



G.-Nr. R1S.2022.05019
BRGE I Nr. 0115/2022

Entscheid vom 15. Juli 2022

Mitwirkende Abteilungspräsident Walter Linsi, Baurichter Christian Hurter, Baurichterin
Beatrice Bosshard, Gerichtsschreiber Robert Durisch

in Sachen **Rekurrentin**
A GmbH, [...]

gegen **Rekursgegner**
Amt für Baubewilligungen der Stadt X, [...]

betreffend Beschluss des Amtes für Baubewilligungen vom 20. Dezember 2021 (Bau-
entscheid Nr. 2892/21); Androhung der Ersatzvornahme, [...]

hat sich ergeben:

A.

Das Amt für Baubewilligungen der Stadt X drohte der A GmbH mit Beschluss vom 20. Dezember 2021 (Bauentscheid BE Nr. 2892/21) an, das Zwischengeschoss inklusive Treppenaufgang in ihren Geschäftsräumen an der B-Strasse in X, Grundstück Kat.-Nr. 1, an ihrer Stelle ersatzweise zurückzubauen, sofern sie nicht innert 60 Tagen ab Rechtskraft des Beschlusses selber für den Rückbau sorgen werde.

B.

Gegen diesen Beschluss erhob die A GmbH mit Eingabe vom 16. Februar 2022 beim Baurekursgericht des Kantons Zürich Rekurs mit dem Antrag, der angefochtene Entscheid sei kostenfrei aufzuheben.

C.

Das Baurekursgericht eröffnete mit Verfügung vom 17. Februar 2022 das Rekursverfahren und lud darin den Rekursgegner zur schriftlichen Vernehmung ein.

Der Rekursgegner beantragte mit Vernehmung vom 23. März 2022 die Abweisung des Rekurses.

In den weiteren Rechtsschriften der Rekurrentin vom 13. April 2022 und des Rekursgegners vom 17. Mai 2022 wurde an den jeweiligen Hauptanträgen festgehalten. Die Rekurrentin beantragte zudem neu, dass der in dieser Angelegenheit ergangene Wiederherstellungsbefehl für unrechtmässig zu erklären sei.

D.

Mit Verfügung vom 16. Juni 2022 zog das Baurekursgericht die Akten der abgeschlossenen Verfahren G.-Nrn. R1S.2018.05091 und R1S.2020.05122 bei.

Es kommt in Betracht:

1.

Das Amt für Baubewilligungen erteilte der A GmbH mit BE Nr. 0517/18 vom 28. März 2018 und Folgeentscheiden die – teilweise – Baubewilligung für den Mieterausbau ihrer Gewerberäume an der B-Strasse mit «Adventure Rooms»; gleichzeitig wurde der Bauherrin die Baubewilligung für den Einbau eines Zwischengeschosses in die Gewerberäume verweigert. Obwohl der von der Bauherrin zur Bereinigung der Auflagen eingereichte Abänderungsplan, welcher mit BE Nr. 0984/18 vom 25. Juni 2018 bewilligt wurde, kein Zwischengeschoss mehr vorgesehen hat, ist bei der Bauabnahme vom 25. Juli 2018 ein eingebautes Zwischengeschoss festgestellt worden. Aufgrund dieser Feststellung wurde die A GmbH mit Bauabnahmeverfügung vom 27. Juli 2018 aufgefordert, den mit BE Nr. 0984/18 vom 25. Juni 2018 bewilligten rechtmässigen Zustand bis Ende September 2019 wiederherzustellen.

Gegen die Bauabnahmeverfügung vom 27. Juli 2018 erhob die A GmbH mit Eingabe vom 28. August 2018 beim Baurekursgericht Rekurs (Verfahren G.-Nr. R1S.2018.05091). Nach einem gerichtlichen Ortsaugenschein erstreckte das Amt für Baubewilligungen mit Verfügung vom 20. November 2018 – in teilweiser Wiedererwägung des angefochtenen Entscheids – die Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands um ein Jahr bis Ende September 2020. Daraufhin wurde der Rekurs am 28. Februar 2019 zurückgezogen und das Verfahren abgeschrieben (BRGE I Nr. 0032/2019).

Am 18. Mai 2020 ersuchte die A GmbH die Stadtverwaltung darum, die Wiederherstellungsfrist aufgrund der Corona-Pandemie um weitere zwei Jahre zu erstrecken. Mit Verfügung vom 29. Juli 2020 erstreckte das Amt für Baubewilligungen die besagte Frist zusätzlich um vier Monate bis Ende Dezember 2020. Der gegen diese Verfügung mit Eingabe vom 8. September 2020 erhobene Rekurs wurde am 28. September 2020 zurückgezogen und das Rekursverfahren entsprechend abgeschrieben (Verfahren G.-Nr. R1S.2020.05122; BRGE I Nr. 0157/2020).

Nach Ablauf der erstreckten Frist mahnte das Amt für Baubewilligungen mit Schreiben vom 7. Januar 2021 an, der rechtmässige Zustand sei nunmehr

bis zum 28. Februar 2021 herzustellen. Hierauf ersuchte die A GmbH am 12. Februar 2021 um eine Neu Beurteilung der Angelegenheit. Mit Schreiben vom 12. April 2021 setzte das Amt für Baubewilligungen der A GmbH eine weitere Frist bis 21. Oktober 2021 an, wobei darauf hingewiesen wurde, dass im Falle der Nichtbefolgung zur Vollstreckung geschritten würde. Am 2. Juni 2021 ersuchte die A GmbH um ein persönliches Gespräch mit dem Vorsteher des Hochbaudepartementes der Stadt X und um eine Neu Beurteilung, was das Amt für Baubewilligungen mit Schreiben vom 14. Oktober 2021 ablehnte.

2.

Das Amt für Baubewilligungen fasste am 20. Dezember 2021 den folgenden Beschluss:

- I. Der A GmbH und allfälligen Rechtsnachfolgern wird – im Sinne der Erwägungen – befohlen, das Zwischengeschoss inklusive Treppenaufgang in ihren Geschäftsräumen an der B-Strasse 465, in Erfüllung von Ziffer 2 der Bauabnahmeverfügung vom 27. Juli 2018, innert 60 Tagen ab Rechtskraft dieses Beschlusses rückzubauen.
- II. Falls dem Befehl gemäss Dispositivziffer I nicht fristgerecht nachgekommen würde, wird das Amt für Baubewilligungen unter allfälligem Zuzug Dritter beauftragt und bevollmächtigt, die Zwangsvollstreckung – im Sinne der Erwägungen – durchzuführen und die erforderlichen Verfügungen zu erlassen; den Personen, die mit der Zwangsvollstreckung befasst sind, ist zu den üblichen Geschäftszeiten Zugang zu den verfahrensrelevanten Örtlichkeiten zu gewähren.
- III....

Die zugehörigen Erwägungen dieses Beschlusses lauten wie folgt:

Bis heute sei der rechtskräftig angeordnete Rückbau des Zwischengeschosses inklusive Treppenaufgang nicht erfolgt. Der baurechtswidrige Zustand sei nicht mehr länger hinnehmbar. Das Amt für Baubewilligungen habe gestützt auf § 341 des Planungs- und Baugesetzes (PBG) und §§ 29 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) alle notwendigen Massnahmen und Anordnungen zur Herbeiführung eines baurechtskonformen Zustands zu treffen. Die A GmbH sei folglich unter Androhung der Zwangsvollstreckung aufzufordern, endlich der rechtskräftigen Verpflichtung gemäss BE Nr. 0517/18, Dispositivziffer II, nachzukommen und dafür zu sorgen, dass

das baurechtswidrige Zwischengeschoss samt Treppenaufgang vollumfänglich zurückgebaut werde. Für den Fall der Nichtbefolgung dieser Aufforderung sei das Amt für Baubewilligungen unter allfälligem Zuzug von Dritten nach §§ 29 ff. VRG mit der Zwangsvollstreckung auf Kosten der A GmbH zu beauftragen. Konkret wäre dazu einer spezialisierten Baufirma der Auftrag zum Rückbau des Zwischengeschosses einschliesslich des Treppenaufgangs zu erteilen.

3.

Die Rekurrentin ist als Verfügungsadressatin zur Rekurerhebung legitimiert (§ 338a Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes [PBG]).

4.

Die Rekurrentin macht geltend, das Zwischengeschoss habe bereits bestanden, als sie das Baugesuch einreichte. Folglich sei dieses Geschoss entgegen den Erwägungen im angefochtenen Beschluss nicht nach der Verweigerung der Baubewilligung eingebaut worden. Weiter sei unklar, unter welchen Umständen die Baubehörde jeweils ein oder zwei Geschosse anrechnen und den Einbau eines Zwischengeschosses bewilligen würde. So wiesen namentlich die Geschäftsräume des Kinderspielparadieses C an der B-Strasse in X und des Tattoo-Studios D an der B-Strasse in X Halbgeschosse auf, was es diesen Geschäften ermögliche, vergleichsweise grosse Flächen auf zwei Ebenen zu bewirtschaften. Das im streitbetroffenen Escape Room dargebotene Live-Escape-Spiel finde ebenfalls auf zwei Ebenen statt. Weshalb der Bestand und die Nutzung eines Halbgeschosses in den benachbarten Geschäften zulässig, in ihren Geschäftsräumen aber unzulässig sein solle, sei nicht nachvollziehbar. Auch der Konkurrenzbetrieb E an der F-Strasse in X weise mehrstöckige Szenarien auf. Es sei kein Grund ersichtlich, weswegen der Rekurrentin derartige in der Höhe verschobene Spielräume nicht zu bewilligen seien. Das gelte umso mehr, als sich unterhalb des Escape Rooms kein Kellergeschoss befinde und deswegen die Anzahl zulässiger Geschosse ungeachtet des Zwischengeschosses eingehalten sei. Demzufolge verstosse der angefochtene Beschluss gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Es komme hinzu, dass der Spielbetrieb der Rekurrentin durch den befohlenen Abbruch des Zwischengeschosses weitgehend zerstört würde. Das Zwischengeschoss bestehe aus einer Stahlkonstruktion, die untrennbar

mit sämtlichen Stromkabeln, der Steuerungsanlage und der Internetverbindung verbunden und verknüpft sei. Werde die Stahlkonstruktion abgebrochen, sei der Escape Room nicht mehr funktionsfähig. Der Befehl zum Abbruch des Zwischengeschosses sei folglich unverhältnismässig, diene der Escape Room doch nicht nur seiner eigenen Existenzsicherung, sondern auch derjenigen seiner Mitarbeiter. Schliesslich dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die bestehenden Spielräume an der B-Strasse grösster Beliebtheit erfreuten; davon zeuge auch die von der Rekurrentin abgefasste Petition, die sich für den Erhalt dieser Räume ausspreche und von über 4'000 Personen unterzeichnet worden sei.

5.1.

Kann die Anordnung einer Verwaltungsbehörde nicht mehr weitergezogen werden oder kommt dem Weiterzug keine aufschiebende Wirkung zu, so kann sie gemäss § 30 Abs. 1 VRG zwangsweise vollstreckt werden durch:

- a. Schuldbetreibung nach den Vorschriften des Bundesrechts, wenn die Anordnung auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichtet ist (lit. a),
- b. Ersatzvornahme auf Kosten des Pflichtigen (lit. b Satz 1),
- c. unmittelbaren Zwang gegen den Pflichtigen oder an Sachen, die er besitzt, wofür polizeiliche Hilfe beansprucht werden kann (lit. c).

Der Entscheid über die Kostenaufgabe kann weitergezogen werden (§ 30 Abs. 1 lit. b Satz 2 VRG). Wo Bestrafung gesetzlich zulässig ist, bleibt sie nach § 30 Abs. 2 VRG vorbehalten.

Der Ersatzvornahme und der Anwendung unmittelbaren Zwangs muss nach § 31 Abs. 1 VRG eine entsprechende Androhung vorangehen; dem Pflichtigen ist gleichzeitig eine angemessene Frist zur Erfüllung anzusetzen. Gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung kann die Zwangsandrohung mit der zu vollstreckenden Anordnung verbunden oder selbständig erlassen werden; sie ist nicht durch Rekurs anfechtbar. In dringlichen Fällen kann nach Abs. 3 der Bestimmung von einer Zwangsandrohung abgesehen werden.

5.2.

Ersatzvornahme bedeutet, dass die Verwaltungsbehörde eine dem Privaten obliegende, pflichtwidrig nicht vorgenommene, vertretbare Handlung auf

dessen Kosten durch eine amtliche Stelle oder durch eine Drittperson ver-
richten lässt. Das wohl wichtigste Beispiel ist der Abbruch einer widerrecht-
lich erstellten Baute oder Anlage durch ein von der Gemeinde beauftragtes
Unternehmen anstelle des Bauherrn (Tobias Jaag, in: Kommentar VRG, § 30
Rz. 25). Die Ersatzvornahme darf nur dann vorgenommen werden, wenn
sich der Pflichtige weigert oder nicht in der Lage ist, freiwillig den rechtmäs-
sigen Zustand herzustellen. Es muss ihr deshalb mindestens eine einmalige
Androhung vorausgehen (§ 31 Abs. 1 VRG). Hat die Androhung keine Wir-
kung, so wird die Ersatzvornahme in Verfügungsform angeordnet, d. h. eine
Vollstreckungsverfügung erlassen (Tobias Jaag, § 30 Rz. 26). Diese enthält
Ort, Zeitpunkt, Art und Weise der Ersatzvornahme und entsprechend dem
konkreten Fall weitere Angaben dazu, verbunden mit der Aufforderung an
den Pflichtigen, die notwendigen Vorbereitungen zu treffen und zur Abwen-
dung von möglichem Schaden daran teilzunehmen (Tobias Jaag, § 30
Rz. 27).

Die Sachverfügung ist vollumfänglich anfechtbar. Dagegen sind Vollzugs-
handlungen, die lediglich eine frühere rechtskräftige Verfügung konkretisie-
ren, ohne dem Betroffenen eine neue Belastung zu überbinden, nach allge-
meiner Regel nicht mit förmlichem Rechtsmittel weiterziehbar. Aufgrund po-
sitiver Vorschrift ist jedoch der Entscheid über die Kostenaufgabe bei der Er-
satzvornahme weiterziehbar (§ 30 Abs. 1 lit. b VRG). Ansonsten ist die Voll-
streckungsverfügung jedoch nur beschränkt anfechtbar. So kann nichts mehr
vorgebracht werden, was im Entscheid-Verfahren, welches mit der Sachver-
fügung abgeschlossen wurde, hätte vorgebracht werden können. Die zu voll-
streckende Anordnung kann deshalb grundsätzlich nicht mehr auf ihre
Rechtmässigkeit hin überprüft werden; sonst würde im Ergebnis die Rech-
tmässigkeit der Sachverfügung zweimal überprüft (Tobias Jaag, § 30 Rz. 80).

§ 31 regelt die Androhung von Vollstreckungsmassnahmen. Abs. 1 dieser
Bestimmung schreibt als Grundsatz für die Ersatzvornahme und für die An-
wendung unmittelbaren Zwangs die vorgängige Androhung vor. Diese muss
in Verfügungsform gemäss § 10 VRG abgefasst und mitgeteilt werden. Der
Pflichtige ist unter Fristansetzung aufzufordern, den rechtmässigen Zustand
herzustellen; zugleich muss ihm angedroht werden, dass im Weigerungsfall
zur Ersatzvornahme auf seine Kosten geschritten werde (Tobias Jaag, § 31
Rz. 1).

Können Sachverfügungen einerseits, Zwangsandrohungen und Vollstreckungsverfügungen andererseits auseinandergehalten werden, so ist nebst der Sachverfügung nur die Vollstreckungsverfügung – beschränkt – anfechtbar. Die Zwangsandrohung unterliegt dagegen, wie das Gesetz ausdrücklich festhält, nicht dem Rekurs (§ 31 Abs. 2 Satz 2 VRG). Dieser Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass die wiederholte Ansetzung einer Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wie auch der Hinweis auf die Ersatzvornahme grundsätzlich keine neuen Pflichten begründen (Tobias Jaag, § 31 Rz. 4).

5.3.

Mit BE Nr. 0517/18 vom 28. März 2018 wurde der Rekurrentin die Baubewilligung für den Einbau eines Zwischengeschosses in ihre Geschäftsräume an der B-Strasse verweigert. Der genannte Entscheid ist unangefochten in (formelle) Rechtskraft erwachsen.

Nachdem bei der Bauabnahme gleichwohl ein Zwischengeschoss festgestellt wurde, befahl das Amt für Baubewilligungen der Rekurrentin mit Bauabnahmeverfügung vom 27. Juli 2018, den rechtmässig bewilligten Zustand innert Frist wiederherzustellen. Den Rekurs gegen diesen Wiederherstellungsbefehl zog die Rekurrentin am 28. Februar 2019 zurück, worauf das Rekursverfahren G.-Nr. R1S.2018.05091 als durch Rückzug erledigt abgeschlossen worden und die Bauabnahmeverfügung in (formelle) Rechtskraft erwachsen ist.

Daraus folgt, dass die beiden Sachverfügungen, die in dieser Streitsache ergingen, seit geraumer Zeit (formell) rechtskräftig sind und deshalb nicht mehr weitergezogen werden können. Aus diesem Grund sind die Rügen der Rekurrentin, welche sich allesamt gegen die Verweigerung der Baubewilligung für das Zwischengeschoss und den zugehörigen Wiederherstellungsbefehl richten, in diesem Verfahren nicht zu hören; denn andernfalls würde die Rechtmässigkeit der Sachverfügungen zweimal überprüft, was wie erwogen nicht zulässig ist.

Neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel, welche in früheren Verfahren nicht beigebracht werden konnten, macht die Rekurrentin nicht geltend und ergeben sich auch nicht aus den Akten. Eine Revision nach §§ 86a ff. VRG fällt daher ausser Betracht.

Infolgedessen können die vorgenannten rechtskräftigen Bauentscheide nach § 30 Abs. 1 VRG zwangsweise vollstreckt werden.

5.4.

Wie sich aus den Erwägungen des BE Nr. 2892/21 ergibt, wird der Rekurrentin im angefochtenen Beschluss in Befolgung von § 31 Abs. 1 VRG allein die Ersatzvornahme auf ihre Kosten angedroht und gleichzeitig eine angemessene Frist zur Erfüllung angesetzt.

Gemäss § 31 Abs. 2 Satz 2 VRG ist die Zwangsandrohung nicht durch Rekurs anfechtbar.

Gegen die neue Fristsetzung erhebt die Rekurrentin wiederum keine Einwände. Sie macht insbesondere nicht geltend, dass die angesetzte Frist von 60 Tagen ab Rechtskraft des Beschlusses unangemessen sei, weil sie als Folge davon nicht über die notwendige Zeit zur Abwendung weiteren Schadens verfügen würde (vgl. Tobias Jaag, § 31 Rz. 4).

5.5.

Auf den Rekurs ist somit nicht einzutreten. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt es sich, genauer abzuklären, ob der angefochtene Beschluss der Rekurrentin an die korrekte Adresse zugestellt wurde (was von ihr in Abrede gestellt wird) und daher der Rekurs, obschon die 30-tägige Rekursfrist bei Rekurseinreichung bereits verstrichen war, rechtzeitig erhoben worden ist.

6.1.

Die Verfahren vor Baurekursgericht sind kostenpflichtig (§ 13 Abs. 1 VRG in Verbindung mit § 338 PBG und §§ 1 ff. der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts/GebV VGr). Die Rekurrentin hat davon Kenntnis, zumal ihr in den vorangegangenen Verfahren G.-Nrn. R1S.2018.05091 und R1S.2020.05122 Gerichtskosten auferlegt wurden. Davon abgesehen ist sie in der Rechtsmittelbelehrung des angefochtenen Beschlusses darauf hingewiesen worden, dass in den Rekursverfahren Kosten anfallen. Trifftige Gründe, weswegen das vorliegende Verfahren kostenfrei, d. h. nicht mit Kosten verbunden sein soll, vermag die Rekurrentin nicht geltend zu machen und ergeben sich auch nicht aus den Akten.

6.2.

Gemäss § 13 Abs. 2 VRG tragen die am Verfahren Beteiligten die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Die Gerichtskosten sind folglich der in diesem Verfahren unterliegenden Rekurrentin aufzuerlegen.

Die Gerichtsgebühr beträgt bei Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG und § 3 Abs. 2 GebV VGr). Sie wird nach dem Zeitaufwand des Gerichts, der Schwierigkeit des Falls und dem tatsächlichen Streitinteresse festgelegt (§ 338 Abs. 1 PBG und § 2 GebV VGr). Neben dem Streitinteresse schlägt in diesem Verfahren insbesondere der Aufwand des Baurekursgerichts einschliesslich Aktenstudium und Schreibarbeit zu Buche. Bei Entscheiden ohne materielle Prüfung der Begehren kann die Gebühr indes bis auf einen Fünftel herabgesetzt werden (§ 4 Abs. 2 GebV VGr). Alles in allem ist die Gebühr auf Fr. 1'000.-- festzusetzen.