

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00110 vom 8. September 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-09-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00110

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00110 du 8 septembre 2011

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00110 del 8 settembre 2011

Regeste

Konzessionsgebühren | Konzessionsgebühren: Beschwerde der Stadt Zürich gegen die von der Baudirektion für ein "Provisorium" anlässlich der Erneuerung der Konzession verfügte Nutzungsgebühr. Die Frage, ob die während der Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens eingetretene Veränderung der Rechtslage im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen ist, kann offen bleiben, da der neu formulierte § 17 GebV WWG an der materiellen Rechtslage nichts geändert hat (E. 2.5). Aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin während fünfzig Jahren die Dachauskragung für die Gebührenbemessung nicht berücksichtigt hat, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Nichtberücksichtigung der Dachauskragung bei der Gebührenbemessung offensichtlich im Widerspruch zu § 16 GebV WWG stehen würde und somit gesetzeswidrig wäre (E. 3.4). Eine gesetzeskonforme Anwendung von § 47 Abs. 2 WWG in Verbindung mit § 17 GebV WWG gebietet, dass der gestützt auf § 17 GebV WWG rechnerisch und in pauschaler Weise ermittelte Wert zwecks Wahrung des Äquivalenzprinzips zusätzlich nach den weiteren, in § 47 Abs. 2 WWG aufgezählten Bemessungskriterien überprüft und allenfalls angepasst wird (E. 5.4). Es war zulässig, dass die Beschwerdegegnerin die Erneuerung der Konzession zum Anlass nahm, ihre in der Vergangenheit auf die rechnerisch ermittelte Nutzungsgebühr gewährte Reduktion zu überprüfen (E. 5.5). Die Distanz zwischen der über die Limmat hineinragenden Bodenfläche und der Oberfläche der Limmat ist gering, der für die Öffentlichkeit entstehende Nachteil darf als gross bezeichnet werden. Unter Berücksichtigung der Mietzinseinnahmen für die Verkaufs- und Büroräumlichkeiten erweist sich die Nutzungsgebühr hinsichtlich des über die Limmat ragenden Bodens mit dem Äquivalenzprinzip im Einklang (E. 6.3.1). Indem die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz hinsichtlich der Dachauskragung, welche den Gemeingebrauch nur beschränkt beeinträchtigt, den gemäss § 17 GebV WWG rechnerisch ermittelten Wert nicht gestützt auf § 47 Abs. 2 WWG reduziert haben, haben sie das Äquivalenzprinzip verletzt (E. 6.3.2). Es ist gerechtfertigt, auf eine Rückweisung zu verzichten und die Nutzungsgebühr für die Dachauskragung um 50 % zu reduzieren (E. 7.2). Teilweise Gutheissung, im Übrigen Abweisung.

Erwägungen

E. 3

Abteilung VB.2011.00110 Urteil der 3. Kammer vom 8. September 2011 Mitwirkend: Abteilungspräsident Rudolf Bodmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Bea Rotach Tomschin, Ersatzrichter Mischa Morgenbesser, Gerichtsschreiber Cyrill Bienz. In Sachen Stadt Zürich, vertreten durch die Liegenschaftenverwaltung, diese vertreten durch RA A, Beschwerdeführerin, gegen Baudirektion Kanton Zürich, Beschwerdegegnerin, betreffend

Konzessionsgebühren, hat sich ergeben: I. Seit 1959 besteht in der Stadt Zürich beim Areal B ein im Eigentum der Stadt Zürich stehendes, die Limmat überstellendes Bürohaus mit Ladengeschäft (ehemaliges Provisorium C, nachfolgend Bürohaus). Am 3. Februar 1997 verlängerte die Baudirektion des Kantons Zürich (nachfolgend Baudirektion) die der Stadt Zürich zustehende wasserrechtliche Konzession für die Überstellung der Limmat durch das vorgenannte Bürohaus bis zum 31. Dezember 2010. Zur Berechnung der Nutzungsgebühr für die Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb der Limmat ging die Baudirektion von einer massgebenden Fläche von 193 m², von einem Landwert von Fr. 11'000.-/m² und von einem Zinssatz von 4,75 % aus. Ferner wurde auf die ermittelte Nutzungsgebühr eine Reduktion von 50 % gewährt. Die jährliche Nutzungsgebühr wurde im Ergebnis auf Fr. 50'421.25 (193 m² x Fr. 11'000.-/m² x 4,75 % x 0,5) festgesetzt. Mit Verfügung vom 29. September 2009 erteilte die Baudirektion der Stadt Zürich die wasserrechtliche Konzession, die wasserbaupolizeirechtliche Ausnahmegewilligung für die Unterschreitung des Mindestgewässerabstandes sowie die fischereirechtliche Ausnahmegewilligung, um das die Limmat überstellende Bürohaus bis zum 31. Dezember 2020 fortbestehen zu lassen (Disp.-Ziff. I). Zur Berechnung der Nutzungsgebühr ging die Baudirektion neu von einer massgebenden Fläche von 304 m², von einem Landwert von Fr. 16'200.-/m² und von einem Zinssatz von 3,50 % aus. Ferner verzichtete die Baudirektion auf eine Halbierung der Nutzungsgebühr. Die jährliche Nutzungsgebühr für die Inanspruchnahme von öffentlichem Gewässergebiet durch das mit Dispositiv-Ziffer I konzessionierte und bewilligte Bürohaus wurde somit auf Fr. 172'368.- (304 m² x Fr. 16'200.-/m² x 3,50 %) festgesetzt (Disp.-Ziff. VI). II. Gegen die von der Baudirektion verfügte Nutzungsgebühr in der Höhe von Fr. 172'368.- erhob die Stadt Zürich Rekurs an den Regierungsrat und beantragte eine Reduktion der Nutzungsgebühr auf Fr. 54'715.50 (193 m² x 16'200.-/m² x 3,50 % x 0,5). Der Regierungsrat wies den Rekurs am 22. Dezember 2010 ab. III. Gegen den Abweisungsentscheid des Regierungsrates erhob die Stadt Zürich am 10. Februar 2011 Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und erneuerte ihren Hauptantrag auf Reduktion der Nutzungsgebühr auf Fr. 54'715.50. Der Regierungsrat beantragte am 14. März 2011 unter Verweis auf die Akten die Abweisung der Beschwerde. Mit Eingabe vom 4. April 2011 beantragte auch die Baudirektion die Abweisung der Beschwerde. Mit Eingabe vom 18. April 2011 reichte die Stadt Zürich eine Vernehmlassung zur Eingabe der Baudirektion vom 4. April 2011 ein und erneuerte ihren Antrag auf Reduktion der Nutzungsgebühr. Die Kammer erwägt: 1. Gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) ist das Verwaltungsgericht für die vorliegende Beschwerde gegen den Entscheid des Regierungsrates zuständig. Da die Stadt Zürich durch die Anordnung wie eine Privatperson berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat, ist sie zur Beschwerde berechtigt (§ 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 lit. a VRG). Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. 2. 2.1 Oberflächengewässer wie Seen, Teiche, Flüsse und Bäche umfassen das Bett mit Uferböschungen, Vorländern und Dämmen einschliesslich des darin stehenden oder fliessenden Wassers, das darunter liegende Erdreich und die Luftsäule (§ 3 Abs. 1 des Wasserwirtschaftsgesetzes vom 2. Juni 1991, WWG). Den Gemeingebrauch beschränkende oder übersteigende Nutzungen der öffentlichen Gewässer, die dazu erforderlichen Bauten und Anlagen sowie deren Änderungen bedürfen je nach Art der Nutzung einer Konzession oder einer Bewilligung (§ 36 Abs. 1 WWG). Konzessionen und Bewilligungen zur Nutzung öffentlicher Gewässer dürfen nur erteilt werden, wenn sie weder öffentliche Interessen

erheblich beeinträchtigen noch die Rechte anderer Wassernutzungsberechtigter erheblich schmälern (§ 43 Abs. 1 WWG). Konzessionen und Bewilligungen werden mit den gebotenen Nebenbestimmungen verknüpft und in der Regel befristet (§ 44 WWG). Konzessions- und bewilligungspflichtige Nutzungen öffentlicher Gewässer sind gebührenpflichtig (§ 47 Abs. 1 WWG). Die Nutzungsgebühr bemisst sich nach Massgabe der eingeräumten Sondervorteile, namentlich des wirtschaftlichen Nutzens, der Art und Dauer der Konzession oder der Bewilligung, der für die Öffentlichkeit entstehenden Nachteile, des Verwendungszwecks, der Menge des beanspruchten Wassers sowie – bei der Inanspruchnahme der Gewässer – des Wertes angrenzender Grundstücke (§ 47 Abs. 2 Satz 1 WWG).

2.2 Die erstmalige Festsetzung der Gebühren im Einzelfall erfolgt in der Regel mit der Konzessionserteilung oder durch besondere Verfügung der Baudirektion (§ 2 der Gebührenverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz vom 21. Oktober 1992, GebV WWG). Die Gebühren für die Inanspruchnahme von öffentlichen Oberflächengewässern werden in den §§ 16–23 GebV WWG geregelt. Für die Gebührenberechnung ist diejenige Fläche massgebend, welche faktisch oder aufgrund von Abgrenzungseinrichtungen, wie Pfähle, Ketten, schwimmende Balken, Ufermauern, dem Gemeingebrauch weitgehend entzogen wird. Die beanspruchte Fläche wird in der Regel in der Konzession planlich festgelegt (§ 16 GebV WWG).

2.3 Zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 29. September 2009 lautete § 17 GebV WWG wie folgt: Für bewilligungspflichtige langdauernde und intensive Inanspruchnahmen, insbesondere zu baulichen Zwecken, ist eine jährliche Nutzungsgebühr in der Höhe des jeweils am 1. Januar geltenden Zinsfusses der Zürcher Kantonalbank für alte 1. Hypotheken für Wohnbauten, bezogen auf den Verkehrswert, zu entrichten. Der Verkehrswert richtet sich nach dem Verkehrswert anstossender oder rückliegender Grundstücke in der Bauzone und wird periodisch der Entwicklung angepasst. Die für die Gebührenerhebung massgebenden Verkehrswerte (heute Landwerte) wurden jeweils mit Baudirektionsverfügung angepasst. Letztmals wurden sie mit Baudirektionsverfügung Nr. 1442/2009 vom 11. August 2009 neu festgesetzt. Diese Anpassung der Landwerte erfolgte auf der Grundlage der Weisung des Regierungsrates an die Steuerbehörden über die Bewertung von Liegenschaften und die Festsetzung der Eigenmietwerte. Für die Berechnung der Nutzungsgebühr wird in der Stadt Zürich bei kommerzieller Nutzung der Landwert für die Lageklasse I, Bauland für Geschäftshäuser sowie für industrielle und gewerbliche Bauten, unbebaute Grundstücke, Geschäftshäuser, verwendet. Gestützt auf § 17 GebV WWG in der damals gültigen Fassung und gestützt auf die genannte Baudirektionsverfügung hat die Beschwerdegegnerin in der angefochtenen Verfügung einen für die Gebührenerhebung massgebenden Verkehrswert von Fr. 16'200.- und einen Zinssatz von 3,50 % angenommen.

2.4 Seit dem 1. Juni 2010 hat § 17 GebV WWG folgenden Wortlaut: Für bewilligungspflichtige lang dauernde und intensive Inanspruchnahmen, insbesondere zu baulichen Zwecken, ist eine jährlich festzusetzende Nutzungsgebühr zu entrichten. Diese berechnet sich aus dem Landwert multipliziert mit dem Zinssatz (§ 17 Abs. 1 GebV WWG). Der Landwert bestimmt sich nach der Weisung des Regierungsrates an die Steuerbehörden über die Bewertung der Liegenschaften und die Festsetzung der Eigenmietwerte. Massgebend für die Gebührenberechnung ist im Allgemeinen der Landwert der entsprechenden Gemeinde für die Lageklasse 1, Wohnbauland, unbebaute Grundstücke, Mehrfamilienhäuser und Stockwerkeigentum, und in der Stadt Zürich bei kommerzieller Nutzung der Landwert für die Lageklasse 1, Bauland für Geschäftshäuser sowie für industrielle und gewerbliche Bauten, unbebaute Grundstücke, Geschäftshäuser (§ 17 Abs. 2 GebV WWG). Der Zinssatz

bestimmt sich nach dem am 1. Januar geltenden Referenzzinssatz für Hypotheken gemäss Art. 12a der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990 (§ 17 Abs. 3 GebV WWG). 2.5 Die Frage, ob die während der Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens eingetretene Veränderung der Rechtslage im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen ist (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 52 N. 18), kann offenbleiben, da der neu formulierte § 17 GebV WWG an der materiellen Rechtslage nichts geändert hat. 2.5.1 Gemäss der Begründung des Regierungsrats zur Änderung der Gebührenverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz vom 14. April 2010 erlaubt der dynamische Verweis in § 17 GebV WWG in der seit dem 1. Juni 2010 gültigen Fassung, die massgebenden Landwerte anzupassen, ohne dass die Baudirektion wie bis anhin selbst noch eine Verfügung erlassen muss (ABl 2010, 785). Materiell hat sich somit in Bezug auf die Bestimmung der Landwerte nichts geändert, weshalb die während des Rechtsmittelverfahrens eingetretene Veränderung der Rechtslage unberücksichtigt bleiben kann. 2.5.2 Gemäss § 17 GebV WWG in der bis zum 31. Mai 2010 gültigen Fassung und gemäss Disp.-Ziff. VI der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 29. September 2009 richtet sich die Nutzungsgebühr nach dem jeweils am 1. Januar geltenden Zinssatz der Zürcher Kantonalbank (ZKB) für alte 1. Hypotheken für Wohnbauten. Seit 1. Januar 2008 gilt für Mietzinsanpassungen aufgrund von Änderungen des Hypothekenzinssatzes ein Referenzzinssatz (Art. 12a der Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen vom 9. Mai 1990, VMVG). Gemäss der Begründung des Regierungsrates zur Änderung der Gebührenverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz vom 14. April 2010 hat die Beschwerdegegnerin dieser Änderung bereits seit dem 1. Januar 2008 Rechnung getragen, indem sie der jährlichen Nutzungsgebühr gemäss § 17 GebV WWG den jeweils am 1. Januar geltenden Referenzzinssatz für Hypotheken gemäss Art. 12a VMVG zugrunde gelegt hat (ABl 2010, 785). Der in der angefochtenen Verfügung verwendete Zinssatz von 3,50 % entsprach denn auch dem am 1. Januar 2009 geltenden Referenzzinssatz für Hypotheken gemäss Art. 12a VMVG (gemäss Homepage des Bundesamtes für Wohnungswesen BAV belief sich der Referenzzinssatz gemäss Art. 12a VMVG ab dem 2. Dezember 2008 auf 3,50 %; www.bwo.admin.ch/themen/mietrecht/00282/00285/index.html?lang=de). Damit kann auch die mit Verwaltungsänderung vom 1. Juni 2010 eingetretene Änderung des zugrunde liegenden Zinssatzes im vorliegenden Verfahren unberücksichtigt bleiben.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass bei der Ermittlung der Nutzungsgebühr weiterhin von einer massgebenden Fläche von 193 m² anstelle von 304 m² auszugehen sei.

E. 3.2

In ihren früheren Verfügungen, zuletzt am 3. Februar 1997, ging die Beschwerdegegnerin von einer massgebenden Fläche von 193 m² aus. In der angefochtenen Verfügung vom 29. September 2009 erwog die Beschwerdegegnerin, bei der Bearbeitung des Gesuchs sei festgestellt worden, dass das Bürohaus eine grössere Gewässerfläche in Anspruch nehme als die Fläche, die bis anhin berücksichtigt worden sei (Auskragung des Daches sei nicht berücksichtigt worden). Die gebührenpflichtige Fläche betrage daher neu 304 m².

E. 3.3

Gemäss § 3 Abs. 1 WWG umfasst das Oberflächengewässer auch die Luftsäule. Gemäss § 16 GebV WWG ist bei der Inanspruchnahme von öffentlichen Oberflächengewässern für die Gebührenberechnung diejenige Fläche massgebend, welche faktisch oder aufgrund von Abgrenzungseinrichtungen, wie Pfähle, Ketten, schwimmende Balken, Ufermauern, dem Gemeingebrauch weitgehend entzogen wird. Die Luftsäule oberhalb der Limmat wird vorliegend einerseits durch den Boden und die darüber liegenden Geschosse (Erdgeschoss und 1. Obergeschoss) des Bürohauses und andererseits durch die Dachauskrugung des Bürohauses beeinträchtigt. Die in die Luftsäule oberhalb der Limmat hineinragende Bodenfläche beläuft sich auf 193,72 m² (korrekt gerundet: 194 m²), während in grösserer Höhe die Dachauskrugung weitere 110 m² in die Luftsäule oberhalb der Limmat hineinragt. Die Luftsäule oberhalb der Limmat wird somit im Umfang von 304 m² (gerundet) in Anspruch genommen, weshalb die Beschwerdegegnerin der Gebührenberechnung zu Recht eine massgebende Fläche von 304 m² zugrunde legen durfte.

E. 3.4

Aus dem Umstand, dass die Beschwerdegegnerin während fünfzig Jahren die Dachauskrugung für die Gebührenbemessung nicht berücksichtigt hat, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die Nichtberücksichtigung der Dachauskrugung bei der Gebührenbemessung offensichtlich in Widerspruch zu § 16 GebV WWG stehen würde und somit gesetzeswidrig wäre.

E. 4.1

Die für die Inanspruchnahme des Oberflächengewässers zu bezahlende Nutzungsgebühr bemisst sich gemäss § 16 und § 17 GebV WWG (sowohl in der bisherigen als auch in der aktuellen Fassung) nach der in Anspruch genommenen Fläche, deren Wert auf Basis des massgebenden Landwerts berechnet und mit dem massgebenden Zinssatz multipliziert wird (Fläche x Landwert x Zinssatz). Gestützt auf die in Anspruch genommene Fläche von 304 m², einen massgebenden Landwert von Fr. 16'200.-/m² und einen massgebenden Zinssatz von 3,50 % berechnete die Beschwerdegegnerin eine Nutzungsgebühr von Fr. 172'368.-.

E. 4.2

Wie bereits in Erwägung 3 dargelegt, durfte die Beschwerdegegnerin zu Recht von einer beanspruchten Fläche von 304 m² ausgehen. Ferner anerkennt die Beschwerdeführerin den massgebenden Landwert und den massgebenden Zinssatz (Anträge 2–4) und somit im Ergebnis die rechnerisch korrekte Ermittlung der Nutzungsgebühr.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie gestützt auf die bisherige Praxis der Beschwerdegegnerin Anspruch darauf habe, dass die rechnerisch ermittelte Nutzungsgebühr auf die Hälfte reduziert werde.

E. 5.2

Den sich bei den Akten befindlichen Verfügungen vom 9. Oktober 1981, vom 21. Oktober 1986, vom 2. Dezember 1991 und vom 3. Februar 1997 kann entnommen werden, dass der Beschwerdeführerin auf die rechnerisch ermittelte Nutzungsgebühr jeweils eine Reduktion um 50 % gewährt wurde. Während diese Reduktion in den drei erstgenannten Verfügungen nicht erläutert wurde, wird hierzu in der Verfügung vom 3. Februar 1997 ausgeführt, die bisherige Reduktion um 50 %, mit der berücksichtigt werde, dass mit der Baute lediglich

der Luftraum über der Limmat beansprucht werde, könne beibehalten werden. Dagegen hielt die Beschwerdegegnerin in der angefochtenen Verfügung vom 29. September 2009 fest, da gemäss der heutigen Gebührenpraxis für Auskragungen von Gebäuden (in beliebiger Höhe) ins öffentliche Gewässergebiet keine Reduktion mehr gewährt werden könne, entfalle die bisherige Halbierung der Nutzungsgebühr. Die Vorinstanz erwog, die Beschwerdegegnerin habe ihre bisherige Praxis betreffend die hier strittige, pauschale Ermässigung wegen blosser Beeinträchtigung des Luftraumes über dem öffentlichen Gewässer zu Recht überprüft und dabei festgestellt, dass diese mit Wortlaut, Sinn und Zweck von § 47 Abs. 2 WWG nicht oder nur bedingt vereinbar sei. Dementsprechend verzichte sie seither bei Erneuerungen von Konzessionen auf die Gewährung der entsprechenden Reduktion. Die Praxisänderung beruhe damit auf sachlichen Gründen bzw. auf einer dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechenden Auslegung und erfolge daher grundsätzlich. Das Interesse an der richtigen Anwendung von § 47 Abs. 2 WWG überwiege dasjenige an der Rechtssicherheit bzw. das Interesse der Beschwerdeführerin, die bisherige Gebührenbemessung und insbesondere die pauschale hälftige Reduktion der Nutzungsgebühr beizubehalten. Ein Verstoss gegen Treu und Glauben sei nicht erkennbar (Erwägung 8c der Vorinstanz).

E. 5.3

Aus den dem Verwaltungsgericht vorliegenden Akten ergibt sich nicht mit hinreichender Klarheit, ob es sich bei der in der Vergangenheit für blosser Beeinträchtigungen des Luftraums über dem öffentlichen Gewässer gewährten Gebührenreduktion auf die Hälfte um eine Gebührenreduktion handelte, welche nur der Beschwerdeführerin oder auch weiteren Konzessionärinnen gewährt wurde, die bloss den Luftraum oberhalb eines Oberflächengewässers in Anspruch genommen hatten. Die Frage kann ■ wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt ■ offenbleiben.

E. 5.4

Zu klären ist zunächst das Verhältnis zwischen der Gesetzesbestimmung von § 47 Abs. 2 WWG, wonach sich die Nutzungsgebühr nach Massgabe der eingeräumten Sondervorteile bemisst, und der Verordnungsbestimmung von § 17 GebV WWG (in der bisherigen und aktuellen Fassung), wonach sich die Nutzungsgebühr aus dem Landwert multipliziert mit dem Zinssatz berechnet. Die Gesetzesbestimmung umschreibt nicht nur den Kreis der Abgabepflichtigen und den Gegenstand der Abgabe, sondern stellt auch (detaillierte) Bemessungskriterien auf. Diese in § 47 Abs. 2 Satz 1 aufgezählten Bemessungskriterien konkretisieren das Äquivalenzprinzip, wonach die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert stehen muss, den die staatliche Leistung für den Abgabepflichtigen hat (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 2641 ff.). Aufgrund seiner Vollzugskompetenz (Art. 67 Abs. 2 der Kantonsverfassung, KV) durfte der Regierungsrat diese Bemessungskriterien in der Verordnung näher ausführen. Gemäss § 17 GebV WWG berechnet sich die Nutzungsgebühr aus dem massgebenden Landwert multipliziert mit dem massgebenden Zinssatz. Die vom Regierungsrat festgelegten Bemessungskriterien führen zu einer gewissen Pauschalisierung der Gebühr, da der Regierungsrat von den in § 47 Abs. 2 WWG aufgezählten Bemessungskriterien nur den Wert der angrenzenden Grundstücke berücksichtigt hat, während die übrigen Bemessungskriterien (wirtschaftlicher Nutzen, Art und Dauer der Konzession oder der Bewilligung, die für die Öffentlichkeit entstehenden Nachteile, der Verwendungszweck, die Menge des beanspruchten Wassers)

unberücksichtigt bleiben. Gegen die vom Regierungsrat vorgenommene Pauschalisierung ist prinzipiell nichts einzuwenden. Da Vollziehungsverordnungen des Regierungsrates jedoch das Gesetz nur weiterführen und insbesondere Rechte des Einzelnen nicht weiter einschränken dürfen (Isabelle Häner/Markus Rüssli/Evi Schwarzenbach [Hrsg.], Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich etc. 2007, Art. 67 N. 15), gebietet eine gesetzeskonforme Anwendung von § 47 Abs. 2 WWG in Verbindung mit § 17 GebV WWG, dass der gestützt auf § 17 GebV WWG rechnerisch und in pauschaler Weise ermittelte Wert zwecks Wahrung des Äquivalenzprinzips zusätzlich nach den weiteren in § 47 Abs. 2 WWG aufgezählten Bemessungskriterien überprüft und allenfalls angepasst wird.

E. 5.5

In der Vergangenheit, letztmals am 3. Februar 1997, gewährte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin auf die nach § 17 GebV WWG rechnerisch ermittelte Nutzungsgebühr eine Reduktion um 50 %, weil das Bürohaus der Beschwerdeführerin lediglich den Luftraum über der Limmat beansprucht. Gestützt auf das in § 47 Abs. 2 WWG verankerte Äquivalenzprinzip war die Beschwerdegegnerin damals somit der Auffassung gewesen, der Umstand, dass das Bürohaus bloss die Luftsäule oberhalb der Limmat beeinträchtigt, gebiete es, der Beschwerdeführerin eine Reduktion auf die rechnerisch ermittelte Nutzungsgebühr zu gewähren. Die mit Verfügung vom 3. Februar 1997 erteilte Konzession für die Überstellung der Limmat mit dem Bürohaus der Beschwerdeführerin wurde bis zum 31. Dezember 2010 befristet. Die Befristung der Konzession ermöglicht der Bewilligungsbehörde die laufende Neukontrolle der Zulassungsbestimmungen und die Neuanpassung an veränderte Verhältnisse oder an eine veränderte Verwaltungspraxis (Tomas Poledna, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, Rz. 291). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Beschwerdeschrift, Ziffer 2.1) war es deshalb ohne Weiteres zulässig, dass die Beschwerdegegnerin die Erneuerung der Konzession bis zum 31. Dezember 2020 zum Anlass nahm, ihre in der Vergangenheit auf die rechnerisch ermittelte Nutzungsgebühr gewährte Reduktion zu überprüfen. Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip im Abgaberecht (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2625b). Die Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Massnahme oder wie vorliegend einer Abgabe erfolgt dabei jeweils zu einem bestimmten Zeitpunkt. Da sich die Wertvorstellungen der Gesellschaft ständig ändern, liegt es in der Natur der Sache, dass Massnahmen und Abgaben, die in der Vergangenheit als unverhältnismässig abgelehnt wurden, heute als verhältnismässig erachtet werden oder umgekehrt. Es ist deshalb ohne Weiteres denkbar, dass die Beschwerdegegnerin in der Vergangenheit der Auffassung war, dass die Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb der Limmat nur eine geringe Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs darstellte, weshalb diesem Umstand im Rahmen der Verhältnismässigkeit durch eine Gebührenreduktion Rechnung zu tragen war; heute hingegen kann sie beispielsweise in Anbetracht der Verknappung des Bodens insbesondere im Zentrum der Stadt Zürich der Auffassung sein, dass die Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb der Limmat eine erhebliche Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs darstellt, weshalb eine generelle Gebührenreduktion nicht mehr gerechtfertigt ist. Es ist deshalb fraglich, ob im vorliegenden Fall überhaupt die Voraussetzungen einer Praxisänderung geprüft werden müssen oder ob es nicht ausreichen würde festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin bei der Anwendung des in § 47 Abs. 2 WWG verankerten Äquivalenzprinzips zum Ergebnis gelangte, dass die blosser Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb der Limmat nach heutigem Verständnis ■ im

Gegensatz zum Verständnis vor zehn Jahren ■ bereits eine erhebliche Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs darstellt, weshalb eine Reduktion der Nutzungsgebühr nicht mehr geboten ist (zur Frage, ob die Beschwerdegegnerin das Äquivalenzprinzip korrekt angewendet hat, siehe nachfolgende Erwägung 6).

E. 5.6

Jedenfalls aber wären die Voraussetzungen einer Praxisänderung vorliegend erfüllt: Nach der Rechtsprechung ist eine bisherige Praxis zu ändern, wenn sie als unrichtig erkannt oder wenn deren Verschärfung wegen veränderter Verhältnisse oder zufolge zunehmender Missbräuche für zweckmässig gehalten wird (BGE 130 V 490 E. 4.1). Sofern es tatsächlich eine allgemeine Praxis der Beschwerdegegnerin gab, bei der blossen Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb eines Oberflächengewässers ohne nähere Verhältnismässigkeitsprüfung eine Reduktion auf die Nutzungsgebühr zu gewähren (vgl. Erwägung 5.3), durfte die Beschwerdegegnerin zu Recht darauf erkennen, dass eine solche Praxis, mit welcher in allgemeiner Weise von § 17 GebV WWG abgewichen wurde, unrichtig gewesen war. Vorliegend überwiegt auch das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 513), da sich die Beschwerdeführerin von vornherein nicht auf die Rechtssicherheit berufen kann, weil die mit Verfügung vom 3. Februar 1997 verfügte Befristung der Konzession bis zum 31. Dezember 2010 der Beschwerdegegnerin gerade ermöglichen sollte, die Konzession an veränderte Verhältnisse oder an eine veränderte Verwaltungspraxis anzupassen (vgl. Erwägung 5.5). Da die Praxisänderung grundsätzlich erfolgt und auch kein Verstoss gegen Treu und Glauben festgestellt werden kann (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 514), würde sich die Praxisänderung als rechtens erweisen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sind die Voraussetzungen einer Praxisänderung vorliegend erfüllt (Beschwerdeschrift, Ziffer 2.3).

E. 5.7

Soweit die Beschwerdeführerin im Rahmen der von ihr gerügten Praxisänderung geltend macht, dass der Gemeingebrauch durch das Bürohaus nur in geringer Weise eingeschränkt werde (Beschwerdeschrift, Ziffer 2.2.), sich die Auskragung des Dachs in grosser Höhe befinde (Beschwerdeschrift, Ziffer 2.4) und das Bürohaus nur provisorischen Charakter habe (Beschwerdeschrift, Ziffer 2.5), ist diesen Einwänden bei der nachfolgenden Prüfung der Frage, ob die von der Beschwerdegegnerin verfügte Nutzungsgebühr vor dem Äquivalenzprinzip standhält, Rechnung zu tragen.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Nutzungsgebühr von Fr. 172'368.- gestützt auf das Äquivalenzprinzip reduziert werden müsse. Dies deshalb, weil das Bürohaus nur provisorischen Charakter habe (Beschwerdeschrift, Ziffer 2.5), weil sich die Auskragung des Dachs in grosser Höhe befinde und der Gemeingebrauch deshalb nur gering eingeschränkt werde und weil die veranlagte Gebühr in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Wert der staatlichen Leistung stehe. Wie bereits in Erwägung 5.4 ausgeführt, sind die Beschwerdegegnerin und die Rechtsmittelinstanzen verpflichtet, den gestützt auf § 17 GebV WWG rechnerisch und in pauschaler Weise ermittelte Wert zwecks Wahrung des Äquivalenzprinzips zusätzlich nach den weiteren in § 47 Abs. 2 WWG aufgezählten Bemessungskriterien zu überprüfen und allenfalls zu reduzieren.

E. 6.2

Soweit die Beschwerdeführerin der Auffassung ist, dass aufgrund des provisorischen Charakters des Bürohauses die Gebühr zu reduzieren sei, kann ihr von vornherein nicht gefolgt werden. Es erweist sich ohne Weiteres als zulässig, wenn die Vorinstanzen nach einem fünfzigjährigen Bestand des Bürohauses nicht mehr von einem Provisorium ausgehen. Es kann zudem offenbleiben, ob dem Charakter des Provisoriums nicht bereits durch die wiederkehrenden jährlich zu leistenden Gebühren genügend Rechnung getragen wurde. Ferner macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, es könne damit gerechnet werden, dass das bestehende Bürohaus noch während der neuen zehnjährigen Konzessionsdauer aufgehoben und einer anderen Nutzung zugeführt werde. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 20. November 2008 selber darum ersucht hat, ihr die Konzession bis zum 31. Dezember 2020 zu verlängern. Sie geht somit selber davon aus, dass sie die Luftsäule oberhalb der Limmat noch weitere zehn Jahre beanspruchen wird, weshalb auch aus diesem Grund nicht von einem provisorischen Charakter des die Limmat überstellenden Bürohauses auszugehen ist.

E. 6.3

Bei den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen der bloss eingeschränkten Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs und des offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Gebühr und Wert der staatlichen Leistung ist zwischen dem über die Limmat ragenden Boden und der über die Limmat hineinragenden Dachauskragung zu differenzieren.

E. 6.3.1

Die Distanz zwischen der über die Limmat hineinragenden Bodenfläche im Umfang von 193,72 m² und der Oberfläche der Limmat ist gering. Das Volumen unterhalb der genannten Bodenfläche ist für die Öffentlichkeit nicht oder nur erschwert zugänglich. Der für die Öffentlichkeit entstehende Nachteil darf als gross bezeichnet werden (vgl. § 47 Abs. 2 WWG), weshalb sich der diesbezügliche Einwand der Beschwerdeführerin für die Bodenfläche von 193,72 m² als unbegründet erweist. Zu prüfen ist, ob zwischen der Nutzungsgebühr und dem Wert der staatlichen Leistung ein Missverhältnis besteht: Mit der angefochtenen Verfügung vom 29. September 2009 wurde die Nutzungsgebühr pro Quadratmeter auf Fr. 16'200.- x 3,50 % festgesetzt, womit ein Quadratmeterpreis von Fr. 567.- resultiert. Gemäss aktuellen Ansätzen beläuft sich die Nutzungsgebühr sogar nur auf Fr. 458.70/m² (Fr. 16'680.- x 2,75 %). Der im Dossier beigelegten Fotografie lässt sich entnehmen, dass sich über dem in die Luftsäule der Limmat hineinragenden Boden des Bürohauses zwei Geschosse (Erdgeschoss und 1. Obergeschoss) befinden. Gemäss Stadtratsbeschluss vom 3. Juni 2009 ist das Erdgeschoss der Firma D vermietet, während das 1. Obergeschoss von städtischen Dienstabteilungen genutzt wird (Stadtpolizei und Amt für Städtebau). Sowohl Erdgeschoss als auch 1. Obergeschoss des Bürohauses gehören zum Finanzvermögen der Liegenschaftenverwaltung der Beschwerdeführerin. Für die Verkaufsräumlichkeiten im Erdgeschoss erhebt die Liegenschaftenverwaltung einen Mietzins von Fr. 466.30/m² /Jahr und für die Büroräumlichkeiten im 1. Obergeschoss einen Mietzins von Fr. 234.75/m² /Jahr bzw. von Fr. 270.-/m² /Jahr. Die die Limmat überragende Bodenfläche beläuft sich auf 193,72 m². Diese die Limmat überragende Bodenfläche ermöglicht es der Beschwerdeführerin, sowohl im Erdgeschoss als auch im 1. Obergeschoss zusätzliche Quadratmeter zu vermieten. Selbst wenn man die Annahme trifft, dass die Büroräumlichkeiten im 1. Obergeschoss ausschliesslich zu Fr. 234.75/m² /Jahr vermietet werden, resultiert pro Quadratmeter des die Limmat überstellenden Bodens ein

Erlös von Fr. 701.05/m²/Jahr (= Fr. 466.30/m²/Jahr + Fr. 234.75/m²/Jahr). Hierfür muss die Beschwerdeführerin eine Nutzungsgebühr von Fr. 567.-/m²/Jahr bzw. 458.70/m²/Jahr bezahlen. Nicht in Abzug zu bringen ist zudem die von den Aussenwänden des Bürohauses beanspruchte Fläche. Diese die Limmat überragende Fläche kann zwar nicht vermietet werden; da aber die sofort an die Limmat angrenzende Fläche nicht mit einer Aussenwand überstellt werden muss und sofort vermietet werden kann, resultiert auch aus der die Limmat überstellenden Aussenwand ein Erlös von Fr. 701.05/m²/Jahr. Damit erweist sich die Nutzungsgebühr ohne Weiteres als mit dem Äquivalenzprinzip im Einklang. Bei dieser Sachlage muss auch nicht die zwischen den Parteien umstrittene Frage geklärt werden, ob die Beschwerdeführerin in der Lage wäre, die von ihr vermieteten Räumlichkeiten zu einem höheren Mietzins zu vermieten oder nicht.

E. 6.3.2

Eine andere Beurteilung drängt sich in Bezug auf die Dachauskrragung auf: Die Dachauskrragung ragt oberhalb des 1. Obergeschosses des Bürohauses auf einer Fläche von 110 m² in die Limmat hinein. Die Vorinstanz erwog hierzu, das Dach krage lediglich in einigen Metern Höhe in die Limmat aus und beeinträchtige damit im Vergleich mit sich im oder direkt über der Wasseroberfläche befindenden Bauten den Gemeingebrauch nur beschränkt (Erwägung 9e). Ferner hat die Dachauskrragung im Gegensatz zur die Limmat überstellenden Bodenfläche für die Beschwerdeführerin keinen eigentlichen wirtschaftlichen Wert. Der der Beschwerdeführerin eingeräumte Sondervorteil, namentlich der wirtschaftliche Nutzen und die für die Öffentlichkeit entstehenden Nachteile (vgl. § 47 Abs. 2 WWG), darf deshalb als nicht besonders gross erachtet werden. In einem Urteil vom 30. März 2004 (VB.2004.00003 = RB 2004 Nr. 35) entschied der Einzelrichter des Verwaltungsgerichts, dass eine Konzessionsgebühr von Fr. 28'700.- für ein Sondernutzungsrecht zur Benützung des öffentlichen Luftraums für ein (an der Fassade unterhalb eines bestehenden Fassadenvorsprungs angebrachtes) Sonnenstorenelement des dort betriebenen Boulevardcafés, welches eine Teilfläche von 2,15m² beschlage, das Äquivalenzprinzip verletze. Der Einzelrichter schützte den vorinstanzlichen Entscheid der Baurekurskommission, welche die einmalige Konzessionsgebühr von Fr. 28'700.- auf Fr. 11'060.- reduziert hatte. In einem Urteil vom 19. August 2004 (VB.2004.00154 = RB 2004 Nr. 36) entschied die Kammer des Verwaltungsgerichts, dass eine Konzessionsgebühr von Fr. 214'000.- für ein Sondernutzungsrecht zur Benützung des öffentlichen Grundes durch Treppenstufen, welche die E-Strasse der Stadt Zürich im Umfang von 20,55 m² beanspruchen würden, das Äquivalenzprinzip verletze. Das Verwaltungsgericht schützte den Entscheid der Baurekurskommission, welche die Stadt Zürich angewiesen hatte, die Gebühr erheblich zu reduzieren. Gegen diesen Entscheid erhob die Stadt Zürich staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht, welche das Bundesgericht guthiess. Im Wesentlichen begründete das Bundesgericht die Aufhebung damit, die volle Gebühr würde sich nach Art. 6 des städtischen Reglements auf Fr. 751'500.- belaufen. Dieser Wert sei gemäss Art. 7 des Reglements auf 2/7 (abgerundet Fr. 214'000.-) reduziert worden, weil einerseits sieben Geschosse (inkl. Untergeschosse) zulässig wären und andererseits nur das Erdgeschoss beansprucht worden sei, das doppelt zähle. Mit dieser schematischen Reduktion sei dem Äquivalenzprinzip, wonach der Vorteil der Konzessionärin beschränkt sei, bereits genügend Rechnung getragen worden. Ferner erwog das Bundesgericht, die Sachlage betreffend Treppenstufen unterscheide sich wesentlich von dem vom Verwaltungsgericht angeführten Vergleichsfall eines Sonnenstorenkastens, der hoch über dem Boden angebracht sei. Dort sei es eher angezeigt, die Gebührenhöhe auch am Umfang

zu messen, in dem der Gemeingebrauch am beanspruchten öffentlichen Grund beschränkt werde (BGr, 1. Juni 2005, 1P.645/2004, E. 4.3 f.). Bei der vorliegend zu beurteilenden Dachauskragung wurde dem beschränkten Vorteil der Konzessionärin ■ im Gegensatz zum vom Bundesgericht beurteilten Fall betreffend Treppenstufen ■ noch durch keine Reduktion Rechnung getragen. Ferner kragt das Dach in einigen Metern Höhe in die Limmat aus und beeinträchtigt damit den Gemeingebrauch nur beschränkt. Dadurch, dass die Beschwerdegegnerin und die Vorinstanz den gestützt auf § 17 GebV WWG rechnerisch ermittelten Wert gestützt auf das in § 47 Abs. 2 WWG konkretisierte Äquivalenzprinzip nicht reduziert haben, haben sie das Äquivalenzprinzip verletzt.

E. 7.1

Hebt das Verwaltungsgericht die angefochtene Anordnung auf, so entscheidet es selbst (§ 63 Abs. 1 VRG). Das Verwaltungsgericht kann die Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweisen, insbesondere wenn mit der angefochtenen Anordnung nicht auf die Sache eingetreten oder der Tatbestand ungenügend festgestellt wurde (§ 64 Abs. 1 VRG). Die Rückweisung ist geboten, wenn sich die Kognition des Gerichts auf die Überprüfung von Rechtsverletzungen beschränkt und für den zu treffenden Neuentscheid Ermessen auszuüben ist. Auch in solchen Fällen ist die Rückweisung jedoch nicht zwingend, weil das Gericht im Fall des Neuentscheids ausnahmsweise über die Kompetenz zur Entscheidung von Ermessensfragen verfügt. Im Interesse der speditiven Streiterledigung sollte das Gericht nur bei schwierigen und voraussichtlich umstrittenen Ermessensfragen zurückweisen, es sei denn, es gehe um Ermessensfragen des kommunalen Rechts (Kölz/Bosshart/Röhl, § 64 N. 5).

E. 7.2

In der Vergangenheit hat die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin für die Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb der Limmat durch den Boden des Bürohauses eine Reduktion der Nutzungsgebühr um 50 % gewährt. Diese Reduktion erfolgte deshalb, weil die Beschwerdegegnerin entweder der Ansicht gewesen war, dass die Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb der Limmat durch den Boden des Bürohauses nur eine geringe Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs darstellte (vgl. Erwägung 5.5) oder weil die Beschwerdegegnerin auf die blosser Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb eines Oberflächengewässers ohne nähere Verhältnismässigkeitsprüfung eine Reduktion der Nutzungsgebühr gewährte (vgl. Erwägung 5.6). Vorliegend ergab die konkrete Verhältnismässigkeitsprüfung, dass auf die rechnerisch ermittelte Nutzungsgebühr, soweit es die Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb der Limmat durch den Boden des Bürohauses betrifft, keine Reduktion (mehr) zu gewähren ist; hingegen ist eine solche für die Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb der Limmat durch die Dachauskragung zu gewähren. Aufgrund des Verhaltens der Beschwerdegegnerin in der Vergangenheit, auf die Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb der Limmat durch den Boden eine Reduktion von 50 % zu gewähren, kann davon ausgegangen werden, dass im Fall einer Rückweisung die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin für die Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb der Limmat durch die Dachauskragung hierfür eine Reduktion von 50 % gewähren würde. Auch das Verwaltungsgericht ist der Auffassung, dass dem beschränkten Sondervorteil, welcher der Beschwerdeführerin durch die über die Limmat hineinragende Dachauskragung entsteht, durch eine Reduktion von 50 % Rechnung zu tragen ist. Aus diesem Grund ist es im Interesse der speditiven Streiterledigung gerechtfertigt, auf eine Rückweisung an die Beschwerdegegnerin zu verzichten und die für die Dachauskragung

rechnerisch ermittelte Nutzungsgebühr um 50 % zu reduzieren.

E. 7.3

Damit ergibt sich für die Inanspruchnahme der Luftsäule oberhalb der Limmat folgende Nutzungsgebühr: Die massgebende Fläche beträgt 304 m². Die Bodenfläche des Bürohauses beträgt korrekt gerundet 194 m² und die Fläche der Dachauskragung 110 m². Die Nutzungsgebühr für die in die Limmat hineinragende Bodenfläche beträgt gemäss § 17 GebV WWG Fr. 109'998.- ($194 \text{ m}^2 \times 16'200.-/\text{m}^2 \times 3,50 \%$). Die gemäss § 17 GebV WWG für die in die Limmat hineinragende Dachauskragung errechnete Nutzungsgebühr von Fr. 62'370.- ($110 \text{ m}^2 \times 16'200.-/\text{m}^2 \times 3,50 \%$) ist um 50 % auf Fr. 31'185.- zu reduzieren. Damit resultiert für die Beschwerdeführerin insgesamt eine Nutzungsgebühr von Fr. 141'183.-.

E. 8

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen. Im Übrigen ist sie abzuweisen. Die Kosten sind zu 3/4 der Beschwerdeführerin und zu 1/4 der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a VRG). Angesichts ihres überwiegenden Unterliegens hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (§ 17 Abs. 2 VRG).

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