

Einbindung von Wärmeverbrauchern in grüne Wärmenetze – Kommunale Steuerungsinstrumente

Kurzstudie

ERSTELLT VON

Prof. Dr. Christian Buchmüller, Maître en droit (ITE)

Ass. jur. Ilka Hoffmann (ITE)

Ass. jur. Judith Schäfer (IKEM)

IM RAHMEN DES PROJEKTS



Bundesministerium
für Wirtschaft
und Energie

Inhaltsverzeichnis

1.	Ausgangslage	3
1.1.	QUARREE100	3
1.2.	Städtebauliche Situation	4
1.3.	Aufgabenstellung	5
2.	Wesentliche Ergebnisse	7
2.1.	Bauleitplanung	7
2.2.	Städtebauliche Verträge	8
2.3.	Anschluss- und Benutzungszwang	9
3.	Einzelne Handlungsoptionen	11
3.1.	Bauleitplanung	11
3.1.1.	Allgemeines	11
3.1.2.	Darstellungen im FNP	13
3.1.3.	Festsetzungen im allgemeinen B-Plan – Verwendungsverbote und -beschränkungen luftverunreinigender Stoffe	14
3.1.4.	Festsetzungen im allgemeinen B-Plan – Maßnahmen zur Nutzung erneuerbarer Wärme	16
3.1.5.	Vorhabenbezogener B-Plan	18
3.1.6.	Städtebauliche Sanierungsmaßnahmen - Sanierungsgebiet	20
3.2.	Städtebauliche Verträge	24
3.2.1.	Allgemeines	24
3.2.2.	Vertragstypen und Vertragsgegenstände im BauGB	25
3.2.3.	Energiebezogene Vertragsinhalte	26
3.2.4.	Städtebaulicher Zusammenhang	27
3.2.5.	Angemessenheit	28
3.2.6.	Kopplungsverbot	29
3.2.7.	Sonstige Anforderungen	30
3.2.8.	Durchführungsvertrag zu § 12 BauGB (vorhabenbezogener B-Plan)	31
3.2.9.	Städtebauliche Sanierung	32
3.2.10.	Grundstückskaufverträge	34
3.3.	Anschluss- und Benutzungszwang	39
3.3.1.	Grundlagen	39
3.3.2.	Voraussetzungen für den Erlass einer Fernwärmesatzung	41
3.3.3.	Folgen eines Anschluss- und Benutzungszwangs	49
4.	Literaturverzeichnis	53

1. Ausgangslage

Das rund 20 Hektar umfassende Bestandsquartier Rüsdorfer Kamp in Heide, Schleswig-Holstein, mit etwa 500 Einwohnerinnen und Einwohnern soll energetisch aufgewertet und städteplanerisch weiterentwickelt werden. Bereits Ende 2016 hat die Stadt Heide hierzu einen umfangreichen Bürgerbeteiligungs- und Entwicklungsprozess angestoßen. Erarbeitet wurden bis Anfang 2019 ein Energetisches Quartierskonzept (KfW 432) sowie ein städtebauliches Quartiersentwicklungskonzept. Das städtebauliche Quartiersentwicklungskonzept „Rüsdorfer Kamp“¹ wurde Anfang 2019 durch die Ratsversammlung beschlossen. Ergänzt wird dieser ganzheitliche Planungsansatz durch das Ende 2017 gestartete Energieforschungsvorhaben QUARREE100, welches bis Ende 2022 von den Bundesministerien für Bildung und Forschung (BMBF) sowie Wirtschaft und Energie (BMWI) mit rund 24 Mio. Euro gefördert wird.² Neben der Forschungs- und Entwicklungsarbeit der 20 Projektpartner wird ab Anfang 2020 durch die Stadt Heide auf Basis vorangegangener Planungen ein energetisches Sanierungsmanagement (KfW 432) im Quartier etabliert. Die städtebauliche Entwicklung soll zudem im Rahmen eines städtebaulichen Sanierungsgebietes und mit Fördermitteln des Programms „Stadtumbau West“ weiterverfolgt und auf diese Weise die grundsätzlich angestrebte Aufwertung im Quartier unterstützt werden. Hierzu zählen beispielsweise die Beseitigung städtebaulicher Missstände, z.B. durch Aufwertung der öffentlichen Räume und (sozialen) Infrastruktur, die Entwicklung bedarfsgerechten Wohnens oder die Weiterentwicklung von Arbeiten und Wohnen im Rüsdorfer Kamp.

1.1. QUARREE100

Auf Basis einer umfassenden Bestands- und Datenerhebung im Gebiet hat die Partnerversammlung von QUARREE100 im September 2019 das Energiekonzept in der Variante 7 für die im Projekt umzusetzenden Demonstrationsmaßnahmen beschlossen. Im Mittelpunkt stehen der Aufbau und Betrieb eines „Nahwärmenetzes“ zur Versorgung der Haushalte im Quartier (Bestandsgebäude und Neubau). Die Wärme soll größtenteils durch Großwärmepumpen-Anlagen erzeugt und der für den Betrieb der Anlagen benötigte Strom zu einem möglichst großen Anteil im Quartier generiert werden. Dafür ist geplant, auf möglichst vielen Dächern der Häuser im Quartier Photovoltaik-Anlagen (PV-Anlagen) zu installieren, die den erzeugten Strom direkt an die Wärmeerzeugungsanlagen liefern. Der Transport soll über ein elektrisches Betriebsnetz erfolgen, das eigens für die Stromversorgung der technischen Anlagen des Wärmenetzes errichtet wird.

¹ Dau-Schmidt.Tornow Stadtentwicklung und Moderation „Städtebauliches Quartiersentwicklungskonzept Rüsdorfer Kamp“ vom Juni 2018.

² Weiterführende Informationen zum Projekt finden sich unter: <https://quarree100.de/>.

Nach dem Beschluss der Partnerversammlung vom 11. September 2019 umfasst das Energiekonzept in der Variante 7 die folgende technische Hardware:

- Wärmenetz (ca. 4.600 m)
- Elektrolyseur (ca. 300 kW)
- Wärmespeicher (ca. 1.000 cbm)
- Batteriespeicher (ca. 900 kWh)
- Elektrisches Betriebsnetz für die Wärmeerzeugung (ca. 4.600 m)
- PV-Anlagen
- Wärmeerzeugungsanlage bestehend aus:
 - Wärmepumpenanlage (ca. 2.500 kWth)
 - BHKW (ca. 400 kWel)
 - Gaskessel (ca. 2.000 kW)

Die Realisierung soll in einer ersten Ausbaustufe innerhalb der Projektlaufzeit erfolgen. Im Anschluss an die Verabschiedung des Energiekonzeptes wurde die Stadtverwaltung mit der Ermittlung eines geeigneten Standorts für die Energiezentrale und den Wärmespeicher beauftragt. Neben der energietechnischen Eignung von Flächen ist bei der Standortsuche insbesondere die Vereinbarkeit mit den städtebaulichen Zielen der Quartiersentwicklung zu berücksichtigen.

1.2. Städtebauliche Situation

Das Quartier Rüsdorfer Kamp weist heterogene Siedlungsstrukturen und unterschiedliche Gebietsnutzungen auf, die von Wohnen über Mischnutzungen bis hin zum Gewerbe und vom Einzelwohnhaus bis zum mehrzeiligen Geschosswohnungsbau reichen. Die bebauten Grundstücke und Gebäude befinden sich zum größten Teil in privatem Eigentum. Darüber hinaus gibt es mehrere Brachflächen bzw. untergenutzte Flächen, die sich in privater und kommunaler Hand befinden und in den nächsten Jahren aufgewertet und einer neuen Nutzung zugeführt werden sollen.

Die Stadt Heide plant in diesem Zusammenhang die Bereitstellung der öffentlichen Grundstücke, insbesondere mit dem Ziel zusätzlichen (sozialen) Wohnungsbau zu ermöglichen. Für die Vergabe kommunaler Grundstücke wurde ein Strategiepapier beschlossen, das für den Fall eines Verkaufes eine Quote von derzeit 30% für den geförderten/bezahlbaren Wohnungsbau festlegt.

Für das gesamte Stadtgebiet gilt der Flächennutzungsplan (FNP) in Fassung der 25. Änderung vom November 2015.³

Für das Quartier Rüsdorfer Kamp wurde bislang nur für das Gebiet nördlich der Berliner Straße, östlich der Bahnanlagen und südwestlich der Rüsdorfer Straße ein Bebauungsplan (Nr. 66, beschlossen im Oktober 2017) aufgestellt.⁴

In ihrer Sitzung am 20.02.2019 hat die Ratsversammlung einen Einleitungsbeschluss zur Durchführung der vorbereitenden Untersuchungen im Rahmen des Städtebauförderungsprogramms Stadtumbau West gefasst. Die Untersuchungen erfolgen mit dem Ziel, den notwendigen Sanierungsbedarf zu ermitteln und entsprechende Entwicklungsziele zu formulieren und das Erfordernis einer Anwendung des Sanierungsrechts zu prüfen. Im September 2019 wurde das Untersuchungsgebiet geringfügig erweitert. Zwischenzeitlich wurde der Rüsdorfer Kamp mit Bescheid vom 31. Juli 2019 offiziell in das Städtebauförderungsprogramm des Landes Schleswig-Holstein aufgenommen (Programm Stadtumbau West). Mit der Förderzusage sollen die vorbereitenden Untersuchungen im zweiten Quartal 2020 beginnen.

1.3. Aufgabenstellung

Durch die Entscheidung der Partnerversammlung von QUARREE100 für das Energiekonzept in der Variante 7 haben sich bestimmte Parameter, u.a. die eingesetzten Technologien und die Infrastruktur, konkretisiert.

Vor diesem Hintergrund soll geprüft werden, welche Handlungsmöglichkeiten einer Kommune wie der Stadt Heide zur Verfügung stehen, um möglichst viele Wärmeverbraucher in das Wärmekonzept einzubinden.

Die einzelnen Voraussetzungen für die Umsetzung der jeweiligen Komponenten des Energiekonzepts, wie z. B. die bauplanerischen Anforderungen an den Standort der Energiezentrale oder die genehmigungsrechtlichen Voraussetzungen der einzelnen Anlagen, sind von der Prüfung nicht umfasst

³ https://www.heide.de/fileadmin/heide_de/inhalte/Rathaus_und_Buergerservice/Bau_und_Planung/Bauleitplanung/F-Plaene/Begrueendung_Original.pdf.

⁴ https://gis.region-heide.de/files/bplan/planz/01051044_66_00_BP.pdf#page=1&zoom=auto,-31,-296

Haftungsausschluss: Keine individuelle Rechtsberatung

Diese Studie des ITE und IKEM enthält allgemeine, wissenschaftlich fundierte Informationen zu den behandelten rechtlichen Themen. Sie vermag eine individuelle Rechtsberatung zu konkreten rechtlichen Fragestellungen jedoch nicht zu ersetzen. Insbesondere können konkrete Vorfragen für unternehmerische Entscheidungen durch diese Studie nicht verbindlich geklärt werden. Geäußerte Rechtsmeinungen entsprechen grundsätzlich der wissenschaftlich fundierten Einschätzung der Autor*innen, müssen aber nicht der Rechtsmeinung oder Entscheidungspraxis von Behörden oder Gerichten entsprechen, die mit Entscheidungen in Bezug auf den begutachteten Sachverhalt befasst sind oder befasst sein werden. Rechtsberatung und die dazu erforderliche rechtliche Prüfung des Einzelfalls kann und darf vom ITE und IKEM aufgrund § 3 Rechtsdienstleistungsgesetz nicht erbracht werden; dazu wird insbesondere auf anwaltliche Rechtsberatung verwiesen. Das ITE und IKEM übernehmen damit auch keine Haftung für rechtliche Fehleinschätzungen und Fehlentscheidungen aufgrund der geäußerten rein wissenschaftlichen Rechtsmeinungen.

2. Wesentliche Ergebnisse

Die Studie ist entsprechend der drei untersuchten Handlungsbereiche gegliedert. Die wesentlichen Ergebnisse zu den einzelnen Bereichen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

2.1. Bauleitplanung

- Auf Ebene der Bauleitplanung können keine **Pflichten zur Wärmeabnahme** begründet werden.
 - Im Bebauungsplan (B-Plan) kann die Gemeinde zwar **Verwendungsverbote und -beschränkungen luftverunreinigender Stoffe** für Neu- und Bestandsbauten gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 23 a) BauGB festsetzen, diese begründen **aber keine Pflicht zur Nutzung der alternativen Wärmeangebote**.
 - Dasselbe gilt für die mögliche Festsetzung von **Maßnahmen zur Nutzung erneuerbarer Wärme** nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB, wonach lediglich ein **Anschluss an ein Wärmenetz** vorgegeben werden kann.
- Bei Bestandsgebäuden sind immer die Grenzen des über Art. 14 GG geschützten **Bestandsschutzes** zu beachten.
- Größere Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Festsetzungsmöglichkeiten bieten **vorhabenbezogene B-Pläne**, die nur bei einer Kooperation zwischen Gemeinde und Vorhabenträger realisierbar sind.
 - Bei einer Kooperationsbereitschaft können sowohl **Neu- als auch Bestandsbauten** von den Maßnahmen erfasst werden.
 - Einseitige Vorgaben durch die Gemeinde sind kaum möglich.
- In **Sanierungsgebieten** hat die Gemeinde die Möglichkeit entsprechende Baumaßnahmen, wie die Herstellung eines Anschlusses an ein Wärmenetz vorzugeben, jedoch geht auch hier mit dem Anschluss keine Nutzungspflicht einher.
- Im Ergebnis nimmt die Bauleitplanung lediglich eine **flankierende Rolle neben anderen Maßnahmen** ein und hat daher eingeschränkte **Lenkungswirkung**.

2.2. Städtebauliche Verträge

- **In städtebaulichen Verträgen kann die Errichtung eines Fernwärmenetzes sowie der Anschluss an das Netz und die Nutzung der Wärme festgelegt werden, § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB.**
 - Die vertraglichen Verpflichtungen dürfen den Vertragspartner jedoch wirtschaftlich nicht über Gebühr belasten (Angemessenheit).
 - Außerdem darf der Vertragspartner auf die vereinbarte Leistung der Gemeinde nicht schon ohne die ihm auferlegte Verpflichtung Anspruch (gehabt) haben.
 - Gleichzeitig darf sich die Gemeinde aufgrund ihrer Planhoheit nicht zur Aufstellung von Bauleitplänen und städtebaulichen Satzungen verpflichten.
- **Der Abschluss städtebaulicher Verträge kann von den Gemeinden nicht erzwungen werden.** Insofern erfolgt ein Abschluss in der Praxis nur, **wenn der Abschluss eines städtebaulichen Vertrages für potentielle Vorhabenträger und Investoren von (wirtschaftlichem) Interesse ist.**
- Häufiger Anwendungsfall ist deshalb der **Verkauf kommunaler Grundstücke** in Verbindung mit Klimaschutzanforderungen, zusammengefasst in einem einheitlichen städtebaulichen Vertrag.
 - Soll der Verkauf kommunaler Grundstücke an inhaltliche Kriterien, wie klimaschützende Baumaßnahmen oder den Bezug von erneuerbar erzeugter Fernwärme geknüpft werden, bietet sich als Verfahren eine **Konzeptvergabe** an. Dabei sind landes-, bundes- und europarechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen.
 - Im Zusammenhang mit dem Verkauf kommunaler Grundstücke haben Gemeinden zudem die Möglichkeit, den Grundstückserwerber durch Bestellung einer Dienstbarkeit dazu zu verpflichten, seinen Wärmebedarf aus einer klimafreundlichen Quelle (z.B. lokales Fernwärmenetz) zu decken.
- Für **Neubau auf privaten Grundstücken** kommen städtebauliche Verträge in Gestalt eines **Durchführungsvertrages zum vorhabenbezogenen B-Plan** (§ 12 BauGB) in Betracht. Ob und inwieweit eine Verpflichtung bezüglich der Wärmeversorgung vereinbart werden kann, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalles ab.

- Städtebauliche Verträge können sich grundsätzlich auch auf klimaschützende Maßnahmen **im Bestand** beziehen.
 - Aufgrund des städtebaulichen Bestandsschutzes kommt es für den Bestand jedoch noch mehr als für den Neubau darauf an, dass aus Sicht der Eigentümer hinreichend (wirtschaftliche) Anreize vorhanden sind.
 - Ein Anreiz für den Abschluss eines städtebaulichen Vertrages einschließlich der Verpflichtung zum Bezug klimafreundlicher Fernwärme kann sich u.U. in **Sanierungsgebieten** ergeben, wenn Eigentümer eine Genehmigung für bauliche oder eigentumsbezogene Veränderungen benötigen und sich ihnen gleichzeitig Fördermittel und steuerliche Vergünstigungen bieten. Aber auch hier gilt das Prinzip der Vertragsabschlussfreiheit.

2.3. Anschluss- und Benutzungszwang

- Gemeinden können durch eine kommunale Satzung (**Fernwärmesatzung**) einen Anschluss- und Benutzungszwang an die Fernwärme einführen.
 - Sämtliche Grundstücke im Satzungsgebiet müssen in der Folge ihren Wärmebedarf durch Fernwärme decken. Dies gilt grundsätzlich **sowohl für Neu- als auch Bestandsgebäude** und **sowohl für Grundstücke im öffentlichen als auch im privaten Eigentum**.
- Eine Fernwärmesatzung kann von Gemeinden in Schleswig-Holstein sowohl auf eine landesrechtliche **Ermächtigungsgrundlage** (§ 17 Abs. 2 S. 1 GO-Schleswig-Holstein) als auch auf eine bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage (§ 16 EEWärmeG i. V. m. § 17 Abs. 2 S. 1 GO-Schleswig-Holstein) gestützt werden, sofern insbesondere folgende Voraussetzungen erfüllt sind:
 - Der Anschluss- und Benutzungszwang dient nach dem ausdrücklichen Satzungszweck dem **globalen Klimaschutz**.
 - Die Fernwärmesatzung ist zum Klimaschutz nachweislich geeignet (**Nachweis** durch Sachverständigengutachten oder im Rahmen von § 16 EEWärmeG gesetzliche Vermutung bei Nutzung bestimmter Wärmequellen).
 - Die Fernwärmeversorgung wird als **öffentliche Einrichtung** betrieben,
 - Betrieb durch die Gemeinde selbst oder

- Betrieb durch einen privaten Dritten, sofern die Gemeinde über einen Betreibervertrag über einen starken Einfluss (Übernahme-, Selbsteintritts-, Mitbestimmungs- und Vetorechte) auf die Fernwärmeversorgung verfügt.
- Aus Gründen der **Verhältnismäßigkeit** muss die Fernwärmesatzung enthalten
 - Übergangsregelungen für Bestandsgebäude
 - Allgemeine Härtefallregelungen
 - (begrenzte) Ausnahmen für klimafreundlichere Einzelwärmeversorgungen.
- Wenn eine Gemeinde eine Fernwärmesatzung erlässt, können – je nach Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen – **Ausschreibungspflichten aus Kartellrecht oder Vergaberecht** entstehen in Bezug auf
 - die Vergabe der **Wegerechte für die Verlegung von Fernwärmeleitungen** unter öffentlichen Straßen und Wegen (Konzessions- bzw. Gestattungsvertrag) und
 - den **Betrieb der Fernwärmeversorgung**, sofern ein Privater diese für die Gemeinde übernimmt (Betreibervertrag).
- Für den **Betreiber der Fernwärmeversorgung** bringt der Erlass einer Fernwärmesatzung sowohl Vor- als auch Nachteile mit sich:
 - Der wesentliche **Vorteil** eines Anschluss- und Benutzungszwangs liegt in der Sicherung des Fernwärmeabsatzes.
 - Dem stehen jedoch auch einige **Nachteile** gegenüber, nämlich die Einschränkung der wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit aufgrund des mit der Gemeinde zu schließenden Betreibervertrages, eine gesteigerte Missbrauchs- und Preisaufsicht der Kartellbehörden sowie gegebenenfalls auch eine geringere Akzeptanz der Fernwärme bei den „Zwangskunden“.

3. Einzelne Handlungsoptionen

3.1. Bauleitplanung

3.1.1. Allgemeines

3.1.1.1. Kommunale Bauleitpläne

Die Aufgabe der Bauleitplanung für die Wärmeplanung ist die einseitige Steuerung durch **Vorgabe einer räumlichen Struktur für die Wärmeerzeugung, -verteilung und -abnahme** und den jeweiligen **technischen Spezifizierungen**. Dafür hat die Gemeinde nach dem Baugesetzbuch⁵ die Möglichkeit sowohl im Flächennutzungsplan (FNP) gemäß § 5 BauGB als auch im B-Plan gemäß § 9 BauGB entsprechende Darstellungen bzw. Festsetzungen für ihr Gemeindegebiet zu treffen. Die Darstellungen im FNP werden im Gegensatz zu den Festsetzungen des Bebauungsplans für das gesamte Gemeindegebiet getroffen und stellen die Art der Bodennutzung nur in Grundzügen dar, vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 BauGB. Sinn und **Zweck des FNP** ist es, ein **gesamträumliches Entwicklungskonzept** für das Gemeindegebiet darzustellen⁶ und keine **detaillierten, grundstücksbezogenen Vorgaben**⁷, wie im **B-Plan**. Der FNP entfaltet selbst keine unmittelbaren Rechtswirkungen.⁸ Er wirkt als vorbereitender Bauleitplan jedoch richtungsweisend für die Entwicklung der (verbindlichen) Bebauungspläne, da diese in der Regel gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 BauGB aus dem FNP zu entwickeln sind, sog. **Entwicklungsgebot**. Sinn und Zweck des Entwicklungsgebotes ist es, die städtebauliche Entwicklung auf der Basis einer stimmigen Grundkonzeption für das gesamte Gemeindegebiet zu steuern und nicht nur einzelne Teilgebiete zu beplanen.⁹ Die Gemeinden dürfen nach dem Planungsgrundsatz in § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB nur dann Bauleitpläne aufstellen, sobald und soweit es für die **städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich** ist. Ein Bauleitplan ist dann erforderlich, um die städtebauliche Entwicklung der kommunalen Grundstücke vorzubereiten und zu leiten, sodass der Planungsinhalt geeignet sein muss, diesem Zweck zu dienen.¹⁰ Das ist der Fall, wenn **hinreichend gewichtige städtebauliche Allgemeinbelange** für eine bestimmte Planung sprechen.¹¹ Die Bauleitplanung muss sich somit immer an den lokalen Bedürfnissen der jeweiligen Gemeinde orientieren.

⁵ Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. November 2017 (BGBl. I S. 3634).

⁶ BVerwG, NVwZ 2006, 87 (89).

⁷ Spannowsky in: BeckOK BauGB, § 9, vor Rn. 1.

⁸ Jaeger in: BeckOK BauGB, § 5, Rn. 12.

⁹ Petz in: BeckOK BauGB, § 8, Rn. 22.

¹⁰ Dirnberger in: BeckOK BauGB, § 1, Rn. 35.

¹¹ Ebd.

3.1.1.2. Reichweite der Lenkungswirkung im Neubau und Bestand

Die **Reichweite der Lenkungswirkung** der bauplanungsrechtlichen Instrumente der Gemeinden sind je nachdem, ob in dem Quartier Neubauten errichtet werden sollen oder das Gebiet durch Bestandsbauten geprägt ist, **unterschiedlich**. Diese Unterschiede resultieren aus der Eigentumsfreiheit in **Art. 14 GG**, worunter auch der **baurechtliche Bestandsschutz** fällt, den **Bestandsbauten** genießen. Unter Bestandsschutz versteht die Rechtsprechung den durch Art. 14 Abs. 1 GG vermittelten **Anspruch** einer durch Genehmigung legalisierten oder während eines Mindestzeitraums materiell rechtmäßigen baulichen Substanz in ihrer von der Genehmigung bzw. Genehmigungsfähigkeit umfassenden konkreten Nutzung, sich **gegen spätere nachteilige Rechtsänderungen durchzusetzen**.¹² Das bedeutet, dass der Eigentümer einer rechtmäßig genehmigten baulichen Anlage oder – sofern das Bauvorhaben keiner Baugenehmigung bedurfte -, bei einer zeitweise materiell rechtmäßig errichteten Anlage, nicht verpflichtet ist, nachträglichen Rechtsänderungen, wie beispielsweise anderweitigen Festsetzungen im B-Plan, Folge zu leisten. Diesen Anspruch des Eigentümers bezeichnet man als sog. **passiven Bestandsschutz**.¹³ Der baurechtliche Bestandsschutz geht sogar noch weiter und wehrt nicht nur nachträgliche Rechtsänderungen ab, sondern berechtigt den Eigentümer im Rahmen des sog. **aktiven Bestandsschutzes** auch Unterhaltungs-, Instandsetzungs- oder Modernisierungsmaßnahmen zur Sicherstellung einer funktionsgerechten Nutzung durchzuführen, auch wenn dies nach dem geltenden Baurecht nicht mehr zulässig wäre.¹⁴ Voraussetzung für die Durchführung dieser Maßnahmen durch den Eigentümer ist, dass die bauliche Anlage in ihrer Substanz erhalten bleibt.¹⁵ Der Bestandsschutz beginnt generell mit der Fertigstellung einer (genehmigten) baulichen Anlage. Das gilt auch dann, wenn die Genehmigung rechtswidrig war, solange sie von der Genehmigungsbehörde nicht widerrufen wurde, sog. **Legalisierungswirkung der Baugenehmigung**.¹⁶ Da sich der Bestandsschutz unter den genannten Voraussetzungen nur auf **Bestandsbauten** bezieht, entfalten die bauplanerischen Steuerungselemente der Gemeinde auch nur in diesem Fall keine bzw. eingeschränkte Lenkungswirkung. Bei der Errichtung eines **Neubaus** sind die Eigentümer dagegen generell verpflichtet, die **bauplanerischen Vorgaben** der Gemeinde, beispielsweise in einem B-Plan, **zu beachten**.

¹² Beckmann, KommJur 2014, 401 (402); BVerwG, Beschluss v. 16.12.1988, Az.: 4 NB 1/88 (Mannheim), NVwZ 1989, 664 (664).

¹³ Ebd.

¹⁴ Ebd.

¹⁵ Ebd., 401 (403).

¹⁶ VGH Mannheim, Urteil v. 29.09.2015, Az.: 3 S 741/15, 1. Leitsatz.

Auf einen Blick fürs Quartier

Bestandsbauten: Eingeschränkte bauplanungsrechtliche Lenkungswirkung durch aktiven und passiven Bestandsschutz

Bauplanungsrechtliche Vorgaben sind nur bei umfassenden Modernisierungen, die Substanz des Gebäudes verändern, zu beachten

Neubauten: Umfassende bauplanungsrechtliche Steuerungswirkung

3.1.2. Darstellungen im FNP

Im FNP können die Gemeinden Darstellungen zur Art der Bodennutzung in Form von eigenen planerischen Festlegungen treffen, deren möglicher Inhalt in dem Katalog in § 5 Abs. 2 BauGB geregelt ist. Die inhaltlichen Vorhaben des § 5 Abs. 2 BauGB sind dabei nicht abschließend, was an dem Wort „insbesondere“ deutlich wird. Die Gemeinde hat somit grundsätzlich die Möglichkeit über den Katalog des § 5 Abs. 2 BauGB hinausgehende Festsetzungen zu treffen, sofern diese zum einen noch die Planungsgrundzüge betreffen und damit keine dem Bebauungsplan vergleichbaren Detaillierungsgrad erreichen und nicht über den Katalog der möglichen Festsetzungen in Bebauungsplänen nach § 9 Abs. 1 BauGB hinausgehen.

Im FNP können gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 6 BauGB **Flächen für Nutzungsbeschränkungen** oder für **Vorkehrungen gegen schädliche Umwelteinwirkungen i.S.d. Bundes-Immissionschutzgesetzes (BImSchG)**¹⁷ vorgesehen werden. Eine **Nutzungsbeschränkung** bedeutet in erster Linie eine Reduzierung der Emissionen, die von den Nutzungen ausgehen können.¹⁸ **Vorkehrungen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen** sind solche, die entweder die von emittierenden Anlagen ausgehenden Emissionen unmittelbar mindern oder vermeiden oder durch die Einwirkungen auf schützenswerte Nutzungen verhindert oder gemindert werden.¹⁹ Eine Darstellung nach Nr. 6 kommt insbesondere in Betracht um **Nutzungskonflikte** zwischen emissionsträchtigen und schützenswerten Nutzungen auf Ebene des FNPs zu lösen.²⁰ Unter **schädlichen Umwelteinwirkungen** versteht man gemäß § 3 Abs. 1 BImSchG Immissionen, die nach Art, Ausmaß und Dauer geeignet sind, **Gefahren, erhebliche Nachteile oder erhebliche Belästigungen** für die

¹⁷ Bundes-Immissionsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Mai 2013 (BGBl. I S. 1274), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 8. April 2019 (BGBl. I S. 432) geändert worden ist.

¹⁸ Darüber hinaus kann eine Nutzungsbeschränkung auch eine Reduzierung der Nutzungen insoweit bedeuten, als durch das Einwirken von Immissionen auf die reduzierte Nutzung schädliche Umwelteinwirkungen vermieden werden, vgl. Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberger/Krautzberger, BauGB, § 5, Rn. 45.

¹⁹ Ebd.

²⁰ Ebd.

Allgemeinheit oder die Nachbarschaft herbeizuführen. Die **bloße Wohnnutzung** stellt, selbst bei Nutzung eines auf fossilen Brennstoffen basierenden Heizsystems in der Regel **keine emissionsträchtige Nutzung** dar. Ein typischer Fall, bei dem diese Darstellungsmöglichkeit zum Tragen kommt, sind **stark emissionsträchtige Anlagen** in Gewerbe- oder Industriegebieten, die an ein Wohngebiet grenzen.²¹ Zur vorbereitenden Steuerung der Abnahme und Nutzung der erneuerbaren Wärme im Quartier **eignet sich** eine solche Darstellung daher **in der Regel nicht**.

Da der Katalog der möglichen Darstellungen in § 5 BauGB nicht abschließend ist, sind auch weitergehende Darstellungen zur Steuerung einer Wärmenutzung im Quartier denkbar. Jedoch dient der FNP als vorbereitender Bauleitplan (siehe Kapitel 3.1.1.1.) nur der **grundlegenden Steuerung der Bodennutzung** in der Gemeinde und enthält dementsprechend **grobmaschige Darstellungen**. Detailliertere Darstellungen mit dem Ziel der Steuerung der Wärmenutzung würde über diese Funktion des FNP hinausgehen, sodass eine detailliertere Steuerung dem B-Plan als verbindlichem Bauleitplan vorbehalten ist.

3.1.3. Festsetzungen im allgemeinen B-Plan – Verwendungsverbote und -beschränkungen luftverunreinigender Stoffe

Auf Ebene der B-Pläne hat die Gemeinde die Möglichkeit (**verbindliche**) **Festsetzungen** über die Art und das Maß der baulichen Nutzung, die überbaubaren Grundstücksflächen und die örtlichen Verkehrsflächen zu treffen, vgl. § 30 Abs. 1 BauGB. Den möglichen **Inhalt der Festsetzungen** eines B-Plans **regelt § 9 BauGB abschließend** und legt damit verbindlich die Reichweite der städtebaulichen Steuerungsmöglichkeiten der Gemeinden fest.²²

Um die Abnahme der Wärme im Quartier durch die Grundstückseigentümer zu erreichen, kann die Gemeinde beispielsweise gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 23 a) BauGB im B-Plan Gebiete festsetzen, in denen zum **Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen** bestimmte **Luft verunreinigende Stoffe nicht oder nur beschränkt verwendet werden dürfen**. Der Begriff der **schädlichen Umwelteinwirkungen** wird dabei i.S.d. § 3 Abs. 1 BImSchG definiert (siehe Kapitel 3.1.2.). Unter **luftverunreinigenden Stoffen** versteht man nach der Begriffsbestimmung des § 3 Abs. 4 BImSchG grundsätzlich alle Veränderungen der natürlichen Zusammensetzung der Luft, insbesondere durch Rauch, Ruß, Staub, Gase, Aerosole, Dämpfe oder Geruchsstoffe. Von der Festsetzung nach § 23 Abs. 1 Nr. 23 a) BauGB wird in erster Linie in Form von **Verwendungsverboten bzw. -beschränkungen bestimmter Heizstoffe**, wie Kohle, Öl oder Holz Gebrauch gemacht.²³ Ein genereller Ausschluss von Kachel- oder Kaminöfen ist nicht möglich.²⁴ Die Festsetzung adressiert nach

²¹ Mitschang in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 5, Rn. 23 ff.

²² Spannowsky in: BeckOK BauGB, § 9, vor Rn. 1.

²³ Spannowsky in: BeckOK BauGB, § 9, Rn. 93.

²⁴ Ebd. Rn. 94.4.

dem Wortlaut von § 9 Abs. 1 Nr. 23a) BauGB sowohl Neu- als auch Bestandsbauten. Unmittelbare Wirkung entfaltet sie aber nur in **Neu- und Umbauten** sowie bei **wesentlichen Erweiterungen** baulicher Anlagen, da **bestandsgeschützte bauliche Anlagen** sich gegen spätere Festsetzungen des B-Plans durchsetzen (siehe Kapitel 3.1.1.2.).

Stand der Technik und wirtschaftliche Zumutbarkeit

Bei einer solchen Festsetzung muss die Gemeinde insbesondere beachten, dass das Verwendungsverbot oder die -beschränkung nach dem **Stand der Technik** auch realisierbar und dem Grundstückseigentümer **wirtschaftlich zumutbar** ist.²⁵ Das bedeutet zum einen, dass im Geltungsbereich des B-Plans die **Wärmeversorgung auf andere Weise sichergestellt** werden muss und damit grundsätzlich Möglichkeiten für eine alternative Wärmeversorgung, wie beispielsweise Nah- oder Fernwärme bestehen müssen. Zum anderen müssen die lokalen technischen Gegebenheiten einen solchen Anschluss unter wirtschaftlich zumutbaren Bedingungen erlauben. Die **Energieversorger** trifft in diesem Fall ein **Kontrahierungszwang**, sodass sie verpflichtet sind, mit den Grundstückseigentümern die entsprechenden Verträge abzuschließen.²⁶ Die Grundstückseigentümer ihrerseits sind wiederum nicht verpflichtet sich an eine bestimmte Wärmeversorgung anzuschließen und diese zu nutzen, sodass **kein Zwang zur Wärmeabnahme** besteht.²⁷ Ein **Anschluss- und Benutzungszwang** kann nur durch eine **kommunale Satzung** begründet werden (siehe Kapitel 3.3.).²⁸

Städtebauliche Gründe

Die Gemeinde kann Festsetzungen im B-Plan nur aus **städtebaulichen Gründen** treffen. Andere Gründe, wie der **sparsamere Energieverbrauch** bestimmter Heizstoffe oder **allgemeine ökologische Ziele** i.S.e. Treibhausgaseinsparung sind **nicht ausreichend**.²⁹ Auch darf mit dieser Festsetzung nicht intendiert werden, dass bestimmten Energieversorgungsunternehmen **Wettbewerbsvorteile** über eine Erweiterung des Abnehmerkreises entstehen.³⁰ Städtebauliche Gründe erfordern immer einen **bodenrechtlichen Bezug**. Ein solcher Bezug ist bei einem Verwendungsverbot bzw. -beschränkung bestimmter Heizstoffe beispielsweise bei **besonders schützenswerten Orten**, wie Hanglagen, Kurorten, Naherholungsgebieten oder bei besonders von Luftverunreinigungen empfindlichen Orten gegeben.³¹ Auch wäre eine solche Festsetzung möglich, wenn die Gemeinde auf ihrem Gemeindegebiet die **lufthygienischen Verhältnisse** verbessern

²⁵ Spannowsky in: BeckOK BauGB, § 9, Rn. 95.

²⁶ Ebd., Rn. 95.1.

²⁷ Ebd.

²⁸ Ebd.

²⁹ BVerwG, NVwZ 1989, 664.

³⁰ Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberger/Krautzberger, BauGB, § 5, Rn. 187.

³¹ Spannowsky in: BeckOK BauGB, § 9, Rn. 95.1.

möchte. Sie ist dabei nicht auf die Verringerung oder Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen beschränkt, sondern kann auch vorbeugend der Entstehung solcher Verhältnisse entgegenwirken.³² Lässt sich die Festsetzung auf städtebauliche Gründe stützen, dann ist es für ihre Zulässigkeit auch unerheblich, ob sie **mittelbar zu Vor- oder Nachteilen** bestimmter Marktteilnehmer führt.³³

Eine solche Festsetzung eignet sich damit nur dann in dem jeweiligen **Quartier**, wenn die Gemeinde **fundierte städtebauliche Gründe** für die Festsetzung vorbringen kann. Sinnvoll ist auch eine **Ergänzung durch eine kommunale Anschluss- und Benutzungssatzung**, um die Verwendung bestimmter Heizstoffe sicherzustellen. Dadurch kann die Gemeinde die Nutzung bestimmter Heizstoffe bzw. den Anschluss an ein Wärmenetz im Quartier steuern.

Auf einen Blick fürs Quartier

Allgemeiner B-Plan: Verwendungsverbote und -beschränkungen für luftverunreinigende Stoffe

Festsetzung gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 23 a) BauGB ermöglicht Ausschluss bestimmter Heizstoffe

Voraussetzungen für Zulässigkeit der Festsetzung sind technische Realisierbarkeit und wirtschaftliche Zumutbarkeit

Möglichkeiten alternativer Wärmeversorgung müssen im Quartier zur Verfügung stehen

Keine Nutzungspflicht des Grundstückseigentümers der alternativen Wärmeversorgung

Flankierung über Anschluss- und Benutzungszwang notwendig

Unmittelbare Wirkung der Festsetzung nur in Neubauten

3.1.4. Festsetzungen im allgemeinen B-Plan – Maßnahmen zur Nutzung erneuerbarer Wärme

Darüber hinaus kann die Gemeinde gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB auch Gebietsfestsetzungen treffen, in denen bei der **Errichtung von Gebäuden** bestimmte bauliche oder technische Maßnahmen für die **Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder KWK** getroffen werden müssen. Auch bei dieser Festsetzung bedarf es **städtebaulicher Gründe** (siehe Kapitel 3.1.3.). Nach dem Wortlaut von § 9 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB erfasst diese Festsetzung jedoch nur **Neubauten** und gibt den Grundstückseigentümern **keine Nutzungspflicht** für erneuerbare Energien oder KWK vor. Mithilfe von Nr. 23 b) BauGB werden nicht

³² BVerwG, NVwZ 1989, 664 (664).

³³ Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberger/Krautzberger, BauGB, § 5, Rn. 187.

nur Flächen für die Errichtung bestimmter Nutzungen festgesetzt, sondern die Grundstückseigentümer sind verpflichtet, bei der Gebäudeerrichtung bestimmte Maßnahmen zu treffen,³⁴ wie beispielsweise für die Wärmenutzung die **technische Einrichtung eines Anschlusses an ein Wärmenetz**.³⁵

Ergänzende Maßnahmen

Ergänzend zu den Festlegungen im B-Plan haben die Gemeinden die Möglichkeit über **städtebauliche Verträge** städtebauliche Maßnahmen auf einen Vertragspartner zu übertragen. Möglicher Vertragsinhalt eines städtebaulichen Vertrages kann beispielsweise 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 KWK sein, sofern die Errichtung und Nutzung mit den städtebaulichen Planungen und Maßnahmen verfolgten Zielen und Zwecken übereinstimmen, § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB. Inhaltlich hat die Gemeinde bei einem städtebaulichen Vertrag im Gegensatz zu Festsetzungen im B-Plan nach § 23 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB **mehr Gestaltungsspielraum**, da der Vertrag auch **Bestandsgebäude erfassen** und eine Nutzungspflicht der erneuerbaren Energien und der KWK vorschreiben kann (siehe Kapitel 3.2.). Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit der Gemeinde für bestimmte Maßnahmen zum Einsatz erneuerbarer Energien, stellt der **kommunale Anschluss- und Benutzungszwang** (siehe Kapitel 3.3.) dar.

Regelungen des Energierechts

Abzugrenzen ist die Festsetzungsmöglichkeit gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB von den **Regelungen des Energierechts**, die teilweise auch eine Verpflichtung zur Nutzung von erneuerbaren Energien oder KWK vorsehen.³⁶ Relevant ist an dieser Stelle insbesondere das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (**EEWärmeG**),³⁷ das mit Ausnahme von den in § 4 EEWärmeG genannten Gebäuden für **alle Neubauten mit mehr als 50 Quadratmetern Nutzfläche**, die unter Einsatz von Energie beheizt oder gekühlt werden, wahlweise entweder eine **anteilige Nutzungspflicht von erneuerbaren Energien** oder von **Ersatzmaßnahmen (Nah- und Fernwärmeversorgung, KWK)** zur Deckung ihres Wärme- und Kältebedarfs vorschreibt. Je nach Einsatzstoff variiert die Nutzungspflicht zwischen 15 und 50 Prozent, vgl. § 5 EEWärmeG. Das bedeutet, dass für Neubauten schon gesetzliche Regelungen für die Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien im Wärmebereich vorhanden sind.

³⁴ Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberger/Krautzberger, BauGB, § 5, Rn. 197a.

³⁵ Ebd., Rn. 197e.

³⁶ Ebd., Rn. 197a.

³⁷ Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich (Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz - EEWärmeG) vom 7. August 2008 (BGBl. I S. 1658), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 20. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1722) geändert worden ist.

Je nach **Ausgestaltung des Quartiers** und dem **angestrebten Anteil erneuerbarer Energien** kann es im Einzelfall für die Gemeinde nicht erforderlich sein, dass sie eine bauplanungsrechtliche Festsetzung trifft, da der **angestrebte Zweck der Festsetzung** bereits durch die gesetzlichen Regelungen im EEWärmeG abgedeckt werden. Die gesetzlichen Regelungen des EEWärmeG stehen einer bauplanungsrechtlichen Festsetzung aber auch nicht entgegen, da es auch zu den **Aufgaben der Bauleitplanung** gehört, einen **Beitrag zum Klimaschutz** und zur **Nutzung erneuerbarer Energien** zu leisten, vgl. § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB.³⁸

Auf einen Blick fürs Quartier

Allgemeiner B-Plan: Festsetzung von Maßnahmen zum Einsatz von EE gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB

Gilt nur für Gebäudeerrichtung

Festsetzung ermöglicht bspw. technische Einrichtung von Anschluss an ein Wärmenetz

Festsetzung begründet keine Nutzungspflicht des Eigentümers, daher Flankierung über Anschluss- und Benutzungszwang notwendig

EEWärmeG gibt für Neubau bereits Quoten zur EE-Wärmenutzung und Ersatzmaßnahmen (Anschluss an Nah- oder Fernwärmenetz) vor

Auch denkbar ist Ausgestaltungsoption über städtebaulichen Vertrag gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB als Ergänzung zur Festsetzung im B-Plan

Städtebaulicher Vertrag bietet größere Gestaltungsoptionen, auch Bestand kann erfasst werden

3.1.5. Vorhabenbezogener B-Plan

Eine andere Möglichkeit als den Erlass eines allgemeinen B-Plans zur verstärkten Einbindung von Verbrauchern in ein grünes Wärmenetz stellt der vorhabenbezogene B-Plan nach § 12 BauGB dar. Dieses Handlungsinstrument der Gemeinde zielt mehr auf eine **Kooperation mit dem Vorhabenträger** als auf eine einseitige Steuerung der Grundstücksnutzung ab. Bei einem vorhabenbezogenen B-Plan trifft der Vorhabenträger mit der Gemeinde Vereinbarungen auf Grundlage eines **sog. Vorhaben- und Erschließungsplans**, in dem der Vorhabenträger die städtebauliche Planung des Vorhabens und der Erschließungsmaßnahmen erarbeitet.³⁹ Zusätzlich

³⁸ Söfker in: Ernst/Zinkahn/Bielenberger/Krautzberger, BauGB, § 5, Rn. 197a.

³⁹ Busse in: BeckOK BauGB, § 12, Rn. 3.

verpflichtet sich der Vorhabenträger vertraglich in einem **Durchführungsvertrag** gegenüber der Gemeinde zur Verwirklichung und Kostentragung des Vorhabens sowie zur Durchführung innerhalb eines gewissen Zeitraums.⁴⁰ Bei dem Durchführungsvertrag handelt es sich um einen speziell geregelten städtebaulichen Vertrag.⁴¹ Der Vorhaben- und Erschließungsplan wird im Rahmen des kommunalen Satzungsbeschlusses **Bestandteil des vorhabenbezogenen B-Plans**, vgl. § 9 Abs. 3 S. 1 BauGB. Als Vorhabenträger kommen alle juristischen und natürlichen Personen in Betracht.⁴² Auch mehrere Vorhabenträger sind denkbar, wenn die jeweiligen Verpflichtungen vertraglich abgrenzbar sind.⁴³ Nach Fertigstellung des Vorhaben- und Erschließungsplans und Abschluss des Durchführungsvertrages wird die Gemeinde in der Regel das B-Planverfahren einleiten. Nach § 12 Abs. 2 S. 1 BauGB hat der Vorhabenträger auch die Möglichkeit einen Antrag zur Verfahrenseinleitung zu stellen, über den die Gemeinde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat. Für das B-Planverfahren gelten die **allgemeinen verfahrensrechtlichen Vorschriften für B-Pläne** gemäß §§ 1 ff. BauGB.⁴⁴

Vorteile eines vorhabenbezogenen B-Plans

Ein vorhabenbezogener B-Plan bietet den Vorteil, dass die Gemeinde bei dem Vorhaben- und Erschließungsplan, obwohl dieser Bestandteil des B-Plans wird, **nicht** an die **verbindlichen Festsetzungsmöglichkeiten** für allgemeine Bebauungspläne aus § 9 BauGB und die Baunutzungsverordnung (BauNVO)⁴⁵ gebunden ist, vgl. § 12 Abs. 3 S. 2 BauGB. Die Gemeinde kann daher mit dem Vorhabenträger auch anderweitige Festsetzungen treffen und hat somit **größere inhaltliche Gestaltungsmöglichkeiten** als bei allgemeinen B-Plänen. Zu beachten ist, dass die weitergehenden Festsetzungen in dem vorhabenbezogenen B-Plan dem **Bestimmtheitsgebot** genügen und den **Planungszielen** entsprechen müssen.⁴⁶ Vorhabenbezogene B-Pläne stellen für die Gemeinde dann ein **sinnvolles Instrument** dar, wenn sie entweder die konkrete Vorhabenplanung dem Vorhabenträger überlassen, anderweitige Planfestsetzungen treffen und/oder eine Kostentragung des Vorhabenträgers erreichen möchte. In **Quartieren** kann es sich anbieten, beispielsweise die Kostentragung der notwendigen Infrastrukturen, wie der Wärmenetzinfrastruktur im Rahmen der Erschließung von Neubau- oder Bestandsgebäuden über einen vorhabenbezogenen B-Plan zu regeln.⁴⁷ Eine Kostentragung des Vorhabenträgers kann die Gemeinde grundsätzlich auch

⁴⁰ Busse in: BeckOK BauGB, § 12, Rn. 3.

⁴¹ Hoffmann in: BeckOK BauGB, § 11, Rn. 7.

⁴² Krautzberger in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, § 12, Rn. 57.

⁴³ Ebd.

⁴⁴ Busse in: BeckOK BauGB, § 12, Rn. 34.

⁴⁵ Baunutzungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. November 2017 (BGBl. I S. 3786).

⁴⁶ Reidt, LKV 2000, 417 (419).

⁴⁷ Vgl. zu einem ähnlichen Fall Maaß/Sandrock/Weyland, ZUR 2015, 78 (82).

über einen städtebaulichen Vertrag gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BauGB als ergänzendes Instrument zur Bauleitplanung erreichen.

Auf einen Blick fürs Quartier

Vorhabenbezogener B-Plan: Gestaltungsoption zur Kooperation zwischen Gemeinde und Vorhabenträger

Vereinbarungen zwischen Gemeinde und Vorhabenträger auf Grundlage von Vorhaben- und Erschließungsplan

In der Regel ein Vorhabenträger, mehrere Vorhabenträger sind nur bei abgrenzbaren Verpflichtungen denkbar

Vorhabenträger übernimmt in Abstimmung mit Gemeinde Vorhabenplanung und verpflichtet sich zur Errichtung und Kostentragung → Durchführungsvertrag

Keine Bindung an Festsetzungskatalog von B-Plänen

3.1.6. Städtebauliche Sanierungsmaßnahmen - Sanierungsgebiet

Zur Errichtung oder Erweiterung von Anlagen und Einrichtungen für die Nutzung von Wärme aus erneuerbaren Energien kann die Gemeinde auch von dem Instrument des **Sanierungsrechts** als **befristetes Sonderrecht**⁴⁸ gemäß §§ 136 ff. BauGB Gebrauch machen. Für das städtebauliche Sanierungsrecht gelten einerseits die allgemeinen Vorschriften zum Stadtplanungsrecht und andererseits die Sonderregelungen in den §§ 136 ff. BauGB.⁴⁹ Über das Sanierungsrecht können Sanierungsmaßnahmen als **einheitliche, aufeinander abgestimmte Gesamtmaßnahmen** im jeweiligen Quartier auf Basis eines Sanierungskonzepts durchgeführt werden.⁵⁰ Das Sanierungsrecht gibt der Gemeinde **weitreichende Eingriffsbefugnisse** in die Rechte der Sanierungsbetroffenen⁵¹ an die Hand, welche die **zügige Durchführung** der Sanierungsmaßnahmen sicherstellen sollen. Städtebauliche Sanierungsmaßnahmen darf die Gemeinde nur bei Vorliegen **städttebaulicher Missstände** zur wesentlichen Verbesserung und Umgestaltung eines Gebietes ergreifen, vgl. § 136 Abs. 2 BauGB. Wann konkret städtebauliche Missstände vorliegen, bestimmt sich anhand des Einzelfalls gemäß § 136 Abs. 2 und 3 BauGB. Städtebauliche Sanierungsmaßnahmen müssen ferner dem **Wohl der Allgemeinheit** dienen, § 136 Abs. 4 BauGB.

⁴⁸ Schmitz in: BeckOK BauGB, § 136, Rn. 1.

⁴⁹ Stürer in: Bau- und Fachplanungsrecht, Rn. 2310.

⁵⁰ Schmitz in: BeckOK BauGB, § 136, Rn. 4 ff.

⁵¹ Ebd., Rn. 12.

Festlegung eines Sanierungsgebiets

Zur Vorbereitung der Sanierung hat die Gemeinde **verschiedene Aufgaben**, die in § 140 BauGB näher bezeichnet sind. Dazu gehören beispielsweise die vorbereitenden Untersuchungen (Nr. 1), die förmliche Festlegung des Sanierungsgebiets (Nr. 2) durch den Beschluss einer Sanierungssatzung, die Bestimmung der Ziele und des Zwecks der Sanierung (Nr. 3) oder die **städtebauliche Planung**, einschließlich der Bauleitplanung oder einer Rahmenplanung, soweit sie für die Sanierung erforderlich ist. Die **Bauleitplanung (FNP und B-Plan)** hat die Funktion, innerhalb der Sanierung die **Sanierungsziele zu konkretisieren**, sodass es erforderlich ist, dass sie Aussagen mit Bezug zum Sanierungskonzept der Gemeinde enthält.⁵² Inwieweit es erforderlich ist, dass die Gemeinde Bauleitpläne aufstellt, beurteilt sich im Einzelfall anhand des konkreten Sanierungskonzepts.⁵³ Unter **Rahmenplanung** ist jedwede **informelle Planung** zu verstehen, insbesondere zur Einholung von Informationen und zur Orientierung der Gemeinde.⁵⁴ Ein Sanierungsgebiet wird gemäß § 142 BauGB durch **Beschluss als förmlich festgelegtes Sanierungsgebiet in Form einer Satzung** festlegt. Die Gemeinde kann dieses Gebiet flexibel festlegen und sogar einzelne Grundstücke aus dem Sanierungsgebiet ausnehmen. Dann bedürfen tatsächliche und rechtliche Veränderungen wie zum Beispiel der Abschluss von Miet- oder Pachtverträgen, die Teilung, Belastung, oder Veräußerung eines Grundstücks der schriftlichen **Genehmigung der Gemeinde**, § 144 BauGB. Für die Erteilung von Baugenehmigung gilt dann eine zweimonatige Bearbeitungsfrist, § 145 Abs. 1 BauGB. Diese Genehmigung darf nur versagt werden, wenn das Anliegen die Sanierung erschwert oder ihrem Zweck zuwiderläuft. Hinsichtlich der Durchführung der energetischen Neuerungen im Quartier könnte die Festsetzung eines Sanierungsgebiets bedeutende Vorteile für die Gemeinde bringen. Dieses Instrument könnte die Durchführung erleichtern und beschleunigen und außerdem den Zugang zu Fördermitteln öffnen. Hierfür müsste jedoch genau geprüft werden, ob ein städtebaulicher Missstand bejaht werden kann.

Vorteile eines Sanierungsgebiets

Für die Gemeinde gibt es viele **Vorteile**, die mit der **Ausweisung eines Sanierungsgebietes** verbunden sind. Insbesondere können **Städtebauförderungsmittel** gemäß § 164a BauGB zur **Finanzierung** der Durchführungsmaßnahmen abgerufen werden. Wesentliche Durchführungsinstrumente sind gemäß § 146 Abs. 1 BauGB die **Ordnungsmaßnahmen und die**

⁵² Schmitz in: BeckOK BauGB, § 136, Rn. 11.1.

⁵³ Ebd., Rn. 12.1.

⁵⁴ Ebd., Rn. 13.

Baumaßnahmen. Zu den **Ordnungsmaßnahmen** des § 147 BauGB gehören beispielsweise die Bodenordnung, einschließlich des Erwerbs von Grundstücken, der Umzug von Bewohnern und Betrieben oder die **Enteignung** von Grundstückseigentümern unter den Voraussetzungen des § 88 S. 2 BauGB. Zur Durchführung dieser sanierungsbedingten Ordnungsmaßnahmen kann die Gemeinde **Städtebauförderungsmittel** einsetzen (§ 164a Abs. 2 Nr. 2 BauGB). Dem schließen sich die **Baumaßnahmen** des § 148 BauGB an. Zu ihnen gehören unter anderem **die Modernisierung und Instandsetzung, Neubebauung aber auch die Errichtung oder Erweiterung von Anlagen zur (de)zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung.** Dies gilt insbesondere, wenn klimaschutzbezogene oder energetische Defizite der Bestandsbauten in Sanierungsgebieten behoben werden sollen.⁵⁵ Unter einer Anlage oder Einrichtung zur Nutzung von Wärme aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung wird man u.a. auch den **Anschluss an ein Wärmenetz** fassen können, sodass die Gemeinde über entsprechende Baumaßnahmen eine verstärkte Einbindung von Wärmeverbrauchern in grüne Wärmenetze erreichen kann. Nach dem Wortlaut von § 148 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 BauGB begründen diese Baumaßnahmen jedoch **keine Nutzungspflicht** des Eigentümers.⁵⁶

Verantwortlich für die Durchführung der Baumaßnahmen ist gemäß § 138 Abs. 1 BauGB grundsätzlich der **Eigentümer.** Er hat auch die **Kosten der angeordneten Sanierungsmaßnahmen** zu tragen, soweit er sie durch eigene und fremde Mittel decken und die sich daraus ergebenden Kapital- und Unterhaltungskosten aus Erträgen der baulichen Anlage aufbringen kann, § 177 Abs. 4 BauGB. Die Eigentümer können dann ebenso von **Städtebauförderungsmitteln** gemäß § 164a Abs. 2 Nr. 3 BauGB profitieren. Die Gemeinde kann sich gemäß § 157 BauGB bei der Erfüllung ihrer Aufgaben hinsichtlich Vorbereitung und Durchführung der Sanierung eines **Sanierungsträgers oder anderen Dritten** bedienen. Diese Regelung ermöglicht es den Gemeinden, sich bei der Bewältigung von oft schwierigen Verwaltungsaufgaben zur **Entlastung der Fachkenntnisse und Erfahrungen anderer** zu bedienen.⁵⁷ Die Aufgaben und Rechtsstellung der Beauftragten ist in §§ 157 bis 161 BauGB geregelt.

⁵⁵ Mitschang in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 148, Rn. 8a.

⁵⁶ Vgl. Mitschang/Reidt in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, § 9, Rn. 137 zu einer ähnlichen Formulierung in § 9 Abs. 1 Nr. 23 b) BauGB.

⁵⁷ Ebd., § 157, Rn. 1.

Auf einen Blick fürs Quartier

Befristetes Sonderrecht zur Vorbereitung und Durchführung von einheitlichen, aufeinander abgestimmten Maßnahmen zur Flächensanierung, § 136 ff. BauGB

Durchführung von Baumaßnahmen zur Errichtung/ Erweiterung von Anlagen/ Einrichtungen zur Nutzung von erneuerbarer Wärme möglich

Baumaßnahmen zum Anschluss an ein Wärmenetz begründen keine Nutzungspflicht

Sanierung ist nur bei städtebaulichen Missständen möglich, vgl. § 136 Abs. 2 BauGB

Sanierungsrecht räumt Gemeinde weitreichende Eingriffsbefugnisse in Rechte Dritter ein

Gemeinde erlässt nach vorbereitenden Untersuchungen förmliche Sanierungssatzung

Bauleitplanung und städtebauliche Verträge flankieren Sanierungskonzept → hinsichtlich Darstellungs- und Festsetzungsmöglichkeiten ergeben sich keine Besonderheiten

3.2. Städtebauliche Verträge

Gemeinden steht das Instrument des städtebaulichen Vertrages – in der Regel handelt es sich dabei um eine Kooperation mit Privaten („Public Private Partnership“)⁵⁸ – für eine klimagerechte Stadtentwicklung zur Verfügung.⁵⁹

3.2.1. Allgemeines

3.2.1.1. Ergänzungsfunktion

Städtebauliche Verträge können immer nur eine planergänzende, nie eine planersetzen Funktion haben.⁶⁰ Sie dienen dazu, die mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele und Zwecke zu fördern und zu sichern.⁶¹ Beispielsweise können städtebauliche Verträge als ergänzende Regelung anlässlich des Baugenehmigungsverfahrens abgeschlossen werden.⁶²

3.2.1.2. Vorteile

Der Abschluss von städtebaulichen Verträgen hat für Gemeinden zahlreiche Vorteile.

Anders als bei Bebauungsplänen ist die Gemeinde z.B. **nicht an den Festsetzungskatalog in § 9 Abs. 1 BauGB gebunden**,⁶³ sondern kann – jedenfalls in einem bestimmten Rahmen – Regelungen treffen, die in einem Bebauungsplan nicht zulässig wären.⁶⁴ Dadurch wird eine Anpassung an die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls und damit eine situationsgerechte und präzise Feinsteuerung möglich.⁶⁵

Ein weiterer Vorteil im Vergleich zum Bebauungsplan besteht darin, dass im städtebaulichen Vertrag eine Frist für die **Umsetzung des Bauvorhabens** festgesetzt und das Verfahren damit erheblich **beschleunigt werden** kann.⁶⁶

⁵⁸ Zwar sind auch Verträge zwischen Gemeinden denkbar, der Schwerpunkt liegt in der Praxis jedoch auf kooperativen Handlungsformen zwischen Gemeinden und Personen des Privatrechts.

⁵⁹ BT-Drs. 344/11, S. 13.

⁶⁰ Kahl, DÖV 2000, 793, (794 ff).

⁶¹ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der zentralen Vorschriften zu städtebaulichen Verträgen. Nach § 11 Abs.1 S. 2 Nr. 2 1. HS BauGB zum Beispiel, ist Gegenstand des städtebaulichen Vertrages: „[...] die Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele [...]“

⁶² Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, Städtebauliche Verträge - ein Handbuch, S. 28.

⁶³ Vgl. oben unter 3.1.2.4. sowie Kahl/Schmidtchen, Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 179.

⁶⁴ Sparwasser/Mock, ZUR 2008, 469 (474).

⁶⁵ Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, ImmoKlima S. 65, BT-Drs. 13/6392, S. 38; Kahl, DÖV 2000, 793 (799).

⁶⁶ Mainka, Der städtebauliche Vertrag als Instrument des Klimaschutzes, S. 58 m.w.N.

Im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages können **Private** zudem **zur Kostenübernahme** bestimmter klimaschützender Maßnahmen **verpflichtet werden**, die aus dem Gemeindehaushalt nicht hätten finanziert werden können.⁶⁷

Schließlich beruhen städtebauliche Verträge auf **Freiwilligkeit** und tragen dadurch zur **Akzeptanz und Dauerhaftigkeit** der geplanten Vorhaben bei.⁶⁸

3.2.1.3. Vertragsabschlussfreiheit

Freiwilligkeit bedeutet jedoch auch, dass es den Beteiligten aufgrund ihrer Vertrags- und Dispositionsfreiheit überlassen bleibt, ob sie einen städtebaulichen Vertrag abschließen oder nicht.⁶⁹ Das gilt sowohl für Neubauten als auch für Bestandsgebäude, z.B. im Rahmen eines Sanierungsgebiets. Entscheidend ist in der Regel, dass der Abschluss eines städtebaulichen Vertrages für potentielle Vertragspartner einen Vorteil – in den meisten Fällen wirtschaftlicher Art – mit sich bringt.

In der Praxis werden Anforderungen an eine klimaschonende Wärmeversorgung häufig an einen kommunalen Grundstückskaufvertrag geknüpft, womit Gemeinden in der Regel eine stärkere Verhandlungsposition erlangen.⁷⁰ Zwar wird in diesen Fällen die Verhandlungsmacht zumeist bei der Gemeinde liegen, wenn die Nachfrage hoch und die Nutzung sowie Durchführung von Maßnahmen für private Investoren wirtschaftlich attraktiv ist.⁷¹ **Fehlt es** jedoch mangels wirtschaftlicher Attraktivität **an** hinreichendem **Interesse, kann die Gemeinde den Abschluss eines städtebaulichen Vertrages nicht erzwingen.**

3.2.2. Vertragstypen und Vertragsgegenstände im BauGB

Das **BauGB enthält zahlreiche Vorschriften, die sich mit Vertragsabschlüssen befassen.**⁷² Zentrale Regelung ist § 11 BauGB, der keine abschließende Aufzählung von Vertragstypen und Vertragsgegenständen enthält⁷³ und eine ergänzende Bestimmung zu den im BauGB gesondert geregelten städtebaulichen Verträgen, wie z.B. speziell geregelte Durchführungsverträge

⁶⁷ Aufgrund der Entlastung des öffentlichen Haushalts, hat sich der städtebauliche Vertrag in Zeiten knapper Haushaltsmittel zu einem der wichtigsten Planungsinstrumente entwickelt. Zum Teil werden Bebauungspläne von Gemeinden nur noch aufgestellt oder geändert, wenn zuvor ein Vertrag mit den dadurch Begünstigten abgeschlossen wurde, der eine entsprechende Kostenübernahme absichert und auch die vollständige oder teilweise Übernahme von Folgelasten regelt. Weiterführend dazu Reidt in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 11, Rn. 3; Mainka, Der städtebauliche Vertrag als Instrument des Klimaschutzes, S. 59. Zu den wirtschaftlichen Vorteilen städtebaulicher Verträge und unterschiedlichen Strategien bei der Baulandmobilisierung für Gemeinden vgl. auch „Baulandmobilisierung und städtebauliche Verträge“ DStGB Dokumentation Nr. 9, Deutscher Städte- und Gemeindebund.

⁶⁸ Vgl. Mainka, Der städtebauliche Vertrag als Instrument des Klimaschutzes, S. 59 m.w.N.

⁶⁹ Reidt in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 11, Rn. 2.

⁷⁰ Weiterführend Kahl/Schmidtchen, Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 187f.

⁷¹ Reidt in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 11, Rn. 4.

⁷² Hendricks, Einsatz von städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB bei der Baulandbereitstellung – eine interdisziplinäre theoretische Analyse und Ableitung eines integrierten Handlungskonzepts für die Praxis, S. 16.

⁷³ Die Aufzählung in § 11 Abs. 1 S. 2 BauGB enthält die Formulierung „insbesondere“ und ist insoweit nicht abschließend.

(§ 12 Abs. 1 BauGB) oder städtebauliche Vereinbarungen im Rahmen von Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen (§ 145 Abs. 3 BauGB), darstellt.⁷⁴

Demzufolge gelten die gesetzlichen Vorgaben aus § 11 BauGB, soweit in den Spezialfällen keine besonderen Vorschriften enthalten sind. In § 11 BauGB werden exemplarisch verschiedene städtebauliche Vertragsvarianten aufgeführt. In der Praxis finden sich zahlreiche Beispiele, die sich nicht ausschließlich unter eine der im Beispielkatalog aufgeführten Varianten subsumieren und eindeutig systematisieren lassen, da sich städtebauliche Verträge häufig aus unterschiedlichen Vertragselementen zusammensetzen.⁷⁵ Auf die rechtliche Einordnung und das Verhältnis der verschiedenen Vertragsvarianten zueinander⁷⁶ soll im Rahmen dieser Kurzstudie nicht näher eingegangen, sondern der **Fokus auf Vorschriften** mit ausdrücklichem Bezug **zur klimaschonenden Wärmeversorgung** gelegt werden.

3.2.3. Energiebezogene Vertragsinhalte

Vertragsinhalte zur klimaschonenden Wärmeversorgung enthält § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB. Dieser lautet:

„(1) [...] Gegenstände eines städtebaulichen Vertrags können insbesondere sein: [...]

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; [...].“

§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB wurde im Zuge der sog. Klimanovelle des BauGB 2011 zum einen erweitert. Gleichzeitig wurden die klimaschutzbezogenen Gestaltungsmöglichkeiten der Städte und Gemeinden, die sich durch das Instrument des städtebaulichen Vertrages bieten, betont, um den Gemeinden zu verdeutlichen, dass sie ihre Verantwortung für Klimaschutz und Klimaanpassung auch mittels städtebaulicher Verträge wahrnehmen können.⁷⁷ Durch die Novelle wurde klargestellt, dass in städtebaulichen Verträgen, insbesondere in Zusammenhang mit der Aufstellung von Bebauungsplänen, aber auch bei der Durchführung städtebaulicher Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen, nicht nur Vereinbarungen über Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung und Solaranlagen, sondern auch Vereinbarungen über sämtliche in diesem Zusammenhang in Betracht

⁷⁴ Vgl. Reidt in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 11, Rn. 11.

⁷⁵ Kahl/Schmidtchen, Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 182 ff.

⁷⁶ So handelt es sich z. B. bei den energiebezogenen Inhalten von § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB in der Regel um eine Frage der Grundstücksnutzung, die der Sache nach bereits von § 11 Abs. 1 S. 2 Nummer 2 BauGB umfasst ist.

⁷⁷ BT-Drs. 344/11, S. 13.

kommende Anlagen und Einrichtungen für die Erzeugung und Nutzung erneuerbarer Energien, Anlagen und Einrichtungen der Fern- und Nahwärmeversorgung und Kraft-Wärme-Kopplung getroffen werden können.⁷⁸ Zusammengefasst folgt daraus, dass nunmehr die Installation und Nutzung von Erneuerbaren-Energien-Anlagen sowohl in Einzelgebäuden als auch in Bezug auf Gemeinschaftsanlagen und Wärmenetzen vereinbart werden kann, was einem vertraglichen Anschluss- und Benutzungszwang gleicht.⁷⁹ Entsprechende Vertragsgestaltungen werden in der Praxis genutzt und sind auch seit längerem anerkannt.⁸⁰

Nr. 4 ermöglicht demzufolge sowohl **Vereinbarungen über die Errichtung und den Betrieb eines Wärmenetzes** als auch **die Errichtung von PV-Anlagen auf Dächern von Wohngebäuden**. Neben der Errichtungspflicht **kann** in einem städtebaulichen Vertrag darüber hinaus **auch die Nutzungspflicht festgelegt werden**.⁸¹

Da sich eine solche Nutzungspflicht mangels vorhandener Festsetzungsmöglichkeiten in § 9 BauGB nicht im Bebauungsplan festsetzen lässt, stellt ein städtebaulicher Vertrag mit einer entsprechenden Nutzungspflicht eine sinnvolle Ergänzung da, um die Nutzung erneuerbar erzeugter Wärme durchzusetzen.⁸² Zudem lassen sich im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages mit dem Vertragspartner die zum Teil komplexen technischen Voraussetzungen für die Umsetzung klimaschonender Wärmeversorgung erörtern und auf diese Weise bestimmte kommunale Vorstellungen von der einzusetzenden Anlagentechnik realisieren.⁸³

Darüber hinaus können in einem städtebaulichen Vertrag gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB auch **Vereinbarungen über die Kostentragung**, insbesondere der Planungskosten getroffen werden.⁸⁴

3.2.4. Städtebaulicher Zusammenhang

Gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB muss ein städtebaulicher Zusammenhang zwischen städtebaulichen Verträgen und den mit den städtebaulichen Planungen und Maßnahmen verfolgten Zielen und Zwecken bestehen. Der städtebauliche Zusammenhang ist eine allgemeine Grenze aller

⁷⁸ Krautzberger in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch 2019, § 11, Rn. 165; Reidt in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 11, Rn. 61.

⁷⁹ Vgl. m.w.N. Hehn, Postfossile Stadtentwicklung, Rechts- und Steuerungsprobleme einer Umsetzung kommunaler Energiewende- und Klimaschutzkonzepte im Rahmen der Stadtplanung, Beiträge zur sozialen Nachhaltigkeitsforschung, S. 339.

⁸⁰ Weiterführend Kahl/Schmidtchen, Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 188 f.

⁸¹ Weiterführend zur Errichtung und Nutzung von EE-Gemeinschaftsanlagen und Wärmenetzen Kahl/Schmidtchen, Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 188 ff.; Mainka, Der städtebauliche Vertrag als Instrument des Klimaschutzes, S. 75 m.w.N.

⁸² Zu den Festsetzungsmöglichkeiten im B-Plan vgl. 3.1.2.4.

⁸³ Kahl/Schmidtchen, Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 186.

⁸⁴ Spannowsky in: Schlichter/Stich/Driehaus/Paetow, BauGB, § 11, Rn. 103.

städtebaulichen Verträge.⁸⁵ Voraussetzung ist dabei, dass die **vertraglich vereinbarten Pflichten einen städtebaulichen Bezug zu den Zielen des jeweiligen Baugebiets aufweisen**,⁸⁶ die Vereinbarungen also den Zielen und Zwecken, die durch städtebauliche Planungen, wie Baugebietsausweisungen in Bebauungsplänen, und städtebaulichen Maßnahmen, wie städtebaulichen Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen, verfolgt werden, entsprechen.⁸⁷

Im Ergebnis bedarf eine wirksame Vereinbarung im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages z. B. zur Errichtung und dem Betrieb eines „Nahwärmenetzes“ und PV-Anlagen sowie der Nutzung der darin erzeugten Energie stets einer **korrespondierenden Bauleitplanung**. Von einem städtebaulichen Zusammenhang ist grundsätzlich auszugehen, wenn die Gemeinde für das Gebiet **Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 a) und b) BauGB** getroffen hat (siehe Kapitel 3.1.3.).⁸⁸

Regelungen über den Anschluss- und Benutzungszwang, der nach dem Kommunalrecht unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls möglich ist, werden davon nicht berührt.⁸⁹

3.2.5. Angemessenheit

Des Weiteren müssen die zwischen den Parteien vereinbarten Leistungen nach den Gesamtumständen angemessen sein. Diese Anforderung, die für alle städtebaulichen Verträge gilt, ergibt sich aus § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB und lautet:

„(2) Die vereinbarten Leistungen müssen den gesamten Umständen nach angemessen sein.“

Das Gebot der Angemessenheit folgt dem „Übermaßverbot“ und entspringt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Es verlangt, dass der **wirtschaftliche Wert von Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis zueinanderstehen**.⁹⁰

Zu berücksichtigen sind dabei die Gesamtumstände. Es kommt deshalb nicht auf die einzelne Regelung an, sondern auf eine Gesamtbetrachtung der vertraglichen Vereinbarungen und der daraus resultierenden Belastungen, aber auch Vorteile für den privaten Vertragspartner.⁹¹ Dazu gehört einerseits die Rentabilität der vom Vorhabenträger getätigten Investitionen und andererseits die durch die gemeindliche Planung bedingte Werterhöhung des Grundstück des Vorhabenträgers. Es ist

⁸⁵ Vgl. Mainka, Der städtebauliche Vertrag als Instrument des Klimaschutzes, S. 80 m.w.N.

⁸⁶ Hoffmann in: Spannowsky /Uechtritz, § 11, Rn. 32; Mitschang, Klimaschutz und Energieeinsparung in der Stadt- und Regionalplanung, S. 120.

⁸⁷ BT-Drs. 15/2250, S. 50.

⁸⁸ Mainka, Der städtebauliche Vertrag als Instrument des Klimaschutzes, S. 80 m.w.N.

⁸⁹ Hierzu mehr unter 3.3.

⁹⁰ Ausführlich dazu Hendricks, Einsatz von städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB bei der Baulandbereitstellung – eine interdisziplinäre theoretische Analyse und Ableitung eines integrierten Handlungskonzepts für die Praxis, S. 45 ff.; Reidt in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 11, Rn. 75.

⁹¹ Reidt in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 11, Rn. 75.

deshalb z. B. auch auf die Bindungsdauer einzugehen und die Frage zu stellen, ob dem Betreiber einer Anlage ein rentabler Betrieb möglich ist⁹² und zu klären, ob Mehrkosten anfallen, die erheblich über den sonst marktüblichen Energiekosten liegen.⁹³

Für die Angemessenheit kommt es demnach auf den jeweiligen **Einzelfall** an, so dass bei dem Abschluss eines städtebaulichen Vertrages im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB stets geprüft werden muss, ob die vertraglichen Verpflichtungen den Vertragspartner wirtschaftlich über Gebühr belasten.

3.2.6. Kopplungsverbot

Weitere Einschränkungen für Vereinbarungen in städtebaulichen Verträgen enthält § 11 Abs. 2 BauGB.⁹⁴ Dieser lautet:

„Die Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung ist unzulässig, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf die Gegenleistung hätte.“

Danach **darf ein Vertrag nicht zu etwas verpflichten, worauf** der Vertragspartner auch ohne diese Verpflichtung **Anspruch** gehabt hätte. Das wäre zum Beispiel der Fall, wenn bereits ein Anspruch auf Erteilung einer Baugenehmigung besteht.

Außerdem müssen **Leistung und Gegenleistung in einem unmittelbaren Sachzusammenhang** zueinander stehen.⁹⁵ Das bedeutet, dass zwischen dem geplanten Vorhaben und den zu übernehmenden Kosten, insbesondere ein Thema bei Folgekostenvereinbarungen nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB, ein Ursachenzusammenhang besteht. So kann beispielsweise vom Vorhabenträger nur die Übernahme von Kosten verlangt werden, die von dem konkreten Bauvorhaben ausgelöst worden sind.

Schließlich gilt für den Inhalt städtebaulicher Verträge das Verbot des „Planhandelns“, wonach eine Gemeinde ihre Entscheidungen aufgrund ihrer **Planungshoheit** nicht von Gegenleistungen des Vorhabenträgers abhängig machen darf. So ist auch in § 1 Abs. 3 S. 1 BauGB ausdrücklich geregelt, dass **auf die Aufstellung von Bauleitplänen und städtebaulichen Satzungen kein Anspruch** besteht und dieser auch nicht durch Vertrag begründet werden kann.

⁹² Mainka, Der städtebauliche Vertrag als Instrument des Klimaschutzes, S. 80 m.w.N.

⁹³ Ebd.

⁹⁴ § 11 Abs. 2 BauGB ist Bestandteil des Kopplungsverbots, das wiederum aus dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung abgeleitet wird.

⁹⁵ Dazu ausführlich Hendricks, Einsatz von städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB bei der Baulandbereitstellung – eine interdisziplinäre theoretische Analyse und Ableitung eines integrierten Handlungskonzepts für die Praxis, S. 39 ff.

Im Ergebnis kann sich die Gemeinde daher weder zu einem bauplanungsrechtlichen Tun noch – spiegelbildlich – zu einem Unterlassen verpflichten.⁹⁶ Dies gilt jedoch nicht für Fälle, in denen es der planenden Behörde erst durch die Gegenleistung ermöglicht wird, die entsprechende Entscheidung zu erlassen. Zulässig sind deshalb auch notwendige Vorentscheidungen, wie dem Planverfahren vorgeschaltete Besprechungen, Abstimmungen, Zusagen und Verträge,⁹⁷ solange sie nicht zu solchen Bindungen führen, die das Bebauungsplanverfahren zu einer funktionslosen Förmlichkeit werden lassen und keine sachliche Verkürzung des anschließenden Abwägungsvorgangs bewirken.⁹⁸

3.2.7. Sonstige Anforderungen

3.2.7.1. Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)

In Zusammenhang mit Vertragsabschlüssen können unter bestimmten Umständen die Vorschriften zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) relevant werden. Diese Vorschriften kommen allerdings nur zur Anwendung, wenn es sich bei dem städtebaulichen Vertrag um einen zivilrechtlichen Vertrag handelt oder der Vertrag zumindest zivilrechtliche Elemente beinhaltet. Insoweit ist das „AGB-Recht“ bei städtebaulichen Verträgen in Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften in den Blick zu nehmen, denn Verträge, die nicht nur dem Grunderwerb dienen, sondern auch aufgrund spezieller Vertragsinhalte auch städtebauliche Bezüge aufweisen, sind als städtebaulicher Vertrag zu qualifizieren und unterliegen den beschriebenen Voraussetzungen.

3.2.7.2. Schriftformerfordernis

Gemäß § 11 Abs. 3 BauGB bedürfen städtebauliche Verträge der Schriftform. Dieser lautet:

„Ein städtebaulicher Vertrag bedarf der Schriftform, soweit nicht durch Rechtsvorschriften eine andere Form vorgeschrieben ist.“

Ist mit dem Vertrag gleichzeitig ein Grundstücksgeschäft verbunden, ist gemäß § 311b Abs. 1 BGB i.V.m. § 62 VwVfG zusätzlich eine notarielle Beurkundung erforderlich.

⁹⁶ Kahl, DÖV 2000, 797 (798).

⁹⁷ BVerwGE 45, 309 (316, 317) (Flachglas).

⁹⁸ Grundlegend: BVerwGE 45, 309 (317) (Flachglas).

Auf einen Blick fürs Quartier

Städtebauliche Verträge können zur Errichtung eines Wärmenetzes sowie zum Anschluss an das Netz und der Nutzung der Wärme verpflichten, § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 BauGB

Die vertraglichen Verpflichtungen dürfen den Vertragspartner aber wirtschaftlich nicht über Gebühr belasten (Angemessenheit)

Der Vertragspartner darf auf die vereinbarte Leistung nicht auch ohne Verpflichtung einen Anspruch haben (Kopplungsverbot)

Der Abschluss städtebaulicher Verträge beruht auf **Freiwilligkeit**, d.h. es bedarf hinreichender (wirtschaftlicher) Anreize

Häufiger Anwendungsfall in der Praxis: Verbindung von Verkauf kommunaler Grundstücke mit Klimaschutzanforderungen in einem einheitlichen städtebaulichen Vertrag **für Neubauten**

3.2.8. Durchführungsvertrag zu § 12 BauGB (vorhabenbezogener B-Plan)

Wie unter 3.1.5. näher ausgeführt, gibt § 12 BauGB der Gemeinde das Instrument des vorhabenbezogenen Bebauungsplans an die Hand. Bei dieser, auf **Kooperation mit dem Vorhabenträger ausgerichteten Steuerungsmöglichkeit**, treffen Vorhabenträger und Gemeinde Vereinbarungen auf Grundlage eines **sog. Vorhaben- und Erschließungsplans**, in dem der Vorhabenträger die städtebauliche Planung des Vorhabens und der Erschließungsmaßnahmen erarbeitet.⁹⁹

Zusätzlich verpflichtet sich der Vorhabenträger vertraglich in einem **Durchführungsvertrag** gegenüber der Gemeinde zur Verwirklichung und Kostentragung des Vorhabens sowie zur Durchführung innerhalb eines gewissen Zeitraums.¹⁰⁰

Die Anforderungen für den Durchführungsvertrag zur **Durchführung der Vorhaben- und Erschließungsmaßnahmen innerhalb einer bestimmten Frist** sowie zur **Tragung der Planungs- und Erschließungskosten** ergeben sich aus § 12 Abs. 1 S. 1 BauGB.

⁹⁹ Busse in: BeckOK BauGB, § 12, Rn. 3.

¹⁰⁰ Ebd.

Bei dem Durchführungsvertrag handelt es sich um einen speziell geregelten städtebaulichen Vertrag.¹⁰¹ Insoweit gelten für den Durchführungsvertrag die oben aufgeführten Voraussetzungen, insbesondere darf auch ein Durchführungsvertrag zu einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan nur Verpflichtungen enthalten, die für städtebauliche Verträge zulässig sind. Der **Durchführungsvertrag ergänzt** insoweit ebenfalls den (vorhabenbezogenen) **Bebauungsplan**, d.h. die Zulässigkeit des Vorhabens bestimmt sich nach dem Bebauungsplan und der Durchführungsvertrag legt Einzelheiten zur Durchführung von Vorhaben und Erschließung zwischen der Gemeinde und dem Vorhabenträger fest.

Im Ergebnis können in einem Durchführungsvertrag sämtliche klimaschützenden Verpflichtungen festgelegt werden, die in städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB zulässig sind. Der Durchführungsvertrag darf demnach **verbindliche Regelungen für die energetische Ausführung des Vorhabens** festsetzen.¹⁰² So wurde **zum Beispiel** in § 14 des Durchführungsvertrages der Stadt Oberhausen mit dem Vertragspartner die **Realisierung eines Nahwärmekonzepts** mit zentraler Wärmepumpenanlage zur Heizwärme- und Wasserversorgung vereinbart.¹⁰³

Ist ein Vorhabenträger an der Erarbeitung der städtebaulichen Planung des Vorhabens und der Erschließungsmaßnahmen interessiert, kann die Gemeinde die Errichtung und den Betrieb eines „Nahwärmenetzes“ im Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan festsetzen.

Zu berücksichtigen ist, dass der **Durchführungsvertrag** zwischen dem Vorhabenträger und der Gemeinde **vor dem Satzungsbeschluss** und damit vor dem Beschluss nach § 10 Abs. 1 BauGB über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan (§ 12 Abs. 1 S. 1 Abs. 3 S. 1 BauGB) **geschlossen werden muss**.

Ebenso, wie andere städtebauliche Verträge, bedarf auch der Durchführungsvertrag der Schriftform (§ 11 Abs. 3 BauGB) und, sollte sich der Träger oder die Gemeinde zum Erwerb oder zur Veräußerung von Grundstücken verpflichten, nach § 311b Abs. 1 BGB i.V.m. § 62 VwVfG zusätzlich der notariellen Beurkundung und ggf. einer Berücksichtigung des „AGB-Rechts“.

3.2.9. Städtebauliche Sanierung

Wie oben unter 3.1.6. dargestellt, können Gemeinden durch die förmliche Festlegung eines Sanierungsgebiets auf den bereits vorhandenen Bestand Einfluss nehmen, wenn städtebauliche Missstände bestehen. Dass sich städtebauliche Missstände auch aus fehlenden Klimaschutzanforderungen ergeben können, folgt aus

¹⁰¹ Hoffmann in: BeckOK BauGB, § 11, Rn. 7.

¹⁰² Mainka, Der städtebauliche Vertrag als Instrument des Klimaschutzes, S. 137f.

¹⁰³ Ebd., S. 140.

§§ 136 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1h, Abs. 4 Nr. 1 BauGB. Dementsprechend umfasst der Katalog der Baumaßnahmen in § 148 Abs. 2 Nr. 5 BauGB auch Anlagen und Einrichtungen zur klimaschonenden Wärmeversorgung.

Städtebauliche Verträge werden **in Zusammenhang mit** einem Sanierungsgebiet in § 145 Abs. 4 S. 3 BauGB aufgeführt. Danach kann die **Erteilung einer sanierungsrechtlichen Genehmigung** vom Abschluss eines städtebaulichen Vertrages abhängig gemacht werden, wenn dadurch Versagungsgründe im Sinne des Absatzes 2 ausgeräumt werden.

Voraussetzung ist deshalb zunächst, dass der Eigentümer ein **genehmigungspflichtiges Vorhaben** im Sinne von **§ 144 Abs. 1 und Abs. 2 BauGB** anstrebt, für das es einer Genehmigung bedarf. Hierzu gehören z.B. durch den Verweis in § 144 Abs. 1 Nr. 1 BauGB auf § 14 Abs. 1 BauGB alle Vorhaben im Sinne des § 29 BauGB (Errichtung, Änderung, Nutzungsänderung einer baulichen Anlage) sowie die Beseitigung baulicher Anlagen. Des Weiteren sind von dem Genehmigungsvorbehalt auch eigentumsbezogene Rechtsgeschäfte umfasst, § 144 Abs. 2 Nr. 1 BauGB.

Darüber hinaus ist es gemäß **§ 145 Abs. 2 BauGB** erforderlich, **dass eine Genehmigung des Vorhabens ohne die Umsetzung der im städtebaulichen Vertrag benannten energiebezogenen Verpflichtungen nicht erteilt werden könnte.** § 145 Abs. 2 BauGB lautet:

„Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn Grund zur Annahme besteht, dass das Vorhaben, der Rechtsvorgang einschließlich der Teilung eines Grundstücks oder die damit erkennbar bezweckte Nutzung die Durchführung der Sanierung unmöglich machen oder wesentlich erschweren oder den Zielen und Zwecken der Sanierung zuwiderlaufen würde.“

Beantragt z.B. ein Eigentümer im Rahmen einer städtebaulichen Sanierungsmaßnahme, die sich (auch) auf die Defizite eines Quartiers in Sachen EE-Nutzung gründet, die Genehmigung von Baumaßnahmen, die Einfluss auf die Nutzbarkeit bzw. kostenangemessene Installation von EE-Anlagen haben, kann durch eine Verpflichtung zur Errichtung einer EE-Anlage im Wege eines städtebaulichen Vertrages die Genehmigungsfähigkeit herbeigeführt werden, da ein Verzicht auf den EE-Einsatz im Zuge von Baumaßnahmen im Sanierungsgebiet *„den Zielen und Zwecken der Sanierung zuwiderlaufen würde“*.¹⁰⁴ Baumaßnahmen umfassen aufgrund der durch die Klimaschutznovelle 2011 oben bereits aufgeführte Erweiterung in **§ 148 Abs. 2 Nr. 5 BauGB** nunmehr auch ausdrücklich die Errichtung und Nutzung von Anlagen zur zentralen und dezentralen Erzeugung von Wärme aus erneuerbaren Energien, so dass die **Verpflichtung zum Anschluss an ein klimafreundliches**

¹⁰⁴ Vgl. Kahl/Schmidtchen, Kommunalen Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 206.

Fernwärmenetz sowie der Wärmebezug auch im Rahmen eines Sanierungsgebiets vereinbart werden kann.

Auch für diese Art der städtebaulichen Verträge gilt der **Grundsatz der Freiwilligkeit**, d.h. – wie bereits unter 2.2. und 3.2.1. ausgeführt – dass es den Beteiligten aufgrund ihrer Vertrags- und Dispositionsfreiheit überlassen bleibt, ob sie einen städtebaulichen Vertrag abschließen oder nicht.¹⁰⁵

Auf einen Blick fürs Quartier

Für Neubau auf privaten Grundstücken: Städtebaulicher Vertrag als Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen B-Plan (§ 12 BauGB)

Im Bestand: Abschluss eines städtebaulichen Vertrages im Sanierungsgebiet, wenn Eigentümer Genehmigung für bauliche oder eigentumsrelevante Maßnahme benötigt

(Wirtschaftlicher) Anreiz: **Fördermittel und steuerliche Vergünstigungen**

Sowohl für Durchführungsvertrag als auch im Sanierungsgebiet gilt **Dispositions- und Vertragsabschlussfreiheit**

3.2.10. Grundstückskaufverträge

Eine **verbreitete Form** städtebaulicher Verträge ist die **Verbindung des Verkaufs kommunaler Flächen mit inhaltlichen Anforderungen an eine klimagerechte Wärmeversorgung**.¹⁰⁶ Eine solche Kopplung stärkt – wie unter 3.2.1.3. ausgeführt – in der Regel die Verhandlungsposition der Gemeinden, was den Einsatz erneuerbarer Energien betrifft.

Da diese Kurzstudie als Überblick über die kommunalen Steuerungsinstrumente für eine klimaschützende Wärmeversorgung in Quartieren angelegt ist, werden die komplexen Anforderungen an den Verkauf kommunaler Grundstücke¹⁰⁷ nur grob umrissen.

Für die Vergabe kommunaler Grundstücke kommen grundsätzlich **drei unterschiedliche Verfahrensarten** in Betracht. Die Gemeinde kann Grundstücke entweder im Wege der Direktvergabe zum Marktpreis veräußern, ein Bieterverfahren durchführen und das Grundstück zum gebotenen Höchstpreis verkaufen oder eine **Konzeptvergabe** durchführen.

¹⁰⁵ Reidt in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 11, Rn. 2.

¹⁰⁶ Weiterführend Kahl/Schmidtchen, Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, S. 187 f.

¹⁰⁷ Vgl. dazu ausführlicher Portz, 158 ff.

Steht bei der Verkaufsentscheidung nicht das Höchstpreisgebot im Vordergrund, sondern **will die Gemeinde Einfluss auf das Bauvorhaben nehmen** und ihre Entscheidung z.B. von der Erfüllung ökologischer und/oder sozialer Kriterien abhängig machen, **bietet sich** als Verfahren für den Grundstücksverkauf **eine Konzeptvergabe an**. Denn bei Konzeptvergaben erfolgt die Vergabeentscheidung nicht (nur) anhand der Höhe des gebotenen Kaufpreises. Vielmehr kann die Gemeinde Kriterien aufstellen und auf Grundlage der Konzeptqualität entscheiden. Diese „Bewertungskriterien“ werden in der Regel in Form einer Bewertungsmatrix zusammengefasst.¹⁰⁸

Entscheidet sich die Gemeinde Grundstücke im Wege einer Konzeptvergabe zu veräußern, sind von ihr landes-, bundes- und europarechtliche Regelungen zu beachten.

3.2.10.1. Landesrechtliche Vorgaben

Die Veräußerung kommunaler Wertgegenstände – dazu gehört auch der Verkauf kommunaler Flächen – ist auf landesgesetzlicher Ebene geregelt. Für diese Art von Geschäften ist in den Gemeindeordnungen der Länder in der Regel das „**Gebot des vollen Wertersatzes**“ (Vollwertprinzip) enthalten, wonach Vermögensgegenstände grundsätzlich nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden dürfen. Dieses Gebot folgt dem im Grundgesetz verankerten Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit.¹⁰⁹ Für Schleswig-Holstein findet sich das Gebot in **§ 90 Abs. 1 S. 3 der Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein** (GO-Schleswig-Holstein).¹¹⁰ Die Vorschrift lautet:

*„Vermögensgegenstände dürfen **in der Regel** nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden.“*

Aufgrund der Formulierung „in der Regel“ wird zwar deutlich, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Veräußerungen zu einem Kaufpreis möglich sind, der nicht dem vollen Wert des Grundstücks entspricht. Da es sich aber um ein Regel-Ausnahme-Verhältnis handelt, sollte **vor der Durchführung einer Konzeptvergabe geprüft werden, ob besondere Gründe, wie z. B. ein wichtiges Interesse der Gemeinde vorliegen, und der angestrebte Zweck nicht auf andere Weise erfüllt werden kann.**¹¹¹

¹⁰⁸ Zu den Anforderungen an eine Konzeptvergabe im Einzelnen: Grundstücksvergabe nach der Qualität von Konzepten Verfahren und Praxisbeispiel Allianz für Wohnen in Hessen Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, S. 11.

¹⁰⁹ Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG.

¹¹⁰ Gemeindeordnung für Schleswig-Holstein (Gemeindeordnung – GO in der Fassung vom 28.02.2003 (GVObI. 2003, 57), zuletzt geändert durch Gesetz vom 04.01.2018 (GVObI. S. 6).

¹¹¹ Kaluza, Die Stiftung privaten Rechts als öffentlich-rechtliches Organisationsmodell, S. 66.

3.2.10.2. Europäisches Beihilferecht

Darüber hinaus müssen beim Verkauf kommunaler Grundstücke im Wege der Konzeptvergabe die Vorgaben des Europäischen Beihilferechts berücksichtigt werden.¹¹² Im Kern geht es darum, **ob durch eine staatliche oder eine aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe der Wettbewerb verfälscht wird oder eine Verfälschung droht** und dadurch eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten entsteht.¹¹³ Beabsichtigt ein Mitgliedstaat die Einführung einer Beihilfe, muss er in der Regel die **Europäische Kommission** zuvor unterrichten, damit diese **prüfen** kann, ob die geplante Beihilfemaßnahme mit dem Europäischen Beihilferecht vereinbar ist (**Notifizierungsverfahren**).¹¹⁴

Der Verkauf eines kommunalen Grundstücks zu einem vergünstigten Preis erfüllt die Voraussetzungen einer Beihilfe. Denn, bezogen auf den ggf. günstigeren Erwerb kommunaler Grundstücke im Rahmen einer Konzeptvergabe, es werden einzelne Marktteilnehmer durch die öffentliche Hand bevorzugt. Entscheidendes Kriterium ist dabei die „**Gewährung eines Vorteils**“ durch den Eigentumserwerb zu einem vergünstigten Kaufpreis. Demzufolge steht die Durchführung eines Notifizierungsverfahrens im Raum.

Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch auf die Durchführung des Notifizierungsverfahrens verzichtet werden. Unter anderem ist das der Fall, wenn die Beihilfe eine bestimmte Höchstgrenze nicht überschreitet (sog. **De-minimis-Beihilfen**).¹¹⁵ Hintergrund ist die Annahme, dass eine Beihilfe unterhalb eines bestimmten Schwellenwertes nicht dazu geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und/oder den Wettbewerb zu verfälschen oder zu verfälschen droht.¹¹⁶ **Insofern kann eine Beihilfe ohne Notifizierung gewährt werden, solange der aktuell geltende De-minimis-Schwellenwert in drei Steuerjahren nicht überschritten wird.**¹¹⁷

¹¹² Die Vorgaben finden sich in Art. 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

¹¹³ Art. 107 Abs. 1 AEUV.

¹¹⁴ Art. 108 Abs. 1 AEUV.

¹¹⁵ Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen (ABl. EU Nr. L 352/1 vom 24.12.2013).

¹¹⁶ Erwägungsgrund (4) zu Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf D-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemein wirtschaftlichen Interesse erbringen (ABl. EU Nr. L 114/8 vom 26.04.2012).

¹¹⁷ Zu den aktuellen Schwellenwerten vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 1 Verordnung (EU) Nr. 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemein wirtschaftlichen Interesse erbringen (ABl. EU Nr. L 114/8 vom 26.04.2012).

3.2.10.3. Vergaberecht

Zur Frage, ob kommunale Immobiliengeschäfte in Verbindung mit städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB oder § 12 BauGB der Ausschreibungspflicht unterliegen, bestand bis zur sog. „Helmut Müller Entscheidung“ des EuGH vom 25. März 2010¹¹⁸ erhebliche Rechtsunsicherheit. Im Kern ging es darum, ob diese Art der Veräußerung kommunaler Grundstücke als öffentlicher Bauauftrag zu werten ist, mit der Folge, dass ein solcher Auftrag ausgeschrieben werden muss. In seiner grundlegenden Entscheidung hat der EuGH die bis dahin durch das OLG Düsseldorf entwickelten Vorgaben entschärft und drei Kriterien aufgestellt, die zusammen vorliegen müssen, um einen öffentlichen Bauauftrag und damit eine Ausschreibungspflicht zu begründen.¹¹⁹

Danach kommt es darauf an, dass

- die öffentliche Hand selbst ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse verfolgt,¹²⁰
- der private Investor zur Erstellung des Bauwerks vertraglich verpflichtet ist¹²¹ und
- die öffentliche Hand maßgeblichen Einfluss auf die Erstellung des Bauwerks hat.¹²²

Entsprechende Vorgaben und Verweise auf die anwendbaren europäischen Vorgaben enthält § 103 Abs. 3 GWB.¹²³

Zusammengefasst scheidet eine Ausschreibungspflicht insbesondere dann aus, wenn die Gemeinde mit dem Verkauf des kommunalen Grundstücks kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse verfolgt. In der Regel fällt ein rein städtebauliches Interesse nicht darunter.¹²⁴ Darüber hinaus darf der städtebauliche Vertrag keine einklagbare Bauverpflichtung enthalten, wobei z.B. eine Vertragsstrafe oder ein Rücktrittsrecht unschädlich sind.¹²⁵ Inwieweit eine Einflussnahme durch die Gemeinde auf die bauliche Ausgestaltung maßgeblich ist, kann nur anhand des konkreten Einzelfalles bewertet werden. Eine solche wäre aber, solange nur eines der drei Kriterien erfüllt ist, für die Ausschreibungsverpflichtung unerheblich.

¹¹⁸ Rs. C-451/08.

¹¹⁹ Grundstücksvergabe nach der Qualität von Konzepten Verfahren und Praxisbeispiel Allianz für Wohnen in Hessen Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, S. 40 ff.

¹²⁰ EuGH Urteil v. 25.03.2010, Rs. C-451/08, Rn. 49 ff.

¹²¹ EuGH Urteil v. 25.03.2010, Rs. C-451/08, Rn. 59 ff.

¹²² EuGH Urteil v. 25.03.2010, Rs. C-451/08, Rn. 64 ff.

¹²³ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), neugefasst durch B. v. 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245); zuletzt geändert durch Artikel 10 G. v. 12.07.2018 (BGBl. I S. 1151).

¹²⁴ Vgl. weiterführend Grundstücksvergabe nach der Qualität von Konzepten Verfahren und Praxisbeispiel Allianz für Wohnen in Hessen Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, S. 40.

¹²⁵ EuGH Urteil v. 25.03.2010, Rs. C-451/08, Rn. 63.

3.2.10.4. Dingliche Sicherung durch Dienstbarkeiten

Bei dem Verkauf kommunaler Grundstücke sollte geprüft werden, ob und inwieweit die Interessen der Gemeinde an einer klimaschonenden Wärmeversorgung durch Eintragung in das Grundbuch dinglich gesichert werden sollen.

Insbesondere zur Absicherung einer Wärmebezugsverpflichtung (z.B. Bezug von Fernwärme aus einem lokalen, aus erneuerbaren Energien gespeisten Wärmenetz) kann die Bestellung einer Unterlassungsdienstbarkeit in Betracht kommen, denn Wohnungseigentümern kann der externe Bezug von Wärme generell untersagt werden.¹²⁶

Auf einen Blick fürs Quartier

Verbindung Grundstücksverkauf mit klimaschützenden Bedingungen

Konzeptvergabe: Ermöglicht Zuschlag nach inhaltlichen Kriterien und nicht (nur) nach dem Höchstpreis

Insbesondere zu beachten:

- Kommunalrecht – **Gebot des vollen Wertersatzes**
- **EU-Beihilfe?** (De-minimis-Beihilfe? – Schwellenwert)
- **Vergaberecht?** Insbesondere „unmittelbare wirtschaftliche Interessen“?

Sicherung durch **Dienstbarkeiten**

¹²⁶ BGH, Urteil v. 02.03.1984, Az. V ZR 155/83, MIttBayNot 1984, 126 (127).

3.3. Anschluss- und Benutzungszwang

Gegenstand dieses Abschnitts ist die Frage, ob – und gegebenenfalls in welchen Grenzen – eine Gemeinde durch die Einführung eines öffentlich-rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwangs dazu beitragen kann, dass sich möglichst viele Wärmeverbraucher an ein Wärmenetz in einem Quartier anschließen.

3.3.1. Grundlagen

In einem ersten Schritt werden kurz die Grundlagen eines Anschluss- und Benutzungszwangs dargestellt.

3.3.1.1. Begriff

Gemeinden haben die Möglichkeit, durch Erlass einer entsprechenden Satzung (sog. **Fernwärmesatzung**) einen Anschluss- und Benutzungszwang an ein lokales Fernwärmenetz zu begründen. Aufgrund der Fernwärmesatzung werden grundsätzlich **alle im Satzungsgebiet belegenen Grundstücke** verpflichtet, sich an das Fernwärmenetz anzuschließen und ihren Wärmebedarf vollumfänglich aus dem Wärmenetz zu decken.¹²⁷ Der Erlass einer Fernwärmesatzung ist damit ein Instrument, um die für eine wirtschaftliche Fernwärmeversorgung erforderliche Anschlussdichte sicherzustellen.¹²⁸ Da vom Anwendungsbereich einer Fernwärmesatzung alle im Satzungsgebiet belegenen Grundstücke erfasst werden, unterfallen grundsätzlich **auch Bestandsgebäude** dem Anschluss- und Benutzungszwang. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sind insoweit jedoch Übergangsregelungen vorzusehen (siehe Kapitel 3.3.2.5.).

3.3.1.2. Rechtsgrundlage

Die Rechtsgrundlage für den Erlass einer Fernwärmesatzung kann sich sowohl aus Landes- als auch aus Bundesrecht ergeben.

In Schleswig-Holstein findet sich eine **landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage** für den Erlass einer Fernwärmesatzung in § 17 der GO-Schleswig-Holstein:

„§ 17

Anschluss- und Benutzungszwang

(1) Die Gemeinde schafft in den Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit die öffentlichen Einrichtungen, die für die wirtschaftliche, soziale und kulturelle Betreuung ihrer Einwohnerinnen und Einwohner erforderlich sind.

¹²⁷ Vgl. Buchmüller, EWeRK 1/2017, 13 (17).

¹²⁸ Vgl. Buchmüller, a.a.O. m.w.N.

(2) Sie kann 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. Die Satzung kann Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang zulassen. Sie kann den Zwang auch auf bestimmte Teile des Gemeindegebiets und auf bestimmte Gruppen von Grundstücken oder Personen beschränken. Die Satzung kann bestimmen, dass der Gemeinde und ihren Beauftragten zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit Zutritt zu den Schlachthöfen, den öffentlichen Einrichtungen und den dem Anschluss dienenden Anlagen zu gewähren ist. Für diese Maßnahmen wird das Recht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes) eingeschränkt.

(3) Die Satzung über den Anschluss- und Benutzungszwang für Grundstücke zur Versorgung mit Fernwärme kann Ausnahmen vorsehen für Grundstücke mit Heizungsanlagen, die einen immissionsfreien Betrieb gewährleisten. Die Satzung soll zum Ausgleich sozialer oder wirtschaftlicher Härten angemessene Übergangsfristen enthalten.“

Der Erlass einer Fernwärmesatzung kann darüber hinaus auch auf die **bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage** des § 16 EEWärmeG bzw. der Nachfolgeregelung im zukünftigen Gebäudeenergiegesetz (GEG) gestützt werden:¹²⁹

„§ 16 Anschluss- und Benutzungszwang

Die Gemeinden und Gemeindeverbände können von einer Bestimmung nach Landesrecht, die sie zur Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs an ein Netz der öffentlichen Fernwärme- oder Fernkälteversorgung ermächtigt, auch zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch machen.“

Der § 16 EEWärmeG wird vom Bundesverwaltungsgericht als eigenständige, bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage für die Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs an eine Fernwärmeversorgung aus Gründen des Klimaschutzes verstanden.¹³⁰ Voraussetzung für die Nutzung der bundesrechtlichen Ermächtigungsgrundlage ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts allerdings, dass (1) eine landesrechtliche Grundlage besteht, nach der zumindest grundsätzlich ein Anschluss- und Benutzungszwang geregelt werden darf, und (2) die Tatbestandsvoraussetzungen der landesrechtlichen Ermächtigungsgrundlage grundsätzlich erfüllt sind. Im Ergebnis ermöglicht § 16 EEWärmeG damit auch in Bundesländern, in denen ein Anschluss- und Benutzungszwang nur aus lokalen Gründen (z.B. Luftreinhaltung) zulässig ist, den Erlass einer Fernwärmesatzung aus Gründen des globalen Klimaschutzes.

¹²⁹ Die Regelungen des EEWärmeG werden gegenwärtig in ein neu geschaffenes Gebäudeenergiegesetz überführt. Im Gesetzentwurf zum GEG findet sich die bisherige Regelung des § 16 EEWärmeG wortgleich in § 109.

¹³⁰ Zur Auslegung des § 16 EEWärmeG durch das Bundesverwaltungsgericht und den Folgen für die Rechtsanwendung vgl. Buchmüller, a.a.O., S. 18.

3.3.2. Voraussetzungen für den Erlass einer Fernwärmesatzung

In Schleswig-Holstein besteht mit § 17 GO-Schleswig-Holstein eine landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Fernwärmesatzung. Daher werden im folgenden Abschnitt die Voraussetzungen für die Nutzung dieser Ermächtigungsgrundlage dargestellt. Lediglich in einem kurzen Exkurs werden Hinweise für den Fall einer Nutzung des § 16 EEWärmeG als Ermächtigungsgrundlage gegeben.

In **formeller Hinsicht** ist zunächst erforderlich, dass die Gemeinde den Anschluss- und Benutzungszwang durch den Erlass einer Satzung einführt. Die für den Erlass von Satzungen generell geltenden formellen Anforderungen der GO-Schleswig-Holstein sind zu beachten. Eine Genehmigung der Fernwärmesatzung ist nicht erforderlich.¹³¹

In **materieller Hinsicht** sind beim Erlass einer Fernwärmesatzung auf Grundlage des § 17 Abs. 2 GO-Schleswig-Holstein die im Folgenden dargestellten Voraussetzungen zu erfüllen:

3.3.2.1. Versorgung mit Fernwärme

Nach § 17 Abs. 2 S. 1 GO-Schleswig-Holstein kann die Gemeinde einen Anschluss- und Benutzungszwang für bestimmte, der „Volksgesundheit“ dienende öffentliche Einrichtungen einführen. Eine der ausdrücklich im Gesetzeswortlaut genannten öffentlichen Einrichtungen ist die „Versorgung mit Fernwärme“.

Der **Begriff der „Fernwärme“** ist in der GO-Schleswig-Holstein rechtlich nicht definiert. Die leitungsgebundene Versorgung mit Wärme wird jedoch allgemein – unabhängig von der Entfernung zwischen Wärmeerzeuger und -verbraucher und der Größe des Wärmenetzes – in Literatur und Rechtsprechung einhellig als „Fernwärme“ anerkannt.¹³² Auch im EEWärmeG – das in seinem § 16 ebenfalls eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass einer Fernwärmesatzung enthält – ist der Begriff der „Fernwärme“ in § 2 Abs. 2 definiert als „Wärme (...), die in Form von Dampf, heißem Wasser (...) durch ein Wärmenetz (...) verteilt wird“.

Ein Wärmenetz, das zur Versorgung eines Stadtquartiers errichtet und betrieben wird, stellt somit eine Fernwärmeversorgung dar.

¹³¹ Vgl. Dehn/Wolf, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, S. 208.

¹³² Vgl. dazu statt vieler Ahlbrink/Schomerus, ER 4/2017, 143 (143 f.). Spezifisch zu § 17 GO-Schleswig-Holstein vgl. OVG Schleswig, Urteil v. 28.04.2004, Az. 8 C 13/03.

3.3.2.2. Gesundheit und Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens

Der Erlass einer Fernwärmesatzung ist nach § 17 Abs. 2 S. 1 GO-Schleswig-Holstein nur zulässig, wenn die Fernwärmeversorgung als sog. öffentliche Einrichtung „dem Schutz der Gesundheit und dem Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens“ dient.

Dies ist grundsätzlich immer dann zu bejahen, wenn sich **lokal**, also vor Ort in der Gemeinde unmittelbar Verbesserungen ergeben (z.B. durch eine Verringerung der von Einzelfeuerungsanlagen ausgehenden Emissionen). In der Rechtsprechung des OVG Schleswig und des Bundesverwaltungsgerichts ist darüber hinaus aber anerkannt, dass eine Fernwärmeversorgung auch dann dem Schutz der Gesundheit und der natürlichen Grundlagen des Lebens dienen kann, wenn sie nach ihrem Satzungszweck dem **globalen Klimaschutz** dienen soll.¹³³

Wichtig ist, dass der **Satzungszweck** „globaler Klimaschutz“ ausdrücklich in der Fernwärmesatzung genannt wird.¹³⁴

Sofern eine zur Quartiersversorgung errichtete Fernwärmwärmeversorgung dazu beitragen soll, die Treibhausgasemissionen des Quartiers signifikant zu reduzieren, dient sie dem Klimaschutz und damit auch legitimen Zielen im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 GO-Schleswig-Holstein.

3.3.2.3. Dringendes öffentliches Bedürfnis

Nach § 17 Abs. 2 S. 1 GO-Schleswig-Holstein setzt der Erlass einer Fernwärmesatzung weiterhin ein „*dringendes öffentliches Bedürfnis*“ voraus. Dies erfordert, dass nur durch die Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs Gefahren für Leben und Gesundheit der Bevölkerung vermieden werden können.¹³⁵

In Bezug auf den Erlass einer Fernwärmesatzung hat die Rechtsprechung ein „öffentliches Bedürfnis“ dann anerkannt, wenn nur durch eine – durch den Anschluss- und Benutzungszwang begründete – hohe Auslastung der Fernwärmeversorgung diese wirtschaftlich wird und ihr Betrieb sichergestellt ist. Denn nur wenn der **wirtschaftliche Betrieb sichergestellt** ist, kann die Fernwärmeversorgung auch ihre klimaschützende Wirkung entfalten.¹³⁶

Dieselbe Argumentation kann auch auf innovative Energieversorgungskonzepte auf Quartiersebene übertragen werden. Nur bei einer hinreichenden Anschlussdichte – die durch eine Fernwärmesatzung

¹³³ OVG Schleswig, Urteil v. 05.01.2005, Az. 2 LB 62/04, Rn. 79; BVerwG, NVwZ 2006, 690 (692).

¹³⁴ BVerwG, NVwZ 2004, 1131 (1131 f.).

¹³⁵ Dehn/Wolf, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, S. 207.

¹³⁶ Vgl. zu dieser Argumentation ausführlich OVG Schleswig, BeckRS 2005, 25866.

sichergestellt werden könnte – liegen die Voraussetzungen für eine Wirtschaftlichkeit vor und ein (privater) Investor ist überhaupt zur Investition bereit.

Wichtig ist, dass mit der infolge der Fernwärmesatzung verpflichtenden Fernwärmeversorgung im Quartier ein **relevanter Klimaschutzeffekt** (Treibhausgasreduktion) gegenüber dem (Weiter-)Betrieb von Einzelfeuerungsanlagen durch die Grundstückseigentümer entsteht. Das OVG Schleswig sah insoweit eine Treibhausgasminderung von 40 % als ausreichend an.¹³⁷ Das OVG Magdeburg forderte zuletzt zumindest mehr als einen „Bagatelleffekt“.¹³⁸

Über den mit einer zentralen Fernwärmeversorgung verbundenen Klimaschutzeffekt ist ein Nachweis zu führen. Dies kann beispielsweise durch ein Sachverständigengutachten erfolgen. Wird eine Fernwärmesatzung nicht auf § 17 Abs. 2 S. 1 GO-Schleswig-Holstein, sondern auf § 16 EEWärmeG gestützt, ist die Nachweisführung erleichtert (siehe Kapitel 3.3.2.6.).

3.3.2.4. Öffentliche Einrichtung

Der Erlass einer Fernwärmesatzung ist nach § 17 Abs. 2 S. 1 GO-Schleswig-Holstein nur dann zulässig, wenn es sich bei der Fernwärmeversorgung um eine „öffentliche Einrichtung“ handelt.

„**Öffentliche Einrichtungen**“ sind grundsätzlich Personen- und Sachgesamtheiten, die sich in der Trägerschaft der Gemeinde befinden und die einem öffentlichen Zweck gewidmet sind.¹³⁹ Eine Aufgabenübertragung auf Private (z.B. Betrieb der Einrichtung durch in privater Rechtsform organisierte Gesellschaften), ist dabei aber nach den Vorgaben der GO-Schleswig-Holstein unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.¹⁴⁰

Damit eine Fernwärmeversorgung als „öffentliche Einrichtung“ zu qualifizieren ist, hat die Gemeinde somit **zwei Möglichkeiten**, nämlich

- den Betrieb durch die Gemeinde selbst oder
- (unter bestimmten Voraussetzungen) den Betrieb durch einen privaten Dritten.

Betrieb durch die Gemeinde selbst

Die erste Alternative besteht darin, dass die Gemeinde die Fernwärmeversorgung selbst betreibt (z.B. durch einen kommunalen Eigenbetrieb). In diesem Fall liegt eine öffentliche Einrichtung unproblematisch vor.¹⁴¹

¹³⁷ OVG Schleswig, BeckRS 2005, 25866.

¹³⁸ OVG Magdeburg, BeckRS 2018, 13014 Rn. 53.

¹³⁹ Dehn/Wolf, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, S. 206.

¹⁴⁰ Dehn/Wolf, a.a.O., S. 207.

¹⁴¹ So zum Betrieb einer Fernwärmeversorgung durch ein als kommunaler Eigenbetrieb einer Gemeinde betriebenes Stadtwerk zuletzt auch OVG Münster, KommJur 2018, 303 (304).

Betrieb durch einen privaten Dritten

Die zweite Alternative besteht darin, dass die Gemeinde die Aufgabe der Fernwärmeversorgung auf einen privaten, von der Gemeinde unabhängigen Dritten überträgt. Dies kann etwa ein Energieversorgungsunternehmen (z.B. Stadtwerk) sein, auf das die Gemeinde keinen beherrschenden Einfluss hat (z.B. bei einer Minderheitsbeteiligung der Gemeinde). In diesem Fall ist der Anschluss- und Benutzungszwang (einschließlich etwaiger Ausnahmen und Befreiungen) öffentlich-rechtlich vorgeschrieben und ausgestaltet. Die einzelnen Wärmelieferverhältnisse zwischen dem Fernwärmeversorger und den Wärmekunden sind dagegen privatrechtlich durch Vertrag geregelt.

Nach der Rechtsprechung steht eine **Aufgabenübertragung auf einen Privaten** einer „öffentlichen Einrichtung“ nicht grundsätzlich entgegen, sofern – wie in Schleswig-Holstein – das jeweilige Kommunalrecht (Gemeindeordnung) die privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses nicht ausschließt.¹⁴² Zulässig ist auch, dass ein privater Betreiber in Umsetzung des Anschluss- und Benutzungszwangs **Wärmelieferverträge mit den angeschlossenen Grundstückseigentümern** schließt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind die mit einem Anschluss- und Benutzungszwang verbundenen **Grundrechtseingriffe** aber nur dann verhältnismäßig, wenn die Versorgungssicherheit der angeschlossenen Fernwärmekunden gewährleistet ist.¹⁴³ Dazu ist ein **Betreibervertrag zwischen der Gemeinde und einem privaten Betreiber der Fernwärme** zu schließen. Zu regeln sind darin insbesondere folgende Punkte:

- Selbsteintritts-, Übernahme- und Vetorechte der Gemeinde
- Genehmigungs- und Abstimmungspflichten des Betreibers mit der Gemeinde in Bezug auf alle wesentlichen Fragestellungen technischer und wirtschaftlicher (z.B. Preisgestaltung) Natur.¹⁴⁴

Sichergestellt sein muss durch die Gestaltung des Betreibervertrages, dass die Gemeinde ihre Vorstellungen gegenüber dem privaten Betreiber auch rechtlich durchsetzen kann. In der Rechtsprechung wurden dafür zuletzt – in Bezug auf die Gemeindeordnung Sachsen-Anhalt – bloße Informationsansprüche der Gemeinde oder eine Entscheidungsfindung „im Einvernehmen“ zwischen Gemeinde und Betreiber als unzureichend für das Vorliegen einer öffentlichen Einrichtung angesehen.¹⁴⁵ In der Praxis dürfte sich zwar die Frage stellen, ob sich unter derart hohen Voraussetzungen überhaupt private Betreiber finden werden, die bei einem Letztentscheidungsrecht

¹⁴² OVG Schleswig, BeckRS 2005, 25866.

¹⁴³ BVerwG, NVwZ 2005, 1072 (1074).

¹⁴⁴ Ebd.

¹⁴⁵ OVG Magdeburg, BeckRS 2018, 13014, Rn. 26 ff.

der Gemeinde in eine Fernwärmeversorgung investieren. Die Rechtsprechung des OVG Magdeburg erscheint vor diesem Hintergrund als sehr weitgehend. Sie ist zudem nur in Bezug auf die Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Einrichtung“ in der Gemeindeordnung für Sachsen-Anhalt ergangen. Auf der rechtlich sicheren Seite ist eine Gemeinde aber, wenn sie bei der Ausgestaltung eines Betreibervertrages die sehr hohen Anforderungen des OVG Magdeburg berücksichtigt.

3.3.2.5. Vereinbarkeit mit Grundrechten

Eine Fernwärmesatzung, durch die ein Anschluss- und Benutzungszwang begründet werden soll, muss mit höherrangigem Recht, insbesondere mit Verfassungsrecht, vereinbar sein.¹⁴⁶ Ein Anschluss- und Benutzungszwang greift in die Grundrechte insbesondere der im Satzungsgebiet ansässigen Wärmeverbraucher ein. Betroffen sind die Eigentumsfreiheit des Art. 14 GG, die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG sowie – im Vergleich zu nicht erfassten Grundstücken – der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁴⁷

Grundrechtseingriffe sind nur dann verfassungskonform, wenn sie zugunsten eines legitimen Zwecks vorgenommen werden und zudem **verhältnismäßig**, d.h. zur Zweckerreichung geeignet, erforderlich und angemessen sind:

Ein Anschluss- und Benutzungszwang, der aus Gründen des Klimaschutzes eingeführt wird, dient unzweifelhaft einem **legitimen Zweck**, nämlich dem Schutz natürlicher Lebensgrundlagen im Sinne des Art. 20a GG.¹⁴⁸

Sofern der Erlass der Fernwärmesatzung nachweislich zu einer Treibhausgasminderung führt, ist sie zur Erreichung ihres Klimaschutzzwecks auch **geeignet**.¹⁴⁹

Auch die **Erforderlichkeit** der Grundrechtseingriffe dürfte grundsätzlich zu bejahen sein. Die Gemeinde als Normgeberin hat insoweit ein weites Ermessen. Eine Erforderlichkeit des Anschluss- und Benutzungszwangs scheidet nur dann aus, wenn es mildere, gleich wirksame Mittel gibt:

Insbesondere die bauplanerische Regelung eines **Verwendungsverbots für luftverunreinigende Stoffe gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. a) BauGB** stellt kein gleich wirksames Mittel dar. Denn mit einem solchen Verbot kann nur (negativ) die Verwendung bestimmter Heizstoffe verboten werden. Eine

¹⁴⁶ Auf die Vereinbarkeit mit europäischem Recht wird aus Kapazitätsgründen an dieser Stelle nicht gesondert eingegangen.

¹⁴⁷ In Betracht kommt darüber hinaus auch ein Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit von Energieerzeugern und –lieferanten, denen aufgrund des Anschluss- und Benutzungszwangs potenzielle Wärmekunden (z.B. Erdgaskunden mit Gaskessel) wegfallen. Entsprechende Eingriffe können jedoch aufgrund von Klimaschutzerwägungen gerechtfertigt werden. Vgl. dazu m.w.N. Kahl/Schmidtchen, Kommunaler Klimaschutz, S. 313.

¹⁴⁸ Vgl. dazu ausführlich Kahl/Schmidtchen, a.a.O., S. 313 f.

¹⁴⁹ Vgl. dazu schon BVerwG, NVwZ 2006, 690 (692).

aktive, positive Lenkungswirkung in Richtung einer konkreten, innovativen und auf hohe EE-Anteile gerichteten Wärmeversorgung kann durch ein Verwendungsgebot hingegen nicht erreicht werden.¹⁵⁰

Auch **Einführung des nationalen Emissionshandels für die Sektoren Wärme und Verkehr** durch das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) (sog. „CO₂-Bepreisung“) in Deutschland dürfte die Erforderlichkeit eines Anschluss- und Benutzungszwang nicht in Frage stellen. Zwar entfaltet auch die durch eine CO₂-Bepreisung verursachte Verteuerung der fossilen Brennstoffe (v.a. Heizöl und Erdgas) eine Lenkungswirkung dahingehend, dass sich Wärmeverbraucher über klimafreundliche Heizungssysteme Gedanken machen. Angesichts des gleitenden und mit einem vergleichsweise niedrigen Einstiegspreis von 25 Euro/Tonne versehenen nationalen Emissionshandels dürfte dieser zumindest in den ersten Jahren nach seiner Einführung ab dem Jahr 2021 nur eine vergleichsweise geringe und damit hinter der Wirksamkeit eines Anschluss- und Benutzungszwangs zurück bleibende Lenkungswirkung entfalten.

Die höchste Hürde für die Rechtfertigung des mit einem Anschluss- und Benutzungszwang verbundenen Grundrechtseingriffs ist die **Angemessenheit** des Eingriffs, d.h. die Frage, ob der Eingriff außer Verhältnis zum verfolgten legitimen Zweck steht. Konkret stellen sich insoweit mehrere Probleme, auf die im Folgenden kurz eingegangen wird.

Einbeziehung von Bestandsgebäuden

Ein Anschluss- und Benutzungszwang erfasst sowohl Neubauten als auch Bestandsgebäude. Da die Eigentümer von Bestandsgebäuden bereits in eine Einzelfeuerungsanlage investiert und dabei auf eine bestimmte Nutzungsdauer vertraut haben, ist die Einbeziehung von Bestandsgebäuden nur in bestimmten Grenzen verhältnismäßig:

- Eindeutig verhältnismäßig ist es, wenn Bestandsgebäude erst beim **freiwilligen Austausch der Heizungsanlage** dem Anschluss- und Benutzungszwang unterfallen.¹⁵¹
- Teilweise wird in der juristischen Literatur aber auch ein „**Austauschzwang**“ in Form eines Anschluss- und Benutzungszwangs für zulässig gehalten, wenn die Heizungsanlage zumindest eine „typisierte, normative Nutzungsdauer“ von z.B. 15 oder 20 Jahren genutzt wurde.¹⁵² Zum Teil wird zusätzlich auch noch eine weitere Übergangsfrist zur Einbeziehung des Gebäudebestands frühestens fünf Jahre nach Satzungserlass vorgeschlagen.¹⁵³ Die Einbeziehung des

¹⁵⁰ In diese Richtung auch Kahl/Schmidtchen, a.a.O., S. 317.

¹⁵¹ So auch Hehn, Postfossile Stadtentwicklung, S. 371.

¹⁵² In diese Richtung etwa Kahl/Schmidtchen, Kommunaler Klimaschutz, S. 320 f., Hehn, Postfossile Stadtentwicklung, S. 371, Longo, Neue örtliche Energieversorgung, S. 214.

¹⁵³ Vgl. Kahl/Schmidtchen, a.a.O., S. 321.

Gebäudebestands dürfte zukünftig umso mehr und gegebenenfalls auch mit kürzeren Übergangsfristen zulässig sein, da die CO₂-Bepreisung für fossile Brennstoffe ab dem Jahr 2021 den Weiterbetrieb fossil betriebener Einzelfeuerungsanlagen wirtschaftlich zunehmend weniger attraktiv machen wird.

Die Notwendigkeit von **Übergangsfristen** ergibt sich nicht nur aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern für Fernwärmesatzungen, die auf die Gemeindeordnung in Schleswig-Holstein gestützt werden, auch aus § 17 Abs. 3 S. 2 GO-Schleswig-Holstein.

Allgemeine Härtefallregelung

Neben spezifischen Übergangsvorschriften für Bestandsgebäude sind aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch **allgemeine Ausnahmen** für Fälle vorzusehen, in denen ein erzwungener Anschluss an die Fernwärmeversorgung eine **unbillige Härte** für die Betroffenen bedeuten würde.¹⁵⁴

Einzelwärmeversorgung aus erneuerbaren Energiequellen

Wird ein Anschluss- und Benutzungszwang aus Gründen des Klimaschutzes eingeführt, stellt sich weiterhin die Frage, ob auch Grundstücke in den Geltungsbereich der Fernwärmesatzung einbezogen werden dürfen, die über eine „klimafreundliche“ Einzelwärmeversorgung aus erneuerbaren Energiequellen (z.B. Solarthermie) verfügen.

In Literatur und Rechtsprechung wird insoweit angenommen, dass jedenfalls für solche Gebäude ein Anspruch auf eine Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang besteht, deren **Einzelwärmeversorgung nachweislich klimafreundlicher ist als die Fernwärmeversorgung**.¹⁵⁵ Vor dem Hintergrund, dass immer mehr Gebäude – insbesondere im Neubau – zumindest teilweise auf Basis erneuerbarer Energien mit Wärme versorgt werden, kann zunehmend die Situation eintreten, dass eine derart große Zahl von Grundstückseigentümern Befreiungsansprüche geltend machen kann, dass der Sinn des Anschluss- und Benutzungszwangs – nämlich die Sicherung der für einen wirtschaftlichen Betrieb der klimafreundlichen Fernwärmeversorgung erforderliche Anschlussdichte – ins Leere läuft. Für diesen Fall wird in der Literatur ein „**angemessener Ausgleich**“ zwischen dem Erfordernis eines wirtschaftlichen Weiterbetriebs der Fernwärmeversorgung einerseits und Ausnahmemöglichkeiten für klimafreundliche Einzelversorgungslösungen vorgeschlagen.¹⁵⁶ Im Ergebnis würde dies zu einer Begrenzung der Ausnahmen für

¹⁵⁴ Ebd.

¹⁵⁵ Zum Teil werden darüber hinaus auch Befreiungsansprüche für besonders energieeffiziente Gebäude diskutiert, vgl. Kahl/Schmidtchen, a.a.O., S. 321.

¹⁵⁶ Kahl/Schmidtchen, a.a.O., S. 326.

Einzelversorgungslösungen führen. Rechtsprechung ist zu dieser Frage – soweit ersichtlich – noch nicht ergangen.

3.3.2.6. Exkurs: § 16 EEWärmeG als Ermächtigungsgrundlage

Eine Fernwärmesatzung kann nicht nur auf eine landesrechtliche, sondern auch auf die bundesrechtliche Ermächtigungsgrundlage des § 16 EEWärmeG gestützt werden. In diesem Fall sind jedoch die Voraussetzungen einer parallel bestehenden, landesrechtlichen Ermächtigungsgrundlage als Tatbestandsvoraussetzungen in § 16 EEWärmeG „hineinzulesen“, sofern sie dessen Vorgaben nicht widersprechen.¹⁵⁷

Will eine Gemeinde in Schleswig-Holstein einen Anschluss- und Benutzungszwang auf § 16 EEWärmeG stützen, ist insbesondere sicherzustellen, dass die Fernwärmeversorgung als „öffentliche Einrichtung“ im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 1 GO-Schleswig-Holstein betrieben wird.¹⁵⁸ Im Ergebnis ergibt sich somit in Bezug auf die für den Erlass einer Fernwärmesatzung zu erfüllenden Tatbestandsvoraussetzungen grundsätzlich kaum ein Unterschied daraus, ob die Satzung auf § 16 EEWärmeG oder auf § 17 Abs. 2 S. 1 GO-Schleswig-Holstein gestützt wird, der ebenfalls einen Anschluss- und Benutzungszwang aus Gründen des globalen Klimaschutzes gestattet.

Der **wesentliche Vorteil einer Nutzung des § 16 EEWärmeG** aus Ermächtigungsgrundlage liegt allerdings darin, dass das Bundesverwaltungsgericht die **Nachweisführung** über die Eignung eines Anschluss- und Benutzungszwangs für den Klimaschutz erheblich vereinfacht hat.¹⁵⁹ Während nach den landesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen der Nachweis grundsätzlich über ein Sachverständigengutachten zu führen ist (siehe Kapitel 3.3.2.3.), genügt es bei einer Satzung auf Basis von § 16 EEWärmeG zum Nachweis über die Eignung zum Klimaschutz, wenn die Fernwärmeversorgung die Anforderungen der Nr. VIII der Anlage zum EEWärmeG erfüllt. Der Nachweis gilt damit als geführt, wenn die im Wärmenetz insgesamt verteilte Wärme „a) zu einem wesentlichen Anteil aus Erneuerbaren Energien, b) zu mindestens 50 Prozent aus Anlagen zur Nutzung von Abwärme, c) zu mindestens 50 Prozent aus KWK-Anlagen oder d) zu mindestens 50 Prozent durch eine Kombination der in den Buchstaben a bis c genannten Maßnahmen stammt“. Diese Voraussetzungen dürften bei modernen Fernwärmekonzepten stets erfüllt sein.

Insgesamt empfiehlt es sich für Gemeinden in Schleswig-Holstein angesichts der erleichterten Nachweisführung, einen Anschluss- und Benutzungszwang auf § 16 EEWärmeG in Verbindung mit § 17 Abs. 2 S. 1 GO-Schleswig-Holstein zu stützen.

¹⁵⁷ Zu Einzelheiten sowie zum Folgenden vgl. Buchmüller, EWeRK 1/2017, 13 (18 f.).

¹⁵⁸ Zu den Voraussetzungen vgl. ausführlich oben Kapitel 3.3.2.4.

¹⁵⁹ BVerwG, Urteil v. 08.09.2016, Az. 10 CN 1.15.

3.3.3. Folgen eines Anschluss- und Benutzungszwangs

Im Folgenden wird auf die Folgen der Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs für die Gemeinde sowie – kurz – auch für den Betreiber der Fernwärmeversorgung eingegangen:

3.3.3.1. Gemeinde

Die Gemeinde muss zur Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs eine Fernwärmesatzung erlassen und dabei

- alle formellen Voraussetzungen für den Erlass einer kommunalen Satzung beachten,
- Klimaschutz als Satzungszweck darstellen,
- einen Nachweis über den Klimaschutzeffekt der gegenständlichen Fernwärmeversorgung führen und

aus Gründen der Verhältnismäßigkeit vorsehen:

- Übergangsregelungen für Bestandsgebäude
- Allgemeine Härtefallregelungen
- (begrenzte) Ausnahmen für klimafreundlichere Einzelwärmeversorgungen.

Beauftragt die Gemeinde einen **privaten Dritten** mit der Durchführung der Fernwärmeversorgung, ist Folgendes zu beachten:

- Die Gemeinde muss zur **Sicherstellung der „öffentlichen Einrichtung“** mit dem privaten Dritten einen Betreibervertrag schließen und sich darin weitgehende Übernahme-, Mitbestimmungs-, Veto- und Selbsteintrittsrechte einräumen lassen. Dies eröffnet der Gemeinde die Möglichkeit, erheblichen Einfluss auf die Fernwärmeversorgung auszuüben (z.B. bzgl. Preispolitik).
- Das **„OB“ eines Anschluss- und Benutzungszwangs** (einschließlich etwaiger Befreiungen) für die im Satzungsgebiet belegenen Grundstücke wird im Verhältnis Gemeinde – Grundstückseigentümer verwaltungsrechtlich geregelt, das **„WIE“ der Ausgestaltung** (z.B. vertragliche Fragestellungen) hingegen privatrechtlich im Verhältnis Betreiber – Grundstückseigentümer.

Ausschreibungspflichten der Gemeinde

Eine weitere wichtige Frage ist, ob die Gemeinde im Zusammenhang mit dem Aufbau einer Fernwärmeversorgung Ausschreibungspflichten unterliegt, wenn Sie einen Anschluss- und Benutzungszwang einführt. Ausschreibungspflichten könnten in Betracht kommen in Bezug auf

- die Vergabe der Wegerechte für die Verlegung von Fernwärmeleitungen unter öffentlichen Straßen und Wegen (**Konzession- bzw. Gestattungsvertrag**) und
- den Betrieb der Fernwärmeversorgung, sofern ein Privater diese für die Gemeinde übernimmt (**Betreibervertrag**).

Die genannten Punkte können Gegenstand gesonderter Verträge, aber auch Gegenstand eines einheitlichen Vertrages sein.

Ausschreibungspflichten können sich aus dem Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)¹⁶⁰, dem allgemeinen Kartellrecht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹⁶¹ und dem sog. Kartellvergaberecht (GWB, EU-Primär- und Sekundärrecht) ergeben:

Aus dem **Energiewirtschaftsgesetz** ergeben sich für die genannten Punkte keine Ausschreibungspflichten der Gemeinde. Zwar enthält das EnWG in seinen §§ 46 ff. dezidierte Regelungen dazu, wann und wie Gemeinden Wegenutzungsverträge für Energieversorgungsnetze auszuschreiben haben. Der Anwendungsbereich dieser Regelungen ist jedoch auf die Vergabe von Konzessionen zur Verlegung von Strom- und Gasnetzen beschränkt. Die Vergabe von Fernwärmekonzessionen fällt nicht in den Anwendungsbereich des EnWG.¹⁶²

In Betracht kommt aber eine Ausschreibungspflicht der Gemeinde aus den allgemeinen kartellrechtlichen Bestimmungen des **Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen**. Hinsichtlich der Vergabe einfacher Wegenutzungsrechte (Fernwärmekonzessionen) ist nach einhelliger Auffassung eine Ausschreibung grundsätzlich nicht erforderlich.¹⁶³ Zumindest das Bundeskartellamt nimmt in Bezug auf **Fernwärmekonzessionsverträge** aber immer dann eine Ausschreibungspflicht der Gemeinde nach §§ 19, 20 GWB an, wenn für das Konzessionsgebiet, für das die Wegenutzungsrechte vergeben werden, parallel auch ein Anschluss- und Benutzungszwang an das Wärmenetz des durch die Fernwärmekonzession begünstigten Unternehmens eingeführt wird.¹⁶⁴ Denn in diesem Fall wird – über die parallele Einführung des Anschluss- und Benutzungszwangs – dem begünstigten (privaten) Fernwärmeversorger nicht nur eine Konzession zur Verlegung von Wärmeleitungen erteilt, sondern faktisch eine Ausschließlichkeitsstellung auf dem Wärmemarkt im

¹⁶⁰ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 5. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2002) geändert worden ist.

¹⁶¹ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), neugefasst durch Beschluss v. 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 25. März 2020 (BGBl. I S. 674) geändert worden ist.

¹⁶² Vgl. dazu ausführlich Kühling in Körber/Kühling, Ausschreibung von Fernwärmenetzen?, S. 15 ff.; Ahlbrink/Schomerus, ER 4/2017, 143 (146).

¹⁶³ Vgl. etwa VG Berlin, Urteil v. 30.06.2017, Az. 4 K 16.15.

¹⁶⁴ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Fernwärme, Rn. 256.

Satzungsgebiet verschafft. Zwar wird in der juristischen Literatur vereinzelt eine Ausschreibungspflicht der Wegenutzungsrechte für Fernwärmeleitungen bei paralleler Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs verneint.¹⁶⁵ Aus Gründen der Vorsicht sollten Gemeinden allerdings im Zusammenhang mit der Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs die Fernwärmekonzession ausschreiben. Einzelheiten des Ausschreibungsverfahrens sind gesetzlich nicht geregelt. Wichtig ist aber ein transparentes, diskriminierungsfreies Verfahren mit angemessenem zeitlichen Vorlauf.

Ausschreibungspflichten können sich schließlich auch aus dem allgemeinen **Vergaberecht** ergeben:

- Übernimmt ein privater Versorger für die Gemeinde die Fernwärmeversorgung, muss die Gemeinde mit diesem einen **Betreibervertrag** schließen, damit die Fernwärmeversorgung als „öffentliche Einrichtung“ qualifiziert werden kann. Die Übernahme der Fernwärmeversorgung durch den privaten Betreiber kann dabei – je nach Ausgestaltung von Leistungs- und Gegenleistungspflichten der Vertragsparteien – eine ausschreibungspflichtige Dienstleistung i.S.v. § 103 Abs. 1 und 4 GWB sein.
- Bei einer **kombinierten Vergabe von Fernwärmekonzession und Betreibervertrag** kann es sich aber auch um eine **Dienstleistungskonzession** handeln, die nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB ebenfalls ausschreibungspflichtig ist. Einzelheiten zu dieser Frage sind allerdings in der Literatur höchst umstritten. Höchstrichterliche Rechtsprechung gibt es bislang nicht.¹⁶⁶ Details einer rechtlichen Bewertung sind abhängig von der konkreten vertraglichen Ausgestaltung im Einzelfall und sollen daher an dieser Stelle nicht vertieft werden.

3.3.3.2. Betreiber

Für den Betreiber der Fernwärmeversorgung bringt der Erlass einer Fernwärmesatzung sowohl Vor- als auch Nachteile mit sich:

Der wesentliche **Vorteil** eines Anschluss- und Benutzungszwangs liegt in der Sicherung des Fernwärmeabsatzes.

Dem stehen jedoch auch einige **Nachteile** gegenüber:

¹⁶⁵ So ohne überzeugende Begründung Körber, in: Körber/Kühling, Ausschreibung von Fernwärmenetzen?, S. 84 f.

¹⁶⁶ Offen gelassen wurde eine Ausschreibungspflicht zuletzt von VG Berlin, Urteil v. 30.06.2017, Az. 4 K 16.15.

- Da eine Gemeinde eine Fernwärmesatzung (in Schleswig-Holstein) nur erlassen darf, wenn die Fernwärmeversorgung eine „öffentliche Einrichtung“ darstellt, muss sie über einen erheblichen Einfluss auf die Fernwärmeversorgung und insbesondere Mitbestimmungs- und Vetorechte verfügen. Dies schränkt die **wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit** des Betreibers erheblich ein.
- Durch eine Fernwärmesatzung wird die marktbeherrschende Stellung des Fernwärmeversorgers auf dem lokalen Fernwärmemarkt abgesichert. Er unterliegt in der Folge in besonderem Maße der **Missbrauchs- und Preisaufsicht der Kartellbehörden**.¹⁶⁷
- Der erzwungene Anschluss an die Fernwärme kann bei den Fernwärmekunden die **Akzeptanz** der Wärmeversorgung verringern.

¹⁶⁷ Vgl. dazu Buchmüller, EWeRK 1/2017, 13 (20) m.w.N.

4. Literaturverzeichnis

- Ahlbrink, Malte / Schomerus, Thomas (2017), Öffentlich-rechtliche Fragen der Errichtung von Fernwärmenetzen unter kommunaler Beteiligung, ER 4/2017, S. 143 – 149.
- Battis, Ulrich / Krautzberger, Michael / Löhr, Rolf-Peter (2019), Baugesetzbuch, Kommentar, 14. Auflage.
- Battis, Ulrich, (1999), Probleme planungsbezogener städtebaulicher Verträge, ZfBR 1999, S. 240 – 243.
- Beckmann, Klaus (2014), Der baurechtliche Bestandsschutz – eine systematische Darstellung über das Wesen und die Reichweite desselben, KommJur 2014, S. 401 - 409.
- Bönker, Christian / Bishopink, Olaf [Hrsg.] (2018), Baunutzungsverordnung mit Immissionschutzrecht, Kommentar, 2. Auflage.
- Buchmüller, Christian (2017), BVerwG, Urteil v. 08.09.2016, Az. 10 CN 1.15: Anschluss- und Benutzungszwang an die Fernwärme zum Zwecke des Klimaschutzes nach § 16 EEWärmeG, EWeRK 1/2017, S. 13 – 20.
- Bundeskartellamt (2012), Sektoruntersuchung Fernwärme.
- Bunzel, Arne / Coulmas, Diana / Schmidt-Eichstaedt, Gerd (2013), Städtebauliche Verträge - ein Handbuch, 4. Aufl. 2013.
- Dehn, Klaus-Dieter / Wolf, Thorsten Ingo (2019), Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, 16. Aufl.
- Ernst, Werner / Zinkahn, Willy / Bielenberg, Walter / Krautzberger, Michael (2019), Baugesetzbuch, Kommentar, 134. Ergänzungslieferung.
- Hehn, Nina (2015), Postfossile Stadtentwicklung, Rechts- und Steuerungsprobleme einer Umsetzung kommunaler Energiewende- und Klimaschutzkonzepte im Rahmen der Stadtplanung, Beiträge zur sozialen Nachhaltigkeitsforschung, Band 15.
- Hendricks, Andreas (2006), Einsatz von städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB bei der Baulandbereitstellung – eine interdisziplinäre theoretische Analyse und Ableitung eines integrierten Handlungskonzepts für die Praxis, Schriftenreihe Fachrichtung Geodäsie der Technischen Universität Darmstadt.
- Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz (2017), Grundstücksvergabe nach der Qualität von Konzepten, Verfahren und Praxisbeispiele.
- Hornmann, Gerhard / Kämper, Norbert / Spannowsky, Willy (2019), Beck'scher Onlinekommentar BauNVO, 19. Edition.
- Kahl, Wolfgang / Schmidtchen, Marcus (2013), Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien.

- Kahl, Wolfgang (2000), Das Kooperationsprinzip im Städtebaurecht, DÖV 2000, S. 793 – 802.
- Kaluza, Claudia (2010) Die Stiftung privaten Rechts als öffentlich-rechtliches Organisationsmodell, Analyse und rechtliche Bewertung hoheitlicher Stiftungsorganisationsmodelle.
- Körper, Torsten/ Kühling, Jürgen (2016), Ausschreibung von Fernwärmenetzen?
- Longo, Fabio (2010), Neue örtliche Energieversorgung als kommunale Aufgabe.
- Maaß, Christian / Sandrock, Matthias / Weyland Raphael (2015), Solare Fernwärme im Planungs- und Umweltrecht, ZUR 2015, S. 78- 85.
- Mainka, Frederic Maximilian (2018), Der städtebauliche Vertrag als Instrument des Klimaschutzes, Eine Untersuchung an Praxisbeispielen, Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierecht, Band 87.
- Mitschang, Stephan (2009), Klimaschutz und Energieeinsparung in der Stadt- und Regionalplanung.
- Pielow, Johann-Christian (2019), Beck'scher Onlinekommentar GewO, 47. Edition.
- Portz, Norbert (2010), EuGH: Kommunale Immobiliengeschäfte grundsätzlich nicht ausschreibungspflichtig, Die Gemeinde, Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein 6/2010, S. 158 - 160.
- Reidt, Olaf (2000), Praxisrelevante Rechtsfragen zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan, LKV 2000, S. 417 - 421.
- Sparwasser, Reinhard, Mock, Dario (2008), Energieeffizienz und Klimaschutz im Bebauungsplan, ZUR 2008, S. 469 – 475.
- Spannowsky, Willy / Uechtriz, Michael (2019), Beck'scher Onlinekommentar BauGB, 46. Edition.
- Stüer, Bernhard (2015), Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, 5. Auflage.

Ansprechpartner*in beim ITE:

Prof. Dr. Christian Buchmüller, Maître en droit (buchmueller@fh-westkueste.de) (Kap. 3.3.)

Ass. jur. Ilka Hoffmann (hoffmann@fh-westkueste.de) (Kap. 3.2)

Ansprechpartnerin beim IKEM:

Ass. jur. Judith Schäfer (judith.schaefer@ikem.de) (Kap. 3.1)

IKEM – Institut für Klimaschutz,
Energie und Mobilität e.V.
Berlin • Greifswald • Stuttgart

www.ikem.de

Magazinstraße 15 – 16
10179 **Berlin**

T +49 (0)30 408 1870 10
F +49 (0)30 408 1870 29

info@ikem.de

Domstraße 20a
17489 **Greifswald**

T +49 (0)38 34 420 2100
F +49 (0)38 34 420 2002

Isrodi@uni-greifswald.de