

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00092 vom 29. April 2010

ZH Verwaltungsgericht, 2010-04-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2010.00092](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2010.00092)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00092 du 29 avril 2010

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00092 del 29 aprile 2010

## Regeste

Konzessionsgebühren | Konzessionsgebühren für Erdanker und Bodennägel. Legitimation der Beschwerdeführerin (E. 1.2). Der vorinstanzliche Rückweisungsentscheid kann vorliegend angefochten werden, da bei einer Gutheissung der Beschwerde das Verfahren erheblich verkürzt würde (E. 1.3). Es stand im Ermessen der Beschwerdeführerin, das Vorhaben als konzessionspflichtig anzusehen und eine Konzessionsgebühr zu verlangen (E. 4.1). Die kommunale Gebührenverordnung regelt nur die Gebühren für Permanentanker, nicht jedoch für Temporäranker (E. 4.3). Eine analoge Anwendung der für die Permanentanker geltenden Bestimmung verstiesse gegen § 231 Abs. 3 PBG und Art. 8 Abs. 1 BV (E. 4.4). Eine Verletzung der Gemeindeautonomie ist nicht ersichtlich (E. 4.6). Abweisung der Beschwerde.

## Erwägungen

### E. 3

Abteilung VB.2010.00092 Entscheid der 3. Kammer vom 29. April 2010 Mitwirkend: Abteilungspräsident Rudolf Bodmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Bea Rotach Tomschin, Verwaltungsrichter Lukas Widmer, Gerichtssekretär Markus Heer. In Sachen Stadt Winterthur, vertreten durch RA A, Beschwerdeführerin, gegen Genossenschaft C Ostschweiz, vertreten durch RA B, Beschwerdegegnerin, betreffend Konzessionsgebühren, hat sich ergeben: I. Die Genossenschaft C Ostschweiz plant, ein in der Zentrumszone Z4 gelegenes Areal zwischen der D-Strasse, der E-Strasse und der F-Strasse mit einem zweigeschossigen Einkaufszentrum sowie vier Mehrfamilienhäusern zu überbauen. Die Baugrube soll durch Erdanker mit einer Länge von insgesamt 2'084 Metern und durch Bodennägel mit einer Länge von insgesamt 516 Metern gesichert werden. Der Bauausschuss der Stadt Winterthur erteilte der Genossenschaft C Ostschweiz am 11. März 2009 die baurechtliche Bewilligung für die Erstellung der Baugrubensicherung mittels rückverankerter Rühlwand mit Erdankern und Nagelwand mit Bodennägeln sowie die Konzession für die Sondernutzung des öffentlichen Grundes. Im Sinn einer Auflage wurde ein vor Baubeginn beizubringender Grundbucheintrag verlangt, wonach die jeweiligen Eigentümer der Baugrundstücke dazu verpflichtet seien, bei Tiefbauarbeiten im Baulinienbereich und im öffentlichen Grund der E-Strasse sowie bei Tiefbauarbeiten im Strassenabstandsbereich und im öffentlichen Grund der F-Strasse die Baugrubensicherung ohne Entschädigung zu beseitigen bzw. den veränderten Verhältnissen anzupassen. Für die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes verrechnete der Bauausschuss in Disp.-Ziff. I F. seiner Verfügung folgende Konzessionsgebühren: Für die Erdanker Fr. 83'360.- (2'084 Meter à Fr. 40.-) und für die Bodennägel Fr. 10'320.- (516 Meter à Fr. 20.-). II. Die Genossenschaft C Ostschweiz rekurrierte am 14. April 2009 gegen die Höhe der

Konzessionsgebühren bei der Baurekurskommission IV und beantragte, dass Disp.-Ziff. I F. der Verfügung des Bauausschusses der Stadt Winterthur aufzuheben und die Sache an den Bauausschuss zur Festlegung einer angemessenen Konzessionsgebühr zurückzuweisen sei. Die Baurekurskommission IV hiess den Rekurs am 28. Januar 2010 gut, hob Disp.-Ziff. I F. der angefochtenen Verfügung auf und lud den Bauausschuss der Stadt Winterthur ein, die Konzessionsgebühren im Sinn der Erwägungen neu festzusetzen. III. Die Stadt Winterthur erhob gegen den Rekursentscheid der Baurekurskommission IV am 25. Februar 2010 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Genossenschaft C Ostschweiz. Die Baurekurskommission IV beantragte am 1. April 2010 die Abweisung der Beschwerde. Die Genossenschaft C Ostschweiz beantragte am 6. April 2010 ebenfalls die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Stadt Winterthur. Die Kammer zieht in Erwägung: 1. 1.1 Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) zur Behandlung der gegen einen Rekursentscheid der Baurekurskommission IV gerichteten Beschwerde zuständig. 1.2 Zur Beschwerde sind nach § 70 in Verbindung mit § 21 lit. b VRG eine Gemeinde, eine andere Körperschaft oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts berechtigt zur Wahrung der von ihr vertretenen schutzwürdigen Interessen, insbesondere wenn der Entscheid oder die Beachtung desselben in gleichartigen Fällen für die Gemeinde besondere finanzielle Auswirkungen hat. Die Beschwerdeführerin wehrt sich vorliegend für die richtige Anwendung ihres kommunalen Rechts. Damit ist sie ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert. 1.3 Mit dem Rekursentscheid der Baurekurskommission IV wurde die Sache zur Neufestsetzung der Konzessionsgebühren an die Beschwerdeführerin zurückgewiesen. Dabei handelt es sich um einen Zwischenentscheid. Zwischenentscheide sind nur anfechtbar, wenn sie für den Betroffenen einen Nachteil zur Folge haben, der sich später voraussichtlich nicht mehr beheben lässt (Abs. 2). Vorentscheide sind weiterziehbar, wenn dadurch sofort ein Endentscheid herbeigeführt und ein erhebliches Beweisverfahren erspart werden kann (Abs. 3). Während die in § 48 VRG nicht ausdrücklich genannten Rückweisungsentscheide nach früherer Praxis praktisch den Endentscheiden gleichgestellt wurden und deren Weiterziehbarkeit dementsprechend zumeist bejaht wurde (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 48 N. 16), sind sie nach neuerer, bereits gefestigter Rechtsprechung nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen von § 48 Abs. 2 oder 3 VRG erfüllt sind oder sich durch ihre direkte Anfechtung sonst Möglichkeiten einer erheblichen Verfahrenskürzung ergeben (RB 2002 Nr. 20; VGr, 11. Juli 2008, VB.2008.00232, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Da vorliegend bei einer Gutheissung der Beschwerde das Verfahren erheblich verkürzt würde, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Gemäss § 231 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) bedarf die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes mit Einschluss des Erdreichs und der Luftsäule zu privaten Zwecken je nach den Umständen einer Bewilligung oder Konzession (Abs. 1). Die Inanspruchnahme ist zu entschädigen, soweit sie nicht nach planungsrechtlichen Festlegungen und Bestimmungen vorgeschrieben oder erlaubt ist (Abs. 2). Bei der Bemessung der Entschädigung sind insbesondere das Ausmass, die Dauer der Beanspruchung, der wirtschaftliche Nutzen für den Konzessionär und allfällige Nachteile für das Gemeinwesen in billiger Weise zu berücksichtigen (Abs. 3). Die Gemeinden sind berechtigt, für die Beanspruchung ihres öffentlichen Grundes eine Gebührenordnung zu erlassen (Abs. 4). Gemäss Art. 13 Abs. 1 der Verordnung der Stadt Winterthur über die Gebühren im

Bauwesen (GebV) wird für die auf Dauer berechnete ausschliessliche Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes oder des darüber liegenden Luftraums (Sondernutzung) vom Stadtrat eine Konzession erteilt und eine Konzessionsgebühr festgesetzt. Die Konzessionsgebühren für die Erstellung von Erdankern im öffentlichen Grund betragen gemäss Art. 16 GebV Fr. 40.- pro Laufmeter. Der Gebührentarif im Anhang zur Sondergebrauchsverordnung des Kantons Zürich vom 24. Mai 1978 kann hilfsweise herangezogen werden (Art. 17 GebV).

### **E. 3.1**

Die Baurekurskommission IV führte in ihrem Rekursentscheid aus, bei der Erstellung von Erdankern und Bodennägeln sei zu unterscheiden, ob sie den öffentlichen Grund nur temporär oder permanent beanspruchten. Bei auf unbestimmte Zeit eingebauten und der Sicherung eines dauerhaften Bauwerks dienenden Permanentankern sei der Nutzen für den Konzessionär ungleich grösser als bei Temporärankern, die nach einer relativ kurzen, überblickbaren Zeitspanne ihre Funktion verlieren würden und bei Bedarf beseitigt werden könnten. Durch das Anwenden des Tarifs für dauernde Anlagen werde dem in § 231 Abs. 3 PBG verlangten Bemessungskriterium der Dauer der Beanspruchung überhaupt nicht und demjenigen des wirtschaftlichen Nutzens für den Konzessionär bzw. den allfälligen Nachteilen für das Gemeinwesen nur ungenügend Rechnung getragen. Zu verlangen sei, dass die Konzessionsgebühren für Temporäranker und -bodennägel deutlich tiefer angesetzt würden als für dauernde Anlagen. Dabei könne der Gebührentarif im Anhang zur kantonalen Sondergebrauchsverordnung herangezogen werden, welcher für provisorische Anlagen eine Halbierung der Gebühr vorsehe.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, Art. 16 GebV, welcher eine Gebühr von Fr. 40.- pro Laufmeter vorsehe, gelte grundsätzlich für auf Dauer angelegte Erdanker. In der Stadt Winterthur würden die Konzessionäre grundsätzlich nicht verpflichtet, Erdanker und Bodennägel nach Bauvollendung wieder zu entfernen. Wenn dem dennoch so sei oder der Bauherr die Erdanker von sich aus entferne, werde die Gebühr entsprechend reduziert. Es sei festzuhalten, dass kein Anspruch auf die Nutzung des öffentlichen Grundes bestehe. Wäre die Konzession nicht erteilt worden, hätte die Bauherrschaft die Baugrube mit aufwendigen, kostspieligen und den Baustellenbetrieb stark beeinträchtigenden Massnahmen sichern müssen. Der durch die Zulassung der Sicherungsmassnahmen entstehende wirtschaftliche Vorteil für die Bauherrschaft sei bereits aus diesem Grund ausgewiesen. Zudem sei auch der wirtschaftliche Nutzen für den Konzessionär, die Erdanker nach Bauvollendung nicht entfernen zu müssen, sehr gross. Weiter sei zu berücksichtigen, dass die Erdanker während fast zwei Jahren eine tragende Funktion erfüllten. Danach würden sie entspannt, verblieben jedoch im öffentlichen Grund. Hinzu komme, dass sich das Baugrundstück an einer sehr verkehrsgünstigen und teuren Lage befinde. Daneben sei der Ansatz von Fr. 40.- pro Laufmeter für Erdanker auch im Vergleich zu den Gebührenansätzen der Stadt Zürich nicht zu hoch. Es sei nicht gerechtfertigt, die kantonale Sondergebrauchsverordnung als Anhaltspunkt für die Festsetzung des Gebührentarifs heranzuziehen. So sei es fraglich, ob unter den in der Sondergebrauchsverordnung verwendeten Begriff der provisorischen Erdanker sowohl diejenigen Erdanker fielen, die nach Bauvollendung beseitigt würden, als auch jene, die nach Bauvollendung entspannt würden, jedoch im öffentlichen Grund verblieben. Hinsichtlich der Bodennägel sei für die Festsetzung der Gebühr die Intensität der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes, der Wert der an den öffentlichen Grund

angrenzenden Grundstücke sowie der Nutzen, den die Konzession für den Konzessionär habe, massgebend. Dabei erweise sich eine Gebühr von Fr. 20.- pro Laufmeter als gerechtfertigt.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, sie sei durch die streitbetroffene Verfügung zur Entfernung der Erdanker und Bodennägel verpflichtet worden. Diese Pflicht sei im Grundbuch angemerkt worden. Dennoch sei eine Reduktion der Gebühr nicht erfolgt, sondern der "Normalansatz für Permanentanker" ohne Pflicht zur Entfernung verfügt worden. Die Beschwerdeführerin habe die Funktionsdauer wie auch die im Grundbuch angemerkte Pflicht zur Entfernung der Erdanker und Bodennägel bei der Festsetzung der Konzessionsgebühren nicht berücksichtigt. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, dass Temporäranker, die nach Bauvollendung nicht entfernt würden, nicht als "provisorische Erdanker" im Sinn der kantonalen Sondergebrauchsverordnung gelten könnten, sondern als Erdanker, die eine bleibende tragende Funktion erfüllten, eingestuft werden müssten, treffe schliesslich offensichtlich nicht zu.

### **E. 4.1**

Die Baurekurskommission IV wirft im Beschwerdeverfahren zu Recht die Frage auf, ob die Beschwerdegegnerin für die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes für die Baugrubensicherung mit Erdankern und Bodennägeln überhaupt einer Konzession bedurfte. Bei der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes unterscheidet man zwischen dem schlichten Gemeingebrauch, dem gesteigerten Gemeingebrauch und der Sondernutzung. Gesteigerter Gemeingebrauch und Sondernutzung sind beides Nutzungsarten, die nicht gemeinverträglich sind. Die Unterscheidung zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung beruht einerseits auf der Intensität und andererseits auf der Dauer der Nutzung. Während der gesteigerte Gemeingebrauch bewilligungspflichtig ist, erfordert die Sondernutzung eine Konzession (Jaag, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 93/1992, S. 145 ff., 155). Da die Baugrubensicherung nur für die gemäss der Beschwerdegegnerin ca. 16 Monate dauernde Bauphase notwendig ist, liesse sich durchaus die Auffassung vertreten, es liege ein bewilligungspflichtiger gesteigerter Gemeingebrauch, nicht eine Sondernutzung vor. Indessen ist die Abgrenzung zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung fließend, weshalb es vorliegend nicht rechtsverletzend ist, sondern im Ermessen der Beschwerdeführerin stand, das Vorhaben als konzessionspflichtig anzusehen und für die Erteilung der Konzession eine Konzessionsgebühr zu verlangen.

### **E. 4.2**

Bei der Beurteilung der strittigen Konzessionsgebühren ist von der Verfügung der Beschwerdeführerin vom 11. März 2009 auszugehen. In dieser wurde die Beschwerdegegnerin verpflichtet, die Erdanker und Bodennägel nach Bauende zu entspannen. Zudem wurde die Konzessionserteilung für die Baugrubensicherung mittels Erdankern und Bodennägeln davon abhängig gemacht, dass die Beschwerdegegnerin vor Baubeginn eine Bestätigung des Grundbuchamts beibringen kann, welche im Sinn einer öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung den jeweiligen Eigentümer der vom Bauvorhaben betroffenen Grundstücke dazu verpflichtet, bei allfälligen Tiefbauarbeiten im Bereich der Grundstücke die Baugrubensicherung ohne Entschädigung zu beseitigen bzw. den veränderten Verhältnissen anzupassen. Daraus ergibt sich, dass die Erdanker und

Bodennägel nicht auf Dauer angelegt sind. Dies ist auch sachgerecht, da sie lediglich der temporären Sicherung der Baugrube während der Erstellung des Bauwerks dienen, während im Gegensatz dazu Permanentanker auf unbestimmte Zeit angelegt sind und der Sicherung des Bauwerks selbst dienen.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin stützte die umstrittene Gebühr für die Erdanker auf Art. 16 GebV. Strittig ist jedoch, ob Art. 16 GebV vorliegend direkt anwendbar ist. Unter dem Titel Konzessionsgebühren regelt Art. 13 Abs. 1 GebV als Grundsatz, dass für die auf Dauer berechnete ausschliessliche Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes eine Konzessionsgebühr festgesetzt wird. Aus der Systematik der Verordnung lässt sich schliessen, dass Art. 16 GebV für auf Dauer angelegte Erdanker gilt, die nicht mehr aus dem Erdreich entfernt werden. Dies gesteht auch die Beschwerdeführerin ein. Nicht geregelt ist hingegen die Gebührenbemessung für Temporäranker. Wenn die Beschwerdeführerin nun aber geltend macht, dass in der Stadt Winterthur die Konzessionäre nicht verpflichtet würden, die Erdanker nach Bauvollendung wieder zu entfernen bzw. dass im gegenteiligen Fall die Gebühr entsprechend reduziert werde, muss dies unbeachtlich bleiben. Massgebend ist nämlich einzig ihre Verfügung vom 11. März 2009, gemäss welcher lediglich die Konzession für Temporäranker erteilt wurde (vgl. dazu E. 4.2).

#### **E. 4.4**

Fehlt nun aber eine Regelung für die Gebührenbemessung bezüglich der Temporäranker, ist zu prüfen, ob Art. 16 GebV analog angewendet werden darf. Die Beschwerdeführerin versucht darzulegen, dass die nach Art. 16 GebV festgesetzte Gebühr in einem sinnvollen Verhältnis zum wirtschaftlichen Nutzen, den die Konzessionärin aus der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes ziehe, stehe. Sie verkennt dabei aber, dass § 231 Abs. 3 PBG vorschreibt, bei der Bemessung der Entschädigung für die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes weitere Kriterien zu berücksichtigen. Namentlich ist die Gebühr auch nach dem Ausmass und der Dauer der Beanspruchung des öffentlichen Grundes zu bemessen. Diese zusätzlichen Kriterien sind auch von Verfassungs wegen zu berücksichtigen. So wäre es mit der in Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) verankerten Rechtsgleichheit, wonach Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich etc. 2006, Rz. 495, mit Hinweisen), nicht vereinbar, wenn für temporär angelegte Erdanker der gleiche Gebührenansatz wie für Permanentanker verwendet würde. Demnach erweist sich auch eine analoge Anwendung von Art. 16 GebV als rechtsverletzend. Wie die Baurekurskommission IV zu Recht zum Schluss kam, ist vorliegend vielmehr ein deutlich reduzierter Gebührenansatz zu wählen. Dabei erweist sich als sachgerecht – wie von der Baurekurskommission vorgeschlagen und in Art. 17 GebV vorgesehen –, die kantonale Sondergebrauchsverordnung hilfsweise heranzuziehen. Diese sieht in Ziff. 1.2.3 des Gebührentarifs für provisorische Erdanker eine im Vergleich zu permanenten Erdankern um die Hälfte reduzierte Gebühr vor. Dass die vorliegend strittigen Erdanker bei einer Anwendung der kantonalen Sondergebrauchsverordnung als provisorische Erdanker gelten und vom reduzierten Ansatz profitieren würden, liegt dabei entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auf der Hand. Sie erfüllen nämlich keine tragende Funktion, was jedoch der kantonale Gebührentarif für die Verrechnung der vollen Gebühr voraussetzt.

#### **E. 4.5**

Bezüglich der Bodennägel sieht die kommunale Gebührenverordnung nicht explizit vor, wie die Gebühr zu bemessen ist. Wie die Beschwerdeführerin selber ausführt, ist die Beanspruchung des öffentlichen Grundes durch Bodennägel kleiner als durch Erdanker, da die Bodennägel über keine spezielle Verankerung verfügen. Wenn die Beschwerdeführerin deshalb für die Bodennägel den Gebührenansatz im Vergleich zu den Erdankern halbiert, ist dies mit § 231 Abs. 3 PBG und Art. 17 GebV vereinbar, wovon auch die Baurekurskommission IV ausgeht. Indessen wird die Beschwerdeführerin bei der Neubemessung der Gebühr für die Bodennägel von der neu errechneten Gebühr für die Erdanker ausgehen müssen.

#### **E. 4.6**

Die Beschwerdeführerin verweist schliesslich auf eine Verletzung der Gemeindeautonomie. Eine solche kann vorliegen, wenn eine Gemeinde in einem Sachbereich zu autonomer Rechtsetzung befugt ist und ihr die Autonomie in der Anwendung dieses Rechts beschnitten wird. So muss einer Gemeinde das Recht zukommen, die von ihr erlassenen Reglemente selber auszulegen. Das Bundesgericht nimmt eine Verletzung der Gemeindeautonomie an, wenn die für die Kontrolle der Anwendung von Gemeinderecht zuständigen Behörden dieses Recht willkürlich missachten. Entsprechend dürfen die kantonalen Behörden in einem Rekursverfahren nicht von einer vertretbaren Auslegung des kommunalen Rechts durch die Gemeindebehörden abweichen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1399). Nach § 231 Abs. 4 PBG sind die Gemeinden berechtigt, für die Beanspruchung ihres öffentlichen Grundes im Rahmen dieses Gesetzes eine Gebührenordnung zu erlassen. Dem ist die Beschwerdeführerin mit dem Erlass einer Verordnung über die Gebühren im Bauwesen nachgekommen (vorn E. 2.1). Wie dargetan, lässt sich jedoch Art. 16 GebV, der lediglich Gebühren für Permanentanker vorsieht, nicht analog auf Temporäranker anwenden und äussert sich diese Bestimmung zu Gebühren für Bodennägel überhaupt nicht (vorn E. 4.4 und 4.5). Entsprechend lässt sich eine andere Auslegung von Art. 16 GebV im vorliegenden Zusammenhang nicht vertreten. Eine Verletzung der Gemeindeautonomie liegt daher nicht vor.

#### **E. 4.7**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Baurekurskommission IV Disp.-Ziff. I F. der Verfügung der Beschwerdeführerin vom 11. März 2009 zu Recht aufgehoben hat. Demgemäss ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 5**

Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Ihr steht von vornherein keine Parteientschädigung zu. Hingegen ist sie zu verpflichten, eine solche der obsiegenden Beschwerdegegnerin zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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