

- Die wirtschaftlichen Risiken der Bilanzierung sind fast vollständig beseitigt.
- Die Belieferung von Endkunden auf der Basis der im Gashandel verfügbaren Produkte wird möglich.
- Mit GABi-Gas sind alle Händler auch faktisch gleichgestellt; es ist für einen Stadtwerksvertrieb kein Unterschied mehr, ob der versorgte Endkunde im „eigenen“ Netz oder im Nachbarnetz angesiedelt ist.

Die große Stärke von GABi-Gas, dass das Modell alle Abläufe in ein neues, plausibles Verhältnis zueinander bringt, ist vielleicht seine größte Schwäche. Das Modell verlangt von allen Marktteiligen ein fundamentales Umdenken. Dies trägt dazu bei, dass die flächendeckende Geltung des Systems nach nur vier Monaten Vorbereitungszeit ein ehrgeiziges Ziel war.

Ungeachtet aller Implementierungsprobleme ist der Markt bereits angesprochen. Fast täglich ist von der Ausweitung von Geschäftsaktivitäten und von Markteintritten zu lesen. Viele Haushaltskunden dürften sich dank GABi-Gas bald über konkurrierende Angebote freuen können.

Wenn attraktive Gasangebote mehr Kunden vom Öl zum Gas locken oder wenn der von solchen Angeboten initiierte bewusste Blick auf die eigene Gasrechnung dazu verleitet, über eine bessere Isolierung des Hauses oder über teilweise oder vollständige Alternativen zur fossilen Energieversorgung nachzudenken, ist mit GABi-Gas sogar dem Klima geholfen.

Kommunaler Klimaschutz durch Baurecht: Rechtsprobleme der Solarenergie und der Kraft-Wärme-Kopplung

von Felix Ekardt, Bernhard Schmitz, Patrick Kim Schmidtke*

Welche Maßnahmen zum kommunalen Klimaschutz können Gemeinden gemäß dem Baurecht ergreifen? Der deutsche Gesetzgeber hat dafür (z.T. erst seit kurzer Zeit und manchmal auch nur auf Landesebene) einige Instrumente bereitgestellt. Da sie aufgrund verschiedener Rechtsunsicherheiten bisher selten angewandt werden, versucht dieser Beitrag einige der damit verbundenen juristischen Streitfragen aufzulösen. Besonders geht es vorliegend um die Förderung der Solarenergie und von kommunalen Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen durch bauplanerische Festsetzungen, durch Verträge, aber auch durch einen Anschluss- und Benutzungszwang und ähnliche hoheitliche Instrumente – im Neu- wie auch im Altbestand. Dabei liegt die Vorstellung, Klimaschutz sei insbesondere im baulichen Altbestand von vornherein undenkbar, nicht auf der Linie neuerer europäischer, aber auch bundes- und landesrechtlicher Entwicklungen.

A. Problemstellung

Die „Jahrhundertaufgabe Nachhaltigkeit“, also die verstärkte intergenerationelle und globale Ausrichtung von Recht, Politik und Moral, findet ihre konkrete Anwendung nicht zuletzt im Klimaschutz als einer der größten Herausforderungen unserer Zeit. Da Recht das Medium steuernder gesellschaftlicher Konfliktlösung ist, expandiert folgerichtig seit einiger Zeit das internationale, europäische und deutsche Klimaschutzrecht. Vom Ziel, eine stärkere Nutzung der riesigen Energie- und Ressourceneffizienzpotenziale¹, der erneuerbaren Ressourcen sowie von Suffizienzen deutlich voranzubringen, sind westliche Gesellschaften im realen Handeln freilich immer noch weit entfernt; pro Kopf setzt ein Durchschnittsdeutscher jährlich immer noch knapp das Dreifache eines Chinesen frei², wenn man alle Lebensbereiche wie etwa Flugreisen, PKW-Fahrten, Heizwärme, Fleischkonsum, Stromverbrauch, Konsum aller Arten von Produkten (nicht zuletzt auch solcher aus konventioneller Landwirtschaft) einschließlich deren Herstellung saldiert, und müsste bis 2050 um 90 % oder mehr reduziert werden.³ Da das

* Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt Öffentliches Recht und insbesondere Umweltrecht (Forschungsschwerpunkt Klimaschutzrecht) an der Universität Bremen, wo Ref. jur. Patrick Kim Schmidtke bei ihm promoviert. RA Bernhard Schmitz ist Sozius der Kanzlei Schmitz Rechtsanwälte in Frankfurt a.M. – Der vorliegenden Beitrag teilt die grundsätzliche Stoßrichtung in manchem mit Klinski/ Longo, ZNER 2007, 41 ff., behandelt dabei allerdings teilweise andere Punkte und entwickelt eine Reihe weitergehender Argumente. 1. Bei Raumwärme, Produkten, Verkehrsmitteln u.a.m. ist von einem möglichen Effizienzfaktor vier oder gar zehn die Rede; klassisch dazu (und keinesfalls überholt) der Bericht an den Club of Rome von v. Weizsäcker/ Lovins/ Lovins, Faktor vier, 1995.

2. Der bisher gepflegte – rechtlich hingenommene oder sogar mit steuerlichen Anreizen usw. bestärkte – Lebensstil ist im Kern weder dauerhaft durchhaltbar noch global praktikierbar. Würden ihn allein alle Chinesen und Inder ebenfalls praktizieren, wären die Weltressourcen und das Globalklima unmittelbar überfordert. Zum Ganzen und zum Begriff Nachhaltigkeit Ekardt, Das Prinzip Nachhaltigkeit, 2005, Kap. I A. und C.; zur aktuellen umweltpolitischen Gesamtbilanz SRU, Umweltgutachten, 2008.

3. In Europa ist viel von „80 % weniger Treibhausgase bis 2050 gegenüber 1990“ die Rede. Das IPCC jedoch spricht von 46-79 % Treibhausgasreduktion weltweit (!) bis 2050, wenn man 2-2,4 Grad globale Erwärmung hinnehmen will, und bezeichnet dies als (wegen der nicht berücksichtigten Rückkopplungseffekte) wohl noch zu zurückhaltend; vgl. IPCC, Climate Change 2007. Mitigation of Climate Change, 2007, S. 15, Tabelle SPM.5. Bei einer wachsenden Weltbevölkerung ergäbe das (vgl. ebd.) bei heute weltweit

naheliegende Klimaschutz-Hauptinstrument – ein alle relevanten Bereiche einschließender, inhaltlich an anspruchsvollen globalen Treibhausgasreduktionszielen⁴ orientierter Emissionshandel bzw. eine ebenso ausgerichtete Energie- und Flächennutzungssteuer⁵ – national und global fehlt, gilt es vorerst mit einem komplexen, nur bedingt erfolgreichen „Instrumentenmix“ weiterzuarbeiten. Bestimmte Verhaltensantriebe blockieren allerdings bei politischen Entscheidungsträgern, Unternehmen und Bürgern (also Wählern und Konsumenten) gleichermaßen oft die Bereitschaft zu einem stärkeren Klimaschutz.⁶ Die Einsicht, dass sich langfristig (= drohende Klimaschäden), aber auch mittelfristig (= Erschließung neuer Märkte und Arbeitsplätze generell, Energieversorgungssicherheit und Gewinnspannen durch Maßnahmen wie Wärmedämmung auch konkret lokal und individuell) Klimaschutz schon ökonomisch lohnt, hat sich leider noch nicht ausreichend herumgesprochen. Dabei besteht nicht nur klimapolitisch, sondern auch wegen der steigenden Energiepreise und der Versorgungssicherheit deutlicher Handlungsbedarf, der durch neu in Kraft tretende Gesetze wie das neue EEG und das EEWärmeG zumindest ansatzweise aufgenommen wird.⁷

Vor diesem Hintergrund untersuchen wir vorliegend einige kommunale Handlungsmöglichkeiten zugunsten der erneuerbaren Energien und der Energieeffizienz. Wir tun dies exemplarisch anhand von Fördermaßnahmen zugunsten der Solarenergie einerseits und der Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) als Fernwärme andererseits, da der Gesetzgeber für beide neue Regelungen geschaffen hat. Das eine Mal geht es damit um eine Form erneuerbarer Energie (EE) für Strom oder Raumwärme, das andere Mal geht es um eine verbesserte Energieeffizienz durch Stromerzeugung mit paralleler Nutzung der dabei ohnehin entstehenden Wärme (auf fossiler oder auch auf EE-Grundlage). Sowohl EE als auch KWK (letztere allerdings eher marginal) werden durch bundes- und EG-rechtliche Maßnahmen gefördert, insbesondere durch ein Stromeinspeisungsvergütungssystem nach dem EEG und ein Wärmequotensystem nach dem neuen EEWärmeG.⁸ Kommunen haben jedoch die Möglichkeit, den Klimaschutz sowie die langfristige Energieversorgungssicherheit und auch langfristige Preisvorteile für ihre Bewohner – denn Öl, Kohle und Gas werden teurer und sind endliche Rohstoffe – durch eigene Maßnahmen weiter voranzutreiben. Dadurch könnten verstärkt kommunale Nah- und Fernwärmenetze sowie eine stärker dezentralisierte Stromerzeugung induziert werden. Dies sind zugleich förderliche Bedingungen für eine langfristig zukunftsfähige Energieversorgung, die früher oder später weitgehend auf EE-Basis strukturiert sein wird (bzw. sein müsste); und es dürfte auch ein demokratischer Gewinn sein, denn nur so lässt sich die problematische Markt- und zugleich Machtkonzentration bei wenigen großen Energiekonzernen überwinden.⁹

B. Klimaschutz als Aufgabe der kommunalen Bauleitplanung?

Der klassische Regelungsmechanismus, der Gemeinden für eine Vielzahl von Gestaltungsintentionen zur Verfügung steht, ist die Bauleitplanung. In Bebauungsplänen wird über die Zulässigkeit von Bauvorhaben und die Ausgestaltung von Gebäuden entschieden. Wenn eine Gemeinde die Energieversorgung in ihrem Gebiet nachhaltiger gestalten will, kommt es deshalb in Betracht, dass sie Vorgaben zur Energieversorgung bzw. zu damit verbundenen baulichen Maßnahmen (z.B. Anbringung von Solarkollektoren) macht. Eine EE-Anlage oder auch konkret eine Solarenergieanlage ist bei genauer Betrachtung sogar wirtschaftlich vorteilhaft und eine Chance zur dauerhaften Wertschöpfung. Erstens gibt es feste Vergütungssätze für (überschüssigen, also nicht selbst verwendeten und ins allgemeine Netz eingespeisten) Strom nach dem EEG. Zweitens besteht ab 01.01.2009 nach § 3 EEWärmeG ohnehin die Pflicht, einen Teil der häuslichen Wärmenutzung aus EE-Quellen zu decken (im Falle der Solarenergie liegt die Pflicht gemäß § 5 EEWärmeG bei 15 % der Gesamtwärme). Drittens gewinnt man

so Unabhängigkeit von den weiter steigenden Öl- und Gaspreisen. Dies gilt, obwohl zusätzlich zu einer solchen Anlage in mitteleuropäischen Breitengraden regelmäßig ein konventioneller Strom- und Wärmeanschluss vorgehalten werden muss (anders indes bei der Bioenergie).

Dies führt freilich grundsätzlich zu der Frage, ob der Klimaschutz überhaupt ein zulässiges Ziel der Bauleitplanung sein kann. Seit der BauGB-Novelle von 2004¹⁰ bestimmt § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB ausdrücklich, dass der Beitrag der Bauleitplanung zum Umweltschutz „auch in Verantwortung für den allgemeinen Klimaschutz“ geleistet werde. Es handelt sich dabei um die sichtbarste Verkörperung der Intention des Gesetzgebers, den Klimaschutz auch auf kommunaler Ebene stärker zu verankern. In diesem Sinne stellen die Entstehungsmaterialien noch klar, dass hier gerade auch der „globale“ Klimaschutz gemeint sei, also nicht nur der regionale und örtliche.¹¹ Als Anhaltspunkt für die Definition des Begriffs Klimaschutz mag ansonsten die Mitteilung der EU-Kommission vom 08.03.2000¹² herangezogen werden, die wie oben die Energieeffizienz und die EE-Förderung zum Radius des Klimaschutzes zählt.

Problematisch bleibt freilich § 1 Abs. 3 BauGB (und § 9 Abs. 1 BauGB), wonach die Bauleitplanung einen „städtebaulichen“ Bezug haben müssen. Z.T. wird daher angenommen, dass Festset-

durchschnittlich 4,6 Tonnen THG-Ausstoß jährlich pro Kopf 1,3-0,4 Tonnen pro Kopf. Für Industriestaaten bedeutet das etwa 87-96 % Emissionsreduktionen, bereits ohne Berücksichtigung der Rückkopplungseffekte. Und all dies macht die Voraussetzung, daß 2-2,4 Grad Erwärmung noch tolerabel sind, was gerade Zweifeln unterliegt; denn aktuell beginnt das IPCC wohl einzusehen, daß es in der Tat noch zu „großzügig“ gerechnet hat, u.a. aufgrund der Forschungen der NASA, vgl. Hansen, Scientific Retidence and Sea Level Rise, Environmental Research Letters 2/ 2007.

4. Sofern die EU dennoch allein vorangeht, müsste man dies aus Gründen der Wettbewerbsfähigkeit mit einem (WTO-rechtlich zulässigen) Grenzkostenausgleich für Im- und Exporte verbinden; sinnvoll wären ferner sozialpolitische Ausgleichsmaßnahmen (Ressourcenprämie/ Ökobonus, nicht aber staatlich gesenkte Energiepreise o.ä.); ein globales Klimaschutzabkommen müsste (im Vergleich zum Kyoto-Protokoll) sämtliche Staaten weltweit einbeziehen, anspruchsvollere Ziele setzen, geeignete Sanktionen vorsehen und finanzielle Ausgleichsmechanismen zugunsten des Südens enthalten (etwa über ein System „one human, one emission right“); vgl. zu alledem Ekardt/v. Hövel, Carbon & Climate Law Review 2009, Heft 1, i.E.; speziell zum Grenzkostenausgleich und zur WTO-Einbindung des Klimaschutzes Ekardt/Schmeichel, Critical Issues in Environmental Taxation 2008, 737 ff. i.E. sowie Ekardt/Susjar/Steffenhagen, Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2008, 225 ff.

5. Dies würde dann auch andere Ressourcenverbräuche und z.B. auch die Entwaldung abbilden können.

6. Stichworte wie „Eigennutzen, Konformität, Gefühle, klassisch-liberale Werthaltungen“ lassen sich weiter ausbuchstabieren, z.B. als: Wiederwahlinteresse von Politikern; marktbedingte Kurzzeitorientierung von Unternehmen; schwierige Fassbarkeit raumzeitlich entfernter (Klima-)Schäden heutiger Handlungen; Wissen um relative Geringfügigkeit des eigenen Beitrags zum Klimaschutz bzw. zur Klimaschädigung u.a.m.; im einzelnen dazu Ekardt, in: Voss (Hg.), Der Klimawandel. Sozialwissenschaftliche Perspektiven, 2009, i.E.; ausführlicher Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit: Rechtliche, ethische und politische Zugänge, 2009.

7. Nationale und internationale Rechtsquellen des Klimaschutzrechts und gerade der erneuerbaren Energien www.erneuerbare-energien.de und in der nunmehr international ausgerichteten Datenbank res-legal.

8. Einzelheiten bei Wustlich, ZUR 2008, 113 ff.; Fischer/ Klinski, ZUR 2007, 8 ff.; Ekardt/ Schmeichel/ Heering, NuR 2009, Heft 3, i.E.

9. Vgl. auch Hennike/ Müller, Weltmacht Energie, 2005. – Generell ist hier Vorsicht geboten bei der Angabe exakter Zahlen, da die verschiedenen Szenarien überaus stark definieren; vgl. beispielsweise DLR/ Ecofys on behalf of Greenpeace and Europ.Renewable Energie Council, 2007.

10. Gesetz zur Anpassung des Baugesetzbuches an EU-Richtlinien vom 20.07.2004; BGBl 2004, S. 2424.

11. Ausschussbericht, BT-Drs. 15/2996, S. 62; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/ Bielenberg, BauGB, Loseblatt, 87. Erg.-Lieferung, Stand Februar 2008, § 1 Rn. 107a.

12. Mitteilung der Kommission v. 08.03.2000, Politische Konzepte und Maßnahmen der EU zur Verringerung der Treibhausgasemissionen: Zu einem europäischen Programm zur Klimaänderung (ECCP), KOM (2000) 88 endg.

zungen eben doch nicht allein aus allgemeinen energiepolitischen Erwägungen, zur Energieeinsparung oder zum Schutz des globalen Klimas getroffen werden dürfen, sondern vielmehr eine Rechtfertigung aus den städtebaulichen Besonderheiten der örtlichen Situation nötig sei.¹³ Dies ist jedoch in zweierlei Hinsicht zu bezweifeln. Zum einen ist diese Sichtweise mit dem § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB 2004 („allgemeiner Klimaschutz“) gerade unvereinbar. Zum anderen hat der Klimaschutz vor Ort letztlich „nie“ das Potenzial, ganz konkret vor Ort etwa ein Hochwasser zu verhindern – denn der Klimaschutz ist ein globales Problem. Wenn dem aber ohnehin so ist und trotzdem der „allgemeine Klimaschutz“ das Ziel ist, kann auch kein lokaler Bezug verlangt werden; denn dies wäre sonst ein leerlaufendes Ziel.

Man könnte darauf allerdings wieder zu antworten versuchen¹⁴, dass es in § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB heiße „auch“ in Verantwortung für den allgemeinen Klimaschutz, was doch heiße, dass dieser neben das fortbestehende Erfordernis städtebaulicher Bezüge fortbestehe. Dies wäre jedoch ein sprachliches Missverständnis: Der Satz nennt den Klimaschutz schlicht als Unteraspekt des Umweltschutzes – allein deshalb steht dort „auch“. Und auch eine verfassungskonforme einschränkende Auslegung von „Klimaschutz“ in § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB scheitert: Die These, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG dem Bund nur eine Gesetzgebungskompetenz für das „Bodenrecht“ gebe und dies keinen „allgemeinen“ Klimaschutz zulasse, überzeugt nämlich nicht wirklich: Warum sollten Festsetzungen über Solarenergieanlagen oder Fernwärmenutzung denn „keinen Bodenbezug“ haben? Sie beziehen sich doch auf konkrete bauliche Anlagen bzw. Flächen.¹⁵ Davon einmal abgesehen hat der Bund auch eine Gesetzgebungskompetenz für den Klimaschutz aus anderen Rechtsgrundlagen, etwa aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Luftreinhaltung) – worauf auch das EEG und das EEWärmeG beruhen.¹⁶ Aus letztgenannten Regelungen folgt übrigens erneut nicht, dass das BauGB keine Energieeffizienz- oder EE-Festsetzungen zulasse; denn dass diese Dinge auch in (höchst verschiedenen, auch weiteren als den hier genannten) Spezialgesetzen vorkommen, lässt doch nicht erkennen, dass dies gegenüber bauplanerischen Festsetzungen irgendwie abschließend wirken soll.¹⁷

Ebenfalls kein Argument gegen globale Klimaschutzmaßnahmen¹⁸ ist es, dass kommunaler Klimaschutz den Gemeinden selbst schade und überdies nichts einbringe, da kommunale Maßnahmen lediglich Abwanderungsbewegungen in andere Gemeinden „mit weniger Kostenbelastungen für die Bürger“ provozieren würden. Daran ist zwar richtig, dass die damit angedeutete Gefahr eines „Wettlaufs um die niedrigsten Standards“ im Klimaschutz immer besteht (weswegen auch noch stärkere europäische und globale Klimaschutzregelungen sinnvoll wären¹⁹). Doch wäre der Hinweis auf die drohende Selbstschädigung nur dann ein Argument, wenn die Kommunen verpflichtet (!) würden, kommunal für den globalen Klimaschutz einzutreten. Davon ist jedoch keine Rede; und gegen die freiwillige Klimaschutzoption für Kommunen spricht nichts. Es liegt damit in der Hand der Gemeinden einzuschätzen, ob klimaschützende Festsetzungen zu ernsthaften Wettbewerbsnachteilen zu führen drohen. Dabei wird nach und nach immer mehr Kommunen bewusst werden, dass ein solcher Nachteil nicht wirklich vorliegen muss; denn zumindest mittelfristig bietet eine moderne Energieversorgung große (eigennützige) Vorteile für die Bürger, indem die Energiepreise von den steigenden Öl- und Gaspreisen abgekoppelt werden. Indem die Gemeinden das wissen, werden nach und nach Pilotprojekte möglich werden, die andere zur Nachahmung animieren.

Nach alledem bedarf es keines Zusatzarguments wie „die Gemeinden verfügen doch ohnehin über abwägungseröffnende Gestaltungsspielräume und haben deshalb Festsetzungsmöglichkeiten“; ein solches Argument wäre auch zweifelhaft, denn abwägungseröffnende Gestaltungsspielräume reichen natürlich immer nur so weit, wie bestimmte Rahmenregelungen (und eine solche ist § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB) dies auch zulassen. Somit ist Klimaschutz eine allgemeine Aufgabe und Abwägungsmaßgabe der Bauleitplanung.²⁰

C. Solarenergie und Kraft-Wärme-Kopplung durch planerische Festsetzungen

I. Solarenergie und Bebauungsplan-Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB

Ob konkrete Klimaschutzmaßnahmen zulässig sind, hängt freilich weiterhin davon ab, ob sich hierfür eine konkrete Rechtsgrundlage findet. § 1 Abs. 5-6 BauGB bildet insoweit nur eine allgemeine Maßgabe; die konkret möglichen Festsetzungen (jedenfalls) für künftige Bebauungen sind in § 9 Abs. 1 BauGB abschließend aufgezählt. Daneben bestehen eine Reihe von bauordnungsrechtlichen Vorgaben in den verschiedenen Landesbauordnungen.²¹ Dabei wird etwa eine Pflicht zur Wärmedämmung, eine Pflicht zur effizienten Heizungsgestaltung oder eine allgemeine Umweltschutzpflicht vorgegeben. Insbesondere wird damit die Gebäudeeffizienz bei der Wärmenutzung angezielt, und zwar im Zeitpunkt des Neubaus (mit oder ohne Genehmigung). Allerdings sind die meisten Vorgaben nicht sehr konkret gehalten, und sie richten sich weit überwiegend auf Vorgaben, die in der bundesrechtlichen EnEV u.U. konkreter geregelt sind. Ob die entsprechenden Regeln deshalb eine darüber hinausgehende Wirksamkeit entfalten können, kann hier nicht abschließend geklärt werden.

Zugunsten der Solarenergie²² erscheint es dagegen nach § 9 Abs. 1 BauGB zunächst einmal möglich, Rahmenbedingungen für eine geeignete Bauweise zu schaffen. Hierbei könnte als Rechtsgrundlage bereits § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB zu nennen sein. Danach erscheinen Festsetzungen zur Stellung der Gebäude, um deren Eigenschaft z.B. für die Installation von Solaranlagen (Dachneigung u.ä.), zunächst als zulässig. Ebenfalls möglich ist auch eine Begrenzung der Gebäudehöhe, durch die wiederum eine Verschattung von Nachbargebäuden vermeidbar ist (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 BauGB i.V.m.

13. Gierke, in: Brügmann, BauGB, Löseblatt, 66. Erg.-Lieferung, Stand April 2008, § 9 Rn. 420 und 434; Berkemann, in: Berkemann/ Halama, Erstkommentierung zum BauGB 2004, 2005, § 9 Rn. 15 f.; a.A. Ecofys, Energieeffizienz und Solarenergienutzung in der Bauleitplanung, 2005, S. 12; Schmidt, NVwZ 2006, 1354 (1355).

14. Zur folgenden Argumentation (gegen die Kritik gerichtet) teilweise auch Schmidt, NVwZ 2006, 1354 (1356 f.), u.E. unzutreffend allerdings beim Thema „Gestaltungsspielraum“. In der Grundstoßrichtung ebenso Klinski/ Longo, ZNER 2007, 41 (42 f.). Nicht ganz klar erscheint uns allerdings die von letztgenannten Autoren angestellte Differenzierung, globaler Klimaschutz durch Kommunen sei zwar zulässig, es müsse aber ein Bezug zum Städtebau gewahrt bleiben. Entweder nimmt diese Äußerung den Bezug zum globalen Klimaschutz genau wieder zurück (dies ist wohl nicht gewollt). Oder die Äußerung erscheint uns vergleichsweise „trivial“; natürlich müssen die Klimaschutzfestsetzungen sich auf Flächen und Gebäude mit ihrem Energiebedarf beziehen; es würde sicher aber auch niemand auf die Idee kommen, per Bebauungsplan z.B. den Bürgern vorzugeben, fortan mit dem Fahrrad zur Arbeit zu fahren.

15. Wenn die Solaranlage nicht an oder auf einer baulichen Anlage angebracht ist, die vorrangig zu anderen Zwecken als der Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie errichtet worden ist (sog. Freiflächenanlage), ist der Netzbetreiber gemäß § 11 Abs. 3 EEG nur zur Vergütung verpflichtet, wenn die Anlage vor dem 01.01.2015 im Geltungsbereich eines Bebauungsplans im Sinne des § 30 BauGB oder auf einer Fläche, für die ein Planfeststellungsverfahren durchgeführt wurde, in Betrieb genommen worden ist (siehe aber auch § 11 Abs. 4 EEG).

16. Vgl. dazu Sösemann, ZNER 2008, 137 ff.

17. Dies bleibt u.E. etwas undeutlich bei Stock, hier zitiert nach Schwarz, DVBI 2008, 763.

18. So aber Pollmann/ Reimer/ Walter, LKR 2008, 251 (256).

19. Vgl. dazu etwa Ekardt/ Schmeichel, Critical Issues in Environmental Taxation 2008, 737 ff., i.E.; Ekardt/ v. Hövel, Carbon & Climate Law Review 2009, Heft 1, i.E.

20. Beachtenswert ist noch, dass nach § 5 Abs. 2 BauGB die Darstellungen im Flächennutzungsplan selber nur beispielhaft genannt werden. Dass hier der Klimaschutz als solches fehlt, ist deshalb unschädlich. Die Aufzählung des § 5 Abs. 2 BauGB ist nicht abschließend.

21. Dazu im einzelnen sowie im Ländervergleich Otto, ZfBR 2008, 550 ff.

22. Vgl. zur baurechtlichen Behandlung der Bioenergie dagegen Ekardt/ Kruschinski, ZNER 2008, 7 ff.

§ 18 BauNVO). § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB schreibt allerdings auch explizit vor, dass im Bebauungsplan Gebiete festgesetzt werden können, in denen bei der Errichtung von Gebäuden bestimmte bauliche Maßnahmen für den Einsatz erneuerbarer Energien wie insbesondere Solarenergie getroffen werden müssen. Da diese Regelung spezieller ist, dürfte sie den Nrn. 1 und 2 vorgehen, soweit ihr Anwendungsbereich reicht. Doch wie weit reicht dieser?

Wieder kann hier, diesmal konkret auf Solarenergie bezogen, zunächst die Frage gestellt werden, ob wegen der einleitenden Formulierung in § 9 Abs. 1 BauGB – die für alle Nummern dieses Absatzes vorangestellt ist – klimaschutzorientierte Solarenergemaßnahmen vielleicht nur aus „städtebaulichen Gründen“ ergriffen werden dürfen. Dies stünde dann allgemeinen Klimaschutzintentionen wie Solardächern eher entgegen; konkret städtebaulich scheinen Solarenergieanlagen nämlich eher wenig zu erbringen. Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung von 1998 wurde dazu ausgeführt, dass die Festsetzungsmöglichkeit des § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB städtebauliche Gründe voraussetzt.²³ Dies ist jedoch durch die BauGB-Novelle von 2004 wohl hinfällig geworden, da seitdem explizit gemäß § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB der „allgemeine Klimaschutz“ Aufgabe der Bauleitplanung ist. Davon abgesehen kann man vielleicht doch „städtebauliche“ Gründe zugunsten von Solarenergieanlagen benennen: Diese liegen zwar weniger im Klimaschutz begründet (der, s.o., kaum ein örtliches Problem darstellt). Aber wer z.B. Solarenergie vorschreibt, verbessert damit voraussichtlich auch die städtische Luftqualität, denn die Verbrennung fossiler Brennstoffe wie Öl, Gas oder Kohle wird dementsprechend unterbleiben. Insofern erscheinen die „städtebaulichen Gründe“, ob man sie nun trotz § 1 Abs. 5 BauGB für anwendbar hält oder nicht, letztlich durch Solarenergie erfüllbar.

Die entscheidende Frage für die Reichweite des § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB ist vielmehr die nach dem richtigen Verständnis der „bestimmten baulichen Maßnahmen“, die gemäß der Norm zugunsten der Solarenergie angeordnet werden dürfen. Denkbar wäre die Schaffung von baulichen Voraussetzungen bei der Neuerrichtung von Gebäuden, wie sie bereits angesprochen wurden; zu denken ist insoweit auch an die Ausrichtung eines Gebäudes in eine sonnenintensive Lage oder die Festsetzung eines Satteldaches zur effektiveren Ausnutzung der Solarenergie.²⁴ Vor allem aber kommt auch die direkte Festsetzung des Einbaus von Solarzellen zur Erzeugung von Strom oder Solarkollektoren zur Erzeugung von Wärme in Betracht. Also scheint § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB den Nrn. 1 und 2 insgesamt vorzugehen, da die Nr. 23b den gesamten Bereich relevanter Maßnahmen bereits abdeckt; zumindest aber leistet Nr. 23b eine umfassende Ergänzung. Praktisch gesehen können und sollten sich die Gemeinden deshalb für Bebauungspläne häufig kombiniert auf Nr. 2 und Nr. 23b beziehen.

Dies wäre allerdings dann doch nicht der Fall, wenn unter den „baulichen Maßnahmen“ nur solche Maßnahmen zu erfassen sind, die eine EE-Nutzung durch den Eigentümer ermöglichen sollen (restriktive Interpretation) – sondern nur dann, wenn eine bauliche Maßnahme auch die verpflichtende Vorgabe sein kann, wie etwa Solarkollektoren auf einem Gebäude zu installieren, egal ob der Eigentümer dies nun möchte oder nicht. Einen Anhaltspunkt könnte die Darstellung der Probleme und Ziele innerhalb der Gesetzesbegründung liefern. Dort heißt es, dass die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts im Bereich der Bauleitplanung mit dem Ziel verbunden werden sollen, die planungsrechtlichen Verfahrensschritte auf hohem Umweltschutzniveau zu vereinheitlichen und zu stärken.²⁵ Dies ist zwar vergleichsweise allgemein gehalten, doch kann immerhin gesagt werden, dass die EU bzw. EG dem Klimaschutz insgesamt eine sehr hohe Bedeutung beimisst, so dass dies gegen die restriktive Interpretation spricht. Ferner ist grammatisch interpretierend vorzugehen: Soweit Nr. 23b nun von „Maßnahmen für den Einsatz“ spricht, so deutet dies zunächst einmal darauf hin, dass der EE-Einsatz auch wirklich erfolgen soll.²⁶ Auch aus dem Begriff „bauliche Maßnahmen“ für sich genommen ist nicht zu entnehmen, dass der Einbau technischer Vorkehrungen für die EE-Nutzung aus-

geschlossen sein soll. Vielmehr ist alleine vom Wortlaut her eine Einschränkung des Begriffs der baulichen Maßnahmen auf die reine Vorbereitung bzw. Ermöglichung der Installation von EE-Anlagen, kaum möglich.²⁷ Ferner spricht in systematischer Interpretation auch § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB zugunsten einer nicht-restriktiven Interpretation. Dies wird noch einmal bekräftigt durch § 1 Abs. 6 Nr. 7f BauGB. Diese Norm geht nämlich noch über § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB hinaus und kennzeichnet explizit die EE-Nutzung als einen im Baurecht besonders zu berücksichtigenden Belang.²⁸ Diese Zielvorgabe vermag jedoch nur dann effektiv erfüllt zu werden, soweit verbindliche Festsetzungen auch über die Installation entsprechender Anlagen zulässig sind.²⁹ Denn von selbst wird bei weitem nicht jeder Eigentümer eine EE-Anlage an seinem Gebäude anbringen, auch wenn dies wie gesehen Vorteile hätte.³⁰

Dass ergänzend zur Solarenergie stets ein konventioneller Strom- und Wärmeanschluss nötig sein dürfte, führt allerdings zu einem in der obergerichtlichen Rechtsprechung virulenten Problem.³¹ Dort wurde vor der BauGB-Novelle von 2004 postuliert, dass den Eigentümern durch Bebauungsplan-Festsetzungen keine wesentlichen finanziellen Lasten auferlegt werden dürften – sei es in Auslegung des § 9 BauGB, sei es hinsichtlich der über die jeweilige Bauleitplanung immer noch insgesamt durchzuführende planerische Abwägung (§ 1 Abs. 7 BauGB). Dies spricht jedoch nicht gegen Solarenergie-Festsetzungen, sofern diese den für die Technologie nötigen Umfang nicht überschreiten. Denn erstens ist durch die prinzipiell vorgesehene Möglichkeit der Gemeinden nach dem BauGB, Klimaschutz zu betreiben und dies gerade durch EE-Nutzung (§ 1 Abs. 5 und Abs. 6 Nr. 7f BauGB), die grundsätzliche Angemessenheit entsprechender Festsetzungen bereits vorentschieden. Zweitens nützen solche Festsetzungen, wie erwähnt, mittelfristig auch den Eigentümern selbst.³² Dabei sind §§ 1 Abs. 5 S. 2, 9 Abs. 1 Nr. 23a-b BauGB auch nicht grundrechtswidrig. Denn die Belastungen der Grundstückseigentümer halten sich eben in Grenzen, ja die Belastungen dienen langfristig sogar deren Eigeninteresse, und auf der anderen Seite der Waagschale liegt mit dem Klimaschutz ein äußerst wichtiges Gut. Erst recht – aber nicht nur – gilt dies, wenn man einer multipolaren Grundrechtstheorie folgt,

23. BT-Drs. 15/2250, S. 48.

24. Inwieweit ganz genau nach alter Rechtslage (einschließlich der Landesbauordnungen) die Möglichkeiten hier begrenzter waren, ob beispielsweise Vorgaben zur Dachneigung gemacht werden durften, mag letztlich dahinstehen; vgl. dazu etwa Fickert/ Fieseler, Der Umweltschutz im Städtebau, 2002, C Rn. 134. Vor 2004 richtete sich die Diskussion stärker auf die Reichweite möglicher bauordnungsrechtlicher Festsetzungen; kurz zur aktuellen Diskussion über das Bauordnungsrecht a.E. dieses Aufsatzes.

25. BT-Drs. 15/2250, S. 1.

26. So offenbar auch, jedoch ohne nähere Begründung, Schmidt, NVwZ 2006, 1354 (1359); dagegen Jäde, in: Jäde/ Dimberger/ Weiß, BauGB, 5. Aufl. 2007, § 9 Rn. 75.

27. In diesem Sinne auch Schrödter, in: Schrödter, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 9 Rn. 138c.

28. Dazu auch Krautzberger, in: Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, 10. Aufl. 2007, § 1 Rn. 67; Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 1 Rn. 144; Kliniski/ Longo, ZNER 2007, 41 (43 f.); Berkemann, in: Berkemann/ Halama, Erstkommentierung zum BauGB 2004, 2005, § 9 Rn. 18.

29. Im Ergebnis ebenso wie hier Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 138b; Berkemann, in: Berkemann/ Halama, BauGB, § 9 Rn. 21; Kliniski/ Longo, ZNER 2007, 41 (43).

30. Dazu, dass auch eine bestimmte „solare Deckungsrate“ und andere Quotenvorgaben genutzt werden können, um die baulichen Anforderungen zu konkretisieren, siehe Kliniski/ Longo, ZNER 2007, 41 (44).

31. OVG Lüneburg, Urt. v. 14.1.2002 – BRS 65 Nr. 28.

32. Zwar ist es nicht Aufgabe einer liberalen Demokratie, den Menschen vor sich selbst zu schützen; vgl. Ekardt, Theorie, § 5; Ekardt, Wird die Demokratie ungerecht?, 2007, Kap. IV F. Dies ist hier jedoch nicht gemeint; die Vorteilhaftigkeit der Solarenergie für den Eigentümer zeigt hier lediglich, dass seine Belange im Verhältnis zu den kollidierenden Belangen nicht sehr stark beeinträchtigt sind.

die den Abwehrrechten der Grundstückseigentümer gleichrangige Schutzrechte mit Klimabezug gegenüberstellt.³³

Zwar könnte man gegen all dies einwenden, dass Nr. 23b nur bauliche Maßnahmen vorsehe und keine explizite „Benutzung“ der einmal eingebauten Solaranlage vorsehe. Schon ob dies zutrifft, mag man durchaus kontrovers diskutieren. In jedem Fall erscheint das Problem jedoch als wenig praxisnah: Denn wer einmal eine Solaranlage besitzt, wird diese aller Voraussicht nach auch benutzen, und sei es um der Einsparvergütung willen.³⁴

II. Solarenergie und Bebauungsplan-Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB

Es stellt sich freilich die Frage, ob für den Fall, dass die Nr. 23b doch weniger weit zu verstehen sein sollte, als dies eben entwickelt wurde, vielleicht noch eine andere Rechtsgrundlage für Solarenergie-Festsetzungen zur Verfügung steht. Gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB können nämlich aus städtebaulichen Gründen im Bebauungsplan die von der Bebauung freizuhaltenen Schutzflächen und ihre Nutzung, die Flächen für besondere Anlagen und Vorkehrungen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren im Sinne des BImSchG sowie die zum Schutz vor solchen Einwirkungen oder zur Vermeidung oder Minderung solcher Einwirkungen zu treffenden *baulichen und sonstigen Vorkehrungen* festgesetzt werden. Unter kommunalen Klimaschutzgesichtspunkten interessant ist die letzte Variante. Diese Variante zielt darauf ab, entweder bauliche Anlagen vor Einwirkungen zu schützen oder die Einwirkungen, die von einer Anlage ausgehen, auszuschließen oder zu minimieren.³⁵ Unter baulichen Vorkehrungen sind insbesondere passive Lärmschutzmaßnahmen oder die Ausgestaltung von Außenwänden, Dächern und Türen³⁶ zu verstehen, während technische Vorkehrungen beispielsweise solche gegen Geruchsbelästigungen durch den Einbau einer Filteranlage³⁷ sind. Letztlich verbessern aber auch Solarenergie-Festsetzungen bzw. darauf gerichtete bauliche Vorkehrungen die Immissionsituation, und zwar bezogen auf Luftschadstoffe: Denn wenn Solarenergie genutzt wird, werden weniger fossile Brennstoffe zum Heizen verwendet, die stets gewisse Mengen an Schadstoffen freisetzen.

Problematisch ist jedoch, ob eine Gemeinde, ohne damit letztlich konkreten Bau- oder Industrieanlagenehmigungsverfahren (in welchen für jede bauliche Anlage die Immissionsrelevanz geprüft wird) vorzugreifen, de facto über einen Bebauungsplan Aussagen zum Immissionsschutz machen darf. Auf dieses scheinbare Problem lässt sich allerdings erwidern, dass es sich schließlich um bauliche und sonstige Vorkehrungen handeln müsse, und diese sind nun einmal ein Gegenstand (auch und sogar primär) des Baurechts.³⁸ Diese Aussage lässt sich auch begreifen als Umkehrschluss aus einer Entscheidung des BVerwG, dass § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB als Grundlage für Grenz- oder Richtwerte für schädliche Umwelteinwirkungen, die nur eine Zielvorgabe festsetzen und sich nicht auf bestimmte, bauliche Vorkehrungen beziehen, ausscheidet.³⁹ Dieser Umkehrschluss deckt sich soweit auch mit der Begründung des Regierungsentwurfes zum BauGB 1976⁴⁰ und mit dem dazu verfassten Ausschussbericht⁴¹, die ausdrücklich auf die Möglichkeit hinweisen, zur Bestimmung der Eigenschaft baulicher und sonstiger technischer Vorkehrungen Immissionsgrenzwerte festzusetzen (was sogar über das BVerwG-Urteil hinausgehen könnte). Demgemäß dürfte eine EE-bezogene Festsetzung, dass beispielsweise die Installation einer Solaranlage verlangt und mit Zielwerten für deren Leistungsfähigkeit o.ä. verbunden wird, auch nach § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB bereits in Betracht kommen.⁴²

III. Kraft-Wärme-Kopplung und Bebauungsplan-Festsetzungen

Wichtig und möglich sind auf kommunaler Ebene aber nicht nur EE-Fördermaßnahmen, sondern auch Maßnahmen mit dem Ziel „mehr Energieeffizienz“. Generell ist Energieeffizienz angesichts

der Nebenwirkungen verschiedener EE-Formen (besonders Biomasse und Windenergie) zunächst die wichtigste Option der Klimapolitik, um die Gesamtnachfrage nach Energie zu verringern, also die gesellschaftlich nachgefragten Energiedienstleistungen mit einem geringeren Energieaufwand erbringen zu können.⁴³ Für kommunale bauplanungsrechtliche Festsetzungen in Betracht kommen insoweit schon seit langem nach älteren Normen wie § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB Maßnahmen wie ein Aufbau kompakter Siedlungsstrukturen (z.B. dezentrale Konzentration), Auflagen zu energetisch günstigen Bauweisen oder auch verkehrsvermeidende Konzepte in Betracht. Auflagen zur Wärmedämmung mögen demgegenüber problematischer sein, da diese Materie explizit im ranghöheren Bundesrecht (vgl. Art. 31 GG) der EnEV mit Sonderregelungen abgehandelt wird.⁴⁴

In puncto Energieeffizienz ist die Förderung der Fernwärme eine besonders interessante kommunale Klimaschutzoption, und zwar dergestalt, dass für ein Neubaugebiet der Bezug von Fernwärme und ggf. auch Strom aus kommunalen Kraftwerken verpflichtend vorgegeben wird. Dies zielt nicht notwendigerweise auf EE (wiewohl die kommunalen Kraftwerke natürlich z.B. mit Biomasse betrieben werden können), sondern häufig zunächst einmal auf eine verbesserte Energieeffizienz: Kommunale Kleinkraftwerke werden nämlich häufig mit KWK betrieben. Um diese zu fördern, kommt einerseits ein Anschluss- und Benutzungszwang in Betracht (siehe unten D.). In Betracht kommt als indirekte Fördermaßnahme aber auch ein Verbot bestimmter Brennstoffe in einem Gebiet gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB, um individuelle Öl-, Kohle- oder Gasheizanlagen zu vermeiden und stattdessen (als jedenfalls bei der Wärme einzige den Eigentümern dann verbleibende Option) zum Bezug der kommunalen KWK-Energie zu zwingen. § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB besagt, dass im Bebauungsplan aus städtebaulichen Gründen Gebiete festgesetzt werden können, in denen zum Schutz

33. Dazu etwa Ekardt, JZ 2007, 137 ff.; Ekardt, Theorie, §§ 5, 6; Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001; letztlich wohl auch Schwabe, JZ 2007, 134 ff. – Stets ist bei Festsetzungen natürlich nötig, dass der Plan auch insgesamt eine Planrechtfertigung aufweist, und dass keine anderen Abwägungsfehler unterlaufen – wobei insoweit weite Spielräume der Gemeinden bestehen, vgl. BVerwG, NJW 1971, 1626 ff. sowie Gaentzsch, in: Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Aufl. 2002, § 1 Rn. 18.

34. Letztlich im Ergebnis wohl ebenso Pollmann/ Reimer/ Walter, LKR 2008, 251. – Nicht leicht aufzuklären ist demgegenüber die von Klinski/ Longo, ZNER 2007, 41 (44) aufgeworfene Problematik: Kommunale Solarfestsetzungen könnten im Einzelfall nicht in vollem Umfang ihre Intention erreichen, da nach der EnEV bei der Nutzung von Solarenergie zugleich geringere Energieeffizienzanforderungen zulässig werden (und dies wäre dann zumindest für den Teil der Energieversorgung, die ein Haus weiterhin aus konventionellen Energieträgern bezieht, klimapolitisch nachteilig). Ob sich praktisch auf Dauer wirklich viele Bauherren die Mühe machen würden, gewissermaßen bewusst nicht zeigemäße Baumaterialien zu verbauen, erscheint freilich zweifelhaft. Ob das Problem so gelöst werden kann, dass die Kommunen gemäß Nr. 23b schlicht die EnEV-Standards als „bindend“ festsetzen (wie Klinski/ Longo andeuten), erscheint demgegenüber zweifelhaft. Denn damit würde die EnEV-Ausnahmooption gerade unterlaufen, weshalb unklar ist, ob Nr. 23b wirklich solche Festsetzungen erlaubt.

35. Vgl. Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 144.

36. OVG Lüneburg, Urt. v. 24.05.1984, BRS 42, Nr. 10; Schmaltz, DVBl 1982, 964 (965).

37. OVG Lüneburg, NVwZ-RR 2001, 218 ff.

38. In diesem Sinne Löhr, in: Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, § 9 Rn. 90.

39. BVerwG, NVwZ 1991, 881 ff.; zum Umkehrschluß Söfker, in: Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg, BauGB, § 9 Rn. 206; Löhr, in: Battis/ Krautzberger/ Löhr, § 9 Rn. 92; vgl. auch Kraft, DVBl 1998, 1048 (1052).

40. BT-Drs. 10/4630, S. 72.

41. BT-Drs. 10/6166, S. 140.

42. In diesem Sinne Schmidt, NVwZ 2006, 1354 (1360).

43. Daneben tritt die Frage der Suffizienz: ob bestimmte Dienstleistungen nicht einfach entbehrlich sind, z.B. morgendliche Fahrten zum Bäcker mit dem Auto; vgl. Ekardt/ Schenderlein, WuM 2008, 179 ff.

44. Die Frage, bis zu welcher Reichweite landesrechtliche Regelungen neben der EnEV (und neben dem EEWärmeG) zulässig bleiben, wird demnächst in einem Aufsatz von Ekardt/ Beckmann behandelt werden.

vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des BImSchG bestimmte luftverunreinigende Stoffe nicht oder nur beschränkt verwendet werden dürfen.

Nach § 48 BImSchG regeln Rechtsverordnungen⁴⁵ allerdings bereits, welche Brennstoffe als Heizmaterial zulässig sind. Ganz generell regeln sich schädliche Umwelteinwirkungen (also gefahr- oder vorsorgerelevante Immissionen, vgl. § 3 Abs. 1-2 BImSchG⁴⁶) eigentlich gemäß dem BImSchG. Jedoch eröffnet § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB eben explizit die Regulierung von Immissionen; das BImSchG kann dies dann aber durchaus durch seine Grundsätze konkretisieren. Dazu gehören insbesondere der Trennungsgrundsatz des § 50 Abs. 1 BImSchG⁴⁷, der Gefahrenabwehrgrundsatz des § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG und der Vorsorgegrundsatz des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG⁴⁸ einschließlich der konkretisierenden Grenzwerte, auch wenn diese Grenzwerte eigentlich auf Industrieanlagen zugeschnitten sind.⁴⁹ Dabei ist festzustellen, dass bei der Verbrennung von Kohle und Öl in Einzelfeuerungsanlagen eine nicht unerhebliche Menge an Kohlendioxid entsteht, das ebenfalls „schädliche Umwelteinwirkungen“ hervorruft – zwar nicht für die „Nachbarschaft“, sehr wohl dagegen für alle Menschen, und dies weltweit.⁵⁰ Unabhängig von schadstoffbezogenen Gefahrenabwehr- und Vorsorgeerwägungen erlaubt deshalb § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB aus Klimaschutzerwägungen Verbote fossiler Brennstoffe. Was aber meint „Luftverunreinigung“ als weiteres Tatbestandsmerkmal des § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB? Nach § 3 Abs. 4 BImSchG sind Luftverunreinigungen im Sinne des BImSchG Veränderungen der natürlichen Zusammensetzung der Luft, insbesondere durch Rauch, Ruß, Staub, Gase, Aerosole, Dämpfe oder Geruchsstoffe. Man könnte jetzt überlegen, ob Kohlendioxid in diesem Sinne „luftverunreinigend“ ist. Dies dürfte jedoch ohne praktische Relevanz sein, denn man verbietet im Rahmen der Nr. 23a zunächst einen Brennstoff und seine Abgase, welche (wie etwa die Stickoxide) nicht nur klimarelevant, sondern definitiv auch „luftverunreinigend“ sind, wie z.B. die Existenz der 1. BImSchV ausdrücklich (und zutreffend) voraussetzt.⁵¹ Zu beachten ist, dass insbesondere die Rechtsprechung aus dem Wortlaut und dem Grundsatz der Planbestimmtheit ableitet, dass die Festsetzung eines Verbrennungsverbotes immer die Stoffe positiv benennen muss, die nicht oder nur beschränkt verwendet werden dürfen.⁵²

Der Wortlaut der einleitenden Abs.-1-Formulierung lautet freilich auch für § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB wiederum, dass im Bebauungsplan aus *städtebaulichen* Gründen Festsetzungen möglich sind. In der Begründung zum entsprechenden BauGB-Entwurf von 1998 heißt es dazu, dass unter anderem durch das „Erfordernis einer städtebaulichen Rechtfertigung ausschließlich immissionsbezogene Festsetzungen, etwa zugunsten eines allgemeinen Klimaschutzes zu erlassen, ausgeschlossen würden“.⁵³ Daraus schließen einige auf die Notwendigkeit eines städtebaulichen Bezugs.⁵⁴ Doch ist der allgemeine Klimaschutz in § 1 Abs. 5 BauGB eben explizit als Aufgabe der Bauleitplanung genannt, die 1998er-Begründung also 2004 überholt worden.⁵⁵ In diese Richtung weist auch, dass die Geltung des Vorsorgeprinzips, welches in dem ausdrücklichen Hinweis auf das BImSchG in § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB mit angesprochen ist, tendenziell über einen engen räumlichen Bereich hinausweist. Ferner gelten die weiteren Argumente sinngemäß, die zur Solarenergie entwickelt wurden.

Weiteres Tatbestandsmerkmal ist die Festsetzung eines Verbrennungsverbotes für „bestimmte Gebiete“. Dies heißt zunächst, dass es nicht um einzelne Grundstücke geht, wengleich bestimmte Grundstücke von der Verpflichtung ausgenommen werden können, sofern dies sachgerecht ist.⁵⁶ Doch ist weiterhin die Frage zu klären, ob die Festsetzung des Verbrennungsverbotes die Luft in diesem Gebiet für das Gebiet selbst oder für andere Gebiete in der näheren oder weiteren Umgebung reingehalten werden soll (denn nur dann wäre Klimaschutz hier eine zulässige Stoßrichtung). Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies jedoch auch nicht notwendig. Dies ergibt sich zunächst aus dem Sinn und Zweck des § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB. Würde man die Festsetzung eines Verbrennungsverbotes

ausschließlich mit der Intention zulassen, dass die Reinhaltung insbesondere in dem festgesetzten Gebiet zu erfolgen hat, würde dies zu einer nicht gebotenen Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB führen (und wieder einmal zu einem Konflikt mit § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB führen). Dass dies ist jedoch bereits nicht mit der Intention des Gesetzgebers zu vereinbaren ist, zeigt ein Blick auf die Entwicklung der Vorschrift insbesondere durch die Änderungen des Baugesetzbuches mit dem BauGB 1987. Denn gegenüber der alten Fassung des § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB ist die Festsetzungsmöglichkeit durch das BauGB 1987 entsprechend ihrer ursprünglichen Zielsetzung konkretisiert worden.⁵⁷ Nach der alten Vorschrift des § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB konnten im Bebauungsplan Gebiete festgesetzt werden, in denen bestimmte, die Luft erheblich verunreinigende Stoffe nicht verwendet werden dürfen. Die Änderungen durch das BauGB 1987 hatten dazu geführt, dass unter anderem das Wort „erheblich“ aus dem Gesetzestext gestrichen wurde – was gerade zeigt, dass unter Vorsorgegesichtspunkten keine besonders gesteigerte Beeinträchtigung nötig ist.⁵⁸ Ganz generell kann Luftverunreinigungsschutz auch keinesfalls nur in besonderen Gebieten erfolgen, da Luftschadstoffe erhebliche Entfernungen zurücklegen.⁵⁹

Bei der Auslegung des § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB, spätestens aber bei der anschließenden planerischen Gesamtabwägung über den Bebauungsplan stellt sich zuletzt noch die Frage, ob die Festsetzung eines Verwendungsverbotes nach Nr. 23a auch dann dem Grundsatz der Geeignetheit der Festsetzung noch entsprechen kann, wenn durch diese Festsetzung ein Gebiet betroffen ist, welches bisher nicht erheblich durch Luftschadstoffe belastet wurde, also die Festsetzung zu keinem merklichen Unterschied der Luftqualität

45. Insbesondere die Verordnung über Kleinf Feuerungsanlagen (in der Fassung vom 14.03.1997 BGBl. I, S. 490) ist hier beachtenswert; § 3 Abs. 1 Nr. 1 bis 12 dieser Verordnung definiert in Haushalten verbotene Brennstoffe.

46. Vgl. auch BVerwG, DVBl 1989, 369 (370); BVerwG, DVBl 1989, 1050 (1050); Jarass, BImSchG, 7. Aufl. 2007, § 3 Rn. 4 f.

47. Vgl. BVerwGE 45, 309; Sellner/ Reidt/ Ohms, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, 3. Aufl. 2006, Rn. 69.

48. BVerwG, DVBl 1989, 369 (370); BVerwG, DVBl 1988, 1167 (1168).

49. Vom vorbeugenden Umweltschutz im Baurecht sprechen auch BVerwG, ZfBR 1989, 74 (76); Löhr, in: Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, § 9 Rn. 82; Schmidt-Abmann, NVwZ 1987, 265 (271). Trifft eine Gemeinde dagegen keine Festsetzungen in einem Bebauungsplan, dann gelten wegen §§ 22, 23 BImSchG nur Gefahrenabwehr- und keine Vorsorgeregeln bei der Genehmigung einzelner Bauten. Denn normale Wohnhäuser sind keine Industrieanlagen, sondern nach dem BImSchG „nicht genehmigungsbedürftige“ Anlagen, für die bei der Errichtung – mit oder ohne baurechtliches Genehmigungsverfahren – nur eine Gefahrenabwehrlpflicht besteht. Diese reicht jedoch wesentlich weniger weit als die Vorsorgepflicht und dürfte insbesondere keine Klimaschutzregelungen erlauben.

50. Vgl. Rehbinder, NVwZ 2002, 657 (661); Jarass, BImSchG, § 1 Rn. 4; Koch/ Behrend, in: Koch/ Caspar (Hg.), Klimaschutz im Recht, 1997, S. 172 f.; anders wohl Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 147; Löhr, in: Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, § 9 Rn. 81a. Eine Übersicht über die Problematiken zwischen Heizöl und dem Umweltschutz liefert beispielsweise Kessler/ Knechle, Heizenergie aus Heizöl, Erdgas oder Holz?, S. 161 f.

51. Vgl. Löhr, in: Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB § 9 Rn. 83; Stich, DÖV 1981, 645 (650).

52. VGH Mannheim Urteil v. 30.05.1994, VBl-BW 1994, 453, wobei die Richter feststellten, dass die Formulierung „Verbrennung von flüssigen und festen Brennstoffen“ zu unbestimmt und damit unzulässig war.

53. BT-Drs. 13/6392, S. 49.

54. OVG Münster, BauR 1998, 983; Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 112.

55. So im Ergebnis auch Koch/ Mengel, DVBl 2000, 953 (959); a.A. Kraft, DVBl 1998, 1048 (1049); Gierke, in: Brügelmann/ Dürr, BauGB, § 9 Rn. 434.

56. Vgl. im einzelnen dazu BVerwG, Beschl. v. 16.12.1988 – 4 NB 1.88; Bracher, in: Gelzer/ Bracher/ Reidt, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, Rn. 368.

57. Vgl. BT-Drs. 10/4630, S. 72.

58. Söfker, in: Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg, BauGB, § 9 Rn. 197.

59. So auch: Löhr, in: Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, § 9 Rn. 81; Söfker, in: Ernst/ Zinkahn/ Bielenberg, BauGB, § 9 Rn. 195; vgl. auch VGH Mannheim, Beschl. v. 08.10.1987 – 8 S 568.87.

für die Anwohner führt. Das BVerwG verlangte früher eine luft-hygienische Belastung.⁶⁰ Dies ist jedoch mit dem Vorsorgegedanken und der allgemeinen Ausbreitung von Luftschadstoffen (siehe soeben) nicht in Einklang zu bringen, ebensowenig wie mit dem Klimaschutzziel des BauGB, und sollte daher abgelehnt werden.⁶¹ § 1 Abs. 6 Nr. 7h BauGB bestimmt zudem explizit, dass bei der Aufstellung der Bauleitpläne die Belange des Umweltschutzes, insbesondere die Erhaltung der bestmöglichen Luftqualität auch in jenen Gebieten zu berücksichtigen sind, in denen die Luftgrenzwerte der 22. BImSchV nicht überschritten werden.

Somit sieht man bei Festsetzungen zu Brennstoffen ebenso wie oben zur Solarenergie, dass bestimmte zuweilen geäußerte Bedenken letztlich nicht durchgreifen. Aus der Rechtsberatungsperspektive muss sich die kommunale Praxis freilich darüber im klaren sein, dass, wenn man entsprechende Festsetzungen vornimmt, diese sorgfältig abgeklärt und abgewogen werden sollten.

D. Solarenergie und Kraft-Wärme-Kopplung durch Anschluss- und Benutzungszwang und städtebauliche Sanierungsmaßnahmen (auch) im Altbestand

Es stellt sich darauf aufbauend allerdings die Frage, inwieweit kommunale Handlungsoptionen auch für den Altbestand bestehen, der im Regelfall schon über eine konventionelle Energieversorgung verfügt und deshalb ein u.U. geringeres Eigeninteresse an Solar- oder KWK-Förderung hat. Dort besteht nach h.M. für den Eigentümer zunächst einmal eine verfestigte Eigentumsposition, weswegen er gegen bauplanerische Festsetzungen Bestandsschutz genießt⁶², so dass § 9 Abs. 1 BauGB insoweit keine kommunalen Handlungsmöglichkeiten vermittelt. Überdies sei die Norm strukturell so gestaltet, dass sie lediglich die bauplanerische Zulässigkeit zukünftiger (also nicht bereits vorhandener) Vorhaben in den Blick nehme. Zumindest letzteres grammatische Argument überzeugt freilich nicht unbedingt, da der Wortlaut des § 9 Abs. 1 BauGB weder die Neubebauung noch den Altbestand explizit nennt. Und auch das grundrechtliche (also eigentumsrechtliche) Argument überzeugt im wesentlichen nur dann, wenn man einer traditionell abwehrrechtlichen Sichtweise folgt. Folgt man dagegen einer multipolaren Grundrechtstheorie, erscheint keinesfalls zwingend, dass Eingriffe in den Bestandsschutz zwingend entweder unzulässig sind oder einen Anspruch wegen eines Enteignungsanspruchs oder aufgrund einer ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung des Eigentums⁶³ implizieren. Konkret verfahrensmäßig könnte die Durchsetzung – etwa von Solarenergieanlagen – im Altbestand auch als Maßnahmen zur Behebung von städtebaulichen Mißständen (gemessen an der Zielsetzung des § 1 Abs. 5 S. 2 und Abs. 6 Nr. 7f BauGB) nach § 136 BauGB verstanden werden, da es ja einer Rechtsgrundlage bedürfte, um die Bauherren im Altbestand zur Bebauung gemäß dem (z.B. solarenergiefestsetzenden) neuen Bebauungsplan aufzufordern. Wenn solche Maßnahmen oder Baugebote nach § 176 Abs. 3 BauGB nur bei wirtschaftlicher Zumutbarkeit zulässig sind, wäre dies der Ort, um entsprechend den konkurrierenden Grundrechtsverständnissen die Frage zu beantworten, ob die Maßnahme zulässig (und ggf. nur mit Entschädigung zulässig) ist. Zu bedenken ist bei alledem wiederum, dass klimaschützende Festsetzungen, wie gesehen, durchaus im mittel- bis langfristigen Eigeninteresse der Grundstückseigentümer liegen.

Kommunen, die die damit bestehenden rechtlichen Unsicherheiten von Baugeboten im Altbestand vermeiden wollen, verfügen freilich noch über einen direkteren Weg. Die Rechtsprechung geht nämlich davon aus, dass einzelne Eingriffe in den Bestandsschutz jedenfalls dann zulässig sind, wenn diese Eingriffe gesetzlich explizit vorgesehen sind.⁶⁴ Eine solche explizite Regelung ist die Möglichkeit eines kommunal festgesetzten Anschluss- und Benutzungszwangs an vorhandene Nah- oder Fernwärmenetze: In einigen Bundesländern wie etwa Hessen (§§ 19 HGO, 81 Abs. 2 HBO), Schleswig Holstein (§ 17 GO-SH) und Nordrhein-Westfalen (§ 9 GO-NRW) finden sich nämlich landesgesetzliche Regelungen,

die sich in diesem Sinne verstehen lassen. So kann beispielsweise gemäß § 17 Abs. 2 GO-SH die Gemeinde bei dringendem öffentlichen Bedürfnis durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebiets den Anschluss an die Wasserversorgung, die Abwasserbeseitigung, die Abfallentsorgung, die *Versorgung mit Fernwärme*, die Straßenreinigung und ähnliche der Gesundheit und dem Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens dienende öffentliche Einrichtungen (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen und der Schlachthöfe (Benutzungszwang) vorschreiben.⁶⁵ Ein dringendes öffentliches Bedürfnis lässt sich für Fernwärmenetze etwa daraus herleiten, dass diese ohne Anschluss- und Benutzungszwang häufig nicht wirtschaftlich betrieben werden können – und dass die Netze ihrerseits, wenn sie etwa Strom und Wärme von KWK-Anlagen führen, aus klimapolitischen Gründen überaus sinnvoll sind.

Darüber hinaus existieren teilweise landesrechtliche Regelungen, die explizit eine Nutzungspflicht generell für Heizungsarten bzw. für Energiearten vorsehen⁶⁶ (vgl. §§ 81 Abs. 2 HBO, 85 Abs. 2 Nr. 1 SaarLBO). Ersteres spricht z.B. eine Wärmegewinnung per Solarthermie an, letzteres spricht generell die Solarenergienutzung an, also auch für die Stromgewinnung. Dabei sind die Einzelheiten teilweise diskussionsbedürftig (was angesichts der Vielgestaltigkeit der landesrechtlichen Regelungen hier nicht wirklich geleistet werden kann). So muss in Hessen bei alledem das Ziel die „rationelle Energienutzung“ sein – und man kann fragen, wann genau diese beispielsweise bei der EE-Nutzung vorliegt. Bei alledem ist daran zu erinnern, dass die somit zu konstatierenden Vagheiten wegen § 9 Abs. 1 BauGB von vornherein nur den Altbestand erfassen; für Neubauten sind sie, da insoweit das BauGB ausreichende Rechtsgrundlagen bereitstellt, von vornherein ohne Belang. Zu den Vagheiten im Altbestand gehört auch, dass z.B. § 81 HBO erneut verlangt, dass bestimmte Vorgaben durch die „örtlichen“ Verhältnisse geboten sind. Ob die obige Argumentation hier sinngemäß gilt und damit die lokale Eingrenzung interpretativ doch wieder entfällt, hängt u.a. davon ab, ob § 1 Abs. 5 BauGB Ausstrahlungswirkung auch auf das Bauordnungsrecht hat. Dies wird aktuell kontrovers zwischen der Stadt Marburg und dem Regierungspräsidium Gießen bezogen auf eine entsprechende kommunale Solarsatzung diskutiert.⁶⁷

60. BVerwG, Beschl. v. 16.12.1988 – 4 NB 1/88.

61. OVG Münster, NVwZ-RR 1995, 134; OVG Lüneburg, Urteil v. 14.01.2002 – 1 KN 468/01; Schrödter, in: Schrödter, BauGB, § 9 Rn. 121 ff.; Löhr, in: Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, § 9 Rn. 82.

62. BVerwG, NJW 1986, 2126; Dolde, Bestandsschutz im Immissionsschutzrecht in: Festschrift für Otto Bachof, 1984, S. 191 ff.; Schmidt-Abmann, Die Berücksichtigung situationsbestimmter Abwägungselemente bei der Bauleitplanung, 1981, S. 104 f.; vgl. aber auch Siekmann, NVwZ 1997, 853 (856); allgemein zum baurechtlichen Bestandsschutz Schmaltz, in: Schrödter, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 35 Rn. 109 f.

63. Letztere bedarf freilich – so jedenfalls BVerfGE 58, 137 ff. – immer einer expliziten gesetzlichen Rechtsgrundlage. Als solche käme hier ggf. § 179 Abs. 3 BauGB analog in Betracht. Generell bestehen jedenfalls schon aus einer „nicht-multipolaren“, traditionellen Perspektive keine grundsätzlichen Zweifel an der Grundrechtskonformität des Klimaschutzes, auch nicht deshalb, weil „Deutschland allein das Klima nicht retten kann“ – trotzdem sind Klimaschutzmaßnahmen „geeignet“ im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung, denn irgendjemand muss mit Klimaschutzmaßnahmen vorangehen.

64. Vgl. BVerwGE 88, 191 f.

65. Ebenso beispielsweise § 19 Abs. 2 HGO; § 1 Abs. 2 BremG über die Rechtssetzungsbefugnisse der Gemeinden (aber gerade ohne Fernwärme); § 15 Abs. 1 S. 1 GO M-V; § 8 NdsGO.

66. Zum folgenden auch Otto, ZfBR 2008, 550 ff.; Klinski/ Longo, ZNER 2007, 41 (46); Pollmann/ Reimer/ Walter, LKRv 2008, 251 ff.; teilweise noch zur älteren Rechtslage Zeiss/ Longo, UPR 1998, 217 ff.

67. Zugunsten der „Marburger“ Position hier wohl Klinski/ Longo, ZNER 2007, 41 (46); vgl. auch Zeiss/ Longo, UPR 1998, 217 ff.; siehe zum Streit ferner die Dokumentation unter www.marburg.de. Man beachte auch den Gesetzentwurf der hessischen Landtagsfraktion der SPD, herunterzuladen unter: http://www.spd-fraktion-hessen.de/fileadmin/media/pdf/2008_17WP/2008-08-16_Gesetz_fuer_den_Vorrang_erneuerbarer_Energie_n_...pdf.

Jenseits der oben angeführten Argumente kann dabei auch eine verfassungsrechtliche Argumentation zugunsten einer weiten Auslegung von § 81 HBO usw. (und auch von §§ 1 Abs. 5, 9 Abs. 2 BauGB) angeführt werden. Diese sei hier nur kurz skizziert.⁶⁸ Wenn eine einfachgesetzliche Frage nicht definitiv entschieden werden kann, muss bekanntlich gefragt werden, ob (allein) eine bestimmte Auslegungsvariante unter dem Gesichtspunkt verfassungskonformer Auslegung geboten erscheint. Generell sind von Verfassungen wegen (auf deutscher, aber auch auf EU-Ebene) aber gegenüber den bisherigen Klimaschutzbemühungen nun viel deutlichere Schritte hin zur Nachhaltigkeit geboten. Der sehr begrenzte Erfolg der bisherigen Bemühungen in den OECD-Staaten (auch Deutschland) kam oben bereits zur Sprache. Wenn jedoch (wie oben angedeutet und andernorts näher belegt) die Grundrechte (a) eine der Abwehrdimension ebenbürtige Schutzdimension haben und diese (b) auch zugunsten junger und künftiger Menschen wirkt – und wenn (c) die nötige Abwägung etwa mit den Wirtschaftsgrundrechten der heute Lebenden ergibt, dass sich die Gesetzgebung bisher durch allzu starke Vernachlässigung der Zukunftsbelange außerhalb ihres Abwägungsspielraumes bewegt –, dann muss auch bei der Gesetzesauslegung stärker auf einen effektiven Klimaschutz geachtet werden. Dies spricht jedoch für eine weite und nicht für eine enge Interpretationen von Normen wie § 81 HBO und auch §§ 1 Abs. 5, 9 Abs. 2 BauGB.

§ 3 Abs. 2 EEWärmeG⁶⁹ stellt überdies explizit klar, dass die Länder Regelungen zur Nutzungspflicht von EE im Altbestand erlassen dürfen. Zwar könnte man jetzt fragen, ob gerade das EEWärmeG mit dieser Regelung (und mit einer Nutzungspflicht für EE-Wärme im Neubaubereich) nicht eine vorrangige Spezialregelung zu §§ 9 BauGB, 81 HBO usw. darstellt, die entgegen dem bis hierher Gesagten deren Anwendung im Klimaschutz ausschließt. In diese Richtung scheint auch zu deuten, dass das EEWärmeG technologieoffen formuliert ist, wogegen §§ 9 BauGB, 81 HBO genau diese Offenheit mit Festsetzungen zugunsten genau einer Energieart usw. vereiteln könnten.⁷⁰ Bei genauem Hinsehen steht § 3 EEWärmeG einer Anwendung der Baurechtsnormen auf den Klimaschutz jedoch nicht entgegen. Denn erstens hat der Bundesgesetzgeber §§ 1 Abs. 5, 9 Abs. 2 BauGB bei Erlass des EEWärmeG eben gerade nicht geändert oder abgeschafft – und damit die Fortgeltung dieser Normen und ihres Inhalts bestätigt. Und zweitens kann § 3 Abs. 2 EEWärmeG doch gerade so gelesen werden, dass die Länder (und damit auch die Kommunen) im Klimaschutzbereich tätig werden sollen.

§ 16 EEWärmeG enthält ferner ab 01.01.2009 eine Erweiterung der zitierten landesrechtlichen Normen: Die Norm bestimmt, dass die Rechtsgrundlagen für die Kommunen zum Anschluss- und Benutzungszwang bei Nah- und Fernwärmeversorgung „nach Landesrecht“ fortan auch zum „Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes“ genutzt werden dürfen. Damit sollen die bestehenden Rechtsgrundlagen des Landesrechts gerade auch für den Klima- und Ressourcenschutz explizit geöffnet werden, um damit auch die letzten Rechtsunsicherheiten zu beseitigen und klarzustellen, dass ein Anschluss- und Benutzungszwang gerade auch aus Gründen des globalen Klimaschutzes zulässig ist, wie sich der Gesetzesbegründung explizit entnehmen lässt.⁷¹ Einerseits bekräftigt dies endgültig das dringende öffentliche Bedürfnis für entsprechende Maßnahmen. Andererseits wird damit ein Anwendungsbereich hergestellt, der über die Nah- und Fernwärmefrage hinausreicht. Soweit also bislang noch unter die einzelnen Tatbestandsmerkmale eines landesrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwang der Klimaschutz subsumiert werden muss, ist dieser, oft mühsame, wenn gleich wie gesehen durchaus zulässige Weg ab dem 01.01.2009, im wesentlichen nicht mehr notwendig. Für die Solarenergienutzung (in puncto Wärme und Strom gleichermaßen) dürfte der § 16 EEWärmeG demgegenüber nichts Neues erbringen: Denn § 3 Abs. 2 EEWärmeG stellt eben klar, dass eine Nutzungspflicht – also die individuelle Errichtung bestimmter Energieanlagen (z.B. Photovoltaik) – den Ländern überlassen bleibt. Anderes gilt nach § 16

EEWärmeG eben nur für einen Anschluss- und Benutzungszwang an vorhandene Netze.

Freilich könnte es zu einem Spannungsverhältnis zwischen §§ 9 Abs. 1, 176 BauGB, 16 EEWärmeG einerseits und der Richtlinie des Rates der EG über den Schwefelgehalt flüssiger Brennstoffe (RL 93/12/EWG⁷²) andererseits kommen. Art. 3 der Richtlinie schreibt nämlich vor, dass das Inverkehrbringen von Gasölen, die den Anforderungen der Richtlinie entsprechen, nicht behindert werden darf, was zumindest gegen BauGB-Festsetzungen sprechen könnte, die etwa an den Schwefelgehalt anknüpfen.⁷³ Daran braucht jedoch auch nicht angeknüpft werden, da schlicht auf die Treibhausgase Bezug genommen werden kann. Außerdem sieht das europäische Umweltrecht selbst explizit sowohl ein Klimaschutz- als auch ein Immissionsschutzrecht vor mit einer Vielzahl von Richtlinien, mit primärrechtlichen Bestimmungen wie Art. 174 EGV und ggf. auch hier mit einem multipolaren Grundrechtsansatz.

Über all dies hinausgehend könnte sich die Frage nach der EENutzung im Altbestand demnächst noch anders darstellen. Die geplante neue europäische EE-Richtlinie sieht im Entwurf in ihrem Art. 12 nämlich eine EENutzungspflicht auch für den Altbestand vor – zumindest im Renovierungsfall. Da eine entsprechende Richtlinienbestimmung in Deutschland zwingend umzusetzen wäre (wegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG wohl vorrangig vom Bundesgesetzgeber), würden spätestens dann die Rechtsfragen zum Klimaschutz im Altbestand obsolet.

E. Solarenergie und Kraft-Wärme-Kopplung im Neu- und Altbestand durch Vertrag

Eine weitere Möglichkeit für eine Kommune, eine Fernwärme- oder Solarenergienutzung im Altbestand zu implementieren, könnte sich aus der Nutzung von Verträgen ergeben; dass die Gemeinde dann öffentliche Aufgaben per zivilrechtlichem Vertrag verfolgt, ist angesichts der kommunalen Formenwahlfreiheit zulässig.⁷⁴ Solche Verträge zielen dann freilich auf konsensuale Maßnahmen, die es häufig nicht eben leicht bzw. nur zu für die Gemeinden schwer finanzierbaren Bedingungen geben wird. Den städtebaulichen Verträgen beispielsweise (vgl. § 11 BauGB) kommt dabei die grundsätzliche Aufgabe zu, Sachverhalte der Bodenordnung, der Planung und des Grundstückverkehrs im Rahmen kommunaler Städtebaupolitik zwischen Individuen, Unternehmen und Gemeinden einvernehmlich zu regeln, wobei Gegenstände und Inhalte ansonsten frei vereinbar sind.⁷⁵ Nach § 11 Abs. 1 S. 1 BauGB besteht die grundsätzliche Befugnis der Gemeinde, städtebauliche Verträge zu schließen. § 11 Abs. 1 S. 2 BauGB regelt sodann in Nr. 1-4 einige typische Vertragsgegenstände. Hinsichtlich der Wärmeversorgung in Baugebieten kommt ein städtebaulicher Vertrag im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB in Betracht, namentlich ein Vertrag zur Förderung und

68. Vgl. zur Grundlegung Ekardt, Theorie, §§ 4, 5, 6; Ekardt, Demokratie, Kap. III, IV, V G.; siehe ferner Unnerstall, Rechte zukünftiger Generationen, 1999, S. 422 ff.; ähnlich aber auch (wenngleich ohne Erörterung der Konsequenzen) etwa Kloepfer, Langzeitverantwortung im Umweltstaat, 1993, S. 26 ff.; Hofmann, Rechtsfragen atomarer Entsorgung, 1981, S. 261.

69. Generell zu Fragen des neuen EEWärmeG auch Müller, ZNER 2008, 132 ff.

70. Hierzu und zum folgenden näher Wustlich, NVwZ 2008, 1041 ff. sowie demnächst ein separater Aufsatz von Ekardt/ Heitmann.

71. Begründung des Regierungsentwurfs v. 05.12.2007, S. 65 f.

72. Richtlinie des Rates der EG über den Schwefelgehalt flüssiger Brennstoffe vom 24.11.1975, geändert durch Richtlinien von 1987 und 1993 (Nr. 93/12/EWG, ABl. der EG, L 74/81).

73. VGH Mannheim, BWGZ 1998, 313 f.; Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, § 9 Rn. 190; Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9 Rn. 83. 74. Vgl. BVerwGE 92, 56 ff.; BVerwGE 84, 240; BGHZ 151, 274 ff. Auch bestehen keine kartellrechtlichen Bedenken, wenn etwa Fernwärmeverträge mit Gegenleistungen gekoppelt werden; vgl. BGHZ 151, 274.

75. Vgl. statt vieler Schmidt-Aßmann, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, S. 147; Gaentzsch, in: Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Aufl. 2002, § 11 Rn. 11; aktuell auch Krautzberger, DVBl 2008, 737 ff.

Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele.⁷⁶ § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB enthält *expressis verbis* die Möglichkeit, auch Vereinbarungen über die Nutzung von Netzen und KWK-Anlagen und von Solaranlagen für die Wärme-, Kälte- und Elektrizitätsversorgung zum Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages zu machen. Jenseits dessen erlaubt der allgemeine Klimaschutz gemäß § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB als Aufgabe aber auch andere Handlungsfelder, denn die Aufzählung möglicher Vertragsgegenstände in § 11 BauGB ist nicht abschließend.⁷⁷ Darüber hinausgehend bleibt den Gemeinden auch die Möglichkeit, durch sonstige zivilrechtliche Verträge Klimaschutz zu betreiben (etwa bei Grundstücksverkäufen), da den Gemeinden, sofern gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, eine Formwahlfreiheit zusteht und sie nicht auf den städtebaulichen Vertrag als Handlungsform festgelegt sind.⁷⁸

Der Stadtumbauvertrag nach § 171c BauGB (ebenfalls mit der BauGB-Novelle 2004 eingeführt) geht in eine ähnliche Richtung und dient der Umsetzung eines städtebaulichen Entwicklungskonzepts, welches vorher nach § 171b BauGB von der Gemeinde zu beschließen ist. Stadtumbaumaßnahmen sollen insbesondere dazu beitragen, dass die Wohn- und Arbeitsverhältnisse sowie die Umwelt verbessert werden (§ 171a Abs. 3 S. 2 Nr. 2 BauGB). Gemäß § 171c BauGB soll die Gemeinde soweit erforderlich zur Umsetzung ihres städtebaulichen Entwicklungskonzepts die Möglichkeit nutzen, Stadtumbaumaßnahmen auf der Grundlage von städtebaulichen Verträgen im Sinne des § 11 BauGB insbesondere mit

den beteiligten Eigentümern durchführen. Nach § 171c S. 2 Nr. 1 BauGB ist es grundsätzlich möglich, mit Hilfe einer Beteiligung der betroffenen Grundstückseigentümer (als weitere Vertragspartner kommen u.U. auch Mieter und Pächter in Betracht) den Rückbau von Einzelfeuerungsanlagen, wie z.B. einer Ölheizung, einschließlich der Kostentragung zu vereinbaren. Ein echtes Rückbaugeschäft ist ansonsten aus Kostengründen kaum ein taugliches Klimaschutzinstrument, da es eine Entschädigungspflicht auslöst, orientiert man sich in Verträgen an der Entschädigungshöhe im Sinne des § 179 Abs. 3 BauGB, gilt dies dann allerdings auch für die vertragliche Variante.⁷⁹ Dies wäre freilich u.U. wieder anders zu sehen, wenn man dem oben kurz skizzierten grundrechtlichen Neuansatz folgt. Insgesamt bleibt es jedoch dabei, dass vertragliche Lösungen aus Kostengründen und wegen des oftmals wohl fehlenden Konsens häufig nicht als Weg zum kommunalen Klimaschutz zur Verfügung stehen werden.

76. Vgl. Koch/ Mengel, DVBl 2000, 953 (960).

77. Quaas/ Kukk, in: Schrödter, BauGB, § 11 Rn. 37; Löhr, in: Battis/ Krautzberger/ Löhr, BauGB, § 11 Rn. 20a; Koch/ Mengel, DVBl 2000, 953 (960).

78. Vgl. dazu im einzelnen Klinski/ Longo, ZNER 2007, 41 (47).

79. Durch den Verweis auf die §§ 137, 139 BauGB in § 171b Abs. 3 BauGB wird zudem geregelt, dass die Mitwirkung aller Beteiligten nicht nur auf die Vorbereitung des Entwicklungskonzeptes und die Abgrenzung des Gebietes, sondern auch auf die Durchführung der Stadtumbaus geboten ist.