatur für eine Wohnnutzung spricht, noch die an sich nicht vernachlässigbare Grösse von ca. 9 m<sup>2</sup>, noch die Ausstattung mit einem Sideboard sowie einem Garderobenmöbel etwas. Dass der Raum vom Fenster im Treppenhaus bzw. vom 1. Obergeschoss her (natürlich) belichtet wird, kann anhand der Fotos des Augenscheins vom 13. Januar 2020 nicht ausgeschlossen werden. Auf dem Foto "Standort 2" ist aber erkennbar, dass die Treppenstufen zum Erdgeschoss hinauf mit zunehmender Höhe beschattet werden, was gegen eine (natürliche) Belichtung von oben spricht. Der Umstand, dass der Raum keine Fenster hat, spricht jedenfalls klar gegen eine Anrechenbarkeit des Raumes. In diesem Zusammenhang ist zudem festzuhalten, dass der Glaseinsatz in der Türe – wenngleich dadurch etwas Licht in den Raum eindringen mag – nicht mit einem Fenster gleichzusetzen ist. Als Zwischenfazit ist daher zu konstatieren, dass der in den Plänen als "Foyer" bzw. "Garderobe" bezeichnete Raum eine Erschliessungsfläche darstellt und folglich zu Recht nicht der Ausnützung zugerechnet wurde.

#### **E. 4.1.2.7**

Ausweislich der dem Baugesuch beigelegten Planunterlagen umfasst die Einliegerwohnung insgesamt 25,03 m<sup>2</sup> (Wohnen: 18,09 m<sup>2</sup>; Kochen: 5,04 m<sup>2</sup>; Bad: 1,9 m<sup>2</sup>) (BD-act. B13/15). Die 8,64 m<sup>2</sup> umfassende Garderobe samt Eingangsbereich im Umfang

#### **E. 4.2**

Anzurechnende Landfläche und Ausnützungsberechnung

##### **E. 4.2.1**

Die Vorinstanz führte weiter aus, die anzurechnende Landfläche von GS G. \_\_\_\_\_ betrage 535 m<sup>2</sup>, womit grundsätzlich eine maximale Ausnützung von 187,25 m<sup>2</sup> ( $535 \text{ m}^2 \times 0,35$ ) zulässig wäre. Vorliegend sei jedoch zu beachten, dass im Rahmen der Abparzellierung von GS G. \_\_\_\_\_ dem GS H. \_\_\_\_\_ eine anrechenbare Geschossfläche von 149,9 m<sup>2</sup> verblieben sei. Das GS H. \_\_\_\_\_ mit einer Grundfläche von 393 m<sup>2</sup> dürfe eine Ausnützung von 137,55 m<sup>2</sup> haben und sei folglich um 12,35 m<sup>2</sup> ( $149,9 \text{ m}^2 - 137,55 \text{ m}^2$ ) übernutzt. Im Rahmen der Ausnützungsberechnung sei somit zu prüfen, ob die Ausnützung über beide Grundstücke eingehalten sei, ansonsten durch die Abparzellierung die Ausnützungsbestimmungen umgangen werden könnten. Über GS G. \_\_\_\_\_ und GS H. \_\_\_\_\_ bestehe eine anrechenbare Geschossfläche von insgesamt 325,14 m<sup>2</sup> ( $175,24 \text{ m}^2 + 149,9 \text{ m}^2$ ). Bei einer anrechenbaren Landfläche von insgesamt 928 m<sup>2</sup> ( $535 \text{ m}^2 + 393 \text{ m}^2$ ) ergebe sich eine zulässige anrechenbare Geschossfläche von 324,8 m<sup>2</sup>. Im Ergebnis führe dies dazu, dass GS G. \_\_\_\_\_ mit der Bewilligung der Einliegerwohnung rechnerisch um 0,34 m<sup>2</sup> ( $325,14 \text{ m}^2 - 324,8 \text{ m}^2$ ) übernutzt sei. Die Überschreitung von 0,34 m<sup>2</sup> liege im Bereich der Messungenauigkeit bzw. sei praktisch nicht mehr überprüfbar. Die nachträgliche Baubewilligung könne somit erteilt werden. Darüber hinaus sei gemäss Praxis aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf die Wiederherstellung zu verzichten, wenn die Abweichung vom gesetzes- oder bauordnungsgemässen Zustand geringfügig sei und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, welcher der Bauherrschaft durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen (Regierungsratsbeschluss vom 16. Juni 2015 i.S. T.H., E. 4a). Im Verhältnis zu der gesamten anrechenbaren Geschossfläche von 175,24 m<sup>2</sup> (GS G. \_\_\_\_\_) bzw. 325,14 m<sup>2</sup> (GS G. \_\_\_\_\_ und GS H. \_\_\_\_\_) sei die Überschreitung von 0,34 m<sup>2</sup> als gering zu qualifizieren und die öffentlichen Interessen würden einen Rückbau nicht zu rechtfertigen vermögen. Ein Rückbau wäre aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht gerechtfertigt (Bf-act. 2 Ziff. 2c).

##### **E. 4.2.2**

Der Beschwerdeführer lässt hierzu vorbringen, nach der Anrechnung von 8,64 m<sup>2</sup> ergebe sich gemäss den ansonsten nicht zu beanstandenden Berechnungen der Vorinstanz eine Überschreitung der Ausnützung von 8,98 m<sup>2</sup> ( $8,64 \text{ m}^2 + 0,34 \text{ m}^2$ ). Eine

##### **E. 4.2.3**

Jede bewilligungspflichtige Baute ist formell baurechtsmässig, wenn sie vollumfänglich von einer Baubewilligung gedeckt ist. Daraus folgt, dass sie formell baurechtswidrig ist, wenn dieses Erfordernis fehlt. Die materielle Baurechtswidrigkeit liegt in der Verletzung von öffentlich-rechtlichen materiellen Vorschriften, die auf ein Bauvorhaben anwendbar sind. Der Tatbestand der materiellen Baurechtswidrigkeit ist erfüllt, wenn auch nur eine einzige der anwendbaren Normen verletzt ist, und zwar unabhängig davon, ob es sich um

eine minime oder erhebliche Normverletzung handelt (Magdalena Ruoss Fierz, Massnahmen gegen illegales Bauen, 1999, S. 20 ff.; Beeler, a.a.O., S. 45, mit Verweis auf eine Verletzung des Grenzabstands um 36 cm). Wurde eine Baute ohne oder in Abweichung einer Baubewilligung erstellt bzw. genutzt, entspricht aber vollumfänglich dem anwendbaren materiellen Recht, so hat der Bauherr Anspruch auf eine nachträgliche Baubewilligung. Ist eine Baute jedoch formell und materiell baurechtswidrig, steht sie also in jeder Hinsicht im Widerspruch zum Bauordnungsrecht, erfüllt sie damit in der Regel die Voraussetzungen zum Erlass einer restitutorischen Massnahme (Ruoss Fierz, a.a.O., S. 34). Für die Zulässigkeit solcher Massnahmen kann das Mass der Verletzung der Baurechtsordnung von Bedeutung sein (Beeler, a.a.O., S. 45; vgl. auch E. 5.1). Die Prüfung der materiellen Baurechtsmässigkeit, die im Rahmen des (nachträglichen) Baubewilligungsverfahrens geschieht, ist also von der Prüfung der Rechtmässigkeit resp. der Voraussetzungen zur Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung der materiellen

#### **E. 4.2.4**

Die Vorinstanz hat festgestellt, dass GS G. \_\_\_\_\_ (marginal) übernutzt ist. Inwiefern die Überschreitung von 0,34 m<sup>2</sup> im Bereich der Messungenauigkeit liegen bzw. praktisch nicht mehr überprüfbar sein soll, leuchtet vor diesem Hintergrund allerdings nicht ein. Insoweit ist dem Beschwerdeführer beizupflichten, wenn er ausführen lässt, die Vorinstanz könne eine Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben nicht als quasi- gesetzmässig bezeichnen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Übernutzung mit 0,34 m<sup>2</sup> in der Tat äusserst gering ist. Entgegen der Ansicht von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ steht der Baubewilligungsbehörde diesfalls kein Ermessensspielraum offen (act. 23 Ziff. 10). Ebenso wenig kann der Vorinstanz gefolgt werden, wenn sie im Zusammenhang mit der Erteilung der Baubewilligung erwägt, gemäss Praxis sei aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf die Wiederherstellung zu verzichten, wenn die Abweichung vom gesetz- oder bauordnungsgemässen Zustand geringfügig sei und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, welcher der Bauherrschaft durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen, wurde vorliegend doch gar keine restitutorische Massnahme verfügt (vgl. dazu auch E. 5 ff.). Schliesslich ist anzumerken, dass der Gemeinderat Hünenberg im Beschluss vom 9. Juli 2019 keine Ausnahmegewilligung erteilt hat und dies gemäss dem Wortlaut von § 31 Abs. 2 aV PBG auch nicht konnte. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass GS G. \_\_\_\_\_ durch die Umnutzung um 0,34 m<sup>2</sup> übernutzt und damit nicht baurechtskonform ist. 5. Die Vorinstanz führte aus, die Baubewilligung könne auch aufgrund der Tatsache, dass der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands

#### **E. 5**

Urteil V 2020 30 Vorinstanz zutreffend dargelegt; darauf wird verwiesen (vgl. E. 2a des Verwaltungsbeschwerdeentscheids).

#### **E. 5.1**

Die Besitzstandsgarantie bedeutet, dass eine Rechtsposition, welche seinerzeit in Übereinstimmung mit den materiellrechtlichen Vorschriften erworben wurde, grundsätzlich auch unter dem neuen Recht, das deren Begründung nicht oder nicht mehr im bisherigen Umfang zulässt, fortbestehen (und gegebenenfalls auch weiterentwickelt werden) kann. Das Vorliegen eines Besitzstandsfalles bedingt den Bestand einer Baute, die ursprüngliche materielle Rechtmässigkeit dieser Baute und die nachträgliche materielle Rechtswidrigkeit

dieser Baute zufolge Rechtsänderung. Die ursprünglich formell und materiell rechtswidrigen Bauten, also jene, welche bereits im Zeitpunkt ihrer Errichtung gegen das geltende materielle Recht verstossen haben und ohne Baubewilligung oder in Abweichung einer solchen erstellt worden sind, beschlagen den Problemkreis des illegalen Bauens und nicht jenen der Besitzstandsgarantie. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Eigentümer an einer legal errichteten Baute im Nachhinein eigenmächtig bewilligungspflichtige bauliche oder bewerbungsmässige Änderungen vornimmt, und das bestehende Bauwerk im Umfang dieser Vorkehren formell und, sofern die Massnahmen gegen materielles Recht verstossen, auch materiell vorschriftswidrig wird. Ist eine bestehende Baute im Zeitpunkt des nachträglichen Baubewilligungsverfahrens rechtswidrig, ist die Baubewilligung zu verweigern und die Behörde hat eine Beseitigung des Bauwerks bzw. den Erlass eines Nutzungsverbots zu prüfen. Da die Baute bzw. die Nutzung bereits bei ihrer Errichtung bzw. vorliegend bei der Nutzungsänderung vorschriftswidrig war, können im Einzelfall nur Gründe der Verhältnismässigkeit, des Vertrauensschutzes oder der Rechtssicherheit (Verwirkung der Abbruchbefugnis durch Zeitablauf) einen Verzicht auf die Beseitigung des Bauwerks bzw. den Erlass eines Nutzungsverbots gebieten (Konrad Willi, Die Besitzstandsgarantie für vorschriftswidrige Bauten und Anlagen innerhalb der Bauzonen, 2003, S. 7 ff.).

### **E. 5.2**

Vorliegend geht es nicht um einen Fall der Besitzstandsgarantie. Die streitgegenständliche Baute wurde durch die eigenmächtige Umnutzung zu einer formell rechtswidrigen Baute, weshalb es in casu um Fragen des illegalen Bauens bzw. die Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung geht; Gegenstand des Verfahrens bildet die Frage, ob das Baugesuch I.\_\_\_\_\_ zu Recht bewilligt worden ist. Zu prüfen ist daher die Übereinstimmung der Baute mit dem anwendbaren materiellen Recht (vgl. E. 4.2.4). Eine Massnahme zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wurde vorliegend

### **E. 6**

Urteil V 2020 30 was für die Bauherrschaft günstiger sei. Damit ergebe sich beim Obergeschoss eine anrechenbare Geschossfläche von 64,35 m<sup>2</sup> (Bf-act. 2 Ziff. 2b).

### **E. 7**

Urteil V 2020 30 § 71a Abs. 1 lit. a nPBG inne, wonach auf Baugesuche, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des nPBG hängig sind, das bisherige Recht Anwendung findet, es sei denn, für die Bauherrschaft ist die Beurteilung nach neuem Recht günstiger (vgl. E. 2). Vorliegend ist ein Baugesuch zu beurteilen, das vor Inkrafttreten des nPBG hängig war, wonach das aPBG Anwendung findet. Da die Regeln des nPBG (bzgl. nicht anzurechnende Geschossflächen) für C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ jedoch unbestrittenermassen günstiger sind, ist das nPBG anzuwenden. Dass das nPBG am Datum der Einreichung des Baugesuchs noch nicht in Kraft war ändert daran genauso wenig wie der Umstand, dass es sich vorliegend um ein nachträgliches Baugesuch handelt. So kann denn auch offenbleiben, welche Version des PBG bei zeitlich korrekter Einreichung des Baugesuchs bzw. Umnutzungsgesuchs anwendbar gewesen wäre. Entscheidend ist der Zeitpunkt der Beurteilung der Sache. Gemäss § 35 Abs. 2 lit. c nV PBG ist der Luftraum von überhöhten Wohnräumen nicht anzurechnen, was für C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ günstiger ist. Damit ist der Vorinstanz beizupflichten, wenn sie festhält, dass die anrechenbare Geschossfläche des Obergeschosses 64,35 m<sup>2</sup> betrage.

### **E. 7.1**

Die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht trägt die unterliegende Partei (§ 23 Abs. 1 Ziff. 3 VRG). Dem Regierungsrat des Kantons Zug sind keine Kosten aufzuerlegen (§ 24 Abs. 1 VRG), ebenso wenig der Gemeinde Hünenberg, weil die Voraussetzungen dafür (§ 24 Abs. 2 VRG) nicht erfüllt sind. C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ werden von den Gesamtkosten von Fr. 2'500.– anteilmässig Fr. 800.– auferlegt. In Abänderung von Dispositiv-Ziff. 2 des Regierungsratsbeschlusses werden die Kosten des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens von Fr. 1'500.– C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ sowie der Gemeinde Hünenberg auferlegt. C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ werden anteilmässig Kosten von Fr. 750.– auferlegt. Der Gemeinde Hünenberg werden keine Kosten auferlegt (§ 24 Abs. 2 VRG).

### **E. 7.2**

Im Rechtsmittelverfahren ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei zulasten der unterliegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen (§ 28 Abs. 2 VRG). Das Gericht erachtet im vorliegenden Fall Fr. 3'000.– als angemessene Parteientschädigung. Der Beschwerdeführer obsiegt gänzlich, weshalb ihm davon zulasten von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_, der Gemeinde Hünenberg und des Regierungsrats des Kantons Zug je Fr. 1'000.– (inkl. MWST und Barauslagen) zuzusprechen sind. Den unterliegenden anwaltlich vertretenen C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ ist keine Parteientschädigung zuzusprechen. In Abänderung von Dispositiv-Ziff. 3 des Regierungsratsbeschlusses wird dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Regierungsrat zu Lasten von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ sowie der Gemeinde Hünenberg eine Parteientschädigung von je Fr. 1'000.– (inkl. MWST und Barauslagen) zugesprochen.

### **E. 8**

Urteil V 2020 30 Geschossfläche anzurechnen, soweit sie Wohn- und Gewerbebezwecken dienen können. Entscheidend sei, ob der betreffende Raum aufgrund seiner Lage, Belichtung und Ausstattung für Wohn- und Gewerbebezwecke geeignet sei (vgl. Entscheid des Regierungsrats vom 10. November 2009 i.S. M. V. E. I.). Der vorliegend fragliche Raum sei im Plan als "Foyer" bezeichnet und werde als Garderobe genutzt. Der Raum sei durch den Glaseinsatz bei der Eingangstüre und – was die Vorinstanz gänzlich ausser Acht lasse – auch vom Fenster im Treppenhaus sowie vom 1. Obergeschoss her reichlich natürlich belichtet. Die Argumentation der Vorinstanz, dass das Vorhandensein einer Garderobe für Mäntel und einer Kommode bzw. eines Sideboards den Raum nicht zu einem Wohnraum mache, sei so nicht richtig. Die Ausstattung des Raumes mit Möbeln würde den Raum zwar nicht automatisch zu einem Wohnraum machen, allerdings sei nach der zitierten regierungsrätlichen Rechtsprechung die Ausstattung eines Raumes für die Beurteilung der Eignung eines Raumes für Wohn- und Gewerbebezwecke sehr entscheidend. Es komme hinzu, dass der Raum beheizt sei, was ebenfalls für eine Wohnnutzung und damit für die Anrechenbarkeit spreche. Die Heizung sei ausgelegt für Raumbeheizung von 22° C (Zimmertemperatur) und vollumfänglich durch die Wärmepumpe gespeisen. Wenn der Raum tatsächlich nur beheizt würde, damit der Raum nicht unterkühlt werde bzw. um Durchzug ins obere Geschoss zu verhindern, wäre er entsprechend lediglich mit einer Stützheizung ausgestattet worden. Stattdessen hätten die Beschwerdegegner die früher vorhandene Elektroheizung ersetzt. Der Raum sei mit 8,64 m<sup>2</sup> ausserdem sehr grosszügig. Die Grösse des Raumes sei, neben der Grösse der Fenster, der Zugänglichkeit und der

Heizung in baulicher Hinsicht ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung der Frage der Anrechenbarkeit eines Raumes im Untergeschoss (vgl. Entscheid des Regierungsrats vom 27. Mai 2014 i.S. E. H.; Urteil des Verwaltungsgerichts vom 30. November 2010 i.S. Erben M. V.). Bei einem derart grossen, beheizten, belichteten und mit Möbeln ausgestatteten Raum könne die Wohnnutzung offensichtlich nicht in Abrede gestellt werden (act. 1 Ziff. 7 f.).

#### **E. 9**

Urteil V 2020 30 entsprechend um eine Erschliessungsfläche unterhalb des Erdgeschosses und werde also nicht zur anrechenbaren Geschossfläche hinzugerechnet (act. 8 Ziff. 3).

#### **E. 10**

Urteil V 2020 30 Räume im Dach- oder Untergeschoss, welche als Estrich oder Abstell- bzw. Kellerräume geplant wurden, im Zweifel als nicht anrechenbare Räume bewilligt, wenn beispielsweise die Heizung oder Belichtung oder die Zugänglichkeit eine rechtswidrige Nutzung baulich weitgehend ausschlossen (VGer ZG V 2009 175 vom 30. November 2010 E. 4e). So hat das Verwaltungsgericht einem Korridor die Qualifikation als anzurechnende Geschossfläche abgesprochen (VGer ZG V 2017 91 vom 19. März 2019 E. 6e). Gleich entschied es bei einer (grosszügigen) zentral gelegenen Fläche mit der Bezeichnung "Flur/Spielen", welche die übrigen Räume erschloss (VGer ZG V 2018 116 vom 29. Oktober 2019 E. 7d/cc).

#### **E. 11**

Urteil V 2020 30 von 1,8 m<sup>2</sup> sind dem Untergeschoss nicht anzurechnen. Im Ergebnis ist demnach mit der Vorinstanz festzuhalten, dass die anrechenbare Geschossfläche des Untergeschosses 25,03 m<sup>2</sup> und somit die gesamte anrechenbare Geschossfläche von GS G. \_\_\_\_\_ 175,24 m<sup>2</sup> beträgt.

#### **E. 12**

Urteil V 2020 30 solche Überschreitung liege natürlich nicht mehr im Bereich der Messungenauigkeit und die nachträgliche Baubewilligung sei zu Unrecht erteilt worden. Selbst wenn man der Auffassung der Vorinstanz folgen und die Garderobe als Erschliessungsfläche betrachten und auch die Lufträume nicht anrechnen würde, was zu einer Überschreitung der maximal zulässigen Ausnutzung um 0,34 m<sup>2</sup> führen würde, hätte die nachträgliche Baubewilligung nicht erteilt werden können. Es liege nicht in der Macht der Vorinstanz, eine Abweichung vom Gesetz als quasi-gesetzmassig zu bezeichnen. Indem sie die Übernutzung des Grundstücks aufgrund der Geringfügigkeit der Überschreitung der maximal zulässigen Ausnutzung als rechtmässig bezeichne, habe die Vorinstanz das Legalitätsprinzip verletzt. Die Frage der Verhältnismässigkeit einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands sei eine andere, die – entgegen der Argumentation der Vorinstanz – nicht im Rahmen der Prüfung der materiellen Rechtmässigkeit erfolgen dürfe. Aus diesem Grund könnte die Bewilligung auch nicht erteilt werden, wenn die strittige Garderobe nicht angerechnet würde (act. 1 Ziff. 9 und 11).

#### **E. 13**

Urteil V 2020 30 Baurechtswidrigkeit zu unterscheiden. Dies macht der Beschwerdeführer zu Recht geltend. Gemäss § 31 aV PBG bzw. § 57 nV PBG kann die zuständige Behörde Ausnahmegewilligungen erteilen. Die Ausnahmegewilligung ist Teil der Baubewilligung. Sie erfolgt dann, wenn gemeindliche Bauvorschriften im Einzelfall zu einer offensichtlich

unzweckmässigen Lösung führen oder eine unbillige Härte bedeuten würden und nachbarliche Interessen nicht erheblich beeinträchtigt werden (Abs. 1). Von Bauvorschriften, welche die Baudichte, namentlich Ausnützungsziffer und Baumassenziffer bestimmen, gibt es gemäss dieser Bestimmung (Abs. 2) keine Ausnahmen.

#### **E. 14**

Urteil V 2020 30 abgelaufen sei, beurteilt bzw. erteilt werden. Darüber hinaus sei die Bauherrschaft in ihrem Vertrauen zu schützen. In diesem Zusammenhang erwähnte sie auch das Institut des Besitzschutzes [recte wohl: Bestandesschutz] (Bf-act. 2 Ziff. 3).

#### **E. 15**

Urteil V 2020 30 nicht verfügt und ist darum von den Rechtsmittelbehörden nicht zu prüfen. So kann der Vorinstanz nicht gefolgt werden, wenn sie die Erteilung der Baubewilligung unter dem Gesichtspunkt des behördlichen Anspruchs auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands prüft. Folglich sind Argumente, die allenfalls gegen die Rechtmässigkeit bzw. Verhältnismässigkeit einer restitutorischen Massnahme sprechen könnten, als Grundlage für die Erteilung einer Baubewilligung untauglich. Aus diesen Gründen erübrigen sich hier Weiterungen zum Thema der Verhältnismässigkeit einer Wiederherstellung resp. zu den diesbezüglichen Parteivorbringen. Allerdings ist die Sache aus verfahrensökonomischen Gründen umgehend zur Prüfung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, welche von der Baubehörde zu entscheiden ist, an diese zurückzuweisen. Soweit nicht C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ ein abgeändertes, um die minimale Abweichung der AZ reduziertes Nutzungskonzept einreichen, hat der Gemeinderat aufgrund der Beschwerde des Nachbarn über die Anwendbarkeit von § 69 Abs. 1 nPBG zu entscheiden. Demgemäss kann er u.a. die Beseitigung und Anpassung von Bauten und Anlagen anordnen, wenn a) für Bauarbeiten keine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt; b) eine nachträgliche Baubewilligung von vornherein ausgeschlossen ist. Dabei genügt das Vorliegen einer materiellen Gesetzesverletzung für den Erlass einer Wiederherstellungsverfügung indes noch nicht. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Einzelfall nämlich unzulässig, wenn sie allgemeinen Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts entgegensteht. Insbesondere sind die in Art. 5 Abs. 2 und 3 sowie Art. 9 BV festgehaltenen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens (vgl. BGE 136 II 359 E. 6; BGer 1C\_344/2017 vom 17. April 2018 E. 5.1) zu beachten. Im Einklang mit dieser Rechtsprechung wird konkret zu prüfen sein, ob von der Anordnung einer Wiederherstellungsmassnahme abzusehen und stattdessen allenfalls eine – eventuell widerrufliche, bedingte oder befristete – Duldungsverfügung zu erlassen ist, wenn sich dies aus Gründen des Vertrauensschutzes oder der Verhältnismässigkeit als angezeigt erweisen sollte (vgl. zu den Rechtsfolgen des Verzichts auf Wiederherstellungsmassnahmen und den Begriff des faktischen Bestandesschutzes Ruoss Fierz, a.a.O., S. 61 f., 67 f. und 111). Dabei wird zweifellos die minimale Baurechtswidrigkeit im Ausmass von lediglich 0,34 m<sup>2</sup> AZ in Berücksichtigung der betroffenen öffentlichen Interessen und des Schutzes der Nachbarinteressen entsprechend zu gewichten sein. Die Baurechtswidrigkeit als solche würde durch eine allfällige Duldungsverfügung aber nicht legalisiert.

#### **E. 16**

Urteil V 2020 30 6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz Recht verletzt hat, indem sie die Erteilung der Baubewilligung trotz Baurechtswidrigkeit geschützt hat, weshalb die Beschwerde vollumfänglich gutzuheissen und der Beschluss vom 19. Mai 2020 aufzuheben ist, unter Rückweisung der Sache an den für die weiteren Schritte zuständigen Gemeinderat Hünenberg. 7.

#### **E. 17**

Urteil V 2020 30 Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

\_\_\_\_\_ 1. In Gutheissung der Beschwerde werden der Beschluss des Regierungsrats vom

#### **E. 19**

Mai 2020 und die Baubewilligung vom 9. Juli 2019 aufgehoben und die Sache zur neuen Entscheidung an den Gemeinderat Hünenberg zurückgewiesen. 2. C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ wird unter solidarischer Haftbarkeit für das

Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren eine Spruchgebühr von Fr. 800.– und für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren eine Spruchgebühr von Fr. 750.– auferlegt. Dem Beschwerdeführer ist der Betrag von Fr. 2'500.– zurückzuerstatten. 3. C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ haben dem Beschwerdeführer unter solidarischer Haftbarkeit für das

Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– (inkl. MWST und Barauslagen) und für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– (inkl. MWST und Barauslagen) zu bezahlen; die Gemeinde Hünenberg hat dem Beschwerdeführer für das

Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– (inkl. MWST und Barauslagen) und für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– (inkl. MWST und Barauslagen) zu bezahlen; der

Regierungsrat des Kantons Zug hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– (inkl. MWST und Barauslagen) zu bezahlen. 4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden. 5.

Mitteilung an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (im Doppel), an die Rechtsvertreter der Beschwerdegegner C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ (dreifach, Rechnungen folgen nach Rechtskraft des Urteils), an den Gemeinderat von Hünenberg, an den Regierungsrat des Kantons Zug (dreifach) und zum Vollzug von Ziffer 2 im Dispositiv an die Finanzverwaltung des Kantons Zug. Zug, 5. Januar 2022 Im Namen der VERWALTUNGSRECHTLICHEN KAMMER Der Vorsitzende Der Gerichtsschreiber versandt am

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