



**Fall-Nr.:** B 2019/228  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 16.04.2020  
**Entscheiddatum:** 27.02.2020

### **Entscheid Verwaltungsgericht, 27.02.2020**

**Gewässernutzung, Nutzungsentschädigung, Art. 9 Abs. 1 und Art. 41 ff. GNG, Art. 4 Satz 1 VVGNG, Art. 1-3 und Art. 5 VNEGNG. Die mittels Verfügung festgelegte Konzessionsdauer von 30 Jahren und die gestützt darauf bemessene Grundnutzungsentschädigung lässt sich vorderhand nicht halten, da über die Konzessionsdauer keine Vertragsverhandlungen geführt wurden (E. 4). Hingegen lässt sich nicht sagen, dass AWE habe die frei schiffbare Seefläche bei der Bemessung der Nutzungsentschädigung in allzu schematischer Weise nicht berücksichtigt (E. 5), (Verwaltungsgericht, B 2019/228).**

**Entscheid vom 27. Februar 2020**

Besetzung

Abteilungspräsident Zürn; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner;  
Gerichtsschreiber Bischofberger

Verfahrensbeteiligte

**Politische Gemeinde X.**\_\_, Gemeinderat,

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Walter Locher, Museumstrasse 35, Postfach 41,  
9004 St. Gallen,

gegen



**Baudepartement des Kantons St. Gallen**, Lämmlibrunnenstrasse 54,  
9001 St. Gallen,

### **Vorinstanz,**

Gegenstand

### **Nutzungsentschädigung**

#### **Das Verwaltungsgericht stellt fest:**

##### **A.**

Am 11. April 2018 ersuchte die Politische Gemeinde X.\_\_ beim Amt für Wasser und Energie (AWE) um Erneuerung der am 31. Dezember 2018 abgelaufenen Sondernutzungsbewilligung vom 1. Oktober 1999 (bestätigt mit Rekursentscheid der Regierung vom 27. Juni 2000, jährliche Nutzungsentschädigung von CHF 16'975 oder CHF 14'300, befristet auf 20 Jahre) für den Betrieb eines Bootshafens (37 Plätze) teilweise auf Parzelle Nr. 000\_\_, Grundbuch, X.\_\_, sowie auf dem diesem Grundstück vorgelagerten Teil des Walensees (Parzelle Nr. 0001\_\_). Während der öffentlichen Auflage vom 27. November 2018 bis 10. Dezember 2018 gingen keine Einsprachen ein. Am 10. Dezember 2018 ersuchte die Politische Gemeinde X.\_\_ das AWE, gestützt auf ein Rechtsgutachten von Rechtsanwalt Dr. iur. Walter Locher vom 24. Dezember 2015, bei der Berechnung der Nutzungsentschädigung zu prüfen, ob die Hafensbetreiber am Walensee im Vergleich zu denjenigen am Zürich- und Bodensee ungleich behandelt würden. Am 26. März 2019 erteilte das AWE die für den Weiterbetrieb des bestehenden Bootshafens erforderliche Bewilligung befristet bis 31. Dezember 2048. Die jährliche Nutzungsentschädigung legte es auf CHF 21'585 fest (act. 8/5/2, 3.2, 3.4, 4, 6, 9 f., [www.geoportal.ch](http://www.geoportal.ch)). Einen dagegen von der Politischen Gemeinde X.\_\_ durch ihren Rechtsvertreter am 8. April 2019 erhobenen Rekurs wies das Baudepartement mit Entscheid vom 10. Oktober 2019 ab (act. 2, 8/1).

##### **B.**

Gegen den Entscheid des Baudepartements (Vorinstanz) vom 10. Oktober 2019 erhob die Politische Gemeinde X.\_\_ (Beschwerdeführerin) durch ihren Rechtsvertreter am 24. Oktober 2019 Beschwerde beim Verwaltungsgericht (act. 1). Am 27. November 2019 (act. 5) ergänzte sie ihre Beschwerde mit einer Begründung und



dem Rechtsbegehren, es sei der angefochtene Entscheid unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben (Ziff. 1 und 5). Die in der Bewilligung des AWE vom 26. März 2019 bis zum 31. Dezember 2048 festgelegte Befristung sei aufzuheben und neu auf die Dauer von 20 Jahren, d.h. bis zum 31. Dezember 2038, herabzusetzen (Ziff. 2). Die in der Bewilligung des AWE vom 26. März 2019 für die Dauer von 30 Jahren festgelegte jährliche Nutzungsentschädigung sei unter Berücksichtigung der frei schiffbaren Seefläche als Bestandteil des verschafften wirtschaftlichen Vorteils festzulegen und entsprechend herabzusetzen. Eventualiter sei die in der Bewilligung des AWE für die Dauer von 30 Jahren festgelegte jährliche Nutzungsentschädigung im Betrag von CHF 21'585 aufzuheben und entsprechend der neuen Befristung bis zum 31. Dezember 2038 ohne Berücksichtigung der frei schiffbaren Seefläche als Bestandteil des verschafften wirtschaftlichen Vorteils festzulegen (Ziff. 3). Eventualiter sei der angefochtene Entscheid und die Bewilligung des AWE vom 26. März 2019 aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Ziff. 4). Mit Vernehmlassung vom 2. Dezember 2019 schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde (act. 7).

Auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheids und die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge sowie die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

### **Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:**

#### **1.**

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59<sup>bis</sup> Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege; sGS 951.1, VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 24. Oktober 2019 (act. 1) erfolgte rechtzeitig und erfüllt zusammen mit der Ergänzung vom 27. November 2019 (act. 5) die formellen und inhaltlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung des Rechtsmittels befugt (vgl. Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 VRP sowie VerwGE B 2019/95 vom 22. August 2019 E. 1 mit Hinweisen und VerwGE B 2004/89 vom 9. November 2004 E. 1 mit Hinweis, bestätigt mit BGer 2P.13/2005 vom 21. Juni 2005). Auf die Beschwerde ist somit grundsätzlich einzutreten. Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde, soweit damit die Aufhebung der Verfügung des AWE vom 26. März 2019 (act. 8/2) beantragt wird (Devolutiveffekt, vgl. dazu BGer 1C\_560/2017 vom 17. Dezember 2018 E. 1.2 mit Hinweis auf BGE 134 II 142 E. 1.4).



### 2.

Die Beschwerdeführerin stellt die Beweisanträge (act. 5, S. 6-9, 11 f. Ziff. III/2.2 f., 2.4.2. f.), es seien Gutachten über die Nachfrage und die Preise von Bootsplätzen am Boden-, Zürich-, und Walensee sowie über deren frei schiffbare Fläche einzuholen. Auf die beantragten prozessualen Vorkehren kann verzichtet werden, da sich die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse aus den Verfahrensakten ergeben und von den beantragten Beweisvorkehren mit Blick auf die im Streit stehenden (Rechts-)Fragen keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind (vgl. BGer 1C\_582/2018 vom 23. Dezember 2019 E. 2.2 mit Hinweisen, insbesondere auf BGE 144 II 427 E. 3.1 f.).

Aus denselben Gründen kann der Vorinstanz weder vorgehalten werden (act. 5, S. 6 Ziff. III/2.2.), sie habe den Sachverhalt unvollständig abgeklärt (vgl. hierzu Art. 12 VRP, VerwGE B 2017/68 vom 21. Mai 2019 E. 3.2.1, VerwGE B 2014/197; B 2015/307 vom 24. August 2017 E. 7.1.1 je mit Hinweisen und B. Märkli, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2020, N. 4 ff. zu Art. 12-13), noch sie habe den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör (vgl. dazu Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; SR 101, BV, und BGer 1C\_582/2018 vom 23. Dezember 2019 E. 2.2 mit Hinweisen auf BGE 144 II 427 E. 3.1 und 3.1.3 und BGE 144 V 361 E. 6.5) verletzt, weil sie den Beweisantrag der Beschwerdeführerin im Rekursverfahren (act. 8/9, S. 2 f. Ziff. 1.3), es sei ein Gutachten über die Nachfrage und die Preise von Bootsplätzen am Boden-, Walen- und Zürichsee einzuholen, in antizipierter Beweiswürdigung (implizit) abwies.

### 3.

Dem Staat steht im Rahmen des Bundesrechts die Hoheit über die öffentlichen Gewässer zu (vgl. Art. 76 Abs. 4 Satz 1 BV, Art. 29 Abs. 1 der Verfassung des Kantons St. Gallen; SR 131.225, sGS 111.1, KV, und Art. 1 des Gesetzes über die Gewässernutzung; sGS 751.1, GNG, siehe auch Art. 664 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches; SR 210, ZGB). Das oberirdische öffentliche Gewässer darf nach Art. 6 Abs. 1 GNG zur Schifffahrt, zum Wasserschöpfen, Tränken, Baden, Waschen, Schwimmen und dergleichen von jedermann frei genutzt werden. Nutzungen, die den Gemeingebrauch übersteigen, sind nach Art. 9 GNG bewilligungspflichtig. Mit der Erteilung einer Sondernutzungsbewilligung resp. -konzession wird eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch zweckentfremdet. Die typischen Voraussetzungen einer Sondernutzungskonzession erfüllen Bau und Betrieb einer Hafenanlage und damit auch die dem vorliegenden Verfahren zugrundeliegende Erneuerung der Sondernutzungsbewilligung vom 26. März 2019 (act. 8/5/2), weil die Stationierung von



Booten eine Umgestaltung der öffentlichen Sache erfordert (vgl. VerwGE B 2001/131 vom 22. Februar 2002 in GVP 2002 Nr. 67 nicht publizierte E. 2a, VerwGE B 1997/88 vom 11. September 2001 E. 2a sowie VerwGE B 1999/82 vom 14. Dezember 1999 E. 5e, in: GVP 1999 Nr. 24, je mit Hinweisen) und die Nutzung der öffentlichen Sache durch Dritte dauerhaft ausschliesst (vgl. BGer 2C\_689/2015 vom 31. März 2016 E. 2.4.3 mit Hinweisen und A. Griffel, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich 2017, Rz. 410). Für die Einräumung des Rechts zur Sondernutzung an einer öffentlichen Sache kann der Staat gestützt auf Art. 76 Abs. 4 Satz 2 BV Abgaben erheben. Die Gesetzesgrundlage im Kanton St. Gallen findet sich in Art. 41 Abs. 1 GNG (siehe dazu auch Art. 664 Abs. 3 ZGB). Die in Art. 41 ff. GNG als Nutzungsentschädigung bezeichnete Abgabe für die Inanspruchnahme öffentlicher Gewässer stellt eine kostenunabhängige Kausalabgabe dar (vgl. dazu BGer 2C\_900/2011 vom 2. Juni 2012 E. 4.1 mit Hinweisen, in: ZBI 6/2013, S. 347 ff., S. 349, und VerwGE B 2004/89 vom 9. November 2004 E. 4 mit Hinweisen, insbesondere auf VerwGE B 2000/8 vom 19. September 2000 E. 3a/bb und VerwGE B 1999/113 vom 14. Dezember 1999 E. 3d).

Die Bemessung der Höhe der Nutzungsentschädigung richtet sich nach Art. 41<sup>bis</sup> ff. GNG in Verbindung mit Art. 1 ff. der Verordnung über Nutzungsentschädigungen und Gebühren für Bewilligungen nach dem GNG (sGS 751.12, VNEGNG). Nach Art. 41<sup>bis</sup> Abs. 1 GNG richtet sich die Höhe der Entschädigung nach dem verschafften wirtschaftlichen Vorteil (lit. a), dem der Öffentlichkeit entstehenden Nachteil (lit. b) sowie Art und Dauer der Bewilligung (lit. c), wobei dem wirtschaftlichen Vorteil des Konzessionärs eine gewisse Vorrangstellung zukommt (vgl. VerwGE B 2000/38 vom 24. August 2000 E. 3c/cc, in: GVP 2000 Nr. 22). Für Bewilligungen von Bauten und Anlagen auf oder über Strand- oder Seeboden, der unter der Hoheit oder im Eigentum des Staates steht, werden Nutzungsentschädigungen bis höchstens CHF 30 je Quadratmeter beanspruchter Land- oder Wasseroberfläche, wenigstens CHF 200 je Nutzung, erhoben. Der Gesetzgeber hat somit einen – der Teuerung unterliegenden (Art. 41<sup>ter</sup> GNG) – Gebührenrahmen für eine Flächeneinheit festgelegt und es im Übrigen dem Verordnungsgeber überlassen (Art. 41<sup>quater</sup> GNG), dessen Anwendung im Einzelfall anhand der in Art. 41<sup>bis</sup> Abs. 1 GNG verankerten Grundsätze zu konkretisieren (vgl. VerwGE B 2004/89 vom 9. November 2004 E. 4a mit Hinweisen). Laut Art. 1 Abs. 1 VNEGNG besteht die Nutzungsentschädigung aus einer Grundnutzungsentschädigung und einem Zuschlag. Die Grundnutzungsentschädigung richtet sich nach Art und Dauer der Bewilligung (Art. 2 VNEGNG), während der Zuschlag nach dem verschafften wirtschaftlichen Vorteil und dem für die Öffentlichkeit



entstehenden Nachteil bemessen wird (Art. 3 Abs. 1 VNEGNG). Nach Art. 1 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 1 VNEGNG beträgt die jährlich geschuldete Grundnutzungsentschädigung, abhängig von der Bewilligungsdauer CHF 4 (bis 10 Jahre), CHF 6 (über 10 bis 20 Jahre) oder CHF 8 (über 20 Jahre) pro Quadratmeter. Sie wird angemessen reduziert, wenn besondere Verhältnisse vorliegen, insbesondere wenn der Strand- und Seeboden unter der Hoheit des Staates, aber im Eigentum Dritter steht (Art. 5 Abs. 2 VNEGNG).

Massgebend für den Zuschlag sind nach Art. 3 Abs. 2 VNEGNG der kommerzielle Zweck einer Nutzung (lit. a); die Grösse der Nutzungsanlagen (lit. b); die Intensität der Nutzung (lit. c); die Erstellungs- und Betriebskosten (lit. d); die Auswirkungen der Nutzung auf die Umwelt (lit. e) und das Ausmass der Beeinträchtigung des Gemeingebrauchs (lit. f). Der Zuschlag beträgt nach Art. 5 Abs. 3 VNEGNG bis CHF 9 je Quadratmeter der beanspruchten Fläche. Damit wird der von Art. 41<sup>bis</sup> Abs. 2 GNG vorgegebene Rahmen für die Nutzungsentschädigungen (bis CHF 30 pro Quadratmeter) in Art. 5 VNEGNG bei weitem (insgesamt maximal CHF 17 pro Quadratmeter) nicht ausgeschöpft.

#### 4.

Hinsichtlich der Höhe der Grundnutzungsentschädigung bestätigte die Vorinstanz die vom AWE gestützt auf die Richtlinien für die Bemessung der jährlichen Nutzungsentschädigung für Anlagen an Seen des Tiefbauamtes vom 1. September 2003 (act. 8/5/2.7, S. 4, nachfolgend: Richtlinien) in der Sondernutzungsbewilligung vom 26. März 2019 einseitig festgesetzte Dauer der Bewilligung von 30 Jahren. Sie begründete dies in E. 6 des angefochtenen Entscheids (act. 2, S. 16-18) damit, dass die Bestimmung der Dauer der Sondernutzungsbewilligung im Ermessen der Bewilligungsbehörde liege. Zumindest im Fall der blossen Erneuerung einer Sondernutzungsbewilligung brauche sie nicht zwingend Gegenstand einer Vereinbarung zwischen Bewilligungsgeber und -nehmer zu sein. Bei Erneuerungen bzw. Verlängerungen von Sondernutzungsbewilligungen stünden die wirtschaftlichen Interessen, namentlich die Amortisation der Anlage, regelmässig nicht mehr im Vordergrund, weshalb die Dauer der Bewilligung einseitig von der Bewilligungsbehörde festgesetzt werden könne. Das gelte jedenfalls solange, als diese die Dauer der Bewilligung nach pflichtgemäsem Ermessen bestimme. Eine Mitsprachemöglichkeit des Bewilligungsnehmers bei der Dauer der Bewilligung sei in solchen Fällen nur mehr von untergeordneter, das Interesse der Bewilligungsbehörde an einer kantonsweit rechtsgleich gehandhabten Bewilligungspraxis hingegen von hoher Bedeutung.

Demgegenüber stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt (act. 5, S. 12 f. Ziff. III/3), die Richtlinien bildeten keine hinreichende gesetzliche Grundlage, um die



Dauer der Sondernutzungsbewilligung, welche sich direkt auf die Höhe der Nutzungsentschädigung auswirke (plus CHF 2/m<sup>2</sup> bei einer Bewilligungsdauer von 30 anstelle von 20 Jahren), einseitig durch das AWE festzusetzen. In Art. 5 Abs. 1 VNEGNG seien ausdrücklich drei verschieden lange Zeitspannen für die Bewilligung vorgesehen. Deshalb könne die Dauer der Bewilligung nicht einseitig von der Bewilligungsbehörde festgesetzt werden. Die Gleichbehandlung der Bewilligungsnehmer werde dadurch gewährleistet, dass alle mit der gleichen Bewilligungsdauer die gleiche Entschädigung zu entrichten hätten.

### 4.1.

Das Gemeinwesen muss von Zeit zu Zeit Gelegenheit erhalten, sich darüber zu vergewissern, ob die Sondernutzung mit dem öffentlichen Interesse noch in Einklang steht. Wäre das durch Konzession dem Privaten eingeräumte Recht ein ewiges, liefe dies darauf hinaus, dass das Gemeinwesen sich seiner Rechte und seiner Hoheit entäusserte, was nicht zulässig ist (vgl. dazu BGE 145 II 140 E. 6.4 und BGE 127 II 69 E. 4c je mit Hinweisen). Dementsprechend ist die Bewilligung (Art. 9 Abs. 1 GNG) nach Art. 4 Satz 1 der Vollzugsverordnung zum GNG (sGS 751.11, VVGNG) in der Regel zu befristen. Die Sondernutzungsbewilligung resp. -konzession ist ein gemischter Rechtsakt, der sowohl aus zweiseitigen Bestimmungen als auch aus einseitigen Bestimmungen mit Verfügungscharakter besteht. Die letzteren leiten sich direkt und zwingend aus dem Gesetz ab, wohingegen der Inhalt der zweiseitigen Elemente von den Parteien ausgehandelt werden kann. Die Bestimmung, welche die Dauer der Konzession festlegt, ist eine typisch zweiseitige (vgl. BGE 130 II 18 E. 3.1, in Pra 94 [2005] Nr. 40 und BGE 140 II 262 E. 10.3 je mit Hinweisen sowie den von der Vorinstanz angerufenen Entscheid VerwGE B 1999/82 vom 14. Dezember 1999 E. 5b, a.a.O.). Falls darüber keine Einigung erzielt wird, kann die Konzedentin die Konzessionsdauer in Form einer Verfügung festlegen, selbst wenn die Befristung gesetzlich nicht festgelegt ist und wenn sich folglich der Verfügungsteil auf keine gesetzliche Grundlage stützen kann (vgl. Wiederkehr/Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band II, Bern 2014, Rz. 1302). Dabei verfügt sie über einen Ermessensspielraum (vgl. BGer 1C\_371/2012 vom 30. Mai 2013 E. 6.4).

### 4.2.

Vorweg kann es der Beschwerdeführerin nicht zum Nachteil gereichen, dass sie erst im vorinstanzlichen Rekursverfahren darum ersuchte, die Nutzungsdauer auf 20 Jahre



festzulegen (act. 8/3, S. 7 f. Ziff. IV/2). Wie sie zu Recht ausgeführt hat (act. 8/3, S. 5 f. Ziff. III/4.2), liess ihr das Gesuchsformular (act. 8/5/6.1) keine Wahl, eine Bewilligungsdauer bis 10 oder 20 Jahre anstatt von 30 Jahren zu beantragen, obgleich Art. 5 Abs. 1 VNEGNG ausdrücklich verschiedenen langen Zeitspannen für die Bewilligung vorsieht. Überdies hat die Vorinstanz in Erwägung 2.3 des angefochtenen Entscheids (act. 2, S. 8 f.) festgestellt, dass das AWE anhörungslos die Dauer der Sondernutzungsbewilligung im Vergleich zur abgelaufenen Bewilligung vom 1. Oktober 1999 auf 30 Jahre ausgedehnt und (auch) dadurch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt habe. Unter diesen Umständen durfte die Beschwerdeführerin ihren Antrag auf Beschränkung der Dauer der Bewilligung auf 20 Jahre erst nachträglich im Rekursverfahren stellen.

Das kantonale Recht (GNG, VVGNG, VNEGNG) legt keine Bewilligungsdauer fest. Deshalb muss die Dauer der Bewilligung als vertragliches Element von den Parteien ausgehandelt werden. Daran ändert nichts, dass in Ziff. 2.5.3 der Richtlinien eine Maximaldauer von 50 Jahren und bei der Konzessionserneuerung bestehender Häfen eine Minimaldauer von 20 Jahren, eine Maximaldauer von 30 Jahren und in der Regel einer Bewilligungsdauer von 30 Jahren vorgeschrieben wird. Bei den Richtlinien handelt es sich um vollzugslenkende Verwaltungsverordnungen, welche weder für das Verwaltungsgericht noch für Private eine bindende Wirkung haben (vgl. VerwGE B 2015/19 vom 26. April 2018 E. 11.1 in fine mit Hinweisen und P. Hettich, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, Rz. 20.33). Entsprechende Vertragsverhandlungen erübrigen sich bei der vorliegenden Erneuerung einer Sondernutzungsbewilligung resp. -konzession sodann nicht. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz unterscheiden sich bei einer solchen Erneuerung, für bestehende Anlagen oder beim Wechsel von Konzessionären im Zeitpunkt des Erlöschens der ersten Konzession, die wirtschaftlichen Interessen des neuen Konzessionärs in der aktuellen Situation nicht wesentlich von denjenigen, auf die sich ein Konzessionär einer neuen Anlage berufen könnte (vgl. BGE 130 II 18 E. 3.3, in Pra 94 [2005] Nr. 40 und BGer 2E\_3/2009; 2E\_4/2009 vom 11. Juli 2011 E. 5.1 mit Hinweisen, insbesondere auf BGE 119 Ib 254 E. 5b und 10d ff.). Genauso wenig kann der Vorinstanz gefolgt werden, soweit sie argumentiert, dass das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV, vgl. dazu VerwGE B 2019/102 vom



20. Februar 2020 E. 8 mit Hinweis) die einseitige Festsetzung der Bewilligungsdauer durch das AWE von vornherein erheischen würde. Der Rechtsgleichheit wird dadurch Rechnung getragen, dass gemäss Art. 5 Abs. 1 VNEGNG für alle Konzessionen mit gleicher Dauer die gleich hohe Entschädigung zu entrichten ist. Vor diesem Hintergrund besteht noch kein Anlass, die Konzessionsdauer in Form einer Verfügung im Rahmen des dem AWE zustehenden Ermessens festzulegen. Vielmehr ist die Beschwerde in dieser Hinsicht teilweise gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Angelegenheit an das AWE vorerst zur Aufnahme von Vertragsverhandlungen, insbesondere über die Konzessionsdauer, mit der Beschwerdeführerin zurückzuweisen.

### 5.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter (act. 5, S. 4-12 Ziff. III/1-2.5), bei der Bemessung der Höhe der strittigen Nutzungsentschädigung hätte unter dem Aspekt des verschafften wirtschaftlichen Vorteils auch die frei schiffbare Fläche des Walensees als zusätzliches Kriterium berücksichtigt werden müssen. Diese sei im Vergleich zum Boden- bzw. Zürichsee rund 34- resp. fünfmal kleiner, d.h. ein Bootsführer auf dem Boden- oder Zürichsee ziehe einen massiv grösseren Nutzen aus seinem Sondervorteil mit einem Hafensplatz und den sich daraus ergebenden Möglichkeiten als ein solcher auf dem Walensee. Die Hafensbetreiber am Boden- oder Zürichsee könnten deshalb die Bootsplätze erheblich teurer vermieten als diejenigen am Walensee. Der Wert der Sondernutzung für den Betrieb der Hafenanlage sei damit am Boden- und Zürichsee höher als am Walensee, weshalb sich differenzierte Nutzungsentschädigungen aufdrängten. Selbst wenn die Nutzungsentschädigung allein eine Abgeltung für den wirtschaftlichen Vorteil des Hafensbetreibers für die Sondernutzung des Ufers oder des Sees in Ufernähe wäre, hänge der Wert dieser Sondernutzung direkt und kausal mit dem Wert/Nutzen der nutzbaren Seefläche zusammen. Im übrigen nehme die Attraktivität des Walensees mit einer tieferen Nutzungsentschädigung nicht zu. Dies sei die Konsequenz resp. der Preis für die gegenüber dem Boden- und Zürichsee geringere Attraktivität. Auch am Walensee könnten Bootsplätze vermietet werden, einfach nicht zu gleichen Preisen wie am Boden- oder Zürichsee. Die Rechtsgleichheit sei verletzt, wenn ein Hafensbetreiber am Boden- und Zürichsee seine Bootsplätze viel teurer vermieten könne als ein solcher am Walensee und dennoch keine höhere Nutzungsentschädigung leisten müsse als der Betreiber am Walensee. Es würden



Unterscheidungen unterlassen, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Im Weiteren verkehrten auf dem Walensee viel kleinere und schwächer motorisierte Boote, wodurch die Öffentlichkeit/Umwelt weniger belastet werde.

### 5.1.

Eine kostenunabhängige Kausalabgabe, wie sie hier zu beurteilen ist, untersteht mangels zu entgeltendem staatlichen Aufwand nicht dem Kostendeckungsprinzip (vgl. BGE 131 II 175 E. 3.2 mit Hinweis). Sie unterliegt aber dem Äquivalenzprinzip, jedenfalls dann, wenn sie eine Leistung abgibt, die grundsätzlich jedermann zur Verfügung stehen soll; bei der Konzessionierung von Regalen, die auch fiskalisch genutzt werden können, kommt hingegen das Äquivalenzprinzip höchstens bedingt zum Zuge (vgl. dazu BGE 138 II 70 E. 7.2, in: Pra 101 [2012] Nr. 86, und BGer 2C\_900/2011 vom 2. Juni 2012 E. 4.2, a.a.O., je mit Hinweisen, sowie R. Wiederkehr, Kausalabgaben, Bern 2015, S. 43). Das Äquivalenzprinzip konkretisiert im Bereich des Kausalabgaberechts einerseits das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) und andererseits das Gleichheitsgebot und das Willkürverbot (Art. 8 und Art. 9 BV). Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss. Der Wert der Leistung bemisst sich nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen; sie sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind. Dabei bleibt aber eine gewisse Pauschalierung oder Schematisierung zulässig und ist auch mit der Rechtsgleichheit vereinbar (vgl. BGE 143 I 220 E. 5.2.2, in: Pra 107 [2018] Nr. 39, BGer 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018 E. 8.4.1 und BGer 2C\_729/2013 vom 3. April 2014 E. 5.1, je mit Hinweisen sowie F. Uhlmann, Kriterien der Bemessung von Kausalabgaben in der Praxis, in: Häner/Waldmann [Hrsg.], Kausalabgaben, Bern 2015, S. 87 ff., S. 90 f., und R. Wiederkehr, Bemessungsgrundsätze des Kausalabgaberechts, in: recht 2019, S. 61 ff., abweichend in Bezug auf das Rechtsgleichheitsgebot D. Wyss, Kausalabgaben, Basel 2009, S. 82). In Bezug auf die Einräumung von



Sondernutzungskonzessionen für den öffentlichen Grund bemisst sich die Äquivalenz nach dem wirtschaftlichen Nutzen für den Konzessionär. Dieser ist verhältnismässig einfach zu ermitteln, wenn für die Leistung ein Marktwert besteht. Da aber für die Benützung des öffentlichen Grundes oft kein Marktwert besteht, ist eine solche Vergleichsrechnung nur eingeschränkt möglich. In der Rechtsprechung werden unterschiedliche Grössen herangezogen, um den Wert von Sondernutzungskonzessionen zu bemessen, so etwa der Preis, den der Konzessionär von seinen Mietern oder Kunden erheben kann, der Aufwand, den der Private betreiben müsste, um selber eine analoge Anlage zu erstellen, die Fläche und der Landwert des beanspruchten Bodens oder der Nutzen, den der Konzessionär zieht. Es gibt mithin nicht nur eine einzige richtige Lösung, sondern verschiedene sachlich haltbare und vertretbare Möglichkeiten für die Bemessung von Konzessionsabgaben (vgl. BGer 2C\_399/2017 vom 28. Mai 2018 E. 8.4.2 mit Hinweisen). Eine gesetzeskonforme Berechnung der Gebühr kann im konkreten Fall nicht ohne Weiteres unter Berufung auf das Äquivalenzprinzip beiseitegeschoben werden, selbst wenn schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angewendet werden, um die Höhe der Gebühr zu bestimmen. Eine gesetzeskonforme Gebühr ist aus Gründen der Äquivalenz erst dann herabzusetzen, wenn die an sich reguläre Anwendung des Tarifs im Ergebnis zu einer nicht mehr vertretbaren Abgabenhöhe führt. Lässt sich der Wert der Leistung nur schwer beziffern, verfügt der Gesetzgeber über einen weiten Beurteilungsspielraum (vgl. Wiederkehr/Richli, a.a.O., Rz. 569 f. und 1129 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

### 5.2.

Die umstrittene Nutzungsentschädigung von jährlich CHF 21'585 beruht auf einer massgeblichen Fläche von 2'091 m<sup>2</sup>, einer Grundnutzungsentschädigung von CHF 8 je Quadratmeter und einem Zuschlag von CHF 4 je Quadratmeter. Was die Höhe des *Zuschlags* anbetrifft, veranschlagte das AWE in seiner Vernehmlassung vom 29. Mai 2019 (act. 8/5, S. 3, und act. 8/5/2.3 f.) gestützt auf Ziff. 2.4 der Richtlinien insgesamt 3.5 Punkte. Dabei berücksichtigte es nach Art. 3 Abs. 2 lit. a, c, e und f VNEGNG die Vermietung der Bootsplätze im Hafen, eine Verhältniszahl von 2.46 zwischen der Gesamtfläche von 2'091 m<sup>2</sup> und der Stationierungsfläche von 849 m<sup>2</sup>, einen Anteil der Motorboote von mehr als einem Drittel der Gesamtzahl der Boote,



sowie den Umstand, dass die massgebende Fläche im Zusammenhang mit einer Nutzung für die Boote stehe. Unberücksichtigt liess es dabei die Grösse der freischiffbaren Seefläche des Walensees und die Grösse der Motorboote.

### 5.3.

Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt (E. 5.3 des angefochtenen Entscheids, act. 2, S. 16), weder aus dem Gesetzeswortlaut, den Materialien noch aus den zugehörigen Verordnungsbestimmungen ergäben sich Anhaltspunkte, dass der Gesetz- und der Verordnungsgeber die flächenmässige Ausdehnung der drei grossen Seen im Kanton St. Gallen als relevant für die Bemessung des wirtschaftlichen Vorteils betrachten wollten. Die Hafengebiete würden an allen drei grossen kantonalen Gewässern gleichbehandelt, weil die Seefläche für sich allein betrachtet keinen entscheidenden Einfluss auf den wirtschaftlichen Nutzen einer Hafenanlage habe. Das Erstellen und Betreiben von Hafenanlagen unterliege allein den Grundsätzen des freien Marktes. Bestünde aufgrund der mangelnden Attraktivität eines Sees keine Nachfrage nach Bootsplätzen, würden solche auch nicht angeboten. Es sei nicht Aufgabe des Gesetzgebers, eine allfällig geringere Nachfrage an einzelnen Seen über eine tiefere Nutzungsentschädigung zu fördern (vgl. dazu auch E. A der Verfügung des AWE vom 26. März 2019, act. 8/5/2, S. 2 f.).

### 5.4.

Das Verwaltungsgericht hat bereits mit Entscheid VerwGE B 2004/89 vom 9. November 2004 ausgeführt (E. 6), die Hafengebiete seien berechtigt, einen Teil eines öffentlichen Gewässers ausschliesslich zu nutzen, unabhängig davon, ob es sich um den Zürichsee, den Bodensee oder den Walensee handle. Die tatsächlichen Verhältnisse an diesen drei Seen wichen nicht derart voneinander ab, dass es sich aufdrängen würde, die Nutzungsentschädigung nach einem anderen Verteilungsschlüssel festzulegen. Die Tatsache allein, dass der kantonale Gesetzgeber auf eine seespezifische Regelung verzichtet habe, stelle jedenfalls aufgrund des gleichartigen tatsächlichen Nutzungsrechts – entgegen der bereits damals von der Beschwerdeführerin vertretenen Auffassung (vgl. Beschwerdeschrift vom 2. Juni 2004, S. 13 f.) – keine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots dar.

Aus den vorliegenden Akten und den im Internet öffentlich zugänglichen Informationen



## St.Galler Gerichte

(vgl. dazu Bericht des Preisüberwachers vom 25. April 2019, in: Newsletter Nr. 2/19, S. 2-4, Benutzungsgebühren nach Art. 21 Abs. 2 des Hafensreglements der Politischen Gemeinde A.\_\_ für die Hafenanlage B.\_\_ und Art. 22 des Hafensreglements der Politischen Gemeinde C.\_\_, sowie Tarife für Bootsplätze der Politischen Gemeinde D.\_\_, gültig ab 1. Januar 2012, und Mietpreise gemäss Belegungsplan der Ortsgemeinde F.\_\_ vom 8. Mai 2019 sowie der M.\_\_ AG für den Hafen E.\_\_) sowie den in Erwägung 5c des Entscheids VerwGE B 2004/89 vom 9. November 2004 angeführten Mietpreisen ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Mietpreise von Bootsplätzen mit der frei schiffbaren Seefläche in Zusammenhang stünden. Im Gegenteil lässt sich dem Bericht des Preisüberwachers entnehmen, dass die Preise für Bootsplätze in Häfen am Bodensee nicht – gemäss der Argumentation der Beschwerdeführerin – durchwegs höher sind als für solche in Häfen am Zürichsee. Ansonsten lässt sich daraus lediglich in allgemeiner Weise auf eine grosse Nachfrage nach Bootsliegeplätzen und eine gewisse Preisunempfindlichkeit schliessen. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass für die Vermietung von Bootsplätzen insofern kein freier Markt existiert, als solche Plätze aufgrund der Erfordernisse des Natur- und Landschaftsschutzes bzw. der staatlichen Planung nur in limitierter Zahl zur Verfügung stehen (vgl. BGer 2P.13/2005 vom 21. Juni 2005 E. 3.5). Bei gegebener Aktenlage kann somit nicht gesagt werden, bei der konkreten Bemessung der Höhe der Nutzungsentschädigung sei die frei schiffbare Seefläche vom AWE resp. der Vorinstanz in allzu schematischer Weise nicht berücksichtigt worden, zumal bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des verschafften wirtschaftlichen Vorteils ein Handlungsspielraum der Verwaltung zu wahren ist und sich das Verwaltungsgericht eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen hat (vgl. dazu BGE 145 I 52 E. 3.6 mit Hinweisen). Dies umso mehr, als unter dem Aspekt des verschafften wirtschaftlichen Vorteils (Art. 41<sup>bis</sup> Abs. 1 lit. a GNG) das wirtschaftliche Interesse des Hafensbetreibers und nicht dasjenige der Bootsführer relevant ist; dasjenige der Bootsführer fliesst nur indirekt in die wirtschaftlichen Interessen der Hafensbetreiber ein, indem es die Nachfrage beeinflusst. Demnach ist die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung aus dem Jahr 2004 und damit auch der Schluss der Vorinstanz zu bestätigen, wonach die Seefläche für sich allein betrachtet keinen entscheidenden Einfluss auf den wirtschaftlichen Nutzen einer Hafenanlage hat.



### 5.5.

Des Weiteren ist die Schadstoffbelastung von Motorbooten von ähnlicher Komplexität wie diejenige von Autos und hängt nicht allein von der Grösse oder Motorisierung des Motorboots ab. Die Vorinstanz durfte die Bemessung des AWE daher bestätigen, ohne (implizit) die Grösse der Motorboote unter dem Gesichtspunkt der Auswirkungen der Nutzung auf die Umwelt (Art. 3 Abs. 2 lit. e VNEGNG) zu berücksichtigen.

Die Beschwerde erweist sich demzufolge in diesen Punkten als unbegründet.

### 6.

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens vollumfänglich zu Lasten des Staates (Vorinstanz, vgl. dazu Art. 95 Abs. 1 VRP und VerwGE B 2017/76 vom 16. August 2018 E. 5 mit Hinweisen). Eine Entscheidgebühr von CHF 3'000 erscheint angemessen (Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12, GKV); auf die Erhebung ist nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP). Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin den im Rekursverfahren geleisteten Kostenvorschuss im Betrag von CHF 1'800 zurückzuerstatten.

Der Beschwerdeführerin als Gemeinwesen steht vorliegend ausnahmsweise Anspruch auf Ersatz der ausseramtlichen Kosten zu (vgl. dazu VerwGE K 2011/7 vom 23. August 2012 E. 6.2 mit Hinweis und demgegenüber VerwGE B 2019/28 vom 20. März 2019 E. 3 mit Hinweisen, T. Geiser, in: Niggli/uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, Art. 68 Rz. 19 ff., und A. Linder, in: Rizvi/Schindler/Cavelti [Hrsg.], a.a.O., Art. 98<sup>bis</sup> Rz. 20), da sie wie ein Privater betroffen ist (vgl. BGer 2P.13/2005 vom 21. Juni 2005 E. 1.3). Der Staat (Vorinstanz) hat die Beschwerdeführerin für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren deshalb ausseramtlich ermessensweise pauschal mit insgesamt CHF 6'250 (CHF 2'750 für das Rekurs- und CHF 3'500 für das Beschwerdeverfahren) zuzüglich CHF 250 Barauslagen (vier Prozent von CHF 6'250) zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 98<sup>bis</sup> VRP; Art. 30 Ingress und lit. b Ziff. 1 sowie Art. 31 Abs. 1 und 2 des Anwaltsgesetzes; sGS 963.70, AnwG; Art. 6, Art. 22 Abs. 1 Ingress und lit. b sowie Art. 28<sup>bis</sup> der Honorarordnung, sGS 963.5, HonO). Mangels Antrag ist kein Mehrwertsteuerzuschlag hinzuzurechnen (vgl. Art. 29 HonO).



### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht zu Recht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, die angefochtene Entscheidung aufgehoben und die Angelegenheit im Sinne der Erwägungen an das AWE zurückgewiesen.

#### **2.**

Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 3'000 bezahlt der Staat (Vorinstanz). Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin den im Rekursverfahren geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 1'800 zurückzuerstatten.

#### **3.**

Der Staat (Vorinstanz) entschädigt die Beschwerdeführerin für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren ausseramtlich mit insgesamt CHF 6'500 ohne Mehrwertsteuer.