



Durchleitungsrecht für Leitungen der öffentlichen Fernwärmeversorgung in der Stadt Zürich

(Die Rechtsgrundlagen: § 7 EnerG und § 295 Abs. 2 PBG)

Gutachten vom 28. September 2021

zu Händen des Rechtsdiensts des Departements der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich

Erstellt von

Dr. Meinrad Huser, Zug

Lehrbeauftragter an der ETH Zürich, Dozent an der ZHAW School of Management and Law, Winterthur, und der FHNW, Muttenz,
Konsulent bei AAK, Anwälte und Konsulenten AG, Zürich,
Inhaber der Huser Bau- und Immobilienrecht, Zug.

Dr. iur. Meinrad Huser

Blasenbergstrasse 9, 6300 Zug

Tel. +41 41 545 50 87 M. +41 79 964 02 37

meinrad.huser@fibermail.ch

www.huser-baurecht.ch

Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangslage	4
II.	Die Grundlagen für das Gutachten	5
1.	Vorbemerkung	5
2.	Erkenntnisse aus den Gutachten Fritzsche	6
3.	Vorgehen	6
III.	Das Energiegesetz	7
1.	Ziele und Instrumente	7
2.	Energieplanung	7
2.1	Grundlagen des kantonalen Rechts	7
2.2	Wärmeversorgung mit leitungsgebundenen Energieträgern in der Stadt Zürich	8
2.3	Die Fernwärmegebiete	8
2.3.1	Im Allgemeinen	8
2.3.2	Kriterien zum Bestimmen der Gebiete	9
a)	Technisches Vorgehen	9
b)	Energiezentralen und Versorgungsgebiete	9
2.3.3	Die einzelnen Versorgungsgebiete	10
a)	Gebiete für öffentliche Fernwärmeversorgung aus Heizkraftwerken	10
b)	Gebiete für Energieverbunde	11
c)	Koordinationsgebiete für Energienutzung aus Grundwasser / Seewasser	11
d)	Gebiete für die Gasversorgung	12
2.4	Juristische Qualifikation der Fernwärmegebieten	12
IV.	Das Planungs- und Baugesetz	14
1.	Ziele und Massnahmen der Raumplanung	14
2.	Die kantonalen und kommunalen Grundlagen im Allgemeinen	15
2.1	Planungsmassnahmen	15
2.1.1	Versorgungsplan	15
2.1.2	Baulinien	15
2.1.3	Quartierplanverfahren	16
2.2	Baurechtliche Normen	17
3.	Gemeinschaftswerke nach § 222 PBG im Speziellen	17
4.	Duldungspflicht der Durchleitungen nach § 295 Abs. 2 PBG	17
4.1	Vorbemerkung und Einleitung	17
4.2	Voraussetzungen der Pflicht im Allgemeinen	18
4.3	Nutzung lokaler Abwärme und erneuerbarer Energien	19
4.3.1	lokale Wärmequellen - lokal genutzt	19
4.3.2	Verbundgebiet	20
a)	Leitungen innerhalb des Verbundgebiets	20
b)	Energiequellen ausserhalb des Verbundgebietes	21
c)	Leitungen mit teilweisem Kontakt zum Verbundgebiet	21
c)	Wo findet § 295 Abs. 2 PBG Anwendung?	21
4.3.3	Rahmenbedingungen bei der Umsetzung der Durchleitungspflicht	22

V. Das Zusammenspiel der Rechtsbereiche zur Sicherung der Durchleitung	25
1. Massnahmen nach RPG/PBG	25
2. Energiegesetz und § 295 Abs. 2 PBG	25
3. Sicherung der Durchleitung durch Privatrecht	26
4. Fazit	27
VI. Beantwortung der gestellten Fragen	28

I. Ausgangslage

(1) Gemäss der kommunalen Energieplanung vom 2. Dezember 2020 (STRB Nr. 1144/2020) soll die Fernwärmeversorgung in der Stadt Zürich in den nächsten Jahren massiv ausgebaut werden.

(2) Es sind deshalb unter anderem Lösungen zu suchen, um die Erstellungskosten für die Fernwärmeleitungen so tief wie möglich zu halten. Soweit möglich, sollen Leitungen im Einzelfall durch Privatgrund verlegt werden, um komplizierte Verteilnetze mit kostspieligen «Umwegen» zu verhindern.¹

(3) Das Departement der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich (Departement, DIB) unterscheidet bei dieser Ausgangslage drei Fragenbereiche: 1. Durchleitung durch Privatgrund zu einer Nachbarliegenschaft für den Anschluss dieser Liegenschaft an die öffentliche Fernwärmeversorgung, 2. Durchleitung durch Privatgrund unabhängig vom Anschluss einer Liegenschaft an die öffentliche Fernwärmeversorgung (z.B. für einen Hauptstrang) und 3. Durchleitung auf Privatgrund innerhalb des Bereichs von Baulinien.

(4) Das Departement schätzt die Rechtslage in der Konstellation 3 als klar ein: Im Baulinienbereich seien öffentliche Unternehmungen und gemischtwirtschaftliche oder private Unternehmungen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, gestützt auf § 105 Planungs- und Baugesetz (PBG, LS 700.1) berechtigt, gegen Ersatz des verursachten Schadens unterirdische Leitungen samt zugehörigen Bauwerken zu erstellen und fortbestehen zu lassen. Diese Konstellation muss im Gutachten nicht weiter besprochen werden.² Die Konstellationen 1 und 2 sind jedoch im Rechtsgutachten zu klären.

(5) Das Departement stellt konkrete Fragen, die im Anschluss an die Ausführungen zu den Grundlagen (III. und IV) beantwortet werden (unten VI.).

¹ Rechtsdienst DIB, Aktennotiz vom 17. Dezember 2020.

² Siehe Aufgabenumschreibung des Rechtsdienstes des Departements der Industriellen Betriebe der Stadt Zürich (Aktennotiz vom 17. Dezember 2020)

II. Die Grundlagen für das Gutachten

1. Vorbemerkung

(6) Das Gutachten umfasst zwei *Schwerpunkte*: das Recht der Durchleitung der Fernwärmeleitungen durch private Grundstücke (mit und ohne Baulinien) sowie die rechtlichen Möglichkeiten, um die Kosten klein zu halten bzw. auf Dritte zu übertragen.

(7) Für den Bau von Versorgungsleitungen bestehen im Kanton und in der Stadt Zürich kaum Vorschriften, soweit sie der Groberschliessung dienen;³ auch für die Feinerschliessung finden sich keine spezifischen Normen. Das Gutachten nimmt die wenigen Bestimmungen auf, konzentriert sich dabei auf die allgemeinen *öffentlich-rechtlichen Normen*, insbesondere aus dem Energierecht, dem Planungs- und Baurecht und den weiteren raumwirksamen Bestimmungen des kantonalen und des städtischen Zürcher Rechts. Das private Durchleitungsrecht gemäss Art. 676 ZGB und die Duldungspflicht nach 691 ZGB sind nicht das Hauptthema⁴. Diese Regelungen werden aber soweit in die Untersuchung einbezogen, als sie die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen bei der Suche nach kostengünstigen Lösungen unterstützen.

(8) Das Gutachten geht von der bestehenden *Rechtsordnung* aus: Einerseits die Energiegesetzgebung (EnerG⁵, EnerV⁶) namentlich mit der darauf gestützten kommunalen Energieversorgungsplanung; andererseits das Planungs- und Baugesetz (PBG)⁷, namentlich die §§ 295 und 222 PBG.

(9) Das Gutachten orientiert sich an der bestehenden *Organisation*, wie sie im Planungsbericht Energieversorgung der Stadt Zürich (Planungsbericht)⁸ dargestellt und in einem Kurzgutachten und verschiedenen Zusatzabklärungen von Christoph Fritzsche zum Gemeinschaftswerk nach § 222 PBG⁹ erörtert ist.

(10) Kernthema des Gutachtens ist die Planung des Fernwärmeleitungsnetzes nach Energiegesetz und deren Umsetzung im Einzelfall mittels § 295 Abs. 2 PBG bzw. allfälligen weiteren konkreten Bestimmungen des Planungs- und Baugesetzes. Es äusserst sich nicht vertieft zum Verhältnis der Energiesachplanung (Fernwärme) zum allgemeinen raumwirksamen Planungsrecht, weist jedoch auf allenfalls offene Fragen hin.

³ FRITZSCHE CHRISTOPH/BÖSCH PETER/WIPF THOMAS/KUNZ DANIEL, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019, S. 237.

⁴ Siehe dazu grundlegend HUSER MEINRAD, Leitungen zwischen privatem und öffentlichem Sachenrecht, in ZBGR 97/2016, S. 221 ff.

⁵ Vom 19. Juni 1983 (LS 730.1)

⁶ vom 2. Dezember 2020 (LS 730.11)

⁷ vom 7. September 1975, LS 700.1

⁸ STADT ZÜRICH, Kommunale Energieplanung, Überarbeitung 2020, Beilage 2 zu STRB Nr. 1144/2020

⁹ FRITZSCHE CHRISTOPH, Gemeinschaftswerke nach § 222 / 295 PBG, Anschlusspflicht an eine öffentliche Fernwärmeversorgung, Kurzgutachten vom 13. Juli 2016 an den Rechtsdienst des AWEL (zit. Kurzgutachten), Rz. 33 ff.; FRITZSCHE CHRISTOPH, Kurzgutachten vom 20. Februar 2017 an das Departement der industriellen Betriebe der Stadt Zürich, Ergänzungsfragen zum Kurzgutachten vom 13. Juli 2016 (zit. Ergänzung 2), namentlich Rz. 6.

2. Erkenntnisse aus den Gutachten Fritzsche

(11) Im Jahre 2016 liess sich das Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft des Kantons Zürich (AWEL) zu den gesetzlichen Möglichkeiten einer Anschlusspflicht an Fernwärmeleitungen juristisch beraten. Christoph Fritzsche hielt seine Erkenntnisse im Kurzgutachten vom 13. Juli 2016¹⁰ fest. In den Ergänzungen vom 3. Dezember 2016¹¹ und vom 20. Februar 2017¹² präziserte er für das Departement der industriellen Betriebe der Stadt Zürich Einzelfragen.

(12) Diese Rechtsschriften klären die Anschlusspflicht nach § 295 Abs. 2 PBG und deren Verhältnis zum Energiegesetz (Energieplanung). Sie beantworten weder die Fragen nach dem Rechtsstatus der Leitungen des Fernwärmenetzes, noch äussern sie sich zu einer allfälligen Pflicht, die überwiegend erdverlegten Leitungen im privaten Grund dulden zu müssen.

3. Vorgehen

(13) Zu klären ist die Rechtslage der Leitungen für den Transport der thermischen Energie (Biomasse, Umweltwärme, Abwärme aus Kehrlichtverbrennungs- oder Abwasserreinigungsanlagen sowie aus der Industrie) vom Produzenten in einem wärmegeprägten Rohrsystem¹³ direkt oder über weitere (fremde) Grundstücke zum Hausanschluss. Diese Versorgung geschieht mit einem Energiemix,¹⁴ insbesondere mit der «Öffentliche Fernwärmeversorgung» und durch Energieverbände.¹⁵

(14) Das Energiegesetz und das Planungs- und Baurecht sind aus der Sicht des raumwirksamen Rechts grundsätzlich und im Zürcher Recht speziell eng verbunden. Das Energiegesetz bestimmt – so jedenfalls Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz¹⁶ – die Energieplanung und liefert damit die Entscheidungsgrundlagen. Das Planungs- und Baugesetz bestimmt das Instrumentarium zur Umsetzung.

(15) Das Gutachten befasst sich zunächst mit den beiden Gesetzgebungen im Einzelnen (III. und IV.) und stellt anschliessend ihr Zusammenspiel dar (V.).

¹⁰ FRITZSCHE CHRISTOPH, Gemeinschaftswerke nach § 222 / 295 PBG, Anschlusspflicht an eine öffentliche Fernwärmeversorgung, Kurzgutachten vom 13. Juli 2016 (zit. Kurzgutachten).

¹¹ FRITZSCHE CHRISTOPH, Kurzgutachten vom 3. Dezember 2016 an das Departement der industriellen Betriebe der Stadt Zürich, Ergänzungsfragen zum Kurzgutachten vom 13. Juli 2016 (zit. Ergänzung 1)

¹² FRITZSCHE, Ergänzung 2

¹³ DAZU FRITZSCHE, Kurzgutachten, Rz. 13

¹⁴ STADT ZÜRICH, Kommunale Energieplanung, Planungsbericht Energieversorgung, 1. November, Zürich 2020 (zit. Planungsbericht), S. 26.

¹⁵ Planungsbericht, S. 66 ff.

¹⁶ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 1301; FRITZSCHE, Ergänzung 1, Rz. 27.

III. Das Energiegesetz

(16) Gemäss der Verfassung schafft der Kanton Zürich günstige Rahmenbedingungen für eine ausreichende, umweltschonende, wirtschaftliche und sichere Energieversorgung (Art. 106 KV¹⁷). Diese Aufgabe hat er im Energiegesetz konkretisiert.¹⁸

1. Ziele und Instrumente

(17) Das Energiegesetz umschreibt die Massnahmen, um eine ausreichende, wirtschaftliche und umweltschonende Energieversorgung und die Effizienz der Energieanwendung zu fördern, die einseitige Abhängigkeit von einzelnen Energieträgern zu verhüten oder zu mindern und die Anwendung erneuerbarer Energien zu fördern (§ 1 EnerG).

(18) Die Ziele werden durch die Energieplanung (§ 4 – 8 EnerG), Energiesparmassnahmen (§ 9 – 14 EnerG) und durch Fördermassnahmen (§ 15 – 16 EnerG), insbesondere zur rationellen Energienutzung und zur Nutzung von Abwärme und erneuerbaren Energien (§ 16 Abs. 1 EnerG), anvisiert. Im vorliegenden Fall steht einzig die Energieplanung im Fokus.

2. Energieplanung

2.1 Grundlagen des kantonalen Rechts

(19) In der *kantonalen Energieplanung* legt der Regierungsrat (§ 4 EnerG) die anzustrebende Entwicklung der Energieversorgung und -nutzung fest und bezeichnet die dazu notwendigen staatlichen Mittel und Massnahmen. Diese Energieplanung ist im Bereich der Energieversorgung und -nutzung Entscheidungsgrundlage für Massnahmen der Raumplanung, Projektierung von Anlagen und Fördermassnahmen (§ 4 Abs. 2 EnerG).

(20) Die kantonale Energieplanung ist für die Gemeinden Grundlage der eigenen Energieplanung (§ 4 Abs. 3 EnerG). Der Regierungsrat kann einzelne Gemeinden oder die Gemeinden eines zusammenhängenden Energieversorgungsgebiets zur Durchführung einer Energieplanung verpflichten (§ 7 Abs 1 EnerG). Die *kommunale Energieplanung* kann für das Angebot der Wärmeversorgung mit leitungsgebundenen Energieträgern Gebiete ausscheiden, die insbesondere bei Massnahmen der Raumplanung als Entscheidungsgrundlage dienen (§ 7 Abs. 2 EnerG, § 6 EnerV).¹⁹ Diese Energieplanung ist in der Richt- und Nutzungsplanung zu berücksichtigen (6 Abs. 2 EnerV).

¹⁷ Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (SL 101)

¹⁸ Zu den Grundlagen umfassend: FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 756 f.

¹⁹ FRITZSCHE, Kurzgutachten, Rz. 23 ff.

2.2 Wärmeversorgung mit leitungsgebundenen Energieträgern in der Stadt Zürich

(21) Am 4. März 1973 beschloss das Stimmvolk der Stadt Zürich den Aufbau einer *Fernwärmeversorgung als Gemeindeaufgabe* in Form eines selbständigen kommunalen Versorgungsbetriebs. Die räumliche Ausdehnung und die Etappierung des Ausbaus sollten in einem "Generalplan" (Energieplanung) festgelegt werden.²⁰

(22) Die Energieversorgungsplanung der Stadt umfasst eine *Analyse des Energieangebots und der Energienachfrage* (Planungsbericht), die behördenverbindlichen räumlichen Festsetzungen zur leitungsgebundenen thermischen Energieversorgung (Energieplankarte) und den Massnahmenkatalog Energieversorgung sowie Informationen zu den Optionen der thermischen Energieversorgung (Themenkarten). Der Fokus liegt auf der räumlichen Festlegung geeigneter Gebiete für die leitungsgebundene Energieversorgung (Energieplankarte).²¹

(23) Nach der kommunalen Energieplanung erfolgt die *Leitungsführung* grundsätzlich im öffentlichen Untergrund. «Aus wirtschaftlichen und technischen Gründen kann es jedoch Sinn machen, Leitungsabschnitte auf Privatgrund zu verlegen (z.B. bei der Realisierung von Gemeinschaftsanschlüssen). ... Die Stadt Zürich (nimmt) ... im Ausnahmefall (ultima ratio) mittels Sicherung durch Baulinien Durchleitungsrechte in Anspruch.»²²

2.3 Die Fernwärmegebiete

2.3.1 Im Allgemeinen

(24) Das Energiegesetz bietet die Grundlage für das Ausscheiden von Gebieten für die Energieversorgung. Diese «Energieversorgungsgebiete» (§ 7 Abs. 1 EnerG) bzw. «Gebiete für das Angebot der Wärmeversorgung» mit leitungsgebundenen Energieträgern (§ 7 Abs. 2 EnerG) werden und sind in der Energieplankarte festgesetzt.²³

(25) Im Energierecht finden sich kaum Vorgaben, wie und wo diese Gebiete festzusetzen sind. Von Bedeutung ist jedoch die Unterscheidung zwischen den Versorgungsgebieten einerseits und den Standorten der Energiegewinnung bzw. -bereitstellung (Energiezentralen) andererseits.

²⁰ Am 23. November 1993 beschloss die Stimmbewölkerung von Zürich, die Gasversorgung aus der Stadtverwaltung auszugliedern und in eine Aktiengesellschaft zu überführen. Die Gasversorgung soll hinsichtlich des Versorgungsauftrags und des Versorgungsgebietes auch nach der Ausgliederung der Energieplanung unterliegen (Planungsbericht, S. 22)

²¹ Planungsbericht, S. 15.

²² Planungsbericht, S. 54

²³ Planungsbericht, S. 6.

2.3.2 Kriterien zum Bestimmen der Gebiete

(26) Die Gebiete wurden vorwiegend nach technischen Vorstellungen und den Bedürfnissen der Energiekonsumenten festgesetzt.

a) technisches Vorgehen

(27) Bei der Festlegung der Gebiete ist einerseits der Bedarf an Wärme in einem bestimmten Gebiet und andererseits die Kapazität der Wärmequelle im Gebiet abzuschätzen. Andererseits ist aber auch das Nutzerpotenzial im lokalen Bereich auszuloten. Die Gebietsausscheidungen orientieren sich in diesem Sinn an der Gebietseignung.²⁴

(28) Für die Eignung eines Gebietes wurden unter anderem die Dichte der Nachfrage nach Wärme, das Angebot an alternativen erneuerbaren Energiequellen, die Erschwernisse und Risiken für den Leitungsbau (Tramlinien, Kantonsstrassen, archäologische Flächen), die leitungsgebundene Versorgung oder auch das Potenzial zur Erhöhung der Ausnützung wertend beigezogen. Der Planungsbericht erklärt überzeugend, warum welche Kriterien für die Gebietsbestimmung sinnvoll seien.²⁵ Die Kriterien und ihre Anwendung können den Anliegen einer erforderlichen, wirtschaftlich tragbaren und der absehbaren Entwicklung angepassten Versorgung mit erneuerbaren Energie (aus der Umgebung) gerecht werden.

b) Energiezentralen und Versorgungsgebiete

(29) In der Stadt Zürich sind mehrere standortgebundene Energiepotenziale ausgewiesen, deren Nutzung ein Leitungsnetz erfordert. Der Planungsbericht²⁶ unterscheidet «solitäre» (punktförmige) standortgebundene Energiequellen und flächig ausgedehnte standortgebundene Energiequellen. Die Gebiete, die von diesen Zentralen versorgt werden, sind in der Energieplankarte der Stadt Zürich der Kategorie "öffentliche Fernwärmeversorgung" zugewiesen.

(30) Die Energiequellen bzw. Produktionsstandorte sind mit Versorgungsgebieten verbunden,²⁷ die im Idealfall in derselben Gegend liegen, oder durch Leitungen (Transitleitungen) zusammengeschlossen sind.

²⁴ Planungsbericht, S. 68

²⁵ Dazu Planungsbericht, S. 53, Tab. 2: Kriterien Gebietseignung für leitungsgebundene Versorgung.

²⁶ Planungsbericht, S. 48

²⁷ Dazu unten Rz. 31 ff.

2.3.3 Die einzelnen Versorgungsgebiete

(31) Aufgrund der Eignungsprüfung wird das Stadtgebiet in verschiedene Fernwärmegebiete eingeteilt: Gebiete für öffentliche Fernwärmeversorgung (gemäss Art. 71 Bst. I GO), Gebiete für Energieverbunde mit Gebietsauftrag oder -konzession (gemäss STRB 611/2017), Energieträger, deren Nutzung (gemäss Art. 73 Bst. a GO) eine koordinierte Planung erfordern (z.B. Grundwasser und Seewasser) und Gebiete der Gasversorgung (gemäss Art. 73 Bst. d GO).

a) Gebiete für öffentliche Fernwärmeversorgung aus Heizkraftwerken

(32) Folgende Gebiete der öffentlichen *Fernwärmeversorgung* werden aus den *Energiequellen* (Energiezentralen) Kehrichtheizkraftwerk Hagenholz und Holzheizkraftwerk Aubrugg (ERZ Fernwärme) sowie den aus den Standorten der Energiezentrale Regina-Kägi-Hof und Josefstrasse (Spitzenlastdeckung)²⁸ beliefert:

- (33) Zürich-Nord, Zürich-West, Hochschulgebiet Zentrum, Universität Irchel, Hauptbahnhof. Hier deckt die Fernwärme bereits einen hohen Anteil an der Wärmeversorgung ab. Es sind daher nur noch beschränkt zusätzliche Anschlüsse möglich.²⁹
- (34) Die Versorgung des Fernwärmegebiets Zürich-West erfolgt künftig über eine neue Verbindungsleitung von Zürich-Nord. Über diese Leitung werden innert rund 30 Jahren die neuen Fernwärmegebiete Aussersihl, Gewerbeschule, Oberstrass, Unterstrass und Wipkingen erschlossen.

(35) Folgende Gebiete der öffentlichen *Fernwärmeversorgung aus gereinigtem Abwasser* und Abwärme aus der Klärschlammverbrennungsanlage des Klärwerks Werdhölzli (Fernwärme ewz und E360) sind mit unterschiedlicher Realisierungsetappen in Planung³⁰.

- (36) Prioritätsgebiete: Grosse Teile von Zürich-Altstetten und der westliche Teil von Höngg.³¹ Sie werden vom Klärwerk Werdhölzli aus mit Fernwärmeleitungen erschlossen. Es wird unterschieden zwischen "warmer" und "kalter" Fernwärme. Im zweiten Fall erfolgt die Bereitstellung der Nutzwärme in Energiezentralen im Quartier, von wo aus die Bauten mit Energie auf gewünschtem Temperaturniveau versorgt werden (Sekundärkreis).³²
- (37) Prüfgebiete: Über die Fernwärme-Erschliessung des Zentrums von Höngg soll bis spätestens 2022 entschieden werden.
- (38) Die Fernwärmeversorgung mit Energie aus Heizkraftwerken und aus gereinigtem Abwasser hat gegenüber anderen leitungsgebundenen Energieversorgungen Priorität. Konkurrierende Energieverbunde werden innerhalb der Gebietsperimeter nicht bewilligt. Eine Anschlusspflicht nach § 295 Abs. 2 PBG wird in der Praxis nicht durchgesetzt.

²⁸ Planungsbericht, S. 71

²⁹ Planungsbericht, S. 77.

³⁰ Planungsbericht, S. 69 ff.

³¹ Planungsbericht, S. 8 und insbes. S. 66 ff.

³² Planungsbericht, S. 70.

- (39) In Einzelfällen können - in Absprache mit der Energiebeauftragten - auch Objekte an die Fernwärme angeschlossen werden, die ausserhalb des Fernwärmegebiets liegen.³³

b) Gebiete für Energieverbunde

(40) Im Unterschied zur "öffentlichen" Fernwärmeversorgung entstehen *Energieverbunde* nicht aufgrund eines übergeordneten, räumlich referenzierten behördenverbindlichen Auftrags, sondern aufgrund der Marktaktivität eines Energiedienstleistungsunternehmens.³⁴ Es werden Energieverbunde mit oder ohne Gebietsauftrag unterschieden:

- (41) Energieverbunde mit Gebietsauftrag oder Gebietskonzession: Es besteht ein Energieverbund mit Gebietsauftrag und vier geplante Energieverbunden. Für diese Energieverbunde gelten unterschiedliche Vorgaben zum Energieabsatz und zum Zeitpunkt des Endausbaus.³⁵ Ein Energieverbund mit Gebietsauftrag zur Wärmegewinn aus Grundwasser (Hardau/Sihlfeld) ist staatlich anerkannt. Geplant sind vier zusätzliche Energieverbunde: Erweiterung der Versorgung Hardau/Sihlfeld, Erweiterung sowie neue Wärmegewinnung aus Seewasser in: Seefeld, Tiefenbrunnen und Lengg.³⁶
- (42) Energieverbund ohne Gebietsauftrag: Die Energieversorgungsplanung enthält verschiedene Informationen zu weiteren bestehenden und geplanten Energieverbunden sowie zu örtlichen Potenzialen für Energieverbunde. Diese Informationen dienen primär der energieplanerischen Koordination.³⁷

c) Koordinationsgebiete für die Energienutzung aus Grundwasser / Seewasser.

(43) Es gehören Quartiere dazu, die sich aufgrund ihrer Lage (z.B. Seenähe) und ihrer Struktur (grosse Energienachfragedichte, Bedarf an Wärme und Kälte usw.) gut für die Energienutzung aus Grund- und Seewasser eignen.

(44) Sie liegen ausserhalb der Fernwärmegebiete und umfassen Seefeld, Wiedikon/Hard/Letzi sowie City/Enge.

(45) Ein Entscheid über die Realisierung einer Fernwärmeversorgung aus Seewasser im Gebiet City soll bis 2024 gefällt werden. Dieses Projekt würde bei einer Realisierung in den Energieverbund Fraumünster integriert.³⁸

(46) Sie werden im vorliegenden Gutachten nicht weiter thematisiert.

³³ Planungsbericht, S. 70.

³⁴ Planungsbericht, S. 71

³⁵ Planungsbericht, S. 72.

³⁶ Planungsbericht, S. 72

³⁷ Planungsbericht, S. 77.

³⁸ Planungsbericht, S. 71 ff.

d) Gebiete für die Gasversorgung

(47) Gebiete für die Gasversorgung decken praktisch das gesamte Siedlungsgebiet der Stadt Zürich ab.³⁹ Die Leitungen sind bereits erstellt und deren Lage ist rechtlich gesichert.

(48) Nachdem der öffentlichen Fernwärme bzw. den Energieverbänden gegenüber der Gasversorgung Priorität zukommt und um Konkurrenz zu den leitungsgebundenen Energieversorgungen im selben Gebiet zu vermeiden, zieht sich die Gasversorgung im Rahmen eines Transformationsprozesses ganz oder teilweise aus den Prioritätsgebieten der Fernwärmeversorgung zurück. Sie sind im vorliegenden Gutachten nicht weiter zu besprechen.

2.4 Juristische Qualifikation der Fernwärmegebiete

(49) Die Energieversorgungsplanung ist eine Sachplanung nach Energiegesetz. Sie orientiert sich an vorhandenen Wärmequellen und den Bezügergebieten. Sie macht keine Aussagen zu den gesamten Versorgungsleitungen, wie es in der kantonalen Versorgungsplanung im Richtplan (§ 25 PBG) vorgesehen ist, sondern beschränkt sich in erster Linie auf Festlegung der Gebiete zur Gewinnung und Verteilung der Fernwärmeenergie. Sie bestimmt nicht, wo die Leitungen konkret erstellt werden. Im Vordergrund steht die Planung und Sicherung der Energieversorgung durch Einbezug unterschiedlicher, erneuerbarer Energiequellen.

(50) Die Energieplanung der Stadt Zürich ist damit nicht Teil Raumplanung. Sie nimmt die Behörden in die Pflicht, kann aber erst im Rahmen der konkreten Realisierung mit den Anschlusspflichten (nach § 295 Abs. 2 PBG) die energietechnische Nutzung der einzelnen Grundstücke bestimmen. Sie wird erst dann auch gegenüber dem Grundeigentümer, der Grundeigentümerin verbindlich, und zwar nicht nur Parzellen bezogen, sondern sogar Gebäude bezogen.

(51) Die Gebiete der Energieplanung sind nicht mit den raumplanerischen Sachplanungs- bzw. Nutzungszonen, sondern mit den Zonen zum Schutz des Grundwassers nach Art. 20 GSchG⁴⁰ vergleichbar.⁴¹ Sie sind behördenverbindlich und bei der raumwirksamen Planung wegweisend.

(52) Die Energieplanung definiert die Gebiete zur Versorgung mit Wärme und bestimmt die Energiequellen und Versorgungsgebiete. Einen bestimmten Leitungsverlauf innerhalb eines Versorgungsgebiets sieht sie nicht vor. Auch den konkreten Verlauf von Verbindungsleitungen über grössere Distanzen setzt sie nicht fest. Die Energieplanung, wie sie im Pla-

³⁹ Planungsbericht, S. 75.

⁴⁰ Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG) vom 24. Januar 1991 (814.20). siehe dazu FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 753 ff.

⁴¹ «Die Eigentümer von Grundwasser- und Quelfassungen beschaffen die für die Zonenausscheidung erforderlichen Grundlagen. Auf Antrag der Fassungseigentümer setzt der Gemeindevorstand die erforderlichen Grundwasserschutzzonen fest und erlässt die zugehörigen Schutzvorschriften» (§ 35 Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz (EG GSchG), vom 8. Dezember 1974, LS 711.1). «Der Gemeindevorstand ordnet die erforderlichen Schutzmassnahmen nach Massgabe der bundesrechtlichen Vorschriften sowie der örtlichen Bedürfnisse im Einzelfall an. ...» (§ 36 EG GSchG).

nungsbericht Energieversorgung dargestellt ist, braucht ergänzende rechtliche Unterstützung, damit sie auch realisiert werden kann. Zu klären ist insbesondere, wie die Energieplanung für den Gebäudeeigentümer verbindlich wird und worauf sich die Behörde für den Einzelfall stützen muss bzw. kann. Dies ist vor allem dort von Bedeutung, wo die Leitungen nicht – wie üblich – im öffentlichen Untergrund, sondern im privaten Terrain verlegt werden sollen.⁴²

⁴² Dazu unten Rz. 74 ff.

IV. Das Planungs- und Baugesetz

1. Ziele und Massnahmen der Raumplanung

(53) Die Raumplanung sorgt dafür, dass der Boden haushälterisch genutzt und das Baugebiet vom Nichtbaugebiet getrennt wird. Bund und Kantone verwirklichen eine auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichtete Ordnung der Besiedlung (Art. 1 RPG). Sie achten unter anderem auch auf die Nutzung erneuerbarer Energien und bezeichnen die dazu geeigneten Gebiete (Art. 8b RPG). Die Zielsetzung wird mit der Richtplanung, der Nutzungsplanung und der Baubewilligung umgesetzt. Jedem Verfahrensschritt kommt seine eigene Bedeutung und Verbindlichkeit zu.⁴³

- (54) Im Richtplan (Art. 6 RPG) bestimmen die Kantone, wie sich ihr Gebiet räumlich entwickeln soll. Der Richtplan ist behördenverbindlich.
- (55) In den Nutzungsplänen ordnen die Gemeinden grundeigentümergebunden die zulässige Nutzung des Bodens. Die Verbindlichkeit der Nutzungspläne umfasst die Zonenumschreibung und sämtliche Bestimmungen welche die Nutzung der Zonen näher regeln.
- (56) Die Nutzungspläne und das ergänzende Baureglement bilden die Grundlage für die Baubewilligung (Art. 22 RPG).

(57) Dieses bundesrechtlich vorgesehene dreistufige Instrumentarium wird von den Kantonen in Planungs- und Baugesetzen präzisiert und von den Gemeinden in ihren Bau- und Zonenordnungen umgesetzt.

⁴³ Diese Planungsschritte wurden vom Bundesgericht regelmässig wie folgt bestätigt: Im Nutzungsplanverfahren werden die für die Privaten verbindlichen Nutzungsordnungen festgelegt, während der Richtplan lediglich behördenverbindlich und insbesondere nicht parzellenscharf ist. Ein Bauvorhaben kann somit nicht deshalb bewilligt werden, weil es dem Richtplan, nicht jedoch dem Nutzungsplan entspricht. Dies käme einer unzulässigen Vorwirkung des Richtplans gleich und hätte im Ergebnis eine Änderung des geltenden Nutzungsplans zur Folge." (BGer Urteil vom 9. August 2016 (1C_397/2015) Erw. 3.4 mit Hinweisen auf Urteil 1A.154/2002 vom 22. Januar 2003 E. 4.1, in: ZBI 105/2004 S. 107

2. Die kantonalen und kommunalen Grundlagen im Kanton Zürich

(58) Der Kanton Zürich regelt die Raumplanung und Baubewilligung im Planungs- und Baugesetz (PBG)⁴⁴. Für die Antwort auf die vorliegenden Fragen können daraus folgende Bestimmungen hilfreich sein:

2.1 Planungsmassnahmen

2.1.1 Versorgungsplan

(59) Der Versorgungsplan enthält unter anderem die bestehenden und vorgesehenen Anlagen und Flächen für die Versorgung mit Energie und Rohstoffen jeder Art. Die zugehörigen Beförderungs-, Verteil-, Übertragungs- und Verbindungsleitungen sowie die Gebiete, die zum Schutz von Versorgungsanlagen freizuhalten sind, müssen Teil des Versorgungsplans sein (§ 25 PBG).

(60) Dieser Plan ist für die kantonale Anlagen bzw. für Anlagen von kantonaler Bedeutung als Teil des kantonalen Richtplans vorgesehen.⁴⁵ Ein solcher Plan kann aber durchaus auf die Stadt Zürich ausgerichtet sein und der Energieversorgung dienen. Der Planungsbericht kommt den Anforderungen des § 25 PBG sehr nahe, bleibt aber ein kommunaler Sachplan.

(61) Je nach Ausgestaltung wird er zu den raumplanerischen Instrumenten gezählt werden können oder nicht. Wie bereits erwähnt, ist der Energieversorgungsplan der Stadt Zürich aber nur eine (verbindliche) Grundlage und nicht Teil der Raumplanung. Seine Wirkungen ergeben sich aus dem Energierecht und nicht aus der rauplanerischen Nutzungsordnung.

2.1.2 Baulinien

(62) Baulinien dienen der Sicherung bestehender und geplanter Anlagen und Flächen. Sie sind in der Regel Teil der raumwirksamen Planung.⁴⁶

(63) Das Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich unterscheidet drei Arten von Baulinien: Verkehrsbaulinien (§ 96 Abs. 2 lit. a PBG), Baulinien für Betriebsanlagen zu Verkehrsbauten (§ 96 Abs. 2 lit. b PBG) und Baulinien für Versorgungsleitungen und für Anschlussgleise (§ 96 Abs. 2 lit. c PBG). Innerhalb der Versorgungsbaulinien darf nur gebaut werden, wenn es mit den Grenz- und Gebäudeabstände gegenüber Nachbargrundstücken vereinbar ist (§ 268 PBG).⁴⁷

(64) Im Baulinienplan sind die verschiedenen Arten der Baulinien getrennt und «unter Angabe ihres Zwecks» darzustellen (§ 96 Abs. 2 PBG). Die Zweckumschreibung ist für die

⁴⁴ Planungs- und Baugesetz (PBG) vom 7. September 1975 (SL 700.1)

⁴⁵ Zur systematischen Einordnung des Plans siehe bei FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 132.

⁴⁶ HÄNNI zählt sie zum weiteren planungsrechtlichen Instrumentarium (Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016, S. 241 ff.)

⁴⁷ Siehe dazu FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 224.

Rechtswirkungen der Baulinien von entscheidender Bedeutung: Grundsätzlich dürfen innerhalb der Baulinien nur Bauten und Anlagen erstellt werden, die dem Zweck der Baulinien nicht widersprechen (§ 99 PBG).⁴⁸ Strassenbaulinien verfolgen dabei andere Ziele als Versorgungsbaulinien. Für unterirdische Leitungen im Baulinienbereich gilt zudem (nur) eine Pflicht zum Ersatz des verursachten Schadens. Aus § 105 PBG kann im Übrigen kein allgemeiner, für alle Baulinienbereiche geltenden Grundsatz hergeleitet werden.⁴⁹

(65) Aus den vorliegenden Unterlagen ergibt sich nicht, ob die für die Fernwärmleitungen an sich zweckmässigen Baulinien für Versorgungsleitungen (§ 96 Abs. 2 lit. c PBG) vorhanden sind oder nicht. Die Nutzung eines Baulinienbereichs, der für den Verkehr oder dessen Betriebsanlagen (§ 96 Abs. 2 lit. a PBG) vorgesehen ist, mag in der Praxis sinnvoll sein, erfordert sie doch keine zusätzliche Planung und Festlegung eigener Baulinien. Sie setzt aber voraus, dass für die an sich artfremden Fernwärmeleitungen im Bereich der Verkehrsbaulinien genügend Platz vorhanden ist und dieser Platz auf künftig zur Verfügung steht. Die gesetzliche Regelung sichert den Einbau der Fernwärmeleitung in den Baulinien nach § 96 Abs. 2 lit. a und b PBG im Konfliktfall aber nicht.

(66) Es finden sich keine Regeln über die Sicherung von Baulinien für die Fernwärmeleitung, die im Einzelfall (ultima ratio) im privaten Grund und dort in der Regel in mehreren Liegenschaften verlaufen. § 295 Abs. 2 PBG ist – wie wir noch sehen werden⁵⁰ – für die einzelnen Grundstücke anwendbar, und die Festlegung von Baulinien kann von jedem Grundeigentümer separat angefochten werden.

2.1.3 Quartierplan

(67) Der Quartierplan ermöglicht im erfassten Gebiet eine der planungs- und baurechtlichen Ordnung entsprechende Nutzung und enthält die dafür nötigen Anordnungen (§ 123 Abs. 1 PBG). Grundsätzlich dient dieser Plan dazu, die baulichen Voraussetzungen für ein bestimmtes Gebiet gesamtheitlich zu verbessern. Es geht nicht in erster Linie um die Sicherung der Lage von Infrastrukturanlagen im Einzelfall; es mag deshalb fraglich sein, die Energieplanung in den vorgesehenen Gebieten durch das Quartierplanverfahren zu sichern. Immerhin sieht das Planungs- und Baugesetz vor, dass das Verfahren auch auf «Teilmassnahmen» beschränkt sein kann, wenn die Umstände eine umfassende Regelung nicht erfordern (§ 123 Abs. 2 PBG).

(68) Die Gebiete der Energieplanung könnten durchaus auch in einem Quartierplanverfahren integriert werden. - Die Stadt Zürich hat von dieser Sicherungsart aber bisher keinen umfassenden Gebrauch gemacht.

⁴⁸ Zu den allgemeinen Grundsätzen der Baulinien nach Zürcherischem Recht siehe FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 219 ff.

⁴⁹ Anderer Meinung offenbar FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 219 ohne nähere Begründung.

⁵⁰ Siehe dazu unten Rz. 113, 119.

2.2 Baurechtliche Massnahmen

(69) Für Durchleitungsrechte ist § 295 Abs. 2 PBG von entscheidender Bedeutung (dazu unten Ziff. 4)

3. Gemeinschaftswerke nach § 222 PBG im Speziellen

(70) Beim Vorliegen eines öffentlichen Interesses kann der Gemeindevorstand die Eigentümer benachbarter Grundstücke ausserhalb planungsrechtlicher Vorkehren durch Verfügung gegenseitig für berechtigt und verpflichtet erklären, um bestimmte Bauten, Anlagen, Ausstattungen und Ausrüstungen gemeinsam zu erstellen, zu betreiben und zu unterhalten sowie hierfür nötigenfalls Vorleistungen zu erbringen (§ 222 PBG).

(71) Zu Recht weist Christoph Fritzsche⁵¹ darauf hin, dass mit diesem § 222 PBG den Grundeigentümern nur Verpflichtung zum gemeinsamen Vorgehen, aber keine weitergehenden Lasten auferlegt werden können, die jeder für sich nicht ebenfalls zu tragen hätte.

(72) Diese Bestimmung könnte bei der Umsetzung der Fernwärmeversorgung wohl nur dann angerufen werden, wenn auch die Fernwärmebetreiberinnen einbezogen werden. Diese sind jedoch regelmässig nicht Eigentümerinnen im Gebiet und fallen nicht unter die zwingenden Mitwirkungspflichten.

(73) Für die Frage der Durchleitungsverpflichtung, die über den Anschluss hinausgeht, kann § 222 PBG denn auch nicht als Auffangtatbestand⁵² beigezogen werden.

4. Duldungspflicht der Durchleitungen nach § 295 Abs. 2 PBG

4.1 Vorbemerkungen und Einleitung

(74) Wenn eine öffentliche Fernwärmeversorgung lokale Abwärme oder erneuerbare Energien nutzt und die Wärme zu technisch und wirtschaftlich gleichwertigen Bedingungen wie aus konventionellen Anlagen anbietet, kann der Staat oder die Gemeinde Grundeigentümer verpflichten, ihr Gebäude innert angemessener Frist an das Leitungsnetz anzuschliessen und Durchleitungsrechte zu gewähren (§ 295 Abs. 2 PBG).

(75) § 295 Abs. 2 PBG wurde mit der Revision des Energiegesetzes vom 25. Juni 1995 in das Planungs- und Baugesetz eingefügt und trat am 1. Januar 1996 in Kraft.⁵³ Diese Bestimmung fand ohne jegliche Diskussion die Zustimmung des Parlaments. Auch im Entwurf und der Dokumentation des Regierungsrats oder in der parlamentarischen Beratungen war

⁵¹ FRITZSCHE, Kurzgutachten, Rz. 32.

⁵² FRITZSCHE, Kurzgutachten, Rz. 15.

⁵³ Mit diesen Änderungen wurden die energierechtlichen Grundlagen dem übergeordneten Recht angepasst und Vollzugslücken geschlossen (FRITZSCHE, Kurzgutachten, Rz. 12).

die Durchleitungspflicht kein Thema; es standen immer die Fragen der Anschlusspflicht im Vordergrund.⁵⁴

4.2 Voraussetzungen der Durchleitungspflicht im Allgemeinen

(76) § 295 Abs. 2 PBG beinhaltet eine lokal begrenzte Anschlusspflicht⁵⁵ und eine Durchleitungspflicht. Er verpflichtet Private aber nicht, Anlagen für die Fernwärmeversorgung selber zu erstellen und zu betreiben.

(77) Der Staat oder die Gemeinden können die Pflichten nach § 295 Abs. 2 PBG unter zwei Voraussetzungen gewähren: 1. Nutzung lokaler Abwärme durch eine öffentliche Fernwärmeversorgung und 2. Angebot der Wärme zu technisch und wirtschaftlich gleichwertigen Bedingungen wie aus konventionellen Anlagen. Diese Voraussetzungen sind für die Anschlusspflicht und die Durchleitungslast grundsätzlich identisch, sodass auf die entsprechenden Ausführungen im Kurzgutachten von Christoph Fritzsche verwiesen werden kann.⁵⁶

(78) Für die Durchleitung steht zwar die erste Voraussetzung im Vordergrund, doch können Durchleitungspflichten nur durchgesetzt werden, wenn auch die zweite Voraussetzung erfüllt ist. Die Fernwärme muss somit auch zu technisch und wirtschaftlich gleichwertigen Bedingungen wie aus konventionellen Anlagen angeboten werden, damit die notwendige Leitung im «fremden» Grundstück nach § 295 Abs. 2 PBG verlegt werden können.

(79) Bei den Anschlusspflichten wurde das Kriterium der Gleichwertigkeit anhand der Kosten für den Anschluss im Einzelfall beurteilt. Die zur Anschlusspflicht entwickelte Praxis kann beim Durchleitungsrecht nicht angewandt werden, weil der belastete Grundeigentümer kein Wärmebezüger ist und ihm kein Angebot gemacht werden muss. Die Gleichwertigkeit ist denn auch nicht an einem einzelnen Grundstück, sondern im Vergleich zum Angebot anderen Energielieferanten zu beurteilen. Würde die Gleichwertigkeit anhand des einzelnen Grundstücks beurteilt, wäre das öffentlichen Interesse an der Realisierung eines gesamten Versorgungssystems nicht sichergestellt.⁵⁷ Die Gleichwertigkeit ist deshalb richtigerweise im Rahmen der kommunalen Energieplanung zu beurteilen und im vorliegenden Fall wohl beurteilt worden.⁵⁸ Der Grundstückseigentümer ist höchstens an einer Entschädigung wegen der Nutzung seines Grundstücks durch Dritte interessiert.⁵⁹

⁵⁴ Verteilnetze seien umso wirtschaftlicher, je höher die Anschlussdichte ist (Antrag des Regierungsrates vom 28. Juli 1993 zur Änderung des Energiegesetzes, ABl 1993 II, S. 1075 f.).

⁵⁵ FRITZSCHE, Kurzgutachten, Rz. 30

⁵⁶ FRITZSCHE, Kurzgutachten, Rz. 13 ff. (Definition der Fernwärme), Rz. 16 ff. (Erstellung von gemeinschaftlichen Anlagen), Rz. 23 ff. (Stellenwert der Energieplanung), Rz. 23 ff. (Verhältnis der Energieplanung zur Raumplanung), Rz. 32 ff. (Verhältnis zu § 222 PBG), Rz. 77 (wirtschaftliche Gleichwertigkeit).

⁵⁷ Die Erstellung im Privatgrund innerhalb des Verbundgebiets steht im öffentlichen Interesse (Sacha VALLATI, Dienstbarkeiten und Bauvorhaben, Analyse und Lösung von Konflikten zwischen Bauherren und dienstbarkeitsberechtigten oder -belasteten Dritten, Diss. Zürich 2021, S. 121 f., 131).

⁵⁸ So Fritzsche, Kurzgutachten, Rz. 27, in Bezug auf die Anschlusspflicht - gestützt auf den Bericht des AWEL, Energie in Gemeinden, Stand Mai 2015, S. 4.

⁵⁹ Dazu unten Rz. 103, 145.

4.3 Nutzung lokaler Abwärme und erneuerbarer Energien

4.3.1 lokale Wärmequellen - lokal genutzt

(80) Bei der Nutzung lokaler Abwärme kann eine Durchleitungspflicht gewährt werden (§ 295 Abs. 2 Einleitungssatz PBG). Diese Bestimmung setzt örtlich eng umschriebene Wärmequelle ins Zentrum. Die im Planungsbericht aufgezählten Energiequellen sind konsequenterweise immer auf ganz bestimmte Orte konzentriert (z.B. KHKW Hagenholz, HKW Aubrugg, Klärwerk Werdhölzli). § 295 Abs. 2 PBG spricht denn auch von der lokalen Wärme. Auf den ersten Blick ist nicht klar, inwiefern eine Abwärme lokal sein kann, wenn von einer Fernwärme gesprochen wird. Die beiden Begriffe widersprechen sich - wie gleich erläutert wird – jedoch nicht.

(81) Der Begriff «lokal» kann sich nicht ausschliesslich auf die Energiequelle bzw. deren Standorte beziehen. Er ist funktional zu verstehen. Die Energiequelle will auch genutzt, die Wärme aus der Quelle soll den Nutzern auch geliefert werden. Die «Nutzung lokaler Abwärme» meint deshalb immer Angebot und Nachfrage – in einem örtlich eng umschriebenen Zusammenhang. Dabei ist die Energiequelle in der Regel vorgegeben, der Kreis der belieferten Gebäude bzw. Nutzer und damit das Versorgungsgebiet hingegen kann grundsätzlich frei bestimmt werden. Es muss aber bei der Anwendung von § 295 Abs. 2 PBG lokal bleiben, und die Umschreibung ist sachlich zu begründen.

(82) Als lokale Wärmequellen werden neben dem See-, Fluss- oder Grundwasser insbesondere die Abwärme aus Industrie-, Abwasser- oder Verbrennungsanlagen bezeichnet.⁶⁰ Die Ortsnähe ist ein zentrales Kriterium: «Es ist ... sinnvoll, die Möglichkeit einer lokal begrenzten Anschlussverpflichtung in Gebieten zu schaffen, wo eine lokale Abwärmequelle zur Verfügung steht oder wo Umgebungswärme in Quartieranlagen genutzt werden soll.»⁶¹ Auch dieses Zitat aus dem Stadtratsbeschluss lässt nur den Schluss zu, dass die Energie vor Ort erfasst und vor Ort genutzt wird.

(83) § 295 Abs. 2 PBG ist inhaltlich eine Regelung des Energiegesetzes, obwohl er im Planungs- und Baugesetz eingefügt ist, und muss deshalb zusammen mit dem Energiegesetz ausgelegt werden. Die Interpretation «lokale Wärmequellen - lokal genutzt» deckt sich mit der Energieplanung, die auf eine Analyse des Energieangebots und der Energienachfrage setzt.⁶²

(84) Der Begriff «lokal» deckt sich nicht mit dem Gemeindegebiet. Dies ergibt sich aus der Systematik und dem Sinn der gesetzlichen Regelung. § 295 Abs. 2 PBG findet sich im Abschnitt «D. Anforderungen die Gebäude». Sie steht damit im Zusammenhang mit den Regeln über die Gebäude und deren Anschluss im eigenen Grundstück. Auch inhaltlich orientiert sich die Bestimmung nicht an der Gemeinde, sondern an den Versorgungsgebieten, die – wie in der Stadt Zürich – aufgrund der Nähe zur Energiequelle zu bestimmen sind. Zudem bestehen auf dem Stadtgebiet bereits mehrere Anlagen mit Leitungsnetzen, die je eigene Teilflächen mit Fernwärme versorgen. § 295 Abs. 2 PBG könnte deshalb nicht auf

⁶⁰ FRITZSCHE, Kurzgutachten Rz. 50

⁶¹ STRB Nr. 1144/2020

⁶² Dazu oben Rz. 49 ff.

dem gesamten Gemeindegebiet zur Pflicht gemacht werden und zwar auch nicht, um allfällige Zuleitungen bzw. Transitleitungen zu sichern.⁶³

4.3.2 Verbundgebiete

(85) Die Wärme aus lokalen Quellen stehen Nutzerinnen und Nutzern in einem Versorgungsort zur Verfügung. Quellenstandort und Nutzungsgebiet bilden zusammen ein geschlossenes lokales System, das die Fassung der Wärme an der Quelle, den Transport dieser Wärme über das Leitungsnetz und den Anschluss der Gebäude im Versorgungsgebiet umfasst, auch Verbundgebiete genannt.⁶⁴

(86) Die Verbundgebiete für die Fernwärme müssen im kommunalen Energieplan als solche bezeichnet sein.⁶⁵ Diesem Auftrag ist die Stadt nachgekommen, indem sie zusammen mit dem Energiebericht am 2. Dezember 2020 die Gebiete in der Energieplankarte der Leitungsgebundenen Energieversorgung (Wärme, Kälte, Gas) verbindlich festsetzte.⁶⁶

(87) Die Fassung der Wärme an der Quelle und die Versorgung in den lokalen Gebieten erfordern Infrastrukturen und Leitungen innerhalb des Versorgungsgebiets, in bestimmten Fällen auch ausserhalb des Versorgungsgebiets. Sie belasten unter Umständen auch einzelne Grundstücke, ohne dass diese selber Nutzung aus der Durchleitung ziehen.

a) Leitungen innerhalb des Verbundgebiets

(88) Leitungen sind Stränge, die einen Produktionsbetrieb mit Bezüchern bzw. Nutzerinnen verbindet. Sie sind lokal, oft aber auch über weitere Distanzen angelegt und durchqueren regelmässig verschiedene Grundstücke – der öffentlichen Hand oder im privaten Eigentum.⁶⁷ Die örtliche Umschreibung der Versorgungsgebiete (dazu oben Rz. 23ff.) bestimmt die Anwendung und Durchsetzung der Durchleitungspflicht nach § 295 PBG.

(89) Alle Installationen (Energiefassungsinstallationen, Leitungen usw.), die Teil dieses lokalen Versorgungssystems sind und in diesem Gebiet liegen, können die Durchleitungspflicht nach § 295 Abs. 2 PBG auslösen. Die Leitungen müssen die Wärme von der Quelle bis zu den im Verbund liegenden Gebäuden transportieren. Nicht entscheidend ist, ob dies auf direktem Weg oder über weitere Leitungsstränge (und Grundstücke) innerhalb des Verbundgebietes erfolgt. Auch nicht entscheidend ist, ob die Leitung ein Grundstück innerhalb dieses Gebietes nur durchstösst, dieses aber nicht mit Wärme versorgt.

⁶³ Siehe dazu Rz. 121 f.

⁶⁴ Begriff nach Fritzsche, Kurzgutachten, Rz. 50

⁶⁵ RB 1996 Nr. 72.

⁶⁶ Siehe dazu Beilage 1 zu STRB Nr. 1144/2020

⁶⁷ HUSER, Leitungen, S. 223.

b) Energiequellen ausserhalb des Verbundgebietes

(90) Leitungen, die Fernwärme aus einer Energiequelle ausserhalb des lokalen Gebiets zur Nutzung im Verbundperimeter transportieren, können der Durchleitungspflicht nicht unterstellt werden. Sie gehören nicht mehr zum «lokalen» Verbund und § 295 Abs. 2 PBG kann nicht zur Anwendung kommen.

(91) Dies führt zu unerfreulichen Resultaten. Die Leitungen werden je nach örtlicher Lage juristisch zerstückelt und unterschiedlich behandelt, auch wenn sie funktional zum Verbundgebiet gehören und ausschliesslich dem Zweck der lokalen Fernwärmenutzung dienen.

(92) Für eine andere Sicht, die sachlich an sich richtig ist und so weit möglich anzustreben wäre, müsste eine besondere rechtlichen Grundlage vorhanden sein oder geschaffen werden, wie dies im Privatrecht für Leitungen (Art. 676 ZGB) spezielle vorgesehen ist.⁶⁸

c) Leitungen mit teilweisem Kontakt zu Verbundgebieten

(93) Eine Durchleitungspflicht wird nicht mit § 295 Abs. 2 PBG durchsetzbar sein, wenn Bauten, die ausserhalb des Fernwärmegebiets liegen, an die Fernwärme angeschlossen werden sollen.⁶⁹ Nachdem diese Anschlüsse nur in Einzelfällen und nach Absprache mit der Energiebeauftragten erfolgen,⁷⁰ ist der Nachweis der Durchleitung (im Rahmen einer privatrechtlichen Regelung) als Voraussetzung für den Anschluss einzufordern.

(94) Das Durchleitungsrecht nach § 295 Abs. 2 PBG können auch Leitungen nicht beanspruchen, die Fernwärmegebiete miteinander verbinden. Dies gilt namentlich für Transportleitungen über grössere Distanzen, wie etwa die geplante, neue Verbindungsleitung von Zürich-Nord zur Versorgung des Fernwärmegebiets Zürich-West⁷¹.

d) Wo findet § 295 Abs. 2 PBG Anwendung?

(95) § 295 Abs. 2 PBG kommt für Leitungen der «öffentlichen Fernwärmeversorgung» ganz allgemein zur Anwendung. Darunter fallen alle «Energienetze, deren Realisierung einem behördenverbindlichen und damit der öffentlichen Hand zugewiesenen standortbezogenen Versorgungsauftrag entsprechen.»⁷² Gemeint sind Gebiete für öffentliche Fernwärmeversorgung, Gebiete für Energieverbunde mit Gebietsauftrag oder -konzession, Koordinationsgebiete für Energienutzung aus Grundwasser / Seewasser und Gebiete für die Gasversorgung.

⁶⁸ Das Privatrecht hat die Zerstückelung von Leitungssträngen verhindert, indem es das Eigentum für den gesamten Strang und unabhängig vom strengen Akzessionsprinzip des Sachenrechts dem Werk zuordnet, vom dem sie ausgehen oder dem sie zugeführt werden. Dazu HUSER, Leitungen, S. 224 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁶⁹ dazu oben Rz. 39.

⁷⁰ Planungsbericht, S. 70.

⁷¹ Oben Rz. 33 f.; Planungsbericht, S. 54, 66 ff.

⁷² Planungsbericht, S. 66.

(96) Die Durchleitungspflicht wird auf jeden Fall gewährt werden können, wenn die lokale Energiebeschaffung und -lieferung aufgrund eines übergeordneten räumlich referenzierten, behördenverbindlichen Auftrags erfolgt.

(97) Die Durchleitung kann auch bei Gebieten mit lokaler Energieversorgung in einem Energieverbund mit Gebietsauftrag oder Gebietskonzession⁷³ zur Pflicht gemacht werden. Zwar entstehen diese Verbunde nicht durch gesetzliche oder behördenverbindliche Vorgabe, sondern aufgrund der Marktaktivität eines Energiedienstleistungsunternehmens. Indem der Staat oder die Gemeinde die so initiierte Versorgung mit der Energieplanung offiziell anerkennt, verliert diese die rein private Funktion und wird Teil der öffentlichen Energieversorgung.⁷⁴

(98) Keine Durchleitungspflicht nach § 295 Abs. 2 PBG kann jedoch den Koordinationsgebiete für die Energienutzung aus Grundwasser und Seewasser⁷⁵ zukommen, da sie keine Verbundgebiete darstellen und ausserhalb der Fernwärmegebiete liegen. Zudem grenzen sie ja nicht die Gebiete funktional ab, sondern dienen lediglich der Koordination.

(99) Keine Bedeutung bei dieser Gebietsorientierung hat auch die Frage, wer die Wärme liefert. Es ist deshalb auch nicht zu diskutieren, ob für die Verpflichtung zur Durchleitung unterschiedliche (planerische) Voraussetzungen erfüllt sein müssen je nachdem, ob staatliche Stellen oder konzessionierte Private für die Versorgung zuständig sind; auch Leitungen von spezialisierten privaten Anbieter in Form des Contractings sind zulässig und können sich auf § 295 Abs. 2 PBG berufen.⁷⁶

4.3.3 Rahmenbedingungen bei der Umsetzung des Durchleitungsrechts (bzw. einer Duldungspflicht)

(100) § 295 Abs. 2 PBG gibt dem Staat oder der Gemeinde die *Möglichkeit*, ein Durchleitungsrecht verbindlich festzulegen. Eine solches Recht darf aber nur festgesetzt werden, wenn die gesetzliche Voraussetzungen gegeben sind: öffentliche Fernwärmeversorgung, lokale Abwärme oder erneuerbare Energien, wirtschaftlich gleichwertigen Bedingungen wie aus konventionellen Anlagen.⁷⁷

(101) Die *Kann-Bestimmung* ist anzuwenden, wenn es keine andere Massnahme gibt, um das Ziel zu erreichen. Der Festsetzung einer Duldungspflicht wäre auf jeden Fall eine einvernehmliche Lösung vorzuziehen. Zudem ist vor jeder Pflichtfestsetzung zu prüfen, ob die Leitung an einem anderen Ort verlegt oder von einem anderen Leitungsstrang her erschlossen werden könnte. Neben technischen Kriterien sind dabei auch die (Mehr-)Kosten für die Fernwärmebetreiberin und die Belastung für den Grundeigentümer (Dienstbarkeit) in die Abwägung einzubeziehen; einseitige Rücksichtnahme auf die Kosten der Anlagenbetreiberinnen würde auf jeden Fall nicht genügen. Zu diesen Fragen bestehen keine konkreten, speziell auf diesen Fall vorgesehenen, rechtlichen Vorgaben. Selbstverständlich können die allgemeinen Verwaltungsgrundsätze bei der Lösungssuche behilflich sein.

⁷³ Dazu Rz. 41 f.

⁷⁴ In diesen Sinn auch FRITZSCHE, Ergänzung 1, Rz. 4.

⁷⁵ Oben Rz. 43 ff.

⁷⁶ So im Ergebnis auch FRITZSCHE, Kurzgutachten, Rz. 30.

⁷⁷ Siehe dazu Rz. 74 ff.

(102) Die Kann-Bestimmung dient dem Verhältnismässigkeitsprinzips, das besagt, dass staatliche Massnahmen erst dann einzusetzen sind, wenn keine anderen Möglichkeiten bestehen, um das Ziel zu erreichen (Geeignetheit⁷⁸); zudem muss die Massnahme das mildeste Mittel darstellen (Erforderlichkeit⁷⁹). Das verfügte Durchleitungsrecht stellt eine Einschränkung der Eigentumsgarantie dar und wiegt insbesondere für jenen Grundeigentümer schwer, der sein Haus nicht an die Fernwärme anschliesst. Auch aus diesem Grund ist die Bestimmung grundsätzlich restriktiv anzuwenden.

(103) Mit der Definition des Verbundgebietes und dessen Bedeutung für die Durchleitungsberechtigung ist nicht bereits auch über den *konkreten Verlauf* der Leitungsstränge entschieden. Zu dieser Frage gibt § 295 Abs. 2 PBG keine allgemeingültige Antwort, sodass der Ort der Leitung im Einzelfall aufgrund konkreter lokaler Vorgaben – und im besten Fall im Einvernehmen mit dem Grundeigentümer – zu bestimmen ist.

(104) Für die Durchsetzung eines konkreten Leitungstrassees in den einzelnen Grundstücken wird gelegentlich auf das Leitungsbaurecht nach § 105 PBG verwiesen. Diese Bestimmung genügt jedoch als Grundlage für eine Nutzung des (nahen) Untergrunds nicht. Aufgrund ihrer Formulierung und systematischen Stellung kann § 105 PBG nur zur Anwendung gelangen, wenn Baulinien als Verkehrsbaulinien, für Betriebsanlagen zu Verkehrsbauten oder für Versorgungsleitungen bereits vorhanden sind.⁸⁰

(105) Soweit – wie vorliegend – ein Leitungsbaurecht nicht durch Baulinien gesichert ist, sind die erforderlichen Rechte nicht in erster Linie auf privatrechtlichem Weg,⁸¹ sondern mit öffentlich-rechtlichen Massnahmen zu sichern.⁸² Die Durchleitung und namentlich die Lage der Leitungen im privaten Grund können als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung verfügt werden. Dazu liefert § 295 Abs. 2 PBG zusammen mit der Gebietsplanung für die Wärmeversorgung eine genügende gesetzliche Grundlage. In diesem Fall wird die Frage der Entschädigung nach den Grundsätzen der materiellen Enteignung zu beurteilen sein⁸³, nachdem das Zürcher Recht keine spezielle Norm über das Entgelt für die Durchleitung nach § 295 Abs. 2 PBG enthält. Die Entschädigungshöhe wird im Einzelfall zu bestimmen sein. Pauschalisierungen sind denkbar, wenn viele ähnliche Fälle auftreten und Kategorien gebildet werden können; die Praxis wird darauf antworten.

(106) Es kann sich die Frage stellen, ob ein Anschlusswilliger von der Behörde verlangen kann, sie habe beim Nachbarn eine Durchleitung hoheitlich zu erzwingen. Die Anwendung des § 295 Abs. 2 PBG ist eine Aufgabe der Energiebehörde, die auch für das Verteilernetz zuständig ist. Diese Behörde wird hoheitlich tätig.⁸⁴ Sie kann dem Anliegen des Anschlusswilligen entsprechen, wenn dies der Energieplanung entspricht und dem Nachbarn – auch ohne Antrag – eine Durchleitungspflicht verfügt werden könnte. Das Interesse des

⁷⁸ HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. Zürich/St.Gallen 2020, Rz. 522 ff.

⁷⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 527 ff.

⁸⁰ Dazu oben Rz. 64 ff.

⁸¹ Anderer Meinung FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 704.

⁸² Zu den privatrechtlichen bzw. öffentlich-rechtlichen Konsequenzen im Baubewilligungsverfahren bei fehlendem Durchleitungsrecht siehe VALLATI, Rz. 307 f.

⁸³ Bei Weigerung des Privaten, die Rechte freiwillig einzuräumen oder bei fehlender Einigung über die Entschädigung (VALLATI, Rz. 287).

⁸⁴ Dazu Fritzsche, Kurzgutachten Rz. 33 ff.

Anschlusswilligen ist jedenfalls nicht entscheidend. Private Anlagenbetreiber können ohne staatliche Ermächtigung die Pflicht jedoch nicht einfordern oder selber durchsetzen.

V. Das Zusammenspiel der Rechtsbereiche zur Sicherung der Durchleitung

1. Massnahmen nach RPG/PBG

(107) Leitungen für die Fernwärmeverteilung werden in den Boden verlegt und können dort in Konkurrenz stehen zu anderen Nutzungsanforderungen. Ihre Lage kann mit dem Instrumentarium des raumwirksamen Rechts, dem Raumplanungsrecht bzw. dem kantonalen Planungs- und Baurecht, bestimmt und gesichert werden.⁸⁵ Die Stadt Zürich bedient sich dieser Möglichkeiten nur in Ausnahmefällen.

2. Energiegesetz und § 295 PBG

(108) Die Versorgung der Stadt Zürich mit lokaler Wärme und die Erstellung der dazu notwendigen Infrastruktur ist grundsätzlich im Energiegesetz geregelt. Sie wird gemäss den gesetzlichen Vorgaben (§ 7 Abs. 2 EnerG) durch die Instrumente der Raumplanung und der konkreten Möglichkeit, nach § 295 Abs. 2 PBG, die Durchleitung im Einzelfall eigentümerverschreibend festzulegen, unterstützt.

(109) Das Energiegesetz und das Planungs- und Baugesetz ergänzen sich bei der Umsetzung der Versorgung mit lokaler Wärmeenergie. Die Bezeichnung der lokalen Fernwärmegebiete in der Energieplanung (Sachplan) ist zwingende Voraussetzung, um die Durchleitungspflicht im Einzelfall nach § 295 Abs. 2 PBG anzuordnen.

(110) Die Grundlage für die Gebietsausscheidung findet sich in § 7 Abs. 2 EnerG. Die Kriterien der Zuweisung zu einzelnen Versorgungsgebieten und deren Verknüpfung sind im Energiegesetz vorgesehen und im Planungsbericht⁸⁶ detailliert beschrieben. Die Ergebnisse werden auf der Energieplankarte festgesetzt.⁸⁷

(111) Die Energieplanung dient als Grundlage für die Raumplanung. Ihre Festsetzungen fliessen in die Richtplanung ein.⁸⁸ Die weiteren raumplanerischen Instrumente des Planungs- und Baugesetzes werden beim Verlegen der Infrastruktur der Fernwärmeversorgung bisher kaum verwendet, um die genutzten Flächen eigentümerverschreibend einzubinden.⁸⁹

(112) Durchgesetzt und gesichert wird die Energieplanung in der Praxis der Stadt Zürich durch Nutzung des (eigenen) öffentlichen Grundes oder durch Baulinien, wenn sich die Leitungen nicht im Strassenrund verlegen lassen. Nur ausnahmsweise kommt die Pflicht

⁸⁵ Dazu oben Rz. 58 ff.

⁸⁶ Vgl. insbesondere die Tabelle 2 «Kriterien Gebietseignung für leitungsgebundene Versorgung» im Planungsbericht, S. 53.

⁸⁷ FRITZSCHE, Kurzgutachten, Rz. 28; Planungsbericht, S. 66.

⁸⁸ Dazu oben Rz. 20. Aus Sicht der Raumplanung muss das Wärmenetz Teil des Richtplans sein (Fritzsche, Kurzgutachten, Rz. 42; FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 1301 ff.) und dort in die Interessenabwägung einbezogen werden.

⁸⁹ Die Frage, ob damit die Vorgaben des kantonalen Energierechts (§ 7 EnerG, § 6 Abs. 2 EnerV) eingehalten sind, sei hiermit aufgeworfen, ist aber nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

aus § 295 Abs. 2 PBG zur Anwendung. Dieses Vorgehen trägt dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung.

(113) Damit innerhalb der festgesetzten Gebiete die Durchleitung der Fernwärmeinfrastruktur durch private Grundstücke erzwungen werden kann, bieten § 7 Abs. 2 EnerG, zusammen mit der darauf gestützten Gebietsfestlegung in der Energieplanung und ergänzt durch § 295 Abs. 2 PBG eine genügende gesetzliche Grundlage. Verfügungen können gestützt auf diese Grundlagen erlassen werden.⁹⁰ Eine vorgängige Festsetzung im Nutzungsplan ist für den Einzelfall aufgrund dieser speziellen, gesetzlichen Grundlagen nicht mehr erforderlich. Dieses Vorgehen ist – gemäss Erfahrung der Verantwortlichen – im Einzelfall erfolgreich, bietet aber natürlich Schwierigkeiten, wenn die Durchleitung durch mehrere Grundstücke unterschiedlich umstritten ist.⁹¹

(114) Gestützt auf § 295 Abs. 2 PBG wird die Duldungspflicht der betroffenen Grundeigentümer und die konkrete Linienführung parzellenweise verfügt. Anders als im Baubewilligungsverfahren, wird der Grundeigentümer nicht verpflichtet werden können, Anlage auf eigene Kosten zu verlegen, wenn es im öffentlichen Interesse notwendig wird.⁹²

(115) Rechtskräftige Verfügungen sind als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch anzumerken (Art. 962 ZGB).⁹³

3. Sicherung der Durchleitung durch Privatrecht

(116) Neben der Anwendung der Mittel des öffentlichen Rechts werden auch Instrumente des Privatrechts erwogen, um die Durchleitungen durch private Grundstücke zu sichern. Im Vordergrund stehen dabei die Dienstbarkeiten, die grundstücksbezogen Rechte und Pflichten festlegen und durch Eintrag im Grundbuch dingliche Wirkung erhalten.⁹⁴ Dienstbarkeiten entstehen – anders als im öffentlichen Recht – durch übereinstimmenden Willen der zu belastenden Grundstücke und des bzw. der Berechtigten. Dieses Vorgehen untersteht dem Privatrecht und vor allem der Privatautonomie. Es kann nicht erzwungen werden und Änderungen können je nach Ausgestaltung nicht hoheitlich verhindert werden. Grundsätzlich können die aus der Dienstbarkeit verpflichteten und berechtigten Personen die Rechte jederzeit einvernehmlich auflösen oder verändern und durch Änderung des Eintrags im Grundbuch verbindlich machen.

(117) Es ist durchaus denkbar, dass die Stadt oder eine andere Betreiberin leitungsgebundener Wärmeversorgungen sich Durchleitungsrechte, namentlich als Personaldienstbarkeit⁹⁵ einräumen lässt. Damit kann sie sich als Dienstbarkeitsberechtigte (mit gewissen Ausnahmen) jederzeit einer Veränderung oder Beendigung der Dienstbarkeit widersetzen.

⁹⁰ Die Umsetzung (der Energieversorgungsplanung) – z.B. die Anwendung einer Anschlusspflicht an eine öffentliche Fernwärmeversorgung gemäss § 295 Abs. 2 PBG – erfolgt immer durch einen rekursfähigen Entscheid (Baubewilligung oder Verfügung), wie im Planungsbericht S. 16 festgehalten ist.

⁹¹ Siehe dazu die kritischen Bemerkungen in Rz. 66 und 113.

⁹² Siehe dazu VALLATI, Rz. 290 f.

⁹³ Dazu HUSER MEINRAD, Publikation von Eigentumsbeschränkungen – neue Regel, in BR/DC 4/2010, S. 169 ff.; DERS., Baubeschränkungen und Grundbuch, in BR/DC 4/2016, S. 197 ff., insbes. S. 200ff.

⁹⁴ SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA, Sachenrecht, 5. Aufl. Zürich, Basel Genf 2017, N 971 ff., 1200 ff.

⁹⁵ SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, N 2013 ff. ff.

Einzig markanten Veränderungen der Verhältnisse müsste sie entgegenkommen. Eine Personaldienstbarkeit, im Grundbuch als Last der «durchquerten» Liegenschaft und als Recht der Stadt eingetragen, würde auf jeden Fall für Leitungsrechte durch private Grundstücke eine genügende und dauerhafte Sicherheit bringen. Selbstverständlich wäre hier eine Entschädigung zu leisten.

4. Fazit

(118) Das Durchleitungsrechts kann mit einer Verfügung nach § 295 PBG dauerhaft gesichert werden. Sie ist als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung im Grundbuch anzumerken.

(119) Das Recht kann auch durch eine Personaldienstbarkeit zu Gunsten der Stadt mit Eintrag im Grundbuch gesichert werden.

VI. Beantwortung der gestellten Fragen

1. *Unter welchen Voraussetzungen kann in den Konstellationen (1) und (2) gestützt auf § 295 Abs. 2 PBG eine Durchleitung von der Stadt verfügt werden?*

(120) Eine Pflicht zur Duldung fremder Leitungen kann verfügt werden, wenn die Bedingungen von § 295 Abs. 2 PBG erfüllt sind und die Energieplanung das Grundstück einem lokalen Gebiet zuweist (§ 7 Abs. 2 EnerG). Dies gilt ohne Einschränkung, soweit diese Leitungen im bezeichneten Verbundgebiet verlaufen (sollen) und Teil der lokalen kommunalen Energieplanung sind.

(121) Die Duldungspflicht kann sich nur auf Grundstücke in Gebieten nach § 7 Abs. 1 EnerG beziehen.

(122) Die Duldungspflicht ist nicht anwendbar auf Durchleitung innerhalb des Verbundgebietes, die mit der lokalen Energieversorgung nichts zu tun haben, oder auf Leitungen, die entweder die lokale Energie nicht innerhalb des Verbundgebietes liefern oder die gelieferte Energie nicht innerhalb dieses Gebietes bezieht, es sei denn, eine Leitung sei im Richtplan Versorgung explizit eingezeichnet. Diese Fälle überschreiten den räumlichen Geltungsbereich des Sachplans Energie und damit auch die Anwendbarkeit des § 295 Abs. 2 PBG. Die Leitungsberechtigung wird mit Baulinien nach PBG festzulegen sein.

(123) Die Frage, ob für Leitungsteile innerhalb des Verbundgebietes ein Recht auf Durchleitung geltend gemacht werden kann, wenn nicht die gesamte Leitung im Verbundgebiet liegt, ist bei formalistischer Interpretation des Gesetzes zu verneinen. Muss aber die Leitungen funktional zwingend (teilweise) in den Boden innerhalb des Verbundgebietes gelegt werden, ist § 295 Abs. 2 PBG im Einzelfall anwendbar.

2. *Wie ist die Formulierung in § 295 Abs. 2 PBG «... an das Leitungsnetz anzuschliessen und Durchleitungsrechte zu gewähren. » zu verstehen? Geht es ausschliesslich darum, das Recht zu erhalten, eine Liegenschaft, die zum Anschluss verpflichtet wird, zu erschliessen? Oder kann das Durchleitungsrecht – unabhängig von einer Anschlusspflicht auch in Anspruch genommen werden, um durch ein Grundstück hindurch eine Nachbarliegenschaft zu erschliessen (1) oder einen Hauptstrang (2) einer öffentlichen Fernwärmeverversorgung zu ziehen?*

(124) Das Durchleitungsrecht bzw. die Duldungspflicht nach § 295 Abs. 2 PBG gelten für alle Leitungen, die die lokale Abwärme bzw. lokale erneuerbare Energie fasst und innerhalb des Verbundgebietes an die Nutzer verteilt. Wo das einzelne Grundstück – innerhalb des Verbundgebietes - liegt und in welcher Beziehung es zu den anderen Grundstücken steht, ist nicht von Bedeutung.

(125) Die Pflicht zur Duldung der Durchleitung kann unabhängig von der Anschlusspflicht verfügt werden. Die Voraussetzung, dass sowohl die Energiequelle wie auch die Energie belieferte Baute innerhalb des Verbundgebietes liegen müssen, wird in der Regel jedoch dazu führen, dass auch eine Anschlusspflicht besteht.

(126) Eine Unterscheidung nach der Funktion der einzelnen Leitung (Nachbargrundstück) ist in § 295 PBG nicht vorgesehen und auch im Hinblick auf die Zielsetzung der Energieplanung nicht nötig. Die Durchleitungspflicht kann deshalb auch für ein Grundstück im Versorgungsgebiet verfügt werden, wenn es selber nicht von der Fernwärme betroffen ist.

3. *Gibt es weitere öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen für die hoheitliche Anordnung eines Durchleitungsrechts für Leitungen einer öffentlichen Fernwärmeversorgung? Hier ist bestenfalls eine summarische Übersicht über mögliche Anspruchsgrundlagen und keine vertiefte Prüfung gefragt. Eine Prüfung möglicher zivilrechtlicher Anspruchsgrundlagen für die Durchsetzung von Durchleitungsrechten hat vorliegend nicht zu erfolgen.*

(127) Es ständen an sich raumplanerische Instrumente zur Verfügung, um Durchleitungsrechte bzw. -pflichten für die Grundeigentümer verbindlich zu machen. Zu denken ist etwa an den Versorgungsplan (§ 25 PBG) oder der Erlass von Baulinien für Versorgungsleitungen (§ 96 Abs. 2 lit. c PBG). Unter Umständen könnte Durchleitungsrechte auch im Rahmen eines Quartierplans verbindlich festgelegt werden (§ 123 PBG).

4. *Sofern ein Durchleitungsrecht hoheitlich durchgesetzt werden kann, gibt es abgesehen von den Vorgaben, die für Baulinien gelten (§§ 96 ff. PBG), weitere Vorgaben, die bei der Führung einer Leitung durch ein privates Grundstück, zu beachten sind?*

(128) Vorbemerkung: Die §§ 96 ff. PBG kommen für die Fernwärmeleitungen nur zur Anwendung, wenn solche Baulinien auch wirklich erlassen werden. In diesem Fall wird das Reglement den Zweck und die Folgen festlegen. Gemäss den Unterlagen ist nicht gesichert, dass die Stadt Zürich für die Versorgungsleitungen tatsächlich Baulinien festgelegt hat; sie benutzt vielmehr bestehende, anderen Zwecken gerichtete Baulinien.⁹⁶

(129) Jede staatliche Massnahme muss verhältnismässig sein. Sie muss geeignet und vor allem erforderlich sein, um das Ziel zu erreichen. Die hoheitliche Durchsetzung in Anwendung der § 7 Abs. 2 EnerG und § 295 Abs. 2 PBG durch Festlegen einer Duldungspflicht für Leitungen ist nur möglich, wenn keine mildere Massnahme zum Ziel führt. Dazu zählt natürlich die Vereinbarung, soweit sie im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten abgeschlossen wird. Auch die Verlegung der Leitung muss in Erwägung gezogen werden.⁹⁷

(130) Falls Baulinien bestehen, die dem Zweck der Freihaltung für Fernwärmeleitungen dienen, wären die Stadt⁹⁸ von Gesetzes wegen und ohne weitere Massnahmen berechtigt, unterirdische Leitungen samt zugehörigen Bauwerken «kostengünstig» zu erstellen und fortbestehen zu lassen (§ 105 PBG).

(131) Dem Eigentümer muss die Inanspruchnahme frühzeitig schriftlich mitgeteilt werden.⁹⁹

⁹⁶ Oben Rz. 65.

⁹⁷ Siehe dazu Rz. 102.

⁹⁸ Berechtig wären auch die von der Stadt beauftragten öffentlichen Unternehmungen und gemischtwirtschaftlichen oder privaten Unternehmungen, die öffentliche Aufgaben erfüllen (105 PBG).

⁹⁹ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 704.

(132) Der durch den Bau entstehenden Schaden müsste ausgeglichen werden. Falls über den Preis keine Einigung erzielt werden kann, entscheidet die Schätzungskommission nach der Gesetzgebung betreffend die Abtretung von Privatrechten (§ 105 Abs. 2 PBG).

(133) Nach Fritzsche¹⁰⁰ können die erforderlichen Durchleitungsrechte auch privatrechtlich erworben werden, wobei das Notleitungsrecht nach Art. 691 ZGB im Fokus stehe. Ob die Gerichte ein Notleitungsrecht anerkennen würden, ist aus meiner Sicht äusserst fraglich. Das öffentliche Recht hält ja mit § 295 Abs. 2 PBG eine umsetzbare Lösung bereit. Eine rechtswirksame Verfügung könnte hoheitlich, etwa mittels Ersatzmassnahmen durchgesetzt werden. Eine Notlage besteht somit nicht.

(134) Baulinien geben Auskunft über das Recht, eine Leitung auf fremdem Grund zu erstellen. Wie dann diese Leitung konkret gebaut wird, ist nach den Regeln der Baubewilligung zu beurteilen. Insbesondere ist der baurechtliche Rahmen samt den Bestimmungen des Umweltschutzes im weiteren Sinn zu beachten.

5. *Unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtsfolgen (namentlich hinsichtlich der Kosten) kann die Grundstückeigentümer(in) bei einer bestehenden Leitung, die gestützt auf ein hoheitliches Durchleitungsrecht verlegt wurde, die Verlegung der Leitung auf einen anderen Teil des Grundstücks verlangen?*

(135) Wurde eine Leitung mit (raum)planerischen Instrumente, wie etwa mit Baulinien oder im Rahmen eines Quartierplans verbindlich festgesetzt, ist die Änderung nach den Verfahrensvorgaben des Raumplanungsrechts bzw. des Bau- und Planungsrechts durchzuführen. Die Kosten sind so zu verteilen, wie sie bei der ursprünglichen Festlegung des Leitungstrasses prozentmässig verteilt wurden.

(136) Wo das öffentliche Recht eine Kostenregelung für die Nutzung des Grundstücks durch eine Durchleitung vorsieht, können diese Bestimmung analog herangezogen werden, um Kostenverteilung bei der Verlegung einer Leitung zu bestimmen. Das trifft insbesondere die Kosten für Schäden am Grundstück, die von der Leitungserstellerin zu tragen sind (§ 105 Abs. 1 PBG).

(137) Wurde eine Leitung aufgrund mangelnder öffentlich-rechtlicher Grundlagen - einvernehmlich - durch die Einräumung eines Leitungsbaurechts erstellt, kommen die privatrechtlichen Vorschriften über die Dienstbarkeiten zum Zug. Die konkrete Regelung kann vereinbart werden, wobei das öffentliche Interesse zu gewährleisten ist.

(138) Lässt sich keine Einigung finden, kann – bei privatrechtliche geregelten Durchleitungen – die Bestimmung über die Verlegung einer Dienstbarkeitsbelastung (Art. 742 ZGB) angewandt werden: «Wird durch die Ausübung der Grunddienstbarkeit nur ein Teil des Grundstückes in Anspruch genommen, so kann der Eigentümer, wenn er ein Interesse nachweist und die Kosten übernimmt, die Verlegung auf eine andere, für den Berechtigten nicht weniger geeignete Stelle verlangen.» Eine Leitung zur Versorgung mit Fernwärme wird ohne Zweifel nur einen Teil des Grundstücks belasten, nämlich im Leitungskorridor.

¹⁰⁰ FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, S. 704.

Dem Grundeigentümer kann unter drei Voraussetzungen entgegengekommen werden: 1. wenn er ein Interesse an der Leitungsverlegung hat, 2. wenn er die Kosten der Verlegung übernimmt und 3. wenn die Verlegung auf eine für die Leitungsbetreiberin nicht weniger geeignete Stelle erfolgen soll. Vor allem die dritte Voraussetzung gibt der Leitungsbetreiberin eine starke Position, mit der sie ihr Interesse durchsetzen kann.

(139) Konnte keine Einigung gefunden werden und wurde die Leitung privatrechtlich als Notleitung zugunsten der Stadt Zürich errichtet, kommen auch hier die entsprechenden Bestimmungen des Sachenrechts zum Zug: Auch in diesem Fall kann der belastete Grundeigentümer bei Änderung der Verhältnisse eine Verlegung der Leitung an einen anderen Ort verlangen, der seinen Interessen besser entspricht. Diese Kosten hat – anders als bei normalen Leitungsbaurecht – in der Regel der Berechtigte, also die Leitungsbetreiberin, zu bezahlen. Bei besonderen Verhältnissen, namentlich wenn die Leitung auch dem Belasteten dient,¹⁰¹ kann aber dem Belasteten ein «angemessenen» Teil der Kosten auferlegt werden (Art. 693 ZGB).

(140) Art. 693 ZGB ist im Übrigen analog anzuwenden, wenn die Durchleitung gestützt auf Enteignung oder einen zu deren Vermeidung abgeschlossenen Vertrag erfolgt, ohne dass der Verlegungsanspruch ebenfalls enteignet bzw. wegbedungen worden ist.¹⁰²

Zug, den 28. September 2021

Dr. iur. Meinrad Huser

¹⁰¹ Basler Kommentar zum ZGB (BSK-ZGB II, HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Art. 693 N 9).

¹⁰² BSK-ZGB II, HEINZ REY/LORENZ STREBEL, Art. 693 N 3.