

BRKE IV Nr. 0008/2010 vom 28. Januar 2010 in BEZ 2010 Nr. 38

(Bestätigt mit VB.2010.00092 vom 29. April 2010.)

---

1. Die Rekurrentin beabsichtigt, ein in der Zentrumszone gelegenes Areal (...) zu überbauen. Zur Sicherung der Baugrube (...) sollen Erdanker mit einer Länge von insgesamt 2084 m und Bodennägel mit einer Länge von insgesamt 516 m im öffentlichen Grund eingebaut werden. Diese Anlagen werden nur während der Bauphase benötigt, also etwa während 16 Monaten. Anschliessend sind die Erdanker und die Bodennägel zu entspannen und bei allfälligen Tiefbauarbeiten im Baulinienbereich und im öffentlichen Grund der S-Strasse ohne Entschädigung zu beseitigen bzw. den veränderten Verhältnissen anzupassen. Für die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes wurde für die Erdanker und die Bodennägel pro Laufmeter eine Konzessionsgebühr von Fr. 40.-- bzw. Fr. 20.-- verlangt.

Die Rekurrentin anerkennt die Bedingungen zur Benützung des öffentlichen Grundes und grundsätzlich auch die Pflicht zur Bezahlung einer Sondernutzungsgebühr. Sie wendet sich jedoch gegen deren Höhe. Weil die Erdanker und Bodennägel nur vorübergehend benötigt würden und gegebenenfalls auf eigene Kosten zu beseitigen seien, könne nicht der für dauernde Erdanker und Bodennägel anzuwendende Tarif benützt werden. Der provisorischen Natur der Anlagen sei Rechnung zu tragen, indem der Ansatz pro Laufmeter auf maximal Fr. 15.-- für Erdanker und Fr. 7.50 für Bodennägel gesenkt werde. (...)

2. Gemäss Art. 664 des Zivilgesetzbuches (ZGB) stehen öffentliche Sachen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden. Das kantonale Recht stellt die erforderlichen Bestimmungen über den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen auf. Dabei wird zwischen (schlichtem) Gemeingebrauch, gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung unterschieden. Besteht eine dauernde und feste Verbindung zwischen einem privaten Bauteil und der öffentlichen Sache, so liegt regelmässig eine Sondernutzung vor. Darunter fallen etwa das Verlegen von Erdankern und von Leitungen in oder über öffentlichem Grund oder das Erstellen dauerhafter Bauten und Anlagen wie Kioske, Schaukasten, Automaten, aber auch das Anbringen einer Fassadenisolation über öffentlichem Grund. Sondernutzungen bedürfen der Erteilung einer Sondernutzungskonzession, die mit der Erhebung einer Gebühr verbunden werden kann.

Das kantonale Planungs- und Baugesetz (PBG) befasst sich in § 231 mit der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes. Entsprechend Abs. 1 dieser Bestim-

mung bedarf es für die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes mit Einschluss des Erdreiches und der Luftsäule zu privaten Zwecken einer Bewilligung oder einer Konzession. Die Inanspruchnahme ist zu entschädigen, soweit sie nicht nach planungsrechtlichen Festlegungen oder Bestimmungen vorgeschrieben oder erlaubt ist (Abs. 2). Bei der Bemessung der Entschädigung sind insbesondere das Ausmass und die Dauer der Beanspruchung, der wirtschaftliche Nutzen für den Konzessionär und die allfälligen Nachteile für das Gemeinwesen in billiger Weise zu berücksichtigen (Abs. 3). Die Gemeinden sind berechtigt, für die Beanspruchung des öffentlichen Grundes im Rahmen des Gesetzes eine Gebührenordnung zu erlassen (Abs. 4).

Die Stadt Winterthur hat die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes in der Verordnung über die Gebühren im Bauwesen vom 26. April 2004 (GebVO) geregelt. Wie Art. 13 GebVO zu entnehmen ist, geht es im Abschnitt «Konzessionsgebühren» grundsätzlich um die auf Dauer berechnete ausschliessliche Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes oder des da-rüber liegenden Luftraumes, wofür eine gebührenpflichtige Konzessionserteilung vorgesehen ist. In Ausnahmefällen kann darauf verzichtet werden (Art. 14 GebVO). Die massgeblichen Faktoren bei der Berechnung der Konzessionsgebühren für Leitungen werden ausdrücklich genannt und die Gebühren für die Erstellung von Erdankern im öffentlichen Grund auf Fr. 40.-- pro Laufmeter festgesetzt (Art. 15 und 16 GebVO). Bei der Festsetzung der übrigen Konzessionsgebühren sind die Intensität der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes, der Wert der an den öffentlichen Grund angrenzenden Grundstücke sowie der Nutzen, den die Konzession für die Konzessionäre hat, massgebend. Der Gebührentarif im Anhang zur Sondergebrauchsverordnung des Kantons Zürich kann hilfsweise herangezogen werden (Art. 17 GebVO).

Gemäss Ziff. 1.2.3 des kantonalen Gebührentarifs ist für Erdanker im öffentlichen Grund, die eine bleibende tragende Funktion erfüllen, eine einmalige Benützungsgebühr von Fr. 50.-- pro Laufmeter zu entrichten. Für provisorische Erdanker wird eine Benützungsgebühr von Fr. 25.-- pro Laufmeter erhoben.

Damit regelt die kommunale Gebührenverordnung für die allermeisten Anwendungsfälle nur den Berechnungsmodus für die festzusetzende Konzessionsgebühr. Lediglich für Erdanker wird die Gebühr betragsmässig genannt. Dabei handelt es sich um eine undifferenzierte Festlegung, welche die Dauer der Anlagen unberücksichtigt lässt. Im hilfsweise heranzuziehenden kantonalen Gebührentarif wird die für bleibende Erdanker veranschlagte Benützungsgebühr für provisorische Erdanker auf die Hälfte reduziert. Bodennägel werden in beiden Erlassen nicht erwähnt.

3. In tatsächlicher Hinsicht ist bei der Erstellung von Erdankern (wie auch bei den in der Verordnung nicht ausdrücklich genannten Bodennägeln) je nach Funktion zwischen Permanentankern und Temporärankern zu unterscheiden. Die Permanentanker werden auf unbestimmte Zeit angelegt und dienen der Sicherung des Bauwerkes selbst, so lange es besteht. Die Temporäranker dienen lediglich der Sicherung der Baugrube während der Erstellung des Bauwerkes. Ist dieses einmal erstellt, so verlieren diese Anker ihre Funktion und können ausser Betrieb gesetzt bzw. beseitigt werden. In der Praxis werden sie üblicherweise entspannt und einstweilen im Erdreich belassen. Erst wenn die betreffende Stelle aus andern Gründen geöffnet werden muss, werden sie ausgebaut, soweit sie ein Hindernis darstellen.

Es liegt auf der Hand, dass der Nutzen für den Konzessionär und die Intensität der Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes bei einem auf unbestimmte Zeit eingebauten und die Sicherung eines dauerhaften Bauwerkes benötigten Permanentanker ungleich grösser ist als bei einem Temporäranker, der nach einer relativ kurzen, überblickbaren Zeitspanne seine Funktion wieder verliert und bei Bedarf beseitigt werden kann. Die Dauer der Beanspruchung des öffentlichen Grundes wird denn auch in § 231 Abs. 3 PBG ausdrücklich als Bemessungskriterium für die Konzessionsgebühr genannt.

4. Bei den konzessionierten Anlagen handelt es sich um Temporäranker und vorübergehend benötigte Bodennägel zur Sicherung der Baugrube. Sie dienen der Baugrubensicherung und werden entsprechend der rekurrentischen Darstellung nur etwa während 16 Monaten benötigt. Mit der in der angefochtenen Verfügung enthaltenen Auflage, die Erdanker nach Abschluss der Bauarbeiten zu entspannen und die Baugrubensicherung bei allfälligen späteren Tiefbauarbeiten im Baulinienbereich und im öffentlichen Grund der Strassen ohne Entschädigung zu beseitigen bzw. den veränderten Verhältnissen anzupassen, wird dafür gesorgt, dass die Beeinträchtigung für das Gemeinwesen nicht über diesen Zeitrahmen hinausgeht.

Indem die Vorinstanz bei der Festsetzung der Benützungsgebühren für Erdanker und Bodennägel den Tarif für dauernde Anlagen zu Grunde legte, hat sie dem in § 231 Abs. 3 PBG verlangten Bemessungskriterium der Dauer der Beanspruchung überhaupt nicht und dem wirtschaftlichen Nutzen für den Konzessionär und den allfälligen Nachteilen für das Gemeinwesen nur ungenügend Rechnung getragen. Zu verlangen ist, dass die Konzessionsgebühren für Temporäranker und -bodennägel deutlich tiefer angesetzt werden als für dauernde Anlagen. Insofern erweist sich die kommunale Gebührenverordnung als lückenhaft und ist zu ergänzen, wobei der Gebührentarif im Anhang zur Sondergebrauchsverordnung des Kantons Zürich als Anhaltspunkt herangezogen werden kann. Dieser sieht für provisorische Anlagen eine Halbierung der (allerdings nur für Erdanker festgelegten, gegenüber der kommunalen Gebühr etwas höheren) Benützungsgebühr vor.

Offensichtlich hat die Vorinstanz bei der Ausarbeitung ihrer Vernehmlassung erkannt, dass die volle Gebühr für Permanentanlagen vorliegend nicht angemessen ist, und für den Fall der Entfernung der Anlagen eine Reduktion in Aussicht gestellt. Damit verkennt die Vorinstanz, dass die Rekurrentin nur während der relativ kurzen Bauzeit von veranschlagten 16 Monaten den vollen Nutzen aus den konzessionierten Anlagen zieht. Nach Bauvollendung jedoch verlieren diese ihre Funktion und der Vorteil der Bauherrschaft beschränkt sich darauf, die Vorrichtungen nicht sofort beseitigen zu müssen. Dieser Vorteil ist als gering zu veranschlagen und führt zudem zu keiner ersichtlichen Belastung für das Gemeinwesen, weil dieses im Bedarfsfall jederzeit die Entfernung verlangen kann. Für die vorliegend zu beurteilenden Temporäranker ist deshalb eine deutliche Reduktion der Gebühr für Permanentanker angebracht.

(Mit dieser Begründung wurde in Gutheissung des Rekurses die angefochtene Anordnung aufgehoben und die Vorinstanz eingeladen, die Konzessionsgebühren im Sinne der Erwägungen neu festzusetzen.)