



**Fall-Nr.:** I/2-2012/28  
**Stelle:** Verwaltungsrekurskommission  
**Rubrik:** Abgaben und öffentliche Dienstpflichten  
**Publikationsdatum:** 10.01.2013  
**Entscheiddatum:** 10.01.2013

### **Entscheid Verwaltungsrekurskommission, 10.01.2013**

**Art. 29 StrG (sGS 732.1), Art. 24 Abs. 1 lit. a VRP (sGS 951.1), Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101). Die Errichtung einer Rampe mit Treppe auf dem öffentlichen Grund im Dienste des Kundenverkehrs und der Anlieferung einer konkreten Liegenschaft geht über den gesteigerten Gemeingebrauch hinaus und ist als Sondernutzung zu qualifizieren. Das Strassengesetz enthält eine hinreichende kantonale rechtliche Grundlage zur Erhebung einer Konzessionsgebühr. Verzichtet die örtliche Behörde auf den Erlass eines Tarifs, hat sie die Veranlagung im Einzelfall hinreichend zu begründen, insbesondere auszuführen, wie sie die Bemessungsregeln des Strassengesetzes anwendet (Urteil der Verwaltungsrekurskommission, Abteilung I/2, 10. Januar 2013, I/2-2012/28).**

Präsident Ralph Steppacher, Mitglieder Rudolf Lippuner und Martin Würmli;  
Gerichtsschreiber Philipp Lenz

X, Rekurrent,

vertreten durch lic.iur. Christian Lörli, Rechtsanwalt, Schmidstrasse 9,  
8570 Weinfelden,

gegen

Stadtrat Y, Vorinstanz,

betreffend

jährliche Sondernutzungsabgabe für Konzession



### Sachverhalt:

A.- X ist Eigentümer der Liegenschaft GS-Nr. 999 (Grundbuch Y) an der J-Strasse 2, einer Seitenstrasse zur O-Strasse in Y. Darauf befindet sich unter anderem das "S-Haus", das derzeit umgebaut und erweitert wird. Dabei wird das Gebäude von der östlich angrenzenden J-Strasse (GS-Nr. 000) her mittels einer Rampe bzw. Treppe für den Waren- und Personenverkehr zugänglich gemacht.

Mit Beschluss vom 15./16. Februar 2012 genehmigte der Stadtrat Y eine von X beantragte Konzession für die Beanspruchung von rund 27 Quadratmetern des öffentlichen Grundes zur Errichtung einer entsprechenden Baute. Sie wurde vorerst auf zehn Jahre befristet (bis 31. Dezember 2023), kann danach jedoch verlängert werden, sofern die dann geltenden Voraussetzungen für die Konzessionserteilung erfüllt sind. Die jährliche Konzessionsgebühr beträgt Fr. 5'000.-- (Ziff. 10 der Konzession). Stadtpräsident und Stadtschreiber wurden ermächtigt, den Konzessionsvertrag zu unterzeichnen. Die Konzession wurde mit Entscheid vom 16. Februar 2012 erteilt.

B.- Mit Eingabe vom 2. März 2012 erhob X durch seinen Rechtsvertreter beim Baudepartement Rekurs und beantragte, Ziffer 10 der Konzession vom 16. Februar 2012 sei aufzuheben; die jährliche Abgabe für die Sondernutzung sei auf Fr. 255.-- festzusetzen, eventualiter sei die jährliche Abgabe durch die Rekursinstanz angemessen herabzusetzen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Die Vorinstanz liess sich am 12. April 2012 vernehmen. Sie beantragte, der Rekurs sei vollumfänglich abzuweisen und die Kosten des Verfahrens dem Rekurrenten aufzuerlegen.

Am 25. April 2012 überwies das Baudepartement den Rekurs zuständigkeitshalber an die Verwaltungsrekurskommission. Darüber wurde der Rekurrent mit Schreiben vom 27. April 2012 informiert. Gleichzeitig erhielt er die Vernehmlassung der Vorinstanz zur Kenntnisnahme.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten und die Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.



### Erwägungen:

1.- Die Eintretensvoraussetzungen sind von Amtes wegen zu prüfen. Die Verwaltungsrekurskommission ist zum Sachentscheid zuständig. Die Befugnis zur Rekurerhebung ist gegeben. Der Rekurs vom 2. März 2012 (Poststempel) ist rechtzeitig eingereicht worden. Er erfüllt in formeller und inhaltlicher Hinsicht die gesetzlichen Anforderungen (Art. 41 lit. h Ziff. 5, 45 Abs. 1, 47 Abs. 1 und 48 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt: VRP).

2.- Der Rekurrent macht geltend, bei der Beanspruchung des öffentlichen Grundes auf dem Grundstück Nr. 000 handle es sich nicht um eine Sondernutzung, sondern um gesteigerten Gemeingebrauch.

a) Im st. gallischen Strassengesetz (sGS 732.1, abgekürzt: StrG) wird keine eindeutige Abgrenzung zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung vorgenommen. In Art. 24 StrG, der die generelle Konzessionspflicht von Sondernutzungen festlegt, erfährt der Begriff jedoch eine gewisse Konkretisierung, indem die Konzessionspflicht insbesondere für bleibende Bauten und Anlagen auf, in oder über Strassen stipuliert wird (Abs. 2). Es handelt sich um eine intensive und lang andauernde Nutzung, die der Zweckbestimmung der Strasse nicht entspricht und schlichten oder gesteigerten Gemeingebrauch am gleichen Ort und zur gleichen Zeit ausschliesst (vgl. H.P. Vogt, in: G. Germann [Hrsg.], Kurzkommentar zum st. gallischen Strassengesetz vom 12. Juni 1988, St. Gallen 1989, N 1 zu Art. 24 StrG). Bei der Beurteilung, ob eine Sondernutzung vorliegt, sind insbesondere zwei Kriterien von Bedeutung. Einerseits ist zu klären, ob das erteilte Recht den Charakter eines als unentziehbar gedachten Rechts hat. Ist dies zu bejahen und hat die Sachnutzung zudem ausschliesslichen (exklusiven) Charakter, ist von einer Sondernutzung zu sprechen, wobei die besondere, sich namentlich in der Erstellung "fester und dauernder Anlagen" äussernde Intensität der Sachnutzung ein gewichtiges Indiz für die Unentziehbarkeit der Rechtsverleihung bedeutet (vgl. Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Aufl. 1976, Nr. 119, S. 835).



b) Der Rekurrent bestreitet den exklusiven Charakter der Nutzung und führt an, die Treppe bzw. Rampe könne auch von Fussgängern genutzt werden. Diese könnten wählen, ob sie die zwölf Meter breite J-Strasse begehen wollten oder die zwei Meter breite Treppe oder Rampe. Diese stehe folglich sämtlichen Benutzern offen und könne auch als Sitzgelegenheit dienen. Ähnliche Situationen seien in der Altstadt von Y anzutreffen. Die Tatsache, dass in die Körperlichkeit der öffentlichen Sache eingegriffen werde, sei zwar ein Indiz für eine Sondernutzung. Da jedoch weder der bestimmungsgemässe Gebrauch noch die anderen Benutzungsberechtigten ausgeschlossen würden, liege keine Sondernutzung vor.

c) Die Konzession umfasst die Erstellung und Nutzung einer Rampe bzw. von Stufen auf der J-Strasse. In Ziffer 2 der Konzession wird die zulässige Nutzung umschrieben: "Die Konzessionsfläche darf nur für Anlieferungen und Kundenverkehr für das Gebäude auf dem Grundstück Nr. 999 beansprucht werden. Andere Verwendungen sind nicht zulässig". Die Konzession verpflichtet den Rekurrenten somit nicht, die konzedierte Fläche für den Fussgängerverkehr zugänglich zu machen. Dass eine solche Rampe bzw. Treppe in der Regel auch von längsverkehrenden Fussgängern genutzt wird, ist jedoch nicht zu bestreiten. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, sie stehe dem Publikum uneingeschränkt zur Verfügung. Das ist eben gerade nicht der Fall, denn die Fläche dient gemäss Konzession ausschliesslich dem Kundenverkehr und der Anlieferung und trägt in ihrer baulichen Gestaltung auch primär diesen Zwecken Rechnung. Ins Gewicht fällt auch, dass eine Bewilligung nach Art. 21 f. StrG einer mit erheblichen Investitionen verbundenen Nutzungsintensität nicht gerecht wird. Sie lässt nämlich einen entschädigungslosen Entzug zu, wenn Vorschriften nicht eingehalten werden oder wichtige öffentliche oder private Interessen es erfordern (Art. 23 StrG). Dagegen untersteht ein Konzessionsentzug einem wesentlich strengeren Regime. Er ist nur aus den in der Konzession genannten Gründen oder, wenn die Voraussetzungen der Enteignung erfüllt sind, zulässig (Art. 26 StrG).

Die Vorinstanz hat die Beanspruchung der Fläche von rund 27 Quadratmetern auf der J-Strasse somit zu Recht als Sondernutzung gemäss Art. 24 ff. StrG qualifiziert.

3.- Zu prüfen ist, ob die jährliche Konzessionsgebühr in der Höhe von Fr. 5'000.-- angemessen ist.



a) Die Nutzungsabgabe wird in Art. 29 StrG geregelt. Danach kann für den gesteigerten Gemeingebrauch und die Sondernutzung eine Abgabe verlangt werden (Abs. 1). Sie bemisst sich insbesondere nach der Nutzungsintensität, der Nutzungsdauer oder dem wirtschaftlichen Nutzen für den Berechtigten (Abs. 2). Als weiteres Bemessungskriterium kann auch der Schutz von Anwohnern und von gleichermassen Betroffenen vor umweltbelastenden Immissionen berücksichtigt werden (Abs. 3). Damit trug der kantonale Gesetzgeber dem in Art. 127 Abs. 1 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt: BV) verankerten, für alle Abgaben gültigen allgemeinen Verfassungsgrundsatz Rechnung, wonach der Gesetzgeber mindestens den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe und die Bemessungsgrundlage festlegen muss (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2010, N 2695). Der Kreis der Abgabepflichtigen wird zwar im Strassengesetz nicht genannt. Es ergibt sich jedoch ohne weiteres aus dem Sinn der Norm, dass die Bewilligungsnehmer und Konzessionäre von der Abgabepflicht betroffen sind. Art. 29 StrG stellt deshalb eine ausreichende gesetzliche Grundlage zur Erhebung der Nutzungsabgabe dar, sodass sich ein weiterer rechtssetzender Erlass erübrigt. Die politischen Gemeinden können jedoch die Höhe der Nutzungsabgabe in Form eines Tarifs präzisieren (vgl. dazu H.P. Vogt, a.a.O., N 1 ff. zu Art. 29 StrG).

Die politische Gemeinde Y hat einen Gebührentarif für das Gastwirtschaftswesen (act. 1/6) erlassen. Danach wird für den gesteigerten Gemeingebrauch für Gartenwirtschaften auf öffentlichem Grund auf Seitenstrassen zur O-Strasse für die Bemessungsperiode vom 1. März bis 31. Oktober (8 Monate) eine Gebühr von Fr. 80.-- pro Quadratmeter in Rechnung gestellt. Falls die Bewilligung nur für ein Jahr erteilt werden kann, reduziert sich die Gebühr um rund 30 Prozent. Die Sondernutzung wird in dieser Tarifordnung nicht erwähnt.

b) Der Rekurrent macht geltend, durch den Betrieb einer Gartenwirtschaft werde der öffentliche Grund intensiver genutzt als durch seine Baute. Zudem seien die übrigen Benutzungsberechtigten aufgrund der Tische und Stühle vom Betreten und Verweilen ausgeschlossen, weshalb der gesteigerte Gemeingebrauch gegenüber seiner Baute eine hohe Nutzungsintensität aufweise. Zudem werde für den Restaurantbetreiber ein hoher wirtschaftlicher Nutzen generiert. Da die Nutzungsintensität der öffentlichen Sache durch seine Baute nicht gesteigert werde, müsse die Abgabe wesentlich



weniger als Fr. 80.-- pro Quadratmeter betragen. Wäre seine Baute auf dem Grundstück eines Privaten verwirklicht worden, könnte dafür ein zehnjähriges Baurecht eingeräumt werden. Grundlage für die Berechnung des Baurechtszinses bilde der Landpreis. Dieser liege unter Fr. 900.-- pro Quadratmeter (vgl. act. 1/7). Ausgehend von einem im gegenwärtigen Marktumfeld realistischen Kapitalisierungszinssatz von 3.5 % sei ein jährlicher Baurechtszins von Fr. 850.-- zu entrichten ( $27 \text{ m}^2 \times \text{Fr. } 900.-- = \text{Fr. } 24'300.-- \times 3.5 \%$ ). Weil es an einer wirtschaftlichen Nutzung des Grundstückes fehle, das Baurecht nur für verhältnismässig kurze Zeit gewährt werde und der Baurechtsberechtigte nach Ablauf des Baurechts den Rückbau befürchten müsse, sei eine Reduktion des Baurechtszinses um mindestens 70 Prozent angebracht. Somit ergebe sich ein Baurechtszins von Fr. 255.--, was aufgrund des Äquivalenzprinzips auch der Höhe der Konzessionsgebühr entspreche. Im Übrigen sei zu berücksichtigen, dass von der vormaligen Eigentümerin des Restaurants V eine deutlich tiefere jährliche Gebühr von Fr. 2'400.-- erhoben worden sei. Dies zeige, dass die von ihm eingeforderte Konzessionsgebühr weder auf der Nutzungsintensität noch auf dem wirtschaftlichen Nutzen basiere. Sie verstosse somit gegen Art. 29 StrG.

c) In Ziff. 10 der Konzession vom 16. Februar 2012 wird die Bemessung der Abgabe nicht begründet. Die Vorinstanz erwog jedoch im Genehmigungsbeschluss vom 15./16. Februar 2012 (act. 5/2), die Konzessionsgebühr bemesse sich gemäss Art. 29 StrG nach Nutzungsintensität und Nutzungsdauer sowie wirtschaftlichem Nutzen für den Berechtigten. Vergleichsweise könne auch der Gebührentarif für die Benutzung des öffentlichen Grundes der Fussgängerzone "O-Strasse" beigezogen werden, wonach eine jährliche Benützungsg Gebühr von Fr. 3'600.-- geschuldet wäre. Eine Konzessionsgebühr von jährlich Fr. 5'000.-- sei daher angemessen. In der Rekursvernehmlassung vom 12. April 2012 legt die Vorinstanz ergänzend dar, auszugehen sei von einem Quadratmeterpreis von Fr. 2'500.--. Bei einem Baurechtszins von 3,5 % ergebe sich daher eine Abgabe von Fr. 2'362.50 ( $27 \text{ m}^2 \times \text{Fr. } 2'500.-- \times 3,5 \%$ ). Die Entschädigung für die Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch während der Sommermonate betrage Fr. 80.-- pro Quadratmeter für acht Monate. Hochgerechnet auf ein Jahr liege die Entschädigung bei Fr. 120.-- pro Quadratmeter, was einen Abgabebetrag von Fr. 3'240.-- ergebe ( $27 \text{ m}^2 \times \text{Fr. } 120.--/\text{m}^2$ ). Die Mieterträge für D und Z-Bank lägen nicht vor. Ausgehend von einem jährlichen Mietzins von Fr. 600.-- pro Quadratmeter könne der Rekurrent mit dem Aussenzugang



## St.Galler Gerichte

27 m<sup>2</sup> mehr Fläche vermieten, was einem Gegenwert von Fr. 16'200.-- entspreche.  
Eine Abgabe von Fr. 5'000.-- erscheine daher als gerechtfertigt.

Bei der streitigen Konzessionsgebühr handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Abgabe, deren Höhe sich nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip bestimmt. Das Äquivalenzprinzip verlangt, dass die Höhe der Gebühr im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert steht, den die staatliche Leistung für die Abgabepflichtigen hat. Dabei ist aus Gründen der Verwaltungsökonomie eine gewisse Pauschalisierung der Gebühren zulässig (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 2636, 2641). Eine solche wendet die Stadt Y in ihrem Gebührentarif für den gesteigerten Gemeindegebrauch an. Sie differenziert die Abgabe nach den Standorten "O-Strasse" (Fr. 100.--/m<sup>2</sup>), "Seitenstrassen zur O-Strasse" (Fr. 80.--/m<sup>2</sup>) und "übriges Stadtgebiet" (Fr. 40.--/m<sup>2</sup>) und gewichtet damit den wirtschaftlichen Nutzen, der mit zunehmender Zentralität zunimmt.

Die Vorinstanz bezeichnet eine Konzessionsgebühr von Fr. 5'000.-- im Ergebnis als angemessen. Die Berechnung bleibt allerdings unklar. Einerseits bezeichnet sie den Gebührentarif für den gesteigerten Gemeindegebrauch ohne nähere Begründung als analog anwendbar und kommt zu einem Abgabebetrag von Fr. 3'600.-- bzw. Fr. 3'240.--. Andererseits macht sie eine Abgabeberechnung analog eines Baurechts und kommt zu einem Betrag von Fr. 2'362.50. Schliesslich geht sie von einem nicht näher belegten zusätzlichen Mietwert von Fr. 16'200.-- pro Jahr aus. Damit ist die Bemessung der Abgabe für den Pflichtigen nicht nachvollziehbar. Nachdem keine Tarifpositionen vorhanden sind, kommt die Vorinstanz nicht umhin, bei der Veranlagung genauer zu begründen wie sie die Bemessungskriterien von Art. 29 Abs. 2 und 3 StrG anwendet. Die Bemessung der Abgabe muss nicht nur für den konkret zu beurteilenden Einzelfall, sondern auch im Hinblick auf zukünftige ähnlich gelagerte Fälle allgemein nachvollziehbar sein.

d) Die Begründung der Bemessung der umstrittenen Abgabe genügt daher den rechtsstaatlichen Erfordernissen nicht (Art 24 Abs. 1 lit. a VRP, Art. 29 Abs. 2 BV). Der Mangel kann nicht im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, weil so dem Rekurrenten der Rechtsmittelweg verkürzt wird. Zudem ist es nicht Sache der Rechtsmittelinstanz



## St.Galler Gerichte

die Bemessungskriterien für die Konzessionsabgabe in der Politischen Gemeinde Y erstmalig festzulegen.

Aus diesem Grund ist es nicht möglich, die Konzessionsgebühr im Rekursverfahren auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen. Die Ziffer 10 der Konzession vom 16. Februar 2012 sowie der Genehmigungsbeschluss der Vorinstanz vom 15./16. Februar 2012, soweit dieser die erwähnte Ziffer 10 der Konzession betrifft, sind deshalb aufzuheben, und die Streitsache ist zur hinreichend begründeten Veranlagung der Sondernutzungsabgabe im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dieses Ergebnis entspricht einer teilweisen Guttheissung des Rekurses.

4.- Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die amtlichen Kosten je zur Hälfte dem Rekurrenten und der Politischen Gemeinde Y aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von Fr. 1'000.-- ist angemessen (vgl. Art. 7 Ziff. 122 der Gerichtskosten-verordnung, sGS 941.12). Fr. 500.-- des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 1'000.-- sind zu verrechnen; die restlichen Fr. 500.-- sind dem Rekurrenten zurückzuerstatten. Auf die Erhebung des Kostenanteils der Gemeinde ist aufgrund der finanziellen Interessen, welche vom Gemeinwesen verfolgt werden, nicht zu verzichten (Art. 95 Abs. 3 VRP).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 98bis VRP; vgl. R. Hirt, die Regelung der Kosten nach st. gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss. St. Gallen 2004, S. 183).

### Entscheid:

1. Der Rekurs wird teilweise gutgeheissen und Ziffer 10 der Konzession vom 16. Februar 2012 sowie der stadträtliche Genehmigungsbeschluss vom 15./16. Februar 2012, soweit er die Ziffer 10 der Konzession betrifft, werden aufgehoben.



2. Die Streitsache wird zur hinreichend begründeten Veranlagung der Sondernutzungsabgabe  
im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
  
3. Die amtlichen Kosten von Fr. 1'000.-- bezahlen je zur Hälfte die Politische Gemeinde Y und  
der Rekurrent, unter Verrechnung des Kostenvorschusses von Fr. 1'000.--; der Betrag von  
Fr. 500.-- wird dem Rekurrenten zurückerstattet.