

Dr. Denis Oliver Adler
und Stefan Tönz

Versorgungsleitungen privater Unternehmungen im öffentlichen Grund¹



I. Ausgangslage

Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist vielfach mit der Benutzung öffentlichen Grundes verbunden. Insbesondere sind Versorgungsbetriebe regelmässig auf entsprechende Leitungen im öffentlichen kommunalen Grund – häufig im Strassenuntergrund – angewiesen. Zu nennen sind insbesondere die Wasserversorgung, die Siedlungsentwässerung, die Energieversorgung (Strom und Gas) und die Fernmeldeinfrastruktur, wobei vorliegend der Fokus auf die Wasserversorgung und die Siedlungsentwässerung gelegt wird.

Regelmässig werden solche Aufgaben nicht vom Gemeinwesen selbst wahrgenommen, sondern im Rahmen einer Privatisierung auf Private bzw. privatrechtliche Aufgabenträger (z.B. eine AG) übertragen. Diesfalls stellt sich die Frage, ob die Gemeinde für eine Inanspruchnahme ihres öffentlichen Grundes eine Bewilligungspflicht vorsehen und ein Entgelt verlangen darf.

«Versorgungsbetriebe sind auf die entsprechenden Leitungen im Strassenuntergrund angewiesen.»

«Oft werden Versorgungsaufgaben durch Private wahrgenommen, weshalb sich die Frage nach der Bewilligungspflicht und dem Entgelt stellt.»

Die Frage der Bewilligung und Entgeltlichkeit stellt sich grundsätzlich unabhängig davon, ob die Leitungen im Eigentum der privatrechtlichen Aufgabenträger stehen oder ob das Eigentum beim Gemeinwesen (hier: Gemeinde) verbleibt. Im ersten Fall würde die Bewilligungs- und Gebührenpflicht die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes umfassen, wohingegen im zweiten Fall (Eigentum beim Gemeinwesen) der Gebrauch der Leitungen zu bewilligen bzw. zu entschädigen wäre.

II. Der Gebrauch öffentlicher Sachen durch Private

A. Begrifflichkeiten

Je nach Nutzungsart, Nutzungsintensität und Nutzungsdauer der öffentlichen Sache wird unterschieden zwischen (schlichtem) Gemeingebrauch, gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung.

«Die Art des Gebrauchs öffentlicher Sachen bestimmt sich durch deren Nutzungsdauer, -art und -intensität.»

Als sogenannter *schlichter Gemeingebrauch* wird die bestimmungsgemässe und gemeinverträgliche Nutzung der öffentlichen Sache bezeichnet. Als Beispiel kann das Gehen auf dem Trottoir genannt werden.

Von *gesteigertem Gemeingebrauch* spricht man, wenn der Gebrauch entweder nicht mehr bestimmungsgemäss oder nicht gemeinverträglich ist und andere Benutzer wesentlich einschränkt, aber vom Gebrauch nicht ausschliesst. Gesteigerter Gemeingebrauch läge beispielsweise dann vor, wenn jemand einen vorübergehenden Informationsstand auf dem Trottoir errichtet.

Unter einer *Sondernutzung* versteht man sodann denjenigen Gebrauch einer öffentlichen Sache im Gemeingebrauch, der nicht bestimmungsgemäss ist, bei welchem die Berechtigten eine ausschliessliche Verfügung über einen Teil der Sache erhalten und der die Erteilung einer Konzession voraussetzt². Es handelt sich also um die intensivste Gebrauchsart einer öffentlichen Sache. So wäre die Er-

stellung einer permanenten Baute (z.B. ein Kiosk) auf dem Trottoir als Sondernutzung einzustufen.

B. Intensität des Gebrauchs und die daraus resultierenden Folgen

Der schlichte Gemeingebrauch bedarf keiner Bewilligung und ist grundsätzlich unentgeltlich. Das bedeutet in Anlehnung an die vorstehend genannten Beispiele, dass eine Gemeinde das Gehen auf dem Trottoir keiner Bewilligungspflicht unterstellen und keine Gebühren dafür erheben darf.

Der gesteigerte Gemeingebrauch und die Sondernutzung hingegen sind in aller Regel erlaubnis-⁵ und gebührenpflichtig⁴ (siehe § 231 Abs. 1 und 2 Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich vom 7. September 1975; PBG, LS 700.1). Die oftmals schwierige Abgrenzung zwischen gesteigertem Gemeingebrauch und der Sondernutzung ist folglich für die vorliegende Fragestellung von untergeordneter Bedeutung⁵. Dennoch kurz folgende Anmerkungen:

«Gesteigertes Gemeingebrauch und Sondernutzung einer öffentlichen Sache sind in der Regel erlaubnis- und gebührenpflichtig.»

Die dauernde bzw. auf unbestimmte Zeit vorgesehene und feste Verbindung einer Anlage mit der öffentlichen Sache deutet auf eine Sondernutzung hin⁶. Da Leitungen in aller Regel auf Dauer im Untergrund der öffentlichen Strasse angelegt und naturgemäss fest mit dieser verbunden sind, ist das Verlegen von Leitungen im Normalfall als Sondernutzung einzustufen. Auch das Benützen einer Leitung im Gemeindeeigentum durch eine AG ist unseres Erachtens als Sondernutzung zu qualifizieren. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hingegen qualifizierte die Erstellung von Leitungen im öffentlichen Grund in einem älteren Entscheid als gesteigerten Gemeingebrauch⁷.

«Der Leitungsbau und die Nutzung kommunaler Leitungen sind als Sondernutzung zu qualifizieren.»

Nachfolgend wird davon ausgegangen, dass der Leitungsbau sowie das Benützen kommunaler Leitungen durch eine AG in aller Regel als Sondernutzung zu qualifizieren sind.

III. Pflicht zur Duldung des Leitungsbaus?

Für diese Fragestellung sind eine Vielzahl rechtlicher Bestimmungen auf Bundes- und kantonaler Ebene zu beachten. Um die Bedeutung bzw. die Tragweite der einschlägigen Bestimmungen zu erläutern, müssen die beiden Ebenen gesondert betrachtet werden.

«Wasserversorgungs- und Entwässerungsleitungen sind nach kantonalem Recht zu beurteilen.»

Das kantonale Recht findet Anwendung auf Leitungen, sofern das Bundesrecht dem betroffenen Betreiber keinen Anspruch auf die Benützung fremder (hier: kommunaler) Grundstücke einräumt⁸. Nach kantonalem Recht sind Leitungen der Wasserversorgung und der Siedlungsentwässerung zu beurteilen. Das kantonale Recht findet teilweise aber auch Anwendung bei Strom- und Gasleitungen (dazu III.B. sowie III.C.).

A. Wasserversorgung und Siedlungsentwässerung

Aus dem Wortlaut von § 37 Abs. 1 Strassengesetz des Kantons Zürich vom 27. September 1981 (StrG, LS 722.1) und § 105 Abs. 1 PBG könnte gefolgert werden, dass private Unternehmungen, welche öffentliche Aufgaben wie die Wasser- oder Stromversorgung erfüllen, den Strassenuntergrund bzw. den Baulinienbereich ohne eigentliche Bewilligung für das Verlegen von Leitungen in Anspruch nehmen dürfen.

«Die Gemeinde darf aufgrund ihrer Herrschaft über den öffentlichen Grund die Sondernutzung regeln.»

Wie das Verwaltungsgericht indes entschied, vermögen diese Bestimmungen einen (zusätzlichen, vorgelagerten) Rechtstitel nicht zu ersetzen⁹. Dem ist unseres Erachtens zuzustimmen: Die erwähnten Bestimmungen sind nämlich nicht als Einschränkung der kommunalen Herrschaft über die (kommunalen) öffentlichen Sachen zu verstehen. Vielmehr gilt der allgemeine Grundsatz, wonach der Gemeinde aufgrund ihrer Herrschaft über den öffentlichen Grund ein faktisches Monopol zukommt, das es ihr erlaubt, die Sondernutzung des öffentlichen Grundes zu regeln und einer Konzessionspflicht zu unterstellen¹⁰.

Im Ergebnis erfordert deshalb das Verlegen von Leitungen auch im Untergrund kommunaler Strassen und des kommunalen Baulinienbereichs eine Konzession (bzw. Bewilligung). Wer Inhaber einer solchen Konzession ist, hat gestützt auf § 37 Abs. 1 StrG bzw. § 105 Abs. 1 PBG das grundsätzliche Recht, Leitungen im Strassenuntergrund bzw. im Baulinienbereich zu verlegen.

Die Gemeinde darf gemäss Verwaltungsgericht ein solches Verlegen bzw. Erstellen nur dann verweigern, wenn sich das Vorhaben als unverhältnismässig erweist, weil es nicht geeignet, nicht erforderlich oder für die Gemeinde unzumutbar ist¹¹. Damit stellt das Verwaltungsgericht auf die Voraussetzungen für einen Eingriff in die Freiheitsrechte gemäss Art. 36 der Bundesverfassung ab, was im Hinblick auf den Leitungsbau sachgerecht erscheint, weil dieser einen Eingriff in kommunales Eigentum darstellt. Diese Voraussetzungen erfordern stets eine Einzelfallbeurteilung und lassen kaum allgemeingültige Ausführungen zu. Das Verwaltungsgericht hat immerhin angedeutet, dass Leitungen, die auch der Versorgung anderer Gemeinden dienen, in der Regel zu bewilligen sind¹².

B. Stromleitungen

Der Bund hat das Plangenehmigungsverfahren und damit das Bewilligungsverfahren für das Errichten von Stark- und Schwachstromleitungen i.S.v. Art. 4 und 15 Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (EleG, SR 734.0) abschliessend geregelt (Art. 16 ff. EleG). Den Kantonen und Gemeinden ist es daher im Geltungsbereich des EleG verwehrt, den *Bau und Betrieb von Leitungen* einer Konzessions- oder Bewilligungspflicht zu unterstellen. Kantone und Gemeinden dürfen jedoch die *Nutzung ihres öffentlichen Grundes* durch Leitungen einer Konzessionspflicht unterstellen (vgl. Art. 3a Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007; StromVG, SR 734.7)¹³. Wenngleich die Gemeinden für die Nutzung ihres Grundes eine Konzession vorsehen können, sind sie faktisch verpflichtet,

«Das Verlegen bzw. Erstellen von Leitungen darf nur unter bestimmten Voraussetzungen verweigert werden.»

«Die Gemeinden sind faktisch dazu verpflichtet, die Konzession zur Nutzung ihres Grundes durch Stromleitungen zu erteilen.»

diese zu erteilen. Das Erstellen einer Stromleitung gemäss Art. 4 und 15 EleG ist von grossem öffentlichen Interesse, dem kaum ein kommunales Interesse entgegengehalten werden kann.

Sofern im Bereich von Stromleitungen das bundesrechtliche Plangenehmigungsverfahren nicht zur Anwendung gelangt, ist das kantonale Recht (§ 37 Abs. 1 StrG und § 105 Abs. 1 PBG) anwendbar. Das Bewilligungsverfahren wird sodann nicht durch das entsprechende Bundesamt durchgeführt, sondern grundsätzlich durch die Gemeinde. Dann gelten die kantonalen Gesetze und die gleichen Voraussetzungen wie bei der Wasserversorgung und Siedlungswässerung (siehe Kapitel III.A.).

C. Gasleitungen

Das Bundesgesetz über die Rohrleitungsanlagen vom 4. Oktober 1965 (RLG, SR 746.1) unterscheidet zwischen Leitungen unter Bundesaufsicht und Leitungen unter kantonomer Aufsicht. Sofern Leitungen erstellt werden sollen, die der Bundesaufsicht unterstehen, ist für den Bau und den Betrieb das Plangenehmigungsverfahren gemäss Art. 2 RLG massgeblich, womit der Bau und Betrieb solcher Leitungen abschliessend geregelt ist.

«Die Nutzung öffentlichen Grundes durch Gasleitungen stellt ebenfalls eine Sondernutzung dar.»

Wie im Fall der Stromleitungen stellt die Inanspruchnahme von kommunalem Grund und Boden durch Gasleitungen indes eine Sondernutzung dar. Ob Art. 2 RLG die kantonale oder kommunale Autonomie in diesem Bereich einschränkt bzw. ob den Gemeinden (dennoch) das Recht zukommt, die Sondernutzung ihres öffentlichen Grundes zu konzessionieren, ist – soweit ersichtlich – nicht restlos geklärt. Unseres Erachtens wäre ein solches Recht analog zu Art. 3a StromVG (siehe Kapitel III.B.) zu bejahen, wobei die Gemeinden faktisch wiederum kaum eine Möglichkeit hätten, solche Konzessionen zu verweigern.

Für den Bau und Betrieb von Rohrleitungen unter kantonomer Aufsicht schreibt Art. 42 RLG eine kantonale Bewil-

ligung vor. Diese Bestimmung verleiht einem Rohrleitungsbetreiber jedoch keinen Anspruch auf Benützung fremden Bodens, gewährt also weder ein Enteignungsrecht noch beeinflusst es die dingliche Berechtigung an Grundstücken¹⁴. Die Frage, ob eine Gemeinde einem Rohrleitungsbetreiber die Konzession für die Inanspruchnahme ihres öffentlichen Grundes verweigern kann, richtet sich in diesem Fall nach § 37 Abs. 1 StrG und § 105 Abs. 1 PBG (siehe die vorstehenden Ausführungen zur Wasserversorgung und Siedlungsentwässerung Kapitel III.A.).

«Die Bewilligung zum Bau und Betrieb einer Rohrleitung unter kantonalen Aufsicht verleiht jedoch keinen Anspruch auf Benützung fremden Bodens.»

D. Fernmeldeleitungen

Gemäss Art. 35 Abs. 1 Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) bedürfen Bau und Betrieb von Fernmeldeleitungen grundsätzlich einer Bewilligung. Die Gemeinden sind verpflichtet, solche Bewilligungen zu erteilen (und zwar in einem einfachen und raschen Verfahren), sofern die fraglichen Leitungen den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen (Art. 35 Abs. 1 letzter Halbsatz und Art. 35 Abs. 4 erster Satz FMG).

Das Erstellen von Leitungen ist wie gesehen als Sondernutzung einzustufen. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass Leitungen stets den Gemeingebrauch im Sinne von Art. 35 Abs. 1 letzter Halbsatz FMG beeinträchtigen und die Bewilligung daher nach Gutdünken einer Gemeinde verweigert werden kann. Andernfalls würde die grundsätzliche Bewilligungspflicht i.S.v. Art. 35 Abs. 1 FMG ihres Inhalts beraubt.

In den Genuss einer vereinfachten Bewilligung kommen jedenfalls nur Fernmeldedienstanbieter, die gemäss Art. 4 FMG beim Bundesamt für Kommunikation gemeldet sind¹⁵. Zudem können die Gemeinden von den Fernmeldedienst Anbietern verlangen, dass sie sich im Hinblick auf den Leitungsbau koordinieren¹⁶. Die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes soll sich daher nach Ansicht des Bundesgesetzgebers – auch nach Aufhebung des Instituts der Fernmeldedienstkonzession – in vernünftigem Rahmen halten¹⁷.

«Von den Fernmeldedienst Anbietern kann verlangt werden, dass sie sich bezüglich Leitungsbau koordinieren.»

IV. Zu den Gebühren

A. Allgemeines

Zunächst ist festzuhalten, dass es einer gesetzlichen Grundlage bedarf, falls das Gemeinwesen Gebühren für eine Sondernutzung erheben will¹⁸.

«Die Gemeinden sind berechtigt, für die Beanspruchung öffentlichen Grundes eine Gebührenordnung zu erlassen.»

§ 231 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 PBG ermächtigt das Gemeinwesen, eine Entschädigung für die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes für private Zwecke zu verlangen. Die Gemeinden sind somit grundsätzlich berechtigt, für die Beanspruchung des kommunalen öffentlichen Grundes eine Gebührenordnung zu erlassen (§ 231 Abs. 4 PBG) bzw. sind dazu verpflichtet, wenn sie von dieser Befugnis Gebrauch machen wollen¹⁹.

«Die Gemeinden müssen auch von Privaten, die öffentliche Aufgaben erfüllen, Gebühren verlangen können.»

Unseres Erachtens kann aus dem Passus, wonach die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes für *private Zwecke* (so § 231 Abs. 1 PBG) konzessions- bzw. bewilligungs- und gebührenpflichtig ist, nicht gefolgert werden, dass von privaten Rechtsträgern, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, keine Konzessions- bzw. Gebrauchsgebühren verlangt werden dürfen (zuma es sich um eine rein deklaratorische Bestimmung handelt). Dies würde den Gemeinden eine wirksame Koordination zwischen den verschiedenen Nutzungen verunmöglichen²⁰. Vielmehr muss es den Gemeinden (vorbehältlich einer spezialgesetzlichen Grundlage) freistehen, für die Inanspruchnahme ihres Bodens auch von privaten Rechtsträgern, die öffentliche Aufgaben erfüllen, eine Gebühr (Konzessionsgebühr) zu erheben. Diese Auffassung entspricht denn auch dem allgemeinen Grundsatz, wonach den Gemeinden aufgrund ihrer Herrschaft über den öffentlichen Grund ein faktisches Monopol zukommt, das es ihnen gestattet, die Sondernutzung des öffentlichen Grundes zu regeln²¹.

§ 231 PBG findet jedoch nur dann Anwendung, wenn keine spezialgesetzliche Grundlage auf eidgenössischer oder

kantonaler Ebene eine solche Entschädigung regelt. Zu nennen ist hier etwa der Grundsatz im kantonalen Strassengesetz (§ 37 Abs. 2 StrG), welcher den Gemeinden verbietet, für die Inanspruchnahme einer kommunalen Strasse eine über die tatsächlichen Kosten hinausgehende Gebühr zu verlangen.

Bei der Bemessung der Entschädigung sind insbesondere das *Ausmass, die Dauer der Beanspruchung, der wirtschaftliche Nutzen für den Konzessionär und die allfälligen Nachteile für das Gemeinwesen* in billiger Weise zu berücksichtigen (§ 231 Abs. 3 PBG). Wie hoch eine Gebühr im Einzelfall sein darf, lässt sich deshalb nicht in allgemeiner Weise sagen²². Das kantonale Recht stellt vielmehr allgemeine Grundsätze für die kommunale Gebührenerhebung auf, womit den Gemeinden entsprechend der Gemeindeautonomie ein weiter Gestaltungsspielraum verbleibt²³.

«Das kantonale Recht lässt den Gemeinden für die kommunale Gebührenerhebung einen weiten Gestaltungsspielraum.»

Die Höhe der Konzessionsgebühren selbst ist nicht durch das Kostendeckungsprinzip beschränkt. Grundsätzlich ist es den Gemeinden deshalb nicht verwehrt, mit Gebühren aus Sondernutzungskonzessionen Gewinne zu erzielen²⁴. Wie im Weiteren zu zeigen sein wird, ist dieser Grundsatz indes nicht von allgemeiner Gültigkeit: Im konkreten Fall kann das Kostendeckungsprinzip (und weitere Prinzipien) aus übergeordnetem Recht dennoch anwendbar sein; in solchen Fällen darf das Gemeinwesen keinen Gewinn erzielen.

B. Wasserversorgung und Siedlungsentwässerung: keine Gebühren für die Inanspruchnahme öffentlichen Grundes

Im Bereich der Wasserversorgung und der Siedlungsentwässerung findet das Kostendeckungsprinzip Anwendung²⁵. Demnach müssen die von den Wasserbezüglern bzw. Abwassererursachern bezogenen Gebühren kostendeckend ausgestaltet sein²⁶. Dies bedeutet, dass der Gesamtertrag nicht höher ausfallen darf als der kostenmässige Aufwand für die entsprechende Aufgabe²⁷.

«Kein Gewinn darf erzielt werden im Bereich der Wasserversorgung und Siedlungsentwässerung.»

Zudem gilt auch das Prinzip der *verursachergerechten Gebührenfestsetzung* (Verursacherprinzip). Dies bedeutet, dass die Höhe der Gebühren mengenabhängig ist; wer mehr Wasser bezieht bzw. Abwasser entsorgt, bezahlt auch mehr²⁸.

«Die Gebühren in diesem Bereich müssen kosten- deckend, verursachergerecht und zweckgebunden sein.»

Aus den Prinzipien der kostendeckenden und verursachergerechten Gebührenfestsetzung folgt, dass die Höhe der Gebühren – mindestens und zugleich höchstens – kostendeckend festgelegt werden. Zudem ergibt sich daraus, dass die eingenommenen Gebühren *zweckgebunden* sind²⁹.

Das Gemeinwesen darf deshalb im Bereich der Wasserversorgung und der Siedlungsentwässerung *keinen Gewinn* aus der Einnahme entsprechender Gebühren erwirtschaften.

Die Möglichkeiten der Gemeinden, von einem privaten Aufgabenträger Konzessionsgebühren zu verlangen, ist deshalb sehr eingeschränkt, da jede von einem privaten Aufgabenträger zu zahlende Gebühr über den Wasserpreis oder die Abwassergebühr auf die Wasserbezüger bzw. die Abwasserverursacher überwälzt würde. Dies gilt ungeachtet dessen, ob es sich im Einzelfall um eine Sondernutzung, um einen gesteigerten Gemeingebrauch oder eine Konzession des öffentlichen Dienstes handelt.

Im Einzelnen bedeutet dies Folgendes:

«Die Gemeinden dürfen für den Leitungsbau lediglich eine einmalige Verwaltungsgebühr erheben.»

(i) Die Gemeinden dürfen für die Erteilung der Konzession bzw. der Bewilligung für den Leitungsbau eine (einmalige) Verwaltungsgebühr erheben. Zudem sind der Gemeinde jene, aber nur jene Kosten zu ersetzen, welche durch die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes tatsächlich entstehen (vgl. § 37 Abs. 2 StrG und § 105 Abs. 1 PBG). Dabei handelt es sich um Kosten, die einzelfallweise entstehen und dementsprechend auch einzelfallweise zu erheben sind. Mit anderen Worten können solche Kosten nicht über den Weg einer Konzessionsgebühr geltend gemacht werden.

(ii) Für die eigentliche Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes im Zusammenhang mit der Wasserversorgung bzw. mit der Siedlungsentwässerung dürfen die Gemeinden darüber hinaus keine Gebühren oder andere Abgaben verlangen. Dies aus folgenden Gründen:

«Darüber hinaus dürfen sie keine weiteren Gebühren verlangen.»

Würde die Gemeinde von einem privaten Aufgabenträger solche oder andere Gebühren erheben, müsste dieser die Gebühren den Wasserbezüglern oder Abwasser verursachern weiter verrechnen, da er ebenfalls kostendeckend wirtschaften muss. Dies würde dem Verursacherprinzip zuwiderlaufen, da die Verursacher ungeachtet des konkreten Anteils mit Kosten belastet würden.

Zudem würde die Wasserversorgung bzw. Siedlungsentwässerung künstlich – über eine Gebühr – verteuert, was im Ergebnis einer verdeckten Steuererhöhung gleich käme. Neben dem tatsächlichen Aufwand der Wasserversorgung bzw. der Siedlungsentwässerung würden Kosten (Konzessionsgebühren) generiert, die in keinem direkten Zusammenhang zur Wasserversorgung bzw. Siedlungsentwässerung stünden und damit das Kostendeckungsprinzip verletzen würden.

«Eine zusätzliche Gebühr käme einer verdeckten Steuererhöhung gleich.»

Faktisch würden in unzulässiger Weise Gebührengelder zu Gewinnzwecken der Gemeinde vom Gebührenhaushalt in den allgemeinen Steuerhaushalt (Gemeindekasse) transferiert. Der mit der Wasserversorgung bzw. mit der Siedlungsentwässerung erzielte Gewinn würde nicht mehr für diese Aufgaben verwendet, sondern könnte von der Gemeinde für andere Aufgaben eingesetzt werden (z.B. Quersubventionierung für den Strassenbau), wodurch auch das Gebot der Zweckbindung verletzt wäre.

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass im Bereich der Wasserversorgung bzw. Siedlungsentwässerung keine Gebühr für die eigentliche Ingebrauchnahme des öffentlichen Grundes verlangt werden darf.

«Von den EKZ dürfen die Gemeinden für den Gebrauch von Gemeindeboden keine Gebühren verlangen.»

C. Energie- und Gasleitungen

Gemäss § 14 Gesetz betreffend die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich vom 19. Juni 1985 (EKZ-Gesetz, LS 752.1) dürfen die Gemeinden von den Elektrizitätswerken des Kantons Zürich (EKZ) keine «Entschädigung» für die Inanspruchnahme von kommunalem Eigentum verlangen.

Sofern jedoch ein lokales oder regionales Energieversorgungsunternehmen⁵⁰ oder ein Gasversorgungsunternehmen Leitungen verlegen und dafür kommunalen Grund und Boden in Anspruch nehmen will, können die Gemeinden ein Gebührenreglement gemäss § 231 PBG erlassen und im Rahmen der dort vorgesehenen Bemessungsgrundsätze eine (Konzessions-)Gebühr vorsehen⁵¹, wobei § 37 Abs. 2 StrG zu beachten ist.

D. Fernmeldeleitungen

Das FMG schliesst die Erhebung eines Entgelts für die Benützung des öffentlichen Grundes aus; zulässig ist einzig eine einmalige Verwaltungsgebühr (Art. 35 Abs. 4 FMG)⁵². Damit besteht faktisch dieselbe Situation wie bei den Wasserversorgungs- und Siedlungsentwässerungsleitungen (siehe Kapitel IV.B.).

V. Fazit

«Die Gemeinden haben nur sehr eingeschränkte Mittel, den Leitungsbau zu verhindern.»

Die Gemeinden haben nur sehr eingeschränkte Möglichkeiten, um den Leitungsbau von Versorgungsunternehmen zu verweigern. Sofern die Inanspruchnahme von kommunalem Grund und Boden durch Leitungen in einem Bundesgesetz vorgesehen ist, können die Gemeinden die Inanspruchnahme ihres Erdreichs in aller Regel zwar konzessionieren, haben faktisch aber kaum eine Möglichkeit, die Konzession (Bewilligung) zu verweigern. Sofern das kantonale Recht (§ 37 Abs. 1 StrG und § 105 Abs. 1 PBG) einschlägig ist, müssen die Gemeinden den Leitungsbau dulden bzw. die Konzession dazu erteilen, sofern das Vorhaben (Leitungsbau) verhältnismässig ist.

Ebenso eingeschränkt ist die Möglichkeit der Gemeinden, für die Inanspruchnahmen von kommunalem Grund und Boden eine Gebühr zu verlangen. Eine solche ist im Bereich der Wasserversorgung, der Siedlungsentwässerung und des Fernmeldewesens ausgeschlossen. Zudem dürfen die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich kommunalen Grund entschädigungslos in Anspruch nehmen. Des Weiteren verbietet § 37 Abs. 2 StrG den Gemeinden die Erhebung einer Gebühr für die Inanspruchnahme des Strassenbereichs. In den übrigen Bereichen (lokale und überregionale Stromleitungen sowie Energie- und Gasleitungen) setzt § 231 Abs. 3 PBG der Gebührenhöhe Grenzen, die indes nicht in allgemein gültiger Weise exakt festgesetzt werden können.

«Ebenso ist die Gebührenerhebung für die Nutzung öffentlichen Grundes eingeschränkt.»

**Dr. Denis Oliver
Adler, Rechts-
anwalt, Zürich**



**Stefan Tönz,
Rechtsanwalt,
Zürich**



- ¹ Die vorliegende Publikation stützt sich wesentlich auf ein Rechtsgutachten, welches die Autoren im Auftrag des Kantons Zürich (Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft [AWEL]) im Januar 2016 erstellt haben (Titel: «Die Verwendung öffentlicher Gelder und Sachen im Zusammenhang mit der Gründung und dem Betrieb einer Wasserversorgungs-AG im Kanton Zürich»).
- ² Vgl. anstatt vieler Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7.A., Zürich 2016, N 2253 ff.
- ³ Bei einer Sondernutzung ist eine Sondernutzungskonzession, beim gesteigerten Gemeingebrauch eine Bewilligung erforderlich.
- ⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht (En. 2), N 2285 ff., N 2313 ff., N 2772 ff., N 2784; Rüssli Markus, Nutzung öffentlicher Sachen, ZBl 102/2001 350, S. 352.
- ⁵ Rüssli, Nutzung öffentlicher Sachen (En. 4), S. 352.
- ⁶ Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht (En. 2), N 2312.
- ⁷ VGer ZH ZBl 76/1975 66, S. 67 E. 5.
- ⁸ Siehe BGer 2C_401/2010, E. 2.4.4, in Bezug auf Art. 42 RLG.
- ⁹ VGer VK.2013.00001, E. 3.5.5 (siehe auch E. 3.5).
- ¹⁰ VGer VK.2013.00001, E. 3.5.5.
- ¹¹ VGer VK.2013.00001, E. 3.6.3.
- ¹² VGer VK.2013.00001, E. 5.1.
- ¹³ Bericht UREK-N zur Änderung des StromVG, BBl 2011 2901, S. 2905 f.
- ¹⁴ BGer 2C_401/2010, 2.4.4.
- ¹⁵ Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003, BBl 2003 7951, S. 7984.
- ¹⁶ Art. 35 Abs 3 FMG i.V.m. Art 75 Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV, SR 784.101.1).
- ¹⁷ Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003, BBl 2003 7951, S. 7984.

- ¹⁸ Siehe Rüssli, Nutzung öffentlicher Sachen (En. 4), S. 354, mit weiteren Hinweisen. Zudem Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht (En 2), N 2809.
- ¹⁹ Der Regierungsrat des Kantons Zürich hat im Übrigen die Sondergebrauchsverordnung vom 24. Mai 1978 (LS 700.3) erlassen, welche die Inanspruchnahme des öffentlichen kantonalen Grundes regelt.
- ²⁰ Siehe dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht (En. 2), N 2285.
- ²¹ VGer VK.2013.00001, E. 3.5.5.
- ²² Siehe zur Gebührenhöhe im Zusammenhang mit Leitungen zum Beispiel Art. 16 lit. d der Gebührenordnung zum Sondergebrauchsreglement der Stadt Zürich.
- ²³ BGer 2P.121/2006, E. 2.2; BGer 1P.645/2004, E. 2.2.
- ²⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann, Verwaltungsrecht, N 2784 (En. 2), mit Verweis auf BGE 138 II 70, 74; BGE 131 II 735, 739 ff.; BGer, Urteil 2C_729/2013 vom 3. April 2014 E. 2.3.
- ²⁵ § 29 Abs. 1 und 4 Wasserwirtschaftsgesetz des Kantons Zürich vom 2. Juni 1991 (WWG, LS 724.11) i.V.m. § 45 Einführungsgesetz zum Gewässerschutzgesetz des Kantons Zürich vom 8. Dezember 1974 (EG GschG, LS 711.1). Inskünftig soll das neue (geplante) Wassergesetz auch die Finanzierung der Wasserversorgung regeln. Gemäss § 94 Entwurf Wassergesetz (E WsG) i.V.m. §§ 51 f. E WsG müssen die Gebührenerträge kostendeckend und verursachergerecht festgesetzt werden (§ 52 Abs. 1 E WsG).
- ²⁶ Es muss eine eigene Sonderrechnung für die Wasserversorgung geführt werden (§ 126 Abs. 1 Gemeindegesetz, GG i.V.m. § 1 Abs. 1 Verordnung über die Wasserversorgung, WsVV; vgl. auch die Weisung des Regierungsrates zum E WsG, S. 105).
- ²⁷ Jaag Tobias/Rüssli Markus, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 4. A., Zürich/Basel/Genf 2012, N 3217.
- ²⁸ Schaub Christoph, Rechtliche Aspekte der Wasserversorgung im Kanton Zürich: Rechtsgutachten, Zürich 2003, S. 58 f.
- ²⁹ De lege ferenda s. die Weisung des Regierungsrates zum E WsG, S. 101.
- ³⁰ Die Stromnetzgebietszuteilung ist im GIS-Browser des Kantons Zürich einsehbar (<http://maps.zh.ch/>).
- ³¹ Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2005 1611, S. 1678.
- ³² Siehe auch BGer 1C_241/2015, E. 6.3; VGer, VB.2014.00108, E. 4.3.