

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00188 vom 22. August 2019**

ZH Verwaltungsgericht, 2019-08-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00188](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00188)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00188 du 22 août 2019

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00188 del 22 agosto 2019

## **Regeste**

Gebühren | Keine Befreiung einer Bundesanstalt von kommunalen Benutzungsgebühren  
Die temporäre exklusive Nutzung kommunalen öffentlichen Grundes für bauliche Sonderzwecke stellt bewilligungspflichtigen gesteigerten Gemeingebrauch dar (E. 2.3). Die ETH Zürich ist als Anstalt des Bundes nach Art. 62d RVOG von kantonaler und kommunaler Besteuerung befreit (E. 3). Der umstrittenen Benutzungsgebühr kommt weder insgesamt noch in Teilen Steuercharakter zu, sie ist klar unter dem Marktwert liegendes Entgelt für eine Gegenleistung, die gleichermassen von Privaten wie dem Gemeinwesen bezogen werden kann (E. 4). Kostenunabhängige Kausalabgaben sind vom Besteuerungsverbot nicht erfasst und dürfen von der ETH erhoben werden. Das Besteuerungsverbot vermittelt dem Bund und seinen Anstalten keinen Anspruch auf kostenlosen gesteigerten Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes von Kantonen und Gemeinden (E. 5). Die Gebühr stützt sich auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage (E. 6) und ist in ihrer Höhe nicht zu beanstanden (E. 7).

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Abteilung VB.2019.00188 Urteil der 3. Kammer vom 10. September 2020 Mitwirkend: Abteilungspräsident Rudolf Bodmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter André Moser, Verwaltungsrichterin Silvia Hunziker, Gerichtsschreiber Yannick Weber. In Sachen ETH Zürich, vertreten durch RA A, Beschwerdeführerin, gegen Stadt Zürich, vertreten durch den Stadtrat, dieser vertreten durch das Sicherheitsdepartement, Beschwerdegegnerin, betreffend Gebühren, hat sich ergeben: I. Mit Verfügung vom 16. Mai 2017 auferlegte die Stadtpolizei Zürich der Eidgenössischen Technischen Hochschule (ETH) Zürich eine Gebühr von insgesamt Fr. 1'207.50 für die exklusive temporäre Nutzung städtischen öffentlichen Grundes zu Bauzwecken während rund zweieinhalb Monaten. Der Stadtrat der Stadt Zürich wies eine dagegen erhobene Einsprache am 29. November 2017 unter Kostenaufgabe an die ETH Zürich ab. II. In der Folge liess die ETH Zürich an das Statthalteramt des Bezirks Zürich rekurrieren, welches den Rekurs mit Verfügung vom 14. Februar 2019 abwies und die Verfahrenskosten der ETH auferlegte. III. Mit Eingabe vom 18. März 2019 liess die ETH Zürich beim Verwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen, der Entscheid des Statthalteramts vom 14. Februar 2019 sei aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Stadt Zürich. Mit Stellungnahme vom 16. April 2019 beantragte die Stadt Zürich die Abweisung der Beschwerde und die Zusprechung einer Parteientschädigung zulasten der ETH. Das Statthalteramt verzichtete auf eine Vernehmlassung. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht ist gemäss § 41 Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom

24. Mai 1959 (VRG; LS 175.2) zur Beurteilung der Beschwerde zuständig. Angesichts des Streitwerts von Fr. 1'207.- wäre der Einzelrichter zum Entscheid berufen (§ 38b Abs. 1 lit. c VRG), aufgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Sache – zu entscheiden ist die Frage, ob sich die bundesrechtlich vorgesehene Befreiung der Eidgenossenschaft und ihrer Anstalten von kantonalen und kommunalen Steuern auch auf Benützungsgebühren für gesteigerten Gemeingebrauch erstreckt – ist diese jedoch von der Kammer zu behandeln (§ 38b Abs. 2 VRG).

2. 2.1 Nach § 231 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG; LS 700.1) bedarf die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes mit Einschluss des Erdreichs und der Luftsäule zu privaten Zwecken je nach den Umständen einer Bewilligung oder Konzession. Als Nutzung zu privaten Zwecken im Sinn von § 231 Abs. 1 PBG gilt dabei jede Nutzung des öffentlichen Grundes, welche nicht durch das Gemeinwesen, unter dessen Hoheit der öffentliche Grund steht, oder in dessen Auftrag erfolgt. Ob dafür eine Bewilligung oder Konzession erforderlich ist, entscheidet sich nach der Art, Intensität und Dauer der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes. Für die nicht mehr bestimmungsgemässe oder nicht gemeinverträgliche Nutzung des öffentlichen Grundes, den gesteigerten Gemeingebrauch, genügt eine Bewilligung, während die Sondernutzung, welche als nicht bestimmungsgemässe und nicht gemeinverträgliche Nutzung der öffentlichen Sache zum dauerhaften und oft auch vollständigen Ausschluss Dritter von deren ordentlichen Nutzung führt, eine Konzession voraussetzt (Tobias Jaag, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 93/1992, S. 145 ff., 155 f.).

2.2 In der Stadt Zürich steht die bestimmungsgemässe und gemeinverträgliche Benutzung des öffentlichen Grundes grundsätzlich jeder Person unentgeltlich zu (Art. 13 Abs. 1 der Allgemeinen Polizeiverordnung vom 6. April 2011 [APV; Amtliche Sammlung der Stadt Zürich 551.110]). Die vorübergehende Benutzung insbesondere zu gewerblichen, baulichen, privaten, gemeinnützigen oder politischen Sonderzwecken, die nicht bestimmungsgemäss oder nicht gemeinverträglich ist und andere Benutzungsberechtigte beeinträchtigt, ist hingegen bewilligungs- und gebührenpflichtig (Art. 13 Abs. 2 APV). Die Notwendigkeit einer Bewilligungspflicht für gesteigerten Gemeingebrauch einer öffentlichen Sache, wie sie das kommunale Recht vorsieht, ergibt sich aus dem Erfordernis, zwischen den verschiedenen Nutzungsarten Prioritäten zu setzen und diese zu koordinieren (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich 2016, Rz. 2285 und 2287). Nach Art. 9 der städtischen Verordnung über die Benutzung des öffentlichen Grundes vom 23. November 2011 (Benutzungsordnung; Amtliche Sammlung der Stadt Zürich 551.210) kann eine Bewilligung zur Benutzung des öffentlichen Grundes zu Bauzwecken ausgestellt werden, sofern der Bauherrschaft kein Privatgrund zur Verfügung steht.

2.3 Die Beschwerdeführerin nutzte den städtischen öffentlichen Grund bei der Tannenstrasse 7 in 8006 Zürich vom 1. April bis 19. Juni 2017 im Umfang von 69 m<sup>2</sup> exklusiv für bauliche Sonderzwecke. Dass diese temporäre Nutzung des städtischen Grundes gesteigerten Gemeingebrauch darstellte und daher einer Bewilligung bedurfte, stellt die Beschwerdeführerin nicht in Abrede. Eine solche war ihr denn auch erteilt worden. Vielmehr wendet sich die Beschwerdeführerin ausschliesslich gegen die ihr in diesem Zusammenhang auferlegte Gebühr in Höhe von Fr. 1'207.50.

2.4 Da es sich beim Verhältnis zwischen hoheitsberechtigtem Gemeinwesen und dem Benutzer einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch um eine dem öffentlichen Recht unterstehende Rechtsbeziehung handelt, ist das vom Benutzer für den gesteigerten Gemeingebrauch geschuldete Entgelt eine öffentliche Abgabe und keine privatvertragliche Forderung (André W. Moser, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Bern 2011, S. 262). Über deren Rechtmässigkeit ist

im Folgenden zu befinden.

### **E. 3.1**

Die Eidgenossenschaft sowie ihre Anstalten, Betriebe und unselbstständigen Stiftungen sind von jeder Besteuerung durch die Kantone und Gemeinden befreit; ausgenommen sind Liegenschaften, die nicht unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen (Art. 62d des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG; SR 172.010]). Diese Bestimmung entspricht unverändert dem vormaligen Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1934 über die politischen und polizeilichen Garantien zugunsten der Eidgenossenschaft (Garantiegesetz, GarG; BS 1 152, Fassung dieser Bestimmung gemäss AS 1977 2249 [aufgehoben per 1. Dezember 2003]). Bereits der Vorgängererlass vom 23. Dezember 1851 (AS III 33) hatte die Befreiung des Bundes von direkten Steuern der Kantone vorgesehen, um dessen Vermögen davor zu bewahren, durch kantonale Steuern "bedeutenden Abbruch zu erleiden" (BBl 1851 III 247 ff., 251 f.). Die Steuerbefreiung des Bundes sollte demnach dazu dienen, den Bestand des öffentlichen Zwecken dienenden Bundesvermögens vor Eingriffen durch kantonale Abgaben zu schützen. Im Jahre 1977 wurde die Steuerbefreiung des Bundes allgemeiner gefasst und auch auf indirekte Steuern erweitert. Die Botschaft begründete diesen Schritt damit, dass die gegenseitige Besteuerung der verschiedenen Hoheitsträger kein taugliches Mittel zur Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs sei (BBl 1977 I 789 ff., 803). Bei der Übernahme der Regelung von Art. 10 Abs. 1 GarG in Art. 62d RVOG entschied sich der Gesetzgeber für eine unveränderte Weiterführung der Norm (vgl. BBl 2001 S. 3615 sowie Thomas Sägesser, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, Kommentar, Bern 2007, Art. 62d N. 1); auf redaktionelle Klarstellungen insbesondere bezüglich der Praxis betreffend Liegenschaften, die nicht unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen, wurde damit verzichtet (vgl. BGE 130 I 96 E. 3.3 sowie Marco Greter/Alexander Greter in: Martin Zweifel/Michael Beusch [Hrsg.], Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG], Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, 3. A., Basel 2017, Art. 23 N. 5).

### **E. 3.2**

Die ETH Zürich ist nach Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössischen Technischen Hochschulen vom 4. Oktober 1991 (ETH-Gesetz; SR 414.110) eine autonome öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes mit eigener Rechtspersönlichkeit und demzufolge nach Art. 62d RVOG von kantonaler und kommunaler Besteuerung befreit. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die umstrittene Abgabe falle unter dieses Besteuerungsverbot; die Beschwerdegegnerin geht hingegen davon aus, dass Art. 62d RVOG deren Erhebung nicht ausschliesse.

### **E. 4.1**

Bei der Bestimmung der Tragweite des Besteuerungsverbots nach Art. 62d RVOG ist zunächst die in Lehre und Rechtsprechung vorgenommene Unterscheidung zwischen Steuern und Kausalabgaben bedeutsam: Während der Bund von der Entrichtung von Steuern befreit ist, gilt dieser Grundsatz nicht bzw. nur eingeschränkt für die Entrichtung von Kausalabgaben (Adrian Hungerbühler, Grundsätze des Kausalabgabenrechts, ZBl 104/2003 S. 505 ff., 507 f.; Daniela Wyss, Kausalabgaben, Basel 2009, S. 10; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 57 N. 6; René Wiederkehr, Kausalabgaben, Bern 2015, S. 5 f.; Sägesser, Art. 62d

N. 5 ff. bzw. 10 ff.). Soweit die umstrittene Abgabe als Steuer zu qualifizieren wäre, dürfte sie demnach gegenüber der Beschwerdeführerin grundsätzlich nicht erhoben werden, jedenfalls soweit die Liegenschaft, für deren Umbau temporär öffentlicher Grund beansprucht wird, öffentlichen (bzw. hier: anstaltsbetrieblichen) Zwecken dient.

#### **E. 4.2**

Steuern sind Geldleistungen, die dem Gemeinwesen von Gesetzes wegen gegenleistungslos geschuldet werden und die zumindest im Nebenzweck der Deckung des öffentlichen Finanzbedarfs dienen (Markus Reich, Steuerrecht, 3. A., Zürich 2020, § 2 N. 1 mit Hinweisen). Sie unterscheiden sich dadurch von den Kausalabgaben, dass erstere unabhängig vom konkreten Nutzen oder Verursacheranteil der steuerpflichtigen Person geschuldet sind, letztere dagegen stets auf einem persönlichen Verpflichtungsgrund beruhen und meist das Gegenbild einer staatlichen Leistung zugunsten des pflichtigen Individuums oder das Entgelt für einen besonderen Vorteil darstellen (BGE 140 I 176 E. 5.2). Kausalabgaben knüpfen an die im Privatrecht geläufige Vorstellung des Leistungsaustauschs (Synallagma) an: Für Leistungen, die der Staat erbringt, soll der ihrem Wert entsprechende Preis bezahlt werden (Peter Karlen, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich etc. 2018, S. 429).

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

Eine öffentliche Abgabe wird als Gemengsteuer bezeichnet, wenn sie zwar an eine individuell zurechenbare staatliche Leistung anknüpft, ihr jedoch nur teilweise Entgeltcharakter und im weiteren Umfang echte Steuerfunktion zukommt, weil ihre Höhe nicht vollständig durch Kostendeckungs- und Äquivalenzüberlegungen gerechtfertigt ist (Reich, § 2 N. 19). Für einen Teil des vereinnahmten Betrages erfolgt also keine Gegenleistung (Helen Keller/Matthias Hauser, Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimalenkungsabgabe: Funktion und Tragweite des Verfassungsvorbehalts im Abgaberecht, AJP 2009 S. 803 ff., 807). Das Bundesgericht entschied in einer dieselben Parteien betreffenden Streitigkeit unter der Geltung der alten Fassung von Art. 10 GarG, welche noch keine Befreiung des Bundes von indirekten Steuern vorsah, dass eine Konzessionsgebühr nur insoweit als (indirekte) Steuer zu qualifizieren wäre, als sie den Rahmen eines Entgeltes für die Beanspruchung der öffentlichen Sache überschreiten sollte (BGE 99 Ib 225 E. 4b). Der genannte Entscheid liess offen, ob in der konkreten Gebühr teilweise ein Steuerbetrag zu erblicken sei, weil indirekte Steuern dannzumal nicht vom Besteuerungsverbot erfasst waren. Indessen ist er für die Auslegung von Art. 62d RVOG bedeutsam, weil daraus im Allgemeinen geschlossen werden kann, dass das – sich nunmehr auf alle Arten von Steuern erstreckende – Besteuerungsverbot der Erhebung jenes Teils einer Gemengsteuer entgegensteht, dem echte Steuerfunktion zukommt. Dasselbe ergibt sich auch aus Sinn und Zweck des Besteuerungsverbots, welches die Erhebung jeder Steuer zulasten des Bundes ausschliesst: Eine Steuer in Verbindung mit einer Kausalabgabe erheben zu dürfen, liefe diesem zuwider, weshalb der Bund bei Gemengsteuern von der Bezahlung der Steuerkomponente – nicht aber vom Gebührenteil – befreit ist (ebenso zu Art. 10 GarG Peter Locher, Zur Auslegung der Steuerbefreiungsnorm von GarG 10, in: Peter Ruf/Roland Pfäffli [Hrsg.], Festschrift 100 Jahre Verband bernischer Notare, Langenthal 2003, S. 559 ff., 573; Sägesser, Art. 62d N. 10 ff.; vgl. auch BGE 121 II 138 E. 4d).

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

Bei einer als Entgelt für die Benützung öffentlichen Grundes im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs zu entrichtenden Abgabe handelt es sich um eine Benutzungsgebühr. Diese ist nicht voraussetzungslos geschuldet, sondern knüpft an eine vom Gesuchsteller angebehrte, über den schlichten Gemeingebrauch hinausgehende Beanspruchung öffentlichen Grundes an und wird nach Massgabe der tatsächlichen Benützung erhoben (so denn auch die Vorgabe von § 231 Abs. 3 PBG). Benutzungsgebühren für die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes werden zwar grundsätzlich kostenunabhängig erhoben und sind nicht dem Kostendeckungsprinzip – wohl aber dem Äquivalenzprinzip – unterworfen. Soweit die abzugeltende Leistung einen Marktwert aufweist oder die Abgabepflichtigen ohne Weiteres auf einen privaten Anbieter ausweichen können, bedarf die Höhe der Abgabe dennoch keiner formell-gesetzlichen Grundlage, weil deren Begrenzung wirksam mittels des Äquivalenzprinzips vorgenommen werden kann (zum Ganzen Moser, S. 263 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, § 59 N. 11; René Wiederkehr/Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. II, Bern 2014, Rz. 711; BGE 143 II 283 E. 3.7.2 f.; vgl. auch VGr, 26. August 2010, VB.2010.00323, E. 4.2 f.). Das Äquivalenzprinzip kann in solchen Fällen zugleich zur Feststellung herangezogen werden, ob eine Abgabe noch als Entgelt für eine individuell zurechenbare staatliche Leistung und diese damit insgesamt als Kausalabgabe gelten kann (vgl. Wyss, S. 28 f.) oder ob der Abgabe – soweit dies im Bereich solcher Benutzungsgebühren überhaupt denkbar ist – in Teilen Fiskalcharakter zukommt und sie deshalb als Gemengsteuer qualifiziert werden müsste. Übersteigt die Höhe der Abgabe den im konkreten Fall bestimmaren Marktwert der staatlichen Gegenleistung massgeblich, so könnte der Abgabe im überschüssenden Betrag Steuercharakter zukommen. Andernfalls kommt der Abgabe lediglich eine Ausgleichsfunktion zu, indem sie sicherstellt, dass derjenige, der öffentlichen Grund benutzt, nicht bessergestellt wird als jener, der privaten Grund nutzt und dafür bezahlen muss (vgl. Peter Karlen, Konzessionsabgaben, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Die Konzession, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 73 ff., 77).

#### **E. 4.2.2.1**

Gemäss § 229 Abs. 1 PBG ist jeder Grundeigentümer berechtigt, Nachbargrundstücke zu betreten und vorübergehend zu benutzen, soweit es, Vorbereitungshandlungen eingeschlossen, für die Erstellung, die Veränderung oder den Unterhalt von Bauten, Anlagen, Ausstattungen und Ausrüstungen nötig ist und soweit dadurch das Eigentum des Betroffenen nicht unzumutbar gefährdet oder beeinträchtigt wird. Dieses sogenannte Hammerschlags- und Leiterrecht ist möglichst schonend und nur gegen volle Entschädigung auszuüben (§ 229 Abs. 2 PBG). Die Beschwerdeführerin hat somit nach kantonalem Recht einen Anspruch auf vorübergehende Nutzung benachbarter Grundstücke Privater, welche diesen voll zu entschädigen ist. Die temporäre Zurverfügungstellung einer Fläche für bauliche Zwecke ist demnach eine Leistung, welche gleichermassen von Privaten und dem Gemeinwesen bezogen werden kann. Als solcher kommt ihr ein bestimmbarer wirtschaftlicher Nutzen und ein Marktwert zu (vgl. BGr, 1. Juni 2005, 1P.645/2004, E. 3.4; vgl. ferner Felix Uhlmann, Kriterien der Bemessung von Kausalabgaben in der Praxis, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Kausalabgaben, Zürich 2015, S. 87 ff., 89 f.). An diesem Marktwert lässt sich die Gebührenhöhe nach dem Äquivalenzprinzip messen.

#### **E. 4.2.2.2**

Nach der Rechtsprechung des Baurekursgerichts zu § 229 Abs. 2 PBG berechnet sich die Entschädigung für die Inanspruchnahme des Hammerschlags- und Leiterrechts grundsätzlich nach der Dauer der Beanspruchung, dem Verkehrswert des beanspruchten Landes und nach dem aktuellen Zinssatz der Zürcher Kantonalbank für 1. Hypotheken (BEZ 2016 Nr. 40 E. 4.2; vgl. auch Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. A., Wädenswil 2019, S. 698 f.). Der Wert des eingeräumten Rechts bestimmt sich damit grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls, teils wird allerdings auch pauschal ein Preis von Fr. 15.- pro Monat und Quadratmeter genannt (Dominik Bachmann, Das Hammerschlagsrecht, PBG aktuell 4/2014, S. 23 mit Hinweisen). Die der Beschwerdeführerin in Rechnung gestellten Fr. 1'207.50 errechneten sich aus der Dauer des gesteigerten Gemeingebrauchs der städtischen Fläche von 69 m<sup>2</sup> zu Bauzwecken und dem gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c der Gebührenordnung zur Verordnung über die Benutzung des öffentlichen Grundes vom 23. November 2011 (Benutzungsgebührenordnung; Amtliche Sammlung der Stadt Zürich 551.211) anwendbaren Tarif von Fr. 7.- pro Monat und Quadratmeter. Dieser weicht nur geringfügig vom Tarif von Fr. 6.- pro Monat und Quadratmeter ab, den die Sondergebrauchsverordnung vom 24. Mai 1978 (SGV; LS 700.3) für die Nutzung kantonalen öffentlichen Grundes zu Bauzwecken in Bauzonen vorsieht (Anhang Ziff. 2.1). Hätte die Beschwerdeführerin für die Ausführung der Bauarbeiten an der Tannenstrasse nicht öffentlichen, sondern privaten Grund genutzt, so hätte sie dafür angesichts des notorischen Verkehrswerts von Grundstücken in der Stadt Zürich an vergleichbarer Lage eine deutlich höhere Entschädigung leisten müssen. Der Tarif von Fr. 7.- pro Monat liegt damit klar unter dem Marktwert der Gegenleistung, welche die Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin erhielt. Eine Qualifikation der umstrittenen Abgabe als Gemengsteuer fällt deshalb ausser Betracht.

#### **E. 4.3**

Soweit die strittige Gebühr den – nicht separat ausgewiesenen – Verwaltungsaufwand für die Behandlung des Gesuchs abgelden soll, handelt es sich insoweit um eine (kostenabhängig erhobene) Verwaltungsgebühr (Moser, S. 264). Da sich der insgesamt geschuldete Betrag bereits angesichts des Marktwerts der durch die Beschwerdeführerin bezogenen Leistung im Lichte des Äquivalenzprinzips als Entgelt in zulässiger Höhe für die erbrachte Gegenleistung erweist, erübrigen sich Ausführungen dazu, welcher Anteil der umstrittenen Gebühr auf die Abgeltung des mit der Bewilligungserteilung verbundenen Verwaltungsaufwands entfällt und in seiner Höhe durch diesen gerechtfertigt werden kann.

#### **E. 4.4**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die umstrittene Geldleistung insgesamt als Kausalabgabe zu qualifizieren ist und nicht als vom Wortlaut des Art. 62d RVOG erfasste Steuer oder als Gemengsteuer, welche im Betrag, dem echter Steuercharakter zukommt, gegenüber der Beschwerdeführerin nicht erhoben werden dürfte.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, nach Art. 62d RVOG nicht nur von der Bezahlung kantonaler und kommunaler Steuern, sondern auch von der Leistung kostenunabhängiger Kausalabgaben befreit zu sein. Hinsichtlich der umstrittenen Gebühr bringt sie vor, dass ihr als steuerbefreiter Anstalt des Bundes bei einer Benutzungsgebühr für gesteigerten Gemeingebrauch nur dem gebührenerhebenden Gemeinwesen effektiv entstandene Kosten

in Rechnung gestellt werden dürften, der Stadt Zürich durch die konkrete Nutzung des Grundes zu baulichen Zwecken indessen keine Kosten entstanden seien.

## **E. 5.2**

Aufgrund von Sinn und Zweck des Besteuerungsverbots bezieht sich dieses nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht nur auf Steuern im Sinn von E. 4.2 hiervor; vielmehr nimmt das Bundesgericht eine Betrachtung der Abgabe im Einzelfall vor. So erklärte es in BGE 121 II 138 die Erhebung einer kantonalen Mehrwertabgabe betreffend ein Grundstück einer Anstalt des Bundes für unzulässig, obwohl eine solche Abgabe nicht als Steuer im dargelegten Sinn zu qualifizieren ist. Das Bundesgericht erachtete es als mit Sinn und Zweck der bundesrechtlichen Steuerbefreiungsnormen unvereinbar, den Bund und seine Anstalten für ihre öffentlichen Zwecken dienenden Grundstücke in ein "raumplanungsrechtlich motiviertes Ausgleichssystem einzubeziehen und durch entsprechende kostenunabhängige Abgaben zu belasten" (BGE 121 II 138 E. 4a). Hingegen betonte es ebenda, dass Kausalabgaben vom Besteuerungsverbot grundsätzlich ausgenommen seien, "weil sie Entgelt für vom Kanton (oder den Gemeinden) erbrachte oder zu erbringende Gegenleistungen sind; wo der Bund wie ein Privater von kantonalen oder kommunalen Einrichtungen oder Dienstleistungen profitiert, soll er auch entsprechend bezahlen".

### **E. 5.2.1**

Da die Mehrwertabschöpfung im System der öffentlichen Abgaben eine Sonderstellung einnimmt, weil sie weder Kostenanlastung noch Einnahmenbeschaffung bezweckt, sondern dem Ausgleich zwischen den Gewinnern und Verlierern raumplanerischer Massnahmen und damit dem Gedanken der Rechtsgleichheit dient, können aus deren Behandlung in der Rechtsprechung keine allgemein gültigen Schlüsse darauf gezogen werden, welche öffentlichen Abgaben das Besteuerungsverbot erfasst (Locher, S. 562 f., 570). Eine Mehrwertabgabe unterscheidet sich von der hier zu beurteilenden Benutzungsgebühr zudem in entscheidender Hinsicht mehrfach: Zunächst passt die Mehrwertabgabe nicht ohne Weiteres in das hergebrachte Abgabensystem, weil sie zwar im Gegensatz zur Steuer kausal geschuldet ist, jedoch kein Entgelt für eine staatliche Leistung darstellt (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2871 und 2756; ausführlich zur Einordnung Adrian Schneider, Der angemessene Ausgleich für erhebliche Planungsvorteile nach Art. 5 Abs. 1 RPG, Zürich 2006, S. 24 ff. ). Die infrage stehende Benutzungsgebühr ist dagegen Entgelt für eine staatliche Gegenleistung, namentlich die Zurverfügungstellung des öffentlichen Grundes, und knüpft im Übrigen auch nicht an den Grundbesitz der Beschwerdeführerin an, während bei einer Mehrwertabgabe das bundeseigene Grundstück Abgabeobjekt bildet. Anders als die Mehrwertabgabe, deren Erhebung aufgrund staatlicher Planungstätigkeit erfolgt, die zu einem – vom Bund als Grundeigentümer allenfalls gar nicht angestrebten – Mehrwert eines Grundstücks führt, ist die umstrittene Benutzungsgebühr für eine von der Gebührenschuldnerin gewünschte und ausdrücklich beantragte Gegenleistung geschuldet, deren Bezug ihr nicht vorgeschrieben ist, sondern vollumfänglich freisteht. Ein Verbot der Erhebung von Mehrwertabgaben auf bundeseigenen Grundstücken dient zudem allein dem Schutz des bestehenden Bundesvermögens und sichert die von kantonalen und kommunalen Abgaben unbelastete Benützung bundeseigener Grundstücke. Ein Verbot der Erhebung von Benutzungsgebühren für den gesteigerten Gemeindegebrauch des öffentlichen Grundes durch den Bund würde hingegen dem Bund ein Recht zum unentgeltlichen Bezug geldwerter Gegenleistungen durch Kantone und Gemeinden vermitteln. Solches ist nach der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber gerade nicht Zweck der Steuerbefreiung, welche den Bund nicht von der Bezahlung von Kausalabgaben entbindet, wenn er wie ein Privater von kantonalen oder kommunalen Einrichtungen oder Dienstleistungen profitiert (BGE 121 II 138 E. 4a). Mit der Erhebung einer Benutzungsgebühr wird der Bund sodann auch nicht in ein Ausgleichssystem von Mehr- und Minderwerten zwischen Privaten einbezogen.

### **E. 5.2.2**

Nach Locher liegt die Befreiung des Bundes von Mehrwertabgaben darin begründet, dass diese Abgaben keine Kostenanlastung bezwecken (S. 574). Soweit eine Kausalabgabe den Grundsatz der Individualäquivalenz respektiere, d. h. eine dem Abgabepflichtigen konkret zurechenbare Gegenleistung erfolge, dürfe diese auch vom Bund erhoben werden (Locher, S. 573 i. V. m. 561). Zur Feststellung der Individualäquivalenz ist das Verhältnis der einzelnen Gebühr zur staatlichen Gegenleistung zu betrachten (vgl. Uhlmann, S. 92). Die Beschwerdeführerin anerkennt ausdrücklich, dass sie ohne entsprechende Bewilligung den städtischen Grund nicht in der erfolgten Art hätte nutzen dürfen. Die umstrittene Benutzungsgebühr stellt folglich die Gegenleistung für die Einräumung eines der Beschwerdeführerin nur gestützt auf eine Bewilligung zustehenden Rechts dar (vgl. Lukas Widmer, Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht, Zürich 1988, S. 45). Die Beschwerdeführerin profitiert in derselben Art wie ein privater Grundeigentümer, der den öffentlichen Grund zu Bauzwecken nutzt. Demzufolge respektiert die umstrittene Gebühr den Grundsatz der Individualäquivalenz, was für die Zulässigkeit ihrer Erhebung gegenüber der Beschwerdeführerin spricht.

### **E. 5.3**

Die Beschwerdeführerin verweist auf die bundesgerichtliche Erwägung 4a in BGE 121 II 138, wonach für Abgaben, denen "der Bezug zu bestimmten Kostenaufwendungen des Standortkantons (oder der Standortgemeinde)" fehle, kein Raum bestehe. In der Beschwerdeschrift blendet sie allerdings den vorangehenden Satz aus, wonach ein Kanton nur zur Deckung oder Abgeltung "tatsächlicher, konkreter Aufwendungen zugunsten der Bundeszwecken dienenden Grundstücke" Abgaben erheben dürfe. Daraus erhellt, dass sich die zitierte bundesgerichtliche Aussage auf Abgaben bezieht, welche an ein bundeseigenes Grundstück anknüpfen. So dürfen Mehrwertabgaben ohne Bezug zu bestimmten Kostenaufwendungen des Kantons oder der Gemeinde vom Bund nicht erhoben werden (vgl. Sägesser, Art. 62d N. 11). Für die umstrittene Benutzungsgebühr lässt sich aus der zitierten Erwägung indes nichts ableiten: Abgabeobjekt bildet vorliegend nämlich nicht ein Grundstück im Eigentum der Beschwerdegegnerin, das als Vermögenswert unter dem Schutz des Besteuerungsverbots steht (vgl. E. 3.1 hiervor), sondern der von der Beschwerdeführerin beantragte und ausgeübte gesteigerte Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes für ihre eigenen Zwecke. Aus diesem Grund ist auch unerheblich, ob das beschwerdeführerische Grundstück an der Tannenstrasse 7 unmittelbar öffentlichen Zwecken dient.

### **E. 5.4**

Art. 62d RVOG sieht die grundsätzliche Abgabefreiheit für bundeseigene Grundstücke vor, nicht dagegen eine unentgeltliche (temporäre oder dauernde) Arrondierung benachbarten öffentlichen Grundes. Für Fälle, in denen Kantone und Gemeinden öffentlichen Grund unentgeltlich oder bloss gegen kostendeckende Gebühr zur Verfügung zu stellen haben, finden sich besondere bundesgesetzliche Regelungen, beispielsweise in Art. 35 Abs. 4 des

Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) für das Einlegen von fernmeldetechnischen Leitungen und in Art. 17 Abs. 2 des Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 (PG; SR 783.0) für das Aufstellen öffentlicher Briefeinwürfe. Die betreffenden Vorgängerregelungen (aArt. 5 des Elektrizitätsgesetzes vom 24. Juni 1902 [EleG; SR 734.0] respektive Art. 16 des Postgesetzes vom 30. April 1997 [AS 1997 S. 2452] und Art. 6 des Bundesgesetzes über die Organisation der Post-, Telephon- und Telegraphenbetriebe vom 6. Oktober 1960 [PTT-Organisationsgesetz; AS 1961 S. 17]) bezogen sich allesamt noch auf Bundesanstalten und wären überflüssig gewesen, falls Art. 10 GarG die Gebührenerhebung gegenüber solchen ohnehin ausgeschlossen hätte. Das in Art. 10 GarG statuierte Besteuerungsverbot, wie es nun unverändert in Art. 62d RVOG niedergelegt ist (hiervor E. 3.1), vermittelte den Anstalten des Bundes mithin keinen Anspruch auf unentgeltliche Benutzung des öffentlichen Grundes zu Anstaltszwecken.

### **E. 5.5**

Im Urteil 2P.283/1999 vom 13. Juni 2000 betonte das Bundesgericht, dass der Bund gemäss Art. 10 GarG, der zu jenem Zeitpunkt bereits den gleichen Wortlaut wie der geltende Art. 62d RVOG aufwies, nicht von sämtlichen Abgaben befreit ist (E. 5c). Vielmehr stehe den Kantonen und Gemeinden zu, uneingeschränkt Abgaben zu erheben, die keine Steuern darstellten, wobei insbesondere Kausalabgaben zulässig seien, wie namentlich Vorzugslasten, Perimeterbeiträge und dergleichen (E. 4b). Für das beschwerdeführerische Verständnis von BGE 121 II 138 E. 4a, wonach die umstrittene Gebühr vom Besteuerungsverbot erfasst sei, findet sich in dieser jüngeren Entscheidung mithin keine Stütze.

### **E. 5.6**

Soweit die Beschwerdeführerin ihre Auslegung von Art. 62d RVOG auf die bundesgerichtliche Erwägung 3.2 in BGE 130 I 96 stützen will, wonach die Steuerbefreiungsvorschrift in der Vergangenheit extensiv ausgelegt worden sei, ist darauf hinzuweisen, dass sich die erwähnte extensive Auslegung auf die Interpretation der Ausnahme nicht unmittelbar öffentlichen Zwecken dienender Liegenschaften vom Besteuerungsverbot bezog: Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind auch Einkünfte aus dem Besitz von Liegenschaften, welche nicht unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen, von allen Einkommens-, Vermögens-, Ertrags- und Gewinnsteuern sowie von Grundstückgewinnsteuern und Handänderungsabgaben befreit (BGE 130 I 96 E. 3.1 mit Hinweisen).

### **E. 5.7**

Eine Benutzungsgebühr für den gesteigerten Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes wird von der Lehre als kostenunabhängig betrachtet (vorstehend E. 4.2.2). Als kostenabhängig gelten Kausalabgaben, welche drei kumulative Kriterien erfüllen: Der Abgabe stehen erstens Kosten gegenüber, die zweitens ausscheidbar und drittens zurechenbar sind, d. h. einem bestimmten Verwaltungszweig und einzelnen Leistungsbezügern zugeordnet werden können (Tschannen/Zimmerli/Müller, § 58 N. 14). Nur auf solche Abgaben kann das Kostendeckungsprinzip Anwendung finden, welches sich aus dem Wesen der Kausalabgabe als Entgelt für eine staatliche Leistung ergibt und besagt, dass der Gesamtertrag des Gemeinwesens daraus die Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht übersteigen darf (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2777 f.). Die Kostenunabhängigkeit der konkret umstrittenen Gebühr ergibt sich nicht daraus, dass der

erbrachten Gegenleistung – der exklusiven Zurverfügungstellung des öffentlichen Grundes – keinerlei Kosten gegenüberstünden, wie die Beschwerdeführerin daraus ableiten will, dass die Beschwerdegegnerin keine konkreten Kosten ausweise. Vielmehr sind diese Kosten nicht ausscheidbar, weil nicht sinnvoll bestimmt werden kann, welche Aufwendungen des Gemeinwesens im Interesse der Erstellung oder Erhaltung des öffentlichen Grundes auf die konkrete Fläche entfallen, welche der Beschwerdeführerin temporär für bauliche Sonderzwecke zur Verfügung gestellt wurde. Allein aus der Kostenunabhängigkeit der umstrittenen Kausalabgabe folgt demnach nicht, dass der infrage stehenden Partikularnutzung keine staatlichen Kosten gegenüberstünden oder aus der Kausalabgabe ein dieser Kosten übersteigender Ertrag flösse. Dass ein solcher Ertrag bei staatlichen Gegenleistungen unzulässig wäre, denen ein Marktwert zukommt (hierzu vorstehend E. 4.2.2), liesse sich mit dem bundesgerichtlichen Verständnis des Besteuerungsverbot im Übrigen ohnehin nicht vereinbaren: Wo der Bund wie ein Privater von kantonalen oder kommunalen Einrichtungen oder Dienstleistungen profitiert, hat er auch wie ein Privater dafür zu bezahlen (BGE 121 II 138 E. 4a). Das Besteuerungsverbot schützt den Bestand des Vermögens des Bundes und seiner Anstalten. Einen Anspruch auf unentgeltlichen Bezug geldwerter Gegenleistungen von Kantonen und Gemeinden vermittelt Art. 62d RVOG dem Bund hingegen nicht. Ob solchen geldwerten Gegenleistungen zurechenbare Kosten gegenüberstehen, ist dabei unerheblich, weil das Besteuerungsverbot den Bund im Bereich der Leistungsverwaltung nicht gegenüber Privaten besserstellen wollte. Eine Besserstellung der ETH Zürich gegenüber anderen universitären und privaten Bildungs- und Forschungseinrichtungen bei der entgeltlichen Partikularnutzung öffentlichen Grundes ist vom Zweck des Besteuerungsverbot mithin nicht erfasst. Vielmehr dient das Besteuerungsverbot dazu, das Bundesvermögen in seinem Bestand vor Eingriffen von Kantonen und Gemeinden zu schützen. Ein solcher Eingriff liegt indessen nicht vor, wenn für die bewilligungspflichtige Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes zu bundeseigenen Zwecken eine unter Marktwert liegende Entschädigung verlangt wird. Dass die umstrittene Benutzungsgebühr nicht kostenabhängig ist, vermag deren Rechtmässigkeit daher nicht zu beeinflussen.

## **E. 5.8**

Fraglich erscheint gar, ob die von der Beschwerdeführerin propagierte Auslegung von Art. 62d RVOG verfassungskonform wäre. Gemäss Art. 53 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) schützt der Bund Bestand und Gebiet der Kantone. Adressat dieser Verfassungsbestimmung ist der Bund, welchem Eingriffe in das Territorium der Kantone untersagt sind (Alexander Ruch in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014 [St. Galler Kommentar BV], Art. 53 N. 8; Eva Maria Belser/Nina Massüger in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Bundesverfassung, Basler Kommentar, Art. 53 N. 19). Ob ein absolutes Verbot, vom Bund für die Inanspruchnahme kantonalen öffentlichen Grundes im Gemeingebrauch eine marktwertkonforme Entschädigung verlangen zu dürfen, mit dieser Bundesgarantie vereinbar wäre, obwohl die Hoheit an den öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch grundsätzlich den Kantonen zusteht (dazu Moser, S. 45 ff.), erschiene zumindest fraglich. Unabhängig von der Verfassungsmässigkeit der von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Auslegung des Art. 62d RVOG ist diese nach dem Ausgeführten aber bereits mit Wortlaut und Zweck des Besteuerungsverbot unvereinbar. Im Übrigen führte die beantragte Unentgeltlichkeit der exklusiven Benützung

des städtischen Grundes zu Bauzwecken durch die ETH Zürich zu klaren Fehlanreizen: Es bestünde die Gefahr einer Überbeanspruchung des öffentlichen Grundes, wenn dessen exklusive Nutzung nicht abhängig von der belegten Fläche und der Nutzungsdauer abgegolten werden müsste. Insbesondere bestünde keinerlei Anreiz, wenn immer möglich auf die Beanspruchung des öffentlichen Grundes zu verzichten oder diese auf eine möglichst geringe Fläche und Nutzungsdauer zu beschränken, damit der öffentliche Grund für seine bestimmungsgemässe Nutzung durch die Öffentlichkeit zur Verfügung steht.

### **E. 5.9**

Hinzu kommt schliesslich, dass die ETH Zürich unter Berufung auf Art. 62d RVOG im Ergebnis eine Sonderbehandlung im Vergleich zu den übrigen öffentlichen und privaten universitären und Fachhochschulen beansprucht. Auch wenn die Schweiz über ein stark differenziertes Hochschulsystem verfügt, welches keine generelle Gleichbehandlung gebietet ( Bernhard Ehrenzeller/ Konrad Sahlfeld, St. Galler Kommentar BV, Art. 63a N. 63), erscheint zumindest zweifelhaft, ob sich eine solche institutionsbezogene Privilegierung mit dem diesbezüglichen Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 63a Abs. 3 Satz 2 BV vereinbaren liesse.

### **E. 5.10**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 62d RVOG der Erhebung der streitgegenständlichen Benutzungsgebühr nicht entgegensteht, weil das Besteuerungsverbot dem Bund und seinen Anstalten keinen Anspruch auf kostenlosen gesteigerten Gemeingebrauch des öffentlichen Grundes von Kantonen oder Gemeinden vermittelt. Der zu beurteilenden Benutzungsgebühr, welche den Marktwert der Gegenleistung nicht übersteigt, kommt weder insgesamt noch teilweise ein Steuercharakter zu, der ihrer Erhebung in vollem Umfang entgegenstehen könnte. Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend Mehrwert- abgaben folgt nicht, dass die umstrittene Gebühr unter die Reichweite des Besteuerungsverbots fiele. Letztere kann nicht mit einer Mehrwertabgabe gleichgesetzt werden, insbesondere weil bei der Benutzungsgebühr nicht eine Liegenschaft und damit ein Vermögenswert des Bundes Abgabeobjekt bildet, sondern ein benachbartes Grundstück beansprucht wird. Die geschuldete Benutzungsgebühr kann nicht als Eingriff in das Vermögen des Bundes bzw. der ETH Zürich als Bundesanstalt gelten, sondern stellt eine marktwertkonforme Entschädigung für eine von der Beschwerdeführerin beantragte Gegenleistung der Stadt Zürich dar. Die Beschwerde erweist sich demnach als unbegründet, insoweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 62d RVOG rügt.

### **E. 6.1**

Nach § 231 Abs. 4 PBG steht die Befugnis, für die Beanspruchung kommunalen öffentlichen Grundes eine Gebührenordnung erlassen zu dürfen, den Gemeinden zu. Art. 13 Abs. 3 APV ermächtigt den Stadtrat zur Festsetzung der Benutzungs- und Bewilligungsgebühren für die Benutzung öffentlicher Sachen in der Stadt Zürich und schreibt vor, dass bei der Bemessung der Entschädigung insbesondere das Ausmass und die Dauer der Beanspruchung, der wirtschaftliche Nutzen für die Benutzenden und allfällige Nachteile für das Gemeinwesen zu berücksichtigen sind. Dieselben Bemessungskriterien ergeben sich bereits aus § 231 Abs. 3 PBG und damit dem übergeordneten kantonalen Recht. Bei der Benutzung des kommunalen öffentlichen Grundes in der Stadt Zürich zu politischen Zwecken entfällt die Benutzungsgebühr (Art. 13 Abs. 3 Satz 3 APV). Der

anwendbare Tarif zur Bemessung der Benutzungsgebühren für die vorübergehende Nutzung des öffentlichen Grundes zu baulichen Zwecken, wie sie hier erfolgte, ergibt sich aus Art. 2 der vom Stadtrat der Stadt Zürich erlassenen Benutzungsgebührenordnung.

### **E. 6.2**

Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht steht einer Delegation der Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe nicht entgegen, aber verlangt, dass zumindest der Kreis der Abgabepflichtigen (das Abgabesubjekt), der Gegenstand der Abgabe, d. h. der abgabebegründende Tatbestand (das Abgabeobjekt) sowie die Bemessung der Abgabe in einem Gesetz im formellen Sinn umschrieben werden (Alain Griffel, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich 2017, Rz. 476 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, § 59 N. 3). Ist die zulässige Höhe einer Kausalabgabe anhand des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips überprüfbar, darf die Bemessung der Abgabe auf Verordnungsstufe geregelt werden, weil diese Prinzipien als Surrogat die Schutz- und Begrenzungsfunktion übernehmen, welche andernfalls das formelle Gesetz bieten würde (Tschannen/Zimmerli/Müller, § 59 N. 6; Griffel, Rz. 481 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2806 ff.). Bei kostenunabhängigen Gebühren darf der Gesetzgeber auf die Festlegung der Höhe der Abgabe im formellen Gesetz verzichten, obwohl das Kostendeckungsprinzip keine Anwendung finden kann, wenn die vom Staat erbrachte Leistung einen Handelswert aufweist, sodass die Bemessung der Abgabe nach dem Äquivalenzprinzip überprüft werden kann (BGE 121 I 230 E. 3g/aa). Da die geschuldete Gebühr einen Marktwert aufweist (hiervor E. 4.2.2), ist aus dem Blickwinkel des Legalitätsprinzips nicht zu beanstanden, dass sich der anwendbare Tarif hier nur aus einer Verordnung – namentlich aus Art. 2 Abs. 1 lit. c der Benutzungsgebührenordnung – statt aus einem formellen Gesetz ergibt.

### **E. 7.1**

Zu prüfen bleibt die Rüge, wonach die umstrittene Benutzungsgebühr zu hoch angesetzt worden sei. Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang nicht geltend, der Tarif gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. c der Benutzungsgebührenordnung sei unrichtig angewandt worden, sondern bringt vor, die Gebühr hätte ermässigt werden sollen. Die Stadt Zürich und die Vorinstanz hätten eine Ermessensunterschreitung begangen, weil sie nicht geprüft hätten, ob die öffentliche Zwecksetzung der ETH Zürich bei der Bemessung der geschuldeten Gebühr zu berücksichtigen sei.

### **E. 7.2**

Eine Ermessensunterschreitung liegt vor, wenn sich die entscheidende Behörde als gebunden betrachtet, obschon sie nach Gesetz berechtigt wäre, nach Ermessen zu handeln, oder sie auf eine Ermessensausübung ganz oder teilweise von vornherein verzichtet (BGr, 4. August 2017, 8C\_205/2017, E. 4.1). Nach Art. 12 Abs. 1 der Benutzungsgebührenordnung kann die Vorsteherin bzw. der Vorsteher des Polizeidepartements im Einzelfall bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses eine Gebühr angemessen ermässigen, wenn die Belastung mit den festgelegten Gebühren für die Benutzung des öffentlichen Grundes unwirtschaftlich wird. Eine derartige Unwirtschaftlichkeit, welche Anlass zu einer Gebührenermässigung bilden könnte, behauptet die Beschwerdeführerin allerdings nicht; angesichts der geringen Höhe der umstrittenen Benutzungsgebühr und dem erheblichen geldwerten Nutzen, den die Beschwerdeführerin aus der Nutzung des öffentlichen Grundes zu baulichen Zwecken zieht, liegt auch keine solche vor. Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss vorbringen wollte,

die ihr auferlegte Gebühr könne dessen ungeachtet ermässigt werden, blendet sie die im zweiten Satzteil der erwähnten Bestimmung genannte Voraussetzung aus. Entsprechend kann in der Nichtanwendung von Art. 12 Abs. 1 der Benutzungsgebührenordnung keine Ermessensunterschreitung erblickt werden. Schliesslich ist weder dargetan noch ersichtlich, dass der eher unter Marktwert liegende Tarif den nach § 231 Abs. 3 PBG für die Bemessung von Entschädigungen für die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes zur Anwendung kommenden Kriterien nur ungenügend Rechnung trägt oder aufgrund dieser Kriterien eine tiefere Gebühr veranschlagt werden müsste. Auch insoweit zielt der Vorwurf der rechtsfehlerhaften Ermessensausübung ins Leere.

### **E. 7.3**

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, ihre Nutzung des öffentlichen Grundes sei nicht "privat" erfolgt. Dabei lässt sie ausser Acht, dass § 231 PBG die Regelung der privaten Inanspruchnahme in Abgrenzung zur Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes im Rahmen des schlichten, gemeinverträglichen Gebrauchs bzw. durch das Gemeinwesen selbst oder in dessen Auftrag zum Gegenstand hat. Der von der Beschwerdeführerin ausgeübte gesteigerte Gemeingebrauch war bewilligungspflichtig (hiervor E. 2.3). Daraus folgt gemäss § 231 Abs. 2 PBG bereits eine Gebührenpflicht, weil gemäss dieser Vorschrift jede bewilligungspflichtige Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes zu entschädigen ist, soweit sie nicht nach planungsrechtlichen Festlegungen und Bestimmungen vorgeschrieben oder erlaubt ist. Aus dem Titel "Gewerbliche Nutzungen" vor Art. 9 der Benutzungsordnung sucht die Beschwerdeführerin abzuleiten, dass nur eine wirtschaftlich motivierte Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes gebührenpflichtig sei. Mit Blick auf Art. 13 Abs. 2 APV, der eine Bewilligungs- und Gebührenpflicht für alle nicht bestimmungsgemässen oder nicht gemeinverträglichen Nutzungen des öffentlichen Grundes – mit Ausnahme der politischen – statuiert, und angesichts des Umstandes, dass die Gebührenpflicht nicht Gegenstand der Benutzungsordnung bildet, erweist sich dieses Verständnis des kommunalen Rechts indes als offenkundig unzutreffend. Bei einem privaten Anstössergebrauch öffentlichen Grundes zu baulichen Zwecken liegt eine Nutzungsform vor, bei welcher gegebenenfalls die Eigentumsgarantie betroffen sein könnte, nicht hingegen ideelle oder politische Grundrechte, bei welchen verfassungsrechtlich Zurückhaltung bei der Gebührenerhebung und -bemessung geboten wäre (Moser, S. 264 f. und 403 f.). Auch ein Gebührenprivileg für die Nutzung städtischen öffentlichen Grundes durch Hochschulen oder andere Bildungs- und Forschungseinrichtungen öffentlicher oder privater Trägerschaft, das die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Zielsetzung für sich in Anspruch nehmen könnte, lässt sich weder aus dem kommunalen noch dem kantonalen Recht herleiten.

### **E. 7.4**

Zusammenfassend ist die Höhe der umstrittenen Gebühr nicht zu beanstanden. Für die von der Beschwerdeführerin als sachgerecht erachtete Ermässigung der geschuldeten Gebühr besteht keine rechtliche Grundlage.

### **E. 8.1**

Nach den vorstehenden Erwägungen erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Kosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Aufgrund des besonderen Aufwands, den dieses – aufgrund seiner Bedeutung durch die Kammer zu erledigende –

Verfahren verursachte, unter Berücksichtigung des Streitinteresses, welches die Beschwerdeführerin als jährlich "im mittleren fünfstelligen Bereich" liegend bezeichnet, sowie des Umstands, dass die Beschwerdeführerin offenkundig einen Grundsatzentscheid in dieser Sache erwirken möchte, ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'300.- festzusetzen (§ 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 [GebV VGr; LS 175.252]).

### **E. 8.2**

Der unterliegenden Beschwerdeführerin steht keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

### **E. 8.3**

Die obsiegende Stadt Zürich beantragt eine Parteientschädigung zulasten der Beschwerdeführerin. Gemeinwesen steht eine solche gestützt auf § 17 Abs. 2 lit. a VRG gemäss ständiger Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen, insbesondere bei ausserordentlichen Bemühungen, zu. Die Entschädigungsberechtigung des Gemeinwesens entfällt in der Regel, weil das Erheben und Beantworten von Rechtsmitteln zu den angestammten amtlichen Aufgaben gehört, der Aufwand für das Rechtsmittelverfahren jenen nicht wesentlich übertrifft, den das Gemeinwesen im Rahmen des nichtstreitigen Verfahrens ohnehin erbringen musste, und die Behörden meist einen Wissensvorsprung aufweisen (zum Ganzen VGr, 22. August 2019, VB.2019.00097, E. 6.3; Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 17 N. 51). Ein solcher Wissensvorsprung der Beschwerdegegnerin ist hinsichtlich der im Beschwerdeverfahren zu behandelnden Einzelfrage des Bundesrechts indes nicht gegeben. Deshalb und angesichts ihres besonderen Aufwands ist der Beschwerdegegnerin eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

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