

6. Hinsichtlich der Heizpilze wird von der Rekurrentin vorgetragen, der Regierungsrat habe gestützt auf eine kantonsrätliche Anfrage festgehalten, mobile Heizpilze könnten mit einer Baubewilligung nicht verboten werden. Dabei habe der Regierungsrat ausgeführt, es gebe im Kanton Zürich keine energetischen Vorschriften über mobile Aussenheizgeräte. Die Erfordernisse von § 12 EnG würden von den Gemeinden im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens vollzogen, weshalb sie nur bei ortsfesten Heizungen im Freien angewandt würden. Die mobilen Heizpilze könnten mit einer Baubewilligung nicht verboten werden. Für ein Verbot mobiler Heizpilze sei ein Vollzug ausserhalb des Bewilligungsverfahrens zu suchen.

Die mobilen Aussenheizgeräte seien im Rahmen des Energiegesetzes nicht vergessen gegangen, sondern es sei bewusst auf eine Regelung verzichtet worden. Es widerspräche den Grundsätzen des Rechtsstaates, wenn statt der Schaffung einer Gesetzesgrundlage für ein Verbot von Heizpilzen auf privatem Grund einfach die bestehende Regelung in klarer Abweichung von der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers angewandt würde. Eine solche Anwendung des Energiegesetzes sei mit keiner der anerkannten Auslegungsregeln zu rechtfertigen.

Jedes staatliche Handeln bedürfe einer gesetzlichen Grundlage. Die Anforderungen an den Rechtssatz seien dort besonders hoch, wo in die Freiheitsrechte eingegriffen werde. Die Rekurrentin betreibe ein bewilligtes Aussenrestaurant auf privatem Grund. An den kälteren Abenden der Aussenwirtschaftssaison wirkten Heizpilze auf Wunsch der Gäste der aufkommenden Kälte entgegen. Es werde damit aber kein behagliches Klima geschaffen. Dies sei mit den Sonnenschirmen auch gar nicht möglich. Die Heizpilze seien im letzten Winterhalbjahr nur einmal anlässlich eines Weihnachtsapéros in Betrieb gewesen. Die Heizpilze erfüllten wie auch die Sonnenschirme wichtige Funktionen im Zusammenhang mit dem Betrieb der Aussenwirtschaft. Die verfügte Entfernung greife in die verfassungsrechtliche garantierte Wirtschaftsfreiheit ein. Ein solcher Eingriff sei gestützt auf die unzulässige extensive Auslegung eines Rechtssatzes wider den klaren Willen des Gesetzgebers nicht zu rechtfertigen.

7.1 Im Zusammenhang mit einer kantonsrätlichen Anfrage hatte der Regierungsrat unter anderem folgende Fragen zu beantworten (KR-Nr. 113/2008):

«1. Bestehen im Kanton Zürich energetische Vorschriften über mobile Aussenheizgeräte, insbesondere über die klimaschädlichen Heizpilze?

2. Wie beurteilt der Regierungsrat – rechtlich sowie energiepolitisch – den Betrieb von Heizpilzen oder andern mobilen Aussenheizgeräten im Licht von § 12 EnG?»

Zur Frage 1 führte der Regierungsrat aus, die Kantone seien gemäss Art. 89 Abs. 4 der Bundesverfassung (BV) für den Erlass von Vorschriften über den Energieverbrauch von Gebäuden, also insbesondere für ortsfeste Bauten und Anlagen, zuständig. Das Kantonale Energiegesetz regle bezüglich Bauten insbesondere die Anforderungen an Neu- und Umbauten. Hingegen gebe es im Kanton keine energetischen Vorschriften über mobile Aussenheizgeräte.

Hinsichtlich der Frage 2 hielt der Regierungsrat fest, dass das Verbot der Heizungen im Freien mit der Änderung des kantonalen Energiegesetzes 1995 ins Zürcher Recht aufgenommen worden sei. Im Sinne einer Signalwirkung sollten neu zu bewilligende Heizungen im Freien für Rampen, Abstellplätze, Treppen, Brücken, Dachrinnen oder Sportplätze nur noch mit erneuerbaren Energien oder nicht anders nutzbarer Abwärme betrieben werden. Aussensitzplätze seien ausgenommen worden, weil der zu erwartende energetische Nutzen klein und der Vollzugsaufwand gross sei. Die Erfordernisse von § 12 EnG würden von den Gemeinden im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens vollzogen, weshalb sie nur bei ortsfesten Heizungen im Freien angewandt würden. Die mobilen Heizpilze könnten mit einer Baubewilligung nicht verboten werden. Für ein Verbot mobiler Heizpilze sei deshalb ein Vollzug ausserhalb des Baubewilligungsverfahrens zu suchen.

Über den Energieverbrauch dieser mobilen Geräte gebe es sehr unterschiedliche Angaben. Die Heizleistung sei gross. Ein durchschnittlicher Heizpilz benötige bei Volllast pro Stunde 14 kWh Flaschengas, was rund anderthalb Litern Benzin entspreche. Der Verbrauch hänge aber massgeblich von der Nutzungsdauer ab. Wenn die Anzahl Heizpilze nicht stark zunehme, sei der Einfluss auf den Gesamtenergieverbrauch im Kanton nicht erheblich. Darin unterschieden sich andere Heizungen im Freien wie beispielsweise die fest installierten Rampen- oder Abstellplatzheizungen, die beträchtliche Energiemengen verbrauchen könnten.

7.2 Die rechtliche Würdigung des Regierungsrates ist für die Baurekurskommission als unabhängige richterliche Instanz nicht bindend. Vielmehr kann sie die rechtlichen Fragen frei würdigen.

Wo der Gesetzeswortlaut nicht klar ist, oder wo Zweifel bestehen, ob ein scheinbar klarer Wortlaut den wahren Sinn der Norm wiedergibt, ist eine Auslegung notwendig. Die Gründe für die Auslegungsbedürftigkeit von Rechtsnormen liegen einerseits in der Unzulänglichkeit der Sprache; andererseits kann die Tragweite einer abstrakten Regelung bezüglich zukünftiger Anwendungsfälle oft nur unvollkommen vorausgesehen werden (U. Häfelin/G. Müller/F. Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., 2006, Rz. 214). Für die Normen des Verwaltungsrechts gelten die üblichen Methoden der Gesetzesauslegung. Zur Anwendung gelangen die grammatikalische, historische, zeitgemässe systematische und teleologische Auslegungsmethode. Allgemein gilt dabei der Methodenpluralismus. Indessen steht gemäss der bundesgerichtlichen Praxis die teleologische Auslegungsmethode im Vordergrund (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 216 ff.).

Führt die Auslegung zu keinem Resultat und lässt die sich stellende Frage unbeantwortet, so ist zu überprüfen, ob eine Lücke im Gesetz vorliegt. Eine solche liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine Antwort gibt. Bevor eine ausfüllungsbedürftige Lücke ange-

nommen werden darf, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet, d.h. ein sog. qualifiziertes Schweigen darstellt. In diesem Fall hat das Gesetz eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden. Ob sich dem Gesetz durch Auslegung eine Anordnung entnehmen lässt, oder ob eine Lücke vorliegt, lässt sich oft nicht klar bestimmen, denn bei der Auslegung und bei der Lückenfüllung handelt es sich um zwei ineinander übergehende Formen richterlicher Rechtsfindung. Die Auslegung versucht den im Gesetz bereits enthaltenen Sinn zu ermitteln, die Lückenfüllung stellt dagegen eine Ergänzung des Gesetzes dar (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 233 ff.). Im Zusammenhang mit den Gesetzeslücken geht die neuere Auffassung nicht mehr von der Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken aus, sondern fasst diese als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes auf, welche von den rechtsanwendenden Behörden behoben werden darf (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 243). Das Bundesgericht stellt für das Vorliegen einer ausfüllbaren Lücke darauf ab, ob die gesetzliche Regelung «nach den dem Gesetze zugrunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig erachtet werden müsse» (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2426 mit weiteren Hinweisen).

8. § 12 EnG mit der Marginalie «beheizte Schwimmbäder und Heizungen im Freien» lautet folgendermassen:

«<sup>1</sup>Die Installation und der Ersatz von Heizungen von Freiluft- und von Hallenbädern bedarf einer Bewilligung der Gemeinde.

<sup>2</sup>Freiluftbäder und Heizungen im Freien sind mit erneuerbaren Energien oder nicht anders nutzbarer Abwärme zu betreiben. Abweichungen sind möglich für Aussensitzplätze sowie bei Heizungen im Freien, wenn Gefahren nicht anders abwendbar sind. Bei Freiluftbädern dürfen vom 1. Mai bis zum 30. September elektrische Wärmepumpen eingesetzt werden.»

8.1 Gemäss § 1 EnG bezweckt das Gesetz eine ausreichende, wirtschaftliche und umweltschonende Energieversorgung zu fördern, die Effizienz der Energieanwendung zu fördern, die einseitige Abhängigkeit von einzelnen Energieträgern zu verhüten oder zu mindern sowie die Anwendung erneuerbarer Energien zu fördern.

Bereits unter diesen Vorgaben ist die vom Regierungsrat vertretene Auffassung, § 12 EnG nur auf ortsfeste Heizungen im Freien anzuwenden, nicht nachvollziehbar.

8.1.1 Die grammatikalische Auslegung von § 12 Abs. 2 Satz 1 EnG ergibt, dass Heizungen im Freien mit erneuerbaren Energien oder nicht anders nutzbarer Abwärme zu betreiben sind. Dabei ist nur von Heizungen die Rede. Dass damit lediglich fest montierte Einrichtungen gemeint sind, lässt sich anhand der grammatikalischen Auslegung nicht sagen. Aufgrund des Begriffes «Heizungen» ist viel mehr vom Oberbegriff auszugehen, welcher auch mobile Heizungen umfasst.

Die systematische Auslegung ergibt ebenso wenig einen Ausschluss von mobilen Heizungen. § 12 EnG steht unter dem Kapitel «III. Besondere Massnahmen 1. Energiesparmassnahmen». Eine Ausklammerung von mobilen Heizungen ist unter diesem Titel widersinnig.

Aufgrund der teleologischen Auslegung ist nochmals auf die Zweckbestimmung in § 1 EnG hinzuweisen. Eine Heizung im Freien widerspricht grundsätzlich dem Zweckartikel, auch wenn § 12 Abs. 2 EnG Abweichungen zulässt.

Historisch lässt sich keine andere Auffassung in die Bestimmung interpretieren. Die Problematik mit den Heizpilzen war im Jahre 1995 noch nicht gleichermassen aktuell. Auch hat sich die Anzahl der Aussenrestaurants alleine in der Stadt Zürich in den letzten 20 Jahren von 260 auf 584 Lokale mit Aussenräumen mehr als verdoppelt. Unter diesen Umständen kann nicht von einem bewussten Ausklammern der Heizpilze durch den Gesetzgeber gesprochen werden. Aber schon bei Erlass der Bestimmung liess sich der Gesetzgeber vom Grundsatz des Energiesparens und der Förderung von erneuerbaren Energien leiten. Wenn die Heizpilze in § 12 EnG nicht erwähnt werden, ist somit nicht von einem qualifizierten Schweigen und auch nicht von einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes auszugehen, vielmehr werden auch mobile Heizungen durch § 12 EnG erfasst.

Daraus ergibt sich, dass mit Heizungen im Sinne § 12 Abs. 2 EnG jegliche Arten von Heizungen gemeint sind und nicht bloss fest installierte, wie dies die Rekurrentin gestützt auf die Beantwortung der kantonsrätlichen Anfrage durch den Regierungsrat behauptet. Aus energierechtlicher Sicht belanglos ist auch, ob die mobilen Heizungen auf privatem oder auf öffentlichem Grund betrieben werden.

In diesem Zusammenhang ist jedoch auch die regierungsrätliche Aussage, wonach die Heizpilze energetisch kaum in Betracht fielen, zu hinterfragen. Sollte jedes der knapp 600 Aussenrestaurants solche Heizpilze aufstellen, wäre damit ein beträchtlicher Energieverbrauch verbunden. Dies soll ein rein hypothetisches, aber nicht unrealistisches Beispiel darlegen. Angenommen, es würden durchschnittlich drei solcher Heizpilze pro Restaurant aufgestellt und diese während 4 Stunden betrieben (17 Uhr bis 21 Uhr), so ergäbe dies an einem einzigen Tag einen Verbrauch von 100'800 kWh Flaschengas, was beispielsweise 10 800 l Benzin entspricht (14 kWh [resp. 1,5 l Benzin] x 4 h x 3 Heizpilze x 600 Aussenrestaurants).

8.1.2 Allerdings ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob Aussenrestaurants in den Genuss von Abweichungen gemäss § 12 Abs. 2 Satz 2 EnG kommen.

Der Regierungsrat stellte sich bei der Beantwortung der kantonsrätlichen Anfrage auf den Standpunkt, dass Aussensitzplätze ausgenommen worden seien, weil der zu erwartende energetische Nutzen klein und der Vollzugsaufwand gross sei, was für private Aussensitzplätze zutrifft. Dagegen kann dies nicht auch für Aussenwirtschaften gelten.

Selbst wenn sich – was im vorliegenden Fall jedoch nicht abzuklären ist – die Heizpilze als solche nicht als baurechtlich bewilligungspflichtig erweisen sollten, so besteht eine Bewilligungspflicht für Aussengastwirtschaften (vgl. BGr, 8. August 2008, 1C\_47/2008). Die Heizpilze sind in diesem Zusammenhang als Ausrüstungen im Sinne von § 309 Abs. 1 lit. d PBG und § 4 ABV zu qualifizieren und als solche bewilligungspflichtig. Ganz offensichtlich dienen sie der Aussenwirtschaft und ermöglichen sogar deren Benützung ausserhalb der klimatisch oder witterungsbedingten saisonalen Dauer. Eine solche ganzjährige Nutzung der Aussenflächen als Restaurant wäre als Betriebserweiterung zu betrachten und ihre Rechtmässigkeit

müsste insbesondere auch im Hinblick auf die lärmrechtlichen Auswirkungen in einem präventiven Bewilligungsverfahren geprüft werden. Im Zusammenhang mit den Aussenwirtschaften ist somit der regierungsrätlichen Aussage zu widersprechen, dass die mobilen Heizpilze nicht mit einer Baubewilligung verboten werden können. Wie es sich mit Heizpilzen verhält, die nicht im Zusammenhang mit einer Aussenwirtschaft – vornehmlich zu privaten Zwecken – aufgestellt werden, und in welchem Verfahren diese zu beurteilen sind, kann an dieser Stelle offenbleiben.

8.2 Soweit die Rekurrentin geltend macht, das Verbot der Heizpilz greife unrechtmässig in ihre Wirtschaftsfreiheit ein, so ist sie zuerst einmal auf ihre Aussage zu behaften, die Heizpilze seien im vergangenen Winterhalbjahr nur einmal während eines Weihnachtsapéros in Betrieb gewesen. Diese Aussage ist zwar nicht glaubhaft, denn die Heizpilze waren bereits anlässlich des Augenscheins der Vorinstanz vom 20. November 2008 aufgestellt. Ein Verbot der Heizpilze hätte unter diesen Umständen allerdings einen entsprechend kleinen Eingriff zur Folge. Letztlich ist dieser Umstand aber irrelevant.

Das Verbot der Heizpilze hat nicht zur Folge, dass die Aussenwirtschaft an kalten Abenden nicht mehr benutzt werden kann. Es lässt sich vermehrt der Trend feststellen, dass ausserhalb der Sommersaison viele Gartenrestaurants ihren Gästen Woldecken und Schafsfelle zur Verfügung stellen, um der Kälte zu trotzen, wie dies die kantonsrätliche Motion «Woldecken statt Heizpilze» vom 24. September 2008 auch verlangt.

Eingriffe in ein Freiheitsrecht sind unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig. § 12 EnG ist, wie oben dargelegt, die gesetzliche Grundlage, das öffentliche Interesse besteht im Umweltschutz und dem schonenden Ressourcenumgang. Die Verhältnismässigkeit ist gewahrt, wenn eine Massnahme geeignet und erforderlich ist sowie das öffentliche Interesse das gegenüberstehende private Interesse zu überwiegen vermag. Das Verbot der Heizpilze ist sowohl geeignet als auch erforderlich. Das private Interesse vermag auch das öffentliche Interesse nicht zu überwiegen. Das Verbot der Heizpilze hat nicht zur Folge, dass die Rekurrentin an kälteren und kalten Abenden auf die Bedienung des Aussenrestaurants verzichten müsste. Zudem hält die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid fest, dass es sich um die Bewilligung eines saisonalen Aussenrestaurants handle, resp. dass eine Ganzjahresbewirtschaftung eine Betriebserweiterung darstellen würde und unter diesem Umstand neu beurteilt werden müsste. Die Wirkung des Heizpilzverbotes beschränkt sich damit vornehmlich auf einige Abende der Zwischensaison.

(Mit diesen Erwägungen wurde der Rekurs, soweit er sich gegen die Verweigerung der Baubewilligung für die streitbetroffenen sechs Heizpilze richtete, abgewiesen.)