



G.-Nr. R2.2019.00119
BRGE II Nr. 0016/2020

Entscheid vom 11. Februar 2020

Mitwirkende Abteilungspräsident Peter Rütimann, Baurichterin Sabine Ziegler, Baurichter Adrian Bergmann, Gerichtsschreiber Gianfranco Greco

in Sachen **Rekurrentin**
Anlagestiftung A., [...]
vertreten durch [...]

gegen **Rekursgegnerin**
Baukommission X.,
vertreten durch [...]

betreffend Baukommissionsbeschluss vom 4. Juli 2019; Baubewilligung für Attikaaufstockung, Umbau Treppenhaus, Liftbau und Neugestaltung Umgebung/Fassaden, [...]

hat sich ergeben :

A.

Mit Beschluss vom 4. Juli 2020 erteilte die Planungs- und Baukommission X der Anlagestiftung A. die Baubewilligung für Attikaaufstockungen, diverse Umbaumaassnahmen und Fassadenneugestaltungen der Gebäude auf dem Grundstück Kat.-Nr. 1 an der S.-Strasse 1-5 und T.-Strasse 1-23 in X. Die ebenfalls geplante Energieversorgung mittels Wärmepumpen wurde aber nicht bewilligt und mit Dispositivziffer 1.1 des Baukommissionsbeschlusses die Bauherrschaft stattdessen verpflichtet, sich an den "Energieverbund Z." anzuschliessen.

B.

Gegen diese Nebenbestimmung erhob die Anlagestiftung A. mit Eingabe vom 14. August 2019 Rekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich und stellte die folgenden Anträge:

- "1. Beschluss Disp.-Ziff. 1.1. sei ersatzlos aufzuheben.
2. Die gemäss Baugesuchsformular beabsichtigte Energieversorgung mittels Wärmepumpe und Solaranlagen sei zu bewilligen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Rekursgegnerin."

C.

Mit Verfügung vom 19. August 2019 wurde der Rekurseingang vorgemerkt und das Vernehmlassungsverfahren eröffnet.

D.

Mit Eingabe vom 23. September 2019 beantragte die Vorinstanz die Abweisung des Rekurses, soweit darauf eingetreten werde.

E.

Auf Begehren der Rekurrentin wurde ein zweiter Schriftenwechsel durchgeführt. Die Replik datiert vom 15. Oktober 2019 und die Duplik der Vor-

instanz vom 13. November 2019. Die Parteien hielten in ihren Rechtsschriften an ihren Anträgen fest.

F.

Am 27. November 2019 reichte die Rekurrentin (unaufgefordert) eine weitere Stellungnahme zu den Akten. Hierzu liess sich die Vorinstanz mit Eingabe vom 9. Dezember 2019 vernehmen.

Es kommt in Betracht:

1.

Die Rekurrentin ist als Baugesuchstellerin und Adressatin der angefochtenen Nebenbestimmung unstrittig zur Rekurerhebung legitimiert (§ 338a des Planungs- und Baugesetzes [PBG]). Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

2.

Die Bauherrschaft plant bei den Gebäuden an der S.-Strasse 1-3 sowie an der T.-Strasse 11-15 und 17-23 die Aufstockung mittels Attikageschossen, diverse Umbaumassnahmen und Fassadenneugestaltungen. Auf Ersuchen der Bauherrschaft hat die Vorinstanz das Vorhaben nach den Vorschriften der Arealüberbauung geprüft und bewilligt.

Aus den Erwägungen der angefochtenen Baubewilligung und den Baugesuchsunterlagen geht hervor, dass die Bauherrschaft die Energieversorgung neu mittels einer alternativ bivalenten Erdsondenwärmepumpe und Gasheizung sowie mit Solaranlagen sicherstellen möchte. Die Vorinstanz führt in der Baubewilligung weiter aus, dass das Umbauvorhaben im Gebiet "[...] Wärmeverbund T.-Strasse" situiert sei, welches aufgrund der relativ hohen Wärmebedarfsdichte und den bestehenden Kleinwärmeverbänden eine hohe Eignung für den Anschluss an den "Energieverbund Z." aufwei-

se. Bei einem Anschluss von Altbauten an das Wärmenetz mit überwiegender Nutzung erneuerbarer Energie oder Abwärme gewähre die Gemeinde X einen Förderbeitrag von Fr. 110.-- pro MWh nutzbarer Jahresenergie. Ein Anschluss an die Fernwärme könne daher – so die Vorinstanz – zu wirtschaftlich gleichwertigen Bedingungen erfolgen. Eine Baubewilligung für Wärmepumpen könne daher nicht in Aussicht gestellt werden. Die Erstellung von Photovoltaikanlagen bleibe der Bauherrschaft unbenommen. Gestützt auf § 71 Abs. 2 i.V.m § 295 Abs. 2 PBG habe für die Bejahung der Anforderungen an eine Arealüberbauung ein Anschluss an den Energieverbund zu erfolgen. Die Verpflichtung zum Anschluss an die Fernwärme sei mittels Vereinbarung mit der Gemeinde vor Baubeginn sicher zu stellen.

3.1.

Die Rekurrentin bringt zur Begründung des Rekurses hauptsächlich vor, die Vorinstanz habe die für die Verpflichtung zum Anschluss an die Fernwärme erforderliche Einzelfallprüfung nicht vorgenommen. Weder der Energiebedarf der Überbauung noch die zu erwartenden Kosten seien ermittelt oder auch nur ansatzweise geschätzt worden. Dadurch habe die Vorinstanz ihre Begründungspflicht verletzt. Zudem sei unklar, ob eine technische Gleichwertigkeit bejaht werden könne, da die von der Vorinstanz proklamierte öffentliche Fernwärme noch gar nicht bestehe. Es existiere gegenwärtig kein entsprechendes Leitungsnetz. Gemäss den Projektverantwortlichen sei eine Inbetriebnahme vor Oktober 2022 unwahrscheinlich. Es sei ihr nicht zuzumuten, mit dem Baubeginn auf unbestimmte Zeit zuzuwarten oder einen Vertrag mit der Gemeinde über eine Energieversorgung abzuschliessen, dessen tatsächliche Parameter in absehbarer Zeit nicht festgelegt werden könnten. Schliesslich belege das von der Rekurrentin eingeholte Gutachten, dass die Wärmegestehungskosten des Fernwärmeanschlusses 35 % bis 50 % höher als die zu erwartenden Kosten der geplanten Wärmepumpen seien. Auch bei Berücksichtigung allfälliger Förderbeiträge sei mit erheblichen Mehrkosten zu rechnen.

3.2.

Aufs Wesentlichste zusammengefasst erwidert die Vorinstanz vernehmlassungsweise, das Vorhaben sei auf Wunsch der Bauherrschaft auf Übereinstimmung mit den Vorschriften einer Arealüberbauung beurteilt worden. Nur wenn ein Anschluss an die Fernwärme erstellt werde, könne überhaupt von

einer guten Versorgungs- und Entsorgungslösung im Sinne von § 71 Abs. 2 PBG gesprochen werden. Soweit die Rekurrentin darauf hinweise, dass die Wirtschaftlichkeit nicht gegeben sei und daraus den Schluss ziehe, sie könne nicht zum Anschluss verpflichtet werden, sei zu bedenken, dass der geforderte Anschluss ein wichtiges Kriterium für die Bewilligungsfähigkeit bilde. Selbst wenn die Energiekosten für die Rekurrentin bei einem Anschluss an einen Wärmeverbund etwas höher ausfallen würden als mit der von ihr geplanten Lösung, würde sich die verlangte Anschlusspflicht als rechtmässig erweisen. Aufgrund der grosszügigen Privilegien, welche die Rekurrentin in Anspruch nehmen könne, wären deshalb sogar moderate Mehrkosten hinzunehmen. Dass eine Lösung im Wärmeverbund allerdings mit höheren Kosten verbunden sei, als eine Lösung mit Wärmepumpen, bestreite sie. Ein entsprechender Nachweis sei bis heute nicht erbracht worden. Es sei aber eine Tatsache, dass der Energieverbund Z. erst im Aufbau sei, weshalb noch keine konkreten Zahlen vorliegen würden. Allerdings sei es hinlänglich bekannt, dass ein mutmasslicher Preis von knapp 15 Rp/kWh im Vergleich zu anderen Wärmeträgern durchaus konkurrenzfähig sei.

4.1.

Überbaute Grundstücke können gestützt auf § 71 Abs. 3 ebenfalls als Arealüberbauungen beurteilt werden, wenn die Überbauung als Ganzes den entsprechenden Anforderungen genügt. Bei der Beurteilung ist, nebst diversen Merkmalen, insbesondere die vorliegend hauptsächlich interessierende Versorgungs- und Entsorgungslösung zu beachten.

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

Gestützt auf § 295 Abs. 2 PBG können Anschlussverfügungen sowohl für Neu- und Umbauten als auch für bestehende Gebäude erlassen werden, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen – die technische und wirtschaftli-

che Gleichwertigkeit – dafür gegeben sind. In Arealüberbauungen lässt sich die Anschlusspflicht an eine Fernwärme direkt gestützt auf § 71 PBG verfügen. Dadurch werden die behördenverbindlichen Festlegungen im Energieplan auch für Grundeigentümer verbindlich (vgl. Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf/Daniel Kunz, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Aufl., Wädenswil 2019, Bd. 2, S. 1'300).

4.2.

Das Verwaltungsgericht hatte mit Entscheid VB.1996.00174 (RB 1997 Nr. 94) darüber zu befinden, ob die Verpflichtung zum Anschluss einer Arealüberbauung an das Gasnetz zulässig sei. Das Verwaltungsgericht führte u.A. hauptsächlich aus, dass im Bereich der Wärmeversorgung eine Konkurrenz von Energieträgern bestehe, in welche das Gemeinwesen unter den Gesichtspunkten der Eigentumsgarantie sowie der Handels- und Gewerbefreiheit mit Massnahmen, die auf die Monopolisierung eines bestimmten Energieträgers hinauslaufen würden, nur eingreifen könne, wenn sie auf klarer gesetzlicher Grundlage beruhten, im öffentlichen Interesse lägen und dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz genügen. [...]. Bei einer Arealüberbauung sei aber nicht von einem eigentlichen "Anschluss- und Benutzungszwang" der Eigentümer auszugehen, da die Eigentümer der Verpflichtung dadurch entgehen könnten, indem sie ihr Grundstück entsprechend der Regelbauweise nutzen würden. Wenn § 71 PBG zu den Anforderungen an Arealüberbauungen die zweckmässige Ausstattung und Ausrüstung der Bauten und Anlagen vorschreibe und bei der Beurteilung insbesondere die Versorgungs- und Entsorgungslösung zu beachten sei, so genüge dies in der Regel als gesetzliche Grundlage für die Verpflichtung, die Arealüberbauung mit Gas zu beheizen.

Im erwähnten Entscheid wird weiter ausgeführt, dass das öffentliche Interesse weitgehend durch den Gesetzgeber bestimmt wird. Das Verwaltungsgericht kam unter Berücksichtigung des Energieplanungsberichtes schliesslich zum Schluss, dass ein hinreichend öffentliches Interesse für den Anschluss an das Gasnetz bestehe und diese Verpflichtung verhältnismässig sei.

4.3.

Soweit die Vorinstanz einen Anschluss an die Fernwärme als unumgänglich für die Qualifikation als Arealüberbauung hält, bietet § 71 Abs. 2 PBG

im Lichte der zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes grundsätzlich eine hinreichende gesetzliche Grundlage hierfür. Der Bauherrschaft profitiert vorliegend von der Möglichkeit, ein zusätzliches Geschoss erstellen zu dürfen. Fraglich ist indessen, ob auch ein öffentliches Interesse gegeben ist, um der Rekurrentin anstelle der Energieversorgung mittels Erdsondenwärmepumpen den Anschluss an den "Energieverbund Z." vorzuschreiben.

§ 7 des Energiegesetzes ermächtigt die Gemeinden, für ihr Gebiet eine eigene Energieplanung durchzuführen. Der Gemeinderat X hat am 2. Dezember 2014 den Kommunalen Energieplan erlassen. Dieser wurde von der Baudirektion am 21. Januar 2015 genehmigt. Gemäss dem Bericht zum kommunalen Energieplan wird mit der Energieplanung durch entsprechende Gebietsbezeichnung für das gesamte Siedlungsgebiet aufgezeigt, welche Energieträger prioritär zu Gunsten einer zukunftstauglichen Wärmeversorgung eingesetzt werden sollen. Der Betrachtungshorizont der Planung ist bis zum Jahr 2035 ausgerichtet. In der "Energieplankarte" werden dabei die Prioritätsgebiete (P) bezeichnet, wobei diese wiederum in den Massnahmenblättern detailliert beschrieben werden. In diesen Blättern sind, neben einem Massnahmenbeschrieb, auch die nächsten Umsetzungsschritte und Zuständigkeiten enthalten (vgl. Ziffer Nrn. 1.1, 4, 5.2 des Energieplanungsberichtes).

Das rekurrentische Grundstück befindet sich gemäss der Energieplankarte innerhalb des Perimeters des kommunalen Energieplans "[...] Wärmeverbund T.-Strasse". Die rekurrentische Überbauung füllt diesen Perimeter weitgehend aus. Die bestehende Wohnsiedlung an der T.-Strasse wird gemäss dem Beschrieb im Massnahmenblatt (bisher) von zwei Heizzentralen mit Heizölbrennern mit Wärme versorgt. Aufgrund der relativ hohen Wärmebedarfsdichte und den bestehenden Kleinwärmeverbunden weist das Gebiet eine hohe Eignung für einen bivalent betriebenen Wärmeverbund mit Erdwärmenutzung (allenfalls mit solarer Rückspeisung) und Erdgas auf. Als Massnahme wird die Prüfung der Umstellung der bestehenden Wärmeverbunde auf erneuerbare Energien bei einem Um- oder Neubau bzw. Sanierung der Heizungsanlage (evt. im Contracting) angegeben.

Demnach steht die von der Bauherrschaft geplante Energieversorgung mittels Wärmepumpen und Erdsonden bereits im Einklang mit dem geltenden

kommunalen Energieplan. Die Baubehörde kann für den durch sie offenbar bevorzugten Anschluss an das erst in Planung stehende Fernwärmenetz nicht auf den behördenverbindlichen Energieplan abstützen. Somit kann § 71 PBG für den strittigen Anschluss mangels öffentlichem Interesse nicht als Grundlage dienen.

Bleibt zu prüfen, ob allenfalls § 295 PBG anwendbar ist.

4.4.

Werden Heizungen mit Brennstoffen betrieben, die Luftverschmutzungen bewirken, so sind die Überbauungen mit standortgerechten Heizzentralen auszurüsten, die auch Abwärme und Energie aus erneuerbaren Quellen nutzen können. 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 gewähren (§ 295 Abs. 1 und 2 PBG).

Diese Bestimmung ist vorliegend bereits aus dem Grunde nicht einschlägig, weil nicht der Ersatz der bestehenden Ölheizung durch eine konventionelle Heizung, welche mit Brennstoffen betrieben werden soll, sondern die Wärmeversorgung mittels Wärmepumpen mit Erdsonden zur Debatte steht. Diese Versorgungslösung ist zudem, wie bereits festgestellt wurde, auch im Einklang mit dem behördenverbindlichen Energieplan.

Im Übrigen hat die Rekurrentin nachvollziehbar aufgezeigt, dass ein Anschluss an die Fernwärme erheblich teurer zu stehen käme, als die von ihr geplante Lösung. Weshalb die von ihr unterbreiteten Berechnungen unzutreffend sein sollen, wird von der Vorinstanz nicht substantiiert bestritten.

5.1.

Nach dem Ausgeführten ist der Rekurs gutzuheissen. Demzufolge ist die angefochtene Dispositiv-Ziffer aufzuheben und die Vorinstanz einzuladen, die Bewilligung für die geplante Energieversorgung unter den allenfalls erforderlichen Nebenbestimmungen zu erteilen.

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten der Vorinstanz aufzuerlegen (§ 13 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG]).

Nach § 338 Abs. 1 PBG bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimmbaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren ohne bestimmbaren Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 2 GebV VGr). Bei der Bemessung der Gebührenhöhe steht der Rekursinstanz ein grosser Ermessensspielraum zu (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 Rz. 25 ff.).

Demnach ist die Gerichtsgebühr vorliegend auf Fr. 4'000.-- festzusetzen.

5.2.

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG kann im Rekursverfahren und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenpartei verpflichtet werden, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte. Die Bemessung der Umtriebsentschädigung richtet sich nach § 8 GebV VGr. Der Beizug eines Rechtsbeistandes ist in aller Regel als Grund für die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung einzustufen (VB.2003.00093 vom 16. Oktober 2003, E. 3.1.). Demnach ist vorliegend der Rekurrentin zulasten der Vorinstanz eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 1'700.--.

[...]