

Kommunale Verantwortlichkeiten und Ansatzpunkte im Rahmen der Energiewende

Analyse des nationalen kommunalrechtlichen Rechtsrahmens

im Vorhaben EnGovernance

FKZ 0325764B

Teilbericht – Arbeitspaket 1

gem. Anl. 2 zu Nr. 8.2 NKBF 98

Gefördert durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages



Koordiniert von:



Stand: 4. April 2017

Zuwendungsempfänger und Konsortialpartner:

IZES gGmbH

Prof. Dipl.-Ing. F. Baur

Altenkessler Str. 17

66115 Saarbrücken

Tel.: +49-(0)681-9762-840

Fax: +49-(0)681-9762-850

Agentur für Erneuerbare Energien (AEE) e.V.

Nils Boenigk

Invalidenstraße 91

10115 Berlin

Tel.: +49-(0)30-200535-47

Fax.:+49-(0)30-200535-51

Autor:

Prof. Dr. Stephan Tomerius

Lina-Morgenstern-Straße 13

10317 Berlin

Tel.: +49-(0)30 30877-2653

Mobil: +49-(0)160 7212694

Berlin, 4. April 2017

Inhalt

I.	Einleitung und Fragestellung	6
II.	Unmittelbare fachgesetzliche Verantwortlichkeiten für Kommunen aus dem Energierrecht	8
1.	Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)	8
2.	Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)	12
3.	Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz (KWKG)	12
4.	Erneuerbare Energien-Wärme-Gesetz (EEWärmeG).....	13
5.	Energieeinsparungsgesetz (EnEG) und Energieeinsparverordnung (EnEV)	13
III.	Sonstige kommunale Verantwortlichkeiten und Handlungsansätze für die Förderung erneuerbarer Energien aus anderen Rechtsgebieten	17
1.	Strategische, planerische Ansätze im BauGB.....	17
a)	Formelle Instrumente der kommunalen Bauleitplanung	19
aa)	Darstellungen in Flächennutzungsplänen gem. § 5 BauGB	20
bb)	Festsetzungen in Bebauungsplänen gem. § 9 BauGB.....	20
cc)	Bauplanungsrechtliches Sonderproblem: Ausweisung von gemeindlichen „Bürgerwindparks“	23
b)	Informelle Instrumente der kommunalen Bauleit- und Energieleitplanung	24
2.	Satzungsrechtliche Ansätze.....	25
a)	Anschluss- und Benutzungszwang für verpflichtende Nah- oder Fernwärmenutzung kraft Satzung.....	25
b)	Örtliche Bauvorschriften kraft Satzung nach den Landes-Bauordnungen	28
3.	Vertragliche Handlungsmöglichkeiten der Städte und Gemeinden.....	29
a)	Städtebauliche Verträge	29
b)	Private Grundstückskaufverträge.....	30
aa)	BGH-Rechtsprechung zur Kopplung von Grundstücksgeschäften und privatrechtlichem Anschluss- und Benutzungszwang.....	31
bb)	Konsequenzen der BGH-Rechtsprechung für die Vereinbarung von klimaschutzrelevanten Vertragsinhalten	33
c)	Erbbaurechtliche Ansätze	34
d)	Contracting	34
IV.	Kommunalwirtschaftsrechtliche Rahmenbedingungen – die operative Ebene.....	36
1.	Vorgaben des Kommunalwirtschaftsrechts – Möglichkeiten und Grenzen kommunalwirtschaftlicher Betätigung im Bereich der erneuerbaren Energien	36

a)	Überblick über die einschlägigen Regelungen im Kommunalrecht der Länder	36
aa)	Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigung	36
bb)	Energieversorgung als öffentlicher Zweck – qua Gesetz und ohne gesetzliche Festlegung.....	37
cc)	Subsidiaritätsklausel und kommunale Energieerzeugung als Aufgabe der Daseinsvorsorge.....	39
dd)	Überörtliche gemeindewirtschaftliche Betätigung auf dem Gebiet der Strom- und Wärmeversorgung	41
b)	Fazit.....	42
2.	Vorgaben des Vergaberechts – Ausschreibungen und Inhouse-Geschäfte im Bereich der kommunalen Energiewirtschaft sowie energieeffiziente Beschaffung.....	43
a)	Beschaffungskonstellation – Energielieferung von Dritten.....	43
b)	Konstellation der Eigenerbringung – Energielieferung von kommunalem Unternehmen und vergabefreies Inhouse-Geschäft.....	44
aa)	Kontrollkriterium und kommunale Organisationsformen	45
bb)	Wesentlichkeitskriterium – Umsätze für die Kommune und Fremdgeschäfte für Dritte.....	46
3.	Rechtsfragen zum Thema „Bürgerbeteiligung und Energiewende“	49
a)	Kritik an den jüngsten EEG-Novellen	49
b)	Aktuelle Rechtsfragen zu Bürgerwindparks/Bürgerkraftwerken.....	52
c)	Überblick über die Möglichkeiten des Genossenschaftsrechts.....	53
V.	Gesetzliche Vorgaben für Kommunen für eine dezentrale Energiewende durch den Landesgesetzgeber?	55
1.	Klimaschutzgesetze der Bundesländer als Ansatzpunkt für eine Stärkung der kommunalen Energiewende?	55
a)	Klimaschutzgesetz Hamburg	57
b)	Hessisches Energiegesetz.....	57
c)	Klimaschutzgesetz Nordrhein-Westfalen.....	58
d)	Klimaschutzgesetz und Gesetz zur Nutzung erneuerbarer Wärmeenergie in Baden-Württemberg	63
e)	Klimaschutzgesetz Rheinland-Pfalz	65
f)	Bremisches Klimaschutz- und Energiegesetz	66

g) Bewertung der landesgesetzlichen Ansätze zum Klimaschutz	68
2. Gemeindegewirtschaftsrecht	70
VI. Schlussfolgerungen zu den rechtlichen Verantwortlichkeiten und Handlungsspielräumen für Kommunen als Katalysatoren der Energiewende.....	71
1. Beiträge für eine stärker kommunal und dezentral ausgerichtete Energiewende auf bundesgesetzlicher Ebene	71
a) Gesetzliche Verpflichtungen für Kommunen durch Bundesgesetz?	71
b) Bestehende und weiterentwickelte Vorschläge für eine gesetzliche Stärkung einer kommunalen Energiewende im Bundesrecht	75
c) Finanz-/Förderpolitik des Bundes	75
2. Beiträge für eine stärker kommunal und dezentral ausgerichtete Energiewende auf landesgesetzlicher Ebene	75
Literatur	78

I. Einleitung und Fragestellung

Die Transformation der Energiewirtschaft von einer zentralen Produktion und Verteilung auf dezentrale Energiesysteme gilt aktuell als eine der zentralen energiepolitischen Herausforderungen im Rahmen der „Energiewende“¹. Mit der Thematik der dezentralen Energieerzeugung sind vor allem die erneuerbaren Energien angesprochen. Schätzungen taxieren den Anteil an den Investitionen, die in Deutschland seitens dezentraler Akteure in die erneuerbare Energieversorgung getätigt werden, auf etwa ein Drittel.² Das zentrale Regelwerk für die Rahmenbedingungen der regenerativen Energieerzeugung ist das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG).³ Seine Novellierung im Jahre 2014 hat grundlegende, systematische Änderungen mit sich gebracht, die vor allem in der Gewichtung der Direktvermarktung als Regelfall und – vgl. die Zielsetzung in § 2 Abs. 5 EEG – der Einführung von Ausschreibungen zunächst für Strom aus Freiflächenanlagen und – wohl je nach den gemachten und im Ausschreibungsbericht festgehaltenen Erfahrungen (vgl. § 99 EEG) – ab dem Jahr 2017 auch für weitere Technologien liegen dürften.⁴

Seit jeher wird der kommunalen Ebene entscheidende Bedeutung für die Etablierung dezentraler Energiesysteme auf der Basis erneuerbarer Energien zugemessen.⁵ Anerkanntermaßen ist der erstrebte Ausbau der dezentralen Erzeugung nur erreichbar, wenn die Kommunalwirtschaft sich noch stärker als zuvor engagiert.⁶ Den Ergebnissen einer internen Abfrage im Verband kommunaler Unternehmen (VKU) zufolge ist die installierte Leistung kommunaler Erneuerbare-Energien-Anlagen im Zeitraum 2011 bis 2013 von 1.718 MW auf 3.057 MW gestiegen. Das entspricht einem Anstieg von rund 78 Prozent.⁷

In der föderativen Verfassungsordnung der Bundesrepublik eröffnen sich im Rahmen eines „Wettbewerbsföderalismus“ geeignete und auch ausreichende Spielräume für die Kommu-

¹ Zum aktuellen Stand der Klimaschutzplanung des Bundes (Klimaschutzplan 2050) vgl. <http://www.bmub.bund.de/themen/klima-energie/klimaschutz/nationale-klimapolitik/klimaschutzplan-2050/>

² Rodi, EnWZ 2014, 289.

³ Für einen Überblick zur Novellierung EEG 2014 vgl. Riewe, EWerk 2014, 267 ff.; Müller/Kahl/Sailer, ER 2014, 139 ff.; zum aktuellen EEG 2017 wiederum Vollprecht/Altrock, EnWZ 2016, 387 ff.; Kahl/Kahles/Müller, Energierecht (ER) 2016, 187 ff.

⁴ Rodi, EnWZ 2014, 289; zum Regelfall der Direktvermarktung und zum Ausnahmefall der Einspeisevergütung bei kleineren Anlagen näher Müller/Kahl/Sailer, ER 2014, 139, 140; Breuer/Lindner, REE 2014, 129 ff.; näher zum Regelungsansatz der Ausschreibungen nach der Freiflächenausschreibungsverordnung - FFAV – etwa Stelzer, EnWZ 2015, 147 ff.; Huerkamp, EnWZ 2015, 195 ff.; zum erweiterten Ausschreibungsmodell nach dem EEG 2017 Kahl/Kahles/Müller, Energierecht (ER) 2016, 187, 188 f.

⁵ Rodi/Sina/Görlach/Gerstetter/Bausch/Neubauer, Das Klimaschutzrecht des Bundes – Analyse und Vorschläge zu seiner Weiterentwicklung, 2011, S. 439 ff., 527 f.

⁶ Rodi, IR 2012, 242; v. Kaler/Kneuper, NVwZ 2012, 791.

⁷ <http://www.vku.de/bruessel/newsletter-ge/2015-maerz/kommunalwirtschaft-in-zahlen-installierte-leistung-kommunaler-erneuerbare-energien-anlagen.html>; besucht am 18.3.2015.

nen, um im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsgarantie innovative Strategien zu entwickeln, die auf dezentrale Technologien setzen. Zutreffend wird vor diesem Hintergrund darauf hingewiesen, dass es diese Spielräume nicht nur zu erhalten, sondern auch auszubauen gilt, soll die Energiewende gelingen.⁸ Hierbei wird den Kommunen ebenso richtig als zuständiger Akteur für eine lokale Energiepolitik eine Leitfunktion dafür zuerkannt, eine dezentrale Energieversorgung, ggf. mit dem Instrument des eigenen Stadtwerks, zu organisieren und zu optimieren.⁹

Zahlreiche Initiativen und Projekte dezentraler Energieversorgung belegen die wichtige Funktion der Städte und Gemeinden, um die Dynamik für eine dezidiert auch dezentral ausgerichtete Energiewende anhalten zu lassen und durch gelungene, wahrnehmbare Beispiele von „good“, „best“ oder „next practice“ noch zu verstärken.¹⁰ Allerdings ist nach wie vor ein großes Gefälle im kommunalen Engagement zu beklagen. Nicht alle Kommunen begreifen die Energiewende als Chance¹¹, und vor allem im Vergleich von städtischen Initiativen und solchen im ländlichen Raum sind deutliche Unterschiede zu konstatieren.¹²

Im Rahmen des Projekts „EnGovernance“ gilt es aus rechtlicher Sicht in einem ersten Schritt zunächst einmal darum, die aktuellen gesetzlichen und hierbei insbesondere energierechtlichen Rahmenbedingungen für ein entsprechendes Handeln der Kommunen zu analysieren. Hierbei werden zunächst die speziell energierechtlichen Regelwerke der EnWG, EEG, KWKG, EEWärmeG, EnEG und der ENEV auf konkrete kommunale Handlungsaufträge und -instrumente hin untersucht. Insofern ist zunächst die bundesgesetzliche Ebene angesprochen.

Sodann sind die sonstigen Gesetzesmaterien zu beleuchten, die den Handlungsrahmen der Kommunen in der Energiewende abstecken und ihnen strategische wie instrumentelle Handlungsansätze für signifikante Beiträge bereitstellen. Hierbei sind sowohl bundes- wie auch landesgesetzliche Materien in den Blick zu nehmen.

Schließlich ist zu fragen, ob angesichts des bestehenden Regelungsrahmens Defizite bestehen und ob es Ansatzpunkte gibt, die die kommunale Rolle bei der Energiewende stützen

⁸ Gawel/Lehmann/Korte/Strunz/Bovet/Köck/Massier/Löschel/Schober/Ohlhorst/Tews/Schreurs/Reeg/Wassermann, ZUR 2014, 219, 225; vgl. auch Sonder, LKV 2013, 202, 205.

⁹ Rodi, EnWZ 2014, 289, 290; zu aktuellen Rechtsfragen der Rekommunalisierung in der Energiewirtschaft Marnich, EnWZ 2015, 62; ferner Knauff, EnWZ 2015, 51 ff.

¹⁰ Vgl. etwa www.kommunaler-klimaschutz.de/serviceleitungen/klimaschutzkonzepte; <http://www.leitfaden.kommunaler-klimaschutz.de/>; aufschlussreich ist auch ein Blick unter dem Stichwort „Energiewende“ ins Gesamtinhaltsverzeichnis einer der praxisorientierten kommunalen Fachzeitschriften: So nehmen die Einträge zu diesem Stichwort etwa in der Gemeindezeitung Baden-Württemberg (BWGZ), vielfach mit Bezügen zu kommunalen Initiativen und Projekten, schon im Jahr 2013 etwa 2/3 einer gesamten Seite ein.

¹¹ Kohler, BWGZ 2013, 67 ff.

¹² Rodi, IR 2012, 242, 243.

oder verstärken und ggf. eine stärkere Verbindlichkeit für kommunale Beiträge einfordern könnten.

II. Unmittelbare fachgesetzliche Verantwortlichkeiten für Kommunen aus dem Energierecht

1. Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)

In der Bestimmung des § 1 Abs. 1 EnWG wird der Zweck des Gesetzes in einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas definiert. Die Versorgung soll zunehmend auf erneuerbaren Energien beruhen.

Sucht man im EnWG nach konkreteren Positionen oder gesetzlich geregelten Fallkonstellationen, in denen die Kommunen Verantwortung tragen oder gar Handlungsaufträge erteilt bekommen, um den Gesetzeszweck zu erfüllen, so lassen sich die folgenden Ansatzpunkte ausmachen.

Kommunen könnten zunächst über ihre kommunalen Energieversorgungsunternehmen (EVU) oder auch als eigenständige Netzbetreiber angesprochen sein. Die Auffassung, dass es sich bei der Variante „Netzbetreiber“ regelmäßig um größere Städte oder Städteverbünde handelt, ist dabei nicht zwingend, wie mittlerweile die nicht nur die bekannten Beispiele der Gemeinden Schönau und Sprendlingen-Gensingen zeigen¹³. Kommunale Strom- und/oder Wärmeversorgungsunternehmen finden sich ebenfalls in allen kommunalen Größenordnungen. Es ist ebenso für eine Großstadt wie auch etwa eine Verbandsgemeinde denkbar, sich wirtschaftlich im Bereich der erneuerbaren Energien zu engagieren. Insbesondere die §§ 11 ff. EnWG formulieren diverse Aufgaben an die Netzbetreiber.¹⁴

Im Hinblick auf erneuerbare Energien stellt die Systemverantwortung der Netzbetreiber ein Relais zwischen EnWG und EEG dar: So verlangt etwa § 13 Abs. 2a EnWG, dass bei etwaigen Gefährdungen oder Störungen des Versorgungssystems technische oder marktbezogene Maßnahmen zu ergreifen sind. Bei solchen Maßnahmen sind auch die Abnahme-, Übertragungs- und Verteilungsverpflichtungen nach § 11 Abs. 1 EEG nach § 4 Abs. 1 und 3 Satz 2 KWKG einzuhalten.¹⁵

¹³ <http://www.ews-schoenau.de/>; http://www.sprendlingen-gensingen.de/vg_sprendlingen_gensingen/Wirtschaft/Energie/Weg%20zur%20Klimaschutzgemeinde/

¹⁴ Näher *Danner/Theobald*, Energierecht, 81. Lieferung, 2014, § 11 Rn. 1 ff.; zur Forderung einer näheren Konturierung des § 11 EEG *Rodi/Sina/Görlach/Gerstetter/Bausch/Neubauer*, Das Klimaschutzrecht des Bundes – Analyse und Vorschläge zu seiner Weiterentwicklung, 2011, S. 426 ff.

¹⁵ Zum Verhältnis von § 13 EnWG und § 11 EEG – vor der Novellierung von 2014 – kritisch *Rodi/Sina/Görlach/Gerstetter/Bausch/Neubauer*, a.a.O., S. 156 f.

Die etwaige Rolle der Kommunen und ihrer Stadtwerke als Grundversorger gem. § 36 EnWG kommt nur noch eingeschränkt zum Tragen. Denn gem. § 36 Abs. 2 EnWG ist Grundversorger jeweils das Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert. Dies werden jedenfalls kleinere gemeindliche Stadtwerke oft nicht sein. Hierin wird eine Schwächung der kommunalen Position im Wettbewerb der Energiewirtschaft gesehen.¹⁶

Ansonsten finden sich die Gemeinden nur vereinzelt in diversen §§ des EnWG genannt, so etwa in

- § 18: Anschlusspflicht von Netzbetreibern in Gemeindegebieten,
- § 43a: Anhörungsverfahren im Rahmen der Planfeststellung in Gemeinden,
- § 44: ortsübliche Bekanntmachung von Vorarbeiten in Gemeinden,
- § 46: Rolle der Gemeinden als Vertragspartner in Wegenutzungsverträgen (Konzessionsverträge)¹⁷,
- § 48: Konzessionsabgabe an Gemeinden.

Insbesondere bei der Frage, ob eine Gemeinde einen auslaufenden Konzessionsvertrag mit einem Netzbetreiber verlängert oder eventuell auch selbst das Netz übernehmen will, bieten sich Ansatzmöglichkeiten für die Berücksichtigung der Stromerzeugung auf der Basis erneuerbarer Energien. So könnte die **Umweltverträglichkeit des Netzbetriebs** ein zulässiges **Auswahlkriterium im Rahmen des Konzessionsverfahrens gem. § 46 Abs. 3 EnWG** sein. Als Beispiele für Kriterien, die den Ansatz der Umweltverträglichkeit konkretisieren, finden sich in der Fachliteratur etwa die Bereitschaft zum Ausbau des Netzes für den Anschluss von EEG-, KWK- und Biogasanlagen, zur Einbindung energieeffizienter Technologien sowie zur Koordinierung und Steuerung von Energieerzeugung und Verbrauch (z.B. Smart Grid, Smart Meter¹⁸). Des Weiteren wird die Bereitschaft, netztechnische Voraussetzungen für den Aufbau von (dezentralen) Energiespeichern zu schaffen oder die Elektromobilität auszubauen genannt.¹⁹ Die Rechtsprechung hat zudem die Förderung umweltfreundli-

¹⁶ Rodi, IR 2012, 242, 243; Rodi/Sina/Görlach/Gerstetter/Bausch/Neubauer, a.a.O., S. 448 f.

¹⁷ § 46 EnWG regelt die Konstellation für den Fall, dass sich die Gemeinde entscheidet, einen Konzessionsvertrag auslaufen zu lassen und den nachfolgenden Vertrag mit dem eigenen Stadtwerk abschließen zu wollen; diese Frage (u.a. müssen bei der diskriminierungsfreien Zurverfügungstellung öffentlicher Verkehrswege die Laufzeit des Vertrags auf 20 Jahre begrenzt und das Auslaufens von Konzessionsverträgen durch die Gemeinde zwei Jahre vor Vertragsende bekannt gemacht werden, ab 100.000 Kunden EU-weit) ist ein Feld erheblicher rechtlicher Auseinandersetzungen, vgl. im Überblick Danner/Theobald, Energierecht, 81. Lieferung, 2014, Vorbemerkung zu § 46, Rn. 1 ff.

¹⁸ Hierzu und zu aktuellen Novellierungsvorhaben zu den „intelligenten Messsystemen“ näher Dinter, ER 2015, 229 ff.; Schäfer-Stradowsky/Boldt, Benjamin, EnWZ 2015, 349 ff.

¹⁹ Danner/Theobald, Energierecht, 81. Lieferung, 2014, § 46 Rn. 142; zu Konzessionsverträgen als klimapolitischem Handlungsinstrument der Gemeinden näher Kahl/Schmidtchen, Konzessionsverträge als klimapolitisches Handlungsinstrument der Gemeinden, RdE 2012, 1 ff.

cher, dezentraler Energieerzeugung für ein zulässiges, an den Zielen des § 1 EnWG orientiertes Auswahlkriterium im Konzessionsverfahren gehalten.²⁰

Aspekte einer kommunalen Energiewende können zudem über zulässige **gemeinwohlorientierte Auswahlkriterien** wie die Stärkung des kommunalen Einflusses auf die Energieversorgung und die kommunale Infrastruktur, die Bereitschaft zum Auf- und Ausbau dezentraler Entscheidungsstrukturen und die Förderung erneuerbarer Energien und des Umweltschutzes in das Konzessionsverfahren einfließen.²¹ Allerdings hat der *BGH* es den Gemeinden mittlerweile versagt, kommunale Motive wie etwa „gemeindliche Wertschöpfung, Erhalt und Ausbau von Arbeitsplätzen oder Gewinne und Steuern vor Ort“ als Auswahlkriterien bei der gemeindlichen Konzessionsvergabe zu berücksichtigen; solche Kriterien wiesen nicht den nötigen Bezug zum Gegenstand des Konzessionsvertrags und zum Netzbetrieb auf.²²

Im Übrigen ist § 46 EnWG in früheren Untersuchungen des Rechtsrahmens aus kommunaler Sicht **erhebliches Verbesserungspotenzial** bescheinigt worden. Die Bestimmungen über die sog. Endschaftsklausel des § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG seien zu unbestimmt; die Informationspflichten des Netzbetreibers seien zu verstärken und der Begriff der „wirtschaftlich angemessenen Vergütung“ müsse präzisiert werden.²³ Des Weiteren ergeben sich unter Umständen schwierige Verfahrensfragen, da neben dem Konzessionsverfahren nach dem EnWG beim Einkauf von Dienstleistungen eines kommunalen Partners auch ein Vergabeverfahren nach dem GWB erforderlich werden kann.²⁴ Mittlerweile ist § 46 EnWG novelliert worden. Offen bleibt aber nach wie vor die Frage, nach welchen Kriterien die Kommune den Neukonzessionär auswählen darf und sie hierbei nur zur Gewichtung oder auch zur Kriterienauswahl an sich berechtigt ist.²⁵ Bei der umstrittenen Anwendung der Grundsätze des Vergaberechts schließt die Novellierung – offenbar in Anschluss an die oben schon erwähnte jüngere Rechtsprechung des *BGH*²⁶ – eine ausschreibungsfreie kommunale Inhouse-Vergabe aus. Dies, so wird kritisiert, sei widersprüchlich zum aktuellen EU-Recht, nämlich der Richtlinie zur

²⁰ *LG Köln*, Urteil vom 7.11.2012, Az.: 90 O 59/12, Rn. 33 - juris; ZNER 2013, 64 ff.; zu den Anforderungen und zur Bewertungsstruktur einer kommunalen Konzessionsvergabe vgl. jüngst auch *OLG Stuttgart*, EnWZ 2016, 86 ff.

²¹ *Danner/Theobald*, Energierecht, 81. Lieferung, 2014, § 46 Rn. 147.

²² *BGH*, Urt. vom 17.12.2013 – KZR65/12 – Stromnetz Heiligenhafen, Rn. 31 und 38, EnWZ 2014, 268 ff.; ferner *OLG Stuttgart*, EnWZ 2016, 86, 93; vgl. aus kommunaler Sicht auch *Marnich*, EnWZ 2015, 62 f..

²³ *Rodi/Sina/Görlach/Gerstetter/Bausch/Neubauer*, Das Klimaschutzrecht des Bundes – Analyse und Vorschläge zu seiner Weiterentwicklung, 2011, S. 449 f., 527 f.

²⁴ Hierzu *Becker/Dicks*, ZNER 2014, 425 ff.

²⁵ Hierzu *Theobald*, EnZW 2017, 1 f., Editorial.

²⁶ *BGH*, Urt. vom 17.12.2013 – KZR65/12 – Stromnetz Heiligenhafen, Rn. 31 und 38, EnWZ 2014, 268 ff.; ferner *OLG Stuttgart*, EnWZ 2016, 86, 93.

Vergabe von Dienstleistungskonzessionen 2014/23/EU, die eine Inhouse-Vergabe unter bestimmten Voraussetzungen vorsehe.²⁷

Im Rahmen des Konzessionsvergabeverfahrens ist ferner festzuhalten, dass aus Sicht des Bundeskartellamts und der Bundesnetzagentur in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 16 VgV ein Mitwirkungsverbot für Ratsmitglieder besteht, die zugleich im Aufsichtsrat des gemeindeeigenen Unternehmens beschäftigt sind.²⁸ Hiergegen wird allerdings eingewandt, dass ein solches Verbot einer klaren gesetzlichen Grundlage bedürfe, wobei der Landesgesetzgeber abschließend kommunalrechtlich zuständig sei.²⁹

Eine Schnittstelle zwischen EnWG und kommunalen Konzepten erneuerbarer Energieversorgung könnte **§ 14 Abs. 2 EnWG – Planung des Verteilernetzausbaus** – darstellen. Nach dieser Vorschrift sind die Betreiber von Verteilernetzen verpflichtet, bei der Ausbauplanung ihrer Netze die Möglichkeiten von Energieeffizienz- und Nachfragesteuerungsmaßnahmen sowie von dezentralen Erzeugungsanlagen zu berücksichtigen. Die Bundesregierung wird hierbei ermächtigt, allgemeine Grundsätze für die Berücksichtigung in einer – bislang noch nicht erlassenen – Rechtsverordnung festzulegen. In der Literatur wird in diesem Punkt eine engere **Verzahnung der Ausbauplanung für Verteilernetze mit kommunalen Energiekonzepten** vorgeschlagen: Kommunale Klimaschutzkonzepte könnten oder – als Vorschlag für eine gesetzliche Schärfung – sollten oder müssten bei der Frage von Energieeffizienz- und Nachfragesteuerungsmaßnahmen sowie dezentralen Erzeugungsanlagen Berücksichtigung finden.³⁰

Mit Blick auf die hier interessierende Adressierung für kommunale Beiträge zur Energiewende fällt die Analyse des EnWG ansonsten eher blass aus. Im Übrigen hat sich der Gesetzgeber der Thematik der erneuerbaren Energien spezialgesetzlich im EEG angenommen. Dies stellt er auch in § 2 Abs. 2 EnWG klar, in dem er darauf verweist, dass die Verpflichtungen der Energieversorgungsunternehmen – seien sie nun privat oder öffentlich/kommunal – nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz und nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz unberührt bleiben.

²⁷ *Theobald*, EnWz 2016, Editorial, S. 1 f.; *ders.*, EnWz 2017, Editorial, S. 1 f.; gegen eine Inhouse-Vergabe – solange keine ausdrückliche gesetzliche Regelung vorliegt – *Kment/Vorwalter*, EnWZ 2015, H. 9, 387, 389, ferner *Weiß*, ER 2015, 96, 97 f., jeweils mit Verweis auf *BGH* EnWZ 2014, 268 und 274.

²⁸ So ein Vorschlag im Gemeinsamen Leitfaden des Bundeskartellamts und der Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, 2. Aufl., 2015, Rn. 25.

²⁹ *Hellermann*, EnWZ 2016, 7 ff.

³⁰ *Rodi/Sina/Görlach/Gerstetter/Bausch/Neubauer*, Das Klimaschutzrecht des Bundes – Analyse und Vorschläge zu seiner Weiterentwicklung, 2011, S. 437, 450, 473, 528.

2. Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)

Auch im Rahmen des EEG 2014³¹, das mittlerweile als „EEG 2017“ im Dezember 2016 erneut novelliert wurde³², bestand bzw. seit 2017 besteht ebenfalls ein deutlicher Kontrast zwischen der allseits wahrnehmbaren Betonung der kommunalen Energiewende und dem Ergebnis eines Suchbefehls im EEG zu den Wörtern „kommunal“, „Stadt“ oder „Gemeinde“: So taucht das Wort „Gemeinde“ im EEG 2017 nur im Rahmen des § 30 Abs. 1 Nr. 6 (Anforderungen an Gebote) und als gemeindlicher Anknüpfungspunkt im Zusammenhang mit besonderen, teilweise erleichterten Ausschreibungsbedingungen für Bürgerenergiegesellschaften nach § 3 Nr. 15 und § 36 g EEG 2017 sowie bei Information und Regionalnachweisen in den §§ 77 und 79a EEG 2017 auf.³³

In der Zielsetzung des § 1 EEG findet man erneut keinerlei Bezug auf die wichtige Rolle und vernetzende Funktion der Kommunen als Initiator und Katalysator von Prozessen der erneuerbaren Energie- und Wärmeerzeugung.

Auch konkrete Handlungspflichten – man könnte etwa an eine kommunale Fachplanung für den Ausbau erneuerbarer Energien in der Strom- und Wärmeversorgung oder etwaige Beratungs- oder Informationspflichten für Bürgerinnen und Bürger, Unternehmen etc. denken – sind im EEG nicht geregelt. Dies hat allerdings handfeste verfassungsrechtliche Gründe, die im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes liegen und auf die noch zurückzukommen sein wird (vgl. unten VI 1.).

3. Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz (KWKG)

Auch im Rahmen des KWKG finden Kommunen – wie aber andere Akteure auch – in der Zweckbestimmung des § 1 KWKG keine Erwähnung. Sie können allerdings als Wärme- oder Kältenetzbetreiber (entsprechende gesetzliche Definitionen in § 2 Nr. 4, 10, 23, 32 KWKG) gesetzlich adressiert oder mit einem kommunalen Unternehmen auch KWK-Anlagenbetreiber (§ 2 Nr. 6 KWKG) sein.

Eine verpflichtende kommunale KWK-Planung findet sich ebenso wenig wie etwa Beratungs- oder Informationspflichten für den geeigneten Einsatz dieser Effizienz-Technik. Auch hier ist allerdings vorab schon auf verfassungsrechtliche Implikationen für die verbindliche Zuweisung von neuen, kommunalen Aufgaben durch den Bundesgesetzgeber hinzuweisen (s.u. VI 1.).

³¹ Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014, BGBl. I 2014, Nr. 33, S. 1066 ff.; inhaltlicher Überblick etwa bei *Riewe*, EWerk 2014, 267 ff.; *Müller/Kahl/Sailer*, ER 2014, 139 ff.

³² Zum geplanten EEG 2017 vgl. den Überblick bei *Vollprecht/Altrock*, EnWZ 2016, 387 ff.; *Kahl/Kahles/Müller*, Energierecht (ER) 2016, 187 ff.

³³ Hierzu im Einzelnen *Frenz*, ER 2016, 194 ff.; im Überblick *Kahl/Kahles/Müller*, ER 2016, 187, 189.

Hinzuweisen ist darauf, dass das Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz zum 1.1.2016 novelliert worden ist.³⁴ Allerdings ist schon im Vorfeld erhebliche Kritik an dem Gesetzesvorhaben laut geworden: Es sei nicht davon auszugehen, dass die im KWKG 2012 angestrebten Ziele erreicht würden, eher sei sogar eine Reduktion der KWK-Technologie bis 2020 zu erwarten; es handele sich insgesamt um eine sehr komplexe Regelung, die keinen Beitrag für eine dezentrale, bürgernahe Energiewende leiste.³⁵

4. Erneuerbare Energien-Wärme-Gesetz (EEWärmeG)

Auch im EEWärmeG³⁶ finden sich keine gesetzlichen Handlungspflichten, die sich speziell an kommunale Entscheidungsträger richten. An die Kommunen adressiert ist lediglich § 16 EEWärmeG: Die Regelung ermöglicht es den Kommunen ausdrücklich,

von einer Bestimmung des Landesrechts, die sie zur Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs (ABZ) an ein Netz der öffentlichen Fernwärme- oder Fernkälteversorgung ermächtigt, auch zum Zweck des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch zu machen.

§ 16 EEWärmeG hat damit die kommunalen Begründungs- und damit Handlungsmöglichkeiten für einen ABZ an die Fernwärmeversorgung erweitert, insbesondere in den Bundesländern, in denen es, wie etwa in Rheinland-Pfalz, an einer konkreten landesgesetzlichen Kompetenz zu Zwecken des Klima- und Ressourcenschutz mangelt.³⁷

Näher zum satzungsrechtlichen Instrument des ABZ unten unter III 2.

5. Energieeinsparungsgesetz (EnEG) und Energieeinsparverordnung (EnEV)

Der Energieverbrauch in Gebäuden gehört zu den Schlüsselgrößen für das Gelingen der Energiewende³⁸. Er macht geschätzt etwa 40 % des Gesamtenergieverbrauchs in Deutschland aus. Ca. 90 % des Endenergieverbrauchs eines privaten Haushalts entfallen auf die

³⁴ Vgl. http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/kwkg_2016/gesamt.pdf ; zum Inhalt der Novellierung mit insgesamt positiver Einschätzung *Kachel*, EnWZ 2016, 51 ff.

³⁵ So *Brahms*, ER 2015, 223 ff; zur Notwendigkeit einer KWK-G-Novellierung zuvor *Kachel*, ZUR 2015, 257 f.; dagegen wiederum dezidiert *Maaß*, ZUR 2015, 577 f.

³⁶ Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) vom 7.8.2008, BGBl. I S. 1658, zuletzt geändert durch Artikel 14 des Gesetzes vom 21.7.2014, BGBl. I S. 1066.

³⁷ *Kahl*, ZUR 2010, 393, 400.

³⁸ So etwa auch die *Bundesregierung*, Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung vom 28.9.2010, S. 27.

Bereiche Heizen und Warmwasserversorgung, hiervon belaufen sich rund 75 % auf die Raumerwärmung.³⁹

Das Gesetzeswerk, das diesen relevanten Bereich regelt, besteht aus dem Energieeinsparungsgesetz (EnEG), der auf dem EnEG beruhenden Energieeinsparverordnung (EnEV)⁴⁰ und auch dem oben schon erwähnten EEWärmeG. Das Nebeneinander und die damit einhergehende Fragmentierung dieser Regelungswerke mit an sich paralleler Zielrichtung sowie auch die bestehenden Zuständigkeitsüberschneidungen werden zu Recht in der rechtlichen Diskussion beklagt – ebenso wie die Unübersichtlichkeit und schwere Verständlichkeit für die Normadressaten.⁴¹

Die Vorgaben des sog. Energieeffizienzrechts lassen sich im Neubau aus technisch-wirtschaftlichen Gründen leichter umsetzen als im Problembereich der Altbauten – wo aber natürlich aufgrund älterer Baustandards und -techniken die größten Potenziale und Herausforderungen für die Energieeffizienz liegen.⁴²

Die Kommunen kommen beim EnEG und der EnEV weniger als gestaltende Akteure als vielmehr als Vollzugsbehörden, nämlich als kontrollierende untere staatliche Bauaufsichtsbehörden, ins Spiel. Hierbei wird allerdings ein erhebliches Vollzugsdefizit beklagt, vor allem bei der Kontrolle der Einhaltung der EnEV-Standards. Die Behörden, deren Kontrollkapazitäten in den Ländern in den letzten Jahren abgebaut wurden, sind angesichts der Vielzahl der Fälle vor allem mit Blick auf die Bestandsbauten überfordert. Eine Vollzugskontrolle der energieeffizienzrechtlichen Vorgaben findet damit faktisch oftmals nicht mehr statt.⁴³

Im Handlungsfeld „Energieeffizienz und Altbauten“ bestehen Überschneidungen von Energiewärme- und Bauplanungsrecht. Das BauGB enthält zum Teil **Verbindungsstücke zwischen städtebaulichen Instrumenten und Altbauten**, so etwa das Instrument der **städtebaulichen Sanierungsmaßnahme nach § 136 BauGB**, das im Zuge der Klimaschutz-Novelle des BauGB in seiner Reichweite erweitert wurde. Gemäß § 136 IV Nr. 1 BauGB sollen städtebauliche Sanierungsmaßnahmen dazu beitragen, dass die bauliche Struktur in allen Teilen des Bundesgebiets u.a. nach den allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung entwickelt wird. Zentraler Begriff der Norm ist der „städte-

³⁹ <http://www.bmwi-energiewende.de/EWD/Redaktion/Newsletter/2014/22/Meldung/hoher-energieverbrauch-des-gebauedesektor.html>, besucht am 13.3.2015; vgl. auch *Halstenberg/Nusser*, EnWZ 2013, 343.

⁴⁰ Energieeinsparungsgesetz v. 22.7.1976 in der Fassung der Bekanntmachung v. 1.9.2005, BGBl. I 2005, S. 2684, zuletzt geändert durch Art. des Gesetzes v. 4.7.2013, BGBl. I, S. 2197; Energieeinsparverordnung vom 24. Juli 2007 (BGBl. I S. 1519), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 18. November 2013 (BGBl. I S. 3951).

⁴¹ *Halstenberg/Nusser*, EnWZ 2013, 343, 344.

⁴² *Halstenberg/Nusser*, EnWZ 2013, 343, 347.

⁴³ *Ziehm*, ZUR 2010, 411, 413 ff.; *Halstenberg/Nusser*, EnWZ 2013, 343, 345 und 349 f.

bauliche Missstand“. Dieser liegt nach § 136 II Nr. 1 BauGB vor, wenn das Gebiet nach seiner vorhandenen Bebauung oder nach seiner sonstigen Beschaffenheit den allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse oder an die Sicherheit der in ihm wohnenden oder arbeitenden Menschen **auch unter Berücksichtigung der Belange des Klimaschutzes und der Klimaanpassung** nicht entspricht. Nach § 136 III lit. h) BauGB ist bei der Beurteilung, ob in einem städtischen oder ländlichen Gebiet städtebauliche Missstände vorliegen, insbesondere auch die **energetische Beschaffenheit, die Gesamtenergieeffizienz der vorhandenen Bebauung** und der Versorgungseinrichtungen des Gebiets unter Berücksichtigung der allgemeinen **Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung**, zu berücksichtigen.

Instrumentell sind die **Gemeinden** in ihrer Planungshoheit angesprochen: Sie können nach § 142 I BauGB ein Gebiet, in dem eine städtebauliche Sanierungsmaßnahme durchgeführt werden soll, durch Beschluss förmlich als Sanierungsgebiet festlegen und eine entsprechende **Sanierungssatzung** (§ 142 III BauGB) erlassen.

Weitere kommunale Handlungsmöglichkeiten im Interesse des Klimaschutzes und der Energieeffizienz bestehen in Anschluss an die Klimaschutz-Novelle des BauGB von 2011 im Bereich der Stadtumbaumaßnahmen des § 171 a BauGB. Gemäß § 171 a III Nr. 1 BauGB sollen Stadtumbaumaßnahmen insbesondere dazu beitragen, dass die Siedlungsstruktur den Erfordernissen der Entwicklung von Bevölkerung und Wirtschaft sowie den **allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung** angepasst wird. Ein städtebauliches Entwicklungskonzept § 171 b BauGB und zu seiner konkreteren Umsetzung ein Stadtumbauvertrag nach § 171 c BauGB sind weitere Instrumente, um die Zielsetzung einer Stadtumbaumaßnahme umzusetzen.

Schließlich kommt aus gemeindlicher Sicht das Instrument des **§ 177 BauGB** in Betracht. Hiernach können Gemeinden gegenüber Gebäudeeigentümern ein **Modernisierungs- und Instandsetzungsgebot** aussprechen, wenn eine bauliche Anlage nach ihrer inneren oder äußeren Beschaffenheit Missstände oder Mängel aufweist, deren Behebung durch Modernisierung oder Instandsetzung möglich ist. In der Literatur wird der Erlass eines mit Energieeffizienz und Klimaschutz begründeten Gebots – dies würde nicht per Satzung sondern im Einzelfall durch Verwaltungsakt der Behörde angeordnet werden – mangels eines ausdrücklichen Bezugs zu Erfordernissen einer klimagerechten Stadtentwicklung teils für unzulässig gehalten⁴⁴. Im Gesamtzusammenhang mit dem generell berücksichtigungspflichtigen Klimaschutzziel in § 1 V 2 BauGB könnte man den Begriff des „Missstandes“ in § 177 BauGB aber

⁴⁴ Kritisch *Böhm/Schwarz*, NVwZ 2012, 129, 134 f.

auch extensiver interpretieren und Gebote auch in den Kontext von Energieeffizienzmaßnahmen stellen.⁴⁵

Alle der genannten Maßnahmen müssen allerdings mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Eigentums- und Bestandsschutz aus Art. 14 I GG verhältnismäßig, d.h., insbesondere wirtschaftlich zumutbar sein.

Auch bei der Frage nach Handlungsmöglichkeiten bei Altbauten taucht das kompetenzrechtliche Verhältnis zwischen Bund und Ländern auf. Der Bund hat in diesem Feld die konkurrierende Gesetzgebung, könnte also bei Vollregelungen Gesetzgebungsräume der Länder blockieren. Allerdings kann er auch Regelungsmöglichkeiten der Länder lassen, wenn er nicht vollumfänglich regelt oder ausdrücklich Spielräume für die Länder eröffnet. So schlägt das EEWärmeG bzgl. der Pflicht, den Wärme- und Kälteenergiebedarf durch die anteilige Nutzung von erneuerbaren Energien nach Maßgabe der §§ 5 und 6 EEWärmeG zu decken, in **§ 3 IV EEWärmeG** eine Brücke zu den Bundesländern. Die Norm sieht mit Blick auf **bereits errichtete Gebäude** allerdings keine Pflicht der Bundesländer zum Erlass von bestimmten Regelungen, sondern nur eine Option vor:

Hiernach können die Länder

1. für **bereits errichtete öffentliche Gebäude**, mit Ausnahme der öffentlichen Gebäude des Bundes, eigene Regelungen zur Erfüllung der Vorbildfunktion nach § 1a treffen und zu diesem Zweck von den Vorschriften des EEWärmeG abweichen und
2. für **bereits errichtete Gebäude, die keine öffentlichen Gebäude sind**, eine Pflicht zur Nutzung von erneuerbaren Energien festlegen.

Bislang haben die Bundesländer allerdings nur verhalten von dieser Regelungsoption Gebrauch gemacht und etwa in den LBauO Brandenburg (Ermächtigung der Gemeinden, Gebäudeeigentümer zur anteiligen Nutzung erneuerbarer Energien zu verpflichten) und Bremen (Untersagung der Verwendung bestimmter Brennstoffe) oder in Baden-Württemberg im Erneuerbare-Wärme-Gesetz konkretere Handlungspflichten verankert.⁴⁶ § 4 EWärmeG BW⁴⁷ geht einen Schritt weiter und regelt immerhin:

Beim Austausch oder dem nachträglichen Einbau einer Heizanlage sind die Eigentümerinnen und Eigentümer der versorgten Gebäude verpflichtet, mindestens 15 Prozent des jährlichen Wärmeenergiebedarfs durch erneuerbare Energien zu decken oder den Wärmeenergiebedarf

⁴⁵ So ebenfalls der Hinweis von *Böhm/Schwarz*, a.a.O. mit weiteren Nachweisen.

⁴⁶ Hierzu *Böhm/Schwarz*, NVwZ 2012, 129 f.; zu den Problemen des EEWärmeG in Bezug auf Neubauten auch *Ekardt/Heitmann*, ZNER 2009, 346 ff.

⁴⁷ Gesetz zur Nutzung erneuerbarer Wärmeenergie in Baden-Württemberg (Erneuerbare-Wärme-Gesetz – EWärmeG) vom 17. März 2015, GBl. vom 20. März 2015.

um mindestens 15 Prozent zu reduzieren. In den nachfolgenden §§ werden verschiedene Weg zur Deckung des Bedarfs in Anlehnung an das EEWärmeG des Bundes eröffnet.

III. Sonstige kommunale Verantwortlichkeiten und Handlungsansätze für die Förderung erneuerbarer Energien aus anderen Rechtsgebieten

Ist die Analyse der unmittelbaren Handlungsaufträge zur Etablierung einer dezentralen, auf erneuerbare Energien setzende Wende an die Kommunen im Energierecht selbst blass geblieben, so bedeutet dies aber noch nicht, dass nicht auf anderen gesetzlichen Ebenen wirkungsvolle Instrumente existieren, die wert- und wirkungsvolle Beiträge leisten können. Es lässt sich insofern zwischen strategischen und projektbezogenen Instrumenten unterscheiden.

Aus strategischer Sicht ist es vor allem das Bauplanungs- oder Städtebaurecht, also das Regelwerk im BauGB, das in erster Linie ins Blickfeld rückt. Zwischen beiden Ansätzen steht das kommunale Satzungsrecht, das etwa über das Instrument des Anschluss- und Benutzungszwangs strategische Ziele wie z.B. die Stärkung der Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) mit konkreten kommunalen Projekten, wie dem eines Nah- oder Fernwärmesystems, verbindet. Projektbezogene Instrumente wären vor allem vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit konkreten kommunalen Bauprojekten, in denen sich Gemeinden und ihre – öffentlichen wie privaten – Partner einvernehmlich auf anspruchsvolle Standards der Energie- und Wärmeerzeugung, Techniken der KWK, Effizienzstandards etc. einigen.

1. Strategische, planerische Ansätze im BauGB

Da den kommunalen Institutionen und Akteuren, wie schon unter I. erwähnt, eine tragende Rolle für eine dezentrale Energiewende spielen, rücken zwangsläufig die klassischen Handlungsinstrumentarien der Städte und Gemeinden in den Fokus der Betrachtung. Hierbei ist an erster Stelle die Bauleitplanung zu nennen, die im Rahmen der kommunalen Planungshoheit über Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich untermauert ist.

Die **Aufgaben** der Bauleitplanung im Bereich des **Klimaschutzes** umfassen⁴⁸:

- Umsetzung und raumbezogene Konkretisierung der geltenden energie- und klimaschutzfachlichen Ziele sowie
- Koordinierung gleichzeitiger, unterschiedlicher Nutzungsansprüche an den Raum.

⁴⁸ Überarbeitete Zusammenfassung von *Noll, F.*, IZES, Handout eines Vortrags vom 25.11.2014.

Die **energie- und Klimaschutzfachlichen Ziele** lassen sich für die kommunale Ebene wie folgt zusammenfassen:

- Reduzierung der Flächeninanspruchnahme und Vermeidung von Verkehrsströmen,
- Förderung einer klimaschonenden Stadt- und Siedlungsstruktur,
- Reduzierung von Neubauten / geringer Rohstoffeinsatz,
- Förderung von gebäude- und energieeinsparbezogener Maßnahmen,
- Nutzung erneuerbarer Energien und Förderung von Energieeffizienz,
- Vorsorge gegenüber Klimafolgen.

Die **Handlungsfelder** der Stadtplanung in diesem Kontext sind:

1) Verkehrsarme und energieeffiziente Raum- und Siedlungsentwicklung, hierbei

- Energetische Sanierung im Gebäudebestand,
- Kompakte Bauweise in Neubaugebieten,
- Solare Stadtplanung (passive und aktive Solarenergienutzung im Neubau),
- Nah-/Fernwärmeversorgung und Kraft-Wärme(-Kälte)-Kopplung,
- Verminderung des Verkehrsaufkommens.

2) Räumliche Standortplanung von Erneuerbare-Energie-Anlagen

- Windenergie,
- Solarenergie (Fotovoltaik u.a. auf Freiflächen und Dachflächen),
- Tiefengeothermie,
- Biomasse.

3) Schutz und Entwicklung von Kohlenstoffsinken

- Grünland,
- Wald,
- Moore und sonstige Feuchtgebiete.

Es ist allerdings bei weitem nicht nur die formelle Bauleitplanung, also Flächennutzungs- und Bebauungsplanung der Gemeinden nach dem BauGB, die es vermag, die Energiewende kommunal zu befördern (hierzu nachfolgend unter a). Hinzu treten informelle Planungen, die auf dem Gebiet der Bauleitplanung eine Verzahnung mit energie- und wärmefachlichen Zielen und Planungen herzustellen vermögen und dadurch wichtige praktische Beiträge für Kursänderungen oder auch Verstetigungen liefern können (hierzu unter b).

a) Formelle Instrumente der kommunalen Bauleitplanung

Was den **Sonderbereich des Klimaschutzes** anbetrifft, so ist vorab festzuhalten, dass die **BauGB-Novelle von 2011** deutliche Änderungen mit sich gebracht hat, die die planerischen Handlungsmöglichkeiten der Städte und Gemeinden erweitert haben. In der Klimaschutzklausel des § 1 Abs. 5 BauGB hat der Gesetzgeber den Gemeinden nunmehr aufgetragen, durch die Bauleitplanung den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in der Stadtentwicklung, zu fördern. Dieser Grundsatz verstärkt die Verantwortung der Gemeinden für den allgemeinen Klimaschutz, unabhängig von örtlichen Gegebenheiten. Die Aufgabe und Zielsetzung des Klimaschutzes stehen nunmehr gleichrangig neben den Umweltschutz und den sonstigen Zielen der städtebaulichen Gestaltung und Entwicklung.

Grundsätzlich ist es zutreffend, dass das BauGB für Festsetzungen in Bebauungsplänen einen örtlichen Bezug vorsieht. Dieses Erfordernis folgt aus der städtebaulichen Erforderlichkeit der Bauleitplanung in § 1 Abs. 3 BauGB und in Bezug auf die einzelnen Festsetzungen aus dem Erfordernis städtebaulicher Gründe § 9 Abs. 1 BauGB. Hiernach dürfen Gemeinden in ihrer Selbstverwaltungshoheit nur dann in Bauleitpläne aufstellen, wenn sie damit spezifisch städtebauliche Zielsetzungen verfolgen. Motive und Wirkungen der Planung müssen sich daher städtebaulich rechtfertigen lassen und einen spezifisch örtlichen Bezug aufweisen. Dies ist die gesetzliche Regel. Mit der Novelle von 2011 wurden jedoch klimaschützende Motive und Wirkungen **unabhängig von ihrem örtlichen Bezug als eigenständige bauleitplanerische und damit städtebauliche Kriterien** festgelegt.⁴⁹ Klimaschutz und Anpassung an den Klimawandel sind damit vom Gesetzgeber in den Rang einer **originären Aufgabe der gemeindlichen Bauleitplanung** erhoben worden.⁵⁰

Der Gesetzgeber hat der **Klimaschutzpolitik** somit eine **städtebauliche Dimension** verliehen. Klimaschutzpolitik ist nunmehr **generell von den Gemeinden in der Bauleitplanung zu berücksichtigen**, und sie kann von den Gemeinden seit 2011 auch als Beitrag zur allgemeinen Klimaschutzpolitik zur **Grundlage entsprechender planerischer Darstellungen und Festsetzungen in Bauleitplänen** gemacht werden.⁵¹ In der praktischen Konsequenz bedeutet dies, dass die gemeindliche Bauleitplanung die Förderung regenerativer Energien in der planerischen Abwägung generell zu berücksichtigen hat.

⁴⁹ *Grigoleit*, ZfBR-Beil. 2012, 95, 96; vgl. auch *Söfker*, ZfBR 2011, 541, 542; *Mitschang*, DVBl 2012, 134, 135 f.; *Krautzberger*, UPR 2011, 361, 362.

⁵⁰ *Halstenberg/Nusser*, EnWZ 2013, 343, 345 f.; *Mitschang*, DVBl 2012, 134, 135; *Krautzberger*, UPR 2011, 361, 362.

⁵¹ *Grigoleit*, ZfBR-Beil. 2012, 95, 96.

aa) Darstellungen in Flächennutzungsplänen gem. § 5 BauGB

Die Klimaschutznovelle des BauGB nahm auch die Ebene der Flächennutzungsplanung (FNP). In den FNP der Städte und Gemeinden können zu Zwecken des Klimaschutzes nunmehr insbesondere folgende Darstellungen vorgenommen werden:

- Festlegung von Bauflächen und Baugebieten (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 BauGB),
- Festlegungen zu einer verkehrsvermeidenden Siedlungsentwicklung (Nr. 1 i. V. m. Nr. 3),
- Ausstattung der Gemeinde 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 Energien (Nr. 2 b)
- Ausstattung mit Anlagen, Einrichtungen und sonstigen Maßnahmen, die der Anpassung an den Klimawandel dienen (Nr. 2 c),
- Freiflächenplanung, insbesondere Darstellung von Grünflächen (Nr. 5), Flächen für Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft (Nr. 10) Flächen zur Realisierung des Ausgleichs von Eingriffen in Natur und Landschaft (Abs. 2 a)
- Netzplanung von Versorgungsleitungen im Zusammenhang mit erneuerbaren Energien (Nr. 2 b)
- Festlegung von Flächen für Versorgungsanlagen (Nr. 4).

bb) Festsetzungen in Bebauungsplänen gem. § 9 BauGB

Nicht nur in den o.g. planerischen Grundsätzen und in der Zielsetzung der Bauleitplanung haben sich Änderungen durch die BauGB-Klimaschutznovelle ergeben. Auch was die konkreten Festsetzungsmöglichkeiten in Bebauungsplänen betrifft, sind die **Spielräume der Gemeinden in § 9 BauGB erweitert** worden.

Im Überblick lassen folgende **Festsetzungsmöglichkeiten** festhalten, die für eine kommunal verortete Energiewende Relevanz entfalten können:

- Art und Maß der baulichen Nutzung (§ 9 Abs. 1 Nr. 1),
- Bauweise, (nicht) überbaubare Grundstücksflächen und Stellung der baulichen Anlagen (Nr. 2),
- von den Landesbauordnungen abweichende Maße der Tiefe der Abstandsflächen (Nr. 2 a),
- Mindest- und Höchstmaße der Baugrundstücke, insbesondere mit Blick auf den sparsamen und schonenden Umgang mit Grund und Boden (Nr. 3),

- besonderer Nutzungszweck (Nr. 9),
- von der Bebauung freizuhalten Flächen und ihre Nutzung (Nr. 10),
- Versorgungsflächen, einschließlich der Flächen für Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung (Nr. 12),
- Führung von Versorgungsanlagen und -leitungen (Nr. 13),
- Flächen für die Rückhaltung und Versickerung von Niederschlagswasser (Nr. 14),
- Grünflächen und Parkanlagen (Nr. 15),
- Wasserflächen sowie die Flächen für die Wasserwirtschaft, für Hochwasserschutzanlagen und für die Regelung des Wasserabflusses (Nr. 16),
- Flächen für Landwirtschaft und Wald (Nr. 18),
- Flächen oder Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft (Nr. 20),
- mit Geh-, Fahr- und Leitungsrechten belastete Flächen (Nr. 21),
- Gebiete, in denen bestimmte luftverunreinigende Stoffe nicht oder nur beschränkt benutzt werden dürfen (Nr. 23 a),
- Gebiete, in denen bei der Errichtung von Gebäuden oder bestimmten sonstigen baulichen Anlagen Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom / Wärme / Kälte aus erneuerbaren Energien oder KWK getroffen werden müssen (Nr. 23 b),
- von der Bebauung freizuhalten Schutzflächen und ihre Nutzung, die Flächen für besondere Anlagen und Vorkehrungen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen und sonstigen Gefahren im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes sowie die zum Schutz vor solchen Einwirkungen oder zur Vermeidung oder Minderung solcher Einwirkungen zu treffenden baulichen und sonstigen technischen Vorkehrungen (Nr. 24),
- Bepflanzungen (Nr. 25 a) und Bindungen für Bepflanzungen und für die Erhaltung von Bäumen, Sträuchern und sonstigen Bepflanzungen sowie von Gewässern (Nr. 25 b).

Besonderes Augenmerk ist für eine Energiewende, die auf erneuerbaren Energien basiert, auf **§ 9 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB** zu richten. Denn diese Festsetzungsmöglichkeit erfasst Gebiete, in denen bei der Errichtung von Gebäuden oder bestimmten sonstigen baulichen Anlagen **Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom/Wärme/Kälte aus erneuerbaren Energien oder KWK** getroffen werden müssen.

Vor der Novellierung von 2011 bestand Streit darüber, ob die Vorschrift Festsetzungen nur für bauliche, etwa die Solartechnik *ermöglichende* Maßnahmen erlaubte (etwa Verstärkung der Dachstatik, Vorkehrungen für Leitungsschächte und Blindleitungen) oder ob darüber hinaus *auch die Installation* der technischen Anlage selbst vorgeschrieben werden konnte. Die Novellierung von 2011 hat diese offene Frage dahingehend beantwortet, dass sich die planungsrechtliche Festsetzung nunmehr auf bauliche „**und sonstige technische Maßnahmen**“ beziehen kann. Hiermit ist klar, dass die Gemeinden auf der Grundlage des novellierten BauGB beispielsweise auch die **Installation einer Photovoltaik-Anlage selbst planerisch festsetzen** können.⁵² Für diese Festsetzungen reicht, wie oben ausgeführt, eine allgemeine klimapolitische Zielsetzung der Gemeinde im Einklang mit § 1 Abs. 5 BauGB als hinreichende städtebauliche Rechtfertigung aus. Auf besondere klimatische Umstände des Plangebiets kommt es nicht mehr an.⁵³

Die im Bebauungsplan festgesetzten „**baulichen und sonstigen technischen Maßnahmen**“ für den Einsatz erneuerbarer Energien und die Kraft-Wärme-Kopplung beziehen sich darauf, dass die aus ihnen gewonnene Energie tatsächlich auch im Gebäude Verwendung finden kann. Ist seit der Novellierung von 2011 zwar klar, dass die Gemeinden **die Installation** von PV-Anlagen auf Dächern im Plangebiet verpflichtend festsetzen dürfen, so ist allerdings zu sagen, dass hiermit **nicht zugleich die verpflichtende, tatsächliche Nutzung** der gewonnenen PV-Energie durch Betrieb der Anlage (etwa Verbrauch im Gebäude oder Netzeinspeisung) vorgeschrieben werden kann. Für solche **Betriebs- oder Nutzungspflichten** fehlt der erforderliche bodenrechtliche Bezug.⁵⁴

Dies dürfte aber in der Praxis unschädlich sein: Zum einen wird es faktisch keinen wirtschaftlich vernünftigen Grund für den Eigentümer geben, die mit entsprechenden Kosten errichtete PV-Anlage nicht auch zu nutzen. Und zum anderen besteht die Möglichkeit der **Vereinbarung von Betriebs- oder Nutzungspflichten über städtebauliche Verträge** nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 BauGB.⁵⁵

Bei der planerischen Festsetzungen ist des Weiteren Folgendes zu beachten: Die Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 Buchst. b) BauGB beziehen sich auf die *Errichtung* von Gebäuden und sonstigen baulichen Anlagen. Auf bereits errichtete Gebäude und auch nicht auf deren Änderung können sie nicht erstreckt werden. Gleiches gilt im Fall einer Nutzungsänderung eines bestehenden Gebäudes, weil es bereits errichtet ist. Bei einer **Neuerrichtung**

⁵² Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/6076, S. 9.

⁵³ *Grigoleit*, ZfBR-Beil. 2012, 95, 99.

⁵⁴ *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, 12. Aufl., 2014, § 9 Rn. 138; *Söfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 112. Ergänzungslieferung, 2014, § 9 Rn 197 b; *Grigoleit*, ZfBR-Beil. 2012, 95, 96.

⁵⁵ Vgl. *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, 12. Aufl., 2014, § 9 Rn. 137, *Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/Löhr*, 12. Aufl., 2014, § 11 Rn. 61.

eines Gebäudes ist dagegen der Anwendungsbereich wieder eröffnet, denn es handelt sich dabei um die Errichtung eines Gebäudes, das zuvor beseitigt (oder rückgebaut) worden ist. Auch kann sich die Festsetzung auf einen **Erweiterungsbau** (also den neu erweiterten Teil des Gebäudes) beziehen.

Unter „**bauliche und sonstige technische Maßnahmen**“ fallen alle Maßnahmen, die „bei der Errichtung von Gebäuden“ für ihren Einsatz notwendig sind. Die Maßnahmen selbst müssen nicht unter den Begriff der baulichen Anlage im Sinne des § 29 Abs. 1 BauGB fallen. Allerdings müssen sie in der Festsetzung gem. § 9 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB **konkret bezeichnet** werden. Sie müssen *hinreichend bestimmt* sein und sich auf die ebenfalls in der Festsetzung zu bestimmenden Gebäude (Wohngebäude, Gewerbebauten,...) und ggf. sonstige bauliche Anlagen, die nicht Gebäude sind, beziehen.⁵⁶ An Beispielen für Festsetzungen im Bereich der Solarenergie und sonstigen erneuerbaren Energien nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB findet man etwa die Festsetzung der Dachform von Gebäuden, die Festsetzung von Anschlüssen an gemeinsame Einrichtungen zur Erzeugung und Verteilung von Energie aus erneuerbaren Energien, aus Nah- und Fernwärmeversorgungsanlagen oder aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung.

cc) Bauplanungsrechtliches Sonderproblem: Ausweisung von gemeindlichen „Bürgerwindparks“

Zunächst ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Flächen für einen „Bürgerwindpark“, an dem unternehmerisch die Gemeinde und/oder ihre Mitglieder beteiligt sein können, planungsrechtlich möglich ist. Vornehmlich kommt eine Festsetzung als „Sondergebiet“ nach § 11 BauNVO in Betracht. Allerdings erfordert die bauplanungsrechtliche Festsetzung der „Art der baulichen Nutzung“, dass die Zugriffsmöglichkeit der Allgemeinheit gesichert ist. Nicht zulässig ist es, über konkrete Festsetzungen nur eine bestimmte Ausgestaltung oder Rechtsform des Bürgerwindparks zu ermöglichen.⁵⁷

So hat denn auch das OVG *Schleswig* im Jahr 2013 entschieden. Es ging um den Fall, dass eine Gemeinde einen Bürgerwindpark in Form einer gemeindlichen GmbH & Co KG über Festsetzungen im Bebauungsplan sichern wollte.⁵⁸ Das OVG *Schleswig* hielt zunächst Darstellungen und Festsetzungen, die den Betrieb oder die Errichtung von Windkraftanlagen als „Art der baulichen Nutzung“ ermöglichen (etwa als Sondergebiet für die Windkraft), mit Verweis auf § 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB, § 11 BauNVO für planungsrechtlich zulässig. Diese Fest-

⁵⁶ Söfker, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, 112. Ergänzungslieferung, 2014, § 9 Rn 197 b.

⁵⁷ Vgl. *Kruse/Legler*, ZUR 2012, 348, 351.

⁵⁸ OVG *Schleswig*, ZUR 2013, 551 ff.

setzungen könnten durchaus auch aus städtebaulichen Gründen erforderlich sein (§ 1 Abs. 3 BauGB). Seien jedoch maßgebliches Kriterium und inhaltliche Absicht, ausschließlich ein kommunales Beteiligungsmodell eines Windparks auf den vorgesehenen Flächen zum Zuge kommen zu lassen, so fehle der rechtlich erforderliche Bezug zur Bodennutzung und die städtebauliche Relevanz. Textliche Festsetzungen im Bebauungsplan, die eine zwingende Beteiligung der Gemeinde samt Vetorecht und auch die mögliche Beteiligung von Bürgern an der Betreibergesellschaft vorsähen, beschränkten den Betrieb der Anlage mit negativer Ausschlusswirkung für alle anderen Betreiber. Hierin läge keine zulässige rechtliche Lenkung der Bodennutzung.⁵⁹

In der Entscheidung des *OVG Schleswig* wird deutlich, dass die bauplanungsrechtliche Standortsteuerung und -sicherung im Wege der gemeindlichen Bauleitplanung wettbewerbsneutral zu erfolgen hat. Hierauf hatte auch schon zuvor das *BVerwG* hingewiesen und klargestellt, dass sich die Gemeinden der Bauleitplanung nur bedienen dürfen, soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Hierzu gehöre aber nicht die Wahrung von Wettbewerbsinteressen, denen das Bauplanungsrecht neutral gegenüber stehe.⁶⁰

b) Informelle Instrumente der kommunalen Bauleit- und Energieleitplanung

In der kommunalen Praxis haben sich in den letzten Jahren in Einzelfällen engagierter Kommunen mit fachlicher Unterstützung – oft auch von Hochschulen – strategisch-planerische Modelle entwickelt, mit denen die kommunale Energiewende vorangetrieben werden soll. Hierbei handelt es sich um Planungen, die nicht gesetzlich-formell verpflichtend sind. Sie sind vielmehr informeller Art und basieren auf der Motivation, dem Engagement und der Einsicht der jeweiligen Kommune, dass der Themenkreis „CO₂-Einsparung, Energieeffizienz und erneuerbare Energien“ mittel- bis längerfristig handfeste Vorteile haben kann. Die Bezeichnungen dieser Planungen sind in der Praxis unterschiedlich. Sie finden sich als **„Energiekonzepte“**, **„Energie-Rahmenplanung“**, **„Energieleitplanung“**, **„Energienutzungsplanung“** etc. Gemeinsam ist den Modellen eine gestufte, in Phasen ablaufende Planung inklusive deren Umsetzung über bindende, kommunalpolitische Entscheidungen. Oftmals stehen Voruntersuchungen hinsichtlich des Energiebedarfs und der vorhandenen Infrastruktur sowie Potenzialanalysen für erneuerbare Energien am Anfang des Prozesses.⁶¹

Mittlerweile haben diverse Städte und Gemeinden in informellen, gesetzlich nicht verpflichtend vorgesehenen Gesamtplanungen Strategien im Interesse von Energieeffizienz und Klimaschutz in Angriff genommen. Diese Thematik ist zum Teil ein gewichtiger, integrativer Teil

⁵⁹ *OVG Schleswig*, ZUR 2013, 551, 553; zustimmend *Bringewat*, ZUR 2013, 535, 537.

⁶⁰ *BVwG NVwZ* 1997, 683.

⁶¹ Vgl. etwa *Löhlein*, *KommunalPraxis Bayern* 2012, 20 ff.; ein Leitfaden für kommunale Projekte dieser Art findet sich unter www.stmi.bayern.de/bauen/baurecht/staedtebau/17251/; zur Initiative des Potenzialatlasses Baden-Württemberg näher *Müller*, *BWZ* 2013, 496 ff.

des Stadtentwicklungskonzepts insgesamt. Als Beispiel sei hier das Modell der Energieleitplanung am Beispiel der Stadt Ludwigsburg genannt: In den verschiedenen Modulen „Wärme“, „Strom“, „Verkehr“ und in einer „Gesamtstrategie Energie und Klimaschutz“ werden analytische und konzeptionelle Anstrengungen unternommen, um – nicht zuletzt im Eigeninteresse einer lebenswerten Stadt – einen Beitrag zu kommunalen Energiewende zu leisten. Die Stadt geht beispielsweise bei der Energieleitplanung auf verschiedenen Planungsebenen vor und konkretisiert Planungen, Initiativen und Projekte vom übergreifenden Stadtentwicklungskonzept einschließlich eines Klimastadtentwicklungsplans über die Ebene der Stadtteile (Stadtteil-Energieleitpläne) bis hin zur Quartiers-Ebene mit Bezügen zur Stadterneuerung.⁶²

2. Satzungsrechtliche Ansätze

Das Instrument der kommunalen Rechtsetzung ist die Satzung. Auch über diesen Weg können Kommunen durch verbindliche Regelungen vor Ort weitere Schritte hin zu einer kommunalen Energiewende gehen. In Betracht kommt zunächst der Anschluss- und Benutzungszwang (ABZ) an ein gemeindliches Nah- und Fernwärmeversorgungssystem (hierzu unter a). Des Weiteren finde sich in den Bauordnungen der Bundesländer Bestimmungen über mögliche „örtliche Bauvorschriften“ kraft Satzung, die eventuell auch für die stärkere Nutzung erneuerbarer Energien im Bausektor nutzbar gemacht werden könnten (hierzu unter b).

a) Anschluss- und Benutzungszwang für verpflichtende Nah- oder Fernwärmenutzung kraft Satzung

Nach Erkenntnissen des Umweltbundesamts stellt die Steigerung der Energieeffizienz eine der wesentlichen Säulen zur Erreichung der Klimaschutzziele dar. Hierbei wird dem Ausbau der Nah- und Fernwärmeversorgung insbesondere auf der Basis von effizienten Kraft-Wärme-Kopplungs(KWK)-Anlagen eine wesentliche Bedeutung beigemessen. Dieses gelte zunächst einmal sowohl für die öffentliche und dezentrale KWK auf fossiler Brennstoffbasis als auch für die Bereitstellung von Nahwärme aus regenerativen Energien⁶³. Die Klimaschutzwirkung tritt nach herrschender Auffassung vor allem dann ein, wenn Nah- und Fernwärmenetze von KWK-Anlagen gespeist werden⁶⁴. Die Nahwärmeversorgung vor allem durch haushaltsnahe, dezentrale Systeme schneidet hierbei allerdings nach Effizienzkriterien im direkten Vergleich mit der Fernwärmeversorgung besser ab⁶⁵. Im Übrigen scheint sich das Geschäftsfeld der Nah-/Fernwärmeversorgung positiv zu entwickeln: In der EU lässt sich

⁶² Vgl. näher http://www.ludwigsburg.de/Lde/start/stadt_buerger/Gesamtenergiekonzept.html

⁶³ *Umweltbundesamt (Hrsg.)*, Potenziale von Nah- und Fernwärmenetzen für den Klimaschutz bis zum Jahr 2020, Climate Change 17/2007, S. 5; download: <http://www.umweltdaten.de/publikationen/fpdf-l/3501.pdf>

⁶⁴ *Umweltbundesamt*, a.a.O., S. 7; vgl. auch BVerwGE 125, 68 ff., DVBl. 2006, 781 ff., Rn. 27 f. – juris.

⁶⁵ *Umweltbundesamt*, a.a.O., S. 36 f., 52.

eine jährliche Steigerungsrate des Fernwärmeabsatzes von einem Prozent verzeichnen. Auch auf dem deutschen Wärmemarkt werden Wachstumschancen erkannt⁶⁶.

Das „klassische“ Instrument, mit dem die Kommunen einen möglichst hohen Anschlussgrad an bestehende Nah-/Fernwärmesysteme zu erreichen suchen⁶⁷, ist der Anschluss- und Benutzungszwang (ABZ).⁶⁸

Eine Rechtsgrundlage für einen ABZ – hier am Beispiel des Landesrechts von Rheinland-Pfalz – besteht. Einschlägige Vorschrift ist § 26 GemO RLP, der es den Gemeinden erlaubt (Abs.1),

bei öffentlichem Bedürfnis durch Satzung für Grundstücke ihres Gebiets den Anschluss an Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung, Fernheizung, von Heizungsanlagen an bestimmte Energieversorgungseinrichtungen sowie den Anschluss an andere dem Gemeinwohl dienende Einrichtungen vorschreiben (Anschlusszwang). Sie können durch Satzung bei öffentlichem Bedürfnis auch die Benutzung dieser und anderer dem Gemeinwohl dienender Einrichtungen vorschreiben (Benutzungszwang).

§ 26 Abs. 2 GemO RLP sieht Befreiungs- und Beschränkungsmöglichkeiten vor:

(2) Die Satzung kann Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang zulassen; sie kann den Anschluss- und Benutzungszwang auf bestimmte Teile des Gemeindegebiets und auf bestimmte Gruppen von Grundstücken oder Personen beschränken.

Aus § 26 GemO folgt zunächst, dass der Landesgesetzgeber einen ABZ per Satzung speziell zu Zwecken der Fernheizung vorgesehen hat. Es besteht, wie in den meisten anderen Bundesländern auch, keine Einschränkung des ABZ nur für Neubauten, so dass grundsätzlich auch Altbauten erfasst werden können⁶⁹. Allerdings hat das Land Rheinland-Pfalz – anders als andere Bundesländer⁷⁰ – keine Ermächtigung für einen ABZ *zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen oder im Interesse des Klimaschutzes* statuiert. Ohne eine solche ausdrückliche gesetzliche Zweckbestimmung ist es in einigen Fällen zu rechtlichen Problemen gekommen, weil die Rechtsprechung teilweise einen klaren kommunalen Bezug und klima- bzw. gesundheitsbezogene Vorteile im kommunalen Gebiet als Rechtfertigung für den

⁶⁶ Umweltbundesamt, a.a.O., S. 5.

⁶⁷ Denkbar ist allerdings auch, etwa bei der konkreten Entwicklung von Baugebieten, eine vertragliche Verpflichtung zur Nutzung von Einrichtungen der Nah-/Fernwärmeversorgung über städtebauliche Verträge, vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 4 BauGB.

⁶⁸ Vgl. näher Tomerius, ER 2013, 61 ff.

⁶⁹ Vgl. auch Kahl, ZUR 2010, 393, 395.

⁷⁰ Etwa § 11 GO Baden-Württemberg oder § 17 Abs. 2 GO Schleswig-Holstein.

ABZ gefordert und allgemeine Gründe des Klimaschutzes nicht für ausreichend gehalten hatte.⁷¹

Mittlerweile hat der Bundesgesetzgeber auf das oben beschriebene Kompetenzproblem im Spannungsverhältnis „Globaler Klimaschutz und kommunaler örtlicher Bezug“ reagiert: Er ermöglicht es den Kommunen nunmehr über **§ 16 EEWärmeG** ausdrücklich – hier wortwörtlich wiedergegeben –,

von einer Bestimmung des Landesrechts, die sie zur Begründung eines ABZ an ein Netz der öffentlichen Fernwärme- oder Fernkälteversorgung ermächtigt, auch zum Zweck des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch zu machen.

§ 16 EEWärmeG hat also die **kommunalen Begründungs- und damit Handlungsmöglichkeiten für einen ABZ an die Fernwärmeversorgung erweitert**, insbesondere in den Bundesländern, in denen es wie in Rheinland-Pfalz an einer konkreten landesgesetzlichen Kompetenz zu Zwecken des Klima- und Ressourcenschutz mangelt.⁷² Hiermit stellt sich nun **auch nicht mehr die Frage, ob die Kommunen einen konkreten örtlichen Bezug nachweisen müssen**, oder – so nun die Gesetzeslage gem. § 16 EEWärmeG – ob es ausreicht, dass die Fernwärmeversorgung in ihrer Energieeffizienz **nachweislich einen Beitrag zum globalen Klima- und Ressourcenschutz** leistet.⁷³

Ansonsten sind für eine rechtssichere Nah- oder Fernwärmesatzung noch folgende Punkte zu beachten⁷⁴:

- Kommunale Nah-/Fernwärmesatzungen mit ABZ müssen mit dem **höherrangigen Recht des § 3 AVBFernwärmeV vereinbar** sein. Befreiungsmöglichkeiten vom ABZ für die auch nachträgliche Deckung des Wärmebedarfs durch die vollständige oder teilweise Nutzung emissionsarmer, regenerativer Energiequellen müssen daher in der Satzung regelmäßig vorgesehen sein. Bei der konkreten Beurteilung von Befreiungsanträgen hat die Kommune den klimaschützenden Beitrag sinnvoller dezentraler Lösungen der Nahwärmeversorgung, die nach Studien des Umweltbundesamts in der Energieeffizienz überlegen und daher auch im umweltpolitischen Interesse der Kommune wünschenswert sind, angemessen zu berücksichtigen.
- Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eines ABZ an ein kommunales Fernwärmenetz ist die Rechtsprechung *vor Erlass des § 16 EEWärmeG*, wonach der ABZ ungeeignet und daher unverhältnismäßig sei, wenn nicht nachgewiesen werden könne, dass die

⁷¹ OVG Magdeburg, NVwZ-RR 2008, 810, 812, auf Grundlage der GemO Sachsen-Anhalt.

⁷² Kahl, ZUR 2010, 393, 400.

⁷³ Das BVerwG hat jüngst die z.T. bezweifelte Gesetzgebungskompetenz des Bundes für § 16 EEWärmeG bejaht, vgl. BVerwG EnWZ 2017, 43 ff.

⁷⁴ Vgl. ausführlicher auch Tomerius, ER 2013, 61 ff.

örtliche Abgas- und CO₂-Belastung im Vergleich zum Betrieb von Einzelfeuerungsanlagen signifikant gesenkt werde, zu relativieren. Da die Kommunen **seit Erlass des § 16 EEWärmeG** befugt sind, selbst bei nur allgemeiner landesgesetzlicher Ermächtigung zum ABZ die Fernwärmesatzung mit Beiträgen zum globalen Klimaschutz zu rechtfertigen, **ist es für die Eignung des ABZ ausreichend, wenn die Gemeinde signifikante Beiträge zur CO₂-Emissionsminderung belegen kann.**

- Auf der Ebene der *individuellen* Betroffenheit des Grundstücks- und Gebäudeeigentümers ist die **Angemessenheit** des ABZ nach der Rechtsprechung zu verneinen, wenn die Grenze der **wirtschaftlichen Zumutbarkeit** überschritten ist, der Eingriff also übermäßig belastet und in keinem vernünftigen Verhältnis zum gegebenen Anlass und dem mit ihm verfolgten Zweck steht. Hierbei sind die **umweltpolitischen Zielvorstellungen der Kommune**, ihr Auftrag nach der Landesverfassung und nach Art. 20a GG Beiträge zum Klima- und Ressourcenschutz zu leisten sowie der Detaillierungsgrad ihrer Umweltschutzkonzepte im öffentlichen Interesse **in der erforderlichen Abwägung zu gewichten**. Zur Vermeidung unzumutbarer wirtschaftlicher Härten können die **Befreiungstatbestände** in der Fernwärmesatzung Elastizität und Milderung der Eingriffsintensität bewirken, insbesondere in den Fällen, in denen der Eigentümer selbst schon im Interesse des Klimaschutzes dezentrale regenerative Systeme installiert hat oder dies nachweislich plant.
- Vor allem mit Blick auf **Bestandbauten** bietet es sich an, wesentliche Anforderungen, die die Rechtsprechung aus Sicht der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG an kommunale Solarsatzungen gestellt hat, auch für den ABZ über Fernwärmesatzungen zu beachten. Hierbei geht es vor allem um angemessene **Überleitungsregelungen** zur Anpassung seiner Wärmeversorgung und **Ausnahmeregelungen** für Eigentümer, die schon eine emissionsarme dezentrale Wärmeversorgungsanlage betreiben oder diese auf Basis regenerativer Energien nachweislich zu installieren gedenken.

b) Örtliche Bauvorschriften kraft Satzung nach den Landes-Bauordnungen

Weitere Ansatzpunkte für eine kommunal getragene Energiewende ergeben sich im Bereich des Bauens: So eröffnen die Landes-Bauordnungen (LBauO) der Bundesländer die Möglichkeit „örtlicher Bauvorschriften“ in Form von kommunalen Satzungen. Allerdings muss der jeweilige Landesgesetzgeber die Gemeinde ausdrücklich dazu ermächtigen, Satzungen im Interesse der Energieeffizienz, ökologischer Bauweise oder Ähnlichem auf Grundlage einer „ökologisierten“ Landesbauordnung zu erlassen. So ermächtigt z.B. die Hessische BauO in § 81 Abs. 1 Nr. 1 zu Satzungsvorschriften zur „Verwirklichung von Zielen des rationellen Umgangs mit Energie und Wasser in bestimmten, genau abgegrenzten bebauten oder unbebauten

ten Teilen des Gemeindegebiets“. Denkbar wären bei entsprechender landesgesetzlicher Fundierung auch satzungsrechtliche Nutzungspflichten für erneuerbarer Energien für den Gebäudebestand oder Verwendungsverbote für bestimmte Brennstoffe oder bestimmte Heizungsarten.⁷⁵

3. Vertragliche Handlungsmöglichkeiten der Städte und Gemeinden

Den Kommunen stehen auch vertragliche Instrumente zur Verfügung, um Inhalte einer kommunalen Energiewende mit ihren privaten oder öffentlichen Partnern zu vereinbaren. Hierbei geht es allerdings um weniger strategische, sondern eher projektbezogene Themenfelder. Ungeachtet dessen können vertragliche Vereinbarungen wichtige Bausteine sein, um Fortschritte auf konsensualer, kooperativer Basis bringen und etwa den Einsatz erneuerbarer Energien, KWK-Techniken etc. im konkreten Vorhaben abzusichern. Nicht zu vernachlässigen ist auch die Schaffung von Akzeptanz und Rechtssicherheit für beide Vertragsparteien, wenn im beiderseitigen Interesse energie- und klimaschutzrelevante Inhalte „auf Augenhöhe“ verhandelt und vereinbart werden.

Da jedes Projekt in der Praxis unterschiedlich ist und es daher mit Blick auf Handlungsschwerpunkt und Rechtsfragen sehr auf den Einzelfall ankommt, soll hier zumindest ein kurzer Überblick über die beiden Hauptinstrumente im wichtigsten Einsatzbereich, dem Städtebau und dem Grundstückswesen, gegeben werden: Zum einen den – öffentlich-rechtlichen – **städtebaulichen Vertrag** (nachfolgend unter a) nach § 11 BauGB und zum anderen den **privatrechtlichen Grundstückskaufvertrag** nach den Regelungen des BGB (nachfolgend unter b). Im privaten Grundstücksrecht ist zudem das **Erbbaurecht** ein ebenbürtiges und auf längere Sicht aus wirtschaftlichen und sozialpolitischen Gründen sogar das attraktivere Instrument einer gemeindlichen, mit der Energiewende verzahnten Bodenpolitik (nachfolgend unter c). Schließlich kommen noch vertragliche Ansätze des **Energie-Contracting** in Betracht (nachfolgend unter d).

a) Städtebauliche Verträge

Städtebauliche Verträge gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 4 BauGB eröffnen im kommunalen Städtebau diverse vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten auf dem Feld der erneuerbaren Energien. Vereinbarungen zwischen der Gemeinde als Grundstücksveräußerin und privaten Bauwilligen kommen vor allem dann in Betracht, wenn die Gemeinde zusätzliche Anforderungen, etwa an die Energieeffizienz von Gebäuden, stellen möchte, die auf der Grundlage

⁷⁵ Näher zu den Möglichkeiten kommunalen Klimaschutzes durch örtliche Bauvorschriften *Kahl*, ZUR 2010, 395, 400 ff.; *Klinski/Longo*, ZNER 2007, 41, 46 f.; *Otto*, ZfBR 2008, 550 ff.; *Longo*, Neue örtliche Energieversorgung als kommunale Aufgabe, 2010, S. 311 ff.

des § 9 BauGB nicht festgesetzt werden können oder zumindest in dieser Hinsicht rechtliche Zweifel bestehen.⁷⁶

Der städtebauliche Vertrag ist ein **öffentlich-rechtlicher Vertrag**. Die Norm erlaubt es Städten und Gemeinden ausdrücklich, *entsprechend den mit den städtebaulichen Planungen und Maßnahmen verfolgten Zielen und Zwecken* 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* zum Vertragsgegenstand zu machen. Die Regelung gibt den Gemeinden vom Vertragsgegenstand her bewusst einen weiten Verhandlungsspielraum für Vereinbarungen zur Förderung erneuerbarer Energien bei Bau- und Entwicklungsprojekten. Nach dem Wortlaut der Norm können Städte und Gemeinde mit ihren Partnern **auch Nutzungsverpflichtungen** im Hinblick auf Anlagen erneuerbarer Energieerzeugung etc. vereinbaren.

Die vertraglichen Regelungen müssen allerdings nach § 11 Abs. 2 BauGB für den gemeindlichen Vertragspartner **angemessen** sein. Leistung des Vertragspartners und Gegenleistung der Gemeinde – es wäre ebenfalls im Vertrag zu definieren, worin diese Gegenleistung bestünde (etwa technische Leistungen wie Energieberatung, Qualitätskontrollen o.Ä.) – müssen in einem ausgewogenen Verhältnis zueinander stehen. Ferner – gemäß dem allgemeinen **Kopplungsverbot** bei öffentlich-rechtlichen Verträgen (vgl. auch § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG) – müssen **Leistung des Vertragspartners und Gegenleistung der Gemeinde in einem sachlichen Zusammenhang** zueinander stehen.

In der kommunalen Praxis wird das Instrument des städtebaulichen Vertrags schon vielfach zu Zwecken des Klimaschutzes eingesetzt. Hierbei geht es oftmals um die Vereinbarung von Wärmeschutzanforderungen, die verpflichtende Nutzung von Solaranlagen, KWK-Technik oder des kommunalen Nah- oder Fernwärmenetzes, ferner um ein Verbot bestimmter klimaschädlicher Brennstoffe im Baugebiet.⁷⁷

b) Private Grundstückskaufverträge

Auch in Grundstückskaufverträgen kann eine Kommune mit dem Käufer vertragliche Vereinbarungen über die Nutzung erneuerbarer Energien (etwa Solarflächen, KWK-Technik, ...) auf dem Grundstück oder in den zu erbauenden Gebäuden machen. Regelmäßig ergänzen Festsetzungen in Bebauungsplänen und ggf. auch satzungsrechtliche Bestimmungen (z.B.

⁷⁶ Vgl. *Deutsches Institut für Urbanistik – difu (Hrsg.)*, Klimaschutz in Kommunen, Praxisleitfaden, Berlin 2011, S. 44, 47.

⁷⁷ Vgl. die praxisnahen Hinweise in: *Deutsches Institut für Urbanistik – difu (Hrsg.)*, Klimaschutz in Kommunen, Praxisleitfaden, Berlin 2011, S. 38, 44, 47 ff.- mit Vertragsmustern im Bereich Energie- und Wärmeanforderungen, 53 – mit Vertragsbeispiel im Bereich KWK/Fernwärmenetz, 56, 60, 85, 91, 94, 97.

ein ABZ für ein Nah- oder Fernwärmesystem) die verpflichtende Nutzung erneuerbarer Energien für Wärme und Strom.

aa) BGH-Rechtsprechung zur Kopplung von Grundstücksgeschäften und privatrechtlichem Anschluss- und Benutzungszwang

Im Kontext der privatrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Gemeinde zur Vereinbarung klimaschützender Maßnahmen ist es sinnvoll, vorab auf die – recht kommunalfreundliche – **Rechtsprechung des BGH** zum Thema „Vorgaben für den Klimaschutz in Grundstückskaufverträgen“ hinzuweisen. Der *BGH* hatte im Jahr 2002 eine **Grundsatzentscheidung zur Zulässigkeit der Kopplung von Grundstückskaufverträgen mit einem privaten Anschluss- und Benutzungszwang (ABZ)** für einen kommunalen Gas- und Fernwärmedienst getroffen.⁷⁸ In diesem richtungsweisenden Urteil werden grundsätzliche Aussagen zu **privatrechtlichen Handlungsmöglichkeiten der Gemeinden** im Bereich „Kommunalwirtschaft und erneuerbare Energien“ getroffen, die der kommunalen Praxis weite Handlungsspielräume eröffnen. Die Schlussfolgerungen zu den kommunalen Gestaltungsmöglichkeiten per Grundstückskaufvertrag gehen hierbei über das Thema „Grundstückskaufvertrag und ABZ“ hinaus.

Der in der Gemeinde Börnsen (Schleswig-Holstein) spielende Fall betraf gemeindliche Grundstücksverkäufe in einem Neubaugebiet. In den Grundstückskaufverträgen verankerte die Gemeinde einen privaten ABZ (Bezugspflicht) für eine gemeindliche Gas- und Fernwärmeversorgung über ein Blockheizkraftwerk (Kosten: damals rund 1 Mio. DM) für das neu zu entwickelnde Gebiet. Die Gemeinde war zudem selbst an der betreffenden Gas- und Fernwärmegesellschaft beteiligt. Diese Vorgehensweise war von den Klägern als wettbewerbs- (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG) und kartellrechtswidrig (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB) auf dem Zivilrechtsweg angegriffen worden.

Im Folgenden werden einige grundsätzliche Aussagen des *BGH*, der die gekoppelte gemeindliche Vorgehensweise für rechtmäßig hielt, geschildert.

- Dass die Gemeinde in ihrem Eigentum stehende Grundstücke verkauft und sich als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft über eine Beteiligungsgesellschaft am Wettbewerb der Energieversorger beteiligt, macht ihr Verhalten gegenüber Konkurrenten auf dem Markt ohne weitere wettbewerbsverzerrende Verhaltensweisen nicht wettbewerbswidrig. Durch ihre Beteiligung an einem zur Erzeugung von Fernwärme bestimmten Blockheizkraftwerk nimmt die Gemeinde in privatwirtschaftlicher Form zunächst einmal nur eine *Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge*⁷⁹ wahr.

⁷⁸ *BGH*, Urteil vom 9.7.2002 - KZR 30/00, NJW 2002, 3779 ff.

⁷⁹ Kursive Heraushebungen im Folgenden: Tomerius.

- *Die Gemeinde macht in ihren Grundstücksgeschäften von Gestaltungsmöglichkeiten Gebrauch, über die ein privater Grundstückseigentümer ebenso verfügt. Sie unterscheidet sich insofern nicht von einem privaten Erschließungsunternehmen, das für ein Neubaugebiet eine Fernwärmeversorgung vorsieht und - damit sich die für eine Fernwärmeversorgung erforderlichen Infrastrukturmaßnahmen rentieren - in die Grundstückskaufverträge eine entsprechende Bezugsverpflichtung aufnimmt.*
- *Auch darin, dass die Gemeinde rechtlich in der Lage ist, eine solche Geschäftsstrategie durch eine entsprechende ökologische Gestaltung der Bauleitplanung zu unterstützen (Festsetzungen gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 23 BauGB), liegt für sich genommen kein Missbrauch hoheitlicher Befugnisse. Vielmehr bietet es sich an, dass eine Gemeinde, die die Verwendung fossiler Brennstoffe in einem bestimmten Gebiet durch eine Bestimmung des Bebauungsplans untersagt, für alternative Energiequellen Sorge trägt.*
- Ein unlauteres Verhalten entgegen dem UWG liegt auch nicht in dem gekoppelten Angebot von zwei verschiedenen Wirtschaftsgütern: dem Baugrundstück auf der einen und der Versorgung mit Fernwärme auf der anderen Seite.⁸⁰
- Das Geschäftsmodell der Gemeinde ist aus kartellrechtlicher Sicht nicht als eine „unbillige Behinderung“ (§ 20 GWB) anzusehen. Für das Merkmal der Billigkeit ist auf eine Interessenabwägung abzustellen. Hierbei ist insbesondere von einem *berechtigten Interesse der Gemeinde* auszugehen (s.o.: *Verringerung der Verbrennung fossiler Brennstoffe, Stärkung erneuerbarer Energien im Sinne einer kommunalen, nachhaltigen Daseinsvorsorge*), in die Grundstückskaufverträge eine Bezugspflicht zu Gunsten des kommunalen Gas- und Wärmedienstes aufzunehmen.
- Nach der Rechtsprechung des *BGH* darf die öffentliche Hand die staatliche Autorität und die damit verbundene Vertrauensstellung aber nicht zur Erreichung von Wettbewerbsvorteilen *missbräuchlich* nutzen. So ist etwa eine Verquickung amtlicher und erwerbswirtschaftlicher Interessen, die zur Interessenkollision bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben führen kann, unlauter.
- Darüber hinaus darf sich die Gemeinde in Erschließungsverträgen nur Leistungen versprechen lassen darf, die „den gesamten Umständen nach angemessen (sind) und in sachlichem Zusammenhang mit der Erschließung stehen“ (so für *städtebauliche Verträge* in § 11 Abs. 2 BauGB geregelt). Dieses spezielle *Kopplungsverbot* (*allgemein für öffentlich-rechtliche Verträge* auch in § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG geregelt) gilt unabhängig davon, ob die Verträge, die die Gemeinde mit Erschließungsträgern schließt, öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind.

⁸⁰ *BGH*, Urteil vom 9.7.2002 - KZR 30/00, NJW 2002, 3779, 3780.

- Die Verpflichtung, die die Gemeinde den Erschließungsträgern auferlegt, stellt sich auch bei Beachtung dieses strengeren Maßstabs nicht als wettbewerbswidrig dar. Denn die Gemeinde verfolgt mit den *Bezugsverpflichtungen zu Gunsten des eigenen Gas- und Wärmedienstes ein berechtigtes öffentliches Interesse*. Unstreitig *dient es dem Klima- und Umweltschutz*, wenn die Häuser in dem fraglichen Neubaugebiet mit Fernwärme aus dem Blockheizkraftwerk versorgt werden und die erforderliche Wärme nicht durch Verwendung fossiler Brennstoffe erzeugt wird. Die Beachtung derartiger Belange des Klima- und Umweltschutzes fügt sich ohne weiteres in die sonstige Erschließung des Neubaugebiets ein. Ihre Durchsetzung mit Hilfe von *dinglich gesicherten Bezugsverpflichtungen*, die den Erwerbern von Bauland entweder unmittelbar oder mittelbar über die Erschließungsträger auferlegt werden, ist sachlich gerechtfertigt. Sie begegnet auch keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.⁸¹

bb) Konsequenzen der BGH-Rechtsprechung für die Vereinbarung von klimaschutzrelevanten Vertragsinhalten

Der *BGH* hat den Kommunen mit der genannten Grundsatzentscheidung einen brauchbaren privatrechtlichen Handlungsrahmen skizziert, um in Grundstückskaufverträgen – auch kombiniert mit satzungs- und bauplanungsrechtlichen Vorgaben – die Nutzung oder sogar Bezugsverpflichtung von erneuerbaren Energien zu regeln. Ein kommunaler Beitrag zum Umwelt- und Klimaschutz ist als Handlungsmotivation und als legitimes Vertragsinteresse vom *BGH* im Rahmen der kommunalen Daseinsvorsorge anerkannt worden. In den Grenzen der allgemeinen Regeln des Vertragsrechts (Angemessenheit und Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung, keine inhaltsfremden Kopplungsgeschäfte) und unter Beachtung wettbewerbs- und kartellrechtlicher Rahmenbedingungen (keine Diskriminierung von privaten Wettbewerbern, Stichwort „Markt- und Nachfragemacht der Kommune“) ist daher Vieles an vertraglichen Inhalten im Interesse einer kommunalen Energiewende denkbar.

Neben der Variante, Anforderungen an die Energieeffizienz und -nutzung in privaten Grundstückskaufverträgen zu stellen, kommen auch **pacht- und mietrechtliche Modelle** für den Einsatz erneuerbarer Energien in Betracht. Dieser Bereich ist allerdings ein weiteres, zivilrechtliches Gebiet für sich. Hierbei können sich eine Reihe von vertrags- aber auch sachen/eigentumsrechtlichen Fragen ergeben, die den Rahmen der Untersuchung sprengen würden und hier daher nicht weiter im Einzelnen ausgeführt werden.⁸²

⁸¹ *BGH*, Urteil vom 9.7.2002 - KZR 30/00, NJW 2002, 3779, 3781.

⁸² Zu den miet-, pacht- und sachenrechtlichen Fragestellungen im Umgang mit erneuerbaren Energien vgl. im Einzelnen *Aigner/Mohr*, ZfIR 2009, 8 ff.; *Böttcher*, notar 2012, 383 ff.; *Böttcher/Faßbender/Waldhoff*, Erneuerbare Energien in der Notar- und Gestaltungspraxis. Planung, Genehmigung, Kredit-sicherung, Besteuerung, München 2014; *Kappler*, ZfIR 2012, 264 ff.; *Keller*, DNotZ 2011, 99 ff.; *Rey-*

c) Erbbaurechtliche Ansätze

Als Alternative zu privaten Grundstückskaufverträgen bietet sich für die Kommune zusehends auch das **Erbbaurecht** als Instrument einer zukunftsorientierten Stadtentwicklung an. Das Erbbaurecht führt immer noch – zu Unrecht – ein Schattendasein in der (kommunalen) Praxis der Immobilienwirtschaft. Dabei sind die Inhalte, die eine Gemeinde mit dem Bauwilligen in einem Grundstückskaufvertrag vereinbaren kann, ebenso über ein langfristiges Erbbaurecht als eigentumsähnliches Recht zum Inhalt machen. Dies gilt auch für die oben behandelten Inhalte der Energieeffizienz und der Nutzung erneuerbarer Energien. Aus Sicht der Gemeinde ist die Einräumung von Erbbaurechten anstelle des Volleigentums ein ebenbürtiges und auf längere Sicht aus wirtschaftlichen und sozialpolitischen Gründen sogar attraktiveres Instrument einer Bodenpolitik, die mit einer kommunalen Energiewende verzahnt werden kann. Die Gemeinde bleibt Eigentümerin des Grundstücks, sichert sich – anderes als bei Verkauf der eigenen Grundstücke – über den Erbbaupachtzins langjährige Pachteinahmen und partizipiert im öffentlichen Interesse an der Steigerung der Immobilienwerte. Sie kann, was die Bebauung des Grundstücks anbetrifft, neben der Vereinbarung ökologischer Inhalte auch sozialpolitische Ziele mit dem Erbbaurecht verfolgen und langfristig steuern, etwa über die Gestaltung des Erbbaupachtzinses im Interesse sozial benachteiligter Familien, im Hinblick auf die demografische Entwicklung einer zusehend alternden Gemeindebürgerschaft etc.⁸³

d) Contracting

Das Recht des Energie- und des – von der Energieeffizienz her besonders relevanten – Wärme-Contracting hat sich mittlerweile im Zuge der Energiewende zu einem eigenständigen Beratungsfeld entwickelt.⁸⁴ Gerade auch im öffentlichen, gemeindlichen Bereich kann das Contracting für kommunale Liegenschaften ein interessanter, kosten- und ressourcenschonender Handlungsansatz sein.⁸⁵ Es existieren unterschiedliche Modelle, etwa das Contracting bei **Bauträgervorhaben**. Hierbei wird üblicherweise zunächst ein **Rahmenvertrag** zwischen Bauträger und Contractor geschlossen (Zahl der zu versorgenden Einheiten, Umfang der Leistung, Dauer des Anlagenbetriebs etc.). Nachfolgend übernimmt es der Bauträger, den zu versorgenden Einheiten einen **Wärmelieferungs- und -bezugsvertrag** auf-

mann, DNotZ 2010, 84 ff.; *Schneidewindt*, ZNER 2014, S. 234 ff.; *Tiedtke*, MittBayNot 2010, 444 ff.; *Wilhelmy*, NZM 2010, 561 ff.

⁸³ Näher zu den Vorteilen des Erbbaurechts insbesondere für die kommunale Bodenpolitik *Löhr*, ZKF 2015, 97 ff.; *von Heynitz*, ZfSÖ 2004, 26 ff.

⁸⁴ Zum Energie- und speziell Wärme-Contracting näher *Hack*, Energie-Contracting, 2. Aufl. 2012; *Kruse*, RNotZ 2011, 65 ff.; *Schmid*, CuR 2008, 84 ff.; *Eisenschmid*, WuM 2008, 264 ff.

⁸⁵ Vgl. auch die Hinweise für die kommunale Praxis in: *Deutsches Institut für Urbanistik – difu (Hrsg.)*, Klimaschutz in Kommunen, Praxisleitfaden, Berlin 2011, S. 116 ff.

zuerlegen. Oftmals lässt sich der Contractor hierbei auch eine Mindestabnahmemenge garantieren.⁸⁶

Die anwaltliche Praxis trifft auf dem Gebiet des Wärme-Contracting also Vereinbarungen in **privatrechtlichen Verträgen**. Was die **Rechtsbeziehungen** anbetrifft, so sind üblicherweise folgende Vereinbarungen notwendig (hier im Überblick dargestellt⁸⁷):

- Vereinbarung zwischen Contractor und Grundstücks-/Wohnungseigentümern über die Flächen- und Raumnutzung für die Energieerzeugungsanlagen und für den Einbau des Leitungssystems (**Nutzungs- und Gestattungsvereinbarung**);
- **Wartungsverpflichtung** des Contractors für die Anlage und das Leitungssystem;
- **Finanzierungsverpflichtung** des Contractors (regelmäßig über Kreditinstitute);
- **Wärmelieferungsvertrag** (als zentrales Element, unter Umständen notariell beurkundungspflichtig, wenn er eine rechtliche Einheit mit dem Grundstückskaufvertrag bildet⁸⁸), der die Modalitäten von Lieferung und Bezug der Wärme zwischen Contractor und Abnehmer regelt; auch Klärung des Vertragspartners des Contractors bei vermieteten Objekten oder WEG;
- ggf. Einzelheiten zum Netzanschluss und zur Einspeisevergütung (**Netzanschluss- und Netzeinspeisungsvertrag**).

Auch im Hinblick auf das **Eigentum an den Energieerzeugungsanlagen** sind rechtliche Fragen zu klären, da nach dem Contracting-Geschäftsmodell **üblicherweise der Contractor Eigentümer der Anlagen** sein soll. Solche zu klärenden rechtlichen Aspekte ergeben sich beispielsweise bei Wärmepumpen oder auch beim Thema „PV-Dachanlagen“. Für den die Grundstücksfragen regelnden **Anwalt und Notar** wird es dann bei diesem Modell des Contracting erneut darum gehen, die entsprechenden Energieerzeugungsanlagen über **dingliche Sicherungen** (etwa beschränkte persönliche Benutzungsdienstbarkeiten, §§ 1018 Abs. 1, 1090 BGB) zu „Scheinbestandteilen“ des Gebäudes (§ 95 Abs. 1 S. 2 BGB) zu machen und damit deren Übergang ins Eigentum der Grundstücks-/Gebäudeeigentümer zu verhindern.⁸⁹

Es folgen dann – wie zuvor beschrieben – weitere vertragliche Vereinbarungen (Nutzungs- und Gestattungsvereinbarung, Wärmelieferungsvertrag etc.), die das Vertragspaket „Wärmecontracting“ komplettieren.

⁸⁶ Kruse, RNotZ 2011, 65, 66 f.

⁸⁷ Vgl. im Einzelnen mit weiteren Nachweisen *Bormann*, in: *Böttcher/Faßbender/Waldhoff*, § 5 Rn 19 ff.

⁸⁸ Zu dieser rechtlich komplizierten Frage und den beurkundungspflichtigen Fallvarianten im Einzelnen *Kruse*, RNotZ 2011, 65, 68 ff.; des Weiteren zu Einzelfragen zum Wärmelieferungsvertrag wie Laufzeit und Preisklauseln: S. 80 ff.

⁸⁹ Näher *Bormann*, in: *Böttcher/Faßbender/Waldhoff*, § 5 Rn 21 ff.; *Kruse*, RNotZ 2011, 65, 84 f.

IV. Kommunalwirtschaftsrechtliche Rahmenbedingungen – die operative Ebene

Bei einer zusehends auch kommunal beförderten Energiewende kann es nicht überraschen, dass sich eben auch im Umfeld kommunaler Organisationsfragen und auch im Kommunalwirtschaftsrecht rechtliche Problemkreise ergeben haben, die hier – ohne an dieser Stelle in die Tiefe zu gehen – der Vollständigkeit halber im Überblick mitaufgeführt werden sollen.

1. Vorgaben des Kommunalwirtschaftsrechts – Möglichkeiten und Grenzen kommunalwirtschaftlicher Betätigung im Bereich der erneuerbaren Energien

Zulässigkeit und Reichweite der gemeindewirtschaftlichen Betätigung bei der Strom- und Wärmeversorgung auf Grundlage erneuerbarer Energien richten sich nach dem Landesrecht. Den Rechtsrahmen bilden die Regelungen in den Kommunalverfassungsgesetzen und Gemeindeordnungen der Bundesländer, jeweils im Abschnitt „Gemeindewirtschaft“, „Wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden“ oder „Kommunale Unternehmen“.

a) Überblick über die einschlägigen Regelungen im Kommunalrecht der Länder

Die Gemeindeordnungen der Bundesländer unterscheiden zumeist rechtliche Voraussetzungen für die kommunale *wirtschaftliche* oder *nichtwirtschaftliche* Betätigung.⁹⁰

aa) Wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche Betätigung

Im Hinblick auf die Vorgaben für eine *wirtschaftliche* Betätigung spricht man von einer sog. Schrankentrias: Hiernach ist die wirtschaftliche Betätigung nur zulässig, soweit

1. der **öffentliche Zweck** sie rechtfertigt,
2. die wirtschaftliche Betätigung in einem **angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune und zum voraussichtlichen Bedarf** steht und
3. der wirtschaftliche Zweck nicht besser oder wirtschaftlicher durch einen privaten Dritten erfüllt werden kann (sog. **Subsidiaritätsklausel**).

Zur Abgrenzung definiert der Landesgesetzgeber üblicherweise die Bereiche der nichtwirtschaftlichen Betätigung in einem Katalog. Er fordert bei dieser Legaldefinition – anderes als bei der wirtschaftlichen Betätigung – regelmäßig nur das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks und die Erledigung der jeweiligen Aufgaben nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten.

⁹⁰ So etwa die Regelungen in § 85 Abs. 1 und 4 GemO Rheinland-Pfalz, § 102 Abs. 1 und 4 GemO Baden-Württemberg, § 107 Abs. 1 und 2 GemO Nordrhein-Westfalen, § 101 Abs. 1 und 4 GemO Schleswig-Holstein, § 94a Abs. 1 und 3 GemO Sachsen.

Diese systematische Unterscheidung ist wichtig und folgenreich, denn je nachdem sind die Voraussetzungen strenger (für die wirtschaftliche Betätigung) oder milder (für die nichtwirtschaftliche Betätigung). Eine entscheidende Vorfrage ist also, wie ein gemeindlich-bürgerschaftliches, unternehmerisches Engagement im Bereich der erneuerbaren Energien einzuordnen ist. Käme man zum Ergebnis, dass etwa Betätigungen auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien zum „Umweltschutz“ zu zählen sind, der etwa in § 85 Abs. 4 Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz (GemO RLP) qua Gesetz als nichtwirtschaftliche Betätigung eingestuft ist, so kommt es auf die strengen Voraussetzungen der wirtschaftlichen Betätigung (insbesondere die Hürde der Subsidiaritätsklausel) gar nicht an. Allerdings finden sich inzwischen in einigen Gemeindeordnungen der Länder zusehends spezifische Regelungen zum aktuellen Thema der Energiewirtschaft.

In manchen Gemeindeordnungen scheint nunmehr davon ausgegangen zu werden, dass die Energiewirtschaft – wohl auch auf der Basis erneuerbarer Energien – zu den *wirtschaftlichen* Betätigungen zu zählen ist.⁹¹ Dies erscheint auch lebensnah, denn dass der Bereich der Energiewirtschaft im liberalisierten Markt als „nichtwirtschaftlich“ einzuordnen ist, liegt außerhalb der Realität. Als Beispiel hierfür kann man § 107a Abs. 1 Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GemO NRW) anführen. Bei kleineren Projekten, die lediglich der Eigenversorgung der Gemeinde im Weg der Daseinsvorsorge dienen, ließe sich allerdings auch über eine Zuordnung zur nichtwirtschaftlichen Betätigung im Bereich des „Umweltschutzes“ nachdenken. Gleiches gilt für die anderen Kommunalverfassungen, die ebenfalls den Begriff des „Umweltschutzes“ im Rahmen der nichtwirtschaftlichen Betätigung aufweisen (etwa Niedersachsen und Rheinland-Pfalz).

bb) Energieversorgung als öffentlicher Zweck – qua Gesetz und ohne gesetzliche Festlegung

Wie in § 107a Abs. 1 GemO NRW *dient die Strom- und Wärmeversorgung* gemäß § 128 Abs. 2 Kommunalverfassungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt (KVG LSA, das allerdings wie sonst nur in Bayern und Thüringen auf jegliche Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung verzichtet) per Gesetz *einem öffentlichen Zweck*. Hierbei bleiben aber die Hürden der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und die Subsidiaritätsklausel (ein Privater darf den Zweck nicht besser oder wirtschaftlicher erbringen) bestehen.

Einen anderen, etwas umständlichen Weg geht § 68 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 der Kommunalverfassung Mecklenburg-Vorpommern (KV M-V): Dort werden Einrichtungen, die insbesondere der Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Quellen dienen, wirtschaftlichen Unternehmen der

⁹¹ Aus dem Blickwinkel der „wirtschaftlichen“ Betätigung etwa auch v. *Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, 791, 794; *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, 288, 290 f.

Gemeinde gleichgestellt. § 68 Abs. 2 S. 2 KV M-V stellt aber klar, dass *wirtschaftliche Betätigungen auf den Gebieten der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung einem öffentlichen Zweck dienen*, und zwar auch außerhalb des Gemeindegebiets (S. 3).

In Gemeindeordnungen, in denen die Strom- oder Wärmeerzeugung nicht per Gesetz einem öffentlichen Zweck dient, kann die Zulässigkeit kommunalen Wirtschaftens problematisch werden, wenn die Unternehmensgründung oder -beteiligung der Gemeinde *vornehmlich aus Gründen der Gewinnerzielung* erfolgt. Ferner kann rechtlich problematisch sein, ob aus Sicht der Gemeindebürger ein *Bedarf* für die energiewirtschaftliche Unternehmung der Gemeinde besteht. So hat das *OVG Schleswig* auf Grundlage der GemO Schleswig-Holstein in einem Fall einer Gemeindebeteiligung an einer Bürgerwindpark-Gesellschaft den gemeindlichen Bedarf wie auch den öffentlichen Zweck des gemeindlichen Unternehmens verneint⁹²: Eine Gemeinde sei wegen des Erfordernisses des öffentlichen Zwecks des Unternehmens nicht berechtigt, sich beliebig an der Gründung von Gesellschaften zu beteiligen, von denen zu erwarten ist, dass sie angemessene Erträge abwerfen. Um das Unternehmen durch einen öffentlichen Zweck rechtfertigen zu können, müsse die Gemeinde mit ihrer wirtschaftlichen Betätigung das gemeinsame Wohl ihrer Einwohner fördern und daher eine spezifisch gemeinwohlorientierte Zielsetzung verfolgen. Dies sei nicht der Fall, wenn ausschließlich erwerbswirtschaftliche Zwecke oder die reine Gewinnerzielung im Vordergrund stünden.⁹³

Das *OVG Schleswig* stellt zudem klar, dass die Frage, ob ein öffentlicher Zweck vorliegt, der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliege, also nicht nur eingeschränkt nachprüfbar sei. Allerdings lässt das Gericht den – Schleswig-Holsteinischen – Gemeinden durchaus Spielräume offen, um eine öffentliche Zwecksetzung für ein unternehmerisches Engagement bei Bürgerwindparks zu begründen: Solange und soweit die Vermarktung des erzeugten Windstroms tatsächlich ausschließlich oder zumindest hauptsächlich für die Gemeindee Einwohner im Gemeindegebiet erfolge, könnte die öffentliche Zwecksetzung der Unternehmung dem öffentlichen Zweck der Daseinsvorsorge zugeordnet werden. Gewisse Ertragseinnahmen über eine Netzeinspeisungsvergütung, die im Verhältnis aber hinter dem Direktvermarktungsanteil zurückbleiben müsse, seien dann unschädlich.⁹⁴ Ob das *OVG Schleswig* diese Entscheidung, die noch auf dem Modell der Einspeisevergütung vor der EEG-Novelle 2014 erging, auf der Grundlage des nunmehr geregelten Regelfalls der Direktvermarktung genauso treffen werden würde, ist offen und bleibt abzuwarten.

⁹² *OVG Schleswig* v. 11.7.2013, Az.: 2 LB 32/12, BeckRS 2013, 59141; hierzu auch *Shirvani*, NVwZ 2014, 1185 ff.

⁹³ *OVG Schleswig*, aaO.

⁹⁴ *OVG Schleswig*, aaO.

Noch stringenter erscheint eine später ergangene Entscheidung des *OVG Magdeburg*, in der die kommunale Energieerzeugung, *ausschließlich eingespeist in das überörtliche Netz*, für unvereinbar mit dem gesetzlich geforderten ortsbezogenen, öffentlichen Zweck gehalten wurde.⁹⁵ Allerdings ist zu dieser Entscheidung zunächst zu sagen, dass sie auf der alten Rechtsgrundlage des KVG LSA erging, nach der – anders als novellierte, aktuelle Version – eine überörtliche Betätigung unter bestimmten Voraussetzungen schon qua Gesetz einem öffentlichen Zweck dienen kann (s. näher nachfolgend unter dd).

Ferner könnte die Neugestaltung des EEG in Zukunft durchaus Auswirkungen auf die Interpretation des „öffentlichen Zwecks“ auch in der Rechtsprechung haben. Dies gilt im Verhältnis zur unschädlichen Gewinnerzielung, zur Frage des „voraussichtlichen Bedarfs“ des gemeindlichen Unternehmens und auch hinsichtlich der öffentlichen Zwecksetzung bei überörtlicher energiewirtschaftlicher Betätigung. Ob man für ein gemeindliches energiewirtschaftliches Unternehmen im Kontext der inzwischen mehr Spielraum gebenden Gemeindeordnungen und auch im Kontext der Direktvermarktung als Regelfall des EEG immer noch nur auf einen rein auf das Gemeindegebiet bezogenen Bedarf abstellen kann, ist nicht mehr überzeugend.⁹⁶ Hier zeigt sich, dass Bundes- und Landesrecht in teilweise unterschiedlichem Regelungstempo Wertungswidersprüche aufwerfen und sinnvolles gemeindliches Engagement im Rahmen der Energiewende behindern können.

cc) Subsidiaritätsklausel und kommunale Energieerzeugung als Aufgabe der Daseinsvorsorge

Auch die Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (BayGemO) verzichtet in Art. 87 wie auch § 71 Kommunalordnung Thüringen (ThürKO) und § 128 KVG LSA auf eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung. In Bayern *gilt die Hürde der Subsidiaritätsklausel nur eingeschränkt*: Unzulässige Betätigungen liegen nur vor, wenn bei einem *Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge* der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Die gleiche Einschränkung für die Geltung der Subsidiaritätsklausel enthält etwa § 102 Abs. 1 Nr. 3 Gemeindeordnung Baden-Württemberg (GemO BW). In Bayern und Baden-Württemberg kommt es dann aber auf die Frage an, ob die Energieerzeugung auf Basis erneuerbarer Energien zu Tätigkeiten der Daseinsvorsorge gezählt werden kann.

In anderen Bundesländern beantwortet diese Frage der Landesgesetzgeber selbst: So stellt z.B. § 71 Abs. 2 Nr. 4 ThürKO klar, dass die Subsidiaritätsklausel im Rahmen der kommunalen

⁹⁵ *OVG Magdeburg* v. 7.5.2015, Az.: 4 L 163/14 = NVwZ 2015, 1231 ff. m. Anm. *Nebel/Steinbach*, NVwZ 2015, 1235 ff.

⁹⁶ So auch *Kümper/Milstein*, ZfBR 2013, 742, 745; *Shirvani*, NVwZ 2014, 1185, 1187.

len Daseinsvorsorge nicht gilt, *insbesondere im Bereich der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung einschließlich einer Betätigung auf dem Gebiet der Erzeugung, Speicherung und Einspeisung erneuerbarer Energien sowie der Verteilung von hieraus gewonnener thermischer Energie*. Ebenso beziehen § 136 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 Kommunalverfassungsgesetz Niedersachsen (KomVG Nds), § 85 Abs. 1 S. Nr. 3 GemO RLP und § 121 Abs. 1a Hessische Gemeindeordnung (HessGemO) ausdrücklich die Energieversorgung (Hessen und Thüringen speziell auch auf die erneuerbare) in die kommunale Daseinsvorsorge ein. In diesen Ländern kommt es für die Zulässigkeit der energiewirtschaftlichen Betätigung einer Kommune somit nicht mehr auf die Frage an, ob ein Privater den Zweck hier sogar nicht ebenso gut und wirtschaftlich erfüllen kann.

In Nordrhein-Westfalen wurde mit der spezialgesetzlichen Regelung des § 107a GemO NRW zur energiewirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden ausdrücklich von der Geltung der Subsidiaritätsklausel Abstand genommen.⁹⁷

Aber auch ohne eine gesetzliche Klarstellung wird die – konventionelle oder regenerative – Energieversorgung durchaus als ein **klassischer Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge** angesehen.⁹⁸ An diesem Charakter ändere auch die fortgeschrittene Liberalisierung oder Privatisierung von Energiemärkten nichts. Nach wie vor handele es sich bei der Energieversorgung um die Erfüllung eines Grundbedürfnisses der Bevölkerung handelt, welches freilich auch von Privaten erbracht werden könne.⁹⁹ Leistungen, die für das Zusammenleben der Einwohner in der örtlichen Gemeinschaft existenziell notwendig seien, seien zur kommunalen Daseinsvorsorge zu zählen. Vor allem seit dem Ausstieg aus der Kernenergie gelte dies auch für die dezentrale örtliche EE-Erzeugung. Denn diese Leistung sei hierdurch für eine fortdauernde Sicherstellung der Energieversorgung unerlässlich geworden.¹⁰⁰ Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung hat die Strom-, Gas- und Wärmeversorgung schon seit den 1980er Jahren kontinuierlich als Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge qualifiziert.¹⁰¹

Demgegenüber lassen sich sicherlich auch Gegenargumente finden, etwa der deutlich gewandelte, liberalisierte Energiemarkt, der auf Dauer wahrscheinlich auch ohne kommunales

⁹⁷ Vgl. *Held*, in: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, Stand: Dezember 2014, § 107, Ziff. 3.1.4.

⁹⁸ Vgl. *v. Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, 791, 794; *Sonder*, LKV 2013, 202, 205; aus der Rspr. OVG Schleswig v. 11.7.2012, Az.: 2 B 32/12, BeckRS 2013, 59141; OVG Magdeburg v. 7.5.2015, Az.: 4 L 163/14 = NVwZ 2015, 1231 f.

⁹⁹ *Sonder*, LKV 2013, 202, 205.

¹⁰⁰ *v. Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, 791, 794.

¹⁰¹ *BVerfG* NJW 1980, 1093, Rn 1 – juris; *BGH* VersR 1980, 355, Rn 20 – juris; *BGH* NJW-RR 1998, 1497, Rn 37 – juris; *BGH* NJW 2002, 3779 f.; vgl. ferner *OLG Brandenburg*, RdE 2004, 77, Rn 70 – juris.

Engagement die Grundversorgung sicherstellen könnte. Ähnlich hatte auch das *OLG Hamburg* in einer Entscheidung zur vergabefreien Inhouse-Fähigkeit der Hamburger Stadtwerke vorgenommen: Dort wurden die Stromverträge mit den Kunden als „Fremdgeschäfte“ eingestuft, was zur Verneinung einer Tätigkeit „im Wesentlichen für die Stadt Hamburg“ führte und somit eine ausschreibungsfreie Beauftragung (Inhouse-Geschäft) abgelehnt wurde.¹⁰²

Neben diversen landesgesetzlichen Klarstellungen und der Linie der zitierten Rechtsprechung spricht aber letztlich auch die essenzielle Rolle der Kommunen im Bereich der Energiewende auf der Grundlage erneuerbarer Energien, die oben schon angeführt wurde, entscheidend dafür, die Strom- und Wärmeversorgung auf dieser Basis als Leistung der Daseinsvorsorge einzustufen.

dd) Überörtliche gemeindewirtschaftliche Betätigung auf dem Gebiet der Strom- und Wärmeversorgung

In jüngerer Zeit ist aufgrund von oberverwaltungsgerichtlichen Entscheidungen¹⁰³ die Frage in die Diskussion gekommen, inwieweit einer überörtlichen Energie- und Wärmeerzeugung mit Blick auf das Erfordernis einer *öffentlichen Zwecksetzung* rechtliche Grenzen aus den KVerf/GemO der Länder gesetzt sind. In erster Linie entscheidet das der Landesgesetzgeber selbst.

So sieht etwa § 128 Abs. 3 KVG LSA für das Land Sachsen-Anhalt vor, dass die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung außerhalb des Gebietes der Kommune *einem öffentlichen Zweck dient* und ist zulässig, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune steht, die Voraussetzung des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 3 vorliegt und die berechtigten Interessen der betroffenen Kommune gewahrt sind. Insofern ist die kritische und restriktive Entscheidung des *OVG Magdeburg* vom Mai 2015¹⁰⁴ zum Erfordernis des öffentlichen Zwecks bei überörtlicher Stromerzeugung und Einspeisung in ein überörtliches Netz, die auf Grundlage der alten Fassung des KVG LSA erging, obsolet. Die überörtliche Energieerzeugung muss allerdings nach wie vor nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Kommune stehen, die Voraussetzung des Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KVG LSA – die Subsidiaritätsklausel – gilt allerdings immer noch. Dies ist widersprüchlich, denn die Erleichterungen für eine überörtliche Energieerzeugung beim Erfordernis des öffentlichen Zwecks werden dann durch die Subsidiaritätsklausel wieder nivelliert. Es erscheint in Sachsen-Anhalt daher fraglich, ob dies gesetzgeberisch wirklich so gewollt war.

¹⁰² *OLG Hamburg* NZBau 2011, 185.

¹⁰³ *OVG Schleswig* v. 11.7.2013, Az.: 2 LB 32/12, BeckRS 2013, 59141; hierzu *Shirvani*, NVwZ 2014, 1185 ff.; *OVG Magdeburg*, NVwZ 2015, 1231 ff.

¹⁰⁴ *OVG Magdeburg*, = NVwZ 2015, 1231 ff.

§ 68 Abs. 2 S. 2 und 3 KV M-V stellen für das Land *Mecklenburg-Vorpommern* klar, dass *wirtschaftliche Betätigungen auf den Gebieten der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung einem öffentlichen Zweck dienen*, und zwar auch außerhalb des Gemeindegebiets. Für das Land *Brandenburg* trifft § 91 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 KVerf Bbg eine inhaltsgleiche Regelung. Hierbei werden aber die Leistungsfähigkeit der Gemeinde und ein überörtlicher voraussichtlicher Bedarf inzident zur Voraussetzung gemacht.¹⁰⁵

Das Land *Reinland-Pfalz* wählt in § 85 Abs. 2 GemO RLP einen Mittelweg, in dem die überörtliche wirtschaftliche Betätigung grundsätzlich erlaubt, aber an die allgemeinen Voraussetzungen des Abs. 1 geknüpft wird (was allerdings für die Energieerzeugung erleichternd den Wegfall der Subsidiaritätsklausel bedeutet). Des Weiteren müssen die berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden gewahrt werden. Auch Art. 87 Abs. 2 Bayrische GemO, § 102 Abs. 7 GemO BW – für Baden-Württemberg – und § 107a Abs. 3 GemO NRW – für *Nordrhein-Westfalen* – folgen diesem Regelungsansatz, wobei in NRW ebenfalls von der Subsidiaritätsklausel befreit wird.

In den Bundesländern, in denen die überörtliche Betätigung in der Strom- und Wärmeversorgung nicht ausdrücklich auch qua gesetzlicher Definition einem öffentlichen Zweck dient, stellt sich die Frage der „Ortsbezogenheit“ der öffentlichen Zwecksetzung. Hiernach wäre auf der Linie der o.g. Rechtsprechung im Einzelfall entscheidend, inwieweit die überörtliche Betätigung „zumindest auch in Teilen“ dem öffentlichen Interesse der Gemeinde selbst zugutekommt.

b) Fazit

Die gemeindewirtschaftsrechtlichen Regelungen zur Zulässigkeit energiewirtschaftlicher Betätigungen der Kommunen sind in den Bundesländern dem föderativen Prinzip nach zum Teil recht unterschiedlich.

Überwiegend scheint sich in den Ländern der Trend durchzusetzen, der kommunalen Energiewirtschaft als *wirtschaftliche* Betätigung nicht zu große Fesseln anzulegen. Regelungstechnisch wird das in manchen Bundesländern dadurch erreicht, dass für die Energiewirtschaft einer Kommunen der erforderliche *öffentliche Zweck* qua Gesetz als erfüllt gilt. Darüber hinaus nehmen diverse Länder den Bereich der Energiewirtschaft (teilweise mit ausdrücklichem Bezug zu den erneuerbaren Energien) aus der einschränkenden Geltung der Subsidiaritätsklausel aus.

¹⁰⁵ So etwa *Obermann*, in: *Schumacher (Hrsg.)*, Kommunalverfassungsrecht Brandenburg, Kommentar, Stand: Juni 2014, § 91 BbgKVerf, Ziff. 5.3.

Je nach Bundesland ist somit eine gesonderte und sorgfältige Analyse der relevanten Regelungen in den Abschnitten „Gemeindewirtschaft“ der Kommunalverfassungen erforderlich, will man die Möglichkeiten und Grenzen kommunalwirtschaftlichen Engagements in der Energiewende ausloten. Dies empfiehlt sich auch vorab zur Absicherung kommunalwirtschaftlicher Strategien, damit die Kommune nicht Gefahr läuft, aufgrund später auftretender rechtlicher Hürden entsprechende Initiativen und Investitionen zu entwerfen.

Insgesamt zeigt sich, dass mit der Fortentwicklung des Marktes und des EEG inzwischen auch einige Gemeindeordnungen mehr Raum für kommunalwirtschaftliche Betätigungen eröffnen. Die landesgesetzlichen Stellschrauben sind hierbei die Festschreibung der Energie- und Wärmeversorgung als öffentlichen Zweck und die Einschränkung der Subsidiaritätsklausel für energiewirtschaftliche Betätigungen der Kommunen. Allerdings zeigen sich auch Wertungswidersprüche zwischen einer zusehends marktbezogenen Bundes- und in Teilschritten liberalisierenden Landesgesetzgebung einerseits sowie einer klassischen, eher ortsgebundenen Interpretation der Gemeindeordnungen durch die Rechtsprechung andererseits (siehe Direktvermarktung nach EEG und ortsbezogen interpretierter Bedarf der Leistung des gemeindlichen Unternehmens). Diese Wertungswidersprüche können hemmende Wirkung für kommunalwirtschaftliches Engagement zeitigen.

2. Vorgaben des Vergaberechts – Ausschreibungen und Inhouse-Geschäfte im Bereich der kommunalen Energiewirtschaft sowie energieeffiziente Beschaffung

Für den strategischen Aufbau von Strukturen dezentraler Energieerzeugung in Kommunen spielt auch das Vergaberecht eine wichtige Rolle. Hierbei sind zunächst vom Grundsatz her zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Zum einen die, in der sich die Kommune Energielieferverträge von Dritten auf dem Markt beschaffen will (Beschaffungs-Konstellation). Zum anderen geht es um die Konstellation, in der die Kommune die Energieleistungen selbst durch ein eigenes kommunales Unternehmen erbringen oder auch ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen, also eines mit Beteiligung eines privaten Partners, einschalten will (Eigenerbringungs-Konstellation).

a) Beschaffungskonstellation – Energielieferung von Dritten

In der *Beschaffungs-Konstellation* stellt sich erst einmal die Frage, ob es sich bei dem erstrebten Energielieferungsvertrag um einen *öffentlichen Auftrag* eines *öffentlichen Auftraggebers* im Sinne des Vergaberechts handelt, der unter Umständen sogar europaweit ausgeschrieben werden muss. Dies ist unproblematisch zu bejahen, denn die Kommune ist zunächst eindeutig nach dem nationalen Vergaberecht institutionell als kommunale Körperschaft wie auch nach dem europäischen Vergaberecht funktional als „öffentlicher Auftragge-

ber“ nach § 99 Nr. 1 GWB anzusehen. Ein Energieliefervertrag erfüllt auch die Merkmale eines „öffentlichen Auftrags“ gemäß § 99 GWB: Es handelt sich nämlich um die Beschaffung der Waren Strom und Energie oder auch die Dienstleistung der Lieferung dieser Waren. Überwiegender Auffassung nach wird die Lieferung von Strom als eine in Mengen definierbare und mit einem Geldwert messbare Warenlieferung verstanden. Sie fällt dann unter § 103 Abs. 2 GWB.¹⁰⁶ Bei der Lieferung von Wärme scheiden sich die Geister: Zum Teil nimmt man ebenfalls eine Warenlieferung an.¹⁰⁷ Zum Teil wird Wärme angesichts der erheblichen Wärmeverluste bei Transport und „Lagerung“ aber auch als faktisch nicht handelbar und daher im Schwerpunkt als das Ergebnis einer Dienstleistung der Wärmeerzeugung nach § 103 Abs. 4 GWB. eingestuft.¹⁰⁸ Im Endeffekt ist aber die rechtliche Konsequenz dieselbe: Es handelt sich jeweils um öffentliche Aufträge nach § 103 GWB, und folglich muss – bei Erreichen des jeweils aktuellen EU-Schwellenwerts sogar europaweit – ausgeschrieben werden.

Auch eine Gegenleistung im Sinne des § 103 GWB liegt im gezahlten Entgelt der Kommune vor, wobei auch andere geldwerte Gegenleistungen wie etwa eine Beteiligung der Kommune am Energielieferer, ein Gesellschafterverhältnis oder ein Baukostenzuschuss den weit gefassten Entgeltbegriff erfüllen.¹⁰⁹

b) Konstellation der Eigenerbringung – Energielieferung von kommunalem Unternehmen und vergabefreies Inhouse-Geschäft

In der *Eigenerbringungs-Konstellation* ist die Kommune natürlich daran interessiert, die begehrte Leistung von seinem eigenen Unternehmen erbringen zu lassen. Hier stellt sich ebenfalls die Frage, ob auch in der Auftragserteilung der Kommune an ihr Unternehmen ein auszuschreibender Auftrag im Sinne des § 103 GWB vorliegt. Dies würde bedeuten, dass sich das eigens zu diesem Zweck gegründete Unternehmen der Kommune in den – möglicherweise europaweiten – Wettbewerb mit privaten Konkurrenten stellen müsste. Und dies mit dem Risiko und der denkbaren Konsequenz, diesen Wettbewerb zu verlieren. Die kommunalen Investitionen vorab drohten daher entwertet zu werden, zumal sich für ein kommunales Unternehmen für ein Engagement außerhalb des eigenen Gemeindegebiets auch Grenzen nach dem Gemeindefinanzrecht ergeben können (s.o. 1 a).

Eine Ausschreibungspflicht entfiel in dieser Konstellation nach ständiger EuGH-Rechtsprechung nur in den Fällen eines sog. **Inhouse-Geschäfts**. In diesen Fällen fehlt es an einem auszuschreibenden öffentlichen Auftrag nach § 103 GWB. Nach der Rechtsprechung des *EuGH* und diesem folgend auch der nationalen Gerichte darf eine ausschrei-

¹⁰⁶ Wegener, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2011, § 99 GWB, Rn. 72; Meyer-Hofmann/ Tönemann, ZfBR 2009, 554; Tschäpe, ZfBR 2013, 547, 548.

¹⁰⁷ Wegener, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 2011, § 99 GWB, Rn. 72.

¹⁰⁸ Tschäpe, ZfBR 2013, 547, 548.

¹⁰⁹ Tschäpe, ZfBR 2013, 547, 548.

bungsfreie Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen seitens einer Kommune an eine von ihr gehaltene Gesellschaft nur dann als ausschreibungsfreies „Inhouse-Geschäft“ erfolgen, wenn *erstens* der öffentliche Auftraggeber über den zu beauftragenden Rechtsträger eine Kontrolle ausübt „wie über eine eigene Dienststelle“ (sog. **Kontrollkriterium**) und *zweitens* der zu beauftragende Rechtsträger seine Tätigkeit „im Wesentlichen“ für den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, der seine Anteile inne hat (sog. **Wesentlichkeitskriterium**).¹¹⁰ Die Kriterien für ein ausschreibungsfreies Inhouse-Geschäft sind seit dem Jahr 2016 nunmehr im Rahmen des **§ 108 GWB – Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit** – ins Gesetz aufgenommen worden.

Angemerkt sei an dieser Stelle auch, dass die Rechtsprechung die **Suche nach einem privaten Partner für eine gemeinsame Netzbetreibergesellschaft**, gekoppelt an eine Konzessionsvergabe nach § 46 EnWG, nicht als vergabefreie Inhouse-Vergabe sondern bei Bezügen zu Leistungsaufträgen als Dienstleistungsauftrag einstuft: Eine private Beteiligung am Kapital einer Kommune schließt eine Inhouse-Vergabe aus, wenn ein solches Verfahren dem am Kapital beteiligten privaten Partnerunternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.¹¹¹

aa) Kontrollkriterium und kommunale Organisationsformen

Ob eine „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ vorliegt, hängt im Verhältnis Kommune/kommunales Unternehmen stark von der Organisationsform ab. Der Fall der Inhouse-Vergabe von einer öffentlichen Körperschaft (Hauptfall: Kommune) an eine juristische Person (Hauptfall: selbständiges kommunales Unternehmen, GmbH oder Anstalt des öffentlichen Rechts) und dessen Voraussetzungen sind nunmehr in **§ 108 I und II GWB** geregelt.

Für die **kommunale GmbH** war schon seit dem EuGH-Urteil „Stadt Halle“ klar, dass das Kontrollkriterium nur bei einer hundertprozentigen Beteiligung der Stadt erfüllt sein kann.¹¹² Dies bedeutet, dass eine vergabefreie Inhouse-Vergabe an jegliche kommunale GmbH mit privater Beteiligung ausscheidet. Mit Blick auf eine **kommunale GmbH & Co. KG** wird es trotz der Beteiligung privater Investoren als Kommanditisten für möglich gehalten, eine ausreichende Kontrolle über die kommunalen Gesellschafter der GmbH auszuüben, wenn der Gesellschaftsvertrag entsprechend ausgestaltet wird.¹¹³

¹¹⁰ Grundlegend *EuGH NZBau* 2000, 90 (Teckal) und in der Folge viele andere Urteile, aus jüngerer Zeit etwa *EuGH NZBau* 2009, 797 (Se.T.Co.Spa) und *NZBau* 2009, 804 (Acoset); aus der etwas jüngeren Literatur etwa *Polster*, *NZBau* 2010, 486 ff. m.w.N.

¹¹¹ *OLG Düsseldorf*, *ZfBR* 2013, 398, 401 f. mit Verweis auf *EuGH VergabeR* 2010, 478 ff. – Acoset und *EuGH VergabeR* 2005, 43 – Stadt Halle.

¹¹² *EuGH NZBau* 2005, 111 ff.

¹¹³ Vgl. v. *Kaler/Kneuper*, *NVwZ* 2012, 791, 794.

Bei **kommunalen Eigenbetrieben**, die zwar wirtschaftlich verselbständigt sind, aber rechtlich zur kommunalen Körperschaft zählen, dürfte eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen unproblematisch sein, solange die Kommune die wesentlichen wirtschaftlichen und unternehmensstrategischen Entscheidungen bestimmt.

Auch bei **kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts**, in manchen Kommunalverfassungen auch „Kommunalunternehmen“ genannt, lässt sich wegen der stärker öffentlich-rechtlichen/kommunalen Ausgestaltung der leitenden Organe leichter die erforderliche Kontrolle bewerkstelligen.¹¹⁴ Hierbei sind die Gewährträgerschaft der Gemeinde, der kommunale besetzte Vorstand und Verwaltungsrat als Kontrollgremium gewichtige Argumente, die für eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen sprechen.

Was die **eingetragene Genossenschaft (eG)** anbetrifft, die als bürgerschaftlich orientierte Organisation in Frage kommt, so werden generelle Zweifel an der Erfüllung des Kontrollkriteriums geäußert: Da gemäß § 43 Abs. 3 GenG grundsätzlich jedes Mitglied in der Generalversammlung eine Stimme habe, sei eine Beherrschung der eG durch einzelne Genossen nicht mit der demokratischen Struktur der eG zu vereinbaren.¹¹⁵ Dieser Einwand ist auf den entscheidenden Punkt hin zuzuspitzen: Nach dem Kontrollkriterium fragt sich, ob die Kommune als Auftrag gebende Körperschaft die eG als Auftragnehmerin *wie eine eigene Dienststelle kontrollieren* kann. Näher zu untersuchen wäre also, ob die Ausgestaltung und Entscheidungsabläufe einer eG eine solche Kontrolle ausschließen.

bb) Wesentlichkeitskriterium – Umsätze für die Kommune und Fremdgeschäfte für Dritte

Eine Inhouse-Vergabe ohne Ausschreibung ist nach dem zweiten Kriterium, dem sog. **Wesentlichkeitskriterium**, nur zulässig, wenn das zu beauftragende Unternehmen seine Tätigkeit „im Wesentlichen“ für den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, der seine Anteile hält. Dieses Kriterium hatte in jüngerer Zeit erheblich an Aufmerksamkeit gewonnen, und auch in der hier relevanten Konstellation, in der eine Kommune ihr eigenes Unternehmen ohne Ausschreibung mit der Energieerzeugung beauftragen möchte, wird das Kriterium entscheidend. Denn es fragt sich, ob nur die Kommune mit Energie beliefert werden soll oder ob auch Dritte auf dem Energiemarkt Kunden sein werden. Je nach dynamischer Entwicklung in den Markt hinein, steht die ausschreibungsfreie Inhouse-Vergabe auf dem Spiel.

Nunmehr hat der Gesetzgeber das „**Wesentlichkeitskriterium**“ in **§ 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB** aufgenommen: Hiernach müssen **80 Prozent der Tätigkeiten** der juristischen Person (des

¹¹⁴ Zur Inhousefähigkeit von Kooperationen zwischen kommunalem Zweckverband und AöR, OLG Düsseldorf, NZBau 2006, 662 ff.; hierzu *Düsterdiek*, NZBau 2006, 618 ff.

¹¹⁵ Vgl. v. *Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, 791, 794.

kommunalen Unternehmens) der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber (der Kommune) oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde.

Konkretisierend für das Verständnis vom *Wesentlichkeitskriterium* einschließlich der Frage von Drittumsätzen nimmt aber nach wie vor das *EuGH*-Urteil „Carbotermo“ eine zentrale Stellung ein.¹¹⁶ Die weiteren Urteile „Asemfo“¹¹⁷, „AP“¹¹⁸ und „Se.T.Co.Spa“¹¹⁹, die sich ebenfalls mit dem *Wesentlichkeitskriterium* beschäftigen, bezogen sich maßgeblich auf die Leitlinien dieses Urteils.

Im Urteil „Carbotermo“ macht der *EuGH* die Zielrichtung des Wesentlichkeitskriteriums deutlich: Das europäische Vergaberecht soll anwendbar bleiben, wenn ein von einer oder mehreren Körperschaften kontrolliertes Unternehmen *auf dem Markt tätig ist* und daher *mit anderen Unternehmen in Wettbewerb treten kann*. Denn solange das Unternehmen noch einen *bedeutenden Teil seiner wirtschaftlichen Tätigkeit mit anderen Wirtschaftsteilnehmern* abwickeln kann, fehle es ihm nicht unbedingt nur deshalb an Handlungsfreiheit, weil seine Entscheidungen von der Körperschaft kontrolliert werden, die seine Anteile innehat. Bezugspunkt des Wesentlichkeitskriteriums ist also in erster Linie ein dezidiertes Auftreten des beauftragten gemeindlichen Unternehmens im Wettbewerb mit privaten Unternehmen auf dem Markt.¹²⁰

Sodann führt der *EuGH* in den Rn. 63 f. Näheres zu den Kriterien aus, nach denen die Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber zu beurteilen ist: Das Unternehmen müsse *hauptsächlich für diese Körperschaft tätig werden* und jede andere Tätigkeit müsse *rein nebensächlich* sein. Um dies zu untersuchen, seien *alle – qualitativen wie quantitativen – Umstände des Einzelfalls* zu berücksichtigen.

Unter *qualitativen Umständen* ist – in Abgrenzung zu den quantitativen Umständen, die sich vor allem auf den Umsatz beziehen – vor allem die Position des ohne Ausschreibung beauftragten Unternehmens im Wettbewerb zu betrachten. Je mehr sich das Unternehmen in Konkurrenz zu privaten Unternehmen auf dem Markt bewegt und dort Gewinne mit Dritten erzielt, desto eher greift der Linie des *EuGH* nach die Pflicht, sich dann auch dem Ausschreibungswettbewerb zu stellen.

¹¹⁶ *EuGH* NZBau 2006, 452, 455, Rn. 58 ff. (Carbotermo).

¹¹⁷ *EuGH* NZBau 2007, 381, 386, Rn. 62 ff. – Asemfo.

¹¹⁸ *EuGH* NZBau 2008, 189 – AP, Rn. 61 ff.; hierzu auch *Wagner-Cardenal/Scharf/Dierkes*, NZBau 2011, 271, 272 f.

¹¹⁹ *EuGH* NZBau 2009, 797, 803 (Se.T.Co.Spa), Rn. 79 f.

¹²⁰ So auch *Jennert*, NZBau 2006, 421, 423.

In quantitativer Hinsicht trifft der EuGH (Rn. 65-67) maßgebliche Aussagen für die Bedeutung des Umsatzes ab, der im Zusammenhang mit der beauftragenden Körperschaft erzielt wird. Diese Aussagen sind besonders interessant für die hier zu behandelnde Rechtsfrage zu den Dritt- oder Fremdgeschäften kommunaler Unternehmen, denn der EuGH greift hier auch die Konstellation auf, dass Umsätze mit Dritten eventuell auch unter die Tätigkeit für den kommunalen Auftraggeber fallen können. Ausschlaggebend sei der Umsatz, den das Unternehmen aufgrund der Vergabeentscheidung der kontrollierenden Körperschaft erzielt, einschließlich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Entscheidungen mit Nutzern erzielt wird. Zu berücksichtigen seien alle Tätigkeiten, die ein Unternehmen als Auftragnehmer im Rahmen einer Vergabe durch den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, ohne dass die Person des Begünstigten – sei es der öffentliche Auftraggeber selbst oder der Nutzer der Leistungen – von Bedeutung wäre. Es komme nicht darauf an, wer das betreffende Unternehmen vergütete, sei es die Körperschaft, die seine Anteile innehat, oder seien es Dritte als Nutzer der Dienstleistungen, die auf Grund von Konzessionen oder anderen von der Körperschaft eingegangenen Rechtsbeziehungen erbracht würden. Auch spiele es keine Rolle, in welchem Gebiet die genannte Leistung erbracht würde.

Die Frage, wieviel an Tätigkeit denn als „wesentlich“ gelten darf, ist nunmehr über § 108 I Nr. 2 GWB geklärt: **80 Prozent der Tätigkeiten** müssen der Ausführung von Aufgaben für die betrauende Kommune dienen. In der nationalen Rechtsprechung war zuvor keine klare Linie zu erkennen. Auf nationaler Ebene hatte die Gerichtsbarkeit schon eine ausschreibungsfreie Vergabe einer öffentlichen Körperschaft an ihr öffentliches Unternehmen scheitern lassen, wenn „nur“ etwa 92,5 % der Geschäfte insgesamt für die Mutter-Körperschaft erbracht werden.¹²¹ Die Diskussion ist in jüngerer Zeit noch komplizierter geworden, weil die Rechtsprechung einzelner Vergabekartellsenate mittlerweile auch Leistungen für Kunden in liberalisierten Märkten¹²² und Marktumsätze von Tochtergesellschaften der von der Kommune beauftragten Gesellschaft als (inhouse-schädliche) *Fremdgeschäfte* mit angerechnet hat.¹²³ In diesen Fällen wurde das Wesentlichkeitskriterium als nicht erfüllt angesehen, und vergabefreie Inhouse-Geschäfte der Kommunen wurden somit verneint.

Allerdings ist mit dem neuen § 108 I Nr. 2 GWB und für interkommunale Kooperationen mit § 108 VI GWB nur rein quantitativ und „unter dem Strich“ klar gestellt worden, dass mehr als 80 % der Aufträge des beauftragten Unternehmens Aufgaben dienen müssen, mit denen es durch die kontrollierende Körperschaft betraut worden ist.

¹²¹ OLG Celle NZBau 2007, 126: Inhouse-Vergabe bei Fremdgeschäftsanteil von 7,5% verneint, bekräftigt durch OLG Celle NZBau 2010, 194 ff.

¹²² Inhouse-Geschäft verneint durch OLG Hamburg NZBau 2011, 185; hierzu Scharf/Dierkes/Wagner-Cardenal, NZBau 2011, 271 ff.; des Weiteren verneint durch OLG Frankfurt ZfBR 2012, 77 ff.

¹²³ OLG Düsseldorf NZBau 2012, 50 ff.; OLG Celle NZBau 2010, 194 ff.

Dies bedeutet mit anderen Worten: Bis zu 20 % Fremdgeschäfte mit Dritten außerhalb des kommunalen Auftrags hindern eine Inhouse-Vergabe einer Kommune an ihr Energieerzeugungsunternehmen nicht. Die geschilderte *EuGH*-Rechtsprechung bleibt aber für die Frage relevant, welche Arten von Drittgeschäften unter Umständen zur Tätigkeit für die Kommune gezählt werden können.

Im Hinblick auf die Einspeisung erneuerbarer Energien findet sich die Auffassung, die Einspeisung nach dem EEG sei keine Marktteilnahme, sondern begründe nur ein gesetzliches Schuldverhältnis mit dem Netzbetreiber.¹²⁴ In der Konsequenz für das „Wesentlichkeitskriterium“ bleiben die Autoren allerdings vorsichtig.¹²⁵ Angedeutet wird wohl, dass die reine Einspeisung – anders als die Direktvermarktung, die allerdings schon im EEG 2014 als Regelfall deutlich aufgewertet worden ist –, nicht als marktbezogene Tätigkeit anzusehen ist, die einer Inhouse-Vergabe entgegenliefe.

Gefährlich könnte dem Modell der kommunalen Eigenerbringung allerdings die oben erwähnte Rechtsprechung der *OLG Hamburg* und *Frankfurt*¹²⁶ werden: Die Gerichte hatten alle Stromgeschäfte eines Stadt- bzw. kommunalen Wasserwerks mit ihren Kunden als Fremdgeschäfte auf dem liberalisierten Energiemarkt eingestuft und die Inhouse-Geschäfte daher für unzulässig erklärt. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Linie in der Rechtsprechung fortsetzt.

3. Rechtsfragen zum Thema „Bürgerbeteiligung und Energiewende“

Einen regen Anteil in der Diskussion einer kommunalen Energiewende nimmt das Thema „Bürgerbeteiligung“ und „Bürgerenergie“ ein.¹²⁷ Auch bei der Novellierung des EEG sind die bislang gegangenen Schritte und Modelle bürgerschaftlichen Engagements in die Debatte geworfen worden, etwa im Hinblick auf die Risiken der im EEG geplanten **Ausschreibungen** für kleinere, von Bürgern gehaltenen Energieerzeugungsunternehmen.¹²⁸

a) Kritik an den jüngsten EEG-Novellen

Die EEG-Novelle von 2014 wurde aus Sicht von Projekten, die von bürgerschaftlichem Engagement getragen werden, sehr kritisch eingeschätzt. Besondere Gefährdungen wurden im

¹²⁴ Vgl. v. *Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, 791, 794.

¹²⁵ v. *Kaler/Kneuper*, a.a.O., „...Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen“.

¹²⁶ *OLG Hamburg* NZBau 2011, 185; hierzu *Scharf/Dierkes/Wagner-Cardenal*, NZBau 2011, 271 ff.; *OLG Frankfurt* ZfBR 2012, 77 ff.

¹²⁷ Nach *Maly/Meister/Schomerus*, ER 2014, 147, mwN steuerten Projekte der Bürgerenergie 2013 25,3 % der deutschen Stromversorgung bei; zu den Folgen des EEG für die „Bürgerenergie“ insgesamt auch *Degenhart/Nestle*, Marktrealität von Bürgerenergie und mögliche Auswirkungen von regulatorischen Eingriffen, 2014.

¹²⁸ Zu den Ergebnissen der ersten drei Ausschreibungen im Rückblick *Gawel/Purkus/Bruttel*, EnWZ 2016, 153 ff.

Regelmodell der Direktvermarktung und in potenziellen Ausschreibungsmodellen gesehen, in denen Planungen und Vorhaben der Bürgerenergie mit hohen Investitionsrisiken nicht konkurrenzfähig seien.¹²⁹

Gemäß § 2 Abs. 5 S. 3 EEG soll die Akteursvielfalt bei der Stromerzeugung bei der Umstellung auf Ausschreibungen aus erneuerbaren Energien erhalten bleiben. Demgegenüber wurde jedoch befürchtet, dass gerade die Kleinbetreiber durch hohen bürokratischen Aufwand und die notwendigen Investitionen in Ausschreibungsverfahren benachteiligt werden und die Direktvermarktung einer Oligopolisierung Vorschub leistet.¹³⁰

Planungen und Vorhaben der Bürgerenergie liefen Gefahr, nicht nur mit Blick auf Photovoltaik-Flächenanlagen, sondern auch bei Gebäudeanlagen **mit hohen Investitionsrisiken gegenüber größeren Unternehmen nicht mehr konkurrenzfähig** zu sein. Es wird von einem „möglicherweise existenziellem Risiko“ gesprochen.¹³¹ Als Kritikpunkte am Ausschreibungsmodell wurden darüber hinaus im Einzelnen genannt:

- Die Berechenbarkeit der Gewinnsituation nehme in der Planungsphase von Projekten ab;
- es bestehe anders als bei größeren Unternehmen keine Möglichkeit der Risikostreuung durch Teilnahme an verschiedenen Projekten;
- es bestehe eine sehr späte Gefahr des Scheitern kostenintensiver Projekte, nämlich erst bei nicht erfolgtem Zuschlag;
- das Vertrauen in die ungewissen Chancen von Ausschreibungen könne schwinden, womit auch weniger finanzielles Engagement der Bürgerinnen und Bürger verbunden wäre;
- es bestehe das Risiko mangelnder Akzeptanz und schwindenden Inputs bürgerlicher Ortskenntnis in Projekte vor Ort.

Der Vollständigkeit halber sollen hier **weitere Kritikpunkte** seitens der Befürworter der „Bürgerenergie“ genannt werden: Probleme wurden in der Folge des geänderten Referenztragsmodells für Onshore-Windenergieanlagen gesehen: Infolge sinkender Cash-flows werde der Kapitaldienst schwieriger und auch höhere Eigenkapitalforderungen der Kreditgeber seien zu erwarten, so dass gerade Bürgerenergieprojekte mit schlechteren Chancen der Kreditbeschaffung unter Druck gerieten. Auch im Direktvermarktungsmodell als gesetzlichem Regelfall des EEG 2014 werden Risiken für Bürgerenergieprojekte gesehen: Erhöhte Risi-

¹²⁹ Maly/Meister/Schomerus, ER 2014, 147, 152 ff.; näher zum Regelungsansatz der Freiflächenausschreibungsverordnung – FFAV - Stelter, EnWZ 2015, 147 ff.; Huerkamp, EnWZ 2015, 195 ff.

¹³⁰ Rodi, EnWZ 2014, 289, 290.

¹³¹ Maly/Meister/Schomerus, ER 2014, 147, 153 ff. mit Verweis auf Degenhart/Nestle, Marktrealität von Bürgerenergie und mögliche Auswirkungen von regulatorischen Eingriffen, 2014, S. 116.

koprämien und Eigenkapitalforderungen sowie eine insgesamt reduzierte Projektrentabilität kennzeichnen die größten Sorgen ihrer Befürworter.¹³²

Die genannten Kritikpunkte scheinen im Rahmen der **Novellierung des EEG 2017** zumindest zum Teil verfangen zu haben. Die Bundesregierung wollte mit besonderen Ausschreibungsbestimmungen sicherstellen, dass sich die besonderen Anforderungen an die verpflichtenden Ausschreibungen nicht zu unüberwindbaren Hemmnissen etwa für bürgerrechtliche Akteure auswachsen.¹³³

Nunmehr findet sich eine Sonderbestimmung im EEG für **Bürgerenergiegesellschaften**.¹³⁴ Was eine Bürgerenergiegesellschaft im Sinne des EEG ist, definiert zunächst § 3 Nr. 15 EEG 2017: Eine Bürgerenergiegesellschaft muss mindestens aus zehn natürlichen Personen als stimmberechtigte Mitglieder oder Anteilseigner bestehen. Außerdem müssen mindestens 51 % der Stimmrechte bei natürlichen Personen liegen, die seit mindestens einem Jahr vor der Gebotsabgabe in der kreisfreien Stadt oder dem Landkreis, in der oder dem die geplante Windenergieanlage an Land errichtet werden soll, mit ihrem Hauptsitz gemeldet sind. Kein Mitglied oder Anteilseigner darf mehr als 10 % der Stimmrechte an der Gesellschaft halten.

§ 36 g EEG 2017 enthält besondere, teilweise **erleichterte Ausschreibungsbedingungen** für Bürgerenergiegesellschaften: Hiernach können Bürgerenergiegesellschaften zum Beispiel unter näher bestimmten Bedingungen bereits vor der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz Gebote für bis zu sechs Windenergieanlagen an Land abgeben. Die zu installierende Leistung darf hierbei insgesamt nicht mehr als 18 Megawatt betragen. Des Weiteren werden an Bürgerenergiegesellschaften bei Nachweis ihrer besonderen Voraussetzungen vereinfachte Anforderungen im Ausschreibungsverfahren gestellt. Hierunter fallen reduzierte Sicherheiten und längere Realisierungsfristen. In § 36 g Abs. 3 EEG 2017 ist zudem eine Beteiligungsregelung zugunsten der Gemeinden vorgesehen: Die Bürgerenergiegesellschaft muss der Gemeinde, in der die geplante Windenergieanlage errichtet werden soll, oder einer Gesellschaft, an der diese Gemeinde zu 100 % beteiligt ist, eine finanzielle Beteiligung von 10 % an der Bürgergesellschaft angeboten haben.¹³⁵

Ob die Neuregelungen tatsächlich die Konkurrenzfähigkeit von Bürgerenergiegesellschaften im neuen Ausschreibungsmodell des EEG 2017 sichern oder gar verbessern können, wird von der kommunalen Praxis sehr skeptisch gesehen. Aus kommunaler Sicht haben die Ausschreibungsregelungen einen abschreckenden Effekt für die Praxis von Bürgerenergiege-

¹³² Maly/Meister/Schomerus, ER 2014, 147, 150 ff. mit Verweis auf *Degenhart/Nestle*, a.a.O., S. V-VII, S. 60 ff.

¹³³ Vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 18/8860, 151 ff.

¹³⁴ Näher *Frenz*, ER 2016, 194 ff.; im Überblick *Kahl/Kahles/Müller*, ER 2016, 187, 189.

¹³⁵ Vgl. auch *Vollprecht/Altrock*, EnWZ 2016, 387, 390.

sellschaften. Für einige geplante Projekte wird angesichts der immer noch zu großen Risiken das „Aus“ befürchtet.¹³⁶

b) Aktuelle Rechtsfragen zu Bürgerwindparks/Bürgerkraftwerken

Grundsätzlich werden bei der Bürgerbeteiligung in der Energiewende Modelle unterschieden, in denen der Bürger „als Geldgeber“ (Darlehensgeber, Gläubiger einer Inhaberschuldverschreibung) oder „als Gesellschafter“ (Inhaber von Anteilen einer Energiegesellschaft oder -genossenschaft) auftritt. Hierbei bestimmen die Verhältnisse vor Ort und die Komplexität des anvisierten Projekts das gewählte Modell.¹³⁷

Vor allem im Bereich der Windenergie finden sich inzwischen diverse Initiativen zu „**Bürgerwindparks**“ und Ähnlichem, für deren Zulässigkeit sich einige Rechtsfragen ergeben haben. Dies beginnt bei der Finanzierung. So kommen Regelungen des Bank- und Kapitalmarktrechts (Vermögensanlagengesetz - VermAnlG, Kreditwirtschaftsgesetz – KWG) in Betracht, wenn Bürger Einlagen leisten oder als Darlehensgeber in Aktion treten. Insbesondere ist der sog. Bankvorbehalt nach § 32 I KWG zu beachten: Hiernach dürfen gewerbsmäßige Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen nur nach vorheriger Erlaubnis durch die BaFin erbracht werden. Der Bankvorbehalt lässt sich aber durch Gestaltungen über qualifizierte Rangrücktritte vermeiden.¹³⁸

Weitere Rechtsgebiete, auf die hier nur im Überblick hingewiesen und an anderer Stelle näher eingegangen wird, werfen Fragen bei der Bürgerbeteiligung an energiewirtschaftlichen Projekten auf. So etwa im **Bauplanungsrecht**: Dort hat die Rechtsprechung der Festsetzung von „Bürgerwindparks“, die eine bestimmte kommunale Organisationsform vorsehen und dadurch der Kommune Wettbewerbsvorteile verschaffen, einen Riegel vorgeschoben (vgl. näher oben III 1 a cc).

Auch ist auf aktueller Gesetzeslage fraglich, ob „Bürgerkraftwerke“ im Rahmen städtebaulicher Verträge nach § 11 BauGB als sog. *Einheimischenmodelle* ausgestaltet werden dürfen oder ob hier – wenn dies der Gesetzgeber befürwortet - eventuell gesetzlicher Klarstellungsbedarf besteht.¹³⁹ Wollen Gemeinden auf vertraglichem Wege, etwa per Pacht- und/oder städtebaurechtlichem Vertrag Modelle verwirklichen, in denen sich die wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Bürger wiederfinden, so sind eventuell vergaberechtliche Fragen zu beachten, denn möglicherweise handelt es sich nach der Rechtsprechung um

¹³⁶ So einhellig die kommunalen Vertreter im Praxis-Workshop des Projekts in der Agentur für erneuerbare Enregionen (AEE) am 26.9.2016 in Berlin; sehr optimistisch dagegen *Frenz*, ER 2016, 194, 196 („...Konkurrenzfähigkeit bleibt gewahrt.“).

¹³⁷ Näher zu den einzelnen Modellen bürgerschaftlicher Teilhabe v. *Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, 791 ff.; *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, 288 ff.

¹³⁸ Hierzu v. *Kaler/Kneuper*, NVwZ 2012, 791, 794 f.; *Zenke/Dessau*, KommJur 2013, 288, 290.

¹³⁹ *Rodi*, EnWZ 2014, 289, 290.

einen auszuschreibenden Vorgang. Hat die Gemeinde etwa vor, sich Flächen in Eignungsgebieten durch Pachtverträge „auf Vorrat“ zu sichern, nachdem sie entsprechende Planungen durch ihre eigene Bauleitplanung vorgenommen hat, so riskiert sie ferner mit gebietsbezogener Marktmacht Kartellrechtsverstöße (§§ 19, 20 GWB). Dies gilt insbesondere für die Strategie, die Pachtverträge sicherheitshalber schon vor Veröffentlichung ihrer Planungsbestrebungen abzuschließen, um sich einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.¹⁴⁰

Im Rahmen vertraglicher Beteiligungsmodelle, die zwischen Gemeinde und Projektierer vereinbart werden, können sich zudem Abgrenzungsfragen stellen: So können Pacht- und gemeindliche/bürgerschaftliche Beteiligungsmodelle für Windenergieanlagen privat- aber auch öffentlich-rechtliche Inhalte aufweisen, so dass die Zuordnung zum vertraglichen Rechtsgebiet mit den jeweiligen Konsequenzen – etwa Geltung des Kopplungsverbots für öffentlich-rechtliche Verträge nach § 56 VwVfG – ein Thema werden kann.¹⁴¹

Im Übrigen kann auch das Gemeindefirtschaftsrecht (s.o. IV 1 a) Grenzen der gemeindlichen Betätigung für gemeindlich-bürgerschaftliche Organisationsformen setzen.

c) Überblick über die Möglichkeiten des Genossenschaftsrechts

Es steht Bürgern, die sich wirtschaftlich im Bereich der Energiewende engagieren wollen, frei, eine Genossenschaft nach den Vorgaben des Genossenschaftsgesetzes (GenG) zu gründen. Das Wesen der Genossenschaft einschließlich der gesetzlich vorgegebenen Zweckrichtung beschreibt § 1 Abs. 1 GenG:

- (1) Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren **Zweck** darauf gerichtet ist, den **Erwerb** oder die **Wirtschaft ihrer Mitglieder** oder deren **soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern** (Genossenschaften), erwerben die Rechte einer "eingetragenen Genossenschaft" nach Maßgabe dieses Gesetzes.

Die Gründung einer Genossenschaft ist etwa auch für den **Betrieb von Anlagen erneuerbarer Energien** anerkannt. Eine Genossenschaft kann sich auch an Gesellschaften beteiligen, die eine solche Anlage betreiben.¹⁴²

Eine Genossenschaft ist keine Personengesellschaft im Sinne der 705 ff. BGB, sondern ein durch das Genossenschaftsgesetz (GenG) geregelter **Förderverein**.

¹⁴⁰ *Bringewat*, ZUR 2013, 535, 537 f.; zum Gebot der wettbewerbsneutralen Bauleitplanung zuletzt *OVG Schleswig*, ZUR 2013, 551, 553.

¹⁴¹ Näher – u.a. auch zu etwaigen strafrechtlichen Implikationen bei Korruptionsfällen im Verhältnis von Gemeinde und Projektierern - *Bringewat/Bringewat*, KommJur 2015, 1 ff.

¹⁴² Hierzu *Althanns*, ZfBR-Beilage 2012, 36 ff.

Durch die Eintragung in das Genossenschaftsregister wird die Genossenschaft als eingetragene Genossenschaft (eG) juristische Person des Privatrechts (§ 17 GenG).

Die Mindestanzahl für die Gründung beträgt nach § 3 GenG vier Mitglieder.

§ 1 GenG setzt allerdings voraus, dass die Genossenschaft zweckgerichtet den Erwerb, die Wirtschaft, die sozialen oder kulturellen **Belange ihrer Mitglieder durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb** fördert. Hierfür wird keine Gewinnerzielungsabsicht vorausgesetzt. Diese darf allenfalls helfen, den Förderauftrag zu erfüllen. Eine Genossenschaft darf nicht hauptsächlich erwerbswirtschaftlich tätig sein.¹⁴³

Die **Förderung des Erwerbs** der Mitglieder erfasst jede berufliche oder gewerbliche Tätigkeit mit der Absicht, Einnahmen zu erzielen. **Förderung der Wirtschaft** bedeutet jede Unterstützung für die private Haushaltsführung der Mitglieder. Ein typischer Fall ist die Senkung der Ausgaben für die Mitglieder der Genossenschaft.¹⁴⁴ Beide Zwecke – Erwerbs- und Wirtschaftsförderung – können parallel verfolgt werden.¹⁴⁵

Auch wenn sich § 1 GenG auf soziale oder kulturelle Belange einbezieht, so ist es weiterhin zulässig, dass die Genossenschaft sich allein auf die Förderung ihrer Mitglieder bezieht.¹⁴⁶

Unter einem **gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb** wird eine planmäßige, auf Dauer angelegte, unternehmerische Tätigkeit verstanden, die sachliche, personelle und organisatorische Mittel zusammenfasst, um den genossenschaftlichen Zweck zu erreichen. Dies verlangt keinen kaufmännisch eingerichteten Betrieb oder einen Gewerbebetrieb im Sinne der GewO. Auch kein bestimmter Geschäftsumfang wird vorausgesetzt.¹⁴⁷

Als **Kaufmann** gilt die **eingetragene Genossenschaft** (eG) gem. § 17 Abs. 2 GenG nur kraft ihrer Rechtsform. Als eG ist sie dann aber an diverse Vorschriften des Handelsgesetzbuchs (HGB) gebunden, wie etwa die Regelungen über die Firma (§§ 17 ff. HGB), die Bestellung eines Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten (§§ 48 ff. HGB) oder das Führen von Handelsbüchern (§§ 238 ff. HGB).¹⁴⁸

Die eG benötigt eine Satzung, für die inhaltlich gewisse Mindestanforderungen bestehen (näher §§ 6 ff. GenG).

¹⁴³ *Fandrich*, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs*, GenG, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 6; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, 5. Aufl. 2011, § 1 Rn. 11.

¹⁴⁴ *Fandrich*, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs*, GenG, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 9 f.; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, 5. Aufl. 2011, § 1 Rn. 13.

¹⁴⁵ *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, 5. Aufl. 2011, § 1 Rn. 17.

¹⁴⁶ *Fandrich*, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs*, GenG, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 12.

¹⁴⁷ *Fandrich*, in: *Pöhlmann/Fandrich/Bloehs*, GenG, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 21; *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, 5. Aufl. 2011, § 1 Rn. 28.

¹⁴⁸ *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, 5. Aufl. 2011, § 17 Rn. 4.

V. Gesetzliche Vorgaben für Kommunen für eine dezentrale Energiewende durch den Landesgesetzgeber?

Da es dem Bund wegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG verwehrt ist, den Kommunen unmittelbar konkrete Klimaschutzziele vorzugeben oder auch bestimmte Maßnahmen vorzuschreiben (z.B. verpflichtende Energie- und Wärmenutzungsplanungen, Festsetzungen von Fern- oder Nahwärmegebieten), die den Handlungskreis der Kommunen in ihren Verwaltungsaufgaben erweitern, richtet sich der Blick auf den Landesgesetzgeber. Eine generelle Sperre für den Landesgesetzgeber, den Kommunen gesetzliche Aufgaben zu übertragen, besteht anders als im Fall des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht. Allerdings ist stets das sog. **Konnexitätsprinzip**, ausdrücklich in den Landesverfassungen geregelt (z.B. Art. 49 Abs. 5 LVerf Rheinland-Pfalz, Art. 83 Abs. 3 BayrVerf, Art. 78 Abs. 3 LVerf Nordrhein-Westfalen) zu beachten. Dieses Prinzip verbietet es dem Landesgesetzgeber, Aufgaben auf die kommunale Ebene zu übertragen, ohne dass die Kostendeckung geregelt ist oder bei finanzieller Mehrbelastung der Kommunen für einen entsprechenden Kostenausgleich gesorgt wird.¹⁴⁹ Auch über die Rechtsprechung haben Kommunen schon diverse Male auf das Konnexitätsprinzip gepocht.¹⁵⁰

Unabhängig von der schwer zu beantwortenden Frage, ob es aus Sicht der Praxis erfolgversprechender ist, im kommunalen Eigeninteresse auf freiwillige und informelle kommunale Planungen, Initiativen etc. zu setzen oder mehr gesetzliche Verbindlichkeit zu etablieren, wären landesgesetzliche Initiativen, die den Kommunen bestimmte verbindliche Aufgaben im Bereich der Energiewende auferlegen, im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenzen denkbar. Letzteres bedeutet, solange nicht der Bund im Rahmen seiner ausschließlichen oder konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz eine abschließende Regelung getroffen hat.

1. Klimaschutzgesetze der Bundesländer als Ansatzpunkt für eine Stärkung der kommunalen Energiewende?

Als landesgesetzlicher Ansatzpunkt für eine Forcierung einer dezidiert auch kommunalen Energiewende rücken thematisch die Klimaschutzgesetze einzelner Bundesländer, die in den letzten Jahren in Hessen, Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, und Rheinland-Pfalz erlassen wurden, in den Blickpunkt.

¹⁴⁹ Hierzu aus der Literatur *Zieglmeier*, NVwZ 2008, 270 ff. (für Bayern), *Schliesky*, DÖV 2001, 714 ff.

¹⁵⁰ Vgl. aus jüngerer Zeit etwa *Nordrhein-Westf. VerfGH* vom 12.10.2010 – VerfGH 12/09 -, NVwZ-RR 2011, 41 ff.; *Brandenburg. VerfG* vom 15.12.2008 – VfG Bbg. 66/07 -, NVwZ-RR 2009, 185 ff.; *VerfGH Bayern* vom 6.2.2007 – Vf. 14-VII-04, BeckRS 2007, 24640, *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2013, 529 ff.

Als erstes Bundesland hatte die Freie und Hansestadt Hamburg schon 1997 ein Klimaschutzgesetz verabschiedet.¹⁵¹ Zum Thema „Energieeinsparen“ hatte das Land Berlin im Jahr 1990 ein Energiespargesetz verabschiedet, das sich auf die Einsparung in öffentlichen Gebäuden, finanzielle Fördermaßnahmen und u.a. auch das Verbot des Neuanschlusses von Elektroheizungen konzentrierte.¹⁵²

In jüngerer Zeit, im Jahr 2012, hat zunächst das Land Hessen mit einem „Energiezukunftsgesetz“ Aufmerksamkeit erregt.¹⁵³ Als Art. 1 dieses Gesetzespakets wurde das Hessische Energiegesetz (HEG) verabschiedet. Etwas später hat sich das Land Nordrhein-Westfalen mit seinem Klimaschutzgesetz¹⁵⁴ an die Spitze einer Dreier-Gruppe gesetzt. Es folgten die Länder Baden-Württemberg¹⁵⁵ und Rheinland-Pfalz.¹⁵⁶ In Bremen wurde im März 2015 das Bremische Klimaschutz- und Energiegesetz (BremKEG) erlassen.¹⁵⁷

In den Bundesländern Niedersachsen und Schleswig-Holstein finden derzeit noch klimaschutzpolitische parlamentarische Diskussionen und Initiativen (Stand: Februar 2017) statt, die auf die jeweiligen Koalitionsverträge zurückgehen. Schleswig-Holstein hatte Ende 2015 einen Gesetzentwurf vorgelegt.

Im Vorhinein stellte sich allerdings die verfassungsrechtliche Frage, ob den Bundesländern eine **Gesetzgebungskompetenz für den Klimaschutz** zusteht. Dieses Kompetenz-Problem greifen auch § 2 KSG BW und § 2 LKSG RLP auf: Hiernach findet das Landesgesetz keine Anwendung, soweit bundesgesetzliche Regelungen zum Klimaschutz abschließenden Charakter haben. Der Hintergrund hierfür ist, dass Regelungen zur Verminderung des Ausstoßes von Treibhausgasen nach verbreiteter Auffassung unter die „Luftreinhaltung“ i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG zu fassen sind. Für entsprechende Maßnahmen kommen jedoch auch – je nach Sachzusammenhang – weitere Kompetenztitel in Betracht, beispielsweise im Bereich

¹⁵¹ Hamburgisches Gesetz zum Schutz des Klimas durch Energieeinsparung (Hamburgisches Klimaschutzgesetz – HmbKliSchG), HmbGVBl. 261, vom 25. Juni 1997, zuletzt geändert durch Artikel 32 des Gesetzes vom 17. Dezember 2013, HmbGVBl. S. 503, 531.

¹⁵² Gesetz zur Förderung der sparsamen sowie umwelt- und sozialverträglichen Energieversorgung und Energienutzung im Land Berlin (Berliner Energiespargesetz – BEnSpG) vom 2. Oktober 1990, GVBl. S. 754, zuletzt geändert durch Artikel I Nr. 1 des Gesetzes vom 12.10.1995, GVBl. S. 664.

¹⁵³ Hessisches Energiezukunftsgesetz vom 21. November 2012, GVBl. S. 444.

¹⁵⁴ Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes in Nordrhein-Westfalen (KliSchG NRW) vom 29. Januar 2013, GVBl. NRW 2013, 33; zum Gesetz im Einzelnen *Thomas*, NVwZ 2013, 679 ff.; *Heß/Kachel/Lange*, EnWZ 2013, 155 ff.

¹⁵⁵ Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg (KSG BW) vom 23. Juli 2013, GBl. 2013, 229.

¹⁵⁶ Landesgesetz zur Förderung des Klimaschutzes (Landesklimaschutzgesetz - LKSG) vom 19. August 2014, GVBl. 2014, 188.

¹⁵⁷ Bremisches Klimaschutz- und Energiegesetz (BremKEG) vom 25. März 2015, GBl. Nr. 40, 2015, 124 ff.

der Energiewirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), des Verkehrs (Art. 74 Abs. 1 Nr. 21-23 GG) oder der Landwirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 u. 20 GG).¹⁵⁸

In all diesen Bereichen bewegt sich der Gesetzgeber somit auf dem Boden der **konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit**. Diese bedeutet, die Bundesländer dürfen nur dann keine Gesetze erlassen, solange und soweit der Bund im Rahmen seiner Zuständigkeit abschließende Regelungen getroffen hat.

Mit Blick auf das KliSchG NRW wird vertreten, das Gesetzeswerk lediglich abstrakt die Ziele des Klimaschutzes regle und sich daher kein Regelungsschwerpunkt ausmachen lasse, der einen weiteren Kompetenztitel über den der Luftreinhaltung hinaus (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG) erfordere. Das Land sei daher ohne Konflikt mit weiteren Bundeskompetenzen nicht durch bestehende Bundesgesetze gehindert, eigene Klimaschutzziele gesetzlich zu regeln. Eine Sperrwirkung durch abschließende Regelungen im Treibhausgas-Emissions-handelsgesetz (TEHG), im Bundesimmissionsschutz-Gesetz (BImSchG) oder auch im Erneuerbare-Energien-Wärme-gesetz (EEWärmeG) und im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) bestehe nicht, da das KliSchG NRW im Wesentlichen nur Einsparziele für den Klimaschutz festgelegt habe. Allenfalls, wenn der Bund über Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG mit einem Klimaschutzgesetz abschließende Regelungen treffe, entfielen die Gesetzgebungskompetenz für Klimaschutzgesetze der Bundesländer, die nach Art. 31 GG durch ein Bundesklimaschutzgesetz verdrängt würden.¹⁵⁹

a) Klimaschutzgesetz Hamburg

Im Hamburger Klimaschutzgesetz wurden im Interesse eines rationellen Umgangs mit Energie eine Reihe von Maßnahmen beschlossen: Sie reichen von der sparsamen Verwendung von Energie wie etwa Beschränkungen für den Neuanschluss elektrischer Heizungen, Anschluss- und Benutzungsgebot für Fernwärmenetze, Wärmeschutzanforderungen an zu errichtende Gebäude oder Anforderungen an heizungs- und raumluftechnische Anlagen sowie an Brauchwasseranlagen bis hin zu Maßnahmen der Stadt selbst zur Energieeinsparung in öffentlichen Gebäuden und Anforderungen an eine energiesparende öffentliche Beschaffung von Anlagen und Geräten, einschließlich der Regelung eines Wirtschaftlichkeitsmaßstabs für Energiesparmaßnahmen.¹⁶⁰

b) Hessisches Energiegesetz

Das Hessische Energiegesetz (HEG) aus dem Jahr 2012 nimmt sich nach § 1 HEG zum Ziel, den Endenergieverbrauch von Strom und Wärme bis zum Jahr 2050 möglichst zu 100

¹⁵⁸ Hierzu m.w.N. *Heß/Kachel/Lange*, EnWZ 2013, 155, 156.

¹⁵⁹ *Heß/Kachel/Lange*, EnWZ 2013, 155, 156 f.; zur konkurrierenden Landeskompetenz im Klimaschutz auch *OVG Berlin-Brandenburg v. 3.11.2011 - OVG 1 B 65/11*, BeckRS 2012, 45536, unter 1 c).

¹⁶⁰ Vgl. auch *Heß/Kachel/Lange*, EnWZ 2013, 155.

Prozent aus erneuerbaren Energiequellen zu decken und die jährliche energetische Sanierungsquote im Gebäudebestand auf mindestens 2,5 bis 3 Prozent zu erhöhen.

Im HEG finden sich zunächst vor allem Förderinstrumente. So sieht § 6 HEG die Förderung von innovativen Energietechnologien vor. Hierzu gehören Projekte im Rahmen von Forschung und Entwicklung, aber auch Pilot- und Demonstrationsanlagen im Energiebereich. Als besonders förderungswürdig nennt das Gesetz innovative Vorhaben zur rationellen Energieerzeugung und -verwendung, zur Nutzung erneuerbarer Energiequellen, zur Speicherung von Energie, zur Netzintegration und Vorhaben im Bereich der Elektromobilität.

§ 7 HEG behandelt sodann die **Förderung auf der kommunalen Ebene**. Förderungsfähig sind investive Maßnahmen im kommunalen Gebäudebestand, die der Reduzierung des Endenergieverbrauchs, dem Einsatz erneuerbarer Energien, der Kraft-Wärme-Kopplung oder der Begrenzung der klimarelevanten Emissionen dienen.

§ 7 Abs. 2 HEG sieht einen interessanten Regelungsansatz vor, der die **Förderung des Landes von einem kommunalen Energiemanagement abhängig macht**: Eine Förderung erfolgt nur, wenn die Kommune sich verpflichtet, künftig Informationen über den Energieverbrauch des öffentlichen Gebäudes und der Einrichtungen bereitzustellen, Pläne mit Einsparzielen aufzustellen und ein Energiemanagement einzuführen.

In § 8 werden zudem die Energieberatung und Maßnahmen zur Schaffung für Akzeptanz für den Ausbau erneuerbarer Energien zum Gegenstand staatlicher Unterstützung gemacht. Das Land fördert hierbei die Beratung über Möglichkeiten zur rationellen und umweltverträglichen Energienutzung, Qualifikations- und Informationsvermittlung von Technologien auf dem Gebiet der Energieeffizienz und erneuerbarer Energien sowie Informations- und Akzeptanzinitiativen im Zusammenhang mit der Energieversorgung aus erneuerbaren Energien und im Zusammenhang mit dem Ausbau und der Modernisierung der Netzinfrastruktur.

In den §§ 9 ff. HEG legt das Land Hessen sich selbst bestimmte Verpflichtungen im Interesse der Energieeffizienz für landeseigene Liegenschaften und Gebäude auf, wobei u.a. auch bei der öffentlichen Beschaffung des Landes Energieeffizienzkriterien beachten werden sollen und ein Energiemonitoring zur Kontrolle der Zielerreichung des Gesetzes eingeführt wird.

c) Klimaschutzgesetz Nordrhein-Westfalen

Das KliSchG NRW basiert auf dem Klimaschutz-Start-Programm der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen vom 1.10.2011.¹⁶¹ Die Ziele des Gesetzes stellt § 3 Abs. 1 KliSchG als verbindliche Klimaschutzziele auf: Auf der Basis der Emissionen des Jahres 1990 *sollen* (nicht: müssen) die in Nordrhein-Westfalen emittierten Treibhausgase bis zum Jahr 2020 um

¹⁶¹ <https://www.umwelt.nrw.de/klima-energie/klimaschutz-in-nrw/klimaschutz-startprogramm/>

25 % und um 80 % bis zum Jahr 2050 reduziert werden. Orientierungsrahmen hierfür sind die Klimaschutzziele der EU (20 % bzw. 80–95 %) sowie der Bundesrepublik Deutschland (40 % bzw. 80 %). Was die Zielmarke für das Jahr 2020 anbetrifft, bleibt das KliSchG NRW mit 25 % jedoch deutlich hinter dem Ziel des Bundes von 40 % zurück.

§ 3 Abs. 2 KliSchG NRW misst der Steigerung des Ressourcenschutzes, der Ressourcen- und Energieeffizienz, der Energieeinsparung und dem Ausbau erneuerbarer Energien besondere Bedeutung zu, um die Treibhausreduktion erreichen zu können. Dem Klimaschutz-Start-Programm NRW entsprechend findet sich hierbei lediglich der instrumentelle Ansatz, die dezentrale, effiziente und klimafreundliche Kraft-Wärme-Kopplung deutlich auszubauen.¹⁶²

Konkrete Reduktionsmaßnahmen sind im KliSchG selbst nicht ersichtlich. Sie können allenfalls durch den Klimaschutzplan des § 6 KliSchG NRW vorgegeben werden. So bleibt es zunächst bei den Zielvorgaben als Soll-Bestimmung, wodurch das Gesetz stark dem Einfluss bundes- und europarechtlicher Regelungen ausgesetzt ist.¹⁶³

Schon an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die Fokussierung des Landesgesetzgebers auf die verbindlichen Klimaschutzziele in der Literatur als zu einseitig kritisiert wird. Das KliSchG NRW enthalte zu wenig wirksame Instrumente und Maßnahmen zur Stärkung des Klimaschutzes, so dass man ihm vor allem nur strukturierende und koordinierende Wirkung zuschreiben könne.¹⁶⁴

§ 2 – Begriffsbestimmungen – definiert in Abs. 2 **öffentliche Stellen** im Sinne des Gesetzes: Dies sind die Landesregierung, Behörden, Einrichtungen, Sondervermögen und sonstige Stellen des Landes, **Gemeinden und Gemeindeverbände** sowie sonstige der Aufsicht des Landes unterstehende juristische Personen des öffentlichen Rechts und deren Vereinigungen, soweit sie nicht der Selbstverwaltung der Wirtschaft oder beruflicher Angelegenheiten dienen oder es sich um einen kommunalen Zweckverband oder eine kommunale Anstalt handelt. Dem werden juristische Personen des Privatrechts (also z.B. **kommunale Gesellschaften**) gleichgestellt, bei denen ein bestimmender Einfluss öffentlicher Stellen besteht. Mit Blick auf die kommunalen Unternehmen als Adressaten des KliSchG wird in der Literatur eine **Ungleichbehandlung zwischen kommunalen und privaten Unternehmen auf dem Strom- und Gasmarkt** bemängelt: Gerade im Energiesektor bestehe in Folge der zusätzlichen gesetzlichen Anforderungen die Gefahr von Wettbewerbsnachteilen für die Kommunalwirtschaft. Dies stehe auch im Widerspruch zur Novellierung des nordrhein-westfälischen

¹⁶² Thomas, NVwZ 2013, 679, 680.

¹⁶³ Wickel, DVBl. 2013, 77, 79.

¹⁶⁴ Thomas, NVwZ 2013, 679, 681.

Gemeindefirtschaftsrechts, mit der den kommunalen Unternehmen wieder mehr und auch überregionale Handlungsspielräume im Wettbewerb gegeben werden sollten.¹⁶⁵

§ 5 KliSchG NRW sieht eine **Vorbildfunktion** aber auch für **andere** (gemeint sind wohl: sonstige) **öffentliche Stellen** und in abgestufter Form auch eine **Verpflichtung zur Erstellung von Klimaschutzkonzepten** vor. An dieser Stelle wird das Gesetz nun instrumentell etwas konkreter, auch was die kommunalen Adressaten anbetrifft.

Die Landesregierung wird nämlich ermächtigt, **durch Rechtsverordnung die Anforderungen an die Klimaschutzkonzepte zu konkretisieren** und **die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die Stellen nach § 2 Absatz 2 Satz 2, bei denen ein bestimmender Einfluss durch die Gemeinden und Gemeindeverbände besteht, zur Erstellung von Klimaschutzkonzepten zu verpflichten**. Ein daraus resultierender finanzieller Ausgleich (Belastungsausgleich) für Gemeinden und Gemeindeverbände ist einschließlich eines Verteilschlüssels in die Rechtsverordnung aufzunehmen.

Sonstige öffentliche Stellen haben innerhalb von zwei Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes **selbstständige Klimaschutzkonzepte** zu erstellen. **Gemeinden und Gemeindeverbände** müssen ihre Konzepte – möglicherweise durch längere zeitliche Vorläufe wie etwa öffentliche Vergabeverfahren für die Konzepterstellung – **innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten der Rechtsverordnung** erstellen. Hieraus folgt, dass für die Gemeinden und Gemeindeverbände (im Gegensatz zu den sonstigen öffentlichen Stellen) eine konkrete Verpflichtung zur Erstellung von Klimaschutzkonzepten nur aufgrund einer Rechtsverordnung und nicht schon aufgrund des § 5 KliSchG NRW besteht.¹⁶⁶

Käme es tatsächlich zu einer solchen Rechtsverordnung, so würde die Erstellung von Klimaschutzkonzepten erstmals in der Bundesrepublik zu einer **kommunalen Pflichtaufgabe** erhoben.¹⁶⁷ Klimaschutzkonzepte müssten der Regelung nach sowohl von den kommunalen Körperschaften als auch von den kommunalen Unternehmen aufgestellt, ggf. angepasst und fortgeschrieben werden. Auf Kritik des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU) hin hat die Politik eine Vorgabe an die Ausgestaltung der Rechtsverordnung gemacht: Ihre Regelungen sollen nun dergestalt sein, dass „eine Bündelung von Klimaschutzkonzepten für kommunale Unternehmen einer Stadt“ ermöglicht wird.¹⁶⁸

Hauptinstrument im KliSchG NRW ist auf Ebene der Landesregierung der **Klimaschutzplan nach § 6**. Dieser Plan wird unter umfassender Beteiligung von gesell-

¹⁶⁵ Heß/Kachel/Lange, EnWZ 2013, 155, 158.

¹⁶⁶ Wickel, DVBl. 2013, 77, 80 f.

¹⁶⁷ Heß/Kachel/Lange, EnWZ 2013, 155, 160.

¹⁶⁸ Heß/Kachel/Lange, EnWZ 2013, 155, 160 mit Verweis auf LT-Drs. 16/1958, 3; LT-PIBPr 16/20.

schaftlichen Gruppen sowie der kommunalen Spitzenverbände von der Landesregierung aufgestellt und vom Landtag beschlossen. Gem. § 6 Abs. 2 KliSchG NRW kann die Landesregierung per Rechtsverordnung **Vorgaben des Klimaschutzplans** nach

- § 6 Abs. 4 Nr. 2 (Ziele zum Ausbau der Erneuerbaren Energien, zur Energieeinsparung, zur Erhöhung der Ressourcen- und Energieeffizienz sowie des Ressourcenschutzes),
- Nr. 4 (nachhaltige Strategien und Maßnahmen, um die Klimaschutzziele sowie die im Klimaschutzplan genannten Zwischenziele und sektoralen Zwischenziele zu erreichen) und
- Nr. 6 (sektorspezifische Strategien und Maßnahmen, um die negativen Auswirkungen des Klimawandels zu begrenzen) **für öffentliche Stellen für verbindlich erklären.**

Adressaten für Vorgaben des Klimaschutzplans, die für verbindlich erklärt wurden, sind über den Begriff der öffentlichen Stellen auch die Gemeinden und die kommunal beherrschten Unternehmen. Für die letztgenannten juristischen Personen sind Vorgaben des Klimaschutzplans allerdings wettbewerbsneutral zu gestalten (§ 6 Abs. 3 S. 3 KliSchG NRW). Benachteiligungen für kommunale Unternehmen im Wettbewerb sollen damit möglichst vermieden werden.¹⁶⁹

In der Konsequenz sind für verbindlich erklärte Vorgaben dann einer erneuten Befassung grundsätzlich entzogen, sofern die Vorgaben im Klimaschutzplan hinreichend detailliert sind und abschließende Entscheidungen enthalten. So müssten etwa auch Ausbauziele für erneuerbare Energien zwingend beachtet werden.¹⁷⁰

Für verbindlich erklärte Vorgaben des Klimaschutzplans muss gemäß § 6 Abs. 6 S. 3 KliSchG NRW – ähnlich wie im Rahmen des § 5 bei der ggf. verpflichtenden Aufstellung von Klimaschutzkonzepten nach § 5 KliSchG NRW – ein **Belastungsausgleich** erfolgen. Auch in diesem Punkt wird ein **Ausgleich für kommunale Unternehmen** gefordert, die im Wettbewerb mit ihren privaten, nicht von den Vorgaben des Klimaschutzplans erfassten Konkurrenten benachteiligt werden könnten.¹⁷¹

§ 8 KliSchG NRW sieht ein wissenschaftlich begleitetes **Monitoring**, also eine Kontrolle der Klimaschutzziele und der Umsetzung der Maßnahmen des Klimaschutzplans vor. § 8 Abs. 2 KliSchG NRW beschreibt **zentrale Elemente des Monitorings**: Neben einer aktuellen Erhebung der Treibhausgasemissionen in Nordrhein-Westfalen (Nr. 1) ist eine Prognose über die Entwicklung und Wirkungen der einzelnen Maßnahmen des Klimaschutzplans aufzunehmen

¹⁶⁹ Wickel, DVBl. 2013, 77, 80.

¹⁷⁰ Heß/Kachel/Lange, EnWZ 2013, 155, 159.

¹⁷¹ Heß/Kachel/Lange, EnWZ 2013, 155, 159 f.

(Nr. 2). Weiterhin sind die Effekte der Maßnahmen etwa auf die Natur, die Umwelt sowie die Innovations- und Kostenentwicklungen zu begutachten (Nr. 3). Berücksichtigung sollen auch die Wirkungsbeiträge und Wechselwirkungen europäischer und nationaler Klimaschutzbestrebungen finden (Nr. 4). Empfehlungen zur Fortschreibung des Klimaschutzplans und zur Etablierung von Zwischenzielen (Nr. 5) sind ebenso elementar, wie eine Darstellung der allgemeinen Auswirkungen des Klimawandels auf Mensch, Natur und Umwelt (Nr. 6) sowie seine sozialen und beschäftigungspolitischen Auswirkungen (Nr. 7).

Die Ergebnisse des Monitorings werden veröffentlicht und bilden die Grundlage für die Fortschreibung des Klimaschutzplans sowie für die Arbeit des **Sachverständigenrates Klimaschutz** nach § 9 KliSchG NRW. Eine der wesentlichen Aufgaben des fünfköpfigen Sachverständigenrates Klimaschutz besteht darin, auf Grundlage des Monitorings alle fünf Jahre, jeweils vor der Fortschreibung des Klimaschutzplans, eine Bewertung des Umsetzungsstandes der Klimaschutzmaßnahmen durchzuführen. Der Sachverständigenrat legt der Landesregierung sowie dem Landtag einen Bericht vor, der auch Empfehlungen beinhalten kann.

Die landesgesetzliche Initiative in Nordrhein-Westfalen beinhaltet in Art. 2 auch die **Änderung des Landesplanungsgesetzes NRW**: Hierbei verzahnt der Landesgesetzgeber die konzeptionellen Beiträge zum Klimaschutz (etwa die Klimaschutzkonzepte der öffentlichen Stellen nach § 5 KliSchG NRW) mit der Raumordnungsplanung. Diese **Integration von Klimaschutzzielen und -konzepten in die Raumordnungsplanung** wird in § 12 Landesplanungsgesetz (LPIG) NRW vorgenommen:

- § 12 Abs. 3 LPIG NRW stellt zunächst klar, dass vorliegende Fachbeiträge und Konzepte (z. B. Klimaschutzkonzepte) bei der Erarbeitung von Raumordnungsplänen zu berücksichtigen sind.
- Gemäß § 12 Abs. 6 LPIG NRW sind die Klimaschutzziele nach § 3 KliSchG NRW als raumbezogene Ziele und Grundsätze umzusetzen **und/oder nachgeordneten Planungsebenen entsprechende räumliche Konkretisierungsaufträge zu erteilen**. Für die Träger der Raumordnung wird hierdurch eine unmittelbare Verbindlichkeit der Klimaschutzziele hergestellt.¹⁷²

§ 12 Abs. 7 LPIG NRW verpflichtet dazu, in den Raumordnungsplänen auch diejenigen Festlegungen des Klimaschutzplans NRW umsetzen, die gemäß § 6 Absatz 6 KliSchG NRW für

¹⁷² Wickel, DVBl. 2013, 77, 81.

verbindlich erklärt worden sind, soweit sie durch Ziele oder Grundsätze der Raumordnung gesichert werden können.¹⁷³

Aus kommunaler Sicht fragt sich bei dieser Verzahnung von Klimaschutzzielen, -konzepten und Raumordnungsplänen, inwieweit sich im Interesse des Klimaschutzes verbindliche Leitlinien für die kommunale Planung, also vor allem die Bauleitplanung ergeben können. Nach dem System des Bundes-Planungsrechts können sich verbindliche Vorgaben für die kommunale Bauleitplanung nur dann ergeben, wenn die Raumordnungsplanung, etwa in übergeordneten Regionalplänen, klimaschutzbezogene **Ziele der Raumordnung** festlegt. Denn dann besteht eine Bindungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB für die kommunale Bauleitplanung, die diese Ziele nicht unterlaufen darf. Kommunale Klimaschutzkonzepte wie diejenigen nach § 5 KliSchG NRW gelten allerdings als „städtebauliche Planungen“ im Sinne des § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB und sind daher in der Abwägung der Gemeinden zu berücksichtigen.

Im Übrigen ist seit der Klimaschutz-Novelle des Jahres 2011 klar, dass der Gesetzgeber die **Klimaschutzpolitik** zu einer **eigenständigen städtebaulichen Dimension** aufgewertet hat (s. schon oben III 1 a). Klimaschutzpolitik ist nunmehr **generell von den Gemeinden in der Bauleitplanung zu berücksichtigen** und kann von den Gemeinden seit 2011 auch als Beitrag zur allgemeinen Klimaschutzpolitik zur Grundlage entsprechender planerischer Darstellungen und Festsetzungen in Bauleitplänen gemacht werden.¹⁷⁴ Dies bedeutet, dass die Praxis der gemeindlichen Bauleitplanung die Förderung regenerativer Energien in der planerischen Abwägung generell zu berücksichtigen hat.

d) Klimaschutzgesetz und Gesetz zur Nutzung erneuerbarer Wärmeenergie in Baden-Württemberg

Auf das Ziel des Klimaschutzes durch die Reduzierung von Treibhausgasen und Etablierung einer nachhaltigen Energieversorgung werden auch in Baden-Württemberg die öffentlichen Stellen verpflichtet. Hierunter fallen gemäß § 3 KSG BW, ähnlich wie im KliSchG NRW, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die von öffentlichen Stellen beherrschten juristischen Personen des Privatrechts, also auch die kommunalen Gesellschaften.

Ähnlich wie in Nordrhein-Westfalen steht ein konzeptionelles Instrument der Landesregierung im Zentrum des KSG BW: § 6 KSG BW sieht ein „**Integriertes Energie- und Klimaschutzkonzept**“ der Landesregierung vor, das nach Anhörung von Verbänden und Vereinigungen beschlossen wird. Es soll wesentliche Ziele, Strategien und Maßnahmen zur Erreichung der Klimaschutzziele nach § 4 Abs. 1 KSG BW benennen.

¹⁷³ Zur umstrittenen und noch klärungsbedürftigen Frage, ob die Klimaschutzplanung nach dem KliSchG NRW bindende Vorgaben für die Raumordnung nach dem ROG und dem Landesplanungsrecht macht, näher *Heß/Kachel/Lange*, EnWZ 2013, 155, 161 f.

¹⁷⁴ *Grigoleit*, ZfBR-Beil. 2012, 95, 96.

Die **Adressierung der Kommunen** erfolgt im Rahmen des **§ 7 KSG BW – Vorbildfunktion der öffentlichen Hand**. Allerdings wird in Abs. 4 der Vorschrift auf verbindliche Vorgaben verzichtet: Hiernach erfüllen die Gemeinden und Gemeindeverbände die Vorbildfunktion nach Abs. 1 **in eigener Verantwortung**, mit avisierte Unterstützung des Landes (in welcher Form, bleibt einer Vereinbarung zwischen Land und kommunalen Landesverbänden vorbehalten).

Eine weitere, mittelbare Adressierung der kommunalen Ebene findet sich zudem in **§ 8 KSG BW – Allgemeine Verpflichtung zum Klimaschutz**: Um das allgemeine Verständnis für die Ziele des Klimaschutzes mit geeigneten Mitteln zu fördern, sollen neben den privaten auch die staatlichen und **kommunalen Erziehungs-, Bildungs- und Informationsträger im Rahmen ihrer Möglichkeiten über Ursachen und Bedeutung des Klimawandels sowie die Aufgaben des Klimaschutzes aufklären und das Bewusstsein für einen sparsamen Umgang mit Energie fördern**.

Im Vergleich zum Regelungsansatz in Nordrhein-Westfalen verzichtet Baden-Württemberg auf die Option, die Vorgaben des integrierten Energie- und Klimaschutzkonzepts für Kommunen verbindlich werden zu lassen. Das Land setzt eher auf einen kooperativen Ansatz im Rahmen des Möglichen, was zunächst einmal sehr vage erscheint und den Ball ins Feld der Kommunen spielt.

Als wichtiger Beitrag des Landesgesetzgebers zur Energiewende in Baden-Württemberg ist das **Gesetz zur Nutzung erneuerbarer Wärmeenergie in Baden-Württemberg (Erneuerbare-Wärme-Gesetz – EWärmeG)** vom 15. März 2015 zu nennen.¹⁷⁵

Das EWärmeG BW verpflichtet zur anteiligen Deckung des Wärmeenergiebedarfs durch erneuerbare Energien von Wohn- und Nichtwohngebäuden. Wohngebäude sind der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 6 EWärmeG BW nach Gebäude, die nach ihrer Zweckbestimmung mindestens zur Hälfte dem Wohnen dienen, einschließlich Wohn-, Alten- und Pflegeheimen sowie ähnlichen Einrichtungen, die zum dauerhaften Wohnen bestimmt sind. Gem. Nr. 7 sind Nichtwohngebäude Gebäude, die nicht unter Nr. 6 fallen. Dies sind somit alle Gebäude, die nicht Wohngebäude sind. Hierzu gehören z. B. Büro- und Verwaltungsgebäude, Hotels, Ladengeschäfte oder Schulen und Kindergärten. Ausgenommen sind z. B. Gebäude < 50 m², auf weniger als 12 °C beheizte oder provisorische Gebäude, Kirchen sowie Hallen, die überwiegend der Fertigung, Produktion, Montage oder Lagerung dienen. Bei gemischt genutzten Gebäuden ist das Gesetz für die Gebäudeart anzuwenden, welche flächenanteilig überwiegt.

Kernregelung ist die Vorschrift des § 4 EWärmeG BW:

¹⁷⁵ GBl. BW vom 20.3.2015, S. 151 ff.

Hiernach sind die Eigentümerinnen und Eigentümer der versorgten Gebäude beim Austausch oder dem nachträglichen Einbau einer Heizanlage verpflichtet, **mindestens 15 % des jährlichen Wärmeenergiebedarfs durch erneuerbare Energien zu decken oder den Wärmeenergiebedarf um mindestens 15 Prozent zu reduzieren.**

Als erneuerbare Energien sind gem. § 5 EWärmeG BW solare Strahlungsenergie, Geothermie, Umweltwärme, feste, flüssige und gasförmige Biomasse, welche ohne vorangegangene Umwandlung in elektrische Energie für Zwecke der Wärmenutzung verwendet werden, anerkannt. Ansonsten ist das Gesetz **technologieoffen** ausgestaltet. Es kann aus einer Vielzahl an Technologien zur Nutzung erneuerbarer Wärme gewählt werden, Näheres zur Anerkennung und Berechnung regeln die §§ 5 ff. EWärmeG BW.

Das EWärmeG BW setzt somit auf einen flexiblen Einsatz von Maßnahmen: § 11 ermöglicht daher diverse Kombinationsmöglichkeiten von Erneuerbare Energien, Energieeinsparmaßnahmen und Ersatzmaßnahmen (§§ 10 f.), einschließlich eines sog. gebäudeindividuellen energetischen Sanierungsfahrplans (§ 9). Die Maßnahmen werden entsprechend ihrem Anteil am Wärmeenergiebedarf oder ihrem Erfüllungsgrad angerechnet.

e) Klimaschutzgesetz Rheinland-Pfalz

Das LKSG des Landes Rheinland-Pfalz stellt als jüngstes Landes-Klimaschutzgesetz eine Mischung der Gesetze aus NRW und BW dar. Es adressiert die Ziele ebenfalls u.a. an die **Kommunen als Körperschaften und damit „öffentliche Stellen“**, einschließlich der von ihr beherrschten privatrechtlichen, juristischen Personen (§ 3 Abs. 2 LKSG).

§ 6 LKSG legt dem für den Klimaschutz zuständigen Ministerium ebenfalls die Pflicht zur Erstellung eines **Klimaschutzkonzepts** auf. Eine Verpflichtung für die Kommunen des Landes findet sich aber im Gesetz – ähnlich wie in Baden-Württemberg – nicht.

Wie in den anderen Landes-Klimaschutzgesetzen auch finden sich in den §§ 7 LKSG Regelungen über das **Monitoring** hinsichtlich der Zielerreichung und Umsetzung der im Klimaschutzkonzept vorgesehenen Klimaschutzmaßnahmen.

Ebenfalls ist ein Klimaschutzbeirat in § 8 LKSG vorgesehen.

Bei der **Vorbildfunktion der öffentlichen Stellen in § 9 LKSG** wird der Gesetzgeber in Abs. 2 etwas konkreter als beispielsweise im KSG BW: Nach Abs. 2 sind die **Belange des Klimaschutzes bei allem Handeln öffentlicher Stellen mit Ausnahme der Kammern zu berücksichtigen**. Dies gilt insbesondere für **öffentliche Planungen** und bei **Zulassungsverfahren** für Vorhaben zur Errichtung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien mit erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit sowie bei **Contractingmaßnahmen**.

§ 9 Absatz 5 LKSG allerdings lehnt sich für die **Gemeinden und Gemeindeverbände** wieder an das baden-württembergische Modell an und setzt auf **Freiwilligkeit**: Ihre Vorbildfunktion erfüllen sie **in eigener Verantwortung**, mit beratender Unterstützung des Landes. Näheres soll wiederum in einer Vereinbarung zwischen Land und den kommunalen Spitzenverbänden beschlossen werden.

Ebenso wie in Baden-Württemberg soll die **Akzeptanz für den Klimaschutz** gefördert werden (§ 10 LKSG). Neben den staatlichen sollen auch die kommunalen und privaten Erziehungs-, Bildungs- und Informationsträger im Rahmen ihrer Möglichkeiten über Ursachen und Bedeutung des Klimawandels sowie die Aufgaben des Klimaschutzes aufklären und das Bewusstsein für einen sparsamen Umgang mit Energie stärken.

f) Bremisches Klimaschutz- und Energiegesetz

Das Bremische Klimaschutz- und Energiegesetz (BremKEG) sieht in § 1 als Zielvorgabe vor, die Kohlendioxid-Emissionen bis zum Jahr 2020 um 40 Prozent gegenüber 1990 zu reduzieren. Nicht in dieser Minderung enthalten sind die Emissionen der Stahlindustrie. Das Gesetz orientiert sich darüber hinaus an dem Leitziel, die Treibhausgas-Emissionen der Industrieländer bis 2050 um 80 bis 95 Prozent gegenüber 1990 zu senken. Der Bremer Senat wird verpflichtet, für die Jahre 2030 und 2040 zu gegebener Zeit geeignete quantitative Zwischenziele festzulegen.

In § 2 BremKEG zählt der Gesetzgeber geeignete **Handlungsstrategien** auf und verlangt, dass das Land und die Gemeinden bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben und ihren sonstigen Tätigkeiten die Ziele und Handlungsstrategien dieses Gesetzes berücksichtigen, soweit dies nach anderen Rechtsvorschriften zulässig ist.

Im Zentrum des Gesetzes steht ein **Klimaschutz- und Energieprogramm** (§ 4 BremKEG), das der Senat der Bürgerschaft (dem Landtag) vorlegt. Das ebenfalls der Bürgerschaft (Landtag) vorzulegende Programm ist alle vier Jahre fortzuschreiben. Zur Rolle der **Gemeinden** sagt § 4 BremKEG, dass diese an der Erstellung und Fortschreibung des Programms **mitwirken**. Ob dies eine zwingende Vorgabe ist, bleibt zunächst offen, könnte man dem Wortlaut aber so entnehmen. In dem Klimaschutz- und Energieprogramm und seinen Fortschreibungen sind insbesondere

1. die Strategien und Maßnahmen zur Erreichung der Ziele dieses Gesetzes,
2. der Stand und die voraussichtliche Entwicklung des Energieverbrauchs, der Energieversorgung und der Energienutzung und der hiervon ausgehenden Emissionen,
3. das Potenzial an Energieeinsparungen sowie der Nutzung erneuerbarer Energien und

4. die Ergebnisse und Wirkungen der unter Nummer 1 genannten Maßnahmen darzulegen.

§ 4 Abs. 2 BremKEG verpflichtet den Senator für Umwelt, Bau und Verkehr ein Klimaschutzmanagement einzurichten. Das Klimaschutzmanagement unterstützt das Land und die Gemeinden bei der Umsetzung des Klimaschutz- und Energieprogramms sowie bei der Erreichung der Ziele des Gesetzes.

§ 5 verpflichtet den Senator für Umwelt zur jährlichen Berichterstattung über Kohlendioxidemissionen. Ähnlich wie anderen Landes-Klimaschutzgesetze soll ein wissenschaftlicher Beirat zu Fragen des Klimaschutzes und der Energiepolitik in beratender Funktion eingesetzt werden (§ 6 BremKEG).

Ebenfalls wie in anderen Bundesländern misst § 7 BremKEG dem Handeln des Landes und der Gemeinden sowie ihrer Betriebe und Sondervermögen eine Vorbildfunktion zur Erreichung der gesetzlichen Ziele zu. Hierbei müssen Land und Gemeinden auch auf ihre Gesellschaften des privaten Rechts einwirken, ebenfalls der Vorbildfunktion nachzukommen. Die Vorbildfunktion besteht „nach Maßgabe“ der Vorschriften des § 8 BremKEG – Anforderungen an die Begrenzung des Energiebedarfs in öffentlichen Gebäuden durch das Land, die Gemeinden oder deren Betriebe oder Sondervermögen – und des § 9 BremKEG – Anforderungen an energie- und klimarelevante Beschaffungsvorgänge mindestens für die Beschaffung von informations- und kommunikationstechnischen Geräten, Kraftfahrzeugen, Leuchten und Leuchtmittel und für bewegliche, Strom verbrauchende Geräte sowie Strom.

Neben Förderbestimmungen in den § 11 und 12 BremKEG findet sich in § 13 ein interessanter **instrumenteller Ansatz gemeindlicher Klimaschutzpolitik**: So werden die Gemeinden – dem Wortlaut nach – **verpflichtet, in städtebaulichen Konzepten die kommunalen Ziele und Strategien zum Klimaschutz und zur Anpassung an die Folgen des Klimawandels zu beschreiben**. Sie haben dabei insbesondere die Ziele und Handlungsstrategien nach den §§ 1 und 2 des Gesetzes zu berücksichtigen. Es *sollen* hierbei – und dies bedeutet eine Verpflichtung im Regelfall – **insbesondere** Aussagen zu kommunalen Maßnahmen erstens in der **Bauleitplanung** und zweitens beim Abschluss von **städtebaulichen Verträgen** enthalten. Die Konzepte sind zu veröffentlichen und mindestens alle fünf Jahre zu überprüfen.

Des Weiteren sollen die Konzepte insbesondere **Handlungsmöglichkeiten** zu folgenden Themen einschließlich ihrer Wechselwirkungen untersucht werden:

1. Energieversorgung von neuen Baugebieten einschließlich der dafür gegebenenfalls vorzusehenden Flächen,

2. Zuschnitt von Grundstücken, Anordnung und Orientierung von Bebauung und Dachflächen, Ausformung von Baukörpern im Hinblick auf den Energieverbrauch sowie Nutzung erneuerbarer Energien einschließlich der passiven Solarenergienutzung,
3. Errichtung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien,
4. Verminderung des Energieverbrauchs von Gebäuden gegenüber dem ansonsten vorgeschriebenen Energiestandard, insbesondere zur Erprobung zukünftiger gesetzlicher Anforderungen im Rahmen von Modellprojekten und
5. Anpassung an die Folgen des Klimawandels unter Berücksichtigung der Zielsetzungen der Anpassungsstrategie nach § 3 BremKEG.

§ 14 BremKEG greift das **Vollzugsproblem im Bereich der ENEV und des EEWärmeG** auf und ermächtigt den Senat, per Rechtsverordnung die Art und das Verfahren der Überwachung zur Einhaltung der genannten Regelwerke einschließlich der Nachweispflichten zu regeln. Dabei kann von den Verfahrensvorschriften des EEWärmeG abgewichen werden. Ferner können in der Rechtsverordnung die Überwachungsaufgaben ganz oder teilweise auf geeignete Stellen, Fachvereinigungen oder Sachverständige übertragen sowie Anzeige- und Nachweispflichten vorgeschrieben werden.

§ 15 BremKEG sieht letztlich ein Verbot von elektrischen Widerstandsheizungen zur Wärmeversorgung von Räumen – mit gewissen Ausnahmen – vor.

g) Bewertung der landesgesetzlichen Ansätze zum Klimaschutz

Das größte Echo zu den landesgesetzlichen Initiativen hat es zum Klimaschutz in Nordrhein-Westfalen als bevölkerungsreichstem Bundesland und dem Land mit den meisten Großstädten gegeben. Aus landespolitischer Sicht ist das Vorhaben zunächst überwiegend auf ein positives Echo gestoßen. Allerdings sind gegenüber der gesetzlichen Umsetzung einige Kritikpunkte erhoben worden.

Eine Kernfrage bezieht sich zunächst auf die Bezugsgrößen und die Verlässlichkeit der Erhebungen der relevanten Treibhausgasemissionen im Bundesland. An dieser Frage hängt – dies gilt auch für die Initiativen der anderen Bundesländer – die gesamte Kontrollierbarkeit der Umsetzung der gesetzlichen Ziele und Maßnahmen. Und hier liegt ein weiteres Problem: Das KliSchG NRW selbst enthält ausschließlich Zielvorgaben, nennt aber keine konkreteren Maßnahmen oder Instrumente, die zur Erreichung der Ziele notwendig sind. Es ist schwer vorzustellen, wie die Erfüllung reiner Zielvorgaben im Wege eines Monitoring effektiv kontrolliert werden soll. Vor dem Hintergrund mangelnder Instrumente zur Durchsetzbarkeit und Sanktionsmöglichkeiten wird daher befürchtet, dass das KliSchG NRW ein stumpfes Schwert

sein könnte.¹⁷⁶ Effektiver und für den Gesetzesanwender handhabbar – so ein weiterer Einwand – wäre es gewesen, zunächst aus konkreteren Klimaschutzkonzepten geeignete Klimaschutzmaßnahmen abzuleiten und dann erst auf dieser Grundlage ein Klimaschutzgesetz mit klaren und abgestimmten Zielvorgaben zu erlassen.¹⁷⁷

Diese Kritik erscheint im Grundsatz berechtigt. Vieles hängt allerdings gerade mit Blick auf die kommunale Ebene davon ab, ob und wie die Landesregierung in Nordrhein-Westfalen über die im Gesetz vorgesehene Möglichkeit einer Rechtsverordnung die Anforderungen an Klimaschutzkonzepte schärft und neben den anderen öffentlichen Stellen auch den Kommunen als zentrale Adressaten konkrete Handlungsvorgaben macht.

Ein Schritt in die richtige Richtung ist der instrumentelle Ansatz Bremens zu **verpflichtenden gemeindlichen städtebaulichen Konzepten nach § 13 BremKEG**. Auch wenn eine Vielzahl von Gemeinden mittlerweile auf freiwilliger Basis informelle städtebauliche Planungen und Konzepte zum Thema Klimaschutz erarbeitet hat, so verpflichtet das Gesetz die Konzepte auf strategisch wichtige Mindestinhalte entlang landespolitisch zentraler Klimaschutz- und Energiestrategien. Dieser Ansatz greift frühzeitig an der wichtigen strategisch-planerischen Konzeption der gemeindlichen Stadtentwicklung an, was dazu beitragen kann, dass die Weichen für die zukünftige Entwicklung in die richtige Richtung gestellt werden. Auch zeigt die Praxis, dass Kommunen, die beim Thema „Klimaschutz und Energie“ dauerhaft und immer wiederholt erfolgreiche Projekte vorzuweisen haben, zuvor einen tragfähigen strategisch-konzeptionellen Ansatz erarbeitet haben.

Im Hinblick auf die Bundesländer, die keine verbindlichen Vorgaben für die kommunale Ebene machen und auf die freie Verantwortung der Gemeinden und Gemeindeverbände setzen, stellt sich die Frage der Verbindlichkeit und Zielerreichung natürlich umso mehr. Es wird sich zeigen, inwieweit die Kommunen den Ball der Landespolitik aufnehmen werden. Ohne finanzielle Förderungen oder sonstige Anreize in den gesetzlich vorgesehenen Vereinbarungen wird das Spiel angesichts chronisch knapper kommunaler Kassen allerdings kaum richtig beginnen.

Vorausgesetzt, dass eine entsprechende **Förderkulisse** aus Bundes- und Landesmitteln aufgebaut werden kann, erscheint es essenziell, dafür zu sorgen, dass die Ziele und Maßnahmen aus den Landesklimaschutzkonzepten mit Blick auf die kommunale Ebene

- realistisch und umsetzbar sowie
- klar, konkret und kontrollierbar

¹⁷⁶ Thomas, NVwZ 2013, 679, 682.

¹⁷⁷ Thomas, a.a.O.

sind. Es wäre wichtig, dass entsprechende Zielkorridore und Maßnahmen in Gremien diskutiert und festgelegt werden, in denen auch engagierte kommunale Praktiker mitwirken, die Erfahrungen mit Klimaschutz- und Energieprojekten vor Ort aufweisen.

Was die Förderpolitik anbetrifft, so könnte der Hessische Ansatz ein geeigneter Weg sein, die in Aussicht gestellte Landesförderung an konzeptionelle, strategische und damit längerfristig wirkende Initiativen und Planungen der Kommunen im Bereich der Energieeffizienz und der erneuerbaren Energien zu knüpfen.

Es wäre auch zu überlegen, ob man zunächst kommunale Pilotprojekte zu einer **Kommunalen Energieleitplanung** oder zur **Aufstellung von Energiekonzepten** (analog zu den kommunalen Abfallwirtschaftskonzepten nach dem KrWG) in den Maßnahmenkatalog der Landesklimaschutzkonzepte aufnimmt. Solche Projekte könnten maßgeblich und akzeptanzsteigernd dazu beitragen, den mittel- bis längerfristigen Nutzen und die Gewinnchancen wie die regionale Wertschöpfung der Kommunen im Handlungsfeld der Energiewende und des Klimaschutzes aufzuzeigen.

Wenn der Landesgesetzgeber sich nicht dazu durchringen kann oder will (in Nordrhein-Westfalen etwa über eine entsprechende Rechtsverordnung) konkretere verpflichtende Vorgaben zu machen, so könnte man sich auch eine experimentelle Gesetzgebung auf Zeit vorstellen. Dies könnte beispielsweise auch eine landesgesetzliche Testphase beinhalten, in der das Instrument einer kommunalen Energieleitplanung (das ja in einigen Kommunen schon mit Erfolg betrieben wird, s.o. zur informellen Bauleitplanung III 1 b) planspielartig umgesetzt werden soll. Diese Vorschläge bewegen sich allerdings allesamt vor dem Hintergrund des oben schon angesprochenen finanzverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzips und einer angemessenen finanziellen Ausstattung der kommunalen Ebene.

Hervorzuheben ist schließlich noch das Gesetz zur Nutzung erneuerbarer Wärmeenergie in Baden-Württemberg, das gezielt die großen Potenziale im Bereich der Energieeinsparung in Gebäuden ansteuert. Das gesetzlich eingeräumte Maß an Flexibilität und Kombinationsmöglichkeiten kommt den in der Praxis sehr unterschiedlichen Ausgangssituationen weit entgegen.

2. Gemeindewirtschaftsrecht

Als landesgesetzlicher Ansatzpunkt für eine Forcierung einer dezidiert auch kommunalen Energiewende kommt auch das Gemeindewirtschaftsrecht in den GemO der Bundesländer in Betracht. In jüngerer Zeit haben diverse Bundesländer den kommunalen Handlungsrahmen im Bereich der Energie- und Wärmeerzeugung sowie -versorgung erweitert. Ansatzpunkte, um das operative Geschäft der kommunalen Unternehmen in diesen Geschäftsfel-

dern der Energiewende in den Grenzen des Gemeindefirtschaftsrechts zu erleichtern, sind hierbei zum einen

- die gesetzliche Fiktion des Bestehens eines öffentlichen Zwecks der gemeindefirtschaftlichen Betätigung auf der Basis erneuerbarer Energien

und zum anderen

- die Einschränkung oder Nichtanwendbarkeit der sog. Subsidiaritätsklausel (also der Unzulässigkeit gemeindefirtschaftlicher Aktivitäten in den Fällen, in denen private Unternehmen die Aufgabe – je nach gesetzlicher Ausgestaltung – genauso gut bzw. besser erfüllen können).

VI. Schlussfolgerungen zu den rechtlichen Verantwortlichkeiten und Handlungsspielräumen für Kommunen als Katalysatoren der Energiewende

In der fachlichen Diskussion um die kommunale Energiewende, auf entsprechenden Fachtagungen und auch in diesem Forschungsvorhaben wird von diversen Fachleuten immer wieder darauf hingewiesen, dass es neben einer nach wie vor oft prekären kommunalen Haushaltslage das Problem der Freiwilligkeit oder anders gesagt, der mangelnden Verbindlichkeit kommunaler Klimaschutzaktivitäten, bestehe.¹⁷⁸ Unabhängig davon, ob man der These zustimmt, der Gesetzgeber sei gefordert, mehr Verbindlichkeit auf kommunaler einzufordern und Klimaschutzaktivitäten verbindlich festzulegen, ist allerdings aus rechtlicher Sicht zunächst zu klären, welche Ebene – Bund und/oder Länder – befugt ist, direkte gesetzliche Vorgaben an die kommunale Ebene zu adressieren.

1. Beiträge für eine stärker kommunal und dezentral ausgerichtete Energiewende auf bundesgesetzlicher Ebene

a) Gesetzliche Verpflichtungen für Kommunen durch Bundesgesetz?

Für die Frage, inwieweit der Bund den Kommunen konkrete gesetzliche Aufgaben zuweisen kann, die der Energiewende Schubkraft verleihen könnten, stellt sich zunächst ein schwerwiegendes verfassungsrechtliches Problem: Denn **Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG** verbietet es dem Bund, durch Gesetz Aufgaben auf Gemeinde und Gemeindeverbände zu übertragen.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Aus der Literatur etwa *Kern*, Kommunaler Klimaschutz in Deutschland, 2005, S. 6 ff.; *Bielitz-Mimjähner*, Kommunaler Klimaschutz unter Globalisierungs- und Liberalisierungsbedingungen? 2007, S. 143 ff.

¹⁷⁹ Vgl. auch schon *Lindner/Klinski/Schmidt/John*, Untersuchung möglicher Ansatzpunkte bundespolitischer Instrumente zur Förderung des kommunalen Klimaschutzes, Berlin 2009, S. 33 ff.;

Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ist seiner Zielsetzung nach, Kommunen vor direkten, oft kostenträchtigen Aufgabenübertragungen durch den Bundesgesetzgeber zu schützen, eine strikte Sperre für unmittelbare Durchgriffe des Bundes. Dies bedeutet nach ganz vorherrschender Auffassung, dass der Bund keine Aufgaben unmittelbar an die Kommunen übertragen darf. Er kann Bundesgesetze an die Länder zum Vollzug adressieren und im Übrigen nur noch „darauf hoffen“, dass diese dann ihrerseits die Kommunen in die Pflicht nehmen.¹⁸⁰

Unter eine verbotene Aufgabenübertragung wird jedenfalls all das gezählt, was den Kommunen neue, nach außen wirkende Verwaltungsaufgaben auferlegt, mit anderen Worten alle Aufgaben, die den kommunalen Aufgabenkreis verändern.¹⁸¹ Die strikte Übertragungssperre erfasst mithin alles, was die Zuständigkeit der Kommune als Verwaltungsträger inhaltlich verändert. Hierzu zählt die reine Umwandlung einer freiwilligen in eine pflichtige Verwaltungsaufgabe ebenso wie eine inhaltliche Erweiterung bestehender kommunaler Aufgaben.¹⁸²

Hiernach ist es dem Bund nicht nur **verwehrt, den Kommunen unmittelbar konkrete Klimaschutzziele vorzugeben**.¹⁸³ Auch bestimmte Maßnahmen (z.B. verpflichtende Energie- und Wärmenutzungsplanungen, Festsetzungen von Fern- oder Nahwärmegebieten) wären unzulässig, da sie den Handlungskreis der Kommunen in ihren Verwaltungsaufgaben „über die Länder hinweg“ erweiterten.

In der Literatur wurde dagegen schon zu früherer Zeit eine **mittelbare Verpflichtung der Kommunen über bundesgesetzliche Zielvorgaben an die Bundesländer** in die Diskussion gebracht: So sei es etwa denkbar, die Länder zur Sicherstellung zu verpflichten, dass auf lokaler/regionaler Ebene Wärmenutzungspläne erstellt werden; dementsprechend könne der Bund den Ländern auch anderweitige Klimaschutzziele oder konkrete Klimaschutzmaßnahmen abverlangen; dies könne im Rahmen der Bundesgesetzgebung für die Raumordnung oder im Wege eines eigenständigen Gesetzes für klimafreundliche Energieträger geschehen, etwa, indem den Ländern auferlegt werde, in bestimmtem Umfang Flächen für die Windenergienutzung oder für andere Arten der Energieerzeugung zur Verfügung zu stellen.¹⁸⁴

Rodi/Sina/Görlach/Gerstetter/Bausch/Neubauer, Das Klimaschutzrecht des Bundes – Analyse und Vorschläge zu seiner Weiterentwicklung, 2011, S. 442 ff.

¹⁸⁰ *Kirchhof*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, 2011, Art. 84 Rn. 152; *Henneke*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Henneke*, Grundgesetz, Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 84 Rn. 36.

¹⁸¹ *Kirchhof*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Kommentar, 2011, Art. 84 Rn. 162; *Henneke*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Henneke*, Grundgesetz, Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 84 Rn. 41.

¹⁸² *Henneke*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hoffmann/Henneke*, Grundgesetz, Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 84 Rn. 42 f.

¹⁸³ So *Rodi*, IR 2012, 242, 243.

¹⁸⁴ So *Lindner/Klinski/Schmidt/John*, Untersuchung möglicher Ansatzpunkte bundespolitischer Instrumente zur Förderung des kommunalen Klimaschutzes, Berlin 2009, S. 44 f.

Dieser Ansatz erschiene rechtlich gangbar und ist in ähnlicher Weise etwa auch auf dem Gebiet der Kreislaufwirtschaft gewählt worden. So hat der Bund etwa in § 21 KrWG eine Verpflichtung an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger der Bundesländer vorgesehen, Abfallwirtschaftskonzepte und Abfallbilanzen zu erstellen. Die näheren Anforderungen sind hierbei ausdrücklich dem Landesrecht vorbehalten worden.

Denkbar wäre für den Bund auch ein Mittelweg, etwa **nach dem Modell des § 16 EEWärmeG**. Diese Regelung *ermöglicht* es den Kommunen, verpflichtet sie aber nicht,

von einer Bestimmung des Landesrechts, die sie zur Begründung eines ABZ an ein Netz der öffentlichen Fernwärme- oder Fernkälteversorgung ermächtigt, auch zum Zweck des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch zu machen.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht dürfte mittlerweile geklärt sein, dass der Bundesgesetzgeber für diese Regelung auf die verfassungsrechtlichen Kompetenzen aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) und/oder der Luftreinhaltung aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG zurückgreifen konnte¹⁸⁵ und dass es sich auch nicht um eine verfassungswidrige, gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG verstoßende Aufgabenübertragung an die Kommunen handelt.¹⁸⁶ § 16 EE-WärmeG hat also die kommunalen Begründungs- und damit *Handlungsmöglichkeiten* für einen Anschluss- und Benutzungszwang (ABZ) an die Fernwärmeversorgung erweitert, insbesondere in den Bundesländern, in denen es an einer konkreten landesgesetzlichen Kompetenz zu Zwecken des Klima- und Ressourcenschutz mangelt.¹⁸⁷

In ähnlicher Weise ließen sich auf bundesgesetzlicher Ebene weitere Handlungsfelder ansprechen, in denen der Bund **zumindest kommunale Optionen** für Instrumente im Interesse einer kommunalen Energiewende anbietet. Bei diesem Ansatz wird allerdings davor gewarnt, dass Kommunen und Bürger lediglich als Kapitalgeber für dezentrale Projekte überregional agierender Investoren eingespannt werden, ohne auf diese prägenden Einfluss zu haben.¹⁸⁸

Als denkbare und geeignete Regelungsbereiche werden in der Literatur das in Landeskompetenz liegende Bauordnungs- und Gemeindegewirtschaftsrecht genannt.¹⁸⁹ Dies könnte zumindest eine Verbesserung der kommunalen *Handlungsmöglichkeiten* nach sich ziehen.

¹⁸⁵ *Milkau*, ZUR 2008, 561 (564); *Kahl*, ZUR 2010, 395 (399); ders., VBIBW 2011, 53, 55; *Böhm/Schwarz*, DVBl. 2012, 540 (542 f.); a.A. *Longo*, Neue örtliche Energieversorgung als kommunale Aufgabe (Diss. Marburg 2009), 2010, S. 337 f.

¹⁸⁶ *Kahl*, VBIBW 2011, 53 (56); *Böhm/Schwarz*, DVBl. 2012, 540 (542 f.); *Ekardt/Heitmann*, ZNER 2009, 346 (354).

¹⁸⁷ Vgl. auch *Kahl*, ZUR 2010, 393 (400).

¹⁸⁸ *Rodi*, EnWZ 2014, 289, 290.

¹⁸⁹ *Rodi*, IR 2012, 242, 245.

Will ein Bundesland **beispielsweise im Rahmen der Landesbauordnung** kein Plus an **satzungsrechtlichen Regelungsmöglichkeiten im Rahmen örtlicher Bauvorschriften zur Förderung des Klimaschutzes für die Gemeinden** vorsehen, so wären diese rechtlich an entsprechenden Maßnahmen gehindert. Eine Bundesregelung nach dem Modell des § 16 EEWärmeG könnte dann die Regelungslücke überbrücken und die vom Land „verweigerten“ kommunalen Kompetenzen eröffnen. Es läge dann bei den Gemeinden, auf dieser Grundlage tätig zu werden – oder eben auch nicht.

Dieser, das Landesrecht überbrückende Ansatz „analog § 16 EEWärmeG“, wird auch für den Bereich des Gemeindefirtschaftsrechts in die Diskussion gebracht: Die Materie sei mit der des ABZ zugunsten des Klimaschutzes vergleichbar, da die einschlägige Bundeskompetenz (Klimaschutz und Energie) mit der Länderkompetenz im Bereich des kommunalen Wirtschaftsrechts kollidiere und diese somit teilweise überlagere; daher könne der Bund, gestützt auf seine Kompetenz für den Klimaschutz, die Vorgabe, dass gemeindefirtschaftsrechtliche Unternehmungen auf der Basis erneuerbarer Energien einem öffentlichen Zweck entsprechen, „bundesweit durchsetzen“.¹⁹⁰

Vergleicht man allerdings die Materie und Regelungssituation des ABZ mit der des Gemeindefirtschaftsrechts in den GemO der Länder, so ist es nicht von vornherein klar, dass der Ansatz des § 16 EEWärmeG auf den Bereich der gemeindefirtschaftlichen Betätigung übertragen werden kann. Beim § 16 EEWärmeG erweitert der Bund mit Wirkung für das Landesrecht lediglich die satzungsrechtlichen Begründungs- und damit *Handlungsmöglichkeiten* der Städte und Gemeinden für einen Anschluss- und Benutzungszwang (ABZ) an die Fernwärmeversorgung. Im Bereich des Gemeindefirtschaftsrechts würde der Bund dagegen *unmittelbar* ins reine Landesrecht hineinregeln und – möglicherweise gegen den Willen des Landesgesetzgebers – das Bestehen des öffentlichen Zwecks bei gemeindlichen Aktivitäten auf der Basis erneuerbarer Energien anordnen. Man kann auf der anderen Seite aber auch vertreten, dass der Entscheidung der Gemeinde, ohne landesgesetzliche Ermächtigung, aber dafür über die Brücke des § 16 EEWärmeG einen ABZ für die Fernwärme zu erlassen (oder auch nicht), die Entscheidung der Gemeinde entspricht, sich gemeindefirtschaftlich zu betätigen (oder auch nicht) – zwar nicht im ausdrücklichen öffentlichen Zweck nach der GemO des Landes, aber dafür über die Brücke einer Regelung „analog § 16 EEWärmeG“.

M.E. wäre diese Frage noch genauer kompetenzrechtlich zu untersuchen und zu klären, ob die Fälle wirklich vergleichbar sind.

¹⁹⁰ Rodi, EnWZ 2014, 289, 290.

b) Bestehende und weiterentwickelte Vorschläge für eine gesetzliche Stärkung einer kommunalen Energiewende im Bundesrecht

Zu den in der Literatur gemachten Vorschlägen einer fachgesetzlichen Weiterentwicklung ist im Rahmen des Forschungsvorhabens eine gesonderte Recherche unternommen worden (im Rahmen der Arbeitspakete 4/5), auf deren Ergebnisse hier verwiesen wird.

c) Finanz-/Förderpolitik des Bundes

Schon früh wurde – parallel zu den o.g. gesetzgeberischen Restriktionen des Bundes – auf die finanzverfassungsrechtlichen Grenzen für eine direkte finanzielle Förderung des Bundes für den kommunalen Klimaschutz hingewiesen. Hintergrund ist das in Art. 104 a GG verankerte **Konnexitätsprinzip**. Hiernach hat im Verhältnis von Bund und Ländern diejenige Körperschaft, die die jeweilige Verwaltungskompetenz besitzt, auch die finanziellen Aufwendungen für die betreffenden Aufgaben zu tragen. In der Konsequenz ist es dem Bund daher grundsätzlich verwehrt, die Erfüllung von Aufgaben der Gemeinden mitzufinanzieren.

Eine Ausnahme könnte mit Blick auf den kommunalen Klimaschutz Art. 104 b GG darstellen. Ob dieser Artikel dem Bund die Möglichkeit gibt, den Kommunen Finanzmittel für bestimmte Sachaufgaben oder für ihre Verwaltungsaufwendungen zu Verfügung zu stellen, wird skeptisch beurteilt.¹⁹¹

Vor diesem Hintergrund wird der finanzverfassungsrechtliche Rahmen für kontraproduktiv gehalten und es werden finanzverfassungsrechtliche Lockerungen im Rahmen der Art. 104 a und b GG vorgeschlagen.¹⁹², die aber nicht näher Thema des Forschungsvorhabens waren. Hierzu wäre also eine Grundgesetzänderung mit der erforderlichen Bundestagsmehrheit erforderlich.

An dieser Stelle soll nicht verschwiegen werden, dass aus Sicht der im Projektbeirat vertretenen kommunalen Spitzenverbände direkten gesetzlichen Adressierungen vehement mit dem Argument entgegengetreten wurde: Dies führe zwangsläufig zu komplizierten Konnexitätsdiskussionen zwischen Bund und Ländern, die die Förderung des kommunalen Klimaschutzes faktisch zum Erliegen bringen könnten.

2. Beiträge für eine stärker kommunal und dezentral ausgerichtete Energiewende auf landesgesetzlicher Ebene

Der Befund der bundesgesetzlich zumindest stark beschränkten Regelungsmöglichkeiten für die Gestaltung einer dezidiert kommunal adressierten Energiewende lenkt den Blick konse-

¹⁹¹ Vgl. *Lindner/Klinski/Schmidt/John*, Untersuchung möglicher Ansatzpunkte bundespolitischer Instrumente zur Förderung des kommunalen Klimaschutzes, Berlin 2009, S. 37 f. m.w.N.

¹⁹² Vgl. *Lindner/Klinski/Schmidt/John*, Untersuchung möglicher Ansatzpunkte bundespolitischer Instrumente zur Förderung des kommunalen Klimaschutzes, Berlin 2009, S. 41 f.; *Rodi/Sina/Görlach/Gerstetter/Bausch/Neubauer*, Das Klimaschutzrecht des Bundes – Analyse und Vorschläge zu seiner Weiterentwicklung, 2011, S. 444, 469; *Rodi*, IR 2012, 245.

quenterweise auf die Ebene der Bundesländer. Thematisch rücken hierbei (die) Klimaschutzgesetze der Länder in den Vordergrund (siehe hierzu schon oben unter V 1 a-e).

Aus den Untersuchungen innerhalb des Forschungsvorhabens und aus den Diskussionsveranstaltungen mit den Experten des projektbegleitenden Beirats sowie vor allem auch mit den Kommunen selbst scheint eine **Verstetigung und dauerhafte Stärkung der Aufgaben der kommunalen Energiewende** angezeigt zu sein, die im Selbstverständnis engagierter Städte und Gemeinden mittlerweile durchaus als **ständige Aufgabe der Daseinsvorsorge** betrachtet wird. Ein Mangel an Förderprogrammen – interessanterweise trotz der verfassungsrechtlichen Restriktionen der Art. 104 a und b GG (s.o. VI 1 c) vornehmlich des Bundes – wurde im Rahmen des Forschungsvorhabens eher nicht gesehen. Kritisiert wurde an dieser Stelle eher der hohe Verwaltungsaufwand bei Antragstellung im Rahmen der Programme.

Als hochrelevant für eine kommunale Energiewende und Initiativen des kommunalen Klimaschutzes wurden seitens der Kommunalpraktiker **strategische Instrumente** eingestuft, die helfen, eine dauerhafte Beschäftigung mit der Energiewende in den Gemeinden abzusichern und über eine Aneinanderreihung von Einzelprojekten hinauszukommen. In diesem Punkt könnten landesgesetzliche Verpflichtungen – finanzielle Ausstattung nach dem Konnexitätsprinzip in den Landesverfassungen vorausgesetzt – und **fachliche wie finanzielle Unterstützung zur Erstellung strategischer Klimaschutzkonzepte** in die richtige Richtung gehen. Idealerweise könnte der Gesetzgeber Zielmarken, Erfolgsindikatoren und Anforderungen an ein Monitoring formulieren und die finanzielle Unterstützung durch Förderprogramme mit diesen gesetzlichen Vorgaben synchronisieren. Hierbei ist Mut der Landesgesetzgeber gefragt. Verlagerungen konkreter konzeptioneller Vorgaben auf die Verordnungsebene, deren Produkte wie aus einigen Umweltgesetzen bekannt oftmals lange auf sich warten lassen, verschieben und verwässern diesen Ansatz (zur Kritik am Klimaschutzgesetz NRW schon oben unter V 1 c).

Vor dem Hintergrund, dass gesetzliche Regelungen im Interesse einer kommunalen Energiewende frühzeitig an weichenstellenden, strategisch-planerischen Konzeptionen der gemeindlichen Stadtentwicklung ansetzen sollten, ist z.B. der instrumentelle Ansatz Bremens zu verpflichtenden gemeindlichen städtebaulichen Konzepten nach § 13 BremKEG zu begrüßen. Bei derartigen Regelungen ist es wichtig, dass das Recht die **Konzepte auf strategisch wichtige Mindestinhalte festlegt und mit den einschlägigen landespolitischen Klimaschutz- und Energiestrategien verzahnt**. Auch hier ist eine **Synchronisierung mit entsprechenden Förderprogrammen** vorzusehen.

Was die schon angesprochene Förderkulisse aus Bundes- und Landesmitteln anbetrifft, erscheint es weiterhin essenziell, dafür zu sorgen, dass die Ziele und Maßnahmen aus den Landesklimaschutzkonzepten mit Blick auf die kommunale Ebene

- realistisch und umsetzbar sowie
- klar, konkret und kontrollierbar

sind. Es wäre wichtig, dass entsprechende Zielkorridore und Maßnahmen in Gremien diskutiert und festgelegt werden, in denen auch engagierte kommunale Praktiker mitwirken, die Erfahrungen mit Klimaschutz- und Energieprojekten vor Ort aufweisen. In diesem Punkt erscheint der Hessische Ansatz als geeigneter Weg, die in Aussicht gestellte **Landesförderung an konzeptionelle, strategische und damit längerfristig wirkende Initiativen und Planungen der Kommunen im Bereich der Energieeffizienz und der erneuerbaren Energien zu knüpfen.**

Um gesetzliche Ansätze im Interesse einer kommunalen Energiewende auf Tauglichkeit zu testen, sollte der Gesetzgeber Mut zu einer auch **experimentellen Gesetzgebung auf Zeit** haben. Dies könnte beispielsweise auch eine landesgesetzliche Testphase beinhalten, in der das Instrument einer kommunalen, Fachämter übergreifenden Energieleitplanung (das ja in einigen Kommunen schon mit Erfolg betrieben wird, s.o. zur informellen Bauleitplanung III 1 b) planspielartig umgesetzt werden soll.

Im Übrigen ist gerade auch mit Blick auf die enormen Einsparpotenziale im Gebäudebereich darauf zu achten, dass **für die Anwender ein ausreichendes Maß an Flexibilität und Kombinationsmöglichkeiten** besteht, um etwa in Bezug auf die unterschiedlichen Arten und Einsatzmöglichkeiten erneuerbarer Energien den in der Praxis sehr unterschiedlichen Ausgangssituationen gerecht werden zu können. Hier ist beispielhaft das Gesetz zur Nutzung erneuerbarer Wärmeenergie in Baden-Württemberg hervorzuheben, das gezielt flexible Handlungsspielräume geschaffen hat und so den Adressatenkreis in der Praxis erweitert haben dürfte.

Literatur

Aigner, Kathrin/Mohr, Jan, Vermietung von Flächen für Photovoltaikanlagen – Chance oder Risiko? ZfIR 2009, 8 ff.

Althanns, Andrea, Genossenschaftliche Modelle bei der Realisierung von Anlagen der erneuerbaren Energien, ZfBR-Beilage 2012, 36 ff.

Becker, Peter/Dicks, Heinz-Peter, Vergabe von Wegenutzungsrechten nach § 46 EnWG – Rechtsrahmen für Konzessionsvergaben und für Partnerschaften mit kommunalen Netzbetreibern, ZNER 2014, 425 ff.

Bielitza-Mimjähner, Ralf, Kommunaler Klimaschutz als Instrument einer nachhaltigen Energieversorgung unter den Bedingungen von Globalisierung und Liberalisierung? Diss. Osnabrück, Saarbrücken, 2008.

Böhm, Monika/Schwarz, Philip, Möglichkeiten und Grenzen bei der Begründung von energetischen Sanierungspflichten für bestehende Gebäude, NVwZ 2012, 129 ff.

Böhm, Monika/Schwarz, Philip, Klimaschutz durch Anschluss- und Benutzungszwang für kommunale Fernwärmenetze - Voraussetzungen und Grenzen, DVBl. 2012, 540 ff.

Böttcher, Leif, Erneuerbare Energien in der notariellen Praxis, Notar 2012, 383 ff.

Böttcher, Leif/Faßbender, Kurt/Waldhoff, Christian, Erneuerbare Energien in der Notar- und Gestaltungspraxis. Planung, Genehmigung, Kreditsicherung, Besteuerung, München 2014.

Brahms, Florian, Die Novelle des Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetzes 2016, ER 2015, 223 ff.

Breuer, Daniel/Lindner, Thomas, Die verpflichtende Direktvermarktung nach dem EEG 2014, REE 2014, 129 ff.

Bringewat, Jörn, Reichweite kommunaler Standortsteuerung von Windenergieanlagen, ZUR 2013, 535 ff.

Bringewat, Jörn/ Bringewat, Peter, Rechtliche Beurteilung der Vereinbarung von Beteiligungsmodellen mit Kommunen bei der Projektierung von Windenergieanlagen, KommJur 2015, 1 ff.

Degenhart, Heinrich/Nestle, Uwe, Marktrealität von Bürgerenergie und mögliche Auswirkungen von regulatorischen Eingriffen, 2014; im Netz verfügbar unter:
http://www.bund.net/fileadmin/bundnet/pdfs/klima_und_energie/140407_bund_klima_energie_buergerenergie_studie.pdf

Deutsches Institut für Urbanistik – difu (Hrsg.), Klimaschutz in Kommunen, Praxisleitfaden, Berlin 2011

Dinter, Jan, Das Gesetz zur Digitalisierung der Energiewende – Startschuss für Smart Meter? ER 2015, 229 ff.

Düsterdiek, Bernd, Aufgabenübertragung auf einen Zweckverband und Vergaberecht, NZBau 2006, 618 ff.

Eisenschmid, Norbert, Contracting als Instrument des Klimaschutzes, WuM 2008, 264 ff.

Ekardt, Felix/Heitmann, Christian, Probleme des EEWärmeG bei Neubauten, ZNER 2009, 346 ff.

Frenz, Walter, Bürgerenergiegesellschaften, ER 2016, 194 ff.

Funk, Ann-Christin/Tomerius, Stephan, Aktuelle Ansatzpunkte umwelt- und klimaschützender Beschaffung in Kommunen - Überblick und Wege im Dschungel des Vergaberechts, KommJur 2016, 1 ff. (Teil 1) und 47 ff. (Teil 2)

Gawel, Erik/Lehmann, Paul/Korte, Klaas/Strunz, Sebastian/Bovet, Jana/Köck, Wolfgang/Massier, Philipp/Löschel, Andreas/Schober, Dominik/Ohlhorst, Dörte/Tews, Kerstin/Schreurs, Miranda/Reeg, Matthias/Wassermann, Sandra, Die Zukunft der Energiewende in Deutschland, ZUR 2014, 219 ff.

Gawel, Erik/Purkus, Alexandra/Bruttel, Franziska, Auktionen als Förderinstrument für erneuerbare Energien, EnWZ 2016, 153 ff.

Hack, Martin, Energie-Contracting, 2. Aufl. 2012

Halstenberg, Michael/Nusser, Jens, Energieeinsparung und Energieeffizienz im Bau- und Planungsrecht, EnWZ 2013, 343 ff.

Heiermann, Wolfgang/Tschäpe, Philipp, Die Dezentralisierung der Energieversorgung durch lokale Windenergieanlagen – Gemeinden und Gemeindebürger werden zu öffentlichen Auftraggebern, ZfBR-Beilage 2012, 110 ff.

Hellermann, Johannes, Anwendbarkeit des Rechtsgedankens des § 16 VgV auf die kommunale Entscheidung über die Strom- und Gaskonzessionsvergabe? EnWZ 2016, 7 ff.

Heß, Julia/Kachel, Markus/Lange, Sebastian, Das Klimaschutzgesetz Nordrhein-Westfalen. Wirksames Instrument für den Klimaschutz auf Landesebene? EnWZ 2013, 155 ff.

Huerkamp, Florian, Das neue „Fördervergaberecht“ bei Freiflächenanlagen, EnWZ 2015, 195 ff.

Jennert, Carsten, In-house-Vergabe nach „Carbotermo“: Bei der kommunalen GmbH möglich, beim Zweckverband nicht?, NZBau 2006, 421 ff.

Kachel, Markus, Energieeffizienz und Klimaschutz: Warum eine Novelle des KSK-Gesetzes unverzichtbar ist, ZUR 2015, H. 5, 257 f.

Kachel, Markus, Das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz 2016, EnWZ 2016, 51 ff.

Kahl, Wolfgang, Klimaschutz durch die Kommunen – Möglichkeiten und Grenzen, ZUR 2010, 395 ff.

Kahl, Wolfgang/Schmidtchen, Marcus, Konzessionsverträge als klimapolitisches Handlungsinstrument der Gemeinden, RdE 2012, 1 ff.

Kahl, Hartmut /Kahles, Markus /Müller, Thorsten, Neuordnungen im EEG 2017 – Die Folgen des Systemwechsels auf Ausschreibungen für die Förderung, die Rolle des Netzes und den Anwendungsbereich, ER 2016, 187 ff.

Kappler, Tobias, Photovoltaikanlagen auf fremden Grund und Boden – Sicherheit für alle Zeiten?, ZfIR 2012, 264 ff.;

Keller, Hilmar, Die Rechtsnachfolge bei beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zur Absicherung von Energiegewinnungsanlagen, DNotZ 2011, 99 ff.;

Kern, Kristine, Kommunaler Klimaschutz in Deutschland: Handlungsoptionen, Entwicklung und Perspektiven, Berlin 2005

Klinski, Stefan/Longo, Fabio, Kommunale Strategien für den Ausbau erneuerbarer Energien im Rahmen des öffentlichen Baurechts, ZNER 2007, 41 ff.

Kment, Martin/Vorwalter, Sebastian, Streitfragen der energiewirtschaftlichen Konzession, EnWZ 2015, H. 9, 387 ff.

Knauff, Matthias, Zurück zur kommunalen Daseinsvorsorge in der Energiewirtschaft? EnWZ 2015, H. 2, 51 ff.

Kohler, Stephan, Energiewende als Chance für Kommunen, BWGZ 2013, 67 ff.

Kruse, Tobias, Wärmelieferungsverträge in der notariellen Praxis, RNotZ 2011, 65 ff.

Kümper, Boas/Milstein, Alexander, „Vergesellschaftung des Windes“? – Ausgewählte Rechtsfragen sog. Bürgerwindparks in kommunaler Hand, ZfBR 2013, 742 ff.

Lindner, Sigrid/Klinski, Stefan/Schmidt, Alexander/John, Ashok, Untersuchung möglicher Ansatzpunkte bundespolitischer Instrumente zur Förderung des kommunalen Klimaschutzes, Berlin 2009

Löhlein, Johanna, Kommunale Energiekonzepte für eine energieeffiziente Stadtentwicklung, KommunalPraxis Bayern 2012, 20 ff.

Löhr, Dirk, Unverstanden und korrumpiert: Stiefkind kommunales Erbbaurecht, ZKF 2015, 97 ff.

Longo, Fabio, Neue örtliche Energieversorgung als kommunale Aufgabe, Solarsatzungen zwischen gemeindlicher Selbstverwaltung und globalem Klima- und Ressourcenschutz, Baden-Baden 2010

Maaß, Christian, Die KWK-Novelle, Mehr Schaden als Nutzen, ZUR 2015, H. 11, 577 f.

Maly, Christian/ Meister, Moritz/ Schomerus, Thomas, EEG 2014 - Das Ende der Bürgerenergie? ER 2014, 147 ff.

Marnich, Miriam, Chancen und Risiken der (Re-)Kommunalisierung der Energieversorgung aus Sicht der Gemeinden, EnWZ 2015, H. 2, 62 ff.

Meyer-Hofmann, Bettina/Tönnemann, Sven, Stromeinkauf an der European Energy Exchange - Ein Fall für das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung? ZfBR 2009, 554 ff.

Milkau Alexander, Bundeskompetenzen für ein Umweltenergierecht - dargestellt am Beispiel des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes, ZUR 2008, 561 ff.

Müller, Manfred, Potenzialatlas Erneuerbare Energien Baden-Württemberg, BWGZ 2013, 496 ff.

Müller, Thorsten/Kahl, Hartmut/Sailer, Frank, Das neue EEG 2014, ER 2014, 139 ff.

Otto, Christian-W., Klimaschutz und Energieeinsparung im Bauordnungsrecht der Länder, ZfBR 2008, 550 ff.

Polster, Julian, Die Rechtsfigur des In-house-Geschäfts – Eine unendliche Geschichte, NZBau 2010, 486 ff.

Pünder, Hermann/Schellenberg, Martin, Vergaberecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2015.

Reymann, Christoph, Fotovoltaikdienstbarkeiten auf fremden Grundstücken, DNotZ 2010, 84 ff.;

Riewe, Johannes, Die Reform des EEG – Übersicht über die wichtigsten Änderungen, EWerk 2014, 267 ff.

Renn, O./Köck, W./Schweizer, P.-J./Bovet, J./Benighaus, Chr./Scheel, O./Schröter, R., Die Öffentlichkeit an der Energiewende beteiligen. Grundsätze und Leitlinien für Planungsvorhaben, GAiA 22, 4/2013, S. 279 f.

Rodi, Michael, Dezentrale Energieversorgung als Herausforderung der Energiewende, EnWZ 2014, 289 ff.

Rodi, M./Sina, St./Görlach, B./Gerstetter, Chr./Bausch, C./Neubauer, A., Das Klimaschutzrecht des Bundes – Analyse und Vorschläge zu seiner Weiterentwicklung, Dessau-Roßlau 2011.

Rodi, Michael, Kommunale Handlungsmöglichkeiten in der Energie- und Klimaschutzpolitik - Status quo und Reformansätze, IR 2012, 242 ff.

Schäfer-Stradowsky, Simon/Boldt, Benjamin, Energierechtliche Anmerkungen zum Smart Meter-Rollout, EnWZ 2015, H. 8, 349 ff.

Schliesky, Ute, Gemeindefreundliches Konnexitätsprinzip, DÖV 2001, 714 ff.

Schmid, Michael J., Wärmecontracting in der Wohnungseigentümergeinschaft, CuR 2008, 84 ff.

Schneidewindt, Holger, Aktuelle zivilrechtliche Fragen bei kleinen PV-Anlagen auf Wohngebäuden, ZNER 2014, Heft 3, S. 234 ff.;

Shirvani, Foroud, Rückenwind für kommunale Bürgerwindparks? NVwZ 2014, 1185 ff.

Sonder, Nicolas, Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Wandel, LKV 2013, 202 ff.

Staab, Jürgen, Erneuerbare Energien in Kommunen. Energiegenossenschaften gründen, führen und beraten, 2. Aufl. Wiesbaden 2013

Stelter, Christian, Die Freiflächenausschreibungsverordnung. Pilotprojekt für die zukünftige Förderung der Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, EnWZ 2015, 147 ff.

Theobald, Christian, Das neue Konzessionsrecht – Ausweg aus der Komplexitätsfalle?, EnWZ 2017, Editorial, S. 1 f.

Theobald, Christian, Neues Konzessionsrecht, EnWZ 2016, Editorial, S. 1 f.

Theobald, Christian/Wolkenhauer, Sören, Aktueller Referentenentwurf zu § 46 EnWG, Stärkung oder Schwächung der kommunalen Selbstverwaltung, EnWZ 2015, 483 ff.

Thomas, Christian, Klimaschutz auf Landesebene, Eine Betrachtung des nordrhein-westfälischen Klimaschutzgesetzes, NVwZ 2013, 679 ff.

Tiedtke, Werner, Kostenrechtliche Behandlung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für Fotovoltaikanlagen, MittBayNot 2010, 444 ff.;

Tomerius, Stephan, Der Anschluss- und Benutzungszwang an kommunale Nah- und Fernwärmesysteme – Aktuelle rechtliche Vorgaben und Ausgestaltungsmöglichkeiten, ER 2013, 61 ff.

Tschäpe, Philipp, Die Vergabe von Energielieferverträgen durch die Kommune an lokale (gemeindliche) Energieerzeuger, ZfBR 2013, 547 ff.

Umweltbundesamt (Hrsg.), Potenziale von Nah- und Fernwärmenetzen für den Klimaschutz bis zum Jahr 2020, Climate Change 17/2007, S. 5; download: <http://www.umweltdaten.de/publikationen/fpdf-l/3501.pdf>

Vollprecht, Jens/Altrock, Martin, Die EEG-Novelle 2017: Von Ausschreibungen bis zuschaltbare Lasten, EnWZ 2016, 387 ff.

von Heynitz, Jobst, Das Erbbaurecht – Ein dezentral einsetzbares Instrument zur Reform der Bodenordnung, Zeitschrift für Sozialökonomie (ZfSÖ) 2004, 26 ff.

von Kaler, Matthias/Kneuper, Friedrich, Erneuerbare Energien und Bürgerbeteiligung, NVwZ 2012, 791 ff.

Wagner-Cardenal, Kersten/Scharf, Jan/Dierkes, Jan-Michael, Zur Zurechnung von Drittsätzen bei der Inhouse-Vergabe, NZBau 2011, 271 ff.

Weiß, Maria-Lena, Kommunale Beteiligungsmodelle und Konzessionsvergabe. Die Suche nach dem optimalen Vergabeverfahren unter besonderer Berücksichtigung des zweistufigen Verfahrens, ER 2015, 96 ff.

Wickel, Martin, Mögliche Inhalte von Klimaschutzgesetzen auf Länderebene, DVBl. 2013, 77 ff.

Wilhelmy, Wolfgang, Photovoltaik- und andere Anlagen als „Unternehmen“ der privaten Immobilieneigentümer, NZM 2010, 561 ff.

Zenke, Ines/Dessau, Christian, Bürgerbeteiligungen als Schlüssel einer kommunalen Energiewende, KommJur 2013, 288 ff.

Zieglmeier, Christian, Das strikte Konnexitätsprinzip am Beispiel der Bayerischen Verfassung, NVwZ 2008, 270 ff.

Ziehm, Cornelia, Vollzugsdefizite im Bereich des Klimaschutzrechts, ZUR 2010, 411 ff.