

ZNER

25/1
2021

Zeitschrift für Neues Energierecht

Aus dem Inhalt:

Prof. Dr. Christian Buchmüller/Dr. Maximilian Hemmert-Halswick
Zur Verfassungskonformität einer (landes-)gesetzlichen Solarpflicht

Theresa Rath/Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt
Kommunale Wärmewende: Bau- und kommunalrechtliche Handlungsoptionen

Dr. Martin Altrock/Prof. Dr. Stephan Heimerl/Marcel Dalibor
Zur Erweiterung von Pumpspeicherkraftwerken um EEG-Laufwasserkraftwerke

Maximilian Schmidt
Die Störung von Drehfunkfeuern durch Windenergieanlagen

Dr. Martin Riedel/Dr. Philipp Boos
Peter Becker: Ein energischer Kämpfer für Frieden, Freiheit und Gerechtigkeit mit viel Energie auch für den Klima- und Umweltschutz – Eine anwaltliche Erfolgsstory

BVerfG
Zum Inkrafttreten eines Gesetzes unter einer Bedingung

BGH
Antrag auf Ausstellung einer Förderberechtigung für Freiflächen-Photovoltaikanlagen: Wahrung der Antragsfrist bei Missachtung von Formatvorgaben der Bundesnetzagentur; gesetzliches Schriftformerfordernis – Formular-Unterschriftsfeld

OLG Düsseldorf
Die Zuständigkeit zur Überwachung der Entflechtung gem. § 3 Abs. 4 S. 2 MsbG richtet sich nach § 54 EnWG

LG Mainz
Zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte in Rechtstreitigkeiten über Ansprüche nach dem EEG

BVerwG
Begründungsfrist für einen Normenkontrollantrag

BVerwG
Zur Reichweite des Einwendungsausschlusses bei fingiertem gemeindlichen Einvernehmen

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Gabriele Britz
Heinz-Peter Dicks
Prof. Dr. Martin Eifert
Peter Franke
Anne-Christin Frister
Dr. Stephan Gatz
Prof. em. Dr. Reinhard Hendler
Prof. Dr. Georg Hermes
Dr. Volker Hoppenbrock
Prof. Dr. Lorenz Jarass
Prof. Dr. Claudia Kemfert
Dr. Wolfgang Kirchhoff
Prof. Dr. H.-J. Koch
Prof. Dr. Silke R. Laskowski
Prof. Dr. Uwe Leprich
Prof. Dr. Kurt Markert
Prof. Dr. Bernhard Nagel
Prof. Dr. Alexander Roßnagel
Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. F. J. Säcker
Prof. Dr. Sabine Schlacke
Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski
Prof. Dr. Joachim Wieland

Redaktion

RA Dr. Peter Becker (Schriftleiter)
RA Dr. Martin Altrock
Prof. Dr. Edmund Brandt
RA Dr. Hartwig von Bredow
RA Dr. Wieland Lehnert
Dr. Volker Oschmann
RAin Dr. Heidrun Schalle
Dr. Nina Scheer, MdB
RA Franz-Josef Tigges

ZNER · Jahrgang 25 · Nr. 1
Februar 2020 · S. 1 – 116
ISSN: 1434-3339

F. Fazit

Die Idee einer (landesrechtlichen) Solarpflicht klingt bestehend einfach. Bei näherem Hinsehen ergeben sich jedoch durchaus komplexe verfassungsrechtliche Fragen:

Eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Einführung einer bundesweiten Solarpflicht ist zwar zu bejahen. Ein politischer bzw. gesetzgeberischer Wille ist insoweit – wenn überhaupt – aber nur in Ansätzen zu erkennen. Auf Ebene der Länder verhält es sich genau umgekehrt: Der politische Wille zur Einführung landesrechtlicher Solarpflichten ist in immer mehr Bundesländern vorhanden. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder jedoch ist zumindest fraglich. Abhilfe und Rechtssicherheit könnte eine ausdrückliche Öffnungsklausel im Bundesrecht schaffen. Unabhängig davon, ob Solarpflichten auf Bundes- oder Landesebene eingeführt werden: In jedem Fall müssen die Wechselwirkungen zwischen ordnungsrechtlicher Solarpflicht und dem fein

austarierten Förder- und Mengensteuerungssystem des EEG im Blick behalten werden. Dies betrifft die notwendige haushaltsrechtliche Klärung des Verhältnisses von EEG-Förderung und ordnungsrechtlicher Verpflichtung ebenso wie die Auswirkungen auf die Ausschreibungsvolumina und die Anwendung des atmenden Deckels.

Einfacher als Fragen der Gesetzgebungskompetenz sind Fragen der materiellen Verfassungsmäßigkeit einer Solarpflicht zu beantworten: Werden die richtigen Vorkehrungen getroffen (Anwendungsbereich, Übergangsregelungen, Ausnahmen), lässt sich eine Solarpflicht materiell verfassungskonform ausgestalten.

Die Diskussion um landes- oder bundesrechtliche Solarpflichten steht erst am Anfang. Es würde nicht verwundern, wenn sie die Rechtswissenschaft noch etwas länger beschäftigen würde.

Theresa Rath, Ass. Jur./Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A.

Kommunale Wärmewende: Bau- und kommunalrechtliche Handlungsoptionen

Die verpflichtenden Ziele des Paris-Abkommens implizieren zeitnah null fossile Brennstoffe – weit vor 2050 – und damit auch eine Wärmewende. Diese kann nicht allein den Kommunen überlassen bleiben, sondern muss auf EU-Ebene ansetzen, vorzugsweise mit einer Mengensteuerung für fossile Brennstoffe. Auch wenn kommunale Steuerungsansätze dies nicht ersetzen können, kommt den Kommunen im Rahmen der Wärmewende eine wichtige Rolle zu, weil auch Planung erforderlich ist. Den Kommunen stehen an dieser Stelle bereits zahlreiche rechtliche Instrumente zur Verfügung, insbesondere im Recht der Bauleitplanung sowie im Kommunalrecht. Sie erlauben etwa einen Anschluss- und Benutzungszwang bezogen auf ein kommunales Nah- und Fernwärmenetz. Indes besteht bisher keine Verpflichtung der Kommunen, von den zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten Gebrauch zu machen. Eine verpflichtende Wärmeplanung auf kommunaler Ebene könnte dies ändern.

I. Problemstellung und aktueller Stand der Wärmewende im Lichte des Paris-Abkommens

Der Wärmebereich hatte im Jahr 2017 in Deutschland einen Anteil von 54,1% der genutzten Endenergie¹. Dabei umfasst der Wärmebedarf die Verbrauchswerte für Raumwärme (Heizung), Raumkühlung und Warmwasserbereitung in Gebäuden, Industrie, Handel und Gewerbe. In Nichtwohngebäuden wird dabei überdies der Stromverbrauch für die (fest installierte) Beleuchtung einbezogen. Darüber hinaus umfasst der Wärmebedarf auch die Prozesswärme für industrielle Produktionsprozesse, welche aber im vorliegenden Beitrag nicht näher in den Blick genommen werden sollen².

Allein 27,1% der genutzten Endenergie entfielen im Jahr 2017 auf die Raumwärme³. Dabei sind sowohl Primärenergieverbrauch (wo der Wärmeanteil geringer ist) als auch Endenergieverbrauch in der Wärmeversorgung von 2016 auf 2017 wieder gestiegen⁴. Großteils wird Wärme aktuell noch aus fossilen Energien bereitgestellt. Der Prozentsatz von erneuerbaren Energien im deutschen Wärmesektor lag im Jahr 2019 bei lediglich 14,5%⁵. Gas und Heizöl sind zurzeit die meistverwendeten Energieträger zur Beheizung von Gebäuden⁶. Allein Gebäude sind unter Berücksichtigung aller direkten und indirekten Emissionen für etwa 30% des Treibhausgasausstoßes in der Bundesrepublik verantwortlich⁷.

Somit ergibt sich im Wärmesektor ein enormes Potenzial zur Reduktion von Treibhausgasemissionen, welches dringend genutzt werden muss angesichts dessen, dass innerhalb von höchstens (eher weniger als) zwei Dekaden eine Reduzierung der Treibhausgasemissionen auf null erreicht werden muss, um eine Einhaltung der 1,5-Grad-Grenze aus Art. 2 Abs. 1 Paris-Abkommen gewährleisten zu können⁸. Auch die Bundesregierung hat sich zumindest – wenngleich weniger ambitioniert – bis zum Jahr 2050 einen nahezu klimaneutralen Gebäudebestand zum Ziel gesetzt. Das Jahr 2030 bildet laut der Bundesregierung einen wichtigen Meilenstein bei der Erreichung dieses Ziels⁹, auch wenn dieser selbst gemessen an den eigenen Zielen (und erst recht am Paris-Abkommen) un-

1 Der Endenergieverbrauch ergibt sich aus dem Primärenergieverbrauch abzüglich des Eigenverbrauchs des Energiesektors, der Leitungs- und Fackelverluste sowie des nicht-energetischen Verbrauchs.
2 Mit genauen Angaben zum Endenergieverbrauch nach Anwendungsbereichen und Sektoren BDEW, Entwicklung des Wärmeverbrauchs in Deutschland – Basisdaten und Einflussfaktoren, 2019.

3 BMWi, Energieeffizienz in Zahlen 2019 – Entwicklungen und Trends in Deutschland, 2019, S. 13.

4 BT-Drs. 19/10760.

5 UBA, Erneuerbare Energien in Deutschland – Daten zur Entwicklung im Jahr 2019, 2020.

6 BDEW, Entwicklung, S. 19 f.

7 BMU, Klimaschutzplan 2050 – Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, 2019.

8 Hierzu ausführlich an anderer Stelle Ekardt/Wieding/Zorn, Paris Agreement, Precautionary Principle and Human Rights: Zero Emissions in Two Decades?, Sustainability 2018, 2812.

9 BMWi, Energieeffizienzstrategie Gebäude, 2015; BMWi, Energieeffizienz, S. 42 ff.

zureichend ist¹⁰. Bis 2030 sollen die Gebäudeemissionen gemäß dem Klimaschutzgesetz (KSG) im Vergleich zu 2020 um 40% sinken. Die Europäische Kommission verabschiedete zuletzt eine „Strategie für eine Renovierungswelle“ zur Energieeffizienz von Gebäuden¹¹.

Da die Wärmeversorgung im Vergleich mit der Versorgung mit Strom aus erneuerbaren Energien einige Besonderheiten aufweist, kommt den Kommunen bei der Wärmewende eine möglicherweise wichtige Rolle zu. Dies liegt unter anderem daran, dass Wärme möglichst nah am Verbrauchsort bereitgestellt werden muss, da sie nur schwer über längere Strecken transportiert werden kann¹². Kommunale Konzepte zur Wärmeversorgung rücken damit in den Fokus. Den Kommunen stehen zur Implementierung der Wärmewende insbesondere bau- und kommunalrechtliche Satzungen zur Verfügung. Im Folgenden sollen die kommunalen Potenziale zur Förderung der Wärmewende daher näher in den Blick genommen sowie ihre Grenzen und Hemmnisse aufgezeigt werden.

II. Potenziale und Herausforderungen der Wärmewende – und von kommunalen Steuerungsansätzen nach dem GEG-Inkrafttreten

Es gibt verschiedene Optionen, um Wärme klimafreundlich zu erzeugen und bereitzustellen. Die technologischen Potenziale stehen dabei in einem Spannungsfeld zu ihren konkreten Umsetzungsmöglichkeiten sowie zu einigen wärmespezifischen Herausforderungen, welche die Energieform Wärme mit sich bringt. Grundsätzlich werden voraussichtlich für die Wärmewende – wie für die Energiewende insgesamt – sowohl mehr Effizienz als auch eine Versorgung mit erneuerbaren Energien (Konsistenz) sowie ein – freiwillig oder politisch herbeigeführt – genügsamerer Konsum der vorhandenen Ressourcen (Suffizienz) notwendig sein, weil die rein technischen Optionen für zeitnahe Nullemissionen schlicht nicht ausreichen, zumal bei weiter steigendem Wohlstand und damit weiter steigender Wohnfläche pro Kopf etc.¹³.

Quartierskonzepte und kommunale Lösungsstrategien stehen dabei Einzellösungen durch die jeweiligen Gebäudeeigentümer gegenüber, auf welche sich die Wärmewende bisher vorwiegend konzentriert hat. Eine zentrale Rolle spielt als Effizienzoption zunächst die Wärmedämmung. Ferner kann die Wärmeversorgung dezentral in den Gebäuden durch erneuerbare Energien gewährleistet werden. Im Fokus stehen hierbei bislang der Einsatz von Wärmepumpen und Solarthermie sowie Biomasse unmittelbar im Gebäude¹⁴. Bisher hat die Biomasse den größten Anteil an der dezentralen Wärmeversorgung in Gebäuden¹⁵, wo-

bei zu beachten ist, dass die Nutzung von Biomasse zur Wärmeerzeugung sowohl die schlechteste Klimabilanz als auch sonst die schlechteste Umweltbilanz sämtlicher erneuerbarer Energien aufweist und deren Ambivalenzen auf Dauer eher eine begrenzte Rolle sowie einen Fokus auf Reststoffverwertung implizieren¹⁶. Bei Solarthermie besteht die Problematik, dass die Sonnenstrahlung über das Jahr in unterschiedlichen Mengen zur Verfügung steht, wobei just in die Zeit mit geringerer Sonneneinstrahlung die Heizperiode fällt¹⁷. Perspektivisch kann Power-to-X, also die Umwandlung von Strom etwa aus Wind und Sonne in Gas oder Öl, eine gewisse Rolle spielen.

In Verbindung damit sind auf kommunaler Ebene Nah- und Fernwärmenetze, gespeist aus erneuerbaren Energien aus größeren Anlagen, ein Ansatz, welcher durch die Kommunen forciert werden kann. Dabei können zur Speisung der Wärmenetze im großen Maßstab erneuerbare Energien etwa aus Freiflächen-Solarthermie, Tiefen-Geothermie¹⁸ oder Großwärmepumpen in Gewässern (und perspektivisch PtX) genutzt werden. Auch industrielle Abwärme kann über Wärmenetze nutzbar gemacht werden. Auf diese Weise kann die häufig noch aus fossilen Energien gespeiste Kraft-Wärme-Kopplung (KWK), die allerdings auch mit der Biomasseverstromung kombinierbar ist, nach und nach ersetzt werden¹⁹. Verschiedene Maßnahmen können auch miteinander in Konflikt geraten. So benötigen Wärmenetze eine Mindestauslastung, um wirtschaftlich betrieben werden zu können. Zugleich sinkt der Energiebedarf bei Gebäudesanierungen, was diese Mindestauslastung gefährden kann²⁰. Dazu kommen lange Sanierungszyklen, welche ein hohes Maß an Vorausplanung im Rahmen der Wärmewende notwendig machen.

Das Energierecht, welches bisher als eines der Kerninstrumente für die Wärmewende eingesetzt wird, arbeitet bislang primär mit ordnungsrechtlichen Vorgaben für einzelne Gebäude²¹. Oberhalb der bislang unzureichenden – weil insbesondere weitgehend auf Neubauten begrenzten – Vorgaben verbleibt es im Ermessen des Gebäudeeigentümers, entsprechende Sanierungs- und/oder energetische Maßnahmen zu ergreifen²². Das Energiefachrecht umfasst eine Reihe von Vorschriften wie das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG), das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG), das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG) sowie das Gebäudeenergiegesetz (GEG), welches am 01. November 2020 in Kraft getreten ist. Das GEG fasst die zuvor geltende Energieeinsparverordnung (EnEV), das Energieeinsparungsgesetz (EnEG) und das Erneuerbare-Energien-Wärme-Gesetz (EEWärmeG) in einem Gesetz zusammen und ist für die Wärmewende besonders relevant. Umfassende Änderungen der bisher geltenden Rechtslage wurden durch das GEG nicht eingeführt²³. Das GEG enthält wie seine Vorgängerregelungen Anforderungen an die energetische Qualität von Gebäuden sowie die Verwendung von erneuerbaren Energien. Gemäß § 5 GEG gilt grundsätzlich das Wirtschaftlichkeitsgebot. Die Vorschriften zum Einsatz von erneuerbaren Energien in Gebäuden wurden aus den bisherigen Regeln übernom-

10 Kemmler/Kichner/auf der Maur et. al., *Energiewirtschaftliche Projektionen und Folgeabschätzungen 2030/2050*, 2020.

11 Abrufbar unter https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/eu_renovation_wave_strategy.pdf (zuletzt abgerufen am 16.10.2020).

12 Schubert, *Ausbau von Wärmenetzen vs. energetische Sanierung? – Umgang mit konkurrierenden Strategien zur Umsetzung der „Wärmewende“ auf kommunaler Ebene*, *Raumforschung und Raumordnung* 2016, 259 ff.

13 Ausführlich: Ekardt, *Theorie der Nachhaltigkeit: Ethische, rechtliche, politische und transformative Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel*, 3. Aufl. = 2. Aufl. der Neuausgabe 2016, § 1 B. III.; Ekardt, *Sustainability: Transformation, Governance, Ethics, Law*, 2019, Ch. 1; Dunkelberg/Weiß/Hirschl, *Wärmewende in Städten gestalten – Empfehlungen für eine sozial-ökologische Transformation der Wärmeversorgung am Beispiel von Berlin*, 2020; Däuper, *Die Wärmewende findet auf lokaler Ebene statt – oder gar nicht*, *EnWZ* 2019, 97 (98); Krischer, *Der Energiewende auf die Sprünge helfen*, *EnWZ* 2017, 289; Krellenberg/Gährs/Hug/Lehr/Pfeuffer, *Veränderung energetischer Infrastrukturen im Quartier – Konkrete Lösungsvorschläge aus der Umsetzungspraxis*, *IR* 2018, 2.

14 Mit einem Überblick zu den einzelnen Technologien Staab, *Erneuerbare Energien in Kommunen*, 4. Aufl. 2018.

15 BMWi, *Erneuerbare Energien in Zahlen – Nationale und internationale Entwicklung im Jahr 2018*, 2019.

16 Hennig, *Nachhaltige Landnutzung und Bioenergie: Ambivalenzen, Governance, Rechtsfragen*, 2017; Kahl/Schmidtchen, *Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien*, 2013, S. 50 f.

17 Maaß, *Wärmeplanung: Grundlagen einer neuen Fachplanung*, *ZUR* 2020, 22.

18 Zu den beträchtlichen Risiken der Tiefen-Geothermie BUND, *Strom und Wärme aus Tiefengeothermie*, 2019.

19 Maaß/Sandrock/Weyland, *Solare Fernwärme im Planungs- und Umweltrecht*, *ZUR* 2015, 78; Nitsch/Pregger/Naegler et al., *Langfristszenarien und Strategien für den Ausbau der erneuerbaren Energien in Deutschland bei Berücksichtigung der Entwicklung in Europa und global*, 2012.

20 Schubert, *Raumforschung und Raumordnung* 2016, 259.

21 Ausführlich hierzu: Hehn, *Postfossile Stadtentwicklung*, 2015.

22 Maaß/Sandrock/Weyland, *ZUR* 2015, 78 (82).

23 Wohl aber zu den teilweisen Neuerungen: Held, *Das neue Gebäudeenergiegesetz – Ein Startschuss für mehr Klimaschutz im Immobiliensektor?*, *Versorgungswirtschaft* 2020, 269.

men und beziehen sich weiterhin lediglich auf neu zu errichtende Gebäude und Gebäude der öffentlichen Hand, die grundlegend renoviert werden, vgl. §§ 34-45 GEG. Auch die Primärenergiefaktoren bleiben weitgehend gleich, werden aber nunmehr direkt im GEG geregelt, vgl. § 22 GEG. In § 10 GEG wurde ein Niedrigstenergiestandard festgelegt. Allerdings geht dieser ebenfalls nicht über die bereits bestehenden Regelungen hinaus²⁴. Es ist insoweit fraglich, ob mit der Reform den Forderungen der EU-Gebäuderichtlinie nicht genüge getan wird²⁵.

Das Energiefachrecht bezieht sich somit fast ausschließlich auf Neubauten und lässt Bestandsgebäude weitgehend außer Betracht, welche aber das Sorgenkind der Wärmewende darstellen. Darüber hinaus setzt das GEG auch hinsichtlich neu zu errichtender Gebäude lediglich Mindestvorgaben und schreibt die Standards der EnEV fort²⁶. Für eine Minderung der Emissionen im Gebäudebereich auf einen Wert, der eine Einhaltung der Klimaschutzziele aus dem Paris-Abkommen eventuell noch ermöglicht (0 ThW in 2050), ist dies bei Weitem nicht ausreichend, da das im Gesetz geregelte Anforderungsniveau in etwa dem KfW-70-Effizienzstandard entspricht²⁷. Um einen klimaneutralen Gebäudebestand selbst nur – was nicht einmal ausreichend wäre (s. o.) – bis 2050 zu erreichen, müssten jedoch bereits jetzt Neubauten nach Maßgabe der Effizienzstandards KfW-40 sowie Bestandsbauten nach KfW-55 konstruiert werden²⁸. Die fortgeführten Energiestandards für Gebäude sollen überdies erst im Jahr 2023 erneut überprüft werden, was zu vermeidbaren mehrfachen Sanierungen führen kann²⁹.

All das wirft die Frage auf, ob die Kommunen ggf. weitergehende Festsetzungen treffen können. Dies kann neben planerischen Vorgaben an Einzelobjekte auch Quartierslösungen für die Wärmeversorgung einschließen³⁰. Auf kommunaler Ebene bestehen mit der Bauleitplanung, insbesondere nach § 9 Abs. 1 und § 11 BauGB, sowie der Möglichkeit, über kommunale Satzungen einen Anschluss- und Benutzungszwang an ein Wärmenetz herbeizuführen, zwei wichtige Instrumente zur Förderung der Wärmewende. Den entsprechenden rechtlichen Möglichkeiten ist im Folgenden nachzugehen. An den darzulegenden bau- und kommunalrechtlichen Handlungsoptionen ändert im Grundsatz die Streichung von §§ 1, 2 EnEG, die explizit höhere Wärmeschutzstandards außerhalb des EnEG (und der in Ausführung dazu ergangenen EnEV) für möglich erachtet haben, durch das neue GEG nichts. Denn diese Regelung zielte primär auf höhere landesrechtliche Standards ab. Das Bauplanungsrecht dagegen erscheint gegenüber dem GEG spezieller, zumal sich das Baurecht stets auch durch seinen Bodenbezug und die planerische Komponente auszeichnet (näher siehe unten).

Dabei ist voranzuschicken: Der Klimawandel und die daraus resultierenden Probleme sind letztlich globale Herausforderungen, welche nach einem starken transnationalen Rechts-

rahmen verlangen³¹. Planungsrecht eröffnet den Kommunen zudem Optionen, verpflichtet sie aber zu nichts. Im Übrigen drohen bei der ordnungsrechtlichen oder planungsrechtlichen Regulierung bestimmter Anwendungen (z. B. Verbot bestimmter Heizstoffe) räumliche und sachliche Verlagerungseffekte – also z. B. Verlagerungen hin zu anderen klimaschädlichen Heizstoffen. Auch Rebound-Effekte sind bei Regulierungen, die nicht mengensteuernd wirken, nur schwer vermeidbar – energetisch bessere Gebäude können durch eine größere Wohnfläche also konterkariert werden³². Kommunale Maßnahmen können – ebenso wie individuelles Handeln – jedoch eine wichtige Anstoßfunktion haben, weil sich gesellschaftlicher Wandel eben in einem komplexen Wechselspiel von Akteuren vollzieht³³.

III. Kommunale Steuerungsinstrumente im Rahmen der Wärmewende nach aktuell geltendem Recht

1. Die Bauleitplanung als Instrument zur Förderung der Wärmewende

Das BauGB bietet den Kommunen zahlreiche Instrumente, die zur Förderung der Wärmewende eingesetzt werden können. Diese reichen von Festsetzungen im Bebauungsplan nach § 9 BauGB, die den Einsatz bestimmter Heizstoffe verbieten oder die Nutzung von Erneuerbaren Energien in Gebäuden verpflichtend vorsehen, über Vereinbarungen in städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB bis zu städtebaulichen Sanierungsmaßnahmen nach § 136 BauGB. Da die Maßnahmen zahlreich sind, soll im vorliegenden Beitrag insbesondere auf § 9 Abs. 1 Nr. 12 und 23a und b sowie auf § 11 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BauGB eingegangen werden. Die übrigen Möglichkeiten, die das BauGB für das Vorantreiben der Wärmewende bietet, werden lediglich cursorisch dargestellt.

a) Klimaschutz als legitimer Zweck der Bauleitplanung

Durch das „Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden“ wurde dem BauGB im Jahr 2011 eine Klimaschutzklausel eingefügt, indem das Wort „allgemein“ aus § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB gestrichen wurde, so dass nun die Bauleitpläne dazu beitragen sollen, „eine menschenwürdige Umwelt zu sichern, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen und zu entwickeln sowie den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in der Stadtentwicklung zu fördern, sowie die städtebauliche Gestalt und das Orts- und das Landschaftsbild baukulturell zu erhalten und zu entwickeln“. Außerdem wurde in das BauGB ein zusätzlicher, am Beispiel des § 2 Abs. 2 Nr. 6 S. 7 ROG orientierter § 1a Abs. 5 BauGB eingefügt. Die in § 1a Abs. 5 aufgeführten Belange sind in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zu berücksichtigen, genießen aber keinen Vorrang gegenüber anderen Abwägungsbelangen³⁴. Die Änderung des § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB beendete einen langjährigen juris-

24 Ausführlich: Jope, Das neue Gebäudeenergiegesetz, EWeRK 2020, 153.

25 Bürger/Keymeier/Klinski, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Energieeinsparerechts für Gebäude, 2020, S. 4.

26 DUH, Stellungnahme der Deutschen Umwelthilfe zum Entwurf der „Energieeffizienzstrategie 2050 der Bundesregierung“ (EffSTRA), 2019.

27 Bürger/Keymeier/Klinski, Entwurf, S. 4.

28 DUH, Stellungnahme; BUND, Eckpunktepapier zur nachhaltigen Wärmeversorgung, 2020, S. 1; vgl. auch Bürger/Keymeier/Klinski, Entwurf, S. 4.

29 DUH, Stellungnahme; mit der Aufforderung zur früheren Überarbeitung des GEG auch DUH, Pressemitteilung vom 14.10.2020, abrufbar unter <https://www.duh.de/presse/pressemitteilungen/pressemitteilung/deutsche-umwelthilfe-begruesst-renovierungswelle-der-eu-und-fordert-sofortige-umsetzung-von-der-bundes/> (zuletzt abgerufen am 16.10.2020).

30 Hehn, Stadtentwicklung, S. 272; Dunkelberg/Weiß/Hirschl, Wärmewende.

31 Vgl. m. w. N. Ekardt/Hennig, Chancen und Grenzen kommunaler Klimaschutzkonzepte, 2014; Ekardt, Theorie, §§ 6 A. II., 6 B., 6 E. III. 1; Ekardt/Hehn, Peak Oil: Postfossile Stadtentwicklung als BauGB-Ziel – Rechtsinterpretative und rechtspolitische Analysen im Kontext der BauGB-Novelle 2011, ZfU 2011, 415.

32 Ausführlich zu Steuerungsproblemen und deren Bewältigung Ekardt, Theorie, § 6; Ekardt, Sustainability, Ch. 4; Ekardt/Klinski/Schomerus, Konzept für die Fortentwicklung des deutschen Klimaschutzrechts, 2015, S. 63 ff.; in Bezug auf die kommunale Steuerung Ekardt/Hennig, Chancen; Ekardt/Hehn, ZfU 2011, 415.

33 Ausführlich dazu Ekardt, Theorie, § 2; Ekardt, Sustainability, Ch. 2.

34 Schlicht, Die Bedeutung des Klimaschutzes für das Bauplanungsrecht, BRJ 2015, 127; Mitschang, Die Umsetzung klimaschützender und energieeinsparungsbezogener Anforderungen in der Bauleitplanung und im Besonderen Städtebaurecht – Sachstand und Perspektiven, ZfBR 2010, 534 (535).

tischen Streit über die Frage, ob der globale Klimaschutz unter die zentralen, aber unbestimmten Rechtsbegriffe „städtebaulicher Grund“ (§ 9 Abs. 1 BauGB) bzw. „städtebaulich erforderlich“ (§ 1 Abs. 3 S. 1 BauGB) zu fassen ist³⁵. Nach der nun geltenden Regelung sind Festsetzungen in Bebauungsplänen auch zum Schutz des Makroklimas zulässig³⁶.

Um eine Förderung des Klimaschutzes durch die Bauleitpläne zu ermöglichen, legt § 5 Abs. 2 Nr. 2b und c BauGB fest, dass im Flächennutzungsplan die Ausstattung des Gemeindegebiets mit Anlagen, Einrichtungen und sonstigen Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, insbesondere zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung sowie mit Anlagen, Einrichtungen und sonstigen Maßnahmen, die der Anpassung an den Klimawandel dienen, dargestellt werden kann. Durch diese Festsetzungsmöglichkeiten soll den informellen Energie- und Klimaschutzkonzepten i. S. v. § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB mehr Gewicht beigemessen werden³⁷. Die Festsetzungen im Flächennutzungsplan entfalten jedoch keine rechtliche Bindungswirkung, sondern lösen allenfalls eine Selbstbindung der Verwaltung aus bzw. sind im Rahmen des § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB zu beachten³⁸. Daher sind die Festsetzungsmöglichkeiten in den nach §§ 8 Abs. 1 S. 1, § 10 Abs. 1 BauGB rechtsverbindlichen Bebauungsplänen von besonderer Bedeutung.

b) Heizstoffverbote nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB können Gebiete festgesetzt werden, in denen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BImSchG) bestimmte luftverunreinigende Stoffe nicht oder nur beschränkt verwendet werden dürfen. Die Norm ist im Rahmen der Wärmewende insbesondere in ihrer Anwendung zur Umsetzung von Heizstoffverboten bzw. -beschränkungen relevant, beispielsweise für Kohle und Heizöl. Über eine Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB kann so ein faktischer Anschluss- und Benutzungszwang an ein Fernwärmenetz außerhalb einer kommunalrechtlichen Satzung erreicht werden, wobei diese Möglichkeit von einer Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB unberührt bleibt³⁹.

Für eine Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB müssen verschiedene Voraussetzungen gegeben sein: Ziel des § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB ist es, vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des BImSchG zu schützen. Nach § 3 Abs. 1 BImSchG sind schädliche Umwelteinwirkungen Immissionen, die nach Art, Ausmaß oder Dauer geeignet sind, Gefahren, erhebliche Nachteile oder Belästigungen für die Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Zu den schädlichen Umwelteinwirkungen nach § 3 Abs. 1 BImSchG, deren Definition begrifflich so auch auf § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB angewendet werden kann⁴⁰, zählen auch potenzielle Wirkungen, wenn man den Begriff im Sinne des Vorsorgegrundsatzes nach

§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG versteht. Dieser findet auch auf die Bauleitplanung Anwendung⁴¹, weshalb die Norm es ermöglicht, vorbeugenden Umweltschutz zu betreiben⁴². Potentiell schädliche Umwelteinwirkungen liegen dann vor, wenn Emissionen zu erwarten sind, bei denen sich aufgrund ihrer prinzipiellen Gefährlichkeit schädliche Effekte nicht ausschließen lassen⁴³. Nach § 3 Abs. 4 BImSchG sind luftverunreinigende Stoffe solche Stoffe, die die natürliche Zusammensetzung der Luft durch Rauch, Ruß, Staub, Gas, Aerosole, Dämpfe oder Geruchsstoffe verändern⁴⁴. Kohle und Öl erzeugen bei ihrer Verbrennung Kohlenstoffdioxid, welches die Zusammensetzung der Luft verändert und so geeignet ist, problematische Klimaveränderungen herbeizuführen, so dass eine schädliche Umweltwirkung im Falle des Einsatzes dieser Heizstoffe vorliegt⁴⁵. Außerdem werden neben Kohlendioxid bei der Verbrennung von Kohle und Heizöl auch Stickoxide und Schwefeldioxyde ausgestoßen⁴⁶.

Dass der Klimaschutz als solcher ausreichender Grund für Festsetzungen im Bebauungsplan ist, wurde bereits festgestellt⁴⁷. Aufgrund der bodenrechtlichen Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG bleibt es aber dabei, dass die Festsetzungen sich auf das eigene Gemeindegebiet sowie den Boden beziehen müssen⁴⁸. Ein zusätzlicher städtebaulicher Grund dürfte jedoch aufgrund der Klimaschutzklausel im BauGB nicht mehr zu fordern sein, da der Klimaschutz als städtebaulicher Grundsatz anerkannt wird⁴⁹. Die Gemeinde ist daher berechtigt, auch außerhalb von klimatisch belasteten Gemeindeteilen oder Plangebietten ein Verwendungsverbot bzw. eine Verwendungsbeschränkung nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB festzusetzen⁵⁰. Nicht festgesetzt werden dürfen Verwendungsbeschränkungen jedoch, um etwa ein kommunales Energieversorgungsunternehmen vor Konkurrenz zu schützen⁵¹.

Aus dem Gebot der Planbestimmtheit folgt, dass die Festsetzung im Bebauungsplan die zu verbietenden Heizstoffe konkret benennen muss⁵². Verbote bestimmter Anlagen sind hin-

41 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 151.

42 BVerwG, Beschl. v. 16.12.1988 – 4 NB 1/88, ZfBR 1989, 74 (75); Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 126; Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 9 Rn. 95a; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9 Rn. 187.

43 BVerwG, Beschl. v. 16.12.1988 – 4 NB 1/88, ZfBR 1989, 74 ff.; bestätigt in BVerwG, Urt. v. 14.04.1989 – 4 C 52/87, DVBl. 1989, 1050.

44 Vgl. auch Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen vom 26. Januar 2010 (BGBl. I S. 38), die zuletzt durch Artikel 105 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist (1. BImSchV) sowie die TA-Luft.

45 Schmidtke, Klimaschutz, S. 37; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 128.

46 Ein Verwendungsverbot von Heizöl allein aufgrund des Schwefelgehalts ist aufgrund der Richtlinie 75/716/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schwefelgehalt bestimmter flüssiger Brennstoffe nicht möglich, jedoch kann Heizöl dennoch nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB aus anderen Gründen verboten werden. In der Begründung des Bebauungsplans nach § 9 Abs. 8 BauGB sollte darauf Bezug genommen werden, dass ein Verbot für Gasöl nicht der Richtlinie 75/716/EWG entgegensteht (vgl. Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 157).

47 Ausführlich zur vormaligen geltenden Rechtslage und dem Streit im Rahmen des § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB Schmidtke, Klimaschutz, S. 37 ff.; strenger Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 129; ohne direkten Bezug zum Klimaschutz Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 9 Rn. 94.

48 Mitschang, Klimaschutz und Klimaanpassung im Besonderen Städtebaurecht, ZfBR 2020, 613 f.; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9 Rn. 187.

49 Ekardt/Hehn, ZfU 2011, 415; Mitschang, ZfBR 2020, 613; mit vertiefender Argumentation zum BImSchG Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 150 f.

50 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 162.

51 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB § 9 Rn. 163.

52 Schmidtke, Klimaschutz, S. 45; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 129a; Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 9 Rn. 95; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/

35 Dies ließ die Entscheidung des BVerwG vom 13.03.2003 – 4 C 4/02, NVwZ 2003, 738 offen.

36 Vgl. Schlicht, Bedeutung, S. 128; Battis/Krautzberger/Mitschang u. a., Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden in Kraft getreten, NVwZ 2011, 897 (898); Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, Baugesetzbuch, 14. Aufl. 2019, § 1 Rn. 46a; Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, Baugesetzbuch, 9. Aufl. 2019, § 1 Rn. 213; Söfker/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 137. EL Februar 2020, § 1 Rn. 107a ff.; Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 127, auch mit ausführlicher Streitdarstellung zur Rechtslage vor 2011, S. 118 ff.

37 BR-Drs. 344/11.

38 Schrödter/Wahlhäuser, in: Schrödter, BauGB, § 1 Rn. 18; Dirnberger, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK BauGB, 49. Ed. 2018, § 1 Rn. 25; Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 116 f.

39 Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 131; anders Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 152.

40 Schmidtke, Kommunaler Klimaschutz – Eine Untersuchung in kommunal- und vergaberechtlicher Hinsicht, 2013, S. 36.

gegen über § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB nicht möglich, sondern die Festsetzung muss stoffbezogen erfolgen. Ebenfalls untersagt ist es den Gemeinden, im Bebauungsplan die Verwendung fossiler Brennstoffe in Anlagen, die dem EU-rechtlich grundierten Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) unterliegen, aus allgemeinen Erwägungen des Klimaschutzes von Emissionsgrenzwerten abhängig zu machen, da die Regelungen des TEHG nicht durch gemeindliche Festsetzungen konkurrenzlos werden sollen⁵³. Dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 BauGB nach muss die Festsetzung überdies für bestimmte Gebiete erfolgen, was das Verbot für Einzelgrundstücke oder Flächen ausschließt⁵⁴. Andersherum können jedoch bestimmte Einzelgrundstücke oder Flächen aus dem Verbot ausgenommen werden⁵⁵.

Des Weiteren ist die Verhältnismäßigkeit der Festsetzung zu beachten⁵⁶, da es sich bei Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB um Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums nach Art. 14 Abs. 1 GG in der konkreten Ausformung der Baufreiheit handelt⁵⁷. Schon aus § 1 Abs. 7 BauGB folgt, dass bei der Aufstellung der Bauleitplanung die betroffenen Belange gegeneinander abzuwägen sind⁵⁸. Auf Seiten der Belange der Gemeindeglieder bzw. mit Blick auf den Klimaschutz der Weltbevölkerung steht insbesondere der Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit sowie der menschenrechtliche Schutz der elementaren Freiheitsvoraussetzungen angesichts der durch den Klimawandel drohenden Gefahren⁵⁹. Auf Seite der Belange der Grundstückseigentümer steht dagegen vor allem das Recht auf Eigentum aus Art. 14 GG in Form der Baufreiheit. Die Verhältnismäßigkeit einer Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB dürfte jedenfalls dann gegeben sein, wenn die Festsetzung den Eigentümern der Grundstücke auf dem betreffenden Festsetzungsgebiet wirtschaftlich zugemutet werden kann und nach dem Stand der Technik realisierbar ist⁶⁰.

In Neubaugebieten dürfte all dies wesentlich leichter zu erfüllen sei als bei Bestandsbauten, die im Baurecht, anders als im Immissionsschutzrecht, Bestandsschutz genießen⁶¹. Für Bestandsbauten gilt anderes jedoch, wenn bauliche Maßnahmen anstehen wie ein Austausch der Heizungsanlage⁶². In Bestandsgebäuden ohne bereits vorhandene Einzelfeuerungsanlagen dürfte eine Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB tendenziell wiederum eher verhältnismäßig sein, betrachtet man die überragende Wichtigkeit der Wärmewende. Grundsätzlich kommt bei Bestandsgebäuden aufgrund des Bestandsschutzes der Erforderlichkeit der Festsetzung eine besondere Bedeutung zu⁶³.

Krautzberger, BauGB, § 9 Rn. 189; Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 154 ff.

53 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 171 ff.; BVerwG, Urt. v. 14.09.2017 – 4 CN 6.16, ZfBR 2018, 259 ff.

54 Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 125.

55 BVerwG, Beschl. v. 16.12.1988 – 4 NB 1/88, ZfBR 1989, 74; Jarass/Kment, BauGB, 2. Aufl. 2017, § 9 Rn. 87; Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 9 Rn. 95b; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9 Rn. 194.

56 Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 9 Rn. 95; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9 Rn. 190; Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 154; Hehn, Stadtentwicklung, S. 330.

57 Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 1 Rn. 7.

58 Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 9 Rn. 95.

59 Ausführlicher dazu Ekardt, Theorie, § 4 C. III.

60 Schmidtke, Klimaschutz, S. 48.

61 Jarass/Kment, BauGB, § 9 Rn. 88; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 130; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9 Rn. 192.

62 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 164; Hehn, Stadtentwicklung, S. 329.

63 Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 132.

c) Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB

Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB können die Gemeinden im Bebauungsplan Gebiete festsetzen, in denen bei der Errichtung von Gebäuden oder bestimmten sonstigen baulichen Anlagen bestimmte bauliche und sonstige technische Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung getroffen werden müssen. Auch § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB wurde durch die Reform des Baugesetzbuches im Jahr 2011 um einige wesentliche Bestandteile erweitert. Nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB a. F. galt die Vorschrift lediglich für die Errichtung von Gebäuden. Gebäude sind im Sinne des § 2 Musterbauordnung (MBO) „selbstständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und geeignet oder bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen.“ Durch die Reform des Baugesetzbuches durch das „Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden“ wurde der Anwendungsbereich des § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB auch auf sonstige bauliche Anlagen ausgedehnt. Sonstige bauliche Anlagen (siehe auch § 29 BauGB) sind alle anderen dem Bauplanungsrecht unterliegenden Anlagen⁶⁴, also z. B. Lärmschutzwälle oder Park- und Fußballplätze.

Für die Errichtung dieser Gebäude oder sonstigen baulichen Anlagen können bauliche oder sonstige technische Maßnahmen im Bebauungsplan festgesetzt werden. So kann – zugunsten der Wärmewende – etwa eine bestimmte Dachneigung festgesetzt werden, welche die optimale Ausnutzung der Dachfläche zur Installation von Solarkollektoren begünstigt (was grundsätzlich auch über § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB möglich ist)⁶⁵. Außerdem kann für eine Minimierung der Verschattung der Gebäude gesorgt oder die Installation von Leerrohren zur späteren Nutzung von Solarthermie vorgesehen werden⁶⁶. Nach Novellierung des BauGB im Jahr 2011 ist nunmehr außerdem die Festsetzung sonstiger technischer Maßnahmen zulässig, so dass der Streit um die Frage, ob bestimmte Maßnahmen unter die baulichen Maßnahmen fallen, hinfällig wurde⁶⁷. Insbesondere kommen hier im Rahmen der Wärmewende Festsetzungen zur Errichtung von Solarkollektoren, von Wärmepumpen oder zum Anschluss an ein Nah- bzw. Fernwärmenetz in Betracht⁶⁸. Dies gilt auch für solche technischen Einrichtungen im Zusammenhang mit erneuerbaren Energien, die zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Gesetzesnovelle noch nicht marktreif waren⁶⁹. Nicht möglich sind aber wohl über § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB Festsetzungen zur Wärmedämmung, etwa die Festsetzung eines Wärmeeffizienten. Denn diese Maßnahmen dienen der Einsparung von Energie und nicht – wie vom Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB gefordert – der Erzeugung, Nutzung oder Speicherung erneuerbarer Energien⁷⁰.

64 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9 Rn. 197b.

65 Vgl. Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 173; Schmidtke, Klimaschutz, S. 55; diese Festsetzungsmöglichkeit besteht aber auch schon nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BauGB, vgl. Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 157.

66 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 173; Schmidtke, Klimaschutz, S. 55; nach Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 157, sind diese Festsetzungen allerdings nicht nötig.

67 Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 9 Rn. 97; Hehn, Stadtentwicklung, S. 331 f.; Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 154; vgl. zum ursprünglichen Streit Schmidtke, Klimaschutz, S. 57 ff.

68 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 175; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 137.

69 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 175.

70 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 173.

Umstritten bleibt weiterhin die Frage, ob die Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB auch eine Nutzungspflicht von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien wie z. B. einer Wärmepumpe oder einer Solarthermieanlage begründen können. Der Wortlaut lässt vermuten, dass eine Nutzungspflicht nicht durch eine Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b begründet werden kann⁷¹. Jedoch dürfte dies in der Praxis keine bedeutsamen Auswirkungen haben, denn es ist nicht davon auszugehen, dass ein Bauherr bzw. Eigentümer die notwendigen Investitionen zur Errichtung einer Anlage zur Erzeugung erneuerbarer Energien vornimmt und diese dann ungenutzt lässt⁷².

Zu beachten ist, dass § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB lediglich bei „der Errichtung“ von Gebäuden und sonstigen baulichen Anlagen gilt. Die Festsetzungen sind also nicht ohne weiteres auf Bestandsgebäude und bereits bestehende Anlagen anzuwenden. Jedoch spricht insbesondere die enorme Relevanz der Wärmewende dafür, eine weite Auslegung des § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB vorzunehmen, so dass die Festsetzungsmöglichkeit auch bei der wesentlichen Erweiterung bereits bestehender Gebäude und Anlagen greift, nicht jedoch bei einer bloßen Nutzungsänderung⁷³.

Auch für Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁷⁴. Auch hier müssen also Festsetzungen den Eigentümern aufgrund der Baufreiheit nach Art. 14 GG zumindest wirtschaftlich zumutbar sein. Grundsätzlich davon auszugehen, die Festsetzung der Pflicht zur Errichtung von Solaranlagen sei unzumutbar, weil die Solarenergie in Deutschland nicht ganzjährig nutzbar sei und zumindest noch eine alternative Energieversorgung zwangsläufig miterrichtet werden müsse⁷⁵, scheint jedoch angesichts der Notwendigkeit der verstärkten Nutzung von Erneuerbaren Energien und der Wichtigkeit der Treibhausgasneutralität angesichts der drohenden Gefahren des Klimawandels und ihrer Auswirkungen auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen eine deutlich zu restriktive Interpretation der Vorschrift⁷⁶.

Das Energiefachrecht sowie der kommunalrechtliche Anschluss- und Benutzungszwang bleiben neben einer Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB anwendbar. Aufgrund der vorgenannten Erwägungen zum Klimaschutz als Leitlinie der Bauleitplanung in § 1 Abs. 5 BauGB gilt auch bezüglich § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB zumindest eine sehr großzügige Auslegung bezüglich des Vorliegens städtebaulicher Gründe für Festsetzungen im Bebauungsplan, so dass der Tatbestandsvoraussetzung im Ergebnis kaum Gewicht zufallen dürfte⁷⁷.

d) Der städtebauliche Vertrag

Ein weiteres Instrument, mit welchem die Gemeinden auf kommunaler Ebene die Wärmewende vorantreiben können, ist der städtebauliche Vertrag. Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 und 5 BauGB kann ein solcher insbesondere auch die Errichtung und Nutzung von Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder

Kraft-Wärme-Kopplung oder die Anforderungen an die energetische Qualität von Gebäuden zum Gegenstand haben. Vorteil des städtebaulichen Vertrags ist, dass die Gemeinden hierbei über die begrenzten und teils im Blick auf den Klimaschutz unbefriedigenden Festsetzungsmöglichkeiten des § 9 Abs. 1 BauGB hinausgehen können. Auch die Regelungen des Energiefachrechts lassen sich durch den nicht abschließenden Katalog des § 11 Abs. 1 BauGB verschärfen⁷⁸. Dem städtebaulichen Vertrag kommt eine aufgrund der Mittelknappheit in den Gemeinden nicht unbeträchtliche Funktion zur Umsetzung von Klimaschutzmaßnahmen zu⁷⁹.

Für die Wärmewende bietet § 11 BauGB das Potenzial, die Nutzung von Erneuerbare-Energien-Anlagen in Einzelgebäuden sowie in Gemeinschaftsanlagen zu vereinbaren. Darunter fällt auch der Anschluss an ein mit erneuerbaren Energien versorgtes Nah- bzw. Fernwärmenetz, welcher ebenfalls nach § 11 BauGB vereinbart werden kann⁸⁰. Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 BauGB können auch energetische Anforderungen an Gebäude nunmehr festgelegt werden. Darunter fallen insbesondere Vereinbarungen zu bestimmten Wärmedämmmaßnahmen oder Energiekennzahlen in Form von Energiebedarfswerten und Wärmedurchgangskoeffizienten⁸¹. Einen Sonderfall des städtebaulichen Vertrags zum Rückbau bereits bestehender Anlagen – und ergo mit Relevanz für Bestandsgebäude – regelt § 171c BauGB. Auch ein solcher Vertrag kann im Rahmen der Wärmewende zum Rückbau besonders klimaschädlicher Anlagen unter Umständen interessant sein wie z. B. von Einzelfeuerungsanlagen wie Ölheizungen etc.⁸².

Gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 und 5 BauGB müssen die Verträge entsprechend den mit den städtebaulichen Planungen und Maßnahmen verfolgten Zielen und Zwecken geschlossen werden. Wie bereits festgestellt wurde, ist der Klimaschutz nach § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB ein zulässiges Ziel der Bauleitplanung, weshalb städtebauliche Verträge zum Zwecke des Klimaschutzes bzw. hier konkreter zum Vorantreiben der Wärmewende aus Klimaschutzgründen geschlossen werden können⁸³. Es gilt somit für den „städtebaulichen Zusammenhang“ im weitesten Sinne das zu § 9 Abs. 1 BauGB Gesagte⁸⁴.

Für städtebauliche Verträge gilt, vorbehaltlich anderer gesetzlicher Regelungen, die Schriftform, § 11 Abs. 3 BauGB. Zu beachten ist bei ihrem Abschluss zudem stets das Verbot der planerischen Vorwegbindung nach § 1 Abs. 3 S. 2 BauGB. Darüber hinaus müssen die vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein, § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB. Es gilt nach § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB das (hier nicht abschließend geregelte) Koppelungsverbot, wonach Leistung und Gegenleistung in einem inneren Zusammenhang stehen müssen⁸⁵. Der BGH hat entschieden, dass eine Gemeinde, die

71 Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 137.

72 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 176; Schmidtke, Klimaschutz, S. 71.

73 Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 9 Rn. 96; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 135; Hehn, Stadtentwicklung, S. 331 f.; Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 156; insgesamt gegen eine Anwendung bei nicht neu errichteten Gebäuden, jedoch ohne Begründung Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9 Rn. 197b; das Energiefachrecht regelt das Vorgehen bei Erweiterung und Ausbau in § 51 GEG.

74 Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 9 Rn. 197d; Hehn, Stadtentwicklung, S. 333 f.

75 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 178.

76 Vgl. zum selben Thema Schmidtke, Klimaschutz, S. 62.

77 Vgl. noch zur vorherigen Rechtslage Schmidtke, Klimaschutz, S. 56 f.

78 Hehn, Stadtentwicklung, S. 338; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 11 Rn. 62; Jarass/Kment, BauGB, § 11 Rn. 11.

79 Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 178 f.; Ekardt/Schmitz/Schmidtke, Kommunaler Klimaschutz durch Baurecht: Rechtsprobleme der Solarenergie und der Kraft-Wärme-Kopplung, ZNER 2008, 334 (341 f.).

80 Hehn, Stadtentwicklung, S. 339; Kröniger, in: Kröniger/Aschke/Jeromin, Baugesetzbuch, 4. Aufl. 2018, § 11 Rn. 23; Kukk, in: Schrödter, BauGB, § 11 Rn. 59; Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 188 ff.

81 Hehn, Stadtentwicklung, S. 339; Mitschang, ZfBR 2010, 534 (547); ausführlich zu den einzelnen Maßnahmen zur klimaschonenden Wärmeversorgung im städtebaulichen Vertrag Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 185 ff.

82 Schmidtke, Klimaschutz, S. 91; zur Bedeutung der Vorschrift im Rahmen der Klimaschutzbemühungen auch Mitschang, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 11 Rn. 15a ff.; Mitschang, ZfBR 2020, 613 (622).

83 Schmidtke, Klimaschutz, S. 88.

84 Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 181, 197 ff.; Söfker, Das Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden, ZfBR 2011, 541 (545).

85 Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 11 Rn. 74; Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 11 Rn. 168.

aus Gründen des Klimaschutzes einen Grundstücksverkauf in einem Neubaugebiet mit der Verpflichtung zum Bezug von Fernwärme verbindet, nicht ohne weiteres gegen das Kopplungsverbot verstößt⁸⁶.

e) Sonstige Möglichkeiten nach dem BauGB

aa) § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB können die zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen oder zur Vermeidung oder Minderung solcher Einwirkungen zu treffenden baulichen und sonstigen technischen Vorkehrungen festgesetzt werden. Im Rahmen der Wärmewende eröffnete § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB jedenfalls vor Inkrafttreten des GEG so die Möglichkeit, Anforderungen an die energetische Beschaffenheit von Gebäuden festzusetzen, die über diejenigen des Energiefachrechts hinausgingen⁸⁷. Es konnten so beispielsweise ein Wärmeeffizient oder Energiekennzahlen verbindlich festgesetzt werden⁸⁸. Die Vorschriften des Energiefachrechts standen einer schärferen Regelung auch nicht entgegen. Denn §§ 1 Abs. 3, 2 Abs. 4 EnEG legten fest, dass andere Rechtsvorschriften unberührt bleiben, soweit sie höhere Anforderungen an den baulichen Wärmeschutz bzw. an die betreffenden Anlagen und Einrichtungen nach § 2 Abs. 1 EnEG stellen. Der Bebauungsplan ist grundsätzlich eine Satzung und damit materielles Recht⁸⁹. Da die Verbesserung des technischen Wärmeschutzes von Gebäuden den Energiebedarf verringert und somit den CO₂-Ausstoß vermindert und eine Luftverbesserung bewirkt, waren derartige Festsetzungen unter Geltung des EnEG von § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB eindeutig gedeckt⁹⁰. Eine direkte Festsetzung von Emissions- oder Immissionsgrenzwerten war dagegen auch im Rahmen des EnEG nach § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB nicht möglich⁹¹. Ob dies jedoch auch nun nach Inkrafttreten des GEG noch gilt, wird Gegenstand weiterer Debatten sein. Denn die betreffenden Öffnungsklauseln der EnEG wurden bewusst nicht ins GEG übernommen⁹². Es entsteht auch der Eindruck, der Bund habe das GEG als abschließende bundesrechtliche Regelung konzipieren wollen, wobei in diesem Zusammenhang dann Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des GEG entstehen⁹³. Allerdings wurde eingangs des Beitrags bereits dargelegt, dass das Bauplanungsrecht insoweit als speziellere Regelung gesehen werden kann. Ob die Konstellation mit dem Verhältnis von TEHG und BauGB – wo das TEHG das BauGB verdrängt⁹⁴ – vergleichbar ist, ist offen.

bb) Besonderes Städtebaurecht

Ferner sind die Möglichkeiten des besonderen Städtebaurechts in den Blick zu nehmen. Dazu kann im vorliegenden Rahmen indes nur ein kursorischer Überblick gegeben werden, da die Maßnahmen vielfältig und in ihren jeweiligen Voraussetzungen komplex sind.

Die §§ 136 ff. BauGB sind dem besonderen Städtebaurecht zuzuordnen und ermöglichen Sanierungsmaßnahmen für gesamte Quartiere bzw. Gebiete, wenn städtebauliche Missstände

bestehen. Sie beziehen sich damit auf Bestandsgebäude, denen aufgrund ihrer Vielzahl im Vergleich zu Neubauten eine besondere Bedeutung beizumessen ist⁹⁵. Nach einer Anpassung des Gesetzestextes im Jahr 2013 können städtebauliche Sanierungsmaßnahmen nun auch ausdrücklich mit dem Ziel des Klimaschutzes und der Klimaanpassung initiiert werden. Nach § 136 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BauGB sollen die städtebaulichen Sanierungsmaßnahmen dazu beitragen, dass die bauliche Struktur in allen Teilen des Bundesgebiets nach den allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung sowie nach den sozialen, hygienischen, wirtschaftlichen und kulturellen Erfordernissen entwickelt wird. Im Rahmen der Wärmewende spielen die §§ 136 ff. BauGB so insbesondere im Hinblick auf die energetische Beschaffenheit und die Gesamtenergieeffizienz der vorhandenen Bebauung eine Rolle, vgl. § 136 Abs. 3 Nr. 1h BauGB. Die städtebaulichen Missstände können sich aus Funktions- oder Substanzmängeln der Bebauung ergeben, vgl. § 136 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und 2 BauGB. Im Rahmen der Wärmewende kann ein städtebaulicher Missstand etwa dann angenommen werden, wenn ein Gebiet hinsichtlich der Wärmedämmung oder der Art der energetischen Versorgung erheblich hinter dem gewünschten Maß zurückbleibt⁹⁶. Die Vorschriften des Energiefachrechts können so unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Indikator auch für die Beschaffenheit des Bestands herangezogen werden⁹⁷. Die städtebauliche Sanierung wird gemäß § 146 BauGB durch Bau- und Ordnungsmaßnahmen (vgl. §§ 146 f. BauGB) umgesetzt und erfordert dafür eine Mitwirkung der betroffenen Eigentümer. Die Baumaßnahmen eröffnen die Möglichkeit zur Errichtung oder Erweiterung von Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung, § 148 Abs. 2 BauGB⁹⁸.

Neben den städtebaulichen Sanierungsmaßnahmen besteht die Möglichkeit zur Ergreifung städtebaulicher Entwicklungsmaßnahmen nach §§ 165 ff. BauGB. Allerdings dürfte der Anwendungsbereich der §§ 165 ff. BauGB im Rahmen der Wärmewende keine allzu große Rolle spielen. Denn zumindest im Bereich der Bestandsbauten erfordern die §§ 165 ff. BauGB eine „städtebauliche Neuordnung“. Für eine solche dürften jedoch Maßnahmen zur effizienteren Energienutzung bzw. zur Wärmedämmung nicht ausreichen⁹⁹.

Gemäß §§ 171a ff. BauGB kommen Stadtumbaumaßnahmen dann in Frage, wenn Stadtgebiete von Funktionsverlusten betroffen sind. Dies kann insbesondere auch dann der Fall sein, wenn die allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung nicht erfüllt werden, § 171a Abs. 2 S. 2 BauGB. Gemäß § 171a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BauGB sollen die Stadtumbaumaßnahmen insbesondere dazu dienen, dass die Siedlungsstruktur den Erfordernissen der Entwicklung von Bevölkerung und Wirtschaft sowie den allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung angepasst wird. Mit Stadtumbaumaßnahmen soll in erster Linie auf veränderte Rahmenbedingungen reagiert werden. So kann den besonderen klimaschutzrechtlichen Anforderungen im Bestand Rechnung getragen werden¹⁰⁰. Grundsätzlich sollen die

86 BGH, Urt. v. 09.07.2002 - KZR 30/00, DNotZ 2003, 333; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 11 Rn. 61.

87 Hehn, Stadtentwicklung, S. 335 f.; einschränkend Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 195; anders, aber im Ergebnis ohne Begründung Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 9 Rn. 114.

88 Hehn, Stadtentwicklung, S. 336; Schmidt, Klimaschutz in der Bauleitplanung nach dem BauGB 2004, NVwZ 2006, 1354 (1361); anders Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 160.

89 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 190.

90 Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 195.

91 BVerwG Urt. v. 07.12.2017 - 4 CN 7.16, BauR 2018, 623 (625); Schrödter/Möller, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 195; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 146; Jarass/Kment, BauGB, § 9 Rn. 97.

92 Vgl. dazu BT-Drs. 19/18837.

93 BT-Drs. 19/18837; Bürger/Keymeier/Klinski, Entwurf, S. 7 f.

94 BVerwG, Urt. v. 14.09.2017 - 4 CN 6.16, ZfBR 2018, 259 ff.

95 Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 199 f.

96 Schmitz, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 136 Rn. 43.

97 Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 136 Rn. 117; Battis/Mitschang/Reidt: Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden, NVwZ 2013, 961 (966); Mitschang, ZfBR 2020, 612 (616).

98 Erbguth/Schubert, Öffentliches Baurecht, 6. Aufl. 2015, S. 346; Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 205.

99 Hehn, Stadtentwicklung, S. 403.

100 Krautzberger/Richter, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 171a Rn. 25; Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 208.

Maßnahmen auf Basis von städtebaulichen Verträgen umgesetzt werden, § 171c BauGB, der Gemeinde steht aber auch die Möglichkeit offen, eine Stadtumbauesatzung zu erlassen, § 171d BauGB. Den Stadtumbaumaßnahmen hat ein städtebauliches Entwicklungskonzept zugrunde zu liegen, § 171b Abs. 2 S. 1 BauGB. In der Gesetzesbegründung werden explizit quartiersbezogene Lösungen zur Wärmewende als Anwendungsbereich für Stadtumbaumaßnahmen genannt¹⁰¹. Die Möglichkeiten, im Rahmen der §§ 171a ff. BauGB Maßnahmen zugunsten der Wärmewende zu ergreifen, sind vielfältig und umfassen insbesondere auch Instandsetzungs- und Modernisierungsmaßnahmen sowie Energieeffizienzmaßnahmen am Einzelgebäude und Energieeinsparmaßnahmen¹⁰². In diesem Rahmen sind auch die Kompaktheit der Bebauung sowie die Verteilung der Energieeinrichtungen wichtige Faktoren der Siedlungsstruktur¹⁰³. Hiervon hängen unter anderem der Energieaufwand sowie die Art der genutzten Energie ab¹⁰⁴. Gemäß § 171 Abs. 3 S. 2 Nr. 6 BauGB sollen brachliegende oder freigelegte Flächen einer nachhaltigen, insbesondere dem Klimaschutz und der Klimaanpassung dienenden städtebaulichen Entwicklung oder einer mit dieser verträglichen Zwischennutzung zugeführt werden. Dies kann die Errichtung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien beinhalten, die für die Wärmeversorgung genutzt werden können¹⁰⁵. Eine Sonderform des städtebaulichen Vertrags zum Rückbau bzw. zur Anpassung von baulichen Anlagen regelt § 171c S. 2 Nr. 1 BauGB. Flankierend zu alledem können auch Maßnahmen der Sozialen Stadt nach § 171e BauGB durchgeführt werden.

cc) Abweichungen vom festgesetzten Maß der baulichen Nutzung nach § 248 BauGB

Gemäß § 248 S. 1 BauGB sind in Gebieten mit Bebauungsplänen oder Satzungen nach § 34 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 oder 3 BauGB bei Maßnahmen an bestehenden Gebäuden zum Zwecke der Energieeinsparung geringfügige Abweichungen von dem festgesetzten Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der überbaubaren Grundstücksfläche zulässig, soweit dies mit nachbarlichen Interessen und baukulturellen Belangen vereinbar ist. § 248 BauGB begünstigt somit insbesondere Maßnahmen zur nachträglichen Wärmedämmung von Gebäuden, die auch mit anderen Modernisierungsmaßnahmen an einem Bestandsgebäude verbunden werden können. Notwendig ist, dass diese Maßnahmen der Energieeinsparung dienen. Sie können dabei über die Maßgaben des Energiefachrechts hinausgehen. Auch technische Anlagen, die der Reduzierung des Primär-Energiebedarfs dienen, können von der Privilegierung des § 248 BauGB umfasst sein¹⁰⁶.

2. Weitere kommunale Steuerungsmöglichkeiten in Bezug auf die Wärmewende

Neben dem Recht der Bauleitplanung und dem besonderen Städtebaurecht stehen den Gemeinden auch kommunalrechtlich Wege offen, die Wärmewende voranzutreiben. Wichtigstes Instrument ist insofern der Erlass von Satzungen, durch die ein Anschluss- und Benutzungszwang an ein mit erneuerbaren Energien betriebenes Nah- oder Fernwärmenetz sowie der Bau von Erneuerbaren-Energien-Anlagen festgelegt werden kann.

a) Anschluss- und Benutzungszwang an ein Nah- oder Fernwärmenetz

Zur Förderung der Wärmewende hin zu einer klimaneutralen Wärmeversorgung bietet der Anschluss- und Benutzungszwang an Fernwärmenetze ein vielversprechendes Instrument, zumindest sofern diese mit erneuerbaren Energien betrieben werden. Wärmenetze weisen den Vorteil auf, dass nicht zahlreiche einzelne Heizungsanlagen ausgetauscht werden müssen, sondern lediglich die zentrale Anlage, die das Netz speist, modernisiert werden muss¹⁰⁷. Ein Anschluss- und Benutzungszwang kann durch eine kommunale Satzung bzw. Rechtsverordnung etabliert werden. Die Ermächtigungsgrundlagen finden sich üblicherweise in den Gemeindeordnungen der Länder. In Berlin ermächtigt beispielsweise § 18 Energiewendegesetz Berlin (EWG Bln) zur Festlegung eines Anschluss- und Benutzungszwanges an ein Nah- bzw. Fernwärmenetz durch Rechtsverordnung. Im Saarland ermöglicht § 22 Kommunal-selbstverwaltungsgesetz (KSVG SL) einen Anschluss- und Benutzungszwang durch Satzung sowie in Thüringen § 20 Abs. 2 Nr. 2 Kommunalordnung (KOTHür)¹⁰⁸. In ihrem Anwendungsbereich unterscheiden sich die Ermächtigungsgrundlagen teilweise. So sieht § 18 Abs. 2 EWG Bln vor, dass sich die Rechtsverordnung auf Neubebauung beschränken soll. Die übrigen erwähnten Vorschriften sehen eine solche Beschränkung nicht vor. Grundsätzlich sind sich die Vorschriften zu den Anschluss- und Benutzungszwängen in den jeweiligen Gemeindeordnungen aber strukturell ähnlich, weshalb ihre Voraussetzungen grundsätzlich und nicht anhand jeder Vorschrift einzeln erörtert werden sollen¹⁰⁹.

Grundsätzlich müssen für den Erlass eines Anschluss- und Benutzungszwangs an ein Fernwärmenetz einige allgemeine Voraussetzungen erfüllt sein. Nach Ansicht des BVerwG ist es Voraussetzung für den Erlass eines Anschluss- und Benutzungszwangs über die Gemeindeordnung eines Bundeslandes, dass es sich bei der Versorgungsanlage um eine gemeindeeigene Einrichtung handelt¹¹⁰. Unter einer öffentlichen Einrichtung im Sinne der Gemeindeordnung ist ganz allgemein jede Einrichtung zu verstehen, die von der Gemeinde durch Widmungsakt der allgemeinen Benutzung durch Gemeindeangehörige und ortsansässige Vereinigungen zugänglich gemacht wird und von der Gemeinde im öffentlichen Interesse unterhalten wird¹¹¹.

In der Satzung sollte eine Zwecksetzung hinsichtlich des Anschluss- und Benutzungszwangs angegeben werden, da der Anschluss- und Benutzungszwang einen Eingriff in Art. 14 GG darstellt¹¹². Viele Gemeindeordnungen fordern, dass ein (dringendes) öffentliches Bedürfnis vorhanden sein muss, welches den Anschluss- und Benutzungszwang rechtfertigt. Dass auch der Klimaschutz ein öffentliches Bedürfnis ist, ist bereits vom BVerwG entschieden worden¹¹³. Es kann auch keine mit Art. 28 Abs. 2 GG nicht mehr vereinbare Ausdehnung des kommunalen Kompetenzbereichs festgestellt werden, da je-

107 Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 63.

108 Mit einem umfassenden, wenn auch nicht mehr ganz aktuellen Überblick über die Rechtsgrundlagen der verschiedenen Bundesländer Hehn, Stadtentwicklung, S. 345; ebenso Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 292 ff.

109 Vgl. auch Vollmer, Der Anschluss- und Benutzungszwang in der Fernwärme, IR 2016, 247.

110 BVerwG, Urt. v. 06.04.2005 – 8 CN 1/03, NVwZ 2005, 963; BVerwG, Urt. v. 06.04.2005 – 8 CN 1/03, NVwZ 2005, 1072.

111 OVG Münster, Urt. v. 16.09.1975 – III A 1279/75, NJW 1976, 820; VG Würzburg, Beschl. v. 08.10.2013 – W 4 E 13.976 –, juris.

112 Hehn, Stadtentwicklung, S. 356; Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 312 f.; BVerwG, Urt. v. 28.04.2004 – 8 C 13/03, NVwZ 2004, 1131 f.

113 BVerwG, Urt. v. 25.01.2006 – 8 C 13/05, NVwZ 2006, 690; BVerwG, Urt. v. 28.04.2004 – 8 C 13/03, NVwZ 2004, 1131 f.

101 BT-Drs. 17/6076, S. 11.

102 Mitschang, ZfBR 2020, 612 (621); Krautzberger/Richter, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 171a Rn. 25; Möller, in: Schrödter, BauGB, § 171a Rn. 10.

103 BT-Drs. 17/6076, S. 11.

104 Mitschang, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 171a Rn. 15.

105 Mitschang, ZfBR 2020, 612 (621).

106 Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 248 Rn. 8 f.; Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BeckOK, § 248 Rn. 1; Jarass/Kment, BauGB, § 248 Rn. 4; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 248 Rn. 6.

denfalls die Versorgung mit grüner Fernwärme einen deutlich örtlichen Bezug aufweist, selbst wenn das Ziel der globale Klimaschutz ist¹¹⁴. Darüber hinaus legt außerdem auch § 109 GEG fest, dass ein Anschluss- und Benutzungszwang an ein Fernwärmenetz auch zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes festgelegt werden kann¹¹⁵.

Da der Anschluss- und Benutzungszwang, wie bereits ausgeführt, einen Eingriff in Art. 14 GG darstellt, muss er verhältnismäßig sein. Hierbei ist zwischen Bestandsgebäuden (so diese denn überhaupt von der Ermächtigungsgrundlage erfasst sind) und Neubauten zu unterscheiden. Im Falle von Bestandsbauten sind höhere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit zu stellen als im Falle von Neubauten, da bei jenen grundsätzlich der Bestandsschutz eine Rolle spielt¹¹⁶. Grundsätzlich gilt, dass eine Verhältnismäßigkeit des Anschluss- und Benutzungszwanges nur dann anzunehmen sein dürfte, wenn das Fernwärmenetz aus erneuerbaren Energien oder KWK-Anlagen gespeist wird¹¹⁷. Darüber hinaus muss jede Satzung einer genauen Prüfung im Einzelfall unterzogen werden. Eventuell können Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang zugelassen werden, wenn bestimmte Eigentümer sich anderweitig aus erneuerbaren Energien versorgen, wobei an dieser Stelle immer auch zu überprüfen ist, ob dann die notwendige Auslastung des Fernwärmenetzes noch gewährleistet ist¹¹⁸. Grundsätzlich bedarf es zur vollständigen Auslastung des Fernwärmenetzes eines möglichst zeitgleichen und flächendeckenden Anschlusses an das Wärmenetz, was wiederum ein Hindernis in Neubaugebieten darstellen kann¹¹⁹. Bei der Auslastung muss auch bedacht werden, dass aufgrund des Energierechts Neubauten nur noch wenig Energie benötigen. Diese Problematik kann aber ggf. dann umgangen werden, wenn gleichzeitig mit den Neubauten auch umliegende Bestandsbauten in den Anschluss an das Fernwärmenetz einbezogen werden¹²⁰.

b) Satzung zur Errichtung von Erneuerbaren-Energien-Anlagen (Solarsatzung)

Ebenfalls kommunalrechtlich kann über eine Satzung die Bau- und Nutzungspflicht von Solarkollektoren auf Dächern und Fassaden von Bestands- sowie Neubauten zur Wärmeversorgung geregelt werden. Dieser Weg eignet sich insbesondere aufgrund der vielfältigen Einsetzbarkeit der Solarenergie nicht nur zu Zwecken der Wärmeerzeugung, aufgrund ihrer relativen Kostengünstigkeit sowie aufgrund ihrer Integrierbarkeit in die bereits vorhandene Architektur¹²¹. Als Ermächtigungsgrundlage kann hier (im Rahmen des bereits Erörterten) § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB herangezogen werden, während die §§ 34 ff. GEG nur für neu zu errichtende Gebäude Anwendung

finden¹²². Über die Öffnungsklausel nach § 56 Nr. 2 GEG können die Gemeinden aber ebenfalls eine Solarsatzung für den Bestand erlassen¹²³, wenn eine entsprechende landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Satzung vorhanden ist¹²⁴. Für Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gilt das bereits zum Anschluss- und Benutzungszwang Gesagte¹²⁵.

IV. Exkurs: Vereinbarkeit von Klimaschutz und Sozialem am Beispiel des Berliner Mietendeckels

Rechtliche Vorstöße zum Klimaschutz dürfen niemals isoliert betrachtet werden. Dies wird z. B. deutlich am Wohnungsmarkt, wo energetische Sanierungen nicht selten zur Verdrängung bestimmter Mietergruppen aus für sie nicht länger bezahlbaren Stadtteilen führen. Zugleich gilt es, die Sanierungsrate und -tiefe in der gesamten Bundesrepublik schnellstmöglich anzuheben, um die Klimaschutzziele noch zu erreichen. Gegenläufige Interessen können hier dazu führen, dass ein Anliegen die Umsetzung des anderen behindert. Beispielhaft wird dies am Fall des Berliner Mietendeckels diskutiert. In Berlin sind die Mieten von 2015 bis 2020 um durchschnittlich 44% gestiegen. Zugleich liegt die Sanierungsrate weiterhin deutlich unter den notwendigen jährlichen 2-3%. Mit Datum vom 23.02.2020 ist nun das „Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin“ (MietenWoG Bln) in Kraft getreten, welches Abhilfe im Hinblick auf die angespannte Wohnungsmarktsituation in Berlin schaffen soll. Es enthält Bestimmungen zur öffentlich-rechtlichen Mietpreisregulierung: einen Mietestopp nach § 3 MietenWoG Bln, der eine Miete verbietet, die eine am 18.6.2019 (Stichtag) wirksam vereinbarte Miete überschreitet, Mietobergrenzen für die erstmalige Vermietung von Wohnraum (§ 4 MietenWoG Bln) und zuletzt das erst im November 2020 in Kraft tretende grundsätzliche Verbot überhöhter Mieten (§ 5 MietenWoG Bln). Eine Härtefallregelung in § 8 Abs. 1 S. 1 MietenWoG Bln ermöglicht die Genehmigung von Ausnahmen durch die Investitionsbank Berlin. § 7 MietenWoG Bln sieht eine Ausnahme von der Mietobergrenze für bestimmte Tatbestände – unter anderem im Falle energetischer Sanierungen – vor. Das Gesetz soll nach fünf Jahren wieder außer Kraft treten¹²⁶.

Einige Stimmen haben Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des MietenWoG Bln angemeldet. Zunächst legte das Landgericht Berlin im Wege des Art. 100 Abs. 1 GG die Entscheidung über die Klage einer Vermieterin, die von ihren Mietern die Zustimmung zur Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete begehrte, dem Bundesverfassungsgericht vor, da es der Auffassung ist, der Mietestopp im MietenWoG Bln sei mit Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG i. V. m. §§ 557 Abs. 1, 558 Abs. 1 und 2 BGB unvereinbar¹²⁷. Darüber hinaus strengten die Bundesfraktionen der CDU/CSU sowie der FDP ein

114 BVerwG, Urt. v. 25.01.2006 – 8 C 13/05, NVwZ 2006, 690 (692); vgl. auch Kahl, Schwerpunktbereich – Einführung in das Umweltenergie-recht, JuS 2010, 599 (602); Vollmer, IR 2016, 247; mit weiteren Argumenten Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 306, 308 ff.

115 Noch zur Vorgängernorm des § 16 EEWärmeG Kahl, Klimaschutz durch die Kommunen – Möglichkeiten und Grenzen, ZUR 2010, 395 (399); Hehn, Stadtentwicklung, S. 350 f.; Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 298 ff.

116 Hehn, Stadtentwicklung, S. 370; Maaß, ZUR 2020, 22 (30).

117 Hehn, Stadtentwicklung, S. 356; Schmidtke, Klimaschutz, S. 76 f.; Kahl, ZUR 2010, 395 (399); Wustlich, „Erneuerbare Wärme“ im Klimaschutzrecht, ZUR 2008, 113 (119); hierzu auch Vollmer, IR 2016, 247 (248 f.); Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 314; auch BVerwG, Urt. v. 25.01.2006 – 8 C 13/05, NVwZ 2006, 690.

118 Kahl, ZUR 2010, 395 (399 f.); zu den jeweiligen ausnahmefähigen EE-Anlagen Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 322 ff.

119 Wustlich, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 105. EL Februar 2020, § 16 EEWärmeG Rn. 7; Hehn, Stadtentwicklung, S. 343; hierzu auch Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 325 f.

120 Hehn, Stadtentwicklung, S. 344; vgl. noch zur EnEV Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 329.

121 Hehn, Stadtentwicklung, S. 373.

122 Dies wurde auch schon zu § 3 EEWärmeG anhand des Urteils zur Marburger Solarsatzung deutlich, vgl. VG Gießen, Urt. v. 12.05.2010 – 8 K 4071/08.GI, ZUR 2010, 375.

123 Vgl. hierzu noch unter der Vorgängerregelung nach § 3 EEWärmeG VG Gießen, Urt. v. 12.05.2010 – 8 K 4071/08.GI, ZUR 2010, 375; Kahl, Zur Rechtmäßigkeit der Marburger Solarsatzung, ZUR 2010, 371 (372); Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 228 ff.

124 Hehn, Stadtentwicklung, S. 375; vgl. auch Kahl, ZUR 2010, 395 ff.; mit einem (allerdings großenteils nicht mehr aktuellen) Überblick über die Ermächtigungsgrundlagen Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 218 ff.

125 Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 232 ff.

126 Ausführlich zu den Regelungen des MietenWoG Bln Bickert, Ein Klimadeckel für den Mietendeckel, ZfR 2020, 321 ff.

127 LG Berlin, Vorlagebeschl. v. 12.03.2020 – 67 S 274/19, DVBl 2020, 592.

abstraktes Normenkontrollverfahren gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG vor dem BVerfG an¹²⁸. In einem anderen Verfahren äußerte das Landgericht Berlin keine Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, stellte jedoch klar, dass das gesetzliche Verbot höherer Mieten erst ab Inkrafttreten des Gesetzes im Februar 2020 gelten könne¹²⁹. Die Fraktionen der CDU und der FDP im Berliner Abgeordnetenhaus leiteten ein abstraktes Normenkontrollverfahren vor dem VerfGH Berlin ein. Im Wesentlichen stellen sich verfassungsrechtlich zwei Fragen: Einerseits steht die formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes aufgrund des Gesetzgebungskompetenzgefüges in Frage. Die Antragsteller argumentieren diesbezüglich, die Gesetzgebungskompetenz läge beim Bund, so dass das Land Berlin nicht berechtigt gewesen sei, ein Gesetz mit dem Regelungsinhalt des MietenWoG Bln zu erlassen. Andererseits steht die materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes mit Blick auf Art. 14 und 3 GG in Frage. Darüber hinaus wird teils von Kritikern des Gesetzes auch argumentiert, das MietenWoG Bln führe zu einer verbotenen Rückwirkung. Der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, der zwischenzeitlich ein Volksbegehren zum sogenannten Mietenstopp in Bayern für unzulässig erklärte, kann bezogen auf all dies lediglich Signalwirkung zugesprochen werden, zumal das Votum nicht einstimmig erging¹³⁰.

Kritiker des Gesetzes argumentieren, formell hätte das Land Berlin nicht die Gesetzgebungskompetenz für die Materie, die durch das MietenWoG Bln geregelt wird, da es sich hierbei um „Bürgerliches Recht“ handele, für welches der Bund nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz habe, von welcher er im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG mit Sperrwirkung für die Länder abschließend Gebrauch gemacht habe¹³¹. Gegen diese Argumentation spricht jedoch, dass sich das Mietrecht stets in „soziales Mietrecht“ aus dem Bereich des bürgerlichen Rechts sowie öffentlich-rechtliches Mietrecht hat unterteilen lassen¹³². Dem Bereich des öffentlichen Mietrechts gehört das so genannte „Wohnungswesen“ an, welches ursprünglich eine Bundeskompetenz darstellte, vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG aF. Im Rahmen der Föderalismusreform ist das Wohnungswesen aus der Gesetzgebungskompetenz des Bundes gestrichen worden. Gemäß der Grundregel für Gesetzgebungskompetenzen nach Art. 70 Abs. 1 GG fällt somit die Gesetzgebungskompetenz im Sinne des dort etablierten Regelausnahmeverhältnisses den Ländern zu¹³³. Auch die in § 556d BGB geregelte Mietpreisbremse führt nicht zu einem Ausschluss der Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin für das MietenWoG Bln. Denn die Länder müssen erst durch Rechtsverordnung die Mietpreisbremse gewissermaßen aktivieren, so dass eine abschließende Regelung auf Bundesebene ausgeschlossen erscheint¹³⁴. Die Argumente gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit des MietenWoG Bln verfangen daher nicht¹³⁵.

Insgesamt handelt es sich bei den Bestimmungen des MietenWoG Bln eindeutig nicht um eine Enteignung, sondern um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentumsrechts nach Art. 14 Abs. 1 GG, welche durch den Gesetzgeber zu erfolgen hat, so dass der Weg in die normale grundrechtliche Rechtfertigungsprüfung eröffnet ist. Materiell-verfassungsrechtlich wird indes der legitime Eingriffszweck hinsichtlich des MietenWoG Bln teils in Frage gestellt. Argumentiert wird, das MietenWoG Bln greife aufgrund seiner §§ 3, 4 und 5, welche den Mietenstopp regeln, Mietobergrenzen festlegen und die Möglichkeit zur Senkung überhöhter Mieten etablieren, in unverhältnismäßiger Weise in die Eigentumsgarantie nach Art. 14 GG ein¹³⁶. Das Gesetz dient indes dem legitimen Ziel der Garantie von bezahlbarem Wohnraum für alle¹³⁷, wobei anzumerken ist, dass in der Berliner Verfassung anders als im Grundgesetz ein Recht auf Wohnraum enthalten ist, vgl. Art. 28 Abs. 1 Verfassung von Berlin (VvB)¹³⁸. Jenseits dessen gilt: Gesetzen liegen grundsätzlich Abwägungsentscheidungen zugrunde, wobei jeweils rechtlich geschützte Positionen in einen Ausgleich miteinander gebracht werden müssen. Die Schutzwirkung der Grundrechte (Verfügbarkeit von bezahlbarem Wohnraum für alle) steht dabei nicht hinter ihrer Abwehrfunktion (also hier gegen einen hoheitlichen Eingriff in das Eigentumsrecht) zurück¹³⁹. Im Rahmen der Gewaltenteilung kommt dem Gesetzgeber hierbei eine gewisse Einschätzungs- und Gestaltungsprärogative zu. Das gilt im Wesentlichen gleich für Art. 14 wie auch für Art. 3 GG.

Aufgrund der unklaren Situation rund um das MietenWoG Bln fragen sich viele Vermieter, inwieweit sie künftig Sanierungen noch auf ihre Mieter umlegen können. Sollte der Mietendeckel Bestand haben und nicht durch eine Entscheidung des BVerfG oder des VerfGH Berlin für nichtig erklärt werden, gilt für Vermieter bei Sanierungen in Zukunft § 7 MietenWoG Bln. § 7 MietenWoG Bln regelt, dass bei Modernisierungen zur Wärmedämmung der Gebäudehülle, der Kellerdecke, der obersten Geschossdecke oder des Daches (Abs. 1 Nr. 2), zur Nutzung erneuerbarer Energien (Abs. 1 Nr. 3), zur energetischen Fenstererneuerung (Abs. 1 Nr. 4) und zum Heizanlagen-austausch mit Heizanlagenoptimierung (Abs. 1 Nr. 5), sich die zulässige Miete gemäß § 3 und § 6 MietenWoG Bln um nicht mehr als 1 Euro pro Quadratmeter erhöht. Maximal darf sie so die Mietobergrenze um einen Euro übersteigen. Die Mieterhöhung ist der Investitionsbank Berlin elektronisch oder schriftlich anzuzeigen. § 8 MietenWoG Bln enthält überdies eine Härtefallregelung, die auch für Sanierungen relevant werden kann: Zur Vermeidung einer unbilligen Härte kann danach auf Antrag die Investitionsbank Berlin höhere Mieten als die in §§ 3 bis 6 MietenWoG Bln geregelten genehmigen. Eine unbillige Härte liegt gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 MietenWoG Bln vor, wenn die Beibehaltung der nach den §§ 3 bis 6 zulässigen Miete auf Dauer zu Verlusten für die Vermieterinnen und Vermieter oder zur Substanzgefährdung der maßgeblichen Wirtschaftseinheit führen würde. Gemäß der Gesetzesbegründung soll durch die Regelung des § 7 MietenWoG Bln sowie durch die vom Land verstärkt aufgelegten Modernisierungsförderprogramme ein Sanierungsstopp verhindert werden¹⁴⁰. Die Ausgestaltung des Berliner Mietendeckels birgt zumindest

128 Aktenzeichen beim BVerfG: 2 BvF 1/20.

129 LG Berlin, Urt. v. 31.07.2020 – 66 S 95/20, WuM 2020, 572.

130 BayVerfGH, Entsch. v. 16.07.2020 – Vf. 32-IX-20, NVwZ 2020, 1429.

131 Hierzu Papier, Landeskompentenz zur Einführung eines sogenannten Mietendeckels? – Rechtsgutachtliche Stellungnahme im Auftrag des Bundesverbandes deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen, 2019, S. 4 ff.

132 Putzer, Ein Mietendeckel für Berlin, NVwZ 2019, 283 (285).

133 Kingreen, Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen für das Mietpreisrecht bei Wohnraum, NVwZ 2020, 737 (738 f.).

134 Kingreen, NVwZ 2020, 737 (739 ff.).

135 So auch: Mayer/Artz, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, 2019, S. 36 f.; Fischer-Lescano/Gutmann/Schmid, Landeskompentenzen für Maßnahmen der Mietpreisregulierung, 2019, S. 3.

136 Papier, Materielle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mietenbegrenzung Rechtsgutachtliche Stellungnahme im Auftrag des Bundesverbandes deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen, 2019.

137 Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung des Abgeordnetenhauses Berlin, Drs. 18/2347.

138 Hierzu Mayer/Artz, Aspekte, S. I.

139 Zur Grundrechtskonzeption konkret zu Art. 14 GG Ekardt, Atomausstieg, Eigentumsgarantie, Abwehrrechte und Schutzgrundrechte, NuR 2012, 813.

140 Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung des Abgeordnetenhauses Berlin, Drs. 18/2347, S. 4.

die Gefahr, dass Sanierungsrate und Sanierungstiefe auf dem aktuell unzureichenden Stand verbleiben¹⁴¹. Eine Möglichkeit, die beiden auf den ersten Blick widerstreitenden Interessen in Ausgleich zu bringen, wäre es u.U., insbesondere auch mit Blick auf Art. 31 Abs. 1 VvB, sanierte Gebäude in einem größeren Umfang aus dem Geltungsbereich des MietenWoG Bln auszunehmen¹⁴².

V. Optimierende Optionen: Mengensteuerung, Wärmepläne und ein Ausblick

Wie bereits erörtert, sind die kommunalrechtlichen Lösungsansätze zur Wärmewende vielfach kleinteilig und hängen insbesondere von der Bereitschaft und dem Einsatz der einzelnen Kommunen ab. Die Wärmewende stagniert seit Jahren. Wenn Deutschland die im Paris-Abkommen gesteckten Ziele und die Gefahr, die vom Klimawandel für die elementaren Freiheitsvoraussetzungen ausgehen, ernst nehmen will, dann muss als Hauptinstrument ein Ansatz auf EU-Ebene verfolgt werden. Wie ein Cap null für fossile Brennstoffe (unter Einbeziehung des Gebäudesektors) in zwei Dekaden EU-weit als Fortentwicklung des real existierenden EU-ETS durch ein strengeres Cap, eine Streichung aller Altzertifikate, eine Integration sämtlicher fossiler Brennstoffe und die Schließung von Schlupflöchern etabliert werden könnte, wurde andernorts diskutiert¹⁴³ (ebenfalls andernorts dazu, wie in ähnlicher Form, allerdings mit einem Cap oberhalb von null, auch tierische Produkte mit ihren Emissionen reguliert werden könnten¹⁴⁴). Der Ansatz auf EU-Ebene – der mit Border Adjustments für Im- und Exporte kombiniert werden müsste, wie sie die EU-Kommission aktuell in der Tat prüft – würde durch das räumlich und sektoral breite Ansetzen bei einer leicht fassbaren Steuerungsgröße (eben den fossilen Brennstoffen) diverse Steuerungsprobleme wie räumliche und sektorale Verlagerungseffekte, Rebound-Effekte und Vollzugsprobleme vermeiden. Zugleich würden durch die zentrale Rolle der fossilen Brennstoffe (und der Tierhaltung) weitere Umweltprobleme neben dem Klimawandel zentral adressiert, etwa Biodiversitätsverluste, gestörte Stickstoffkreisläufe sowie Schadstoffbelastungen in Luft, Gewässern und Böden.¹⁴⁵ Eine Energiesteuer auf EU-Ebene respektive in EU-weit einheitlicher Form (nationale Ansätze wären mit Verlagerungseffekten konfrontiert)¹⁴⁶ könnte grundsätzlich ähnlich wirken wie ein ETS für alle fossilen Brennstoffe. Allerdings müsste dafür, anders als beim ETS, ein komplett neues System geschaffen werden, und es bedürfte nicht lediglich einer Mehrheit, sondern einer Ein-

stimmigkeit im EU-Ministerrat (Art. 192 Abs. 1, 194 Abs. 3 AEUV).

Wie bereits erwähnt, erfordert die Energie- und auch die Wärmewende indes auch ein planerisches Vorgehen, in welchem die gebietsbezogenen Besonderheiten und Potenziale ermittelt werden¹⁴⁷. Ergänzend zu alledem kann man deshalb an die Schaffung einer Verpflichtung denken, kommunale Wärmepläne aufzustellen¹⁴⁸, wie dies teils schon auf freiwilliger Basis geschieht, vgl. auch § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB¹⁴⁹, im Kern abzielend auf verstärkte Wärmenetze. Da Fernwärme energieeffizienter – was auch bei erneuerbaren Energien relevant ist – und kostengünstiger (also akzeptanzförderlich) für die Nutzer ist, erschiene dies auch neben einem gestärkten ETS sinnvoll. Ein entsprechendes Gesetz existiert bereits in Dänemark in Form des Wärmeversorgungsgesetzes. Ziel der kommunalen Wärmeplanung könnte es sein, den Flächenbedarf festzustellen, der für die klimafreundliche Wärmeversorgung anfallen würde. Sodann müssten die Gebiete identifiziert werden, die mit Fernwärme versorgt werden können, sowie diejenigen, in welchen dies sich tendenziell schwieriger gestaltet. In diesen Gebieten wären Sanierungen besonders sinnvoll. Diese könnten staatlich intensiver gefördert werden. Die Aufgabe der Gemeinde dürfte sich jedoch nicht lediglich auf eine Untersuchung dessen beschränken, was getan werden könnte. Stattdessen müsste die Wärmeplanung umsetzungsorientiert erfolgen unter Anwendung der rechtlich zur Verfügung stehenden Instrumente wie dem Bauplanungsrecht und dem Kommunalrecht¹⁵⁰.

Notwendig wäre in diesem Zusammenhang ein mehrschrittiges Vorgehen. Zunächst müssten die Wärmedaten der zu beplanenden Gebiete gesammelt werden, die den Kommunen aktuell häufig nicht vollumfänglich zugänglich sind. Hier müssten die erforderlichen Voraussetzungen für den Erhalt der notwendigen Daten geschaffen werden¹⁵¹. Sodann müsste auf Basis der ermittelten Daten eine Prognose des Wärmebedarfs erstellt werden, auf deren Basis ein Plan für eine klimaneutrale Wärmeversorgung ausgearbeitet werden kann. Diese müsste sodann umgesetzt werden¹⁵². Zu beachten wäre dabei insbesondere, dass die Abwägung im Rahmen der Bauleitplanung dabei nicht umgangen werden dürfte.

Ein solches Gesetz, das zur Aufstellung von Wärmeplänen verpflichtet, könnte auf Bundesebene erlassen werden. Jedoch darf der Bund nicht direkt Aufgaben an die Kommunen übertragen, Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG. Als Zwischenschritt könnte aber eine Verpflichtung der Länder, diese Aufgaben selbst zu übernehmen oder sie an die Kommunen weiterzugeben, etabliert werden¹⁵³.

141 Bickert, ZfIR 2020, 321 (329).

142 Bickert, ZfIR 2020, 321 (328 f.).

143 Ausführlich hierzu und zum Folgenden Ekardt, Theorie, § 6 E. III. 1.; Ekardt, Sustainability, Ch. 4; Hennig, Landnutzung; Garske, Ordnungsrechtliche und ökonomische Instrumente der Phosphor-Governance, 2019; Bosnjak, Ein Emissionshandelssystem der ersten Handelsstufe: Rechtliche, politische und ökonomische Aspekte eines Gesetzgebungsvorschlags, 2015; von Bredow, Energieeffizienz als Rechts- und Steuerungsproblem. Unter besonderer Berücksichtigung der erneuerbaren Energien, 2013.

144 Vgl. Weishaupt/Ekardt/Garske/Stubenrauch/Wieding, Land Use, Livestock, Quantity Governance, and Economic Instruments – Sustainability Beyond Big Livestock Herds and Fossil Fuels, Sustainability 2020, 2053; Garske, Instrumente.

145 Auch dazu und zu den Steuerungsproblemen die Nachweise der letzten zwei Fn.

146 Exemplarisch zu Energiesteuer-Vorschlägen (zumeist national gedacht) Jansen/Sager-Klauß, Das gekoppelte Energiesystem: Vorschläge für eine optimale Transformation zu einer erneuerbaren und effizienten Energieversorgung, 2017, S. 59 f.; Zerkawy/Fiedler, Ein Preis für CO₂ – Vergleich verschiedener Konzepte zur CO₂-Bepreisung im Rahmen der Energiesteuer, 2019.

147 Maaß, Wärmewende jetzt!, ZUR 2018, 513 (514).

148 Pehnt/Nast, Wärmewende 2017 – Impulse für eine klimafreundliche Wärmeversorgung, 2016, S. 13; in eine ähnliche Richtung gehend Däuper, EnWZ 2019, 97 (98); Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 357 ff. mit einem konkreten Vorschlag für eine gesetzliche Regelung (noch) im EEWärmeG; Nast/Schulz/Steinbach/Bürger/Klinski, Ergänzende Untersuchungen und vertiefende Analysen zum EEWärmeG (Folgevorhaben), 2010, S. 110 f., abrufbar unter https://elib.dlr.de/69183/1/Endbericht_Folgevorhaben_EEW%C3%A4rmeG_final-2.pdf (zuletzt abgerufen am 12.10.2020).

149 Maaß/Sandrock/Weyland, ZUR 2015, 78 (82); zu den kommunalen Energie- und Klimaschutzkonzepten und ihrer Qualität als soft law ausführlich Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 342 ff.

150 Maaß, ZUR 2020, 22 (27).

151 Maaß, Wärmewende, ZUR 2018, 513 (514); vgl. auch Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 367.

152 Krellenberg/Gähns/Hug/Lehr/Pfeuffer, IR 2018, 2 (3); Maaß, ZUR 2020, 22 (27 f.); Maaß/Sandrock/Weyland, ZUR 2015, 78, (82 f.); gegen eine verbindliche Rechtswirkung der Wärmeplanung aufgrund gesellschaftlicher Akzeptanzprobleme Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 369.

153 Maaß, ZUR 2020, 22 (29 f.); Ekardt/Klinski/Schomerus, Konzept, S. 416 ff.; Kahl/Schmidtchen, Klimaschutz, S. 373.