

Die Fernwärmeversorgung – eine rechtliche Einordnung

Die Wärmeversorgung im Siedlungsgebiet soll einen massgeblichen Beitrag dazu leisten, die Energiestrategie 2050 des Bundes umzusetzen und die klimapolitischen Ziele zu erreichen. Allerdings stellen sich bei Planung, Bau und Betrieb von Fernwärmenetzen verschiedenste Rechtsfragen, die bisher wenig Beachtung gefunden haben. Der vorliegende Beitrag beleuchtet zunächst die Zuständigkeitsordnung und die planerischen Vorgaben für den Bau eines Netzes. Sodann untersucht der Beitrag, welche Bewilligungen und Konzessionen erteilt resp. eingeholt werden müssen, wie der Betrieb eines Netzes an Drittpersonen übertragen werden kann und ob Anschlusspflichten bestehen und diese mit Anschlussrechten korrespondieren.

I. Einleitung	44
II. Planung, Bau und Betrieb	44
1. Regelungskompetenzen	44
2. Energieplanung	44
3. Richtplan	45
4. Nutzungsplanung	45
5. Bewilligung, Nutzungsart und Verfahren	46
6. Öffentliche Ausschreibung	49
III. Anschlusszwang und Anschlussrecht	50
1. Anschlusszwang, Einhaltung der verfassungsmässigen Rechte und Preisüberwachung	50
2. Recht auf Zugang zu Fernwärmenetzen	51
IV. Zusammenfassung	52

Zitiervorschlag:

ANDREAS ABEGG / NAGIHAN MUSLIU, Die Fernwärmeversorgung – eine rechtliche Einordnung, sui generis 2022, S. 43

Prof. Dr. iur. Andreas Abegg, Rechtsanwalt, leitet das Zentrum für öffentliches Wirtschaftsrecht an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW und ist Titularprofessor für öffentliches Recht an der Universität Luzern (abeg@zhaw.ch).
Dr. iur. Nagihan Musliu ist juristische Mitarbeiterin der Staatskanzlei des Kantons Aargau (nagihan.musliu@gmail.com). Die Autoren danken Annette Zoller-Eckenstein für die wertvollen Hinweise und verweisen auf die ausgezeichnete Freiburger Dissertation von Matthieu Seydoux zu «Réseaux thermiques et chauffage à distance», die voraussichtlich im Mai 2022 erscheint.

URL: sui-generis.ch/203

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.203>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Einleitung

- 1 Die *Energiestrategie 2050* des Bundes will im Gebäudesektor die Energie effizienter nutzen, die Verwendung erneuerbarer Energien fördern sowie vermehrt Abwärme im Strom- und Wärmebereich nutzen.¹ Das läuft darauf hinaus, dass die Wärmeversorgung im Siedlungsgebiet tiefgreifend umstrukturiert wird.²
- 2 Zudem soll die Fernwärmeversorgung massgeblich mit dazu beitragen, die *klimapolitischen Ziele* im Gebäudebereich zu erreichen. Die Fernwärmenetze nutzen u.a. Erdwärme oder die Abwärme von Kehrrechtverbrennungsanlagen und leiten diese in Form von heissem Wasser und Dampf durch ein unterirdisches Versorgungsnetz.³ Die Fernwärme ist aber noch kein etabliertes Wärmeversorgungssystem, obwohl die praktische Bedeutung in vielen Gemeinden gross und ihr Potential zur Dekarbonisierung der schweizerischen Energieversorgung hoch ist.⁴
- 3 Die *verschiedenen Rechtsfragen*, welche sich bei Planung, Bau und Betrieb einer Wärmeversorgung durch Fernwärmenetze stellen, sind bisher wenig untersucht worden. Nachfolgend soll ein Überblick über wichtige Rechtsfragen gegeben werden.

II. Planung, Bau und Betrieb

1. Regelungskompetenzen

- 4 Für die *Energieversorgung*, auch mittels Fernwärmenetzen, ist primär die Wirtschaft zuständig.⁵ Dennoch beschäftigen sich vor allem die Kantone und Gemeinden mit Fernwärmenetzen, denn die Kantone sind für Massnahmen zuständig, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, während der Bund lediglich die Grundsätze über den sparsamen und rationellen Energieverbrauch festlegt.⁶
- 5 Entsprechend wird die Versorgung mit Wärme im Energiegesetz des Bundes unter dem Kapitel zur sparsamen

1 Botschaft vom 4. September 2013 zum ersten Massnahmepaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» (BB120137561), S. 7610.

2 Energie Schweiz, Rechte und Pflichten bei der Wärmeversorgung im Verbund, Februar 2016, S. 1.

3 Vgl. für die Begriffsdefinition in der Praxis. Eine Legaldefinition für die Fernwärme fehlt bislang.

4 Vgl. hierzu unter vielen die jüngst vorgestellte Strategie der Stadt Zürich, um die Stadt mit weiteren Wärmeverbänden zu versorgen.

5 Vgl. Art. 6 Abs. 2 Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730).

6 Art. 89 Abs. 1 und 4 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101); GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 89, v. a. N 4.

und effizienten Energienutzung bei Gebäuden aufgenommen. Art. 45 EnG enthält dabei relativ unbestimmte Aufträge:⁷ Die Kantone sollen im Rahmen ihrer Gesetzgebung günstige Rahmenbedingungen für die Nutzung erneuerbarer Energien schaffen. Insbesondere müssen sie beim Erlass ihrer Vorschriften den Anliegen der Nutzung von Abwärme nach Möglichkeit Vorrang einräumen. Hierzu legen sie den maximal zulässigen Anteil nicht erneuerbarer Energien fest, welcher zur Deckung des Wärmebedarfs für Heizung und Warmwasser erlaubt ist; beim erneuerbaren Anteil kann Abwärme angerechnet werden.

Der Bau von Netzen, mit welchen Gebäude mit Wärme versorgt werden, ist eine raumwirksame Tätigkeit und muss somit mit anderen raumwirksamen Tätigkeiten abgestimmt werden.⁸ Bei der *Raumplanung* obliegt den Kantonen die Umsetzung der bundesrechtlichen Grundsätze.⁹ Das schliesst zwar nicht aus, dass der Bundesgesetzgeber neben den Grundsätzen für bestimmte Fragen detaillierte Regelungen aufstellt.¹⁰ Für Wärmenetze gilt allerdings lediglich die bundesrechtliche Regelung, dass im Richtplan die für die Nutzung erneuerbarer Energien geeigneten Gebiete zu bezeichnen sind.¹¹

2. Energieplanung

Weil die Energieversorgung und insbesondere Fernwärmenetze raumwirksame Aufgaben sind, können Kantone und Gemeinden die kommunalen Behörden darauf verpflichten, eine Energieplanung zu erstellen.¹² Diese stellt einen *behördenverbindlichen Sachplan* dar, der bei der Richt- und Nutzungsplanung zu berücksichtigen ist.¹³

Mit Hilfe der Energieplanung werden *Anlagen sowie Fördermassnahmen* im Wärmebereich geplant und diesbezüg-

7 PETER HETTICH / STEFAN RECHSTEINER, Gutachten betreffend Rechtsfragen zu Massnahmen der kantonalen Energiepolitik zuhnden des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Januar 2013, S. 7, wobei diese Ausführungen auf Art. 9 a EnG bezogen waren. Inhaltlich wurde dieser Artikel in Art. 45 EnG überführt und ausgedehnt.

8 Art. 1 Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG; SR 700).

9 Art. 75 Abs. 1 BV.

10 Statt vieler ALAIN GRIFFEL, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 75 N 25.

11 Art. 8b RPG.

12 Vgl. bspw. §§ 4 ff. Energiegesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 1983 (EnerG; LS 730.1); Art. 2 f. Energiegesetz des Kantons Glarus vom 7. Mai 2000 (EnG GS; GSVIIE/1/1); § 14c Abs. 1 Gesetz über die Energienutzung des Kantons Thurgau vom 10. März 2004 (EnG TG; RB 731.1). Zur kommunalen Energieplanung vgl. Beschluss des Stadtrates von Zürich vom 2. Dezember 2020, STRB Nr. 1144/2020, Energiebeauftragte, kommunale Energieplanung, Aktualisierung der Energieplankarte. Eine bundesrechtliche Vorgabe zur Energieplanung besteht nicht.

13 Vgl. CHRISTOPH FRITZSCHE / PETER BÖSCH / THOMAS WIPF / DANIEL KUNZ, Zürcher Planungs- und Baurecht, Bd. I., 6. Aufl., Wädenswil 2019, S. 123; vgl. auch bspw. § 6 Abs. 2 Energieverordnung des Kantons Zürich vom 6. November 1985 (EnerV; LS 730.11).

liche Massnahmen der Raumplanung getroffen.¹⁴ Zudem zeigt der Energieplan auf, wie sich der künftige Bedarf an (erneuerbarer) Energie und das Angebot an Abwärme entwickelt.¹⁵

3. Richtplan

- 9 Der Richtplan ist behördenverbindlich und gibt im Bereich der Versorgung Aufschluss über den Stand und die bisherige Entwicklung.¹⁶ Nach dem RPG sind *einzig die Kantone zum Erlass eines Richtplans verpflichtet*.¹⁷ Die Gemeinden dürfen ebenfalls Richtpläne erlassen, wobei aber kantonale Vorgaben bestehen können.¹⁸
- 10 Vorhaben mit gewichtigen Auswirkungen auf Raum und Umwelt bedürfen einer Grundlage im Richtplan.¹⁹ Eine solche *Pflicht zur richtplanerischen Festsetzung* wird unter anderem für Vorhaben bejaht, die grosse Flächen beanspruchen, die Nutzungs- und Versorgungsstrukturen des Kantons stark beeinflussen oder einen hohen Koordinationsbedarf aus räumlichen, organisatorischen oder politischen Gründen auslösen.²⁰ Entsprechend sind grosse Energieproduktionsanlagen sowie Anlagen mit weiträumiger Wirkung (wie Windparks oder Anlagen zur Nutzung der Wasserkraft) in der Regel im Richtplan zu erfassen.²¹
- 11 Ob *Fernwärmenetze im Richtplan eingetragen werden müssen*, hängt von den räumlichen Auswirkungen des konkreten Netzes ab: Netze, die einzelne Quartiere versorgen, lösen weniger räumlichen Koordinationsbedarf aus als solche, die flächendeckend auf einem grösseren Teil des Gemeindegebiets oder gar über die Gemeindegrenzen hinaus reichen. Erstere müssen nicht im Richtplan eingetragen werden, während letztere von Bundesrechts wegen einen Richtplaneintrag benötigen könnten.
- 12 Manchmal werden Gebiete, welche *für die Fernwärmeversorgung geeignet* sind, in kantonalen Richtplantexten

14 TOBIAS JAAG / MARKUS RÜSSLI, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 5. Aufl., Zürich 2019, Rz. 4605; vgl. FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ (Fn. 13), S. 132.

15 JAAG/RÜSSLI (Fn. 14), Rz. 4605; für die kantonale Energieplanung vgl. FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ (Fn. 13), S. 132.

16 Art. 6 Abs. 3 lit. b^{bis} sowie Art. 9 Abs. 1 RPG.

17 Art. 6 Abs. 2 RPG; ALAIN GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, in a nutshell, 3. Aufl., Zürich 2017, S. 39.

18 Vgl. bspw. § 31 Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich vom 7. September 1975 (PBG; LS 700.1); § 14 Abs. 1 Planungs- und Baugesetz des Kantons Thurgau vom 21. Dezember 2011 (PBG; RB 700).

19 Art. 8 Abs. 2 RPG.

20 Vgl. Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Umsetzung der Teilrevision vom 15. Juni 2012 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979, Ergänzungen des Leitfadens Richtplanung vom März 2014, S. 29.

21 Vgl. ARE (Fn. 20), S. 32f.

ausdrücklich bezeichnet, so zum Beispiel in den Richtplanberichten der Kantone Aargau und Zürich.²² Auch der Kanton Basel-Stadt hat die verschiedenen Fernwärmegebiete bezeichnet und unter anderem festgelegt, welche Verbünde erweitert, optimiert oder «ökologisiert» werden sollen.²³

Werden Fernwärmenetze im Richtplan eingetragen, sollen dazugehörige *Rohrleitungen*, die ein Siedlungsgebiet grob erschliessen, ebenfalls eingetragen werden, weil sie funktional zum Fernwärmenetz gehören und insofern erheblichen Koordinationsbedarf auslösen.²⁴ Im Kanton Zürich sind entsprechend die bestehenden und neu geplanten Fernwärmehauptleitungen im Richtplan enthalten.²⁵ Nach dem Richtplanbericht des Kantons Aargau werden die Rohrleitungen für die Fernwärmeversorgung (unabhängig ihrer Bedeutung) dagegen nicht im Richtplan aufgenommen.²⁶

4. Nutzungsplanung

Die Gemeinden können *Gebiete ausscheiden*,²⁷ für welche *Fernwärme vorgesehen ist*. Je nach Ausgestaltung des kantonalen und kommunalen Rechts nutzt die Gemeinde hierfür den Rahmennutzungsplan (Bau- und Zonenordnung), einen Sondernutzungsplan oder einen Erschliessungsplan (Quartierplan).²⁸

Ungeklärt ist dabei die Frage, ob die Gemeinden auch die *Art des zu verwendenden Energieträgers* für die Energiezonen festlegen dürfen – oder nur den Mindestanteil der

22 Hierzu Richtplan des Kantons Aargau vom 20. September 2011, Wärmeverorgung, E. 3.1; vgl. Richtplan des Kantons Zürich vom 28. Oktober 2019, Ziff. 5.4-1.

23 Der *Energierichtplan* wurde vom Regierungsrat am 17. März 2020 erlassen. Zudem hat der Kanton Basel-Stadt gesetzlich festgelegt, dass ab dem Jahr 2020 eine Fernwärmeproduktion aus mindestens 80% CO₂-freien Energiequellen realisiert wird: § 2 Abs. 4 Energiegesetz des Kantons Basel-Stadt vom 16. November 2016 (EnG BS; SG 772.100).

24 FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ (Fn. 13), S. 237. Beim Entscheid, ob ein Vorhaben gewichtige Auswirkungen auf Raum und Umwelt und entsprechenden Koordinationsbedarf zeitigt, verbleibt den zuständigen kantonalen Behörden ein gewisser Ermessensspielraum: PIERRE TSCHANNEN, in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Richt- und Sachplanung, Interessensabwägung, Zürich 2019, Art. 8 N 24 m.w.H. auf die Rechtsprechung; FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ (Fn. 13), S. 120.

25 Richtplan des Kantons Zürich vom 28. Oktober 2019, Ziff. 5.4-12.

26 Richtplan des Kantons Aargau vom 20. September 2011, Wärmeverorgung, E. 3.1.

27 ELOIJEANNERAT / PIERRE MOOR, in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich 2016, Art. 14 N 50, sofern das kantonale Recht das Gemeinwesen hierzu ermächtigt.

28 Vgl. ALEXANDER REY, Allgemeine Voraussetzungen der Bewilligungsfähigkeit von Bauten und Anlagen/IV. Erschliessung, in: Griffel/Liniger/Rausch/Turnherr (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, Rz. 3.299.

zu nutzenden Energie.²⁹ Dabei ist Folgendes zu berücksichtigen: Dem Gemeinwesen kommt bei der *leitungsgebundenen* Energie ein faktisches Monopol zu, weil es die Herrschaft über den öffentlichen Grund inne hat.³⁰ Die Versorgung mit Wärme gehört jedoch nicht zur gesetzlich nötigen Erschliessung eines Grundstücks.³¹ Aus dieser gesetzlichen Grundlage lässt sich somit kein Versorgungsmonopol der Gemeinde für die Lieferung von leitungsgebundener Energie ableiten.³² Vielmehr besteht für die Wärmeversorgung eine Konkurrenz von verschiedenen Energieträgern. Weil nun das Gemeinwesen an die Eigentumsгарantie sowie die Wirtschaftsfreiheit gebunden ist, darf es Massnahmen zur Monopolisierung eines bestimmten Energieträgers nur dann ergreifen, wenn diese Monopolisierung auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, im öffentlichen Interesse sowie verhältnismässig und im Rahmen von Art. 94 BV zulässig ist.³³ Teilweise wird gefordert, dass die Verpflichtung zur Nutzung eines bestimmten Energieträgers auf eine kommunale Energieplanung abgestützt werden muss.³⁴

5. Bewilligung, Nutzungsart und Verfahren

a) Baubewilligung

- 16 Wer eine Fernwärmanlage und die hierzu benötigten Leitungen bauen will, bedarf einer *Baubewilligung*. Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften des kantonalen

29 Gem. Stadtrat von Zürich kann gestützt auf § 78a PBG ZH einzig ein Mindestanteil festgelegt werden, vgl. Stadtrat Zürich vom 2. Juli 2014, GRNr. 2014/113. Anders § 14 Abs. 1-3 Energiegesetz des Kantons Aargau vom 17. Januar 2012 (EnergieG AG; SAR 773.200), Richtplan Kanton Aargau vom 20. September 2011, Wärmeversorgung, E. 3.1; vgl. § 19 Abs. 5 EnG BS.

30 ALEXANDER REY / BENJAMIN WITTEW, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, AJP 5/2007, S. 588 in fine; MARTIN BEYELER, Der Geltungsbereich des Vergaberechts, Zürich 2012, Rz. 807 m.w.H.; vgl. ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 2696f.; PIERRETSCHANEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 45 Rz. 6.

31 Art. 19 RPG nennt Zufahrt sowie Wasser-, Energie- und Abwasserleitungen, wobei gemäss Lehre und Rechtsprechung unter «Energieleitungen» lediglich die Erschliessung mit elektrischer Energie zu verstehen ist. Vgl. dazu REY (Fn. 28), Rz. 3.299 m.w.H.; BERNHARD WALDMANN / PETER HÄNNI, Raumplanungsgesetz, Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG), Handkommentar, Bern 2006, Art. 19 N 27.

32 RICCARDO JAGMETTI, Energierecht, Basel 2005, Rz. 7606; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.95.00156 vom 28. Februar 1996 E. 2a = ZBl 97/1996, S. 457f.

33 Siehe dazu unten Rz. 33ff. zum Anschlusszwang. Zum Ganzen Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.95.00156 vom 28. Februar 1996 E. 2a = ZBl 97/1996, S. 456f.; Entscheidung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 81013320 vom 21. Mai 2014 E. 6.4.3.

34 Vgl. § 14 Abs. 3 lit. b EnergieG AG, wonach die Gemeinden in Nutzungsplänen Grundeigentümer verpflichten können, ihre Heizungsanlage an ein öffentliches Leitungsnetz für Fernwärme anzuschliessen, wenn das Gebiet in der kommunalen Energieplanung ausgeschieden ist. Vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB. 95.00156 vom 28. Februar 1996 E. 2c = ZBl 97/1996, S. 458.

Rechts und hängt wesentlich davon ab, um welchen Anlagentyp es sich handelt.³⁵

Um Leitungen oder andere Anlagenteile *ausserhalb der Bauzone* zu erstellen, braucht es eine *Ausnahmebewilligung*.³⁶ Sie ist nur erhältlich, wenn a) der Zweck der Anlage einen Standort ausserhalb der Bauzonen erfordert (sogenannte Standortgebundenheit) und b) keine überwiegenden Interessen entgegenstehen:

- Allein mit fiskalischen Interessen, also z. B. weil der Bau einer Leitung infolge der einfacheren Werkarbeiten günstiger ist oder weil weniger Einsparungen zu befürchten sind, lässt sich die Standortgebundenheit nicht begründen.³⁷ Die Anlage muss vielmehr aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen auf einen *Standort resp. auf eine Leitungsführung ausserhalb der Bauzone angewiesen* sein. Das wäre der Fall, wenn sich z. B. die Fernwärmequelle ausserhalb der Bauzone befindet oder der Platz für Leitungen in der Bauzone nicht vorhanden oder ungeeignet ist.³⁸ Die Standortgebundenheit ist aber nicht absolut zu verstehen, sondern es reicht, dass gewichtige Gründe einen Standort ausserhalb der Bauzone gegenüber anderen Standorten innerhalb der Bauzone als erheblich vorteilhafter erscheinen lassen.³⁹ Wie bei Mobilfunkantennen dürfte dies der Fall sein, wenn erstens die Anlage aus technischen Gründen nicht allein innerhalb der Bauzone fertiggestellt werden kann und zweitens der Bau ausserhalb der Bauzone keine erhebliche Zweckentfremdung von Nichtbauzonenland bewirken und nicht störend in Erscheinung tritt.⁴⁰
- Im Rahmen der Interessenabwägung wird regelmässig zu berücksichtigen sein, dass zwar nicht die Anlage für sich von nationalem Interesse ist, der Gesetzgeber aber der Nutzung erneuerbarer Energie und ihrem Ausbau *nationales Interesse* zugesprochen hat.⁴¹

35 Art. 22 Abs. 1 RPG. MICHELANGELO GIOVANNINI, 5. Teil: Zusätzlich zu beachtende Anlagentyp-spezifische Bewilligungsvoraussetzungen, in: Griffel/Liniger/Rausch/Turnherr (Hrsg.), FHB Öffentliches Baurecht, Zürich 2016, S. 546.

36 Art. 24 RPG. Keiner Ausnahmebewilligung bedürfen aufgrund ihrer Zonenkonformität «Leitungen für den Transport der Energie zu geeigneten Abnehmern» von in Landwirtschaftszonen konformen Biomassenanlagen, Art. 34a Abs. 1 lit. d Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV; SR 700.1) i.V.m. Art. 16a Abs. 1^{bis} RPG, vgl. dazu BEATRIX SCHIBLI, Biomassenanlagen in der Landwirtschaft, Zürich 2022. Es ist vorgesehen, die Konformität von Bauten und Anlagen für den Transport von Energie aus Biomasse in Landwirtschaftszonen explizit ins Gesetz hineinzunehmen (vgl. Art. 16a Abs. 1^{bis} des Entwurfs zur Revision des RPG der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates [UREK-S] vom 29. April 2021).

37 BGE 118 Ib 497 E. 4.c.

38 Vgl. die Übersicht in BGE 118 Ib 17 E. 2.

39 BGE 141 II 245 E. 7.6.

40 Vgl. BGE 141 II 245 E. 7.6.2.

41 Art. 12 EnG.

b) Nutzung öffentlicher Sachen

- 18 Die Wärme für die Fernwärmeversorgung kann aus *verschiedenen Quellen* gewonnen werden: Oberflächengewässer, Grundwasser, Untergrund, Abwasser einer Abwasserreinigungsanlage, Biomasse oder Kehrichtverbrennung. In aller Regel bedingt dies die Nutzung öffentlicher Sachen.⁴² Sodann setzt die Errichtung regelmässig die Verlegung von Werkleitungen und die Erstellung von anderen Anlagenteilen (wie z. B. einem Speicher oder einer Energiezentrale) in oder auf *öffentlichem Grund* voraus.⁴³ Es stellt sich damit jeweils die Frage, ob und in welcher Form die Erlaubnis zur Nutzung der öffentlichen Sachen erteilt werden muss:
- 19 *Wasservorkommen* sind in aller Regel öffentliche Sachen im Gemeingebrauch⁴⁴ und stehen somit unter der Hoheit der Kantone.⁴⁵ Wird dem Gewässer⁴⁶ Wärme in einem geringen Umfang entzogen, so wird eine Bewilligung erteilt.⁴⁷ Wenn die Nutzung derart erfolgt, dass andere Personen in ihrer eigenen (allenfalls auch erst später erfolgenden) Nutzung eingeschränkt werden, ist eine Sondernutzungskonzession⁴⁸ zu erteilen.⁴⁹
- 20 Der Eigentümer darf grundsätzlich die *Erdwärme* nutzen, die sich senkrecht unter seiner Parzelle befindet (insbesondere mittels Erdwärmesonde).⁵⁰ Hierzu darf keine

42 Energie Schweiz, Rechte und Pflichten bei der Wärmeversorgung im Verbund, Febr 4uar 2016, S. 5.

43 JAGMETTI (Fn. 32), Rz. 7609.

44 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 30), § 48 Rz. 16; JAAG/RÜSSLI (Fn. 14), Rz. 3420.

45 Vgl. Art. 664 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210) sowie bspw. Art. 105 Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101); § 5 Abs. 2 Wasserwirtschaftsgesetz des Kantons Zürich vom 2. Juni 1991 (WWG ZH; LS 724.11); Urteil des Bundesgerichts 2C.622/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 3.2. Anders im Kanton Glarus, wo das Wasserrecht den Grund- bzw. Ufereigentümern zusteht: Art. 169 und 170 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus vom 7. Mai 1911 (EG ZGB GL; III B/1/1).

46 Das gilt für ober- und unterirdische Gewässer: ANDREAS ABEGG / LEONIE DÖRIG, System der privaten und öffentlichen Nutzungsrechte am Untergrund, URP 5/2019, S. 398.

47 Vgl. § 6 Abs. 1 lit. b Wassernutzungsgesetz des Kantons Aargau vom 11. März 2008 (WnG; SAR 764.100).

48 Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 Gesetz über die Gewässernutzung des Kantons St. Gallen vom 5. Dezember 1960 (GNG SG; sGS 751.1); Art. 21 und Art. 23 Wasserwirtschaftsgesetz des Kantons Schaffhausen vom 18. Mai 1998 (WWG SH; SHR 721.100); § 4 Wassernutzungsgesetz des Kantons Thurgau vom 25. August 1999 (WNG TG; RB 721.8) i.V.m. § 3 Abs. 1 Ziff. 1 Verordnung des Regierungsrates zum Wassernutzungsgesetz vom 7. Dezember 1999 (WNV TG; RB 721.81); § 73 WWG ZH i.V.m. § 1 lit. a Konzessionsverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz des Kantons Luzern vom 21. Oktober 1992 (KonzV WWG ZH; LS 724.211); vgl. auch JAAG/RÜSSLI (Fn. 14), Rz. 3421.

49 Eine Bewilligung mit dem ihr eigenen Rechtsanspruch würde den konkurrierenden Nutzungen nicht Rechnung tragen. Vgl. in diesem Sinne § 7 Abs. 2 und 3 Wassernutzungs- und Wasserverordnungsgesetz des Kantons Luzern vom 20. Januar 2003 (WNVG LU; SRL 770).

50 Dies grundsätzlich in unbegrenzter Tiefe: Art. 667 ZGB; vgl. dazu ausführlich ABEGG/DÖRIG (Fn. 46), S. 397f. Entzieht er dabei dem Nachbargrundstück Wärme, kann sich der Nachbar mit zivilrechtlichen Abwehrensprüchen dagegen wehren (Art. 641 Abs. 2 ZGB).

Bewilligungspflicht oder Konzession vorausgesetzt werden.⁵¹ Tiefengeothermieanlagen, wie z. B. das aktuelle Projekt in Haute-Sorne (JU), welche die Erdwärme in mehreren Tausend Metern Tiefe und damit weit unter dem Grundeigentum nutzen, bedürfen dagegen einer Konzession.⁵²

Bei der Wärmegewinnung aus *Abwärme einer Kehrichtverbrennungs- oder Abwasserreinigungsanlage* ist die Zustimmung des Inhabers bzw. der Trägerschaft der betreffenden Anlage notwendig.⁵³ Steht die Anlage im Besitz der öffentlichen Hand, so ist dies als Randnutzung (oder ausserordentliche Nutzung) einer Verwaltungssache zu qualifizieren: Die Zustimmung stellt dann eine Konzession dar. Eine solche Randnutzung ist zulässig, wenn sie die Hauptnutzung nicht beeinträchtigt. Ein Anspruch auf eine derartige Randnutzung besteht aber nicht.⁵⁴

Die Errichtung eines Fernwärmenetzes bedingt in aller Regel die Verlegung grosser Teile des Leitungsnetzes in *öffentlichem Grund*, meist in öffentlichen Strassen. Die Nutzungsrechte werden (je nach kantonaler Ausgestaltung) übertragen durch eine Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch (bei einfachen Werkleitungen) oder in Form einer Sondernutzungskonzession (bei grösseren und auf längere Zeit verlegten Leitungen).⁵⁵ Mit der Sondernutzungskonzession wird das Recht zur Ausübung einer rechtlich oder faktisch monopolisierten Tätigkeit verliehen⁵⁶ und ein wohlerworbenes Recht begründet, dessen wesentlicher Gehalt aus Gründen des Vertrauensschutzes gesetzesbeständig und unwiderruflich ist und das unter dem Schutz der Eigentumsgarantie steht.⁵⁷

51 ABEGG/DÖRIG (Fn. 46), S. 385 ff.

52 LEONIE DÖRIG, Das Recht zur Nutzung der Erdwärme, Diss., St. Gallen 2019, Rz. 174 ff. Vgl. auch JAGMETTI (Fn. 32), Rz. 7419 ff.; RENÉ WIEDERKEHR / ANDREAS ABEGG, Rechtliche Rahmenbedingungen bei der Nutzung des tiefen Untergrundes durch Geothermie. Regelungskompetenz, Nutzungsart, Planungspflicht und Bewilligungen nach Bundesrecht, ZBI 115/12 2014, S. 647 ff.; ANDREAS ABEGG / GORAN SEFEROVIC / LEONIE DÖRIG, Anmerkung zu BGE 145 II 32, URP 5/2019, S. 434 ff. Zur Unterscheidung von Privateigentum und öffentlichem Untergrund vgl. ABEGG/DÖRIG (Fn. 46), S. 385 ff.

53 JAGMETTI (Fn. 32), Rz. 7410.

54 BGE 127 I 84 E. 4b; BGE 138 I 274 E. 2.2.2.

55 Die Verlegung von einfachen Werkleitungen im öffentlichen Grund gilt als gesteigerter Gemeingebrauch, wofür eine Bewilligung nötig ist. Bleibende Anlagen und Bauten auf, in, unter oder über den Strassen unterstehen hingegen einer Konzession, zumal wenn ihre Verlegung ein weiteres paralleles Netz ausschliessen, vgl. Art. 21 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 24 Abs. 2 Strassengesetz des Kantons St. Gallen vom 12. Juni 1988 (StrG SG; sGS 732.1); § 34 Abs. 2 Ziff. 4 i.V.m. § 35 Abs. 2 Gesetz über die Strassen und Wege des Kantons Thurgau 14. September 1992 (StrWG TG; RB 725.1); § 23 des Strassengesetz des Kantons Luzern vom 21. März 1995 (StrG LU; SRL 755).

56 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 30), § 45 Rz. 15; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 30), Rz. 2718.

57 BGE 142 I 99 E. 2.4.3; BGE 132 II 485 E. 9.5; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 30), Rz. 2319 und 2721; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 30), § 45 Rz. 43; RENÉ WIEDERKEHR / PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bd. II, Bern 2014, Rz. 1310 ff.

Zudem sind bei der Nutzung öffentlichen Grundes folgende Besonderheiten zu beachten: Anders als die herrschende Lehre⁵⁸ lässt es das Bundesgericht zu, auch ohne gesetzliche Grundlage die Benutzung des öffentlichen Grundes einer Bewilligungspflicht zu unterstellen. Begründet wird dies damit, dass dem Gemeinwesen kraft Sachherrschaft über die öffentlichen Sachen das Recht zukomme, deren Benutzung frei zu regeln.⁵⁹ Dies gilt sowohl für die Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs als auch für den Fall, da eine Sondernutzungskonzession nötig ist.⁶⁰

23 Für die Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs kann eine *Benützungsgebühr* erhoben werden.⁶¹ Im Bereich der kommerziellen Nutzung des öffentlichen Grundes ist der Staat befugt, marktkonforme Gebühren zu erheben, muss sich jedoch wettbewerbsneutral verhalten.⁶² Für die Erteilung einer Konzession ist regelmässig eine *Konzessionsgebühr* geschuldet.⁶³ Stellt das kantonale Recht, wie im Kanton Zürich,⁶⁴ lediglich allgemeine Grundsätze für die Gebührenerhebung des Gemeinwesens auf, kommt den Gemeinden angesichts ihrer Gemeindeautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum zu.⁶⁵ Je nach kantonaler und kommunaler Regelung kann das

58 ALAIN GRIFFEL, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich 2017, Rz. 411; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 30), Rz. 384 und 2286; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 30), § 51 Rz. 13.

59 Vgl. etwa BGE 121 I 279 E. 2b; BGE 132 I 97 E. 2.2; anders BGE 135 I 302 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 2P.191/2004 vom 10. August 2005 E. 5.1 = ZBl 107/2006, S. 267, wo diese Frage ausdrücklich offengelassen wurde. Diese Rechtsprechung stösst auf Kritik vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 30), Rz. 2286, die einen generell-abstrakten Rechtssatz verlangen; ANDRÉ WERNER MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Bern 2011, S. 255 ff. m.w.H.

60 Bzgl. der Bewilligung für die Nutzung einer öffentlichen Sache im gesteigerten Gemeingebrauch BGE 132 I 97 E. 2.2; BGE 121 I 279 E. 2b; BGE 119 Ia 445 E. 2a; BGE 109 Ia 208 E. 4b, BGE 105 Ia 91 E. 4; anders Urteil des Bundesgerichts 1C_9/2012 vom 7. Mai 2012 E. 2.2 und 2.3, zum Urteil GIOVANNI BIAGGINI, Bemerkungen zum Entscheid 1C_9/2012, ZBl 114/2013, S. 512. In BGE 138 I 274 E. 3.3 und Urteil des Bundesgerichts 2P.191/2004 vom 10. August 2005 E. 5.1 hat das Bundesgericht diese Frage offengelassen; vgl. auch RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts. Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Bd. I, Bern 2012, Rz. 1294 f. Zur Erforderlichkeit der Einholung einer Konzession für die Sondernutzung einer öffentlichen Sache ohne besondere gesetzliche Grundlage BGE 129 II 497 E. 3.1 und 5.4.7; BGE 102 Ia 122 E. 2a; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. II (Fn. 57), Rz. 243; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 30), Rz. 2315; MOSER (Fn. 59), S. 255 ff. m.w.H.

61 Die Benützungsgebühr stellt eine Kausalabgabe dar, vgl. für die Voraussetzungen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 30), Rz. 2769, 2777 ff. und 2795 ff.; FELIX UHLMANN, Kriterien der Bemessung von Kausalabgaben in der Praxis, in: Häner/Waldmann (Hrsg.), Kausalabgaben, Bern 2015, S. 96.

62 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 30), Rz. 2289; TOBIAS JAAG, Gemeingebrauch und Sondernutzung öffentlicher Sachen, ZBl 93/1992, S. 162.

63 Vgl. BGE 138 II 70 E. 5.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 30), Rz. 2741.

64 § 231 PBG ZH.

65 Urteil des Bundesgerichts 2P.121/2006 vom 23. Oktober 2006 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 1P.645/2004 vom 1. Juni 2005 E. 2.2; vgl. auch DENIS OLIVER ADLER / STEFAN TÖNZ, Versorgungsleitungen privater Unternehmen im öffentlichen Grund, PBG 2016/3, S. 13.

Nutzungsentgelt reduziert oder erlassen werden, wenn ein besonderes öffentliches Interesse des Energieverbundes für die Inanspruchnahme besteht.⁶⁶

Die *Zuständigkeit* für die Erteilung der Rechte wie z. B. 24 der Durchleitungsrechte hängt davon ab, ob die öffentlichen Sachen (z. B. Kantons⁶⁷- oder Gemeindestrasse⁶⁸) unter der Hoheit des Kantons oder der Gemeinde steht.

Werden Grundstücke des Gemeinwesens buchhalterisch 25 im *Finanzvermögen* erfasst, so gelten im Wesentlichen die gleichen Regelungen wie bei Durchleitungsrechten auf privatem Grund.⁶⁹

c) Durchleitungsrechte auf privatem Grund

Aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen kann es 26 nötig sein, Leitungsabschnitte auf privatem Grund zu verlegen.⁷⁰ Dabei sind zwei Vorgehensweisen zu unterscheiden, um die nötigen Durchleitungsrechte von Privaten zu erhalten:

— Durchleitungsrechte sind grundsätzlich mit *privatrechtlichen Mitteln* – durch Baurechte⁷¹ oder Dienstbarkeiten – zu sichern. Hierzu bedarf es eines zu beurkundenden Dienstbarkeitsvertrages nach den Bestimmungen des Zivilgesetzbuches.⁷² Das Recht zur Durchleitung entsteht erst mit Eintrag im Grundbuch.⁷³

— Verschiedene Kantone wie z. B. der Kanton Zürich verfügen über eine *öffentlich-rechtliche Rechtsgrundlage*, Grundeigentümer zur Durchleitung für die öffentliche Fernwärmeversorgung zu verpflichten und ihn allenfalls zu enteignen.⁷⁴ Im Kanton Aargau sind Grundeigentümer generell verpflichtet, die Durchleitung leitungsgebundener Energie auf ihrem Gebiet zu dulden, selbst wenn ihre Liegenschaft damit nicht erschlossen wird.⁷⁵

66 Vgl. § 231 Abs. 3 PBG ZH; vgl. für die Stadt Zürich Art. 14 Sondergebräuchsreglement vom 2. April 2008 (SGR, LS 722.150).

67 Vgl. § 23 Abs. 2 StrG LU; Art. 16 Abs. 3 Strassengesetz des Kantons Schaffhausen vom 18. Februar 1980 (SHR SH; LS 725.100); § 34 Abs. 1 und 35 Abs. 1 StrWG TG; § 2 lit. a i.V.m. § 22 lit. b Sondergebräuchsverordnung des Kantons Zürich vom 24. Mai 1978 (LS 700.3).

68 Vgl. § 17 StrG LU; Art. 6 und 11 StrG SG; Art. 5 ff. StrG SH; § 7 StrWG TG.

69 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 30), Rz. 2240. Das Finanzvermögen untersteht im Aussenverhältnis, Verhältnis Staat-Private, dem Privatrecht. Vgl. auch MEINRAD HUSER, Leitungen zwischen privatem und öffentlichem Sachenrecht, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungsrecht 2016, S. 229.

70 Vgl. Kommunale Energieplanung der Stadt Zürich, Planungsbericht Energieversorgung vom 1. November 2020, Beilage 2 zu STRB Nr. 1144/2020, S. 54.

71 Art. 675 und 779 ZGB. Statt vieler JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5. Aufl., Zürich 2017, S. 1367 ff.

72 Art. 676 Abs. 2 ZGB.

73 Art. 731 ZGB.

74 § 295 Ziff. 2 PBG ZH. Zur Enteignung vgl. JAGMETTI (Fn. 32), Rz. 7610.

75 § 21 EnergieG AG.

d) Leistungsaufträge oder Gebietskonzessionen

27 Soll eine juristische *Person des öffentlichen oder privaten Rechts* ein bestimmtes Gebiet mit Fernwärme versorgen, so ist wie folgt zu unterscheiden:

- Stellt die Versorgung mit Fernwärme eine öffentliche Aufgabe dar,⁷⁶ so erfolgt die Übertragung der Aufgabe durch einen gesetzlichen *Leistungsauftrag* oder eine *Leistungsvereinbarung*.⁷⁷ Jeder Empfänger ist im Rahmen dieser Aufgabe an die Grundrechte gebunden und kann sich gegenüber dem Gemeinwesen nicht auf die Grundrechte berufen.⁷⁸
- Sofern die Fernwärmeversorgung keine Staatsaufgabe darstellt, kann das Gemeinwesen *Gebietskonzessionen* zuteilen.⁷⁹ Die Konzessionäre üben keine staatliche Aufgabe aus, auch wenn ihre Tätigkeit im öffentlichen Interesse sein mag. Entsprechend ist ein Konzessionär nicht an die Grundrechte gebunden, und er ist von der Wirtschaftsfreiheit geschützt.⁸⁰

6. Öffentliche Ausschreibung

28 Im Zusammenhang mit dem *Bau, Betrieb und Unterhalt von Fernwärmenetzen* stellt sich die Frage, ob das Gemeinwesen den Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens unterliegt und ob die hierfür notwendigen Durchleitungsrechte – meist in Form einer Sondernutzungskonzession – öffentlich auszuschreiben sind.⁸¹

29 Öffentliche Beschaffungen, in deren Rahmen sog. öffentliche Aufträge (namentlich *Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen*) erbracht werden, sind ausschreibepflichtig.⁸² Das ist z. B. der Fall, wenn ein Gemeinwesen

76 Vgl. Art. 71 lit. l Gemeindeordnung der Stadt Zürich vom 27. September 2020 (GO; AS 101.100).

77 BERNHARD RÜTSCHKE, Staatliche Leistungsaufträge und Rechtsschutz, ZBJV 2016, S. 79.

78 Art. 35 Abs. 2 BV; RÜTSCHKE (Fn. 77), S. 84.

79 ANDREAS ABEGG / MARCO FREI, Können sich öffentliche Unternehmen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen?, recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis 2017, S. 291 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 30), Rz. 2733 ff.; RÜTSCHKE (Fn. 77), S. 84. Die Konzession gilt für den gesamten, in der Energieplanung bezeichneten Perimeter: vgl. JAGMETTI (Fn. 32), Rz. 302b, vgl. auch Kommunale Energieplanung der Stadt Zürich, Planungsbericht Energieversorgung vom 1. November 2020, Beilage 2 zu STRB Nr. 1144/2020, S. 59; vgl. für die Stadt Zürich AS 722.150; STRB Nr. 611/2017.

80 Zur Grundrechtsbindung und -berechtigung vgl. soeben Fn. 79. Grundsätzlich müssen die Gebietskonzessionäre aber eine Konzessionsgebühr für die Nutzung des öffentlichen Grundes entrichten: Dazu oben Fn. 63.

81 Vgl. Ecosens AG, Memorandum «Erteilung von Sondernutzungskonzessionen für die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt von Wärmeverbunden» vom 12. Juni 2014.

82 Art. 8 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (BöB; SR 172.056.1) sowie Art. 8 Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB), vgl. hierzu INÖB, Musterbotschaft vom 16. November 2020 zur Totalrevision der Interkantonalen Vereinbarung über das

zwar das Fernwärmenetz selbst betreiben will, sich dieses aber von Dritten erstellen lässt.

Die Übertragung öffentlicher Aufgaben und die Verleihung von Konzessionen gelten als *öffentliche Aufträge* und sind ebenfalls auszuschreiben, wenn «dem Anbieter dadurch ausschliesslich oder besondere Rechte zukommen, die er im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihm dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt».⁸³ Will also ein Gemeinwesen ein Fernwärmenetz durch Dritte betreiben oder nur schon anschliessen lassen und stellt die Versorgung mit Fernwärme eine öffentliche Aufgabe dar, so muss sie dies grundsätzlich öffentlich ausschreiben.⁸⁴ Immerhin kann das Gemeinwesen für derartige Fälle spezifische beschaffungsrechtliche Regeln erlassen, wenn es nicht nach den allgemeinen beschaffungsrechtlichen Normen vorgehen will.⁸⁵

Konzessionen, die keinen Zusammenhang mit öffentlichen Aufgaben aufweisen und keine ausschliesslichen oder besonderen Rechte beinhalten, werden vom öffentlichen Vergaberecht in der Regel nicht erfasst.⁸⁶ Will also das Gemeinwesen ein Fernwärmenetz durch einen privaten Anbieter betreiben lassen, ohne dass damit eine Staatsaufgabe übertragen oder ein öffentliches Netz gebaut wird, kommt das öffentliche Beschaffungsrecht nicht zur Anwendung. Allerdings ist dabei Zweifaches zu beachten:

- Wenn mit der Konzessionserteilung untrennbar *Gegenleistungen von gewisser Tragweite* verbunden sind, die gewöhnlich Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung bilden, kommt das Beschaffungsrecht doch wieder zur Anwendung. Somit kann auch bei der Vergabe von Sondernutzungskonzessionen eine öffentliche Beschaffung vorliegen, wenn sich die

öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 zum Stand der beigetretenen Kantone, für welche diese revidierte IVöB in Kraft ist.

83 Art. 9 BöB, Art. 9 IVöB.

84 Vgl. GVP 2016 Zug, S. 78 ff.; Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen B2015/181 vom 1. Oktober 2015 E. 2; AVGE 2012 Nr. 26, insbes. E. 4.6, wobei die Frage nach der Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 BGBM (Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 [BGBM; SR 943.02]) offengelassen wurde. Vgl. auch PETER GALLI / ANDRÉ MOSER / ELISABETH LANG / MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrecht, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 129; BEYELER (Fn. 30), Rz. 679 ff.; vgl. Botschaft vom 15. Februar 2017 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) (BBl 2017 1851), S. 1901.

85 Vgl. dazu ANDREAS ABEGG / ANDREAS HEFTI / GORAN SEFEROVIC, Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Februar 2019, S. 46.

86 Botschaft zur Totalrevision BöB (Fn. 84), S. 1899; BGE 143 II 120 E. 6.3.2; a.M. Gutachten WEKO vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, S. 5.

Gemeinde z. B. ohne Abgabe ein Netz erstellen und betreiben lässt, welches im öffentlichen Interesse ist oder welches nach Ablauf der Konzessionsdauer an die Gemeinde mit einem erheblichen Restwert zurückfällt.⁸⁷

- Der Umstand, dass eine Sondernutzungskonzession in der Regel nicht als öffentlicher Auftrag qualifiziert wird, bedeutet nicht, dass diese nicht aus anderen Gründen ausschreibungspflichtig sein kann.⁸⁸ Für Monopolkonzessionen⁸⁹ regelt Art. 2 Abs. 7 *Binnenmarktgesetz*, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private ausgeschrieben werden muss. Unklar ist, ob Sondernutzungskonzessionen vom Binnenmarktgesetz ebenfalls erfasst sind. Das Bundesgericht befürwortet eine Ausschreibungspflicht für Fälle, in denen das Gemeinwesen von sich aus eine Übertragung von Monopolen vornimmt.⁹⁰ Das würde mithin für Gebietskonzessionen gelten, welche Konkurrenten von der gleichen Tätigkeit ausschliessen. Ergreift ein Privater jedoch von sich aus die Initiative und erteilt hierauf das Gemeinwesen eine Konzession, ohne dass eine Marktsituation vorläge, so kann auf eine Ausschreibung verzichtet werden.⁹¹ Um zu eruieren, ob mehrere juristische Personen eine Gebietskonzession nachfragen, ist im Zweifel eine öffentliche Ausschreibung vorzunehmen.

III. Anschlusszwang und Anschlussrecht

1. Anschlusszwang, Einhaltung der verfassungsmässigen Rechte und Preisüberwachung

- 32 Fernwärmeversorgungen sind auf eine möglichst hohe Anschlussdichte angewiesen. Deshalb mag das Gemeinwesen Privatpersonen zum Anschluss an ein Fernwärme-

87 BGE 144 II 177 E. 1.3.2; BGE 135 II 49 E. 4.4. Bei beiden ging es um ein öffentliches Fahrradverleihsystem für die Stadt Bern resp. Genf. Vgl. auch BGE 141 II 113 E. 1.2.1; BGE 125 I 209 E. 6b; BEYELER (Fn. 30), Rz. 819; DANIEL KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen, Eine Analyse der Anforderungen an eine rechtsstaatliche Verteilunglenkung bei begrenzten wirtschaftlichen Berechtigungen, Bern 2004, S. 275; vgl. kritisch NICOLAS F. DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014, S. 228 ff.

88 BEYELER (Fn. 30), Rz. 812 ff.; vgl. BGE 144 II 177 E. 1.3.2.

89 REY/WITTWER (Fn. 30), S. 588.

90 BGE 145 II 32 E. 4.1; BGE 144 II 184 E. 2.2 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 6.2 (auszugsweise in: ZBl 115/2014, S. 151 ff. mit Kommentar von GIOVANNI BIAGGINI); anders BGE 143 II 598 E. 4.4.1.

91 In solchen Fällen beschränkt sich der Rechtsakt des Staates auf die Verleihung eines Rechts zur Nutzung des öffentlichen Grundes, wofür (meist) eine Gegenleistung entrichtet wird: BGE 145 II 32 E. 4.1 und 4.2; BGE 144 II 184 E. 2.2 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 6.2.; anders BGE 143 II 598 E. 4.1.1; offengelassen in BGE 135 II 49 E. 4.1.

netz verpflichten wollen.⁹² Eine solche *Anschlusspflicht* muss auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen sowie im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sein.⁹³ Zudem sind die Eigentumsgarantie sowie die Wirtschaftsfreiheit zu beachten.⁹⁴

Welche Anforderungen an diese Voraussetzungen zu stellen sind, hängt einerseits von der «Eingriffstiefe» der *Anschlusspflicht beim Grundstückseigentümer* ab, namentlich ob der bisherige oder künftig mögliche Gebrauch des Grundstücks stark erschwert wird.⁹⁵ Wird Eigentümern z. B. ein wirtschaftlich attraktiver Bezug von Fernwärme angeboten und erfolgt der Wechsel so, dass bestehende Anlagen amortisiert werden können, bestehen nur geringe Einschränkungen. Der entsprechende Eingriff ist noch geringer, wenn alternative (erneuerbare) Energieformen zugelassen sind.⁹⁶ Das Bundesgericht hatte in einem älteren Fall zu einem Gasnetzanschluss⁹⁷ entschieden, dass bei Altbauten Mehrkosten für den Bezug von Gas im Umfang von 50% nicht mit der Eigentumsgarantie vereinbar seien, gewisse Mehrkosten jedoch zumutbar seien. Für Neubauten sei ein Anschluss- und Bezugszwang hingegen verhältnismässig.⁹⁸

Andererseits stellt sich die Frage, wie sich ein Anschlusszwang auf die private Wirtschaft auswirkt. System- bzw. grundsatzwidrige Einschränkungen, welche nach ihrer primären Zielsetzung den freien Wettbewerb beeinträchtigen, um gewisse Gewerbezweige zu sichern oder zu begünstigen oder die private Wettbewerbsordnung auszuschalten, bedürfen einer Grundlage in der Bundesverfassung oder müssen sich auf die Hoheitsrechte der Kantone stützen.⁹⁹ Werden Fernwärmenetze mit

92 JAGMETTI (Fn. 32), Rz. 7607.

93 Dies folgt bereits aus Art. 5 BV.

94 Art. 26f. und Art. 94 BV.

95 HETTICH/RECHSTEINER (Fn. 7), S. 25; vgl. auch WILLI ZIMMERMANN, Die Anschlusspflicht für Fernwärme, Schweizer Ingenieur und Architekt, 100/1982, S. 750 f.; SEBASTIAN HESELHAUS / MARKUS SCHREIBER, Rechtliche Grundlagen der Fernwärme, Jusletter 19. Dezember 2016, Rz. 24.

96 Ausführlich zu dieser Frage HESELHAUS/SCHREIBER (Fn. 95), Rz. 24 ff. Des Weiteren: HETTICH/RECHSTEINER (Fn. 7), S. 25. Vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Solothurn VWBES.2016.162 vom 15. März 2017 E. 5.5, wonach zumindest ein mittelschwerer Eingriff in die Eigentumsgarantie vorliegt.

97 Urteil des Bundesgerichts 1P.193/1994 vom 12. September 1994, Auszug in BEZ 2002, Nr. 38, S. 67.

98 Urteil des Bundesgerichts 1P.193/1994 vom 12. September 1994, Auszug in BEZ 2002, Nr. 38, S. 67.

99 Art. 94 Abs. 4 BV. Neue Monopole müssen sich also auf polizeiliche und sozialpolitische Ziele berufen, während wirtschaftspolitische oder fiskalische Motive dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit entgegenstehen. Unter vielen: BGE 132 I 282 E. 3.2f.; BGE 143 I 388 E. 2.2.1. In letzterem Fall lässt das Bundesgericht das Bestattungsmonopol des Kantons Zürich als grundsatzkonform gelten, weil das vorrangige Motiv nicht wirtschaftspolitisch ausfällt. Damit öffnet es kantonalen und kommunalen Monopolen Tür und Tor, wenn diese das Monopol nicht gerade fahrlässig wirtschaftspolitisch begründen. Vgl. hierzu auch BGE 131 I 223 E. 4.2.

Anschlusszwang versehen, behindern sie den Wettbewerb der verschiedenen Energieträger und folglich der Anbieter in einem bestimmten Gebiet. Das Motiv hierzu liegt einerseits darin, genügend Nutzer an das Netz zu binden, damit sich die grossen Investitionskosten des Netzes amortisieren lassen. Zudem wird regelmässig das primäre politische Motiv in der Förderung erneuerbarer Energieformen liegen, was nach der Rechtsprechung einen grundsatzkonformen Regelungszweck darstellt.¹⁰⁰ Eine kantonale oder kommunale gesetzliche Grundlage wird somit in aller Regel genügen, um einen Anschlusszwang zu rechtfertigen.¹⁰¹

35 Als *gesetzliche Grundlage* für einen Anschlusszwang genügen in formeller Hinsicht (auch bei einem Grundrechtseingriff) die kantonalen Energiegesetze¹⁰² bzw. das Planungs- und Baugesetz.¹⁰³ Bestehen nur geringe Einschränkungen, genügen unseres Erachtens die Rechtsform des Verwaltungsvertrags sowie Gebühren, welche auf das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip überprüft werden können.¹⁰⁴

36 Die Förderung der Fernwärme als erneuerbare Energiequelle im Rahmen der Umsetzung umweltpolitischer Zielvorgaben liegt grundsätzlich im *öffentlichen Interesse*.¹⁰⁵ Umstritten ist allerdings, ob eine möglichst hohe Anschlussdichte angestrebt werden darf, um die Kosten möglichst tief zu halten. Denn nach ständiger Lehre und Rechtsprechung reichen rein fiskalische Interessen grundsätzlich nicht aus, um einen Eingriff in die Eigentumsrechte zu rechtfertigen.¹⁰⁶ Solange die (rentable) Nutzung von erneuerbaren Energien im Vordergrund steht, sollte aber ein zulässiges öffentliches Interesse vorliegen.

37 Ob die Einschränkung der Grundrechte *verhältnismässig* ist, wird jeweils im Einzelfall zu prüfen sein, namentlich wie hoch die Investitionskosten der Eigentümer sind, welche Umsetzungsfrist gewährt und ob eine Abstufung

hinsichtlich Neu- und Altbauten vorgenommen wird.¹⁰⁷ Einige Kantone sehen in diesem Zusammenhang vor, dass die Wärme zu wirtschaftlich gleichwertigen Bedingungen wie jene aus konventionellen Anlagen oder zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen angeboten werden muss.¹⁰⁸

Eine Anschlussverpflichtung Privater kann mittels *Verfügung* (individuell-konkrete Anordnung im Rahmen der Baubewilligung)¹⁰⁹ oder auch in einem *Rahmennutzungs- oder Sondernutzungsplan* erfolgen.¹¹⁰

Bei einem Gebietsmonopol können die Fernwärmeversorgungsunternehmen *marktmächtig sein* und damit dem Kartell- und Preisüberwachungsgesetz unterstehen.¹¹¹ Im Rahmen seiner Kompetenzen¹¹² beobachtete der eidgenössische Preisüberwacher im Jahr 2014 die Preisentwicklung bei Fernwärmelieferungen. Er erkannte stark unterschiedliche Tarifstrukturen und stellte in Aussicht, künftig teure Anbieter zu identifizieren und nötigenfalls Empfehlungen an die politischen Entscheidungsträger abzugeben.¹¹³ Dies tat er sodann im Jahr 2016, als er die Tarife der Fernwärmenetze Bern und Horgen untersuchte und Empfehlungen abgab, welche von den Gemeinden befolgt wurden.¹¹⁴

2. Recht auf Zugang zu Fernwärmenetzen

Bei einem *freiwilligen Anschluss* an die örtliche Fernwärmeversorgung mittels privatrechtlichen Wärmelieferungsvertrages wird nicht nur der Private verpflichtet, Fernwärme zu beziehen, sondern auch das Energieversorgungsunternehmen zu deren Lieferung über die vereinbarte Laufzeit.¹¹⁵

100 Vgl. BGE 132 I 282 E. 3.5, bei welchem es allerdings um eine Verfassungsinitiative ging und somit eine Verfassungsgrundlage für die Bildung eines Elektrizitätsmonopols bestand.

101 Zur Kritik an der bestehenden Rechtsprechung siehe oben Fn. 99 sowie m. w. H. MATTHIAS OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, AJP 9/2013, S. 1339.

102 § 15 EnG TG; § 14 Abs. 3 EnergieG AG; Art. 21 Energiegesetz des Kantons St. Gallen vom 26. Mai 2000 (EnG SG; sGS 741.1); Art. 13 Abs. 1 lit. a Kantonales Energiegesetz Bern vom 15. Mai 2011 (KENG; BSG 741.1).

103 § 295 Abs. 2 PBG ZH; Art. 18 Gesetz über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht im Kanton Schaffhausen vom 1. Dezember 1997 (Baugesetz; SHR 700.100).

104 Anders wäre es zu beurteilen, wenn eine Liegenschaft, die nicht sanierungsbedürftig ist, zwangsweise an ein Wärmenetz angeschlossen würde. In diesem Fall wäre eine klare gesetzliche Grundlage nötig.

105 Art. 74 und Art. 89 Abs. 1 BV.

106 Zum Ganzen HESELHAUS/SCHREIBER (Fn. 95), Rz. 31; vgl. aber BIGGINI (Fn. 6), Art. 36 N 20, der von keinem generellen Ausschluss fiskalischer Interessen ausgeht. Vgl. auch bereits oben bei Fn. 99.

107 HETTICH/RECHSTEINER (Fn. 7), S. 25.

108 § 295 Abs. 2 PBG ZH; § 14 Abs. 3 lit. a EnergieG AG, die die wirtschaftliche Tragbarkeit fordert; vgl. § 19 Abs. 9 EnG BS; vgl. JAGMETTI (Fn. 32), Rz. 7608.

109 § 295 Abs. 2 PBG ZH.

110 Art. 21 EnG SG (Überbauungs- und Gestaltungsplan); Art. 18 Abs. 3 Baugesetz SH (Quartierplan); § 15 EnG TG (Zonenplan), je nach kantonaler Terminologie; vgl. Beschluss des Regierungsrates Solothurn Nr. 2016/757 vom 26. April 2016 E. 3.2.2.1; Urteil des Verwaltungsgerichts Solothurn VWBES.2016.162 vom 15. März 2017, bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 1C_243/2017 vom 5. Februar 2018 E. 3.6.1., wonach die Anschlussverpflichtung auch in einem Erschliessungsplan i.V.m. mit dem EnG erfolgen kann.

111 Art. 7 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) vom 6. Oktober 1995 (wobei dessen Geltung von einer allfälligen Anwendbarkeit der Vorbehalte gemäss Art. 3 Abs. 1 KG abhängig sein könnte); Art. 2 Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG; SR 942.20).

112 Art. 4 PüG.

113 Jahresbericht des Preisüberwachers, in: RPW 2014, S. 836, v. a. S. 838 und 843 ff.

114 Newsletter des Preisüberwachers vom 2. Februar 2017.

115 Vgl. für die Stadt Zürich, Auszug aus dem Protokoll des Stadtrates von Zürich vom 8. Juli 2011 betreffend schriftliche Anfrage von Joachim Hagger, Frage 3, GR Nr. 2011/100.

41 Einer *Kontrahierungspflicht* untersteht die privatrechtlich agierende Fernwärmeversorgung nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann, wenn sie die Fernwärme öffentlich anbietet,¹¹⁶ für den konkreten Bezüger keine alternativen, gleichwertigen Energiequellen verfügbar sind und von Seiten des Unternehmens kein legitimer Grund vorliegt, den Anschluss zu verweigern.¹¹⁷ Ob eine marktbeherrschende Stellung besteht, ist dabei nicht relevant; in diesem Sinne geht die Kontrahierungspflicht über die kartellrechtlichen Pflichten hinaus.¹¹⁸ Eine Kontrahierungspflicht aus Kartellrecht kann aber dann bestehen, wenn ein Dritter Wärme in ein bestehendes, marktmächtiges Fernwärmenetz einspeisen will (Recht auf Drittzugang).¹¹⁹

42 Im Kanton Bern *muss* das Fernwärmeversorgungsunternehmen Haushalte und Betriebe beliefern, wenn eine *Anschlusspflicht* besteht.¹²⁰ In anderen Kantonen fehlt eine solche ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Energieplanerische Gründe mögen aber allenfalls dagegen stehen, die Anschlusspflicht und Bezugspflicht der Privaten mit einer Anschluss- und Belieferungspflicht des Energieversorgungsunternehmens gleichzusetzen.¹²¹ Eine Anschluss- und Belieferungspflicht des Versorgungsunternehmens wird aber in aller Regel dann entstehen, wenn das Gemeinwesen oder ein Unternehmen mit Gebietsmonopol eine öffentliche Aufgabe (Grundversorgung) ausübt, folglich an die Grundrechte gebunden ist und keine genügenden sachlichen Gründe für eine Ungleichbehandlung vorbringen kann.¹²²

IV. Zusammenfassung

43 Die Fernwärmeversorgung soll massgeblich dazu beitragen, dass die *energie- und klimapolitischen Ziele* der Schweiz erreicht werden. Planung, Bau und Betrieb von Fernwärmenetzen werfen aber eine Reihe von komplexen Rechtsfragen auf.¹²³

44 Während der Bund vor allem Grundsätze zum sparsamen und rationellen Energieverbrauch festlegt, sind für die massgeblichen Fragen die *Kantone und Gemeinden zuständig*. Nicht zu vergessen ist aber, dass die Energieversorgung und damit auch die Wärmeversorgung *grund-*

sätzlich eine Aufgabe der Wirtschaft ist. Soll die Wärmeversorgung eine Staatsaufgabe sein, muss dies die jeweilige Gemeinde oder der Kanton ausdrücklich gesetzlich festlegen.¹²⁴

Kantone und Gemeinden können die Wärmeversorgung in einer *Energieplanung* vorsehen.¹²⁵ Als Sachplan bindet diese die verschiedenen Behörden in ihren raumwirksamen Tätigkeiten. Im *Richtplan* müssen Fernwärmenetze in der Regel nicht eingetragen werden – ausser sie lösen aufgrund ihrer Grösse oder Art einen überregionalen Koordinationsbedarf aus.¹²⁶ In den *Nutzungsplänen* können die Gemeinden Gebiete für Wärmenetze ausscheiden.¹²⁷

Der Bau von Fernwärmeanlagen und -leitungen ist *bewilligungspflichtig*. Ausserhalb der Bauzone bedarf es einer Ausnahmewilligung, die den üblichen strengen Voraussetzungen unterliegt.¹²⁸ Die Nutzung von Wärmequellen und des öffentlichen Grundes setzt zudem regelmässig die Erteilung einer *Sondernutzungskonzession* (gegen Gebühr) voraus.¹²⁹ Soll *Privatgrund* genutzt werden, braucht es hierfür entweder das Einverständnis des Grundeigentümers, oder aber eine zwangsweise Nutzung muss sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen.¹³⁰

Wenn der *Betrieb eines Fernwärmenetzes an eine Drittperson übertragen* wird, dann geschieht dies mit einem Leistungsauftrag, wenn es sich beim Betrieb um eine Staatsaufgabe handelt. Eine solche Vergabe ist in der Regel ebenso auszuschreiben wie die Zuteilung einer privatwirtschaftlich genutzten Konzession, welche andere Wettbewerber ausschliesst.¹³¹

Eine *Anschlusspflicht* der Grundeigentümer muss sich grundsätzlich auf eine gesetzliche Grundlage stützen. Bietet das Gemeinwesen aber die Fernwärme zu wirtschaftlich vergleichbaren Bedingungen wie konkurrierende Energieformen an, vermag das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage zu kompensieren.¹³² Eine solche Anschlusspflicht wird regelmässig mit dem Recht des Grundstückseigentümers einhergehen, vom Versorger dann auch tatsächlich angeschlossen und beliefert zu werden – ausser es lägen ausreichende, sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung Anschlusswilliger vor.¹³³

116 Keine Kontrahierungspflicht besteht somit in einem Fall, da ein einzelner Eigentümer sein Areal mit Fernwärme versorgt.

117 BGE 129 I 35 E. 6.

118 Art. 7 KG.

119 Vgl. dazu HESELHAUS/SCHREIBER (Fn. 95), Rz. 45 ff.

120 Art. 13 Abs. 2 KEnG BE. Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Bern VGE 100.2015.19 vom 7. Januar 2016 E. 3.5, in: BVR 2016, S. 228.

121 Vgl. aber für die Stadt Zürich, Auszug aus dem Protokoll des Stadtrates von Zürich vom 8. Juli 2011 betreffend schriftliche Anfrage von Joachim Hagger, Frage 3, GR Nr. 2011/100.

122 HESELHAUS/SCHREIBER (Fn. 95), Rz. 41.

123 Rz. 1 ff.

124 Rz. 4 ff.

125 Rz. 7 f.

126 Rz. 9 ff.

127 Rz. 14 ff.

128 Rz. 16.

129 Rz. 18 ff.

130 Rz. 26.

131 Rz. 28 ff.

132 Rz. 32 ff.

133 Rz. 40 ff.

Résumé

L'approvisionnement en chauffage des zones urbanisées est déterminant pour la mise en œuvre de la stratégie énergétique 2050 de la Confédération et contribue à la réalisation des objectifs de la politique climatique. Toutefois, la planification, la construction et l'exploitation des réseaux de chauffage à distance soulèvent diverses questions juridiques. Le présent article analyse tout d'abord la répartition des compétences et les directives de planification pour la construction d'un réseau. Il examine ensuite quelles autorisations et concessions doivent être accordées ou obtenues, comment l'exploitation d'un réseau peut être transférée à des tiers, s'il existe des obligations de raccordements, et cas échéant, si celles-ci correspondent à des droits de raccordements.