

# **BGer 1C\_602/2018 vom 3. Juli 2019**

Bundesgericht, 2019-07-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_602\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_602_2018)

FR: TF 1C\_602/2018 du 3 juillet 2019

IT: TF 1C\_602/2018 del 3 luglio 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 139 V 42 E. 1 S. 44 mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist gegen Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts zulässig ( Art. 82 lit. a BGG ). Das angefochtene Urteil betrifft eine solche Angelegenheit, soweit es die Streitfrage beantwortet, ob der Gemeinderat Dällikon zur Nichtverlängerung des strittigen Baurechtsvertrags gemäss den massgeblichen kantonalen bzw. kommunalen Bestimmungen zuständig war ( BGE 89 I 253 E. 4 S. 258; 106 Ia 65 E. 3 S. 69; vgl. auch BGE 105 Ia 385 E. 3d S. 391). In der Sache verneinte die Vorinstanz eine öffentlichrechtliche Streitigkeit und bestätigte daher den Nichteintretensentscheid des Bezirksrats Dielsdorf, womit ein Endentscheid gemäss Art. 90 BGG vorliegt ( BGE 128 III 250 E. 1b S. 252; 115 II 237 E. 1b S. 240). Insoweit ist im bundesgerichtlichen Verfahren eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit zu bejahen bzw. auf die Beschwerde einzutreten, da die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht eine solche Angelegenheit verneint ( BGE 128 III 250 E. 1a S. 252; 135 III 483 E. 1.1.1 S. 485; Urteile 1C\_21/2018 vom 5. Oktober 2018 E. 1 und 2.1; 4A\_305/2017 vom 18. Januar 2018 E. 1.3 mit weiteren Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG beschwerdelegitimiert. Da auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen gegeben sind, ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

### **E. 1.3**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann die Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht und kantonalen verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht werden ( Art. 95 lit. a, b und c BGG ). Die Verletzung des übrigen kantonalen Rechts kann grundsätzlich vor Bundesgericht nicht gerügt werden. Zulässig ist jedoch die Rüge, die Anwendung dieses Rechts führe zu einer Verletzung von Bundesrecht, namentlich des verfassungsmässigen Willkürverbots ( BGE 138 I 143 E. 2 S. 149 f.). Nach der Praxis des Bundesgerichts verstösst ein Entscheid gegen dieses Verbot, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, weil er zum Beispiel eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar erscheint, genügt nicht ( BGE 141 I 70 E. 2.2 S. 72 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Die Verletzung von Grundrechten prüft es jedoch nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 135 III

127 E. 1.6 S. 130). Das Bundesgericht prüft insoweit nur klar und detailliert erhobene Rügen und tritt auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht ein ( BGE 140 III 264 E. 2.3. S. 266 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zu Grunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich, ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 137 II 353 E. 5.1; 137 III 226 E. 4.2; je mit Hinweisen).

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz wies den Eventualantrag der Beschwerdeführerin ab, die Angelegenheit zur Entscheidung über die Verlängerung des Baurechtsvertrages an die Gemeindeversammlung zurückzuweisen. Zur Begründung führte sie an, der Gemeinderat Dällikon sei gemäss der Kompetenzvermutung in Art. 22 Ziff. 3 der Gemeindeordnung der Gemeinde Dällikon vom 27. September 2009 (GO) und § 64 Ziff. 2 des Gemeindegesetzes vom 6. Juni 1926 (OS 49, 155; seit 1. Januar 2018: § 48 Abs. 3 des Gemeindegesetzes vom 20. April 2015) zur Nichtverlängerung des Baurechtsvertrages kompetent gewesen. Zwar sei gemäss Art. 15 Ziff. 7 GO die Gemeindeversammlung unter anderem für die Belastung von Grundstücken mit dinglichen Rechten im Wert von mehr als Fr. 800'000.- zuständig. Diese Bestimmung sei vorliegend jedoch nicht anwendbar, weil keine dingliche Belastung infrage stehe, sondern der Verzicht darauf. Der Gemeinderat habe mit seinem Vorgehen auch die Kompetenz der Gemeindeversammlung nicht untergraben, da über die weitere Verwendung der Parzellen das gemäss Gemeindeordnung zuständige Organ zu befinden haben werde. Zudem könne die Gemeindeversammlung bereits jetzt zum infrage stehenden Geschäft nicht nur durch Anträge des Gemeinderats, sondern auch durch Anfragen und Initiativen befasst werden (Art. 14 Ziff. 2 GO).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin wiederholt vor Bundesgericht bezüglich der Zuständigkeit des Bezirksrats Dällikon ihre bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebrachte Argumentation und bringt vor, die Vorinstanz habe die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung nur abgelehnt, weil sie fälschlicherweise ein Anfrage- und Initiativrecht der Beschwerdeführerin bejaht habe. Die Vorinstanz habe dabei verkannt, dass Anfragen und Initiativen die Stimmberechtigung voraussetzten, die weder die Beschwerdeführerin als juristische Person noch deren einzige Verwaltungsrätin und Geschäftsführerin mit Wohnsitz in Luzern hätten. Das angefochtene Urteil verletze insoweit Art. 97 Abs. 1 BGG , weil es auf offensichtlich unrichtigen entscheiderelevanten Feststellungen des Sachverhalts beruhe.

### **E. 2.3**

Da die Vorinstanz die Zuständigkeit des Gemeinderats mit der fehlenden Belastung von Grundstücken mit dinglichen Rechten im Sinne von Art. 15 Ziff. 7 GO begründete, hat der vorinstanzliche Hinweis auf die mögliche Befassung der Gemeindeversammlung mit Anfragen und Initiativen keine entscheiderehebliche Bedeutung. Demnach erübrigt sich diesbezüglich eine Sachverhaltskorrektur. Zudem ist insoweit entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin auch eine willkürliche Anwendung der Gemeindeordnung der Gemeinde Dällikon zu verneinen.

### **E. 3.1**

Gemäss dem in § 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2) verankerten Grundsatz zur sachlichen Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden werden öffentlich-rechtliche Angelegenheiten von den Verwaltungsbehörden und vom Verwaltungsgericht entschieden, während privatrechtliche Ansprüche vor den Zivilgerichten geltend zu machen sind. Entsprechend regelt die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO) das Verfahren vor den kantonalen Instanzen für streitige Zivilsachen ( Art. 1 lit. a ZPO ).

Ob im Sinne von § 1 VRG bzw. Art. 1 lit. a ZPO eine streitige Zivilsache oder eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit vorliegt, beurteilt sich - gleich wie die Frage, ob eine Zivilsache oder eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 72 Abs. 1 bzw. Art. 82 lit. a BGG vorliegt - nach der Rechtsnatur des Streitgegenstands. Dabei ist entscheidend, ob die Parteien Ansprüche des Bundeszivilrechts erheben und ebensolche objektiv streitig sind oder ob es sich um Ansprüche des öffentlichen Rechts handelt (Urteil 4A\_305/2017 vom 18. Januar 2018 E. 1.3, nicht publ. in: BGE 144 III 111 ; Urteil 1C\_382/2007 vom 24. April 2008 E. 1.2, nicht publ. in: BGE 134 I 229 ; je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 129 III 415 E. 2.1 S. 415; 128 III 250 E. 1a S. 252; 124 III 44 E. 1a; 123 III 346 E. 1a; 120 II 412 E. 1b S. 414; 101 II 366 E. 2a S. 368 f.; je mit Hinweisen).

Für die Abgrenzung von Privat- und öffentlichem Recht hat die Lehre mehrere Theorien (z.B. Interessen-, Funktions-, Subordinationstheorie) mit unterschiedlichen Abgrenzungskriterien entwickelt. Das Bundesgericht prüft in jedem Einzelfall, welches dieser Kriterien den konkreten Gegebenheiten am besten gerecht wird ( BGE 138 I 274 E. 1.2 S. 276). In Bezug auf Verträge steht die Funktionstheorie im Vordergrund. Danach gehört eine Norm zum öffentlichen Recht, wenn das von ihr gesteuerte Verwaltungshandeln unmittelbar der Besorgung von Verwaltungsaufgaben dient ( BGE 138 I 274 E. 1.2 S. 277). Ein dem öffentlichen Recht unterstehender, d.h. verwaltungsrechtlicher Vertrag zeichnet sich daher dadurch aus, dass er direkt die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Inhalt hat oder er einen öffentlichrechtlich normierten Gegenstand betrifft, wie zum Beispiel Erschliessungen, Enteignungen oder Subventionen. Dagegen liegt eine privatrechtliche Vereinbarung vor, wenn sich ein Gemeinwesen zum Beispiel durch Kauf- oder Werkverträge bloss die Hilfsmittel beschafft, die es zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf und dem Privaten dadurch nicht unmittelbar die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe übertragen wird ( BGE 128 III 250 E. 2b S. 253 f.; 134 II 297 E. 2.2 S. 301 mit Hinweisen). Entsprechend wird bezüglich des Vermögens eines Gemeinwesens unterschieden, ob es als Verwaltungsvermögen unmittelbar durch seinen Gebrauchswert oder als Finanzvermögen nur mittelbar durch den Ertrag der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient ( BGE 138 I 274 E. 2.3.2 S. 284 ; 143 I 37 E. 6.1 S. 40 ; 144 I 50 E. 6.2.1 S. 63; je mit Hinweisen). Die Verwaltung des Finanzvermögens erfolgt grundsätzlich privatrechtlich ( BGE 97 II 371 E. 3c S. 377 f.; 112 II 35 S. 37 E. 2 S. 37; Urteil 2C\_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.1 mit Hinweisen, in: ZBl 2015 S. 147).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz ging davon aus, die vom Gemeinderat beschlossene Nichtverlängerung des Baurechtsvertrages betreffe keine öffentlich-rechtliche Angelegenheit im Sinne von § 1 VRG, weshalb der Bezirksrat Dielsdorf die Beschwerdeführerin habe auf den Zivilrechtsweg verweisen dürfen. Zur Begründung brachte die Vorinstanz im Wesentlichen vor, der strittige Baurechtsvertrag sei zivilrechtlicher Natur, weil er nicht unmittelbar die

Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betreffe, sondern aus der Sicht der Beschwerdeführerin auf die gewinnorientierte Anlage des Finanzvermögens ausgerichtet sei, zu dem die beiden betroffenen Parzellen gehörten. Der Baurechtsvertrag diene trotz der Idee, mit einem günstigen und nicht indexierten Basislandwert Gewerbetreibenden eine stabile Basis für einen Unternehmensstart zu ermöglichen, nicht in erster Linie der Wirtschaftsförderung, weshalb offen bleiben könne, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein solcher Zweck dazu führen müsse, dem Vertrag öffentlichrechtlichen Charakter zuzuerkennen.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin stellt in ihrer Beschwerde nicht in Abrede, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Baurechtsvertrag zivilrechtlicher Natur ist, weil er gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen der gewinnorientierten Anlage des Finanzvermögens dient. Soweit sie diese Feststellungen in ihrer Replik kritisiert und dort geltend macht, der Vertrag diene in erster Linie der Wirtschaftsförderung, ist darauf nicht einzutreten. Da diese Rüge bereits vor Ablauf der Beschwerdefrist hätte erhoben werden können, ist nach der Rechtsprechung eine Beschwerdeergänzung auf dem Weg der Replik nicht statthaft ( BGE 135 I 19 E. 2.2 S. 21). Demnach durfte die Vorinstanz willkürfrei annehmen, der Baurechtsvertrag zwischen den Parteien sei privatrechtlicher Natur.

### **E. 4.1**

Sodann erwog die Vorinstanz, gemäss der Bundesgerichtspraxis sei das Ergebnis der verwaltungsinternen Willensbildung über den Vertragsabschluss nur als Verfügung zu behandeln, wenn der Vertrag der unmittelbaren Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Aufgabe diene oder bezüglich des Vertragsabschlusses ein spezifisches öffentlichrechtliches Regelwerk bestehe. Diese Voraussetzungen seien jedoch nicht gegeben, da die Gemeinde Dällikon keine öffentlichrechtliche Normierung der Baurechtsvergaben vorgesehen habe.

### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe in widersprüchlicher und damit willkürlicher Weise ein zulässiges Anfechtungsobjekt der Verwaltungsgerichtspflege im Sinne der Zweistufentheorie verneint. Demnach gehe gemäss gefestigter Lehre und Praxis den privatrechtlichen Willenserklärungen eines Gemeinwesens eine behördliche Beschlussfassung voraus, die als behördliche Verfügung aufzufassen sei. Dies gelte nicht für den impliziten Entscheid des Gemeinderats Dällikon über seine Zuständigkeit, sondern auch für seinen Beschluss auf Nichtverlängerung des Baurechtsvertrags. Würde mit der Vorinstanz angenommen, das von ihr vorausgesetzte spezifisch öffentlichrechtliche Regelwerk müsse keine Entscheidungsgrundlage enthalten, könnte § 117 Abs. 2 des Gemeindegesetzes des Kantons Zürich vom 20. April 2015 (GG; LS 131.1) als öffentlichrechtliches Regelwerk betrachtet werden, da er die Veräusserung von und die Investition in Finanzliegenschaften regle.

### **E. 4.3**

In der Lehre wird in Bezug auf privatrechtliche Verträge zum Teil zwischen den dem Zivilrecht unterstehenden Rechtswirkungen des Vertrages und der dem Vertragsschluss vorangehenden Willensbildung der Behörden bezüglich der Frage, ob, mit wem und worüber ein Vertrag abgeschlossen wird, unterschieden. Insoweit wird von der Zweistufentheorie gesprochen, die davon ausgeht, die interne Willensbildung werde mit

einer dem öffentlichen Recht unterstehenden Verfügung abgeschlossen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auf. 2016, S. 307 f. Rz. 1394 ff.; Urteil 2C\_314/2013 vom 19. März 2014 E. 1.1.2, in: ZBl 2015 147; 8C\_596/2017 vom 1. März 2018 E. 8.1; je mit weiteren Hinweisen). Die Zweistufentheorie wurde gesetzgeberisch ab gewissen Schwellenwerten in Bereichen des Submissionsrechts bzw. des öffentlichen Beschaffungswesens umgesetzt ( BGE 134 II 297 E. 2.1 S. 300 f. ; 131 I 137 E. 2.4 S. 141 f.; vgl. auch Urteil 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.2 mit Hinweisen). Lässt der Gesetzgeber unterhalb der Schwellenwerte die freihändige Vergabe von Aufträgen zu, folgt daraus gemäss der Rechtsprechung, dass diesbezüglich grundsätzlich kein förmlicher und in einem Rechtsmittelverfahren anfechtbarer Vergabungsentscheid zu ergehen hat ( BGE 131 I 137 E. 2.5 S. 142 f.). Das Bundesgericht hat es auch abgelehnt, die Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen analog auf die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen oder die Übertragung von Verfügungsrechten an Gegenständen des Finanzvermögens anzuwenden ( BGE 125 I 209 E. 6b S. 212 ff.; Urteil 2C\_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.1.3, in: ZBl 2014 153 f.). Es ging jedoch im Sinne der Zweistufentheorie von der Verfügungsqualität der behördlichen Verweigerung des Abschlusses eines privatrechtlichen Vertrags aus, wenn das öffentliche Recht einen Anspruch auf Vertragsschluss gewährt oder es eingehend regelt, unter welchen Voraussetzungen mit welchen Partnern ein solcher Vertrag einzugehen ist, weil dann die Zulässigkeit der Anfechtung einer Vertragsverweigerung ermöglicht, diese auf Übereinstimmung mit der spezifischen Regelung zu überprüfen (Urteil 2A.188/1990 vom 7. Dezember 1990 E. 4a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 112 Ib 128 E. 2b S. 130 f.; 105 Ib 126 E. 4 S. 133 ff.; 106 Ia 323 E. 3c S. 327). Spezifische Regeln über den Vertragsschluss bejahte das Bundesgericht beispielsweise im Bereich der Käsemarktordnung und der gestützt darauf erlassenen Grundsätze der Käsevermarktung, welche die Voraussetzungen der vertraglichen Bindung zwischen der Käseunion als Aktiengesellschaft und den Zwischenhändlern vorgaben ( BGE 101 Ib 306 E. 2 S. 308 ff.).

#### **E. 4.4**

Vorliegend regelt der von der Beschwerdeführerin angerufene § 117 Abs. 2 GG einzig die Zuständigkeit zur Veräusserung und den Erwerb von Finanzliegenschaften und bestimmt nicht, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Partnern die Gemeinden Baurechtsverträge abzuschliessen haben. Die Vorinstanz durfte daher willkürfrei davon ausgehen, die Gemeinde Dällikon habe - gleich wie der Kanton Zürich - keine spezifischen öffentlichrechtlichen Regeln bezüglich der Vergabe von Baurechten vorgesehen. Demnach fehlt bezüglich der strittigen Verweigerung der Vertragsverlängerung eine öffentlichrechtliche Regelung, welche gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Sinne der Zweistufentheorie eine im Verwaltungsverfahren anfechtbare Verfügung begründen könnte.

#### **E. 5.1**

Gemäss Art. 35 BV müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen (Abs. 1); wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Abs. 2). Die Frage, ob und inwieweit die Grundrechtsbindung gemäss Art. 35 Abs. 2 BV nicht nur bei der unmittelbaren Erfüllung staatlicher Aufgaben, sondern auch beim privatwirtschaftlichen bzw. gewinnorientierten Handeln von Gemeinwesen oder öffentlichrechtlichen Anstalten anwendbar ist, beantwortet die Rechtsprechung nicht einheitlich. So ging das Bundesgericht

davon aus, die Post nehme im Bereich der Wettbewerbsdienste keine "staatlichen Aufgaben" wahr, sondern erbringe vielmehr Dienstleistungen, die von jedem anderen Privaten auch erbracht werden könnten, weshalb insoweit eine Grundrechtsbindung gestützt auf Art. 35 Abs. 2 BV ausser Betracht falle ( BGE 129 III 35 E. 5.2 S. 40). Wenn die Post unmittelbar keine staatlichen Aufgaben wahrnehme und sie im Bereich der Wettbewerbsdienste gesetzlich gleichgestellt sei wie ihre private Konkurrenz, sei sie auch als selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts nicht gestützt auf Art. 35 Abs. 1 und 3 BV an die Grundrechte gebunden ( BGE 129 III 35 E. 5.3 S. 41). Dagegen nahm das Bundesgericht an, da den Bundesbahnen eine staatliche Aufgabe übertragen sei, seien sie auch im privatrechtlichen Tätigkeitsbereich an die Grundrechte gebunden ( BGE 136 II 489 E. 2.4 S. 492 f. mit Hinweisen). Ebenso bejahte es die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe im Sinne von Art. 35 Abs. 2 BV und damit die Verpflichtung, den Grundrechten angemessen Rechnung zu tragen, soweit die SRG ihren programmrechtlichen Auftrag durch den privatrechtlich bewirtschafteten Werbebereich finanziert ( BGE 139 I 306 E. 3.2.2 und 3.2.3 S. 311 f.). Sodann ging das Bundesgericht davon aus, die Zurverfügungstellung der Fahrzeuge der Verkehrsbetriebe Luzern als Werbeträger dürfe, auch dann, wenn das Gemeinwesen für diese Werbemethode in Konkurrenz zu anderen vergleichbaren Einrichtungen stehe, keinen diskriminierenden Schranken unterworfen werden, da dem Staat "privatautonome Willkür" nicht zustehe. Werde eine öffentliche Sache kommerziell genutzt, kollidiere das Gleichbehandlungsgebot allerdings mit dem Bedürfnis nach unternehmerischer Freiheit. Je mehr ein Interessent auf die Benützung der (direkt oder indirekt) vom Gemeinwesen betriebenen Einrichtung angewiesen sei, desto höhere Anforderungen seien an die sachliche Begründetheit von potentiell diskriminierenden Zulassungsschranken zu stellen. Je eher dagegen die privaten Interessenten auf andere Anbieter (bzw. auf andere geeignete Werbemöglichkeiten) ausweichen können, desto mehr Freiheit müsse dem öffentlichen Unternehmen bei der Wahl seiner Vertragspartner oder der zu erbringenden Leistungen zustehen ( BGE 127 I 84 E. 4c S. 89 ff. mit Hinweisen). In einem jüngeren Entscheid führte das Bundesgericht ebenfalls differenzierend aus, die von der Rechtsprechung bejahte Grundrechtsbindung des Gemeinwesens beim Entscheid über die Benützung öffentlicher Sachen oder des Verwaltungsvermögens gelte nicht gleichermassen für Entscheide über das Finanzvermögen; jedenfalls seien in diesem Bereich die Anforderungen an die Gleichbehandlung weniger streng (Urteil 2C\_314/2013 vom 19. März 2014 E. 5.4 mit Hinweisen, in: ZBl 2015 S. 149).

## **E. 5.2**

Namentlich unter Berufung auf die vorgenannte Rechtsprechung führte die Vorinstanz aus, zwar sei die Gemeinde auch bei der Verwaltung des Finanzvermögens an die Grundrechte gebunden, wobei in diesem Bereich die Anforderungen an die Gleichbehandlung weniger streng seien. Allein wegen der Grundrechtsbindung könne aber keine öffentlichrechtliche Rechtsgrundlage des privatrechtlichen Handelns einer Gemeinde angenommen werden. Den abweichenden Ansichten des Obergerichts des Kantons Schaffhausen und der Lehre, wonach der Abschluss der verwaltungsinternen Willensbildung bereits aufgrund der Grundrechtsbindung der Gemeinde oder ihrer Verpflichtung zum Handeln im öffentlichen Interesse eine Verfügung darstelle, könne nicht gefolgt werden. Zwar verlange die Rechtsweggarantie ( Art. 29a BV ) einen Rechtsschutz gegen Grundrechtsverletzungen beim Verzicht auf die Verlängerung des Baurechts. Dieser Rechtsschutz könne ungeachtet der in der Lehre und Rechtsprechung vorgebrachten Hinweise auf Unsicherheiten des zivilrechtlichen Rechtswegs durch die Zivilgerichte gewährleistet werden, da diese Rügen

der Grundrechtsverletzung überprüfen könnten. Das Rechtsschutzsystem im Bund und im Kanton Zürich sei so konzipiert, dass der Grundrechtsschutz in privatrechtlichen Angelegenheiten grundsätzlich von der Zivilgerichtsbarkeit durchzusetzen sei. So könne die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten vor Bundesgericht auch mit der Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG vorgebracht werden ( Art. 95 lit. a-c BGG ). Art. 25a Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG) und § 10c Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 (VRG) sähen den Erlass einer anfechtbaren Anordnung über einen Realakt nur vor, wenn sich dieser auf öffentliches Recht stütze. Der zivilprozessuale Rechtsschutz könnte sich allenfalls für Drittbetroffene als ungenügend erweisen. Im vorliegenden Fall stehe jedoch der Beschwerdeführerin als Vertragspartnerin der zivilrechtliche Weg offen, wobei die Parteien in Ziff. V/1 des Abänderungsvertrags vom 21. August 1984 für alle Streitigkeiten aus dem Baurechtsvertrag den Entscheid durch ein Schiedsgericht vereinbart hätten. Dass dieser Rechtsweg nicht zur Angemessenheitskontrolle führe, sei nicht entscheidend, da vorliegend nur die Frage zu prüfen sei, ob die gelockerte Grundrechtsbindung des Gemeinwesens beim privatrechtlichen Handeln respektiert worden sei. Da der zivilprozessuale Rechtsschutz vorliegend genüge, sei die zusätzliche Öffnung eines verwaltungsrechtlichen Rechtswegs unnötig.

### **E. 5.3**

Die Beschwerdeführerin lässt das vorinstanzliche Urteil insoweit unangefochten, als es im Bereich der Verwaltung des Fiskalvermögens von einer eingeschränkten Grundrechtsbindung des Gemeinwesens ausgeht. Sie macht jedoch geltend, zur Durchsetzung dieser Grundrechtsbindung genüge der zivilprozessuale Rechtsschutz der Rechtsweggarantie nicht, da gemäss der Lehre die Zivilgerichte bei Streitigkeiten zwischen Gemeinwesen und Privaten als Vertragsparteien öffentlichrechtliche Einschränkungen für das privatrechtliche Handeln des Gemeinwesens nicht ohne weiteres berücksichtigen könnten. Dies gelte im vorliegenden Fall um so mehr, als gemäss Ziff. V/1 des Abänderungsvertrages vom 21. August 1984 über die Streitigkeiten zwischen den Parteien "endgültig" ein privates Schiedsgericht zu entscheiden hätte. Bei diesem sei die Grundrechtsbeachtung fraglich, da private Schiedsrichter noch weniger als staatliche Zivilgerichte befähigt seien, tauglich über die strittige Grundrechtsfrage zu befinden. Der Rechtsschutz sei daher gemäss dem Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 9. November 2007 als "prekär" zu qualifizieren. Gegen das Schiedsurteil sei auch keine gewöhnliche Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG, sondern allein die Beschwerde nach Art. 389 bis 395 ZPO gegeben, die nur Rügen gemäss Art. 393 ZPO zulasse. Entgegen der Annahme der Vorinstanz könne daher gegen das Schiedsurteil die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gemäss Art. 95 lit. a bis c BGG nicht ohne weiteres geltend gemacht werden. Demnach habe die Beschwerdeführerin an der Beurteilung der Verweigerung einer Baurechtsverlängerung durch die Verwaltungsrechtspflege ein Rechtsschutzinteresse, das die Zulassung dieses Rechtsweges rechtfertige. Sofern das Bundesgericht nicht gemäss dem Hauptbegehren in der Sache selber entscheide, ob die Beschwerdegegnerin verpflichtet sei, das strittige Baurecht aufgrund des Rechtsgleichheitsgebots und des Willkürverbots zu verlängern, sei die Sache an den Bezirksrat Dielsdorf zum neuen materiellen Entscheid zurückzuweisen.

### **E. 5.4**

Zwar wird in der Lehre zum Teil angenommen, dem Zivilrichter werde die Überprüfung des Verwaltungshandelns auf Verfassungs- und Gesetzeskonformität weniger zugetraut als dem Verwaltungsrichter (RENÉ A. RHINOW, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, S. 295 ff., 313; vgl. auch PETER UEBERSAX, Privatisierung der Verwaltung, ZBl 2001 S. 393 ff., 410; KURT EICHENBERGER, Verwaltungsprivatrecht, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1985, S. 75 ff., 86). Auch wird die Meinung vertreten, die Zivilgerichte könnten im Streit zwischen öffentlicher Hand und Privaten als Parteien öffentlichrechtliche Einschränkungen für privatrechtliches Handeln des Gemeinwesens nicht ohne weiteres berücksichtigen (ARNOLD MARTI, in: Zürcher Kommentar ZGB, 3. Aufl. 1998, N. 203 zu Art. 6 ZGB ). Unter Berufung auf diese Lehrmeinungen ging das Obergericht des Kantons Schaffhausen davon aus, selbst wenn der Zivilrichter vorfrageweise prüfen könne, ob die von einem Gemeinwesen ausgesprochene Kündigung eines privatrechtlichen Vertrags aus öffentlichrechtlichen Gründen unzulässig sei, sei fraglich, ob die Zivilgerichte eine solche Prüfung vornehmen würden, wenn die Verwaltungsbehörden auf ein entsprechendes Rechtsmittel nicht eingetreten seien (OGer/SH Urteil Nr. 60/2007/32 vom 9. November 2007 E. 2b, ZBl 2008 S. 541 ff., 542). Dieser Meinung ist nicht zu folgen, da es zu den Aufgaben der Zivilgerichte gehört, bei der Beurteilung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse die Grundrechtsbindung des daran als Partei beteiligten Gemeinwesens zu berücksichtigen und durchzusetzen (WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], 2. Aufl. 2019, N. 17 zu Art. 25a VwVG ; IVO HANGARTNER, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002, S. 131 ff., 149 f.; DERSELBE, Öffentlich-rechtliche Bindungen privatrechtlicher Tätigkeit des Gemeinwesens, in: Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario Pedrazzini, 1990, S. 129 ff., 154 ff.; ALAIN GRIFFEL, in: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Alain Griffel, Hrsg., 3. Aufl. 2014, N. 10 zu § 19 VRG/ZH; vgl. auch Urteil 2C\_966/2018 und 2C\_967/2018 vom 29. Januar 2019 E. 3.6 mit Hinweisen). Zudem haben gemäss Art. 35 Abs. 3 BV die Behörden, darunter auch die Zivilgerichte, dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Den durch die unternehmerische Freiheit der Zürcher Gemeinden bei der Verleihung von Baurechten eingeschränkte Grundrechtsschutz ( BGE 127 I 84 E. 4c S. 90 f.) kann die kantonale Gerichtsorganisation den Zivilgerichten daher ohne Verstoss gegen übergeordnetes Recht übertragen. Demnach durfte die Vorinstanz einen ungenügenden Rechtsschutz durch die Zivilgerichte bzw. allenfalls ein an ihre Stelle tretendes Schiedsgericht verneinen, zumal damit die von der Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV verlangte Beurteilung durch eine richterliche Behörde mit voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle gewährt wird ( BGE 144 I 181 E. 5.3.2.1 S. 191; Urteil 8C\_596/2017 vom 1. März 2018 E. 5.2). Daran vermag nichts zu ändern, dass gemäss Art. 393 ZPO die Beschwerdegründe gegen Schiedssprüche eingeschränkt sind und mit der Zuständigkeit eines Schieds- oder Zivilgerichts die Vorteile der öffentlichen Rechtspflege bezüglich der teilweisen Kostenfreiheit und der Geltung der Untersuchungsmaxime entfallen (vgl. UEBERSAX, a.a.O., S. 412 f.). Demnach sind die Ausführungen der Beschwerdeführerin dazu, dass sie in einem ordentlichen Zivilverfahren als Aktiengesellschaft möglicherweise die unentgeltliche Rechtspflege beanspruchen könnte, nicht entscheidrelevant. Im Übrigen finden die entsprechenden Tatsachenbehauptungen im angefochtenen Urteil keine Stütze, weshalb sie als unzulässige Noven zu qualifizieren sind, zumal nicht erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gab ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

Aus den genannten Gründen versties die Vorinstanz nicht gegen die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV, wenn sie die Beschwerdeführerin in der Sache auf den Zivilrechtsweg verwies. Den Anträgen der Beschwerdeführerin, in der Sache zu entscheiden oder die Streitsache zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz oder den Bezirksrat zurückzuweisen, ist daher nicht stattzugeben.

#### **E. 6.1**

Gemäss § 65a Abs. 1 VRG legt das Verwaltungsgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Die Gebühr beträgt in der Regel 500 bis 50'000 Franken. Gestützt auf diese Regelung erhob die Vorinstanz eine Gerichtsgebühr von Fr. 10'000.--, wobei sie zur Bemessung ausführte, sie habe mitberücksichtigt, dass die Erledigung des Haupt- und Subeventualantrags ohne materielle Prüfung erfolgte, was aufgrund des Äquivalenzprinzips zu einer Herabsetzung der Gebühr führen müsse.

#### **E. 6.2**

Die kantonalen Gerichte verfügen bei der Festsetzung von Gerichtsgebühren über einen grossen Ermessensspielraum, der jedoch überschritten wird, wenn in Verletzung des Äquivalenzprinzips ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Gebühr und dem objektiven Wert der bezogenen Leistung besteht ( BGE 145 I 52 E. 5.2.4 S. 67 mit Hinweisen). Inwiefern ein solches Missverhältnis bestehen soll, zeigt die Beschwerdeführerin mit ihrem Einwand, die vorinstanzliche Gerichtsgebühr erscheine für die Erledigung des Haupt- und Subeventualantrags ohne materielle Prüfung als unangemessen hoch, nicht rechtsgenügend auf, zumal sich Grundrechtsfragen stellen (vgl. E. 1.3 hievor). Auf die bloss sinn gemäss erhobene Rüge der Verletzung des Äquivalenzprinzips ist daher nicht einzutreten.

#### **E. 7**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdegegnerin hat als Gemeinde keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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