



Die drei handlungsmächtigsten Instrumente der Kommunen für eine klimagerechte Siedlungsentwicklung

**Smart Grids-Plattform Baden-Württemberg e.V.
Christophstraße 6
70178 Stuttgart**

**www.smartgrids-bw.net
info@smartgrids-bw.net**

Vorbemerkungen

Vorliegende Zusammenstellung wurde im Auftrag und in Zusammenarbeit von der Smart Grids-Plattform Baden-Württemberg e.V. und Rühling Anwälte von Herrn Rechtsanwalt Uwe Rühling erstellt. Herr Rühling ist Rechtsanwalt in Stuttgart und seit 1992 auf Fragen der Energiewirtschaft spezialisiert (www.raepower.de). Der Beitrag wendet sich an kommunale Klimaschutzmanager. Er geht zurück auf einen Vortrag, der am 07.12.2021 vor dem Entwicklungsforum Schwarzwald-Baar-Heuberg gehalten wurde.

Vorbemerkung zum Sprachgebrauch: Nach Artikel 3 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes sind Frauen und Männer gleichberechtigt. Alle Personen- und Funktionsbezeichnungen in dieser Anweisung gelten daher für Frauen und Männer in gleicher Weise. Sie gelten auch für das Geschlechtsmerkmal „divers“ (vergl. § 22 Abs. 3, § 45b Personenstandsgesetz).

Inhaltsübersicht

| | |
|--|----|
| Klimaschutz allenthalben | 4 |
| Klimaschutzgesetz BW - nüchterner Bestand..... | 4 |
| Teil I: Bauleitplanung und Co..... | 6 |
| Kommunale Betroffenheit beim Klimaschutz | 6 |
| Klassiker des Klimaschutzes in der Bauleitplanung | 7 |
| Festsetzungsmöglichkeit: Verbot fossiler Brennstoffe..... | 7 |
| Keine Festsetzungen von Erzeugungsgeboten | 8 |
| Weitere klimarelevante Festsetzungsmöglichkeiten in Bebauungsplänen | 10 |
| Vereinfachungen und Erweiterungen: Vorhabenbezogene Bebauungspläne..... | 12 |
| Vereinfachungen und Erweiterungen: Städtebauliche Verträge | 13 |
| Vereinfachungen und Erweiterungen: Städtebauliche Sanierungsmaßnahmen | 15 |
| Bauordnung BW 2010 | 16 |
| Photovoltaikpflichten nach dem Klimaschutzgesetz BW | 17 |
| Gebäudeenergiegesetz (GEG) | 18 |
| GEG und Anschluss- und Benutzungszwang | 19 |
| Sonstige GEG-Regelungen im Blick des Klimaschutzmanagers..... | 22 |
| Teil II Kommunale Grundstücksgeschäfte | 24 |
| 1. Klauseln für Grundstückskaufverträge und Dienstbarkeiten | 24 |
| Gestaltung von Grundstückskaufverträgen..... | 24 |
| Beispiel: Baupflichten beim Grundstücksverkauf | 24 |
| Beispiel: Baupflichten nach ökologischen und baubiologischen Grundsätzen | 25 |
| Beispiel: Verpflichtung zur Übernahme eines Contracting-Vertrages | 27 |
| Gestaltung von grundstücksverbundenen Auflagen..... | 27 |
| Beispiel: Verbrennungsverbote und Nutzungspflichten umweltfreundlicher Energien | 28 |
| Beispiel: Beschränkt persönliche Dienstbarkeiten für erneuerbare Energien | 28 |
| Beispiel: Beschränkt persönliche Dienstbarkeiten für grundstücksbezogene Energieerzeugung und -verbrauch..... | 29 |
| Beispiel: Reallast für quartiersbezogene Wärmeversorgung | 31 |
| 2. Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht | 32 |
| Besonderheiten der Kaufpreisbestimmung..... | 33 |
| Zivilrechtliche Grenzen der Vertragsgestaltung | 34 |
| Vergaberechtliche Grundsätze der Verfahrensgestaltung | 36 |
| Teil III: Wegerechte..... | 40 |
| Was sind Wegerechte?..... | 40 |
| Was haben Wegerechte mit einer klimagerechten Bau- und Wärmeplanung der Gemeinde zu tun? | 41 |
| Wie laufen Vergaben für diese Wegerechte für Strom und Gas ab? | 41 |
| Was lässt sich für das Klimaschutzmanagement sofort machen?..... | 43 |
| Schluss | 46 |

Klimaschutz allenthalben

Immer ausgefeiltere und umfassendere kommunale Klimaschutzkonzepte werden entwickelt und in die kommunale Arbeit eingeführt. Jüngste Beispiele sind die Arbeiten für die Stadt München, die im November 2021 veröffentlicht worden sind.¹ In den darin genannten fünf Handlungsspielräumen

- Wärme, Kälte, Strom
- Verkehr
- Wirtschaft und Dienstleistung
- Lebensstile
- Stadtverwaltung und kommunale Unternehmen

und der Querschnittsaufgabe „Bildung für eine nachhaltige Entwicklung“ führt der Münchener Maßnahmenplan über 250 Einzelmaßnahmen auf.

Dieser Beitrag konzentriert sich auf die unmittelbar energierelevanten Bausteine im Umfeld der kommunalen Wärmeplanung in Baden-Württemberg und zeigt, wie vielfältige Instrumente unterschiedlicher Qualität und Reichweite zusammengeführt werden können. Die einzelnen Maßnahmen sind oft von beschränkter Reichweite, so dass sich aufeinander abgestimmte Kombinationen von Festsetzungen der Bauleitplanung, von Maßnahmen kommunaler Grundstücksgeschäfte (Vermietungen, Verpachtungen, Kaufverträge, beschränkt persönliche Dienstbarkeiten, Reallasten) und von wegerechtlichen Maßnahmen (Gestattungsverträge für Wärmeversorgungen, einfache Wegrechte und sog. Konzessionen für Strom- und Gasnetze) anbieten.

In der Terminologie des Münchener Maßnahmenplanes sind das immerhin noch die Bausteine:

- Energetische Gebäudesanierung, dezentrale erneuerbare Wärmeversorgung, effiziente Neubauten,
- Effiziente Nutzung von Strom, Wärme und Wohn-/Nutzflächen,
- Ausbau erneuerbarer Energien zur Stromerzeugung.

Klimaschutzgesetz BW - nüchterner Bestand

Das Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg² verpflichtet die Kommunen mit über 20.000 Einwohner (103 Städte) verbindlich zur Wärmeplanung. Für die kleineren Gemeinden ist die Wärmeplanung noch freiwillig.³

¹ <https://www.oeko.de/fileadmin/oekodoc/Klimaneutrale-Waerme-Muenchen.pdf> und <https://www.oeko.de/fileadmin/oekodoc/Massnahmenplan-Klimaneutralitaet-Muenchen.pdf>.

² Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg (KSG BW) vom 23. Juli 2013, mehrfach geändert, letzter Stand bei Abfassung dieses Essays: Gesetz vom 12. Oktober 2021 (GBl. S. 837). Zur jeweils gültigen Fassung:

<https://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=KlimaSchG+BW&psml=bsbawueprod.psml&max=true>.

Gegen das Gesetz ist seit dem 06.12.2021 eine Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht anhängig.

³ Dennoch erfolgt eine finanzielle Förderung der Planungserstellung: <https://www.kea-bw.de/news/kea-bw-unterstuetzt-kleine-kommunen-bei-freiwilliger-waermeplanung-10-millionen-euro-foerdergeld-vom-land>. Siehe aber auch zur Bundesförderung ab 01.01.2022: <https://www.kea-bw.de/news/das-mehr-gewinnt-neue-kommunalrichtlinie-des-bundesumweltministeriums-veroeffentlicht>.

Zur Fördermitteldatenbank der KEA-BW: <https://www.kea-bw.de/foerderdatenbank>

Das Klimaschutzgesetz lässt der Wärmeplanung keine Rechtsverbindlichkeit im Sinne einer Folgepflicht der weiteren kommunalen Planung (z. B. Bebauungsplan oder Vergabe der Konzessionsverträge) oder der weiteren kommunalen Tätigkeit (z. B. städtebauliche Verträge, Grundstücksveräußerungen mit Bebauungspflichten, Konzessionsverträge) zukommen. Aber: Einzelne wichtige Handlungsverpflichtungen aus dem aktuell geltenden Klimaschutzgesetz (PV-Pflichten nach §§ 8a und 8b) kompensieren Schwächen der Bauleitplanung.

Trotz hohem Anteil an den CO₂-Emissionen haben die Kommunen nur einen begrenzten Handlungsspielraum. Sie haben jenseits des Ortsrechts aber keine „Gesetzgebungskompetenz“. Handlungsmöglichkeiten bestehen vor allem in freiwilligen Maßnahmen.

Teil I: Bauleitplanung und Co.

Kommunale Betroffenheit beim Klimaschutz

Seit 2011 ist der Grundsatzstreit um Klimaschutz in der Bauleitplanung beendet. 2011 hat der Gesetzgeber im Baugesetzbuch⁴ klargestellt, dass der Klimaschutz auch in seiner globalen Dimension eine Aufgabe der Bauleitplanung und damit – das ist die kommunalrechtliche Folge – auch der örtlichen Gemeinschaft ist. In § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB heißt es: „Die Bauleitpläne ... sollen dazu beitragen ... den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in der Stadtentwicklung, zu fördern ...“; in § 1a Abs. 5: „Den Erfordernissen des Klimaschutzes soll sowohl durch Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, als auch durch solche, die der Anpassung an den Klimawandel dienen, Rechnung getragen werden. Der Grundsatz nach Satz 1 ist in der Abwägung nach § 1 Absatz 7 zu berücksichtigen.“⁵ Der städtebauliche Klimaschutz bezieht sich sowohl auf Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken oder ihn zumindest abmildern (Mitigation) als auch auf Anpassungsstrategien an unvermeidliche Folgen des Klimawandels (Adaption).⁶ Dennoch muss auch der auf die Bauleitplanung gestützte Klimaschutz einen städtebaulichen Bezug zu Grund und Boden sowie zur örtlichen Gemeinschaft haben.

Planungsgrundsätze

Für Abwägungen bedeutsam sind insbesondere die Planungsgrundsätze, für den Klimaschutz insbesondere die in § 1 Abs. 6 Nr. 7 BauGB:

„§ 1 Aufgabe, Begriff und Grundsätze der Bauleitplanung

...

(6) *Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind insbesondere zu berücksichtigen:*

7. *die Belange des Umweltschutzes, einschließlich des Naturschutzes und der Landschaftspflege, insbesondere*
 - a) *die Auswirkungen auf Tiere, Pflanzen, Fläche, Boden, Wasser, Luft, Klima und das Wirkungsgefüge zwischen ihnen sowie die Landschaft und die biologische Vielfalt,*
 - b) *...*
 - c) *umweltbezogene Auswirkungen auf den Menschen und seine Gesundheit sowie die Bevölkerung insgesamt,*
 - d) *...*
 - e) *...*
 - f) *die Nutzung erneuerbarer Energien sowie die sparsame und effiziente Nutzung*
...“

Dieser Planungsgrundsatz in § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. f. BauGB (... „die Nutzung erneuerbarer Energien sowie die sparsame und effiziente Nutzung von Energie, ...“) verlangt, die Bauleitplanung

⁴ <https://www.gesetze-im-internet.de/bbaug/BauGB.pdf>.

⁵ § 1 Abs. 7 BauGB: „Bei der Aufstellung der Bauleitpläne sind die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen.“

⁶ Reidt, in: Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 8. Aufl. Rn. 790; Sauthoff, Durchsetzung des Klimaschutzes im Städtebau. Überlegungen zu Änderungen des Baugesetzbuchs, Klima und Recht 1-2022, 1. Zur Bauleitplanung im Allgemeinen ist auf die DIFU Arbeitshilfe hinzuweisen: Verfahren zur Aufstellung von Bebauungsplänen, 3. Aufl., 2022.

aktiv auf den Einsatz erneuerbarer Energien auszurichten und sie so auszugestalten, dass sie nicht zum Hemmnis für den Einsatz erneuerbarer Energien wird.⁷

Mit den sachlich damit verbundenen Festsetzungsmöglichkeiten in § 9 Abs. 1 Nr. 12 und Nr. 23 lit. B BauGB) setzt sich der nachfolgende Abschnitt auseinander. Hier zunächst noch einige Hinweise auf Überlegungen, die in Abwägungen ggf. anzustellen sind (und die damit das Zusammentragen von Daten und begründenden Informationen im täglichen Doing der Planer und des Klimaschutzmanagements verlangen):

- Örtliche Energieversorgungssicherheit (lokale Selbstversorgung bis hin zur Systemstabilisierung mit Speichern, Power-to-Gas-Anwendungen, Smart Grid etc.),
- Sicherung lokaler Wertschöpfung (Planungsgrundsatz § 1 Abs. 6 Nr. 8 lit. a und c):
 - „8. die Belange
 - a) der Wirtschaft, auch ihrer mittelständischen Struktur im Interesse einer verbrauchernahen Versorgung der Bevölkerung,
 - b) der Land- und Forstwirtschaft,
 - c) der Erhaltung, Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen, ...“
- Luftreinhaltung (Planungsgrundsatz § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. a. und lit. e).

Diese sind insbesondere im Umweltbericht nach § 2 Abs. 4 S. 1 BauGB als gesondertem Teil der Bebauungsplanbegründung zu berücksichtigen (§ 2a S. 3 BauGB).

Klassiker des Klimaschutzes in der Bauleitplanung

Festsetzungsmöglichkeit: Verbot fossiler Brennstoffe

Nach § 9 Abs. 1 können im Bebauungsplan aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden:

- „23. Gebiete, in denen
 - a) zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes bestimmte Luft verunreinigende Stoffe nicht oder nur beschränkt verwendet werden dürfen, ...“

Für Anlagen, die dem Treibhausgas-EmissionshandelsG⁸ unterfallen (TEHG-Anlagen), sind Festsetzungen zum Verbot fossiler Brennstoffe unzulässig (nicht nur in Bezug auf die Festsetzung von Emissionsgrenzwerten).⁹ TEHG-Anlagen gehören sicherlich nicht zum täglichen

⁷ Palm, Klimaschutzrecht für Wirtschaft und Kommunen, 2021, S. 162; Longo/Stryi-Hipp, Erneuerbare Energien in der Bauleitplanung – Solarpflicht auf Dächern durch Festsetzung im Bebauungsplan, KommunalPraxis spezial 2021, 131, und dies., in Klimaschutz- und Energieagentur Niedersachsen / Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz (Hrsg.), Photovoltaik in der kommunalen Bauleitplanung. www.klimaschutz-niedersachsen.de/_downloads/FaktenpapiereLeitfaeden/2021-03-04_MusterSolarpflichtBebauungsplaene.pdf.

⁸ https://www.gesetze-im-internet.de/tehg_2011/TEHG.pdf

⁹ BVerwG, Urt. v. 14.09.2017, 4 CN 6/16, BVerwGE 159, 356-366, <https://www.bverwg.de/140917U4CN6.16.0>.

Leitsatz: „Der Gemeinde ist es verwehrt, die Verwendung fossiler Brennstoffe in Anlagen, die dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz unterliegen, im Bebauungsplan davon abhängig zu machen, dass die eingesetzten Stoffe bestimmte CO₂-Emissionsfaktoren nicht überschreiten. Eine solche Festsetzung widerspricht dem Regelungskonzept des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, das der Regelung in § 5 Abs. 2 BImSchG zugrunde liegt und auch bei der Auslegung der Ermächtigung in § 9 Abs. 1 Nr. 23 Buchst. a BauGB zu beachten ist.“

Geschäft der meisten Klimaschutzmanager, so dass die damit für den Klimaschutz verbundenen Fragen hier nicht weiterverfolgt werden.¹⁰

In Bezug auf BEHG-Anlagen ist die Festsetzungsmöglichkeit umstritten.¹¹ Es liegen jedoch noch keine Gerichtsentscheidungen zum BrennstoffemissionshandelsG¹² vor. Die Rechtsprechung zu den TEHG-Anlagen ist jedoch nicht übertragbar. Die Verpflichteten im TEHG-Handel sind die Anlagenbetreiber, hier im nationalen Emissionshandel sind das die Inverkehrbringer der Brenn- und Kraftstoffe nach BEHG. Die einzelne Anlage (in der solche Kraftstoffe verbrannt werden) ist daher kein Anknüpfungspunkt für Verpflichtungen.

Unter Beachtung der Einschränkungen in Bezug auf TEHG-Anlagen sind Festsetzungen zum Verbot fossiler Brennstoffe im Bebauungsplan grundsätzlich zulässig, wobei der gegenüber Kohle-, Öl- und Holzverbrennung sicherlich höheren Begründungslast bei Erdgas und methanisierendem Biogas Rechnung zu tragen ist.

Rixner/Biedermann/Charlier¹³ weisen darauf hin, dass die Gebiete mit einer Verwendungsbeschränkung sowie die nicht zu verwendenden luftverunreinigenden Stoffe genau bezeichnet werden müssen (Bestimmtheitsgebot). So kann das Verbot zur (zeitlichen oder quantitativen) Verwendung bestimmter Heizbrennstoffe wie etwa Heizöl oder Kohle festgesetzt werden. Konkrete Vorgaben zum Ausstoß bestimmter Schadstoffkonzentrationen (Emissionsgrenzwerte) können über die Vorschrift der Nr. 23 a) aber nicht getroffen werden.

Keine Festsetzungen von Erzeugungsgeboten

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 b BauGB können technische Vorkehrungen zur späteren Installation von Energieerzeugungsanlagen festgesetzt werden, nach § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB auch Flächen, auf denen die Errichtung solcher Anlagen zulässig ist. Ob es zwingend der letztgenannten Festsetzungsmöglichkeit bedarf, ist anhand des § 14 Baunutzungsverordnung¹⁴ in jedem Einzelfall zu überprüfen.

Über § 14 Abs. 2 und Abs. 3 Baunutzungsverordnung (BauNVO) sind Anlagen zur Versorgung der Baugebiete auch innerhalb dieser Baugebiete ohne konkrete Festlegung eines Standortes im Bebauungsplan ausnahmsweise zulässig:

„(2) Die der Versorgung der Baugebiete mit Elektrizität, Gas, Wärme und Wasser sowie zur Ableitung von Abwasser dienenden Nebenanlagen können in den Baugebieten als Ausnahme zugelassen werden, auch soweit für sie im Bebauungsplan keine besonderen Flächen festgesetzt sind. Dies gilt auch für fernmeldetechnische Nebenanlagen sowie

¹⁰ Beispiele für TEHG-Anlagen:

- Verbrennungseinheiten zur Verbrennung von Brennstoffen mit einer Gesamtfeuerungswärmeleistung von insgesamt 20 MW
- Anlagen zur Erzeugung von Strom mit einer Feuerungswärmeleistung von mehr als 20 MW
- Verbrennungsmotoranlagen und Gasturbinen zum Antrieb von Arbeitsmaschinen mit einer Feuerungswärmeleistung von mehr als 20 MW
- Anlagen zum Rösten, Schmelzen, Sintern oder Pelletieren von Metallerzen
- Anlagen zur Herstellung oder zum Erschmelzen von Roheisen oder Stahl
- Anlagen zur Herstellung oder Verarbeitung von Eisenmetallen etc., etc.

¹¹ Zweifel bei Palm, S. 161, in: Palm, Klimaschutzrecht für Wirtschaft und Kommunen, 2021.

¹² <https://www.gesetze-im-internet.de/behg/BEHG.pdf>

¹³ Rixner/Biedermann/Charlier, Systematischer Praxiskommentar BauGB/BauNVO, 3. Aufl. 2018, § 9 BauGB, Rdn 125.

¹⁴ <https://www.gesetze-im-internet.de/baunvo/BauNVO.pdf>

für Anlagen für erneuerbare Energien, soweit nicht Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 1a Anwendung findet.

- (3) *Soweit baulich untergeordnete Anlagen zur Nutzung solarer Strahlungsenergie in, an oder auf Dach- und Außenwandflächen oder Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen innerhalb von Gebäuden nicht bereits nach den §§ 2 bis 13 zulässig sind, gelten sie auch dann als Anlagen im Sinne des Absatzes 1 Satz 1, wenn die erzeugte Energie vollständig oder überwiegend in das öffentliche Netz eingespeist wird.“*

Natürlich ist es in der Regel besser, im Bebauungsplan eine Rechtsgrundlage zu schaffen. Eine fehlende Festsetzung im Bebauungsplan ist aber noch nicht das Ende der Geschichte, wenn der Klimaschutzmanager mit dieser Fragestellung konfrontiert werden sollte.

Denn nach § 9 BauGB, der den Inhalt des Bebauungsplans, konkret die Festsetzungsmöglichkeiten im Bebauungsplan dem Grunde nach, regelt, können nach Abs. 1 Nr. 23 b) im Bebauungsplan aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden:

„23. Gebiete, in denen

- b) bei der Errichtung von Gebäuden oder bestimmten sonstigen baulichen Anlagen bestimmte bauliche und sonstige technische Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung getroffen werden müssen, ...“*

Zur inhaltlichen Reichweite dieser Festsetzungsmöglichkeit liegt bislang keine veröffentlichte Rechtsprechung vor. Rixner/Biedermann/Charlier¹⁵ vertreten hierzu eine sehr restriktive Auffassung:

„Die Festsetzung zur Verwendung von erneuerbaren Energien, wie von Solarnutzung, wird vom Wortlaut der Vorschrift nicht gedeckt. Hier kann der Bebauungsplan den Erwartungen der Kommunalpolitik und der Öffentlichkeit nach der Festsetzung einer zeitgemäßen Energienutzung nur indirekt gerecht werden.“

Danach können lediglich die baulichen Voraussetzungen für die im Gesetzestext genannten Anlagen geschaffen werden. Bei Rixner/Biedermann/Charlier heißt es dazu:

„Mit der Festsetzung von baulichen Maßnahmen, wie

- der Dachformen (z. B. Satteldach),*
- der Bauweise (z. B. kompakte Bauformen in Hausgruppen/Reihenhäuser),*
- der Stellung baulicher Anlagen (z. B. solaroptimierte Ausrichtung der Gebäudefronten bzw. geneigten Dachflächen),*
- Vermeidung von Verschattung durch entsprechenden Gebäudeabstand, Gebäudehöhen (oder angepasste Begrünungsfestsetzungen (Bäume))*

oder auch

- technischer Maßnahmen (Einbau von Leerrohren/Versorgungsschächten, um aufwendige Umbau- und Nachrüstarbeiten in Gebäuden zu vermeiden, ...),*

können im Bebauungsplan die Voraussetzungen zur Nutzung erneuerbarer Energien geschaffen werden.“¹⁶

¹⁵ Rixner/Biedermann/Charlier, Systematischer Praxiskommentar BauGB/BauNVO, 3. Aufl. 2018, § 9 BauGB, Rdn 129-130.

¹⁶ Ebenda.

Geradezu gegenteiliger Auffassung sind Longo/Stryi-Hipp:¹⁷

„Durch die Erweiterung im Jahr 2011 auf »sonstige technische Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien ...« hat der Gesetzgeber Klarheit darüber geschaffen, dass tatbestandlich auch der direkte Einbau von Anlagen erneuerbarer Energien im Bebauungsplan festgesetzt werden darf.“

Sie verweisen auf die von ihnen wohl auch entwickelte niedersächsische Muster-Festsetzung von Photovoltaik-Anlagen in Bebauungsplänen:

- „1. Im gesamten Geltungsbereich dieses Bebauungsplans sind die nutzbaren Dachflächen der Gebäude und baulichen Anlagen innerhalb der überbaubaren Grundstücksflächen zu mindestens 50 % mit Photovoltaikmodulen zur Nutzung der einfallenden solaren Strahlungsenergie auszustatten (Solarmindestfläche).*
- 2. Werden auf einem Dach Solarwärmekollektoren installiert, so kann die hiervon beanspruchte Fläche auf die zu realisierende Solarmindestfläche angerechnet werden.“*

Zumindest in Bezug auf PV-Anlagen dürfte die aufgezeigte Fragestellung aufgrund der Regelungen in §§ 8a, 8b Klimaschutzgesetz des Landes Baden-Württemberg obsolet geworden sein. In Bezug auf Stromspeicher und KWK-Anlagen ist die Frage jedoch nach wie vor aktuell, in Bezug auf solarthermische Anlage und PV-Anlagen in Wand- und Fensterflächen zumindest unklar.

Eine weitere Festsetzungsmöglichkeit bietet die „Quartierslösung“ nach § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB, nach der aus städtebaulichen Gründen zulässig sind:

- „12. die Versorgungsflächen, einschließlich der Flächen für Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung; ...“*

Diese Regelung bezieht sich aber nur auf die Zulässigkeit solcher Anlagen („Der Bauherr darf das machen“), sie verpflichtet nicht zur Errichtung und zum Betrieb solcher Anlagen („Der Bauherr muss das nicht machen“).

Weitere klimarelevante Festsetzungsmöglichkeiten in Bebauungsplänen

Für weitere klimarelevante Festlegungen/Festsetzungen in Bebauungsplänen verweise ich auf die vielen praktischen Ratschläge bei Schärfl¹⁸ und die nachfolgende Übersicht nach Lüdeke/Börschig:¹⁹

¹⁷ Longo/Stryi-Hipp in Klimaschutz- und Energieagentur Niedersachsen/Niedersächsisches Ministerium für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz (Hrsg.), Photovoltaik in der kommunalen Bauleitplanung. www.klimaschutz-niedersachsen.de/_downloads/FaktenpapiereLeitfaeden/2021-03-04_MusterSolarpflichtBebauungsplaene.pdf.

¹⁸ Schärfl, Der energieeffiziente Bebauungsplan, 2016, <http://www.ezukunft.de/wp-content/uploads/2016/11/Sch%C3%A4rfl.pdf>.

¹⁹ Übersicht nach Lüdeke/Börschig, Über die Notwendigkeit und Wege der Integration der Klimawandelanpassung in die Umweltprüfung der Bauleitplanung, UVP-report 33 (1)/2019, S. 45-55, mit Veränderungen.

| Anpassungsmaßnahme | Ziele | Rechtsgrundlage/ Festsetzung |
|---|---|---------------------------------|
| Erfordernisse der Anpassung an den Klimawandel | Abwägung öffentlicher und privater Belange | § 1a Abs. 5 BauGB |
| | | § 1 Abs. 7 BauGB |
| Freihalten von Luftleitbahnen und Kaltluftentstehungsflächen | Darstellung bzw. Festsetzung von Grünflächen | § 5 Abs. 2 Nr. 5 BauGB |
| | | § 9 Abs. 1 Nr. 15 BauGB |
| | Darstellung bzw. Festsetzung von Wasserflächen | § 5 Abs. 2 Nr. 7 BauGB |
| | | § 9 Abs. 1 Nr. 16 BauGB |
| | Darstellung bzw. Festsetzung von Flächen für Forst- und Landwirtschaft | § 5 Abs. 2 Nr. 9 BauGB |
| § 9 Abs. 1 Nr. 18, 18a | | |
| Darstellung bzw. Festsetzung von Flächen und Maßnahmen zu Schutz, Pflege und Entwicklung von Boden, Natur und Landschaft (Festsetzung der Bauweise), nicht überbaubaren Grundstücken und Stellung der baulichen Anlagen | § 5 Abs. 2 Nr. 10 BauGB | |
| | § 9 Abs. 1 Nr. 20 BauGB | |
| | § 9 Abs. 1 Nr. 2 BauGB | |
| Verringerung der baulichen Dichte/Versiegelungsgrad | Festsetzung der Mindestmaße von Baugrundstücken | § 9 Abs. 1 Nr. 3 BauGB |
| | Flächen, die von Bebauung freizuhalten sind, und deren Nutzung | § 9 Abs. 1 Nr. 10 BauGB |
| Verbesserung des Kleinklimas/Verminderung der Erwärmung | Pflanzgebote, Erhaltung von Bäumen | § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB |
| | Dachbegrünung, Festsetzung Fassadenfarbe und Fassadenmaterial | Gestaltungssatzungen |
| Naturgefahrenvorsorge | Kennzeichnung der Flächen mit Gefährdungspotenzial durch Naturgefahren | § 9 Abs. 5 Nr. 1 BauGB |
| Hochwasserschutz und Niederschlagsabfluss | Darstellung bzw. Festsetzung von Flächen für Hochwasserschutzanlagen und Regelung des Wasserabflusses | § 5 Abs. 4a BauGB |
| | | § 5 Abs. 2 Nr. 7 BauGB |
| | | § 9 Abs. 1 Nr. 16 BauGB |
| | | § 9 Abs. 6a BauGB |
| Vorbeugen von Schäden durch Starkniederschlag, klimawandelangepasste Ausstattung des Gemeindegebiets | Festsetzung von Flächen für Rückhaltung und Versickerung des Niederschlagswassers, Anpassung an den Klimawandel | § 9 Abs. 1 Nr. 14 BauGB |
| | | § 9 Abs. 1 Nr. 16d BauGB |
| | | § 5 Abs. 2 Nr. 2c BauGB |
| Energiekonzept | Festsetzung von Versorgungsflächen | § 5 Abs. 2 Nr. 2 b |
| | | § 9 Abs. 2 Nr. 12 |
| Gebäude – Energieerzeugung, Nutzung und Speicherung | z. B. Solaranlagen auf Dächer und/oder Fassaden, Kraft-Wärme-Kopplung (streitig) | § 9 Abs. 2 Nr. 23 b |
| Besonderes Städtebaurecht | | |
| Verringerung von Klimawandelfolgen in bereits bebauten Gebieten | städtebauliche Sanierungsmaßnahmen Stadtumbaumaßnahmen | § 136 Abs. 2 Nr. 1 BauGB |
| | | § 171a Abs. 2 BauGB |

Im Zusammenhang mit den unmittelbar energierelevanten Festsetzungen in Bebauungsplänen sind insbesondere zu nennen:²⁰

1. Verschattungen vermeiden, solare Einstrahlung erhöhen:

- Bebauungsdichte
- Ausrichtung der Gebäude (Hauptfirstrichtung)
- Kompakte Bauformen (Außenfläche im Verhältnis zum beheizten Volumen)
- Dachneigung und Firshöhen, Dachformen (flacher ist kompakter), Dachbegrünungen (Konfliktlösung „Strahlung vs. Grün“)

2. Wärme dämmen:

- Wärmepuffer: Einhausungen von Balkonen und Loggien
- Wärmedämmung: Zulassung der Überschreitung von festgesetzten Außenmaßen und Wandhöhen
Bei der Überbauung durch Wärmedämmungen sind Festsetzungen im Bebauungsplan nicht unbedingt erforderlich; im Einzelfall ist zu prüfen, die Regelung nach § 248 BauGB heranzuziehen, oder der betroffene Nachbar auf die Möglichkeit des § 7c Nachbarrechtsgesetz BW²¹ zu verweisen.

3. Sonstige Maßnahmen:

- Lage und Art von Bepflanzungen:
Positive Wirkung von Bäumen und Pflanzen in Siedlungsgebieten optimieren, Abstände zu Gebäuden und Wuchsordnungen beachten.
Beschränkung der Flächenversiegelung auf ein Minimum durch von Bebauung freizuhalten Flächen und Verpflichtung zur Nutzung versickerungsfähiger Bodenbeläge.
- Festlegung der Versickerungsform, Versickerungsflächen und der oberirdischen Wasserführung (z. B. „Notwasserwege“).
- Vorgaben zu Schutzmaßnahmen in überschwemmungsgefährdeten Gebieten.
- Freihaltung von Frischluft- und Kaltluftbahnen.
- Sonderregelungen Windenergie, § 249 BauGB.

Vereinfachungen und Erweiterungen: Vorhabenbezogene Bebauungspläne

Unter bestimmten Umständen kann es für die Gemeinde sinnvoller sein, einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan aufzustellen. Dies gilt insbesondere, wenn

- ein leistungsfähiger Investor mitwirkt und
- die Gemeinde eine gewisse Verhandlungskompetenz und -macht hat.

Hier vorab eine Bemerkung zum „Investor“ (in der BauGB-Sprache der „Vorhabenträger“). In § 11 Abs. 1 BauGB stellt der Gesetzgeber ausdrücklich klar, dass die Gemeinde städtebauliche Verträge auch mit einer juristischen Person abschließen kann, an der sie beteiligt ist.

Ein vorhabenbezogener Bebauungsplan gemäß § 12 BauGB erlaubt weitergehende, nicht an den Festsetzungskatalog des § 9 Abs. 1 BauGB gebundene Maßnahmen, die im Einvernehmen mit dem Investor festgesetzt werden können. Zur Umsetzung der festgesetzten Maßnahmen innerhalb einer bestimmten Frist kann der Investor in einem Durchführungsvertrag verpflichtet

²⁰ Vgl. Schärfl, Der energieeffiziente Bebauungsplan, 2016, <http://www.ezukunft.de/wp-content/uploads/2016/11/Sch%C3%A4rfl.pdf>

²¹ <https://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=NachbG+BW&psml=bsbawueprod.psml&max=true&aiz=true>

werden. Wird der Vorhaben- und Erschließungsplan nicht innerhalb der vereinbarten Frist durchgeführt, soll die Gemeinde den Bebauungsplan aufheben. Aus der Aufhebung können Ansprüche des Investors gegen die Gemeinde nicht geltend gemacht werden (§ 12 Abs. 6 BauGB). Es liegt auf der Hand, dass Verhandlung und Durchsetzung auf Seiten der Gemeinden Verhandlungskompetenz und Verhandlungsmacht erfordern.

Nach § 12 Abs. 1 BauGB kann die Gemeinde durch einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan die Zulässigkeit von Vorhaben bestimmen, wenn der Vorhabenträger auf der Grundlage eines mit der Gemeinde abgestimmten Plans

- zur Durchführung der Vorhaben und der Erschließungsmaßnahmen (Vorhaben- und Erschließungsplan) bereit und
- in der Lage ist
- sowie sich in einem Durchführungsvertrag zur Durchführung innerhalb einer bestimmten Frist und zur Tragung der Planungs- und Erschließungskosten ganz oder teilweise vor dem Satzungsbeschluss (§ 10 Absatz 1 BauGB) verpflichtet hat.

Der Vorhaben- und Erschließungsplan wird Bestandteil des vorhabenbezogenen Bebauungsplans. Im Bereich des Vorhaben- und Erschließungsplans ist die Gemeinde bei der Bestimmung der Zulässigkeit der Vorhaben nicht an die Festsetzungen nach § 9 BauGB (den „Festsetzungskatalog“ des BauGB) und die der Baunutzungsverordnung gebunden. Soweit aber im Bereich des Vorhaben- und Erschließungsplans Festsetzungen nach § 9 BauGB für öffentliche Zwecke getroffen werden, kann gemäß § 85 Absatz 1 Nr. 1 BauGB enteignet werden.

Zu den weiteren Nachteilen des vorhabenbezogenen Bebauungsplanes gehören, dass Veränderungssperren und die dadurch begründete Zurückstellung von Baugesuchen nicht möglich sind (§ 12 Abs. 3 iVm. §§ 14 – 18 BauGB), ebenso wenig sind die speziellen Sicherungen von Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktionen möglich (§ 12 Abs. 3 iVm. § 22 BauGB). Vorkaufsrechte der Gemeinde (§ 12 Abs. 3 iVm. §§ 23 – 28 BauGB) bestehen nicht. Die Entschädigungsvorschriften (§ 12 Abs. 3 iVm. §§ 39 - 44 BauGB) und die Bestimmungen über die Bodenordnung (§ 12 iVm. §§ 45 - 79 BauGB) finden ebenfalls keine Anwendung, wohl aber sind Umlegungen im vereinfachten Verfahren (§§ 80 ff BauGB) möglich. Erschließungsbeiträge können nicht erhoben werden (§ 12 Abs. 3 iVm. §§ 127 - 135 BauGB). Die Bestimmungen zu Maßnahmen für den Naturschutz (§ 12 Abs. 3 iVm. § 135a bis 135c BauGB) gelten nicht, sodass an deren Stelle vertragliche Regelungen etwa im Durchführungsvertrag zu empfehlen sind.

Vereinfachungen und Erweiterungen: Städtebauliche Verträge²²

Für städtebauliche Verträge gilt die gleiche Eingangsbemerkung wie zu den vorhabenbezogenen Bebauungsplänen. Es bedarf eines

- leistungsfähigen Investors und
- die Gemeinde muss über eine gewisse Verhandlungskompetenz und -macht verfügen.

Städtebauliche Verträge stellen eine Sonderform der öffentlich-rechtlichen Verträge dar, sie sind deshalb nicht zu verwechseln mit den Regelungen, die unten in Teil II dieses Beitrages für die kommunalen Grundstücksgeschäfte erörtert werden. Denn über die Städtebaulichen Verträge nach § 11 BauGB hinaus lassen sich etwa bei der Veräußerung von städtischen

²² Siehe hierzu auch Mainka, Der städtebauliche Vertrag als Instrument des Klimaschutzes. Eine Untersuchung an Praxisbeispielen, Köln 2018.

Grundstücken zwischen Kommune und Grundstückseigentümern weitergehende Vereinbarungen treffen, die klimarelevante Bestimmungen enthalten können.

Städtebauliche Verträge nach § 11 BauGB sind zur Vorbereitung und zur Durchführung städtebaulicher Maßnahmen zulässig, ohne sie gegenständlich zu begrenzen. Für Klimaschutz und -anpassung bedeutet das, dass städtebauliche Verträge grundsätzlich in Betracht kommen, soweit ein „bodenrechtlicher Bezug“ vorliegt, was nach den Regelungen in § 11 Abs. 1 Nr. 4 und 5 BauGB ohne großen Aufwand begründbar sein dürfte:

„... Gegenstände eines städtebaulichen Vertrags können insbesondere sein:

...

4. *entsprechend den mit den städtebaulichen Planungen und Maßnahmen verfolgten Zielen und Zwecken die Errichtung und Nutzung von Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung;*
5. *entsprechend den mit den städtebaulichen Planungen und Maßnahmen verfolgten Zielen und Zwecken die Anforderungen an die energetische Qualität von Gebäuden.“*

Der städtebauliche Vertrag kann Regelungen treffen, die auch als Festsetzungen im Bebauungsplan möglich wären. Aber auch darüber hinaus gehend, sind Regelungen möglich, die als Festsetzungen im Bebauungsplan nicht möglich wären, soweit sie nicht gegen das sog. Kopplungsverbot nach § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB verstoßen.²³

Ein Nachteil des städtebaulichen Vertrages liegt darin, dass seine Verpflichtungen nicht in die Baugenehmigung einbezogen werden, sie erscheinen darin nicht als Genehmigungsbestandteil oder als Nebenbestimmung. Ein weiterer praktischer Nachteil dürfte darin liegen, dass die Gemeinde bei Verletzung von Pflichten des Investors den Klageweg vor den Verwaltungsgerichten verfolgen muss.²⁴ Das dürfte erfahrungsgemäß regelmäßig ein Zeitproblem aufwerfen. Bis dieser Prozess abgeschlossen ist – den dafür erforderlichen Aufwand bei Seite lassend – ist das Investitionsvorhaben abgeschlossen, ggf. auch der Investor nicht mehr existent.

Damit sind wir auch schon beim nächsten Nachteil: Regelungen des städtebaulichen Vertrages gelten nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen nur zwischen den Vertragsparteien. Sie sind nicht insolvenzfest. Allein schon aus diesem Grund sind dingliche Sicherungen im Grundbuch ergänzend zu empfehlen. Somit wird nachvollziehbar, warum eingangs dieses Abschnittes darauf hingewiesen wurde, dass die Gemeinde über eine gewisse Verhandlungskompetenz und -macht verfügen muss.

Im Folgenden werden einige Gestaltungsbeispiele aufgeführt, die die Fachliteratur²⁵ beschäftigen:

- Lärmschutz nach § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB beschränkt auf bauliche und technische Vorkehrungen (z. B. Lärmschutzwand, Lärmschutzwall).
Im Bebauungsplan nicht festsetzbar, aber im städtebaulichen Vertrag regelbar: Festlegung von Nutzungszeiten, Festlegung von organisatorischen Maßnahmen zum Lärmschutz.

²³ „Die Vereinbarung einer vom Vertragspartner zu erbringenden Leistung ist unzulässig, wenn er auch ohne sie einen Anspruch auf die Gegenleistung hätte.“

²⁴ Siehe z.B. VG Düsseldorf, Urt. v. 12.11. 2021, 25 K 7405/20. Dieses Urteil ist auch deshalb noch ganz informativ, weil es einen weitgehend vollständigen Auszug aus einem städtebaulichen Vertrag enthält.

²⁵ Ausführlich abgehandelt in Burmester, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl., 2018; vgl. weiter Bunzel, Coulmas, Schmidt-Eichstaed, Städtebauliche Verträge – Ein Handbuch - Vierte, aktualisierte und erweiterte Auflage. Mit Berücksichtigung der BauGB-Novelle 2013 (DiFU); Mainka, Der städtebauliche Vertrag als Instrument des Klimaschutzes, Stuttgart 2018.

- Reihenfolge der Bebauung eines neuen Baugebietes (zur Bildung eines „Lärmschutzriegels“) nach § 9 Abs. 2 BauGB festsetzbar. Weitergehende Regelungen im städtebaulichen Vertrag möglich.
- Gemeindlicher Einvernehmensvorbehalt für Baumaßnahmen bei zukünftigen Betriebserweiterungen sind im städtebaulichen Vertrag möglich.
- Vertragliche Regelungen zur Durchführung und Kostenerstattungen von naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen (vgl. § 1a Abs. 3 BauGB, § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB).
- Verpflichtung zur Erstellung eines Energie- und Wärmeversorgungskonzeptes.
Der Investor kann sich nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB verpflichten, ein solches Konzept in Abstimmung oder im Einvernehmen mit der Gemeinde im eigenen Namen und auf eigene Rechnung in Auftrag zu geben oder der Gemeinde die hierdurch entstehenden Kosten nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB zu erstatten.
Das kann beispielsweise umfassen:
 - Optimierung des städtebaulichen Entwurfs im Hinblick auf den Energieverbrauch, Vorschläge für mögliche wärmetechnische Standards;
 - Zentrale oder dezentrale Wärmeversorgung, Einsatz regenerativer Energien;
 - Umweltauswirkungen (GEG-Wirkung, Primärenergieeinsatz, CO₂-Bilanz), Vertragsabschlussverpflichtung vom Wärmeunternehmen, Belieferung von Käufern, Mietern etc. im zu errichtenden Objekt; Preisregelungen, weitere ökologische Verpflichtungen.
- Autoreduziertes Wohnen.

Vereinfachungen und Erweiterungen: Städtebauliche Sanierungsmaßnahmen

Bei städtebaulichen Sanierungsmaßnahmen geht es um die Bausubstanz und in der Regel um noch mehr öffentliche (Förder-)Gelder. Hinzuweisen ist auf die allgemeine Förderdatenbank der Kommunalen Energieagentur Baden-Württemberg²⁶ und insbesondere auf die überarbeitete KfW-Richtlinie 432.²⁷

Städtebauliche Sanierungsmaßnahmen sind gemäß § 136 Abs. 2 S. 1 BauGB Maßnahmen, durch die ein Gebiet – egal ob in der Stadt oder in einer ländlichen Gemeinde (§ 136 Abs. 1 BauGB) – zur Behebung städtebaulicher Missstände wesentlich verbessert oder umgestaltet wird. Städtebauliche Missstände liegen nach § 136 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BauGB vor, wenn das Gebiet nach seiner Bebauung oder nach seiner sonstigen Beschaffenheit den allgemeinen Anforderungen an die Wohn- und Arbeitssituation nicht entspricht. Seit der BauGB-Novelle 2013 sind dabei auch die Belange des Klimaschutzes und der Klimaanpassung bei der städtebaulichen Sanierung im Rahmen einer Gesamtmaßnahme zu erfassen und zu gewichten, soweit dies nach den örtlichen Gegebenheiten und Verhältnissen angezeigt ist (§ 136 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BauGB).²⁸

Insofern können gerade städtebauliche Sanierungsmaßnahmen bei der Planung von Klimaanpassungsmaßnahmen ein Instrument zur Bewältigung von Konflikten im Bestand sein. Für die Beurteilung des Zustands eines Gebiets sind vor allem die Bebauung und ihre Beschaffenheit maßgeblich. Gemäß § 136 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BauGB sollen städtebauliche

²⁶ Zur Fördermitteldatenbank der Kommunalen Energieagentur für Baden-Württemberg: <https://www.kea-bw.de/foerderdatenbank>.

²⁷ KfW-Programm 432 - Energetische Stadtsanierung. Zuschuss, Klimaschutz und Klimaanpassung im Quartier. Förderung bis 75%. Einzelheiten hier: [https://www.kfw.de/inlandsfoerderung/%c3%96ffentliche-Einrichtungen/Kommunen/F%c3%b6rderprodukte/Energetische-Stadtsanierung-Zuschuss-Kommunen-\(432\)/](https://www.kfw.de/inlandsfoerderung/%c3%96ffentliche-Einrichtungen/Kommunen/F%c3%b6rderprodukte/Energetische-Stadtsanierung-Zuschuss-Kommunen-(432)/).

²⁸ Koch/Wetzel, Planungsinstrumente der Stadtentwicklung zum Klimawandel, vhw FWS 5 / September – Oktober 2019, 266, 231.

Sanierungsmaßnahmen auch dazu beitragen, dass die bauliche Struktur in Bezug auf die allgemeinen Anforderungen an Klimaschutz und -anpassung entwickelt wird.

Städtebauliche Missstände liegen nach § 136 Abs. 2 Nr. 1 BauGB vor, wenn

„... das Gebiet nach seiner vorhandenen Bebauung oder nach seiner sonstigen Beschaffenheit den allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse oder an die Sicherheit der in ihm wohnenden oder arbeitenden Menschen auch unter Berücksichtigung der Belange des Klimaschutzes und der Klimaanpassung nicht entspricht ...“

Bei der Beurteilung sind (nach § 136 Abs. 3 Nr. 1 Buchstabe h BauGB) insbesondere die Wohn- und Arbeitsverhältnisse in Bezug auf

„die energetische Beschaffenheit, die Gesamtenergieeffizienz der vorhandenen Bebauung und der Versorgungseinrichtungen des Gebiets unter Berücksichtigung der allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung; ...“

zu berücksichtigen.

In vorbereitenden Untersuchungen nach § 141 BauGB wird die Erhebung und Bewertung energetischer Qualitäten durchgeführt. Die Formulierung energetischer Sanierungsziele ist nach § 144 BauGB möglich.

Neben einer umfassenden „städtebaulichen Sanierung“ sollte im Einzelfall auch der „Stadtumbau“ geprüft werden. Klimaschutz und Klimaanpassung sind nach § 171a Abs. 3 BauGB auch Aufgaben von Stadtumbaumaßnahmen. Sie sollen insbesondere dazu beitragen, dass

„die Siedlungsstruktur den Erfordernissen der Entwicklung von Bevölkerung und Wirtschaft sowie den allgemeinen Anforderungen an den Klimaschutz und die Klimaanpassung angepasst wird.“

Bauordnung BW 2010

Die Darstellung des Baurechts bliebe unvollständig ohne auf relevante Rechtsnormen der Bauordnung BW,²⁹ des Klimaschutzgesetzes BW³⁰ und des bundesrechtlichen Gebäudeenergiegesetzes (GEG)³¹ einzugehen. Hier bestehen kommunale Gestaltungsspielräume, die Klimaschutzmanager im Blick haben sollten.

Die Bauordnung hält in § 56 eine weitreichende Regelung bereit für „Abweichungen, Ausnahmen und Befreiungen“. Diese sind ausdrücklich zulässig „... zur Verwirklichung von Vorhaben zur Energieeinsparung und zur Nutzung erneuerbarer Energien, ... wenn die Abweichungen mit den öffentlichen Belangen vereinbar sind.“ (§ 56 Abs. 2 Nr. 3 BauO).

Auch bei den verfahrensfreien Vorhaben nach § 50 BauO (näher ausgeführt im Angang zu § 50 Abs. 1) gibt es Auslegungsspielräume bei Feuerstätten und Leitungsführungen etc., die in der Praxis im Auge behalten werden sollten.

²⁹ <https://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=BauO+BW&psml=bsbawue-prod.psml&max=true&aiz=true>

³⁰ <https://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=KlimaSchG+BW&psml=bsbawue-prod.psml&max=true&aiz=true>

³¹ <https://www.gesetze-im-internet.de/geg/GEG.pdf>

Augenmerk verdienen auch die Ortsbausatzungen nach § 74 BauO. In diesen örtlichen Bauvorschriften können „Anforderungen an die äußere Gestaltung baulicher Anlagen einschließlich Regelungen über Gebäudehöhen und -tiefen sowie über die Begrünung“ festgelegt werden. Anforderungen mit baugestalterischen Absichten dürfen die Nutzung erneuerbarer Energien nicht ausschließen oder unangemessen beeinträchtigen. Weiter ist es möglich, „Anforderungen an die Gestaltung, Bepflanzung und Nutzung der unbebauten Flächen der bebauten Grundstücke“ festzulegen.³²

Photovoltaikpflichten nach dem Klimaschutzgesetz BW

Das Klimaschutzgesetz BW³³ in der Fassung der Änderungen durch das Gesetz vom 12. Oktober 2021 (GBl. S. 837) beinhaltet zwei „Photovoltaik-Regelungen“:

- Photovoltaikanlagen auf Dachflächen (§ 8a) und
- Photovoltaikanlagen auf Parkplätzen (§ 8b).

Nach § 8a (PV auf Dachflächen) ist jeder, der ein neues Nichtwohngebäude baut, mit der Einreichung des Bauantrages ab dem 01.01.2022 verpflichtet eine PV-Anlage zu installieren. Für Wohngebäude gilt diese Verpflichtung ab Einreichung des Bauantrages ab dem 01.05.2022. Bei grundlegender Dachsanierung greift die Verpflichtung auf jeden Fall ab dem 01.01.2023.

Wenn eine Gründach-Pflicht besteht, sind die beiden Verpflichtungen bestmöglich in Einklang zu bringen. Außenflächen und nahegelegene Freiflächen sind als Ersatzflächen geeignet; Solarthermieanlagen sind als Ersatzanlagen für PV-Anlagen vorgesehen. Details zur PV-Pflicht werden über eine Rechtsverordnung des Umweltministeriums³⁴ geregelt.

Nach § 8b (PV auf Parkplätzen) ist jeder, der einen neuen offenen Parkplatz baut, mit der Einreichung des Bauantrages ab dem 01.01.2022 verpflichtet eine Photovoltaik-Anlage zu installieren. Dies gilt für alle neuen Parkplätze mit mehr als 35 Stellplätzen.

Ausnahmen bestehen für Parkplätze unmittelbar entlang von Fahrbahnen öffentlicher Straßen. Die untere Baurechtsbehörde kann aus städtebaulichen Gründen weitere Ausnahmen erteilen.

³² Die Rechtsgrundlage für das Verbot von „Schottergärten“ findet sich in § 21a Naturschutzgesetz BW: „Es ist darauf hinzuwirken, dass Gartenanlagen insektenfreundlich gestaltet werden und Gartenflächen vorwiegend begrünt werden. Schotterungen zur Gestaltung von privaten Gärten sind grundsätzlich keine andere zulässige Verwendung im Sinne des § 9 Absatz 1 Satz 1 LBO. Gartenflächen sollen ferner wasseraufnahmefähig belassen oder hergestellt werden.“

§ 9 Absatz 1 Satz 1 LBO: „Die nichtüberbauten Flächen der bebauten Grundstücke müssen Grünflächen sein, soweit diese Flächen nicht für eine andere zulässige Verwendung benötigt werden. Ist eine Begrünung oder Bepflanzung der Grundstücke nicht oder nur sehr eingeschränkt möglich, so sind die baulichen Anlagen zu begrünen, soweit ihre Beschaffenheit, Konstruktion und Gestaltung es zulassen und die Maßnahme wirtschaftlich zumutbar ist.“

³³ <https://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=KlimaSchG+BW&psml=bsbawueprod.psml&max=true&aiz=true>

³⁴ Verordnung des Umweltministeriums zu den Pflichten zur Installation von Photovoltaikanlagen auf Dach- und Parkplatzflächen (Photovoltaik-Pflicht-Verordnung–PVPf-VO) vom 11.10.2021, https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/4_Klima/Klimaschutz/Klimaschutzgesetz/Photovoltaikpflicht-Verordnung-Baden-Wuerttemberg-barrierefrei.pdf; eine Begründung wird hier gegeben: https://um.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-um/intern/Dateien/Dokumente/4_Klima/Klimaschutz/Klimaschutzgesetz/Photovoltaikpflicht-Verordnung-Baden-Wuerttemberg-Verordnungsbegrueundung-barrierefrei.pdf; siehe auch das Rechtsgutachten von Longo/Stryi-Hipp, https://www.kln-anwalte.de/wp-content/uploads/2021/10/210421_Gutachten_PV-Pflicht_BW.pdf.

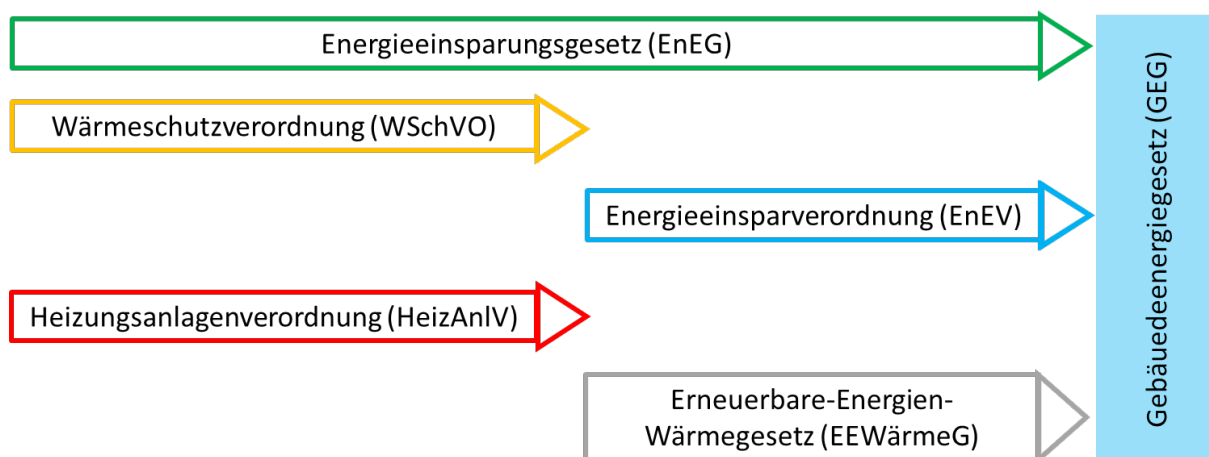
Details zur PV-Pflicht werden über die bereits genannte Rechtsverordnung des Umweltministeriums festgelegt.³⁵

Im Blick behalten sollte der Klimaschutzmanager:

- Nutzungskonflikte von PV-Flächen mit Dach-Grünflächen.
- Das Management von Ersatzflächen – Nutzungskonkurrenz mit weiteren Maßnahmen.
- Befreiung bei „unverhältnismäßig hohem wirtschaftlichen Aufwand“ (§ 8a, siehe § 7 PV-PflichtVO).
- Die Definitionspraxis der „35 Parkplätze“ (zumal ein einziger Nicht-PKW-Platz genügt, um nicht mehr der Verordnung zu unterfallen). Auch die räumliche Anordnung der Parkplätze kann interessant werden, da die Verordnung verlangt, dass vier Stellplätze „unmittelbar nebeneinander“ angeordnet sein müssen.
- Ausnahmen aus „städtebaulichen Gründen“ möglich.
- Dächerprogramm in der Gemeinde initiieren/beleben.

Gebäudeenergiegesetz (GEG)

Das Gebäudeenergiegesetz (GEG)³⁶ führte 2020 eine Reihe von gesetzlichen Regelungen zusammen.



³⁵ Siehe die vorstehende FN.

³⁶ <https://www.gesetze-im-internet.de/geg/GEG.pdf>

Das politisch brisanteste am Gebäudeenergiegesetz in seiner jetzigen Fassung dürfte sein, was Jungmann/Lambrecht so zusammenfassen:

„... durch einen geringfügig besseren Wärmeschutz komplett auf erneuerbare Energien verzichten zu können ...“³⁷

D. h. mit dem jetzt vorliegenden GEG kommen wir nicht weit!

Der im GEG verwendete Begriff des „Niedrigstenergiehauses“ reibt sich mit der zugrunde liegenden EU-Richtlinie wg. Behandlung der erneuerbaren Energien. Während die Richtlinie davon ausgeht, dass der energetische Restbedarf durch erneuerbare Energien gedeckt wird, kann beim GEG ganz auf erneuerbare Energien verzichtet werden, wenn der Wärmebedarf um 15% unterschritten wird.³⁸ Und dann auch noch der Rückstand auf andere europäische Länder. Beispielsweise ist in Luxemburg das energetisch effektivere Passivhaus seit 2017 Standard.

Der Koalitionsvertrag zwischen SPD, Grünen und FDP³⁹ widmet sich dem GEG und dem bestehenden Änderungsbedarf dann auch besonders ausführlich:

„... ändern das Gebäudeenergiegesetz (GEG) wie folgt: Zum 1. Januar 2025 soll jede neu eingebaute Heizung auf der Basis von 65 Prozent erneuerbarer Energien betrieben werden; zum 1. Januar 2024 werden für wesentliche Ausbauten, Umbauten und Erweiterungen von Bestandsgebäuden im GEG die Standards so angepasst, dass die auszutauschenden Teile dem EH 70 entsprechen; im GEG werden die Neubau-Standards zum 1. Januar 2025 an den KfW- EH 40 angeglichen. Daneben können im Rahmen der Innovationsklausel gleichwertige, dem Ziel der THG-Emissionsreduzierung folgende Maßnahmen eingesetzt werden.“

GEG und Anschluss- und Benutzungszwang

Das GEG ist im Rahmen dieser Betrachtung aber aus einem anderen Grund von Bedeutung: Es stellt in § 109 GEG die bundesrechtliche Rechtsgrundlage für einen Anschluss- und Benutzungszwang in der Wärmeversorgung klar.

„§ 109 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.“

In § 11 GemO BW⁴⁰ findet sich die landesrechtliche Regelung für den Anschluss- und Benutzungszwang, auf die § 109 GEG verweist:

³⁷ Uli Jungmann und Klaus Lambrecht in „GEG im Bild. Praxisgerecht kommentiert und grafisch umgesetzt“, Köln 2021, S. 71, S. 35.

³⁸ Ebenda.

³⁹ https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf

⁴⁰ <https://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=GemO+BW&psml=bsbawue-prod.psml&max=true&aiz=true>

„§ 11 Anschluss- und Benutzungszwang

- (1) *Die Gemeinde kann bei öffentlichem Bedürfnis durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebiets den Anschluss an Wasserleitung, Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung, die Versorgung mit Nah- und Fernwärme und ähnliche der Volksgesundheit oder dem Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens einschließlich des Klima- und Ressourcenschutzes dienende Einrichtungen (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen sowie der Schlachthöfe (Benutzungszwang) vorschreiben. ...*
- (2) *Die Satzung kann bestimmte Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang zulassen. Sie kann den Zwang auf bestimmte Teile des Gemeindegebiets oder auf bestimmte Gruppen von Grundstücken, Gewerbebetrieben oder Personen beschränken.“*

Bei der Einrichtung eines kommunalen Anschluss- und Benutzungszwanges per Satzung stehen im Einzelnen die folgenden Fragen im Vordergrund:

- Begründung der klimaschützenden Wirkung: Eignung der Fernwärme zur Verbesserung des Klimaschutzes?
- Betrieb des Wärmenetzes in einer öffentlichen Einrichtung?
- Regelung der Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang: Eigener Einsatz regenerativer Energien auf Seiten des Kunden.⁴¹
- Übergangsregelungen, Härtefallregelungen, wenn Bestand erfasst werden soll.

Ergänzend und alternativ sollten Überlegungen angestellt werden, wie vergleichbare Ziele mit Maßnahmen kommunaler Grundstücksgeschäfte (unten Teil II) erreicht werden können.

Der Anschluss- und Benutzungszwang muss als klimaschützendes Instrument neu bewertet werden, da der Gesetzgeber mit Änderungen der AVBFernwärmeV (Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme)⁴² den Lieferungen von Wärme über Grundstücksgrenzen hinweg (hier findet in der Regel die AVBFernwärmeV Anwendung) den „Teppich unter den Füßen“ weggezogen hat.

Am 04.10.2021 ist die „Verordnung zur Umsetzung der Vorgaben zu Fernwärme und Fernkälte in der Richtlinie (EU) 2018/2002 sowie in der Richtlinie (EU) 2018/2001“ vom 28.09.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Sie trat am 05.10.2021 bereits in Kraft.⁴³ Es handelt sich um die tiefgreifendsten Änderungen im Recht der Wärmeversorgung seit Inkrafttreten der AVBFernwärmeV im Jahr 1980.

⁴¹ Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Urt. v. 27.08.2021 – 4 A 157/19; Leitsatz nach Juris: „Ein Befreiungstatbestand einer Fernwärmesatzung verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wenn mit Hilfe einer Rückausnahme die Möglichkeiten zur Schaffung „genauso guter“ alternativer Wärmeversorgungsanlagen unangemessen eingeschränkt werden.“

VG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 16.06.2021 – 1 K 5140/18, zur Befreiungsmöglichkeit vom Anschluss- und Benutzungszwang an die Fernwärmeversorgung. Leitsatz nach Juris: „Eine Satzungsbestimmung betreffend die Befreiungsmöglichkeit vom angeordneten Anschluss- und Benutzungszwang an die Fernwärmeversorgung der Gemeinde verstößt gegen höherrangiges Recht, soweit sie ohne sachlichen Grund zwischen erneuerbaren Energien i.S.d. § 2 EEWärmeG und Ersatzmaßnahmen gem. § 7 EEWärmeG differenziert.“

⁴² https://www.gesetze-im-internet.de/avbfernw_rmev/AVBFernw%C3%A4rmeV.pdf

⁴³ Die Verordnung, sieht auch die Einführung einer „Verordnung über die Verbrauchserfassung und Abrechnung bei der Versorgung mit Fernwärme oder Fernkälte (Fernwärme- oder Fernkälte-Verbrauchserfassungs- und -Abrechnungsverordnung – FFVAV)“ vor, was aber hier nicht weiter von Interesse ist.

§ 3 AVBFernwärmeV ermöglicht es dem Kunden, durch einseitige Erklärung die vertraglich vereinbarte Wärmeleistung (Leistung) während der Vertragslaufzeit zu reduzieren. Die Anpassung der Leistung kann einmal jährlich mit einer Frist von vier Wochen zum Ende eines Kalendermonats erfolgen und bedarf keines Nachweises, sofern sich die Leistung nicht um mehr als 50 Prozent reduziert.

Der Leistungspreis ist anzupassen.⁴⁴ Im Gesetzestext selbst ist es nicht ausdrücklich geregelt, dass trotz Leistungsreduzierung der Grundpreis weiter zu zahlen wäre. Die ebenfalls nicht sehr klare Gesetzesbegründung ist aber wohl so zu verstehen, dass mit der Leistungsreduzierung auch der Leistungspreis zu reduzieren sei.

Darüber hinaus kann der Kunde eine Anpassung der Leistung, die eine Reduktion um mehr als 50 Prozent im Vergleich zur vertraglich vereinbarten Leistung darstellt, oder eine Kündigung des Versorgungsvertrages mit zweimonatiger Frist vornehmen, sofern er die Leistung durch den Einsatz erneuerbarer Energien ersetzen will. Er hat zu belegen, dass erneuerbare Energien eingesetzt werden sollen.

Die Neufassung der § 3 AVBFernwärmeV lautet:⁴⁵

„§ 3 Anpassung der Leistung

- (1) *Das Fernwärmeversorgungsunternehmen hat dem Kunden die Möglichkeit einzuräumen, eine Anpassung der vertraglich vereinbarten Wärmeleistung (Leistung) während der Vertragslaufzeit vorzunehmen. Die Anpassung der Leistung nach Satz 1 kann einmal jährlich mit einer Frist von vier Wochen zum Ende eines Kalendermonats erfolgen und bedarf keines Nachweises, sofern sich die Leistung nicht um mehr als 50 Prozent reduziert.*
- (2) *Der Kunde kann eine Anpassung der Leistung, die eine Reduktion um mehr als 50 Prozent im Vergleich zur vertraglich vereinbarten Leistung darstellt, oder eine Kündigung des Versorgungsvertrages mit zweimonatiger Frist vornehmen, sofern er die Leistung durch den Einsatz erneuerbarer Energien ersetzen will. Er hat zu belegen, dass erneuerbare Energien eingesetzt werden sollen.“*

Da Wärmeversorgungsanlagen einschließlich der Wärmenetze auf längerfristigen Kalkulationen beruhen, hat der Gesetzgeber dies mit einer außergewöhnlich langen Grundlaufzeit für Wärmelieferungsverträge in § 32 AVBFernwärmeV berücksichtigt:

„§ 32 Laufzeit des Versorgungsvertrages, Kündigung

- (1) *Die Laufzeit von Versorgungsverträgen beträgt höchstens zehn Jahre. Wird der Vertrag nicht von einer der beiden Seiten mit einer Frist von neun Monaten vor Ablauf der Vertragsdauer gekündigt, so gilt eine Verlängerung um jeweils weitere fünf Jahre als stillschweigend vereinbart.*
- (2) *Ist der Mieter der mit Wärme zu versorgenden Räume Vertragspartner, so kann er aus Anlaß der Beendigung des Mietverhältnisses den Versorgungsvertrag jederzeit mit zweimonatiger Frist kündigen.“*

⁴⁴ Ebenso Stefan Wollschläger, Neue Risiken bei der Fernwärme, ZfK 12/2021, S. 21.

⁴⁵ https://www.gesetze-im-internet.de/avbfernw_rmev/AVBFernw%C3%A4rmeV.pdf

Was ist in der Situation zu tun, insbesondere um Widersprüche zu Wärmeplänen nach § 7c Klimaschutzgesetz BW⁴⁶ zu vermeiden?

Vorbeugend sollten Anschlussverhältnisse nicht nur negativ über Verbrennungsverbote nach § 9 Abs. 1 Nr. 23 a BauGB geschützt werden, sondern auch über Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem Grundstückskauf (dazu nachfolgend Teil II). Ein Anschluss- und Benutzungszwang ist angesichts der jüngeren Rechtsprechung gerade bei der „Ausstiegsbegründung erneuerbare Energien“ – wie oben gerade gezeigt – nicht sehr weitreichend. Gerade für den Fall, den jetzt auch § 3 AVBFernwärmeV im Auge hat, erwartet die jüngere Rechtsprechung Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang. Insoweit besteht ein gewisser Gleichlauf zwischen vorgeblich verbraucherschützenden Bestimmungen und der Verhinderung des wirtschaftlichen Erfolgs klimaschützender Maßnahmen.

In den Wärmelieferverträgen lassen sich zudem gewisse risikoreduzierende Maßnahmen ergreifen, die aber in der Vertragspraxis bislang kaum realisiert werden. Die Branche erweckt den Anschein, erst einmal abwarten zu wollen.

Ist der Konfliktfall eingetreten, gerät § 57 Abs. 1 GEG in den Blick, der ein Verschlechterungsverbot für genehmigungsrelevante Effizienzmaßnahmen vorsieht:

„(1) Eine Anlage und Einrichtung der Heizungs-, Kühl- oder Raumluftechnik oder der Warmwasserversorgung darf, soweit sie zum Nachweis der Anforderungen energieeffizienter Vorschriften des Bundes zu berücksichtigen war, nicht in einer Weise verändert werden, dass die energetische Qualität des Gebäudes verschlechtert wird.“

Die Regelung wird ergänzt durch die Betriebspflicht nach § 58 (GEG):

- „(1) Energiebedarfssenkende Einrichtungen in Anlagen und Einrichtungen der Heizungs-, Kühl- und Raumluftechnik sowie der Warmwasserversorgung sind vom Betreiber betriebsbereit zu erhalten und bestimmungsgemäß zu nutzen.*
- (2) Der Betreiber kann seine Pflicht nach Absatz 1 auch dadurch erfüllen, dass er andere anlagentechnische oder bauliche Maßnahmen trifft, die den Einfluss einer energieeffizienten Einrichtung auf den Jahres-Primärenergiebedarf ausgleicht.“*

Wie praxistauglich diese Regelung ist, wird sich zeigen. Ein Baurechtsamt muss schon sehr gut aufgestellt sein, um allein schon solche Änderungen in einer Kundenanlage mitzubekommen.

Sonstige GEG-Regelungen im Blick des Klimaschutzmanagers

Weitere Anwendungsfragen des GEG, die der Aufmerksamkeit des Klimaschutzmanagers gegenüber der Verwaltungspraxis empfohlen werden:

- Wie und mit welchen Inhalten werden Vereinbarungen zur gemeinsamen Erfüllung von Verpflichtungen im Quartier getroffen (§§ 107, 103 Abs. 3 GEG)?

⁴⁶ Siehe hierzu: <https://www.agfw.de/energiewirtschaft-recht-politik/recht/aktuelles-aus-dem-be-reich/detail/verwaltungsgericht-freiburg-unwirksamer-anschluss-und-benutzungszwang-bei-diffe-renzierung-zwischen/>.

- Wie werden „Unbillige Härten“ als Befreiungen vom Inbetriebnahmeverbot für Öl- und Kohleheizungen ab 2026 gehandhabt (§ 72 Abs. 4 und Abs. 6 GEG)? Mit den Befreiungen wird möglicherweise nicht bis zum Jahre 2026 gewartet werden.
- Welche Möglichkeiten bestehen für die verpflichtenden Beratungsgespräche für Baumaßnahmen (§ 48 GEG) und für die Käufer von Ein- und Zweifamilienhäusern (§ 80 GEG)?
- Anbauten können zu „Quasineubauten“ werden, für die geringere Anforderungen lediglich für den Wärmeschutz, aber nicht für den Einsatz erneuerbarer Energien gelten können (§ 51 GEG). Wie sieht die Genehmigungspraxis aus? Gibt es da „Luft nach oben“?
- Erfolgen trotz der Pflicht zur Nutzung erneuerbarer Energien bei bestehenden öffentlichen Gebäuden dennoch Streckungen von Maßnahmen um mehr als 2 Jahre nach § 52 GEG (Heizkessel oder Heizungsanlage sowie 20% Gebäudehülle) und werden Ausnahmen nach § 55 GEG wegen Überschuldung in Anspruch genommen?
- Wie wird das Verbot von (neg.) Veränderungen, § 57 GEG, und die Betreiberpflichten (§ 58 GEG) kontrolliert und wie auf Verstöße reagiert? Wer ist dafür verantwortlich? Ist der behördliche Prozess so organisiert, dass diese Verstöße überhaupt auffallen?
- Wird die Innovationsklausel des § 103 GEG vertretbar gehandhabt?

Die vorstehenden Anregungen sind für den Klimaschutzmanager nicht verpflichtend. Die damit verbundenen Fragen zu stellen, muss nicht unbedingt dessen Akzeptanz in der Verwaltung dienlich sein.

- Gehört es zum Selbstverständnis eines Klimaschutzmanagers die verwaltungsinterne Klimaschutzrevision einzunehmen?
- Ist es seine Aufgabe eine über die Gesetzestreue (Compliance) hinausgehende Aufgabenwahrnehmungen anzustoßen?

Teil II Kommunale Grundstücksgeschäfte

1. Klauseln für Grundstückskaufverträge und Dienstbarkeiten

Teil II des Beitrages geht der Frage nach, was sich bei kommunalen Grundstücksgeschäften gestalten lässt. Im ersten Abschnitt darin geht es um bereits übliche, in der Notarpraxis verbreitete Gestaltungen. Im zweiten Abschnitt geht es um Einschränkungen, die Kommunen als öffentliche Auftraggeber in Kauf nehmen müssen und die ebenfalls einer gründlichen Prüfung bedürfen.

Kommunen betätigen sich gerade im ländlichen Bereich oft als Verpächter von land- und forstwirtschaftlich genutzten Grundstücken. Hier bestehen Gestaltungsmöglichkeiten für klimarelevante Maßnahmen bei Vermietungen und Verpachtungen. Da solche Verträge oft längerfristig abgeschlossen werden, kann die einmalige Inventur und Festlegung von Klimaschutzstandards viel bewegen. Das soll aber nicht der Schwerpunkt dieses Beitrages sein.

Hier soll es um die Kommune als Eigentümer von Grundstücken gehen, die der Bebauung zugeführt werden sollen. Entsprechend anwendbar sind die zu erörternden Gestaltungsmöglichkeiten auch bei Grundstücksveräußerungen im Bestand. Sie können auch Anwendung finden, wenn Dritte Grundstücke in Abstimmung mit der Gemeinde veräußern. Das heißt, die Kommune nimmt solche Gestaltungen in eigenen Verträgen vor oder veranlasst Dritte (z. B. Investoren, solche Regelungen in deren Verträge aufzunehmen (wie z.B. aus div. „Einheimischen-Baumodellen“ bekannt).

Im Folgenden geht es zunächst um vereinfachte Regelungsbeispiele für Grundstücksveräußerungen und dann um grundstücksrelevante „Auflagen“ in Verträgen. In der Regel handelt es sich hierbei um Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 ff BGB), beschränkt persönliche Dienstbarkeiten (§§ 1090 ff BGB) und Reallasten (§§ 1105 ff BGB).⁴⁷

Gestaltung von Grundstückskaufverträgen

Bevor die Gemeinde über Grundstücksveräußerungen sich der Vermögenswerte endgültig be gibt, sollte in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die Ausgabe von zeitlich befristeten Erbbaurechten die Gemeinde nicht weiterbringt und dies für den Investor nicht auch ausreichend ist.⁴⁸

Beispiel: Baupflichten beim Grundstücksverkauf

In einem Grundstückskaufvertrag übernimmt der Käufer gegenüber der Gemeinde die Pflicht, das Grundstück innerhalb einer bestimmten Frist zu bebauen. Für das zu errichtende Gebäude werden bestimmte Merkmale festgelegt. Vor Abschluss der Bebauung wird das Grundstück

⁴⁷ <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>

⁴⁸ Die Gestaltungsmöglichkeiten für die kommunale Seite sind größer bei der Ausgabe von Erbbaurechten als bei Grundstücksverkäufen. Der BGH bestätigt die ältere Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 09.02.2019, V ZR 176/17, Rn. 21), nach der sich dauerhaft Beschränkungen mit weniger Restriktionen für die kommunale Seite mit der Ausgabe von Erbbaurechten erreichen lassen: „Dauerhafte Beschränkungen lassen sich nur erreichen, wenn der öffentliche Zweck nicht mit dem Instrument des Grundstücksverkaufs, sondern mit dem dazu bestimmten Instrument der Ausgabe eines Erbbaurechts verfolgt wird (vgl. Senat, Urteil vom 26. Juni 2015 - V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rn. 21 bis 27 mwN; Urteil vom 16. März 2018 - V ZR 306/16, NVwZ 2018, 1414 Rn. 28).“

grundsätzlich nicht veräußert. Vertragsverstöße sind mit einem Wiederkaufsrecht der Gemeinde sanktioniert. Zusätzliche Regelungen wie Vertragsstrafen, grundbuchliche Sicherungen etc. sind im Einzelfall zu prüfen.

Das ist der Kern der vertraglichen Verpflichtung, die Bestandteil der Notarhandbücher ist. Dieser Kern ist ausbaufähig nach den Klimaschutzbedingten Gestaltungsinteressen der Gemeinde.⁴⁹

1. *Der Käufer verpflichtet sich, auf dem Grundstück innerhalb eines Zeitraums von ... Monaten ab dem Zeitpunkt, zu dem ein Wohnhausbau rechtlich genehmigt werden kann bzw. genehmigungsfrei zulässig ist, ein Wohngebäude bezugsfertig zu erstellen, mit einer Wohnfläche nach BetrKV von mindestens ... m², entsprechend der Festsetzung des jeweils geltenden Bebauungsplans bzw. der Baugenehmigung und des Gebäudeenergiegesetzes.*
2. *Ferner verpflichtet sich der Käufer, binnen ... Monaten ab heute einen genehmigungsfähigen Bauantrag für ein entsprechendes Wohnhaus einzureichen und mit der Bauausführung innerhalb von ... Monaten nach Erteilung der Genehmigung bzw. Mitteilung der Baubehörde über die Genehmigungsfreiheit zu beginnen, sofern keine Rechtsbehelfe Dritter eingelegt werden, und das Wohnhaus sodann innerhalb von ... Monaten fertigzustellen. Werden Rechtsbehelfe Dritter eingelegt, beginnt die Frist erst mit rechtskräftiger Erledigung dieser Rechtsbehelfe.*
3. *Der Käufer verpflichtet sich, das Vertragsgrundstück vor Erfüllung dieser Baupflicht nicht zu veräußern, außer an Ehegatten oder Abkömmlinge, die diese Verpflichtungen übernehmen.*

Der Käufer erklärt sich bereit,

- a) *die Vertragsfläche innerhalb von 5 Jahren im Rahmen der Festsetzungen des Bebauungsplanes zu bebauen, und*
- b) *die Vertragsfläche in unbebautem Zustand nicht zu veräußern.*

Erfüllt der Käufer diese Bauverpflichtung nicht termingerecht oder verstößt er gegen das Veräußerungsverbot, ist der Verkäufer zum Wiederkauf der Vertragsfläche berechtigt.

Beispiel: Baupflichten nach ökologischen und baubiologischen Grundsätzen

Im nachfolgenden Beispiel erfolgt diese Erweiterung um eine präzisere Ausgestaltung der erwünschten ökologischen und baubiologischen Merkmale der Bebauung.⁵⁰

„... verpflichtet sich der Käufer, die in der ... Anlage zu diesem Vertrag aufgeführten Bestimmungen – soweit im Einzelnen nichts Anderes festgelegt ist – bis zum Ablauf von ... Jahren ab Bezugsfertigkeit des Gebäudes zu beachten. Weitergehende Auflagen in der Baugenehmigung werden davon nicht berührt.

Der Käufer verpflichtet sich rechtzeitig die Auflagen des

⁴⁹ Das nachfolgende Beispiel orientiert sich an Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl., Köln 2020; vgl. weitere Vorschläge in Böttcher, Faßbender, Waldhoff, Erneuerbare Energien in der Notar- und Gestaltungspraxis, München 2014.

⁵⁰ Ebenda.

- a) *Ökologischen Kriterienkataloges (ÖK)*
 b) *Kataloges zugelassener Baustoffe (BS)*
mit dem Bauordnungsamt abzustimmen.“
 u.a.

Im Ökologischen Kriterienkatalog können beispielsweise Aufnahme finden die Errichtung und der Betrieb von

- Photovoltaik-Anlagen
- (netzdienlichen) Stromspeichern
- Solarthermischen Anlagen
- Wärmepumpen
- Warmwasserspeichern
- Anschlüssen für E-Ladestationen (einschl. bidirektionales Laden)
- sowie der Anschluss an das lokale Wärmenetz.

Weiter können Energiestandards definiert werden, die über die Verpflichtungen des Gebäudeenergiegesetzes hinausgehen.

Im Katalog zugelassener Baustoffe kann auf entsprechende Regelwerke verwiesen werden oder entsprechende Verzeichnisse können in die Anlage zum Vertrag aufgenommen werden. Hierfür stehen vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung.⁵¹ Für die Ausgestaltung der gemeindespezifischen Kataloge empfiehlt es sich dringend, sachverständige Unterstützung einzuholen.

Weiter im Formulierungsbeispiel:

„Nach Abschluss des Bauvorhabens ist dem Bauordnungsamt vom Käufer eine Bestätigung eines fachkundigen Gutachters oder Architekten vorzulegen, dass die Auflagen des Ökologischen Kriterienkatalogs (ÖK) und des Kataloges zugelassener Baustoffe (BS) bei der Bauausführung beachtet wurden.

Kommt der Käufer einer der vereinbarten Verpflichtungen nicht oder nicht fristgerecht nach, so kann die Gemeinde, nach vorheriger schriftlicher Erinnerung und Fristsetzung für die Erfüllung der Verpflichtung bzw. Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes, nach ergebnislosem Ablauf der gesetzten Nachfrist für jede Pflichtverletzung eine Vertragsstrafe verlangen, und zwar im Einzelnen bei Verstoß gegen folgende Bestimmungen des BS bzw. des ÖK:

| | | | |
|-------------|-----------|---------|----------------------------|
| Ziffer 1 BS | einmalig | ...,- € | (Baustoffe) |
| Ziffer 2 BS | einmalig | ...,- € | (Wärmeschutz) |
| Ziffer 1 ÖK | einmalig | ...,- € | (Gebäude/Solararchitektur) |
| Ziffer 2 ÖK | monatlich | ...,- € | (Brennstoffe) |
| Ziffer 3 ÖK | monatlich | ...,- € | (Regenwassernutzung) |
| Ziffer 4 ÖK | monatlich | ...,- € | (Pflanzenschutzmittel).“ |

⁵¹ Vgl. beispielsweise <https://www.baunetzwissen.de/nachhaltig-bauen/tipps/linkliste/datenbank-fuer-umweltgerechte-bauprodukte-4890346>, aus AGB-rechtlichen Gründen empfiehlt sich die Aufnahme des Textes in den Vertrag oder in eine Anlage zum Vertrag. Der bloße Verweis über einen Hyperlink ist problematisch.

Es folgen weitere Regelungen für Einzelheiten bei den Vertragsstrafen, für die Abwicklung des Vertrages, über Sicherheiten und grundbuchliche Sicherungen etc.

Beispiel: Verpflichtung zur Übernahme eines Contracting-Vertrages

Zur Beschleunigung der Grundstücksvermarktung oder der Bauvorhaben kann es sinnvoll sein, die Wärmeversorgung von vorneherein einem entsprechenden Unternehmen zu übertragen. Die Grundstücke werden dann „zusammen“ mit dem Wärmelieferungsvertrag verkauft.⁵² Aus einem Praxisbeispiel nach Krauß folgen Auszüge, die einen Eindruck vom Kernbereich der Regelungen vermitteln sollen:

„Dem Käufer ist bekannt, dass der Verkäufer mit der ... GmbH (»Contractor«) einen Energie-Wärmelieferungsvertrag mit verbleibender Laufzeit bis zum ... geschlossen hat, demzufolge die im Objekt befindliche Energieversorgungsanlage – jedenfalls auf die Laufzeit dieses Vertrags – im Eigentum des Contractors steht. Dieser Vertrag ist dem Käufer bekannt.

Dem Käufer ist demnach insbesondere bekannt, dass

- (a) der Vertrag eine anfängliche Festlaufzeit bis zum ... vorsieht,*
- (b) der Wärmepreis anfänglich ... Cent pro kWh beträgt, jedoch Preisanpassungsklauseln enthalten sind, und*
- (c) es dem Käufer untersagt ist, eigene Wärmeerzeugungsanlagen zu betreiben.*

Der Käufer verpflichtet sich, anstelle des Verkäufers alle Pflichten aus diesem Vertrag, nicht jedoch etwaige Rückstände, zu übernehmen. ...

Der Käufer verpflichtet sich, Rechtsnachfolger im Eigentum in entsprechender Weise zu verpflichten, unter Einschluss dieser Weitergabepflicht. ...

Der Käufer übernimmt ferner die zugunsten des Contractors eingetragene Dienstbarkeit und verpflichtet sich, die daraus sich ergebenden Duldungs- und Unterlassungspflichten in Entlastung des Verkäufers auch schuldrechtlich zu erfüllen, insbesondere die Pflicht zur Überlassung der zum Betrieb der Wärmelieferungsanlage erforderlichen Räume. ...“

Zu den möglichen Auswirkungen des neuen § 3 AVBFernwärmeV gelten die vorstehend zum GEG und zum Anschluss- und Benutzungszwang angestellten Überlegungen hier entsprechend.

Gestaltung von grundstücksverbundenen Auflagen

In der Regel handelt es sich hierbei um Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 ff BGB), beschränkt persönliche Dienstbarkeiten (§§ 1090 ff BGB) und Reallasten (§§ 1105 ff BGB).⁵³

Zunächst wird eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit mit dem Kernbereich von Verbrennungsverboten vorgestellt, die sich als Sicherung von Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB oder an deren Stelle nach Prüfung im Einzelfall empfehlen könnte.⁵⁴

⁵² Ebenda.

⁵³ <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>

⁵⁴ Das nachfolgende Beispiel orientiert sich an Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl., Köln 2020.

Beispiel: Verbrennungsverbote und Nutzungspflichten umweltfreundlicher Energien

Beim ersten hier folgenden Beispiel geht es um die Festlegung der Unterlassung, bestimmte Brennstoffe einzusetzen,⁵⁵ im zweiten, daran anschließenden Beispiel werden bestimmte Energieerzeugungstechniken⁵⁶ festgelegt.

„Der Käufer verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer zur Einhaltung der nachfolgenden Beschränkung hinsichtlich der Nutzung von Energie zur Beheizung und Warmwasserbereitung, und verpflichtet sich weiter, auch Rechtsnachfolger mit Weitergabeverpflichtung entsprechend zu binden.

Ferner verpflichtet er sich, die immerwährende Verpflichtung des jeweiligen Eigentümers, die Nutzung fester, flüssiger und gasförmiger Brennstoffe (wie Erdgas oder Flüssiggas) zur Beheizung und Warmwasserbereitung zu unterlassen, durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinde ... im Rang lediglich nach ... zu sichern.

Daher bewilligt und beantragt er, als verbundener Antrag mit dem eigenen Eigentumserwerb (§ 16 Abs. 2 GBO) die Eintragung folgender Dienstbarkeit zugunsten der Gemeinde ... im Grundbuch an FSt ... im endgültigen Rang ausschließlich nach ..., an zunächst nächstoffener Rangstelle:

»Der jeweilige Eigentümer hat im Bereich der Vertragsfläche jegliche Beheizung und Warmwasserbereitung mit festen, flüssigen und gasförmigen Brennstoffen (z. B. Holz, Kohle, Heizöl, Erdgas, Flüssiggas) zu unterlassen. Dies gilt auch für die Befuerung von Kachelöfen, Kaminen usw. mit derartigen Brennstoffen.«

An Ausnahmen für Wasserstoff sollte gedacht werden. Spannend könnte die Frage werden, wo insoweit dann der Unterschied zwischen „grünem“ und „violetterem“ Wasserstoff liegt.⁵⁷

Das vorstehende Beispiel der Bestellung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit ist noch für die Verwendung im Rahmen eines Grundstückskaufs vorgesehen. Das nachfolgende Beispiel ist hingegen eine „selbständige“ Vereinbarung zur Bestellung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit.

Beispiel: Beschränkt persönliche Dienstbarkeiten für erneuerbare Energien

Das folgende Beispiel einer Dienstbarkeit ist im „Vertragshandbuch“⁵⁸ für Photovoltaikanlagen ausformuliert, wobei dieses Recht einem vom Grundstückseigentümer verschiedenen Betreiber der Anlagen eingeräumt wird. Mit geringfügigen Änderungen kann es auch für die Errichtung und den Betrieb von

⁵⁵ In Ablehnung an Walter in Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Auflage 2019.

⁵⁶ Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung wird von „Energieerzeugung“ gesprochen, physikalisch korrekt ist diese Bezeichnung nicht. Der Begriff der „Energieumwandlung“ wäre näherliegender, aber für den allgemeinen Sprachgebrauch ungewöhnlicher; weitere Hinweise: <https://de.wikipedia.org/wiki/Energiewandler>.

⁵⁷ Zur „Farbenlehre“ des Wasserstoffs: <https://www.solarify.eu/2020/03/18/wasserstoff-farbenlehre/>.

⁵⁸ Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Auflage 2019.

- (netzdienlichen) Stromspeichern
- Solarthermischen Anlagen
- Wärmepumpen
- Warmwasserspeichern
- Anschlüssen für E-Ladestationen (einschl. bidirektionales Laden)
- sowie für Anschlüsse an das lokale Wärmenetz

eingesetzt werden.

„Der Grundstückseigentümer gestattet der ... GmbH auf dem genannten Grundstück die Erstellung und den Betrieb einer Photovoltaikanlage. Die Photovoltaikanlage wird auf dem nach Süden geneigten Dach des Gebäudes und der vor diesem Gebäude nach Süden liegenden Grundstücksfläche angebracht.

Die Lage der Module und der technischen Nebenanlagen ergibt sich aus der Planskizze und dem Grundriss mit Modulbelegungsplan. Sie sind dieser Urkunde als Anlagen beigefügt und auf sie wird Bezug genommen.

Die ... GmbH hat das Recht, diese Photovoltaikanlage und sämtliche zu deren Betrieb erforderlichen Nebenanlagen (Schalt- und Messstation, Wechselrichter, Kabelverbindungen usw.) anzubringen, zu betreiben, zu unterhalten und für den Betriebszeitraum dort zu belassen. Hierzu gehört insbes. auch die Herstellung des erforderlichen Netz- und Telefonanschlusses.

Den von der ... GmbH schriftlich beauftragten Personen ist es jederzeit gestattet, das genannte Grundstück zum Zweck der Erstellung und des Betriebs der Photovoltaikanlage mit deren Inspektionen, Wartungsarbeiten und Vornahme von Instandsetzungs- und Reparaturarbeiten, einschließlich der völligen Erneuerung der Anlage zur Erzeugung von Solarstrom, uneingeschränkt zu betreten und zu befahren.

Der Grundstückseigentümer darf für die Dauer des Vorhandenseins dieser Anlage nichts errichten, umbauen oder entfernen, was den Bestand, den Betrieb oder die Nutzung der Anlage beeinträchtigt oder gefährdet. Das Beweiden der Wiese, auf der sich Photovoltaikmodule befinden, mit Großvieh ist zu unterlassen.

Die Ausübung dieser beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann Dritten überlassen werden. Die Dienstbarkeit wird für eine Dauer von Jahren ab Eintragung im Grundbuch bestellt.“⁵⁹

Beispiel: Beschränkt persönliche Dienstbarkeiten für grundstücksbezogene Energieerzeugung und -verbrauch

In der folgenden, selbständig vereinbarten Gestattung erhält ein Dritter das Recht, auf einem Grundstück die Energieerzeugung und -versorgung zu betreiben. Dessen Rechte sind weitgehend gegenüber dem Grundstückseigentümer sowie den Nutzern des Grundstückes abgesichert. In dem Beispiel sieht der Sachverhalt ein Blockheizkraftwerk vor. Mit entsprechender Anpassung kann die Dienstbarkeit beispielsweise auch für solarthermische Anlagen und/oder Wärmepumpenfelder eingesetzt werden.

⁵⁹ Formulierung in Anlehnung an Walter in Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Auflage 2019.

Die Vereinbarung von beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten vor Verbringung von Energieerzeugungsanlagen auf das betreffende Grundstück sichert zudem das zivilrechtliche Eigentum vor dessen Verlust durch Verbindung mit dem Grundstück.

Diese beschränkt persönliche Dienstbarkeit kann beispielsweise gegenüber einem Gewerbe- oder Industriebetrieb Anwendung finden, wenn häufige Änderungen in der Unternehmensträgerschaft Probleme („Fluktuation“) in der Rechtsnachfolge erwarten lassen.

„... gestattet der ... GmbH die Benutzung des Grundstückes gemäß Ziffer 1.

Alle Beteiligten bewilligen und beantragen, die nachfolgenden Dienstbarkeiten in das Grundbuch einzutragen. Die Dienstbarkeiten sollen in Abteilung II und III den 1. Rang erhalten, zunächst aber auch an bereitester Stelle eingetragen werden. Die Beteiligten bewilligen – soweit Selbstberechtigung besteht – und beantragen – zugleich zustimmend – die zur Eintragung des richtigen Ranges notwendigen Rechtsänderungen, insbesondere auch den Rangrücktritt der Rechte ... hinter den bestellten Dienstbarkeiten:

- 1. Die ... GmbH ist berechtigt, auf dem Grundstück und in den aufstehenden Gebäuden Blockheizkraftwerke sowie sonstige Anlagen zur Brennstofflagerung, für Zwecke der Erzeugung von elektrischer Energie und Warmwasser sowie Dampf einschließlich von elektrischen Zu- und Ableitungen, Wasseraufbereitungsanlagen, Abwasser- und Abgasanlagen sowie Zubehör und Messgeräte – im Folgenden ‚Anlage‘ genannt – zu errichten bzw. einzulegen, diese dauernd zu besitzen, zu betreiben, instand zu halten, zu erneuern, zu verpachten und gegebenenfalls zu entfernen.*

Die ... GmbH ist berechtigt, alle Gebäude und sonstigen Abnahmestellen auf dem Grundstück über diese Leitungen und Verteileranlagen an die Energieerzeugungsanlagen anzuschließen.

- 2. Die ... GmbH ist berechtigt, auf dem Grundstück und in aufstehenden Gebäuden alle der Herstellung, Unterhaltung, Untersuchung, Änderung und Erneuerung der ‚Anlage‘ dienenden Arbeiten vorzunehmen und darauf die hierzu erforderlichen Gegenstände vorübergehend zu lagern. Damit verbunden ist das Recht, das Grundstück und die aufstehenden Gebäude jederzeit zu betreten und mit Fahrzeugen zu befahren sowie das Grundstück mit schwebenden Lasten zu überqueren.*

Die Ausübung dieser beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann Dritten überlassen werden.

- 3. Der Grundstückseigentümer darf auf dem Grundstück Energieerzeugungs-, umwandlungs- und verteilungsanlagen selbst oder durch Dritte nur mit Zustimmung der ... GmbH errichten und betreiben.*

Dem Grundstückseigentümer ist es untersagt, für die Gebäude und sonstigen Abnahmestellen auf dem Grundstück anstelle eigenerzeugter elektrischer Energie andere elektrische Energie einzusetzen.

- 5. Dem Grundstückseigentümer ist es untersagt, elektrische Energie oder Warmwasser von Dritten zu beziehen oder einzusetzen.*
- 6. Dem Grundstückseigentümer ist des Weiteren untersagt, zur Eigenerzeugung elektrischer Energie und von Warmwasser für die Versorgung der Gebäude und sonstigen*

Abnahmestellen auf dem Grundstück andere Primärenergieträger einzusetzen als Erdgas/Biogas/Biomethan/Wasserstoff.

7. *Das ausschließliche Betriebsrecht für Energieerzeugungsanlagen auf dem Grundstück liegt bei der GmbH.“*

Beispiel: Reallast für quartiersbezogene Wärmeversorgung

Für die rechtliche Sicherung der Wärmeversorgung in einem Quartier oder im Gebiet einer „Nahwärmeinsel“ sollten auch sog. „Reallasten“ in die Überlegung einbezogen werden (§§ 1105 ff BGB).⁶⁰ Im nachfolgenden Beispiel wird von einem Grundstück inmitten eines Quartiers die Nachbarbebauung auf den angrenzenden Grundstücken mit Wärme versorgt:⁶¹

- „1. *Im Grundbuch sind eingetragen:*
 - 1.1 *Herr ... als Eigentümer von F1StNr. 400 in Blatt ...*
 - 1.2 *S ... GmbH als Eigentümer von F1StNr. 401 in Blatt ...*
 - 1.3 *Frau ... als Eigentümerin von F1StNr. 402 in Blatt ...*

Die Beheizung und Versorgung mit Warmwasser aller drei Gebäude erfolgt über die auf F1StNr. 401 installierte Heizungsanlage.

2. *Die S ... GmbH ist sich mit Herrn ... und Frau ... einig über die Begründung je einer Reallast zu Lasten von F1StNr. 401 und zugunsten der jeweiligen Eigentümer von F1StNr. 400 und 402, die die ständige Lieferung von Heizwärme und Warmwasser in dem erforderlichen Umfang beinhaltet.*

Die jeweiligen Reallastberechtigten entnehmen ihren gesamten Bedarf an Heizwärme und Warmwasser dieser Lieferung.

Die Heizungsanlage (Kesseltemperatur, Vorlauftemperatur der Verteilungsleitungen) ist so zu betreiben, dass die nachstehend aufgeführten Raumtemperaturen bei der jeweils herrschenden Außentemperatur erreicht werden:

...

Das Gebrauchswasser ist unabhängig von der Jahreszeit mit einer mittleren Temperatur von jeweils 55 °C am Wohnungsanschluss (= Entnahmetemperatur) zu liefern.

Die Kosten der Versorgung sind unter Anwendung ...

wobei die Verwendung von Heizkosten- und Warmwasserkosten-Verteilern der ...

Die jeweiligen Reallastberechtigten sind berechtigt, mit einer Frist von einem Jahr zum Ende eines Abrechnungsjahres, erstmals zum 31.12. ..., aus dem Bezugsrechtsverhältnis auszuscheiden, mit der Folge des Erlöschens der Reallast.“

[Ggf. weitere Regelungen].

⁶⁰ <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf>

⁶¹ Formulierung in Anlehnung an Walter in Hoffmann-Becking/Gebele, Beck'sches Formularbuch, Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Auflage 2019.

2. Kommunale Grundstücksgeschäfte und Vergaberecht

Die kommunalen Gestaltungsspielräume bei Grundstücksgeschäften im hier interessierenden Umfang sind nicht unbegrenzt.

Zum einen müssen Grenzen beachtet werden, die sich aus kommunalrechtlichen und beihilferechtlichen Bestimmungen ergeben. Hinzu kommen Gestaltungsgrenzen aus dem Gebot der angemessenen Vertragsgestaltung. Die Gestaltungsmöglichkeiten für die kommunale Seite sind größer bei der Ausgabe von Erbbaurechten als bei Grundstücksverkäufen.⁶²

Zudem sind bei der Vergabe von kommunalen Grundstücken Grundsätze der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit zu beachten, die zu einer entsprechenden Anwendung verschiedener vergaberechtlicher Regelungen führen können.⁶³ Ausgangspunkt ist vielmehr der folgende: Die Vergabe von Bauland erfolgt grundsätzlich nicht nach den Grundsätzen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (§§ 97 ff. GWB).

Die Veräußerung von Bauland ist – sofern keine einklagbare Bauverpflichtung nach den Vorstellungen des Veräußerers damit verbunden ist – weder ein öffentlicher Auftrag noch eine Konzession.⁶⁴ Die Vergabe von Bauland durch die öffentliche Hand ist im Hinblick auf den rechtlichen Rahmen, die einzuhaltenden Regelungen und die verfolgten politischen Ziele uneinheitlich und komplex. Dennoch verfügt die öffentliche Hand bei der Vergabe von Bauland über einen großen Spielraum, die für den Zuschlag maßgeblichen Kriterien zu bestimmen.⁶⁵

Die Veräußerung kommunaler Grundstücke kann auf unterschiedliche Weise erfolgen, mit unterschiedlichem Einfluss auf Gestaltungsfaktoren und mit unterschiedlicher Komplexität:

- **Direktvergabe**
Der Verkauf erfolgt zum Verkehrswert, wenn eine Konzeptvergabe oder eine Veräußerung zum Höchstgebot keine Aussicht auf Erfolg hat, konkrete politische, wirtschaftliche oder stadtplanerische Gesichtspunkte dies erfordern und der Investor über ein Alleinstellungsmerkmal verfügt.⁶⁶
- **Bieterverfahren**
Der Zuschlag wird auf das höchste Gebot erteilt. Sowohl beim Bieterverfahren als auch bei der Direktvergabe können Zielvorgaben für die Grundstücksentwicklung im Kaufvertrag festgeschrieben werden. Eine optimale städtebauliche und architektonische Qualität

⁶² Der BGH bestätigt die ältere Rechtsprechung (BGH, Urt. v. 09.02.2019, V ZR 176/17, Rn. 21), nach der sich dauerhaft Beschränkungen mit weniger Restriktionen für die kommunale Seite mit der Ausgabe von Erbbaurechten erreichen lassen: „Dauerhafte Beschränkungen lassen sich nur erreichen, wenn der öffentliche Zweck nicht mit dem Instrument des Grundstücksverkaufs, sondern mit dem dazu bestimmten Instrument der Ausgabe eines Erbbaurechts verfolgt wird (vgl. Senat, Urteil vom 26. Juni 2015 - V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rn. 21 bis 27 mwN; Urteil vom 16. März 2018 - V ZR 306/16, NVwZ 2018, 1414 Rn. 28).“

⁶³ Thiel, Zum Erfordernis einer „aktiven“ gemeindlichen Liegenschaftspolitik aus vergabe- und beihilfenrechtlicher Sicht, ZfBR 2017, 561; Leinemann/Zessin, Vergabe von Bauland, VergabeNews 2018, 18 ff.

⁶⁴ Leinemann/Zessin, Vergabe von Bauland, VergabeNews 2018, 18 ff.

⁶⁵ Ebenda, 21.

⁶⁶ Dies und im Folgenden: Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen, Hessischer Städtetag, Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Qualität, 2017, https://www.akh.de/fileadmin/Beratung/Vergabe_Wettbewerbe/downloads/AKH_LF_Konzeptvergabe_20170824_Downloadversion_2_.pdf; Mehr Konzept. Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Konzept, 2018, https://fm.rlp.de/fileadmin/fm/PDF-Datei/Bauen_und_Wohnen/Bezahlbare_Wohnen_und_Bauen/Downloads/Broschuere_Konzeptvergabe.pdf

wird erzielt, wenn durch den Erwerber auf Grundlage der Bedingungen des Kaufvertrags ein Planungswettbewerb gemäß der Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW 2013) veranstaltet wird.⁶⁷

- Konzeptvergabe
Bei Konzeptvergabeverfahren steht die Qualität des eingereichten Konzepts im Vordergrund der Vergabeentscheidung. Das Verfahren ist sowohl für zum Verkauf stehende Liegenschaften als auch für Liegenschaften, die in Erbpacht vergeben werden sollen, geeignet. Ziel ist es, für einen Standort nach Maßgabe ausgewählter Kriterien die beste Lösung zu finden.⁶⁸

Besonderheiten der Kaufpreisbestimmung

Die zu beachtenden rechtlichen Anforderungen betreffen zunächst die Kaufpreisbestimmung. Aus kommunal- und beihilferechtlichen Gründen sind die Preise am Verkehrswert auszurichten.

Aus § 92 Abs. 1 Gemeindeordnung (GemO BW)⁶⁹ folgt, dass Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert oder zur Nutzung überlassen (§ 92 Abs. 2 GemO BW) werden dürfen. Unterwertveräußerungen und -überlassungen sind der Rechtsaufsichtsbehörde vorzulegen (§ 93 Abs. 3 iVm dem Vollzugsverbot nach § 121 Abs. 2 GemO BW).

Beihilferechtlich ist das grundsätzliche Verbot von Beihilfen an Unternehmen nach Art. 107 AEUV⁷⁰ zu beachten.⁷¹ Sofern Grundstücke nicht an kaufinteressierte Privatpersonen zur privaten Selbstnutzung oder an andere Hoheitsträger für hoheitliche Aufgaben veräußert werden, ist der beihilfenrechtliche Unternehmensbegriff in der Regel erfüllt.⁷² Verbilligte Grundstücksveräußerungen oder -überlassungen können den Beihilfebegriff erfüllen.⁷³

Kommunalrechtliche und beihilferechtliche Probleme lassen sich vermeiden in einem Höchstpreiswettbewerb, der von der Gemeinde im übrigen bedingungsfrei ausgestaltet wird, oder – wenn ein solcher Höchstpreiswettbewerb nicht erwünscht ist – durch Einholung von Wertgutachten eines unabhängigen Sachverständigen. Ein vor den Verhandlungen eingeholtes und

⁶⁷ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB), Richtlinie für Planungswettbewerbe – RPW 2013, Fassung vom 31. Januar 2014, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2013/richtlinie-planungswettbewerbe.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁶⁸ Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen, Hessischer Städtetag, Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Qualität, 2017, https://www.akh.de/fileadmin/Beratung/Vergabe_Wettbewerbe/downloads/AKH_LF_Konzeptvergabe_20170824_Downloadversion_2_.pdf; Mehr Konzept. Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Konzept, 2018, https://fm.rlp.de/fileadmin/fm/PDF-Datei/Bauen_und_Wohnen/Bezahlbares_Wohnen_und_Bauen/Downloads/Broschuere_Konzeptvergabe.pdf.

⁶⁹ <https://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=GemO+BW&psml=bsbawueprod.psml&max=true&aiz=true>

⁷⁰ AEUV, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union; konsolidierte Fassung: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:de:PDF>.

⁷¹ Umfassende Darstellung der Beihilfeproblematik in Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Grundstücksvergabe nach der Qualität von Konzepten. Verfahren und Praxisbeispiele, 2017, Seite 17 – 22. <https://wohnungsbau.hessen.de/sites/wohnungsbau.hessen.de/files/Leitfaden-Grundstuecksvergabe-Konzeptqualitaet.pdf>.

⁷² Weiß, Reuß, Rechtliche Rahmenbedingungen der Konzeptvergabe, QUARTIER 4/2019.

⁷³ EuG, Urt. 16.12.2010, C-239/09: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-239/09>; Randnummer 31: „Grundsätzlich kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass ein Verkauf öffentlichen Grundeigentums zu einem geringeren Preis als dem Marktpreis eine staatliche Beihilfe darstellen kann.“

ggf. aktualisiertes Gutachten eines unabhängig arbeitenden Gutachterausschusses nach § 192 BauGB ist ausreichend.⁷⁴

Zivilrechtliche Grenzen der Vertragsgestaltung

Bei inhaltlichen Festlegungen durch die Gemeinde als Grundstücksverkäufer sind rechtliche Implikationen zu beachten, die über weite Bereiche durch die Rechtsprechung nicht geklärt sind.

Die Rechtsprechung hat schon Schwierigkeiten damit, die vertraglichen Regelungen des Städtebaurechts (§ 11 BauGB) von denen des Allgemeinen Zivilrechts (und damit des Grundstückskaufrechts) abzugrenzen. Der BGH wendet die Regelungen des städtebaulichen Vertrages an, wenn der Grundstücksverkauf im Zusammenhang mit der Bauleitplanung steht.⁷⁵ In der Praxis als Orientierung nicht unbedingt hilfreich, zwingt über den weiten Anwendungsbereich dazu, auch den „Direktverkauf“ von Grundstücken als auch deren Veräußerungen im Rahmen von Vergabeverfahren so zu prüfen, dass sie insoweit den Anforderungen an städtebauliche Verträge genügen.

Die Prüfmaßstäbe der Rechtsprechung liegen auch eng beieinander. Entweder greift das direkt in § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB spezialgesetzlich geregelte Gebot einer angemessenen Vertragsgestaltung ein oder dieses Gebot wird aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleitet, der das gesamte Handeln der öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Rechtsverkehr mit Privaten bestimme.⁷⁶ Auf den Unterschied auf der Rechtsfolgenseite (zugunsten des städtebaulichen Vertrages) weist BGH, Urt. vom 29.11.2002, V ZR 105/02, hin:

„Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung ermöglicht nicht nur eine Kontrolle des vertraglichen Austauschverhältnisses, sondern auch eine Überprüfung der einzelnen Vertragsklauseln. Hierbei erlangen - ... - auch die den §§ 9 bis 11 AGBG zugrundeliegenden Wertungen Bedeutung. Es ist jedoch - weitergehend als nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - eine Kompensation von Vertragsklauseln, die für sich genommen unangemessen sind, durch vorteilhafte Bestimmungen im übrigen Vertrag möglich.“

⁷⁴ EuG, Urt. 16.12.2010, C-239/09: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&num=C-239/09>; Randnummern 46 ff; Nach Randnummer 42 und 43 zulässig mit der Begründung, dass Aktualisierungen der Bodenrichtwerte in der Regel alle zwei Jahre stattfinden.

⁷⁵ BGH, Urt. vom 20.04.2018, V ZR 169/17, Rn. 9: „Der notarielle Kaufvertrag ... ist ein städtebaulicher Vertrag ... (§ 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB). Der für einen städtebaulichen Vertrag erforderliche Zusammenhang mit der gemeindlichen Bauleitplanung ergibt sich daraus, dass die beklagte Gemeinde dem Kläger und seiner damaligen Ehefrau die Grundstücke als Bauplatz verkauft und ihnen (im Vertrag) eine binnen einer bestimmten Frist zu erfüllende Verpflichtung zum Bau eines Wohnhauses (vgl. § 176 BauGB) auferlegt hat.“ Zum Unterschied auf der Rechtsfolgenseite siehe Urteil des BGH vom 29.11.2002, V ZR 105/02, Leitsatz 2.

⁷⁶ BGH, Urt. v. 09.02.2019, V ZR 176/17, darin heißt es unter Rn. 20 zum sog. „Verwaltungsprivatrecht“: „Die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in den Formen des Privatrechts führt dazu, dass die Normen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert werden (...). Wegen der Gesetzesbindung der Verwaltung sind zunächst die gesetzlichen Rahmenbedingungen einzuhalten (Art. 20 Abs. 3 GG; ...). Ferner hat die Gemeinde nicht nur die Schranken von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu beachten, sondern ist weitergehenden Bindungen unterworfen, zu denen insbesondere die Einhaltung des Übermaßverbots zählt (...). Ob ... der ... geschlossene Vertrag einen städtebaulichen Vertrag darstellt, ..., kann offen bleiben. Denn das Gebot zur angemessenen Vertragsgestaltung beruht auf dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ist daher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für das gesamte Handeln der öffentlich-rechtlichen Körperschaften im Rechtsverkehr mit Privaten bestimmend (...).“

Der bereits zitierten Entscheidung des BGH vom 20.04.2018 ist zu dem im Hinblick auf inhaltliche Kriterien zu entnehmen, dass eine Regelung, die dem Erwerber eine von einer Verkehrswertsteigerung des Grundstücks unabhängige Zuzahlung bei dessen Weiterverkauf innerhalb von acht Jahren nach Errichtung des Eigenheims auferlegt, gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung verstößt.⁷⁷

Dem Urteil des BGH vom 09.02.2019,⁷⁸ ist zu entnehmen, dass „es keinen sachrechtlichen Bedenken (begegnet), wenn eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten einer juristischen Person ohne zeitliche Befristung bestellt wird (Bestätigung von Senat, Urteil vom 11. März 1964 - V ZR 78/62, BGHZ 41, 209, 214 f)“.

Hingegen folge aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,⁷⁹ dass „der Staat einem Subventionsempfänger zur Sicherung der Zweckbindung der Subvention keine beliebigen Beschränkungen auferlegen darf. Die Beschränkungen müssen vielmehr geeignet und erforderlich sein, um den mit der Subvention zulässigerweise verfolgten Zweck für einen angemessenen Zeitraum sicherzustellen (...). Daran gemessen ist es mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar, dem Subventionsempfänger solche Bindungen aufzuerlegen, die er ohne zeitliche Begrenzung einhalten muss, nachdem die mit der Subvention verbundenen Vorteile aufgebraucht sind.“⁸⁰

Der BGH bestätigt die ältere Rechtsprechung,⁸¹ nach der sich dauerhaft Beschränkungen mit weniger Restriktionen für die kommunale Seite mit der Ausgabe von Erbbaurechten erreichen lassen:

„Dauerhafte Beschränkungen lassen sich nur erreichen, wenn der öffentliche Zweck nicht mit dem Instrument des Grundstücksverkaufs, sondern mit dem dazu bestimmten Instrument der Ausgabe eines Erbbaurechts verfolgt wird (vgl. Senat, Urteil vom 26. Juni 2015 - V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rn. 21 bis 27 mwN; Urteil vom 16. März 2018 - V ZR 306/16, NVwZ 2018, 1414 Rn. 28).“

Weiß/Reuße⁸² fassen die drei für die Praxis relevanten Ausprägungen des Gebotes angemessener Vertragsgestaltung wie folgt zusammen:

„Erstens muss die Gemeinde sicherstellen, dass das Geschäft für den privaten Partner im Rahmen einer Gesamtbetrachtung noch wirtschaftlich zumutbar ist. Zweitens müssen Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkungen (z. B. Sozialbindungen) zeitlich auf eine angemessene Dauer beschränkt werden. Drittens müssen auch die Regelungen zu den Rechtsfolgen, die durch den Verstoß gegen vertragliche Bindungen ausgelöst werden, verhältnismäßig sein. Zur Sicherstellung der wirtschaftlichen (Gesamt-)Angemessenheit müssen die aus dem jeweiligen Vertrag insgesamt folgenden wirtschaftlichen Vor- und Nachteile erfasst und bewertet werden. Entscheidend ist, dass in der Gesamtbetrachtung keine unzumutbare Belastung entsteht. Dabei können die wirtschaftlichen Effekte mehrerer Teilvorhaben zutreffender Auffassung nach saldiert betrachtet werden.“

⁷⁷ BGH, Urt. v. 20.04.2018 - V ZR 169/17.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 09.02.2019, V ZR 176/17, Leitsatz und Rn. 7.

⁷⁹ BGH, Urt. v. 09.02.2019, V ZR 176/17, Rn. 20 und 21.

⁸⁰ Für die Sozialbindung im subventionierten sozialen Wohnungsbau mag das noch nachvollziehbar sein, wie diese Rechtsprechung auf Fördermittel Anwendung finden solle, die zum „Dauerzweck“ des Klimaschutzes gezahlt wurden, ist (noch) unerfindlich.

⁸¹ BGH, Urt. v. 09.02.2019, V ZR 176/17, Rn. 21.

⁸² Weiß, Reuße, Rechtliche Rahmenbedingungen der Konzeptvergabe, QUARTIER 4/2019.

Vergaberechtliche Grundsätze der Verfahrensgestaltung

Verlangt die Kommune mehr als den Kaufpreis, den Erbbauzins oder die Pacht - nämlich im vorliegenden Zusammenhang ein energiewirtschaftliches Ergebnis - ist Vergaberecht zu beachten. Kommunen und kommunale Beteiligungsgesellschaften als Projektpartner ziehen damit besondere Rechtsanforderungen an die Verfahrens- und Vertragsgestaltung nach sich.

Zunächst ist aber einzuräumen: Bei unbefangener Betrachtung liegt es nicht unmittelbar auf der Hand, dass die Bereitstellung kommunaler Flächen überhaupt vergaberechtliche Fragen aufwirft. Das Vergaberecht regelt die Marktbeteiligung der öffentlichen Hand als Nachfrager von Lieferungen und Leistungen, d. h. Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand.⁸³ Demgegenüber erfasst das Vergaberecht keine Situationen, in denen die öffentliche Hand selbst als Anbieter tätig wird. Bloße Grundstücksveräußerungsgeschäfte oder zeitlich beschränkte Grundstücksüberlassung, etwa aufgrund eines Miet-, Pacht- oder Gestattungsvertrages, sind erst einmal keine vergaberechtlich relevanten Vorgänge. Die selbst gesetzten Verfahrensregeln sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Rücksichtnahme sind aber gleichwohl einzuhalten.⁸⁴

Etwas anderes gilt in Bezug auf das Vergaberecht jedoch dann, wenn mit der Veräußerung oder Überlassung

- zugleich ein Beschaffungsvorgang der Kommune verbunden ist
- oder damit zugleich eine Auswahlentscheidung mit grenzüberschreitender Relevanz verbunden ist
- oder das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichbehandlung von Teilen der Literatur und ansatzweise in der Rechtsprechung aktiviert wird (z. B. über die Annahme eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses zwischen der Kommune und den Bietern).

Die Frage ist, welche vergaberechtlichen Bestimmungen dabei anzuwenden sind.

Zu den Bieterverfahren wird hier lediglich auf die Möglichkeit zur Festschreibung von Bedingungen für die Grundstücksentwicklung im Kaufvertrag und die darin festgelegte Bestimmung verwiesen, nach denen der Erwerber beispielsweise einen Planungswettbewerb gemäß der Richtlinie für Planungswettbewerbe (RPW 2013) durchzuführen hat.⁸⁵

Die Konzeptvergabe ist hingegen eine besondere Form der kommunalen Grundstücksvergabe. Die Vergabe erfolgt – in Abgrenzung zu „Direktvergaben“ – in einem wettbewerblichen Verfahren. Ziel des Wettbewerbs ist es nicht, den höchstmöglichen Preis zu erzielen

⁸³ Vgl. beispielsweise den Gesetztext in § 103 GWB:

„§ 103 Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe

(1) Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

(2) Lieferaufträge sind Verträge zur Beschaffung von Waren, die insbesondere Kauf oder Ratenkauf oder Leasing, Mietverhältnisse oder Pachtverhältnisse mit oder ohne Kaufoption betreffen. Die Verträge können auch Nebenleistungen umfassen.“

⁸⁴ OLG Koblenz, Urt. v. 17.08.2017, 1 U 7/17.

⁸⁵ Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB), Richtlinie für Planungswettbewerbe – RPW 2013, Fassung vom 31. Januar 2014, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2013/richtlinie-planungswettbewerbe.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

(„Höchstpreisvergabe“), vielmehr findet ein Qualitätswettbewerb z. B. nach sozialen, ökologischen und architektonischen Kriterien statt.⁸⁶ Die Konzeptvergabe führt zu einer Kaufpreisdämpfung (Grundstück) und Kostenminderung, die letztendlich der Projektqualität zu Gute kommt.⁸⁷ Die Vergabe nach Konzeptqualität ist ein wesentliches Instrument, um die Umsetzung sowohl wohnungspolitischer als auch umwelt- und/oder stadtentwicklungspolitischer Ziele (sowie natürlich auch Vorgaben zum Klimaschutz und zur Klimaanpassung, Ergänzung durch d. Verf.) bei der Grundstücksvergabe zu garantieren und einen überzogenen Preiswettbewerb zu verhindern.⁸⁸ Im Gegenzug sind Kriterien zu erfüllen, die den Verzicht auf den Höchstpreis rechtfertigen. Weiter heißt es:

„Der Anwendungsbereich der Konzeptvergabe ist vielfältig. Sie ist für die Entwicklung von Konversionsflächen und Gewerbebrachen zu neuen Stadtquartieren genauso geeignet wie für kleinere Wohnungsbauprojekte in Baulücken oder auf untergenutzten innerstädtischen Flächen. Das Konzept kann sowohl den Geschosswohnungsbau als auch den Ein- und Zweifamilienhausbau umfassen. Neben der Planung von Neubauten gehört die Integration von Bestandsbauten vielfach zur Aufgabenstellung.“⁸⁹

-
- ⁸⁶ Hinweise für Konzeptvergaben mit Schwerpunkten im Wohnungsbau:
 Forum, Grundstücksvergabe für gemeinschaftliches Wohnen. Konzeptverfahren zur Förderung des sozialen Zusammenhalts, bezahlbaren Wohnraums und lebendiger Quartiere. Praxisbeispiele aus Tübingen, Hamburg, München und Berlin, 2016, https://www.wbb-wohnprojekte.de/wp-content/uploads/forum_grundstuecksvergabeverfahren.pdf.
 Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Grundstücksvergabe nach der Qualität von Konzepten. Verfahren und Praxisbeispiele, 2017, <https://wohnungsbau.hessen.de/sites/wohnungsbau.hessen.de/files/Leitfaden-Grundstuecksvergabe-Konzeptqualitaet.pdf>.
 Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen, Hessischer Städtetag, Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Qualität, 2017, https://www.akh.de/fileadmin/Beratung/Vergabe_Wettbewerbe/downloads/AKH_LF_Konzeptvergabe_20170824_Downloadversion_2_.pdf.
 Mehr Konzept. Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Konzept, 2018, https://fm.rlp.de/fileadmin/fm/PDF-Datei/Bauen_und_Wohnen/Bezahlbares_Wohnen_und_Bauen/Downloads/Broschuere_Konzeptvergabe.pdf.
 Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR), Baukultur durch Konzeptvergabe, 2020, <https://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/forschung/programme/refo/staedtebau/2017/baukultur-quartier/01-start.html>.
 Hinweise für Konzeptvergaben für Gewerbegrundstücke:
 Stadt Bocholt, Konzept für eine nachhaltige Gewerbeflächenentwicklung, 2018 ff, <https://www.bocholt.de/rathaus/planen-bauen-verkehr/gewerbeflaechenkonzept/>.
 Hinweise zu im Internet verfügbaren kommunalen Regelwerken:
 Gemeinde Altenberge, Richtlinien für die Vergabe gemeindlicher Wohnbaugrundstücke in der Gemeinde Altenberge zur Eigennutzung, 2017, <https://altenberge.de/2005/vergaberichtlinie.pdf>.
 Stadt Ulm, Leitlinie der Stadt Ulm für die Vergabe von Baugrundstücken für Eigenheime, 2018, <https://www.ulm.de/-/media/ulm/li/downloads/leitlinie-zur-bauplatzvergabeabschlussfassunggr-18072018.pdf>.
- ⁸⁷ Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen, Hessischer Städtetag, Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Qualität, 2017, https://www.akh.de/fileadmin/Beratung/Vergabe_Wettbewerbe/downloads/AKH_LF_Konzeptvergabe_20170824_Downloadversion_2_.pdf.
- ⁸⁸ Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen, Hessischer Städtetag, Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Qualität, 2017, https://www.akh.de/fileadmin/Beratung/Vergabe_Wettbewerbe/downloads/AKH_LF_Konzeptvergabe_20170824_Downloadversion_2_.pdf.
- ⁸⁹ Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen, Hessischer Städtetag, Orientierungshilfe zur Vergabe öffentlicher Grundstücke nach Qualität, 2017,

Das Hessische Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz ist der Auffassung, dass die Konzeptvergabe nach drei Verfahrensarten durchgeführt werden kann:

- „nach den vergaberechtlichen Regelungen der VOB/A oder
- der Konzessionsvergabeverordnung mit der Grundstücksvergabe zur Vergabe einer Baukonzession oder
- unter Einsatz transparenter Eignungs- und Zuschlagskriterien als Anhandgabe⁹⁰ zur Projektentwicklung.“⁹¹

Obwohl die Veräußerung kommunaler Grundstücke an und für sich vergaberechtsfrei erfolgen kann,⁹² ist unter bestimmten Umständen das nationale oder das kartellrechtliche (europäische) Vergaberecht einschlägig.

Dies ist dann der Fall, wenn der Verkaufsvorgang zugleich für die öffentliche Hand Beschaffungscharakter hat, etwa weil mit dem Grundstücksverkauf die Verpflichtung zur Errichtung eines konkreten Gebäudes verbunden ist. Dann liegt ein öffentlicher Bauauftrag bzw. eine öffentliche Baukonzession vor, denen zwingend ein Ausschreibungsverfahren vorauszugehen hat, durch das der Kaufinteressierte ermittelt wird.⁹³

Nach § 103 Abs. 3 Satz 2 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) liegt ein Bauauftrag oder ggf. eine Baukonzession z. B. auch dann vor, wenn die Bauleistung z. B. durch ein privates Unternehmen gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen erbracht wird, die Bauleistung dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt und dieser einen entscheidenden Einfluss auf Art und Planung der Bauleistung hat.

https://www.akh.de/fileadmin/Beratung/Vergabe_Wettbewerbe/downloads/AKH_LF_Konzeptvergabe_20170824_Downloadversion_2_.pdf.

⁹⁰ Zur Definition der „Anhandgabe“: „Die Anhandgabe ist ein besonderes Verfahren, durch das im kommunalen Eigentum stehende Grundstücke vergeben werden können. In der Regel erfüllt die Anhandgabe nicht die Anforderungen an ein förmliches Vergaberechtsverfahren. Eingesetzt wird die Anhandgabe sowohl für Grundstücke, die von großen Investoren oder Investorinnen gekauft werden als auch für Grundstücke, die für Wohngruppenprojekte geeignet sind. Bei dem gesetzlich nicht statuierten Verfahren zur Anhandgabe bewirbt sich die Wohnprojektgruppe bei der Kommune mit ihrem Konzept. Die Kommune wählt, sofern mehrere Interessenten oder Interessentinnen vorhanden sind, eine Gruppe aus. Die Auswahl soll unter sozialen, städtebaulichen oder anderen von der Kommune entwickelten Kriterien erfolgen. Die ausgewählte Projektgruppe erhält das Grundstück in der Regel für ein Jahr anhand. In diesem Jahr kann sie ihre Planung konkretisieren, die Finanzierung klären und die Baugenehmigung beantragen. Meistens gewähren die Kommunen die Anhandgabe kostenlos, mittlerweile gibt es aber auch Regelungen, dass ein bestimmter Prozentsatz des Kaufpreises zu zahlen ist, der dann im Falle des Grundstückserwerbs auf den Kaufpreis angerechnet wird.“ Vgl. hierzu: Dr. Andrea Töllner <http://www.kompetenznetzwerk-wohnen.de/sub/de/wis-senspool/15rechtUNDvertraege/>, zitiert aus der nachfolgenden Quellenangabe „Grundstücksvergabe nach der Qualität von Konzepten“, Seite 9, für die weitere Darstellung vgl. ebd., Seite 42.

⁹¹ Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Grundstücksvergabe nach der Qualität von Konzepten. Verfahren und Praxisbeispiele, 2017, <https://wohnungsbau.hessen.de/sites/wohnungsbau.hessen.de/files/Leitfaden-Grundstuecksvergabe-Konzeptqualitaet.pdf>.

⁹² BGH, Urt. v. 22.12.2008, V ZR 56/07.

⁹³ Ausführliche Darstellung in: Hessisches Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Grundstücksvergabe nach der Qualität von Konzepten. Verfahren und Praxisbeispiele, 2017, S. 38 – 49, <https://wohnungsbau.hessen.de/sites/wohnungsbau.hessen.de/files/Leitfaden-Grundstuecksvergabe-Konzeptqualitaet.pdf>.

Von der Erbringung einer Bauleistung „gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen“ ist nach dem Europäischen Gerichtshof⁹⁴ dann auszugehen, wenn der öffentliche Auftraggeber „Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung zu definieren oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf die Konzeption auszuüben“:

1. Der Investor ist zur Erstellung des Bauwerks vertraglich verpflichtet.
2. Die Kommune übt einen entscheidenden Einfluss auf die Konzeption aus.
Die Gemeinde macht mit dem Verkauf des Grundstücks / mit dem Gestattungsvertrag konkrete Vorgaben, wie das Grundstück zu nutzen ist (Energieerzeugungsanlage mit hoher Effizienz, PV-Anlage, Solarthermische Anlage, Speicheranlagen, Wärmepumpen, KWK-Anlage etc.).
3. Die Bauleistung kommt dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute.
Von einem „unmittelbaren wirtschaftlichen Zugutekommen“ ist dann auszugehen, wenn der öffentliche Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks Vorteile zieht.
Der EuGH hat dazu fünf alternative Fallgruppen entwickelt:
 1. Der öffentliche Auftraggeber (öA) soll Eigentum am Bauwerk erwerben.
 2. Der öA hat einen Rechtstitel, der ihm die Verfügbarkeit des Bauwerks sichert.
 3. Der öA erhält wirtschaftliche Vorteile aus der Nutzung des Bauwerks.
 4. Der öA beteiligt sich finanziell an der Erstellung des Bauwerks.
 5. Der öA übernimmt Risiken für den Fall des wirtschaftlichen Fehlschlags.

Dann ist ein nationales Vergabeverfahren nach der VOB/A durchzuführen und ab einem Schwellenwert von 5.350.000 EUR netto ein europaweites Vergabeverfahren nach der VOB/A EU.

⁹⁴ EuGH, Ur. v. 25.03.2010, C-451/08 - Helmut Müller,
<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=de&jur=C,T,F&num=C-451/08>.

Wobei der EuGH dabei nicht den deutlich schärferen Vorstellungen des OLG Düsseldorf gefolgt ist, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.06.2007. So hat das OLG Düsseldorf in seiner sog. Ahlhorn-Rechtsprechung lange im Verkauf von Grundstücken bei gleichzeitiger Bauverpflichtung nach den Erfordernissen des Auftraggebers einen öffentlichen Auftrag in Form der Baukonzession gesehen, OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2007; VII-Verg 2/07; Beschl. v. 12.12.2007, VII-Verg 30/07; Beschl. v. 06.02.2008, VII-Verg 37/07. Das OLG Düsseldorf ist dem EuGH kurz darauf in seiner weiteren Rechtsprechung gefolgt, OLG Düsseldorf, Beschl. vom 09.06.2010, Verg 9/10.

Teil III: Wegerechte

Was sind Wegerechte?

Wer Strom, Gas oder Wärme in einer Gemeinde verteilen will, braucht Leitungen. Wer Leitungen legen will, braucht Rechte, das in fremden Grundstücken zu machen. Leitungsrechte werden für jedes „normale“ Grundstück gebraucht, sei es das Grundstück steht im Eigentum der Gemeinde oder von jedermann. Leitungsrechte werden aber auch für öffentliche Straßen, Wege und Plätze (Verkehrswege) gebraucht, die in der Verfügungsgewalt der Gemeinde stehen.

Leitungsrechte für Verkehrswege für Strom, Gas und Wasserstoff regeln die §§ 46ff Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).⁹⁵ Es gibt einfache Wegerechte (§ 46 Abs. 1 EnWG) für Leitungen, die von A nach B führen, um dort die Kunden C bis E zu beliefern. Sie werden gelegentlich auch als „Direktleitungen“ bezeichnet. Und es gibt qualifizierte Wegerechte (§ 46 Abs. 2 EnWG), Leitungen für die allgemeine Versorgung von jedermann in einem bestimmten Gebiet mit Strom, Gas oder Wasserstoff (sog. „Konzessionen“). Solche qualifizierten Wegerechte werden auch für Wasser oder Wärme vergeben – die Vergabe erfolgt außerhalb des Energiewirtschaftsrechts nach jeweils eigenen Regeln, die sich im Verlaufe der Jahre herausgebildet haben.

„Konzessionen“ für Strom, Gas oder Wasserstoff nach §§ 46 ff EnWG können mit einer Laufzeit von bis zu 20 Jahren vereinbart werden. Die Kommunen erhalten für die Einräumung der Wegerechte Entgelte, die in der Regel als Konzessionsabgaben bezeichnet werden.⁹⁶ Wettbewerbliche Vergabeverfahren sind bei mehr als einem Interessenten erforderlich.

⁹⁵ https://www.gesetze-im-internet.de/enwg_2005/EnWG.pdf; siehe die aktuellen Änderungsvorschläge von RÜHLING ANWÄLTE unter <https://www.raepower.de/146-neues-konzessionsrecht-braucht-das-land.html>.

⁹⁶ In der Strom- und Gasversorgung sind die höchstzulässigen Konzessionsabgaben in der Konzessionsabgabenverordnung geregelt: <https://www.gesetze-im-internet.de/kav/KAV.pdf>. In der Wasserversorgung und in der Wärmeversorgung werden Konzessionsabgaben steuerrechtlich für zulässig erachtet, wenn sie die Grenzen der „Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände“ vom 04.03.1941 (<https://www.gesetze-im-internet.de/kaeano/KAEO.pdf>) und der „Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenanordnung (A/KAE)“ vom 27.02.1943 (https://www.gesetze-im-internet.de/kaeano/A_KAE.pdf) nicht übersteigen. Laut Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen (IV B 7-S 2744-2/98) vom 09.02.1998 bestehen für Wärme keine eigenen preisrechtlichen Vorschriften. Laut Auffassung des BMF gilt deshalb, dass die Regelungen für Wasser heranzuziehen sind: *„Bei der Beurteilung der höchstzulässigen Konzessionsabgabe für Wärmelieferungen ist von der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände (KAE) vom 4. März 1941 auszugehen.“*

In einem weiteren BMF-Schreiben (IV A 2-S 2744-5/02) vom 27.09.2002 wird bestätigt, dass auch die Mindestgewinnvorschriften bei der Fernwärme gelten: *„Der Mindestgewinn darf 1,5 % des eigenen oder gemieteten Sachanlagevermögens nicht unterschreiten; maßgebend sind die Verhältnisse am Anfang des Wirtschaftsjahres.“* Die vorgenannten BMF-Schreiben sind in der sog. „Positivliste“ des BMF-Schreibens vom 18.03.2019 (IV A 2-O 2000/18/10001, 2019/0163664) nach wie vor geführt.

Was haben Wegerechte mit einer klimagerechten Bau- und Wärmeplanung der Gemeinde zu tun?

Beispielhafte Berührungspunkte:

- Wo kein Gas als fossiler Brennstoff eingesetzt werden kann, ist auch kein Recht „erforderlich“, dort Gasleitungen zu verlegen.
- Wo zwar kein Gasnetz verlegt werden kann, ist die Wirtschaftlichkeit des Wärmenetzes dennoch nicht gesichert, da ein Stromnetz verlegt werden kann und niemand den Stromnetzbetreiber daran hindern kann, Stromheizungen (Direktheizungen, Wärmepumpen) voranzutreiben. Insbesondere für den Ausbau der E-Mobilität braucht er sowieso ein belastbares Netz.
- Bei einem Anschluss- und Benutzungszwang für Wärmenetze besteht für den Gasnetzbetreiber dennoch das Recht, dort Gasleitungen zu verlegen. Ob er es aus wirtschaftlichen Gründen zu vermeiden versucht, ist eine andere Frage.
- Es besteht für einen Netzbetreiber rechtlich keine Veranlassung die Wärmeplanung einer Gemeinde zu berücksichtigen. Konzessionsverträge können da nachzusteuern versuchen.

Berührungspunkte in der bisherigen Vergabepaxis von Konzessionsverträgen:

- keine Beteiligung von Klimaschutzmanagern an Vergabeverfahren beobachtet.

Wie laufen Vergaben für diese Wegerechte für Strom und Gas ab?

Es folgt ein knapper, zusammenfassender Überblick über die wesentlichen Stationen – und kostentreibenden Entwicklungsmöglichkeiten – bei der Vergabe von qualifizierten Wegerechten (sog. „Konzessionen“ in der Strom- und Gasversorgung):

- Zunächst ist die Gemeinde vom Netzbetreiber mit wesentlichen netzwirtschaftlichen Informationen auszustatten (3 Jahre vor Ende einer bestehenden „Konzession“, § 46a EnWG).
- Bekanntmachung Vertragsende und Verfahrensbeginn durch die Gemeinde (spätestens 2 Jahre vor Vertragsende, § 46a EnWG Satz 1) im Bundesanzeiger und/oder im TED.⁹⁷
- Interessenbekundung interessierter Netzbetreiber auf Bekanntmachung Verfahrensbeginn (46 Abs. 4 EnWG) innerhalb einer Frist von mindestens drei Monaten. Dem entspricht auch die Rügefrist: Rügefrist auf Bekanntmachung Verfahrensbeginn: drei Monate (§ 47 Abs. 1 Satz 1 EnWG).

Erfolgt nur eine Interessenbekundung (meist durch den „Altkonzessionär“) ist der unmittelbare Abschluss eines „neuen“ Konzessionsvertrages möglich:

⁹⁷ TED = Tenders Electronic Daily (= Europäisches Ausschreibungsblatt, <https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>); eine Bekanntmachung im TED wird bei grenzüberschreitender Relevanz der Konzessionsvergabe empfohlen, selbst wenn die Voraussetzungen des § 46 EnWG nicht vorliegen. In Anlehnung an OLG Düsseldorf bei einer Wasserkonzession ist dies bei weniger als 100 km der Fall. Maßgeblich für Baden-Württemberg wären damit die Grenzabstände zu Österreich und Frankreich. (OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.03.2018, VI - 2 U (Kart) 6/16, http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2018/VI_2_U_Kart_6_16_Urteil_20180321.html; und OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.06.2018, VI-2 U 7/16 90 O 57/16 LG Köln; in der erstgenannten Entscheidung ist die Km-Angabe im Sachverhalt ausgespart. Die vorsorgliche Empfehlung beruht insoweit auf einer mündlichen Mitteilung durch einen am Verfahren beteiligten Richter.

- Erforderlich ist „nur“ die Vorlage des Gemeinderatsbeschlusses bei der Rechtsaufsichtsbehörde nach §§ 107, 108, 121 Abs. 2 GemO.⁹⁸
- Abschluss des neuen Konzessionsvertrages nach Monatsfrist bzw. Bestätigung der Rechtmäßigkeit.

Erfolgen mehrere Interessenbekundungen, geht das weitere Verfahren in ein wettbewerbliches Verfahren über mit folgendem weiteren Verlauf:

- Die Gemeinde teilt den Interessenten die „Auswahlkriterien und deren Gewichtung“ mit. Dazu können beispielsweise auch Vorgaben für den Klimaschutz und insbesondere die kommunale Wärmeplanung gehören.
- Rügefrist der Interessenten auf die Mitteilung der Auswahlkriterien: 15 Tage (§ 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG).
- Hilft die Gemeinde der Rüge nicht ab, beträgt die Klagefrist des Interessenten: 15 Tage (§ 47 Abs. 5 EnWG).
- In Baden-Württemberg: Das anschließende Verfahren beim LG Stuttgart (OLG-Bezirk Stuttgart) bzw. beim LG Mannheim (OLG-Bezirk Karlsruhe) dauert von einem Monat bis zu etwa einem Jahr.
- Auf die Entscheidung des Landgerichtes ist Berufung zum OLG Stuttgart bzw. zum OLG Karlsruhe möglich: Weitere Dauer von vier Monaten bis zu einem Jahr kann erwartet werden.
- Nach Abschluss dieses gerichtlichen Verfahrens: Mitteilung der Gemeinde zumindest des neuen Termins für die Angebotsabgabe, je nach Ausgang des gerichtlichen Verfahrens sind zusätzlich überarbeitete, neue „Auswahlkriterien und deren Gewichtung“ allen Interessenten mitzuteilen.
 - Daran kann sich eine „Endlosschleife“ anfügen:
 - Rügefrist der Interessenten auf die Mitteilung der Auswahlkriterien: 15 Tage (§ 47 Abs. 2 Satz 2 EnWG).
 - Hilft die Gemeinde der Rüge – diesmal vielleicht eines anderen Interessenten, der sich jetzt benachteiligt fühlt – nicht ab, beträgt die Klagefrist des Interessenten: 15 Tage (§ 47 Abs. 5 EnWG).
 - Das anschließende Verfahren beim LG Stuttgart (OLG-Bezirk Stuttgart) bzw. beim LG Mannheim (OLG-Bezirk Karlsruhe) dauert von einem Monat bis zu etwa einem Jahr.
 - Auf die Entscheidung des Landgerichtes ist Berufung zum OLG Stuttgart bzw. zum OLG Karlsruhe möglich: Weitere Dauer von vier Monaten bis zu einem Jahr kann erwartet werden.
 - Nach Abschluss dieses gerichtlichen Verfahrens: Mitteilung der Gemeinde ...
- Nach Abschluss dieses gerichtlichen Verfahrens (ohne weitere Rügen und gerichtliche Verfahren): Eingang der Angebote, Prüfung durch die Vergabestelle der Gemeinde, Zuschlagsempfehlung an den Gemeinderat, Zuschlagsentscheidung des Gemeinderates.
- Mitteilung der Nichtannahme des Angebotes an die unterlegenen Bieter durch die Gemeinde (§ 46 Abs. 5, § 47 Abs. 6 EnWG).
- Rügefrist auf diese Mitteilung der Nichtannahme des Angebotes: 30 Tage.
- Innerhalb der Rügefrist kann Antrag auf Akteneinsicht innerhalb einer Woche (§ 47 Abs. 3 EnWG) gestellt werden.
- Neubeginn der Rügefrist bei Akteneinsicht ab Bereitstellung der Akten zur Einsicht (oder definitiver Verweigerung der Akteneinsicht bzw. weitergehender Akteneinsicht): 30 Tage (§ 47 Abs. 2 Satz 4 4 EnWG).
- Hilft die Gemeinde der Rüge nicht ab, beträgt die Klagefrist des Interessenten: 15 Tage (§ 47 Abs. 5 EnWG).

⁹⁸ <https://www.landesrecht-bw.de/jportal/?quelle=jlink&query=GemO+BW&psml=bsbawue-prod.psml&max=true&aiz=true>

- Das anschließende Verfahren beim LG Stuttgart (OLG-Bezirk Stuttgart) bzw. beim LG Mannheim (OLG-Bezirk Karlsruhe) dauert von einem Monat bis zu etwa einem Jahr.
- Auf die Entscheidung des Landgerichtes ist Berufung zum OLG Stuttgart bzw. zum OLG Karlsruhe möglich: Weitere Dauer von vier Monaten bis zu einem Jahr kann erwartet werden.
- Nach Abschluss dieses gerichtlichen Verfahrens: Ist eine Neuauswertung und damit eine neue Entscheidung des Gemeinderates über die Zuschlagserteilung erforderlich, beginnt eine neue Rügefrist der Interessenten auf Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, neue Akteneinsichtsrechte, Klage bei Nichtabhilfe, gerichtliche Verfahren wie oben, Verfahrensfortsetzung mit dem Risiko einer weiteren „Endlosschleife“ wie oben ...
- Ist keine neue Entscheidung (mehr) erforderlich: Vorlage bei Rechtsaufsichtsbehörde nach §§ 107, 108, 121 Abs. 2 GemO.
- Abschluss des neuen Konzessionsvertrages nach Monatsfrist bzw. Bestätigung der Rechtmäßigkeit.

Allein diese Verfahrensalternative eines wettbewerblichen Verfahrens macht deutlich, warum diese Verfahren nicht nur aufwändig, sondern auch sehr teuer und damit bei den Gemeinden außerordentlich „beliebt“ sind. Diesen Hintergrund sollte ein Klimaschutzmanager – dafür haben wir ihn dargestellt – einfach kennen, wenn er sich mit Vorschlägen für die Verbesserung des Klimaschutzes und der Klimaanpassung den Konzessionsvergabeverfahren in den Gemeinden „nähert“. Klassischerweise ressortieren diese Verfahren bei den Kämmerern, bei denen wir kaum ein Interesse erwarten, diese Verfahren mit dem Risiko ihrer wettbewerblichen Aufweitung zu belasten. Das wäre zu klären.

Was lässt sich für das Klimaschutzmanagement sofort machen?

Handlungsmöglichkeiten zur (besseren) Berücksichtigung von Klimaschutz und Klimaanpassung haben aber nicht nur die Gemeinden selbst, sondern auch die bereits angesprochenen Rechtsaufsichtsbehörden, die bislang äußerst selten in die Verfahren eingreifen.

Bevor ein Konzessionsvertrag unterschrieben werden kann, ist der Beschluss des Gemeinderates bei der Rechtsaufsichtsbehörde vorzulegen (§§ 107, 108, 121 Abs. 2 GemO):

„§ 107 Energie- und Wasserverträge

- (1) *Die Gemeinde darf Verträge über die Lieferung von Energie oder Wasser in das Gemeindegebiet sowie Konzessionsverträge, durch die sie einem Energieversorgungsunternehmen oder einem Wasserversorgungsunternehmen die Benutzung von Gemeindegut einschließlich der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze für Leitungen zur Versorgung der Einwohner überlässt, nur abschließen, wenn die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde nicht gefährdet wird und die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Gemeinde und ihrer Einwohner gewahrt sind. Hierüber soll dem Gemeinderat vor der Beschlussfassung das Gutachten eines unabhängigen Sachverständigen vorgelegt werden.*
- (2) *Dasselbe gilt für eine Verlängerung oder ihre Ablehnung sowie eine wichtige Änderung derartiger Verträge.*

§ 108 Vorlagepflicht

Beschlüsse der Gemeinde über Maßnahmen und Rechtsgeschäfte nach ... § 107 sind der Rechtsaufsichtsbehörde unter Nachweis der gesetzlichen Voraussetzungen vorzulegen.

§ 121 Beanstandungsrecht

...

- (2) *Ein Beschluss der Gemeinde, der nach gesetzlicher Vorschrift der Rechtsaufsichtsbehörde vorzulegen ist, darf erst vollzogen werden, wenn die Rechtsaufsichtsbehörde die Gesetzmäßigkeit bestätigt oder den Beschluss nicht innerhalb eines Monats beanstandet hat.“*

Die Aufsichtsbehörde könnte eine Stellungnahme der Gemeinde und/oder des zu beteiligten Sachverständigen abverlangen, inwieweit der beabsichtigte Konzessionsvertrag den „Handlungsempfehlungen“ zur Wärmeplanung folgt. Ob diese Wärmeplanung nach Klimaschutzgesetz BW für die Gemeinde obligatorisch oder freiwillig ist, spielt für diese Nachfrage keine Rolle. Für die Reaktion der Aufsichtsbehörde, wenn diese Frage nicht zufriedenstellend beantwortet werden kann, spielt diese Einordnung dann aber schon eine Rolle. Muss die Gemeinde einen Wärmeplan erstellen, kann seine Nichtberücksichtigung in ausreichendem Umfang im Konzessionsvertrag der Bestätigung der Gesetzmäßigkeit durch die Aufsichtsbehörde entgegenstehen.

Wichtiger Hinweis: Des Weiteren sind die Rechtsaufsichtsbehörden gefordert, wenn es darum geht, die bestehenden Konzessionsverträge ohne neue Vergabeverfahren auf die Wärmeplanung anzupassen. Sind diese eine wesentliche Änderung des Konzessionsvertrages (§ 107 Abs. 2 GemO)? Wenn dem so wäre, würden Vertragsänderungen zur Verbesserung des Klimaschutzes und der Klimaanpassung ein neues Konzessionsvergabeverfahren nach §§ 46 ff EnWG und §§ 107 Abs. 2, 108, 121 Abs. 2 GemO nach sich ziehen. Wir sind nicht dieser Auffassung.⁹⁹ Damit wären Vertragsanpassungen zwischen Netzbetreibern und Gemeinden bei bestehenden Konzessionsverträgen zu diesem Zweck einvernehmlich möglich.

Der Innenminister des Landes könnte durch die verwaltungsinterne Regelung gegenüber den Rechtsaufsichtsbehörden hier viel in Bewegung setzen.

Aber auch innerhalb der jeweiligen Gemeinde lässt sich durch den Klimaschutzmanager einiges in Bewegung setzen, auch ohne von vornherein alles in Frage zu stellen, sondern um Handlungsmöglichkeiten für das spätere Konzessionsvergabeverfahren offen zu halten:

- Ich bin dabei! An dem Verfahren bin ich zu beteiligen – von Anfang an!
- Vorschläge der Klimaschutzmanager für die Bekanntmachung des Verfahrensbeginns: KEINE Festlegung auf eine Vertragslaufzeit in der allerersten Bekanntmachung!
Regelmäßiger Fehler dabei:
„... will die Gemeinde einen neuen Konzessionsvertrag über eine Laufzeit von 20 Jahren abschließen.“
Es reicht für die erste Bekanntmachung völlig aus:
„... will die Gemeinde einen neuen Konzessionsvertrag abschließen.“
- Die Wärmewende braucht zusätzliche Flächen! Die Gemeinde darauf vorbereiten!
Fiskalgrundstücke auch für Biogas-/Wasserstoffgas-Einspeisungen nutzen; Einspeise- und Aufbereitungsanlagen; Druckerhöhungsanlagen und Speicher.
- Vorschläge der Klimaschutzmanager zur weiteren Diskussion bei der Vorbereitung neuer Gaskonzessionen:

⁹⁹ In Anlehnung an eine vergaberechtliche Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.09.2017, – Verg 33/16 (juris 29) sollte für Strom- und Gaskonzessionen eine Änderungsmöglichkeit in den Bestimmungen des ursprünglichen Konzessionsvertrages aufgenommen werden. In laufenden Konzessionsvertragsverhandlungen sollte deshalb vorsorglich die Absicherung wärmeplanungsbedingter Änderungen für den Vertragstext vorgesehen werden.

- Vertragsgebiet des Konzessionsvertrages? Nicht wie selbstverständlich auf das Gemeindegebiet abstellen, sondern auf beplante Bereiche, auf den unbeplanten Innenbereich, auf das vorhandene Gasnetz etc. Alles das schafft Gestaltungsmöglichkeiten für die Einschränkung der Anschlusspflicht (§ 18 EnWG) und lässt „Nachbesserungen“ bei neuen Gewerbeerschließungen zu.
- Regelungen zu Smart Grid und zur Sektorkopplung, um die Netzbetreiber verschiedener Medien zur Zusammenarbeit zu bringen.
- Folgepflicht gegenüber der kommunalen Wärmeplanung in den Konzessionsvertrag aufnehmen:
 - „(1) Ziel dieses Konzessionsvertrages im Sinne des § 46 Abs. 2 Energiewirtschaftsgesetzes ist es, durch Bereitstellung und Betrieb eines Gasversorgungsnetzes unter Nutzung gemeindlicher Grundstücke gemäß § 1 EnWG eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Strom-/Gas-/Wasserstoffversorgung der Einwohner und Gewerbetreibenden im Gebiet der Gemeinde zu gewährleisten.
 - (2) Weitere Vertragsziele sind die angemessene Berücksichtigung erneuerbarer Energien als Bestandteil der Energiewende und der kommunalen Interessen der Gemeinde jeweils bezogen auf die netzwirtschaftlichen Anforderungen der Gasversorgung. Die Wärmeplanung der Gemeinde ist für die Netzgesellschaft verbindlich und liegt ihren Investitionen und ihrer Betriebsführung zugrunde. Diese sind den Zielen der Wärmeplanung anzupassen. Die Wärmeplanung der Gemeinde enthält die für die Vertragsparteien rechtsverbindliche Festsetzungen für die klimagerechte Entwicklung der energetischen Versorgung.
 - (3) Im Hinblick auf diese Ziele werden die Gemeinde und die Netzgesellschaft vertrauensvoll zusammenarbeiten und auf die Interessen des anderen Vertragspartners Rücksicht nehmen. Im Zweifel sind die Maßnahmen so auszurichten, dass bis zum 10ten Vertragsjahr die Wärmeversorgung des Vertragsgebietes CO₂-frei betrieben wird.“

Schluss

In dem Beitrag wurden viele Instrumente zur Verbesserung des Klimaschutzes und der Klimaanpassung angesprochen. Ein für alle gemeindlichen Bedarfe passendes Konzept ist das nicht.

Es ist der dringende Rat, dass die Klimaschutzmanager spätestens die Aufstellung eines kommunalen Wärmeplanes zum Anlass nehmen, ein in sich schlüssiges Konzept für Klimaschutz und Klimaanpassung und für Kommunalentwicklung aufzustellen.

Auch wenn eine Gemeinde gesetzlich (noch) nicht zur Aufstellung eines kommunalen Wärmeplanes verpflichtet ist, braucht sie trotzdem ein in sich schlüssiges Konzept für Klimaschutz und Gemeindeentwicklung.

Einer Gemeinde, die über kein Konzept verfügt, wird es kaum gelingen, die Aufstellung eines Bauleitplanes durch die Abwägungen zu bekommen sowie in planungsbegleitenden städtebaulichen Verträgen und in ihren Grundstücksgeschäften hinreichend effektive und rechtssichere Anforderungen zu formulieren.

Impressum

Redaktion | Uwe Rühling (Rechtsanwalt), Rühling Anwälte

Herausgeber | Smart Grids-Plattform Baden-Württemberg e.V., Christophstraße 6, 70178 Stuttgart (Vorsitzender: Dr. Jann Binder, stellv. Vorsitzender: Tobias Egeler, Kassiererin: Prof. Dr. Anke Weidlich, Geschäftsführer: Arno Ritzenthaler, Registergericht: AG Mannheim, R-Nr: VR 700907)

Copyright | Alle im vorliegenden Papier veröffentlichten Inhalte sind urheberrechtlich geschützt. Das Urheberrecht liegt, soweit nicht ausdrücklich anders gekennzeichnet, bei der Smart Grids-Plattform Baden-Württemberg e.V. Nachdruck, Aufnahme in Datenbank, Online-dienst und Internetseiten sowie Vervielfältigung auf Datenträgern und Verarbeitung sind - auch in Auszügen nur nach vorheriger schriftlicher Genehmigung durch die Smart Grids- Plattform Baden-Württemberg e.V. gestattet. Ein nicht ausschließliches Nutzungsrecht verbleibt bei Uwe Rühling, Rechtsanwalt.

Bildnachweis | Titelfoto: Max Böttinger / Unsplash.com

Erscheinungsdatum | März 2022

Haftungsausschluss | Die Inhalte des vorliegenden Papiers wurden von dem Autor nach bestem Wissen und Kenntnisstand zusammengestellt. Trotz sorgfältiger Prüfung aller Inhalte kann das Papier nach kurzer Zeit oder z. B. nach Änderungen von Gesetzen oder anderen Rahmenbedingungen nicht mehr aktuell sein. Daher wird für die Inhalte, die Richtigkeit und Vollständigkeit des vorliegenden Papiers keine Haftung oder Gewähr übernommen. Soweit der Inhalt dieses Papiers ganz oder in Teilen zur Grundlage eigener Entscheidungen gemacht wird, übernimmt der Autor und der Herausgeber keine Verantwortung oder Haftung. Das Papier stellt eine Einführung in die Thematik dar.

Über SmartGridsBW | Der Verein SmartGridsBW versteht sich als branchen- und verbandsübergreifender Initiator, Moderator und Integrator bei der immer bedeutender werdenden Verknüpfung der Energienetze mit der begleitenden Kommunikationsinfrastruktur. SmartGridsBW hat sich aus der im Jahre 2012 begonnenen informellen Zusammenarbeit zahlreicher Akteure im Umfeld der Energiewirtschaft entwickelt und weist nun knapp 80 Mitglieder auf. Das Land Baden-Württemberg fördert SmartGridsBW bis Ende 2023.

Hinweis | Vorliegende Zusammenstellung wurde im Auftrag und in Zusammenarbeit von der Smart Grids-Plattform Baden-Württemberg e.V. und Rühling Anwälte von Herrn Rechtsanwalt Uwe Rühling erstellt. Herr Rühling ist Rechtsanwalt in Stuttgart und seit 1992 auf Fragen der Energiewirtschaft spezialisiert (www.raepower.de).

Kontakt

| | |
|-----------|--|
| Webseite | www.smartgrids-bw.net |
| LinkedIn | Smart Grids-Plattform Baden-Württemberg e.V. |
| Twitter | @SmartGridsBW |
| Facebook | www.facebook.com/SmartGridsBW |
| Instagram | @smartgridsbw |
| YouTube | Smart Grids Plattform Baden-Württemberg e.V. |