F: 21. August 2017

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich

4. Abteilung

EINGEGANGEN
19. Juni 2017

VB.2017.00215

Urteil

der 4. Kammer

vom 14. Juni 2017

Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Tamara Nüssle, Verwaltungsrichter André Moser, Gerichtsschreiber Reto Häggi Furrer.

In Sachen

1. Walter **Sieger,**
   Leimbachstrasse 32, 8134 Adliswil,

2. Ursi **Altwegg,**
   Badstrasse 5, 8134 Adliswil,

beide vertreten durch Walter Sieger,
Leimbachstrasse 32, 8134 Adliswil,

Beschwerdeführende,

gegen

Stadt Adliswil,
8134 Adliswil,
vertreten durch RA Marianne Kull Baumgartner,
Florastrasse 1, 8008 Zürich,

Beschwerdegegnerin,

betreffend Stadthausareal (Stimmrechtsbeschwerde),

hat sich ergeben:

I.

Der (Grosse) Gemeinderat der Stadt Adliswil beschloss am 9. Dezember 2015 auf Antrag des Stadtrats unter anderem, den Verkauf des Baufelds A im "Stadthausareal" im Halt von 3'488 m^2 zum Gesamtpreis von Fr. 5'478'641.- sowie zwei Baurechtsverträge für die Baufelder B1 und B2 im Halt von insgesamt 2'604 m^2 zu genehmigen; mit Beschluss vom gleichen Tag setzte er sodann für das Stadthausareal einen privaten Gestaltungsplan fest (vgl. act. 7/5/1).

II.

A. Walter Sieger und Ursi Altwegg erhoben am 15. Dezember 2015 Rekurs in Stimmrechtssachen beim Bezirksrat Horgen und beantragten, diese Beschlüsse seien aufzuheben bzw. für unzulässig zu erklären; der Stadtrat Adliswil sei sodann anzuweisen, die überbauten und nicht überbauten Liegenschaften des Stadthausareals nach den für das Finanzvermögen geltenden Vorschriften zu bewerten, und es sei ein allfälliger Einnahmeverzicht im Hinblick auf den Verkauf dieser Liegenschaften offenzulegen und das Geschäft vom aufgrund der Höhe des Einnahmeverzichts zuständigen Organ genehmigen zu lassen (act. 7/1, auch zum Folgenden). Als Begründung führten sie an, der Verkauf bzw. die Abgabe des Baulands im Baurecht sei mit einem Einnahmeverzicht von mehr als Fr. 2'000'000.- verbunden, weshalb darüber an der Urne zu befinden sei. Mit Stellungnahme vom 15. Februar 2016 zogen Walter Sieger und Ursi Altwegg ihren Rekurs insofern teilweise zurück, als sie beantragt hatten, die Liegenschaften seien nach den für das Finanzvermögen geltenden Vorschriften zu bewerten (act. 7/9). Mit Beschluss vom 10. Juni 2016 trat der Bezirksrat auf den Rekurs nicht ein, weil dieser zu spät erhoben worden sei (act. 7/17).

B. Das Verwaltungsgericht hiess eine hiergegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 27. Juli 2016 gut, hob den Beschluss vom 10. Juni 2016 auf und wies die Angelegenheit zur weiteren Behandlung an den Bezirksrat Horgen zurück (VB.2016.00360 = act. 7/21).

C. Mit Beschluss vom 20. März 2017 wies der Bezirksrat Horgen den Rekurs ab, soweit er ihn nicht als durch Rückzug erledigt abschrieb (act. 4, Dispositiv-Ziff. I).

III.

Walter Sieger und Ursi Altwegg führten am 26./27. März 2017 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragten die Aufhebung des Rekursentscheids und die Gutheissung ihrer Rekursbegehren, soweit sie diese nicht im Rekursverfahren zurückgezogen hatten (act. 2 S. 1). Der Bezirksrat Horgen verzichtete am 31. März 2017 auf eine Vernehmlassung (act. 6); die Stadt Adliswil schloss mit Beschwerdeantwort vom 5. April 2017 auf Abweisung der Beschwerde (act. 9).

Die Kammer erwägt:

1.

Das Verwaltungsgericht ist für Beschwerden gegen erstinstanzliche Entscheide eines Bezirksrats etwa über einen Stimmrechtsrekurs nach § 151a Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 6. Juni 1926 (GG, LS 131.1) und § 41 in Verbindung mit §§ 19 Abs. 1 lit. c und Abs. 3 Satz 1, 19a, 19b Abs. 2 lit. c sowie §§ 42–44 e contrario des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) zuständig.

Als Stimmberechtigte der Stadt Adliswil sind die Beschwerdeführenden nach § 49 in Verbindung mit § 21a lit. a VRG zur Beschwerde berechtigt.

Weil auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

2.1 Streitgegenstand bildet die Frage, ob der Verkauf von Bauland sowie die Abgabe von Bauland im Baurecht hier dem obligatorischen Finanzreferendum unterstehe. Die Beschwerdeführenden machen geltend, der Stadtrat habe Vorgaben für die Nutzung des Areals gemacht, welche zu einem tieferen Verkaufspreis bzw. Baurechtszins und damit zu

einem Einnahmeverzicht von mehr als Fr. 2'000'000.- geführt hätten, was von den Stimmberechtigten zu bewilligen sei (act. 2 S. 2).

Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, für den Verkauf von Grundstücken oder deren Belastung mit Dienstbarkeiten sei ab einem Betrag von Fr. 400'000.- ausschliesslich der Gemeinderat zuständig. Sodann sei der Stadtrat für die Planung des Stadthausareals zuständig gewesen, weshalb "nicht von vornherein von einem Einnahmeverzicht ausgegangen werden" könne (act. 9 S. 3 f.).

2.2 Nach Art. 36 Abs. 2 der Gemeindeordnung der Stadt Adliswil vom 2. März 1997 (GO) entscheiden die Stimmberechtigten an der Urne über Spezialbeschlüsse für neue einmalige Ausgaben und Zusatzkredite oder entsprechende Einnahmenausfälle, sofern diese im Einzelfall den Betrag von Fr. 2'000'000.- übersteigen (Ziff. 2.1); der Verkauf von Grundstücken bzw. deren Belastung mit Dienstbarkeiten fällt demgegenüber ab einem Betrag von Fr. 400'000.- in die Zuständigkeit des Gemeinderats (Ziff. 2.6).

2.3 Als nicht (mehr) unmittelbar zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienender und damit frei realisierbarer Vermögenswert sind die streitgegenständlichen Grundstücke Gegenstand des Finanzvermögens (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 48 N. 12). Gemäss § 165 GG gelten für den Finanzhaushalt der Gemeinden bis zum Erlass einer neuen gesetzlichen Regelung weiterhin ausgewählte Bestimmungen des Finanzhaushaltsgesetzes vom 2. September 1979 (FHG; GS IV 193 ff.). Nach § 15 Abs. 4 FHG erfolgt die Veräusserung von Vermögenswerten an Dritte zum Verkehrswert, sofern damit keine öffentlichen Interessen verbunden sind. Grundstücke im Finanzvermögen sind demnach grundsätzlich nach dem Verkehrswert zu veräussern. Gemäss einer auch vom Bundesgericht verwendeten Umschreibung stellt der Verkehrswert den mittleren Preis dar, für den Grundstücke gleicher oder ähnlicher Grösse, Lage und Beschaffenheit wie die streitigen in der betreffenden Gegend unter normalen Verhältnissen zu einem bestimmten Zeitpunkt an einen Dritten verkauft werden können (BGr, 30. Januar 2013, 5A_670/2012, E. 3.2.1.2, mit Verweis auf BGE 103 Ia 103 E. 3a; vgl. Martina Fierz, Der Verkehrswert von Liegenschaften aus rechtlicher Sicht, Zürich 2001, S. 98 ff.; Kaspar Fierz, Immobilienökonomie und Bewertung von Liegenschaften, 6. A., Zürich etc. 2011, S. 255 ff.).

2.4 Das Finanzvermögen besteht aus jenen Vermögenswerten, die ohne Beeinträchtigung einer öffentlichen Aufgabenerfüllung veräussert werden können, wohingegen das Verwaltungsvermögen diejenigen Vermögenswerte umfasst, die unmittelbar der öffentlichen Aufgabenerfüllung dienen (§ 11 Abs. 2 und 3 Satz 1 FHG). Da das Finanzvermögen definitionsgemäss nicht zur (direkten) Verwirklichung öffentlicher Interessen beiträgt, sondern diesen lediglich mittelbar durch seinen Vermögenswert oder die anfallenden Erträge dient, darf das Gemeinwesen grundsätzlich nicht aus sozialpolitischen Gründen auf einen Teil eines sich abzeichnenden Gewinns verzichten (VGr, 2. Dezember 2015, VB.2015.00490, E. 4.3.1; vgl. auch Stefan Vogel, Der Staat als Marktteilnehmer, Zürich 2000, S. 268 ff.).

§ 15 Abs. 4 FHG lässt den Verkauf zu einem tieferen Wert jedoch zu, wenn damit öffentliche Interessen verbunden sind. Ein solcher Einnahmeverzicht zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gilt im Sinn von § 16 Abs. 2 FHG als Ausgabe (Hans Rudolf Thalmann, Kommentar zum Zürcher Gemeinderecht, 3. A., Wädenswil 2000, § 119 N. 1.5; Peter Saile/Marc Burgherr/Theo Loretan, Verfassungs- und Organisationsrecht der Stadt Zürich, Zürich/St. Gallen 2009, N. 788).

2.5 Vorliegend ist unbestritten, dass die weitreichenden Vorgaben, welche der Stadtrat potenziellen Investoren beim Kauf des Grundstücks machte, einen tieferen Verkaufspreis zur Folge hatten. Die Beschwerdegegnerin führt hierzu Folgendes aus: "Bereits vor Jahren befasste sich die Stadt mit der künftigen Entwicklung des Areals und der Definition eines Nutzungsprofils. Dieses diente im Investorenwettbewerb als Vorgabe und hatte gesamthaft sehr grosse Einschränkungen in Bezug auf die Überbaubarkeit bzw. Nutzungsmöglichkeiten der Grundstücke zur Folge, was sich selbstredend auf den Verkaufspreis auswirkt." Es sei gefordert worden, "dass die Überbauung ein Wohnhaus, ein Hotel, ein Mehrgenerationenhaus sowie ein Ärzte- und Gesundheitszentrum enthält. Mithin ein Mix der den Bedürfnissen der Bevölkerung zweifellos entgegen kommt" (zum Ganzen act. 9 S. 3 f). Damit macht die Beschwerdegegnerin sinngemäss geltend, Stadt- und Gemeinderat hätten dem Verkauf zu einem tieferen Wert zugestimmt, weil damit öffentliche Interessen verbunden seien.

2.6 Wie dargelegt, ist der mit der Verfolgung eines öffentlichen Interesses begründete Einnahmeverzicht bei der Veräusserung oder Belastung von Grundstücken als Ausgabe zu

qualifizieren. Die Zuständigkeit für den Entscheid, ob das fragliche öffentliche Interesse den damit verbundenen Einnahmeverzicht rechtfertige, richtet sich deshalb nach den in der Gemeindeordnung festgelegten Kompetenzen zum Beschluss über einmalige Ausgaben. Massgebend ist dabei die Differenz zwischen einem realistischen Verkaufspreis ohne die mit einem öffentlichen Interesse begründeten Auflagen und dem tatsächlichen Verkaufspreis mit diesen Auflagen. Soweit das Bauland im Baurecht abgegeben wird, ist die gleiche Berechnung auf der Grundlage des kapitalisierten Baurechtszinses vorzunehmen.

Eine andere Zuständigkeit kann sich dann ergeben, wenn der Einnahmeverzicht Folge einer gesetzlichen Regelung und deshalb als gebundene Ausgabe zu qualifizieren ist. Ebenfalls als gebundene Ausgabe zu betrachten ist ein Einnahmeverzicht, wenn dieser eine bereits im damaligen Zeitpunkt absehbare Folge eines Grundsatzentscheids des für den Ausgabebeschluss zuständigen Gemeindeorgans ist und dem für den Entscheid in der Sache zuständigen Organ auch bezüglich der konkreten Umsetzung kein grosser Handlungsspielraum mehr verbleibt (BGE 125 I 87 E. 3b mit Hinweisen; Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. A., Bern 2016, § 51 Rz. 45).

2.7 Vorliegend fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, welche den Gemeinderat verpflichtete, das Stadthausareal zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis zu verkaufen. Sodann ist auch in der Festsetzung des privaten Gestaltungsplans – welche dem fakultativen Referendum unterstand – kein den späteren Verkauf präjudizierender Grundsatzentscheid zu erblicken. Zunächst wurde der private Gestaltungsplan nicht vor dem Verkaufsentscheid, sondern gleichzeitig mit der Genehmigung des Verkaufs festgesetzt und konnte demnach den mit dem Verkauf verbundenen Einnahmeverzicht nicht präjudizieren. Sodann setzte eine solche präjudizierende Wirkung voraus, dass zumindest die Grössenordnung des mit der Festsetzung des Gestaltungsplans für das Gemeinwesen verbundenen Einnahmeverzichts bekannt wäre. Schliesslich wurde der Gestaltungsplan hier auf der Grundlage des Bauprojekts der Käuferschaft entwickelt und steht damit in derart enger Beziehung zum Grundstückverkauf, dass er nicht als vorausgehender Grundsatzentscheid qualifiziert werden kann. Aus den gleichen Überlegungen haben die sich aus dem Gestaltungsplan ergebenden Auflagen keinen Einfluss auf den Verkehrswert bzw. haben diese

ausser Acht zu bleiben. Demnach ist mit dem Verkauf ein Einnahmeverzicht verbunden, der als neue Ausgabe zu qualifizieren ist.

Der Gemeinderat hätte den Grundstückverkauf bzw. die Belastung mit einem Baurecht somit nur genehmigen dürfen, wenn das zuständige Organ zuvor den damit verbundenen Einnahmeverzicht bewilligt hätte; an einem solchen Ausgabenbeschluss fehlt es hier, und zwar – wie sich sogleich zeigt – auch dann, wenn der Ausgabenbeschluss in die Kompetenz des Gemeinderats fiele und dieser darüber durch Genehmigung des Verkaufs bzw. der Belastung mit einem Baurecht auch implizit entscheiden könnte.

Weder den Akten noch den Parteivorbringen lässt sich schlüssig entnehmen, zu welchem Preis die streitgegenständlichen Grundstücke ohne die zusätzlichen Auflagen verkauft bzw. im Baurecht abgegeben werden könnten. Damit bleibt auch unklar, welches Organ der Beschwerdegegnerin zuständig für den Beschluss über den Einnahmeverzicht ist. Aus dem gleichen Grund kann der Gemeinderat – sollte er zuständig sein – den Einnahmeverzicht mit der Genehmigung der Kauf- bzw. Baurechtsverträge nicht implizit bewilligt haben, weil dies zumindest voraussetzte, dass er Kenntnis von der Höhe des Einnahmeverzichts gehabt hätte. Schliesslich unterstünde ein solcher Ausgabenbeschluss dem fakultativen Referendum, wofür die Höhe des Einnahmeverzichts ebenfalls transparent gemacht werden müsste. Die Angelegenheit ist deshalb unter Aufhebung des entsprechenden Beschlusses des Gemeinderats an den Stadtrat zurückzuweisen. Dieser hat eine realistische Schätzung des Verkehrswerts vorzunehmen und das Geschäft anschliessend dem zuständigen Organ zu unterbreiten.

2.8 Anzumerken bleibt schliesslich, dass der Gemeinderat zu Unrecht davon ausging, gegen seinen Genehmigungsbeschluss könne kein fakultatives Referendum ergriffen werden (vgl. hierzu auch Protokoll des Gemeinderats 2014–2018 [act. 7/7/1], S. 492 [Votum Baldegger]). Da der Verkauf von Grundstücken nicht in den Ausnahmekatalog gemäss § 93 GG bzw. Art. 15 GO fällt, steht gegen entsprechende Beschlüsse des Gemeinderats das fakultative Referendum offen (Art. 14 GO).

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Dispositiv-Ziff. I des Rekursentscheids, soweit das Rechtsmittel damit abgewiesen wird, und der Gemeinderatsbeschluss vom 9. Dezember 2015 betreffend Genehmigung des Verkaufs des Baufelds A des Stadthausareals sowie zweier Baurechtsverträge für die Baufelder B1 und B2 sind aufzuheben. Die Angelegenheit ist im Sinn der Erwägungen an den Stadtrat Adliswil zurückzuweisen.

4.

Die Gerichtskosten sind auf die Gerichtskasse zu nehmen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 4 VRG).

5.

Letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide sind als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zu qualifizieren (BGE 138 I 143 E. 1.2, 133 V 477 E. 4.2; Felix Uhlmann, Basler Kommentar, 2011, Art. 90 BGG N. 9 Abs. 2). Sie sind daher vor Bundesgericht nur direkt anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Dispositiv-Ziff. I des Beschlusses des Bezirksrats Horgen vom 20. März 2017, soweit den Rekurs abweisend, und der Gemeinderatsbeschluss vom 9. Dezember 2015 betreffend Genehmigung des Verkaufs des Baufelds A des Stadthausareals sowie zweier Baurechtsverträge für die Baufelder B1 und B2 werden aufgehoben. Die Angelegenheit wird im Sinn der Erwägungen an den Stadtrat Adliswil zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

   Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen:

   Fr. 100.-- Zustellkosten,

   Fr. 2'100.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden auf die Gerichtskasse genommen.

4. Gegen dieses Urteil kann im Sinn der Erwägung 5 Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG erhoben werden. Sie ist binnen 30 Tagen ab Zustellung einzureichen beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14.

5. Mitteilung an:
   a) die Parteien;
   b) den Bezirksrat Horgen;
   c) den Regierungsrat.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber:

VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Versandt: 16. Juni 2017