

# Probleme des EEWärmeG bei Neubauten

(ZNER 2009, 346 ff.)

*Die verstärkte energetische Gebäudesanierung – im Sinne eines forcierten Einsatzes erneuerbarer Energien sowie der Energieeffizienz – ist ein Kernanliegen einer wirksamen Klimapolitik. Ein wichtiger Baustein ist daher das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) zur Förderung erneuerbarer Energie im Wärmebereich. Die vorliegende Analyse betrifft aktuelle Fragen des EEWärmeG mit Fokus auf Neubauten sowie auf Nah- und Fernwärmenetze.<sup>2</sup> Eine Rolle spielen dabei auch die spezifischen Probleme der Bioenergie, die durch (europäische und deutsche) „Nachhaltigkeitskriterien“ aus strukturellen Gründen indes nicht durchgreifend gelöst werden können. Zugleich werden in diesen und anderen Kontexten einige Probleme des klimaschutzrechtlichen „Instrumentenmixes“ deutlich. So geht es etwa um das Zusammenspiel mit der EnEV sowie um hinreichende Vollzugs-Rechtsgrundlagen.*

## 1. Notwendigkeit eines entschlossenen Klimaschutzes im Wärmebereich

Es wird zunehmend erkannt, dass ein wirksamer Klimaschutz der wichtigste Handlungsbe-  
reich einer entschlossenen Politik der Nachhaltigkeit<sup>3</sup> sein dürfte. Bereits die Daten des IPCC-  
Reports 2007, erst recht aber neuere Erkenntnisse sowie das Mitbedenken der bisher rechne-  
risch kaum berücksichtigten Selbstverstärkungseffekte eines in Gang gekommenen Klima-  
wandels legen eine energische Klimawende nahe, will man nicht existenzielle, ökonomische  
und friedenspolitische Schäden in ungeahntem Ausmaße in Kauf nehmen. Der Handlungsbe-  
darf dafür ist durchaus dramatisch, da das IPCC keinesfalls, wie oft fälschlich zitiert, etwa 50  
%, sondern eher 80 % globale Treibhausgasreduktion weltweit (also nahezu eine Null-Emissi-  
ons-Wirtschaft in den Industrieländern) bis 2050 für erforderlich erklärt, will man diese kata-  
strophalen Entwicklungen noch abwenden.<sup>4</sup> Unstreitig bereitet die faktische Durchsetzung ei-  
ner solchen Klima-Revolution (zwar nicht so sehr technisch-ökonomische, aber erhebliche)  
psychische und soziale Schwierigkeiten – und zugleich ist eine Klimawende, die auch künfti-  
gen und räumlich weit entfernt lebenden Menschen eine Chance gibt, auch moralisch und in  
der Menschenrechtsperspektive alternativlos.<sup>5</sup> Treibhausgasreduktionsziele, Effizienz, erneu-

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt Umweltrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Rostock. Dipl.-Jur. Christian Heitmann ist Doktorand an jener Professur. Das Papier ist im Rahmen eines BMU-Projekts zur rechtlichen Regulierung der erneuerbaren Energien entstanden, es gibt aber selbstverständlich nur die Auffassung der Autoren wieder.

<sup>2</sup> Zum Klimaschutz im Altbestand und dem EEWärmeG vgl. Ekardt/ Heitmann, RdE 2009, 118 ff.

<sup>3</sup> Nachhaltigkeit meint die Erweiterung des rechtlich-moralisch-politischen Denkens in räumlicher und zeitlicher Hinsicht, also um den Faktor Generationengerechtigkeit und globale Gerechtigkeit (wobei letztere die Gerechtigkeit über Staatsgrenzen hinweg bedeutet und nicht mit universaler Gerechtigkeit verwechselt werden sollte, die schlicht meint, dass *in* allen Gesellschaften – aber nicht notwendigerweise *zwischen* ihnen – stets bestimmte Prinzipien gelten sollten). Nachhaltigkeit bedeutet nicht etwa (wie gerne präntiert) schlicht die triviale Aussage, man müsse stets ökonomische, ökologische und soziale Aspekte irgendwie in Einklang bringen. Deshalb ist „Wirtschaftswachstum hier und heute“ vielleicht mit der Nachhaltigkeit in Abwägung zu bringen – es ist aber selbst ein Nachhaltigkeitsbelang. Vgl. dazu Ekardt, ZfU 2009, 223 ff.; ausführlicher Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit: Rechtliche, ethische und politische Zugänge, 2009, § 1.

<sup>4</sup> Vgl. dazu näher die Analyse der IPCC-Dokumente m.w.N. bei Ekardt, Cool Down. 50 Irrtümer über unsere Klima-Zukunft – Klimaschutz neu denken, 2009, Kap. 2.

<sup>5</sup> Vgl. zu den durchsetzungspsychologischen Schwierigkeiten des Klimaschutzes sowie zu seiner

erbare Energien und Suffizienz sind die wesentlichen Strategien, um jene Klimawende auf den Weg zu bringen.

Energetische Gebäudesanierungen, also Ressourcen- und Klimaschutzmaßnahmen im Wärmebereich, bieten dabei die wohl größten Potenziale eines einzelnen gesellschaftlichen Bereichs für den Klimaschutz in den Industriestaaten (die weiterhin pro Kopf um ein Mehrfaches höhere Treibhausgasausstöße haben als die Schwellen- oder gar die Entwicklungsländer). Im Gebäudebereich wird über ein Drittel z.B. des deutschen Treibhausgasausstoßes verursacht – und gleichzeitig ist die Gebäudesanierung ein Sektor, in welchem Klimaschutz schon wegen der mittelfristigen Preissteigerungen fossiler Brennstoffe und nicht erst wegen der langfristigen Klimawandelsfolgen sogar *ökonomisch* sinnvoll ist. Vor dem Hintergrund weltweit steigender Treibhausgasausstöße und drohender verheerender (nicht nur ökonomischer, sondern z.B. auch friedenspolitischer) Klimawandelsfolgen wäre die Nutzung solcher Gebäudesanierungspotenziale dringend geboten. In der Vergangenheit kamen zuletzt gleichwohl nur 6,6 % der deutschen Wärmeenergie aus erneuerbaren Energien<sup>6</sup> (EE), und auch die Steigerung der Gebäudeenergieeffizienz durch bessere Wärmedämmung u.a.m. kommt nur schleppend voran. Aufbauend auf europäischen Regelungen versuchen in Deutschland das Energieeinspargesetz (EnEG) und die Energieeinsparverordnung (EnEV), die Energieeffizienz im Gebäudebereich zu steigern. Die neueste Novelle der EnEV – basierend auf dem neuen EnEG – soll demnächst in Kraft treten. Auch das kürzlich verabschiedete, zum 01.01.2009 in Kraft tretende Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) hat ein klimapolitisches Anliegen, indem es nunmehr die EE<sup>7</sup> im Gebäudebereich forciert. Damit zielt das EEWärmeG nicht nur auf die Reduktion von Treibhausgasausstößen, sondern auch auf langfristige Versorgungssicherheit durch verringerte Auslandsabhängigkeit, dauerhaft stabile Energiepreise jenseits von Öl- und Gaspreisschocks in Zeiten schrumpfender Verfügbarkeit fossiler Brennstoffe – und auf ökonomisch-innovationspolitische Vorteile (vgl. auch § 1 EEWärmeG).<sup>8</sup>

## 2. Nutzungspflicht bei Neubauten

### a) Geltungsbereich der Nutzungspflicht

Das EEWärmeG folgt für den Wärmebereich – im Gegensatz zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) im Stromsektor – einem zweigleisigen Konzept. Die Instrumente des EEG setzen auf eine Förderung der erneuerbaren Energie durch Abnahme- und Vergütungspflicht anhand von Festpreisen (wobei die Kosten in einem komplexen Mechanismus an alle Endverbraucher weitergegeben werden). Dagegen setzen die Regelungen des EEWärmeG neben einem Subventionsinstrument (= einem Marktanreizprogramm) für den Altbau, wo eigentlich 80 % der Potenziale des Gebäude-Klimaschutzes liegen<sup>9</sup>, deren Aktivierung nun auch die EU einfordert<sup>10</sup>, einen ordnungsrechtlichen Mechanismus ein. § 3 Abs. 1 des EEWärmeG verordnet für

---

gerechtigkeitstheoretischen Begründung Ekar dt, Theorie §§ 2-5; Heitmann, in: Schönberger/ Klose/ Heitmann (Hg.), Energie Klima und Politik, 2008, S. 192 ff.; insgesamt zur Klimadebatte jetzt Ekar dt, Cool Down. Kap. 1-50.

<sup>6</sup> Regierungsentwurf siehe BR-Drs. 09/08, S. 17.

<sup>7</sup> Für eine Gesamtschau auf die EE – und auf Grundsatzfragen der Klimapolitik – siehe auch Ekar dt, in: Frenz/ Müggenborg (Hg.), EEG-Kommentar, 2009, Einleitung.

<sup>8</sup> Siehe auch den Regierungsentwurf siehe BR-Drs. 09/08, S. 18 f.

<sup>9</sup> Einen Ansatz, diese recht begrenzte Aktivierung der EE-Potenziale im baulichen Altbestand stärker auszubauen (u.a. durch Beseitigung des Investor-Nutzer-Dilemmas), entwickeln Ekar dt/ Heitmann, RdE 2009, 118 ff.

<sup>10</sup> Die neue europäische EE-RL sieht in Art. 13 Abs. 4 EE-RL nämlich eine EE-Nutzungspflicht für Neubauten und für Altbauten im Falle „größerer“ Renovierungen in Höhe eines „Mindestmaßes“ vor; dies ist der Norm zu-

Neubauten eine Nutzungspflicht von EE-Wärme ab 2009. Der Bundesgesetzgeber hat in § 3 Abs. 2 EEWärmeG den Ländern das Wahlrecht gelassen, ein eigenes Wärmegesetz zu schaffen, dass auch eine Nutzungspflicht für den Bestandsbereich ermöglicht.

Nach § 3 Abs. 1 EEWärmeG ist Verpflichteter, wer Eigentümer eines neu errichteten Gebäudes ist. Jedoch gilt nach der Übergangsvorschrift des § 19 Abs. 1 EEWärmeG die Nutzungspflicht nicht, wenn der Bauantrag und die Bauanzeige vor dem 01.01.2009 gestellt wurden. § 19 Abs. 2 EEWärmeG trägt ferner der Tatsache Rechnung, dass es nach den Landesbauordnungen auch genehmigungsfreie, nicht genehmigungsbedürftige, anzeigefreie oder verfahrensfreie Gebäudeerrichtungen gibt.<sup>11</sup> In solchen Fällen schreibt der § 19 Abs. 2 S. 2 EEWärmeG vor, dass der maßgebliche Zeitpunkt der Beginn der Bauausführung ist. In der Fassung des Regierungsentwurfs wurde darauf abgestellt, ob das Gebäude nach dem 31.12.2008 fertig gestellt worden ist.<sup>12</sup> Durch die Aufgabe des Begriffs der Fertigstellung wurde mehr Rechtsklarheit im neuen EEWärmeG geschaffen, denn es wäre unklar geblieben, wann ein Gebäude wirklich als fertig gestellt gilt.<sup>13</sup> Denn der § 19 Abs. 2 S. 1 EEWärmeG schreibt vor, dass bei nicht genehmigungsbedürftigen Gebäuden die Nutzungspflicht nicht besteht, wenn die nach Maßgabe des Bauordnungsrecht erforderliche Kenntnissgabe an die zuständige Behörde vor dem 01.01.2009 erfolgt ist. Darauf folgt der „absolute“ Auffangtatbestand des § 19 Abs. 2 S. 2 EEWärmeG. Die Norm des § 19 Abs. 2 EEWärmeG versucht so alle denkbaren Möglichkeiten zu erfassen und ermöglicht so eine rechtssichere Anwendung.

§ 4 EEWärmeG normiert, dass die Nutzungspflicht erst ab einer Nutzungsfläche von 50 m<sup>2</sup> gilt, wobei der Begriff der Nutzungsfläche legal definiert ist in § 2 Abs. 2 Nr. 2 a) und b) EEWärmeG. Die § 2 Abs. 2 Nr. 2 a) und b) EEWärmeG verweisen dafür auf Regelungen der EnEV. Neben dieser materiellen Anforderung hinsichtlich der Nutzungsfläche hat der Gesetzgeber in § 4 Nr. 1 bis Nr. 10 EEWärmeG verschiedenste andere Ausnahmen geschaffen, bei denen die Nutzungspflicht entfällt. Genannt werden insbesondere verschiedene landwirtschaftliche oder industrielle sowie provisorische Gebäude, die beispielsweise ständig offen gehalten oder ohnehin kaum geheizt werden, aber auch Arten von Ferienhäusern und gottesdienstlichen Gebäuden. Dabei entsprechen die Regelungen des § 4 Nr. 1 bis Nr. 9 EEWärmeG den Ausnahmetatbeständen des § 1 Abs. 2 Nr. 1 bis Nr. 9 EnEV. Dieser Gleichlauf ergibt grundsätzlich deshalb Sinn, weil einige Regelungen des EEWärmeG auf die EnEV Bezug nehmen oder an deren Voraussetzungen anknüpfen. Darunter fallen die Anforderungen für die Ersatzmaßnahmen anstelle einer EE-Wärmenutzung nach § 7 Nr. 2 i.V.m. der Anlage zum EEWärmeG sowie die Nachweisregelung. Allerdings sind die Verweisungen teilweise nicht einfach nachzuverfolgen und eine potenzielle Fehlerquelle in der Rechtsanwendung.

In der Gesetzesbegründung zum EEWärmeG wird zur Begründung der einzelnen Ausnahmen auf die Begründung zur EnEV verwiesen.<sup>14</sup> Die Tatbestände Nr. 1 bis Nr. 5 – kurz gesagt die landwirtschaftlichen und industriellen Nutzungen – waren schon in der ersten EnEV von 2002<sup>15</sup> verankert und die Nr. 6 bis Nr. 9 sind mit der Änderung von 2007<sup>16</sup> in die Verordnung

---

folge bis zum 31.12.2014 umzusetzen.

<sup>11</sup> Zu den verschiedenen baurechtlichen Zulassungsformen (bzw. zulassungsfreien Konstellationen) und den Zweifeln an ihrer Sinnhaftigkeit Ekardt/ Beckmann/ Schenderlein, NJ 2007, 481 ff.

<sup>12</sup> Regierungsentwurf, zu § 3 EEWärmeG siehe BR-Drs. 09/08, S. 9 f.

<sup>13</sup> So auch schon in der ersten Stellungnahme des Bundesrates (Beschluss), BR-Drs. 9/08, S. 4.

<sup>14</sup> BT-Drs. 16/8149, S. 50.

<sup>15</sup> Begründung zur Energieeinsparverordnung 2002 abrufbar <http://www.bmu.de/klimaschutz/doc/2927.php>

<sup>16</sup> Näher siehe Begründung zur Energieeinsparverordnung 2007 abrufbar unter [www.bmu.de](http://www.bmu.de)

aufgenommen worden. Der Grund für die Änderung der EnEV 2007 lag in der vollständigen Umsetzung der Richtlinie 2002/91/EG über die Gesamteffizienz von Gebäuden.<sup>17</sup> Die Richtlinie statuiert eine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, die Gesamteffizienz von Gebäuden zu erhöhen, aber überließ ihnen die Möglichkeit, bestimmte Ausnahmen festzulegen. Diese sind in Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie normiert. Der deutsche Gesetzgeber hat alle möglichen Ausnahmen ausgeschöpft. Nur die Ausnahmeregelung des § 4 Nr. 10 EEWärmeG ist alleine in diesem Gesetz aufgenommen worden; sie erfasst den Fall, dass ein Gebäude unter das TEHG fällt. Dies entspricht der Logik eines Emissionshandelssystems, welches Ordnungsrecht eben durch eine ökonomische Mengensteuerung ersetzt (weswegen auch die immissionsschutzrechtliche Vorsorgepflicht insoweit dispensiert ist; vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 BImSchG). In § 9 Nr. 1 EEWärmeG ist noch eine weitere Ausnahme geregelt; danach entfällt die Nutzungspflicht kraft Gesetz, wenn zum einen die Erfüllung anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht oder technisch schlechthin unmöglich ist. Der § 9 Nr. 2 EEWärmeG ermöglicht der Behörde in bestimmten Härtefällen, nach billigem Ermessen eine Befreiung von der Nutzungspflicht anzuordnen.

Auch wenn der Anwendungsbereich mancher Ausnahmen von geringer Bedeutung ist, könnten einige kritisch hinterfragt werden, besonders Nr. 3, 7 und 8. § 4 Nr. 3 EEWärmeG (§ 1 Nr. 3 EnEV) lässt eine Ausnahme für unterirdische Gebäude zu. Warum indes wurde für ein unterirdisches Gebäude eine Ausnahme von der Nutzungspflicht gemacht? Gerade unterirdische Gebäude können ohnehin einen hohen Grad an Wärmedämmung erreichen und damit die Erfüllung der Pflicht aus § 3 EEWärmeG durch eine Ersatzmaßnahme nach § 7 EEWärmeG erfüllen. Der § 4 Nr. 7 EEWärmeG (§ 1 Nr. 7 EnEV) ermöglicht beim Bau von religiösen Gebäuden eine Ausnahme von der Pflicht des § 3 EEWärmeG. Selbst im Altbestand ist eine solche Ausnahme nicht per se selbstverständlich; zwar würde eine Wärmedämmung gemäß der EnEV dort oft schwierig sein, nicht aber eine EE-Nutzung nach dem EEWärmeG.<sup>18</sup> Jedoch ist zu fragen, warum bei einem Neubau eines religiösen Gebäudes eine Ausnahme zu machen ist. Auch andere Gebäude, wo sich Menschen zu nicht religiösen Zwecken versammeln, sind nicht durch eine Ausnahme privilegiert. Und es widerspricht einem liberal-demokratischen Verfassungskonzept, eine bestimmte Konzeption des guten Lebens (in die sich der Staat nicht einzumischen hat, sofern sie nicht die Freiheit anderer tangiert – und dies tut eine nicht-nachhaltige Wärmenutzung gerade) gegenüber anderen – hier gegenüber nichtreligiösen – Konzeptionen zu bevorzugen.<sup>19</sup>

Der § 4 Nr. 8 EEWärmeG ist von seiner Bedeutung freilich höher einzustufen. Diese Norm lässt eine Ausnahme für alle Wohngebäude zu, die nur für eine Nutzungsdauer von weniger als vier Monaten im Jahr bestimmt sind. Unter diese Regelung fallen Ferien- und Wochenendhäuser. Es stellt sich insoweit die Frage, wieso gerade Ferien- und Wochenendhäuser befreit werden müssen. Für eine solche Ausnahme spricht, dass Wochenendhäuser nicht für das ganze Jahr genutzt werden und ihr Ausstoß dadurch geringer ist; zudem werden solche Gebäude oft in der Sommerzeit genutzt, wo weniger Wärmeenergie benötigt wird. Dennoch kann man den Eindruck gewinnen, dass seine Privilegierung solcher Feriengebäude aus sozialen und ökologischen Gesichtspunkten nicht wirklich einleuchtend ist. Sich ein Feriengebäude und Wochenendhaus über die eine Nutzungsfläche von 50 m<sup>2</sup> zu bauen, ist im Grossteil Menschen

<sup>17</sup> ABl. EG 2003 Nr. L 1, S. 65.

<sup>18</sup> Auch Art. 4 Abs. 1-2 GG ändert daran wenig; denn „vorbehaltlose Grundrechte“ zeichnen sich nicht durch Uneinschränkbarkeit aus, sondern lediglich dadurch, dass das Gewicht des jeweiligen Belangs in der Abwägung mit konkurrierenden Belangen wächst; vgl. BVerfG, NJW 2003, 3111 ff.

<sup>19</sup> Vgl. Ekardt, Wird die Demokratie ungerecht?, 2007, Kap. VII; Ekardt, Cool Down, Kap. 32-34 (dort auch dazu, wie das gute Leben im Bereich des Klimaschutzes die Freiheit anderer beeinträchtigen kann).

vorbehalten mit einem höheren Einkommen. Zwar lässt die liberal-demokratische Ordnung ungleiche Einkommensverteilungen grundsätzlich zu. Doch unter ökologischen Gesichtspunkten stellt sich das Problem, dass neben dem normalen Wohnraum zum Leben noch ein zusätzlicher Wohnraum genutzt wird und dieser einen bestimmten Grundbedarf an Wärme benötigt, auch wenn er gerade nicht bewohnt wird. Außerdem werden solche Wochenendhäuser nicht nur während der Sommerzeit benutzt, sondern auch im Winter. Der Durchschnittsverdiener kommt nicht in den Genuss ein solches zusätzliches Privileg in Anspruch nehmen zu können und wird beim Bau eines geplanten Eigenheims voll von der Nutzungspflicht getroffen. Letztlich wirkt die Norm deshalb als eine – nur Besserverdienenden zugute kommende – Norm mit sozialer und ökologischer Schieflage.<sup>20</sup>

### **b) Erfüllung der Nutzungspflicht und Ersatzmaßnahmen**

Die Nutzungspflicht aus § 3 Abs. 1 EEWärmeG ist erfüllt, wenn der Verpflichtete einen bestimmten Anteil seiner Wärmeenergie aus EE bezieht. Die Höhe des Anteils hängt gemäß § 5 EEWärmeG vom jeweiligen genutzten erneuerbaren Energieträger ab. Dazu zählen die Geothermie, Solarthermie, Biomasse und Umweltpumpen. Die weiteren Anforderungen an die Erfüllung sind neben § 5 EEWärmeG der Anlage zum Gesetz zu entnehmen. Außerdem steht den Verpflichteten offen, die Nutzungspflicht durch eine Ersatzmaßnahme gemäß § 7 EEWärmeG zu erfüllen. Ersatzmaßnahmen im Sinne dieser Regelung sind:

1. Deckung von mindestens 50 % des Wärmeenergiebedarfs aus Anlagen zur Nutzung von Abwärme oder unmittelbar aus Kraft-Wärme-Koppelungsanlagen;
2. das Treffen von Maßnahmen zur Einsparung von Energie nach Maßgabe der Nr. VI der Anlage zum EEWärmeG;
3. Bezug der Wärmeenergie unmittelbar aus Fern- oder Nahwärmenetzen.

Die Anforderungen an die einzelnen Ersatzmaßnahmen des § 7 EEWärmeG werden in der Anlage zum EEWärmeG geregelt. Gerade dieser Bereich des EEWärmeG stand im politischen Fokus während des Gesetzgebungsverfahrens. Dabei ist insbesondere § 7 Nr. 2 EEWärmeG von gewichtiger Bedeutung, der „Maßnahmen zur Einsparung von Energie“ als Substitut der Nutzungspflicht zulässt. Die Frage ist, ob durch die Möglichkeiten des § 7 Nr. 2 EEWärmeG die Gefahr besteht, dass die politische Zielsetzung, den Anteil von EE-Wärme auf 14 % bis 2020 zu steigern und die Klimagasemission im Wärmebereich deutlich zu reduzieren, nicht erreicht wird. Die Beurteilung dieser Frage hängt von der nicht einfachen, verweisungslastigen Regelungstechnik und den unsicheren, komplexen faktischen Gegebenheiten ab. § 7 Nr. 2 EEWärmeG verweist zum einen auf die Nr. VI der Anlage zum EEWärmeG. Nr. VI der Anlage besagt, dass Maßnahmen zur Energieeinsparung nur dann als Ersatzmaßnahme gelten, wenn der jeweilige Höchstwert des Jahres-Primärenergiebedarfs und der jeweiligen für das konkrete Gebäude zu erfüllenden Anforderung an die Wärmedämmung der Gebäudehülle nach der EnEV in der jeweils geltenden Fassung um mindestens 15 % unterschritten wird. Auf der ökonomisch-empirischen Ebene besteht nun das Problem, dass die Ersatzmaßnahmen im Verhältnis zum EE-Einsatz deutlich günstiger sind; deshalb wird von einigen die Gefahr gesehen, dass bei Neubauten überhaupt nicht der Einsatz von EE-Wärme erreicht wird.<sup>21</sup> Teil-

<sup>20</sup> Vgl. zum Problem (und zu Lösungskonzepten) von sozialer Gerechtigkeit und Klimaschutz Ekardt, Cool Down, Kap. 22 und 31; Ekardt/ von Hövel, Carbon & Climate Law Review 2009, 102 ff.; Ekardt/ Heitmann/ Hennig/ Albrecht, Soziale Gerechtigkeit im Klimaschutz. Studie für die Hans-Böckler-Stiftung, Dezember 2009.

<sup>21</sup> Bundesverband der Solarwirtschaft, A-Drs. 16 (16) 394-G, S. 3; Müller, ZNER 2008, 132 (136);

weise wurde demgemäß vertreten, die Anforderungen besser gleich am Maßstab des Passivhausstandards, Niedrig- und Nullenergiestandards zu orientieren und damit einen vertretbaren Ausgleich zu schaffen.<sup>22</sup> Die Schwierigkeit dieses Komplexes besteht aber gerade darin, dass eine Beurteilung einer Ersatzmaßnahme und ihrer Wirkung nur im Vergleich mit den einzelnen Energieträgern erfolgen kann und mit den jeweiligen gesetzlichen Anforderungen der EnEV 2007 oder der EnEV 2009.<sup>23</sup> Dennoch könnte man insgesamt an eine Verschärfung der Nebenanforderungen der EnEV denken, um zu vermeiden, dass insgesamt von der EE-Wärme auf Wärmedämmung ausgewichen wird<sup>24</sup> (wobei allerdings, s.u., wohl dafür Sorge getragen werden sollte, dass der EE-Ausbau nicht schwerpunktmäßig im Bereich Bioenergie erfolgt). Solche Fragen sind im Übrigen typische Probleme des (über-)komplexen klimaschutzrechtlichen Instrumentenmixes; bestünde das Klimaschutzrecht demgegenüber im Kern aus einem europäischen (besser noch globalen) Primärenergie-Emissionshandel mit rigide absinkender Treibhausgasreduktionspflicht<sup>25</sup>, würde wohl weitgehend „automatisch“ von den Normadressaten die klimaschutzbezogen vorteilhafteste Option über den Preis fossiler Brennstoffe entdeckt.<sup>26</sup> Wir kommen auf diese Option noch zurück.

Die Nutzungspflicht gilt ferner als durch KWK erfüllbar; allerdings nur dann, wenn die KWK-Anlagen den Anforderungen der europäischen KWK-RL entsprechen.<sup>27</sup> In der Praxis wird jene Ersatzmaßnahme freilich wohl eine eher geringe Bedeutung erlangen, da die Nutzung von KWK-Wärme eher über Nahwärmeversorgung erfolgen wird im Sinne des § 7 Nr. 3 EEWärmeG.<sup>28</sup> Über all dies hinaus besteht die Möglichkeit, einzelne Vorgehensweisen gemäß § 8 EEWärmeG mit einander zu kombinieren, um die Nutzungspflicht des § 3 EEWärmeG zu erfüllen. Dabei müssen die prozentualen Anteile der einzelnen EE und der Ersatzmaßnahmen im Verhältnis der vorgeschriebenen Nutzung insgesamt 100 % ergeben. Zur Verdeutlichung soll folgendes Beispiel dienen: Der Verpflichtete kann auf seinem Dach eine solarthermische Anlage bauen, in seinem Keller hat er eine Anlage für die Nutzung von Biomasse, und zudem betreibt er Wärmeenergieeinsparmaßnahmen über die Anforderungen der EnEV hinaus. Die Anforderung für die Gesamtnutzung einer solarthermischen Anlage und Anlage für die Nutzung von Biomasse erfüllt er jeweils nur zu 25 %. Die Anforderung für die Einsparmaßnahme gemäß § 7 Nr. 2 i.V.m. der Anlage zum EEWärmeG erfüllt er zu 50 %. Die Prozentbeträge werden dann summiert und müssen dann 100 % ergeben, was im genannten Beispiel der Fall wäre. Diese Regelung ermöglicht dem Verpflichteten bei aller Komplexität, flexibel zu entscheiden, wie er Klimaschutz betreiben kann und möchte.

### c) Vollzug der Nutzungspflicht

Eine weitere wichtige Fragestellung ist bei ordnungsrechtlichen Regularien wie dem EEWärmeG der Vollzug. Beim Vollzug stellt sich immer das prinzipielle Problem der Effektivität,

---

Bundesverband erneuerbarer Energie, A-Drs. 16 (16) 395-F, S. 3.

<sup>22</sup> BUND, Analyse zum Entwurf des EEWärmeG, 07.02.2008, abrufbar unter [www.bund.net](http://www.bund.net); Bundesverband der Solarwirtschaft, A-Drs. 16 (16) 394-G, S. 3.

<sup>23</sup> So aufgezeigt bei Rabenstein, A-Drs. 16 (16) 395-C, S. 3 ff.

<sup>24</sup> Rabenstein, A-Drs. 16 (16) 395-C, S. 1; BEE, A-Drs. 16 (16) 395-F S. 5; Müller, ZNER 2008, 132 (136).

<sup>25</sup> In diese müsste dann freilich auch die Landnutzung, die etwa bei der Bioenergie eine zentrale Rolle spielt, einbezogen werden; vgl. Ekardt, Cool Down, Kap. 20 und 23.

<sup>26</sup> Vgl. Ekardt, Cool Down, Kap. 20 und 24; Ekardt/ von Hövel, Carbon & Climate Law Review 2009, 102 ff.; skeptischer insoweit Müller, in: Köck (Hg.), Klimaschutzrecht – Leipziger Tagungsband, 2009, i.E.

<sup>27</sup> Richtlinie 2004/8/EG v. 11.02.2004 über die Förderung einer am Nutzwärmebedarf orientierten Kraft-Wärme-Kopplung im Energiebinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 1992/94/EWG, ABl. Nr. L 52, S. 50.

<sup>28</sup> So wohl zutreffend Wustlich, NVwZ 2008, 1041 (1044).

spricht der Wirksamkeit der Maßnahme zur Verfolgung des Ziels, und der Effizienz der Maßnahme, also der Frage nach den monetären Kosten für die Erreichung des Ziels; dabei ist angesichts der oft gegenläufigen Interessen der Normadressaten eine Regelung meist nur so gut wie ihr Vollzug.<sup>29</sup> Der Bundesrat hat im Gesetzgebungsverfahren insoweit versucht, seine Vorstellung des Vollzugs durchzusetzen; Ziel des Bundesrats war schlicht, die Regelung des Vollzugs vollständig den Ländern zu überlassen und sogar die Stichprobenregelung des § 11 EEWärmeG zu streichen, nach der zumindest gelegentlich die Einhaltung der EEWärmeG-Vorgaben behördlich kontrolliert werden muss.<sup>30</sup> Insoweit hat sich der Bundesrat freilich nicht durchsetzen können. Dies hätte in erheblichem Maße zur Schwächung des EEWärmeG geführt; dies zeigen wohl auch die Erfahrungen zur EnEV, wo den Ländern der Vollzug überlassen worden ist. Einige Bundesländer haben beispielsweise Regelungen geschaffen, in denen die Wärmeschutzanforderungen nicht Bestandteil der Bauvorlage sind und die Einhaltung der behördlichen Überwachung nicht unterstellt worden ist.<sup>31</sup>

Der Durchsetzung der ordnungsrechtlichen Bestandteile des EEWärmeG ist trotzdem vergleichsweise schwach ausgestaltet. Prinzipiell funktioniert der Vollzug über bestimmte Nachweise gemäß § 10 EEWärmeG und über die stichprobenartige Überprüfung des Nachweise gemäß § 11 Abs. 1 EEWärmeG. Zur Überprüfung dieser Nachweise besteht die Möglichkeit der Betretung des Grundstücks bzw. der Wohnung gemäß § 11 Abs. 2 EEWärmeG. Die Anforderung an die einzelnen Nachweise werden durch Verweisung in § 10 EEWärmeG in der Anlage zum EEWärmeG geregelt. Bezüglich der verschiedenen EE-Arten (Bioenergie, Geothermie usw.) können die Nachweise durch einen Sachkundigen, den Hersteller und den Fachbetrieb, der Anlage eingebaut hat, erstellt werden. Bei den Ersatzmaßnahmen richten sich die Nachweise nach der jeweiligen Maßnahme. Bei Energieeinsparung ist der Energieausweise gemäß EnEV erforderlich. Bei Wärmenetzen ist eine Bescheinigung des Wärmenetzbetreibers ausreichend und bei den KWK-Anlagen kann wieder auf den Sachkundigen, den Anlagenhersteller oder den Fachbetrieb, der den einbaut gemacht, zurückgegriffen werden. Auch bei diesem Regelungsbereich der Nachweispflichten zeigen sich die Überschneidungen zwischen den EEWärmeG und der EnEV. Problematisch sind bei alledem die gleichlaufenden Interessen der Bauherren und der durch sie ausgewählten und bezahlten Begutachtenden, die einen rechtskonformen Gesetzesvollzug nicht unbedingt wahrscheinlicher machen.

Daneben gibt es noch bußgeldrechtliche Regelungen in § 17 EEWärmeG. Beim EEWärmeG ist kein Katalog an eindeutigen und klaren Eingriffbefugnisnormen vorhanden, auf dessen Grundlage ein befehlender und dadurch vollstreckbarer Verwaltungsakt gestützt werden kann. Dies ist eine wesentliche Schwäche für die Durchsetzung des EEWärmeG. Außerdem ist zu bedenken, dass die einzelnen Bundesländer insoweit wohl abweichende Regelungen treffen können (vgl. Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG). Dabei ist stets zu bedenken, dass ein (Umwelt-)Gesetz nur so gut ist wie sein realer Vollzug. Dieser Vollzug wird aber auf rein freiwilliger Basis wohl nicht durchgängig zustande kommen. Wesentlich ist dabei auch, dass Ermessensnormen in Zeiten unterbesetzter Verwaltungen oft dazu führen werden, dass selbst von vorhandenen Befugnissen kein Gebrauch gemacht wird. Ermessensfreie Befugnisnormen erscheinen daher sinnvoller, auch wenn die Behörden über diesen „verringerten Spielraum“ vielleicht nicht immer erfreut sein werden.

<sup>29</sup> Vgl. dazu sowie zur steuerungstheoretischen Leistungsfähigkeit von Ordnungsrecht, prozeduralen Regeln, Selbstregulierung und ökonomischen Instrumenten im Vergleich Ekarde, Information, Partizipation, Rechtsschutz, 2. Aufl. 2009, § 1 C. II.

<sup>30</sup> Stellungnahme des Bundesrat zum Entwurf, BR-Drs. 9/08 S. 10.

<sup>31</sup> Klinski, A-Drs. 16 (16) 394-B S. 18.

### 3. Die verschiedenen Energieträger im EEWärmeG

Als nächstes geraten die verschiedenen Energieträger unter dem EEWärmeG in den Blick. Die EE im Wärmebereich unterscheiden sich teilweise vom Stromsektor oder Kraftstoffsektor. Im Strommarkt steht momentan die Windenergie, Wasserkraft, Solarenergie und Biomasse im Fokus. Im Wärmebereich sind eher die Geothermie, sog. Umweltpumpen und auch solarthermische Anlage von Bedeutung, aber auch die Biomasse spielt eine wichtige Rolle. Bei der Analyse einzelner Energieträger stellt sich die wichtige Frage, wann ein solcher Energieträger wirklich als „klimafreundlich“ angesehen werden kann. Die „Klimafreundlichkeit“ der einzelnen Energieträger ist nicht nur für Neubauten relevant, sondern betrifft auch den Bereich der Altbauten. Denn nur beim EE-Einsatz nach den vorgeschriebenen Energieträgern des § 5 EEWärmeG und der Erfüllung der Anforderung der Anlage zum EEWärmeGG wird eine Förderung aus dem Marktanreizprogramm gewährt oder die Nutzungspflicht erfüllt. Das EEWärmeG hat den unterschiedlichen Wirkungen der Energieträger auf dem Klimaschutz in spezifischer Weise Rechnung zu tragen versucht. Im Folgenden gilt es zu untersuchen, inwieweit dies den Ambivalenzen der verschiedenen Energieträger erfolgreich Rechnung trägt.

#### a) Biomasse und Solarenergie

Zunächst ist die Biomasse von erheblicher Bedeutung für den erneuerbaren Wärmeenergiemarkt, da die Biomasse heutzutage schon gut 94 % der EE-Wärme ausmacht.<sup>32</sup> Der Einsatz der Biomasse ist technisch in allen Aggregatzuständen möglich, also als Feststoff, Gas und in flüssiger Form<sup>33</sup>, wobei in § 2 Abs. 1 Nr. 4 S. 3 EEWärmeG ein abschließender Katalog von Biomaseträgern festgelegt worden ist, nämlich Biomasse im Sinne der BiomasseV, abbaubare Anteile von Abfällen aus Haushalten und Industrie, Deponiegas, Klärgas, Klärschlamm im Sinne der Klärschlammverordnung, sowie Pflanzenölmethylester. Das Grundprinzip der Nutzung von Biomasse im Wärmebereich ist, dass Biomasse unabhängig von ihrem Aggregatzustand verbrannt und die dadurch entstehende Wärmeenergie genutzt wird.

Der aktuelle europäische – und globale – Bioenergieboom hat indes ökologisch wie auch ökonomisch-sozial markante Vor- und Nachteile.<sup>34</sup> Im Grundsatz ist die EE-Nutzung bekanntermaßen stets überaus sinnvoll – allein schon, weil die fossilen Brennstoffe endlich sind (und damit zusammenhängend immer teurer werden und schlimmstenfalls nach und nach zum Gegenstand gewaltsamer Konflikte werden können). Im Idealfall setzt energetisch genutzte Biomasse demgemäß nur die Klimagase frei, die sie zuvor der Luft entzogen hat, anders als die fossilen Brennstoffe. Eigentlich ist sie z.B. Kohle, Öl oder Gas damit klimapolitisch deutlich überlegen. Indes liefert Biomasse in ihren bisher technisch verfügbaren Formen nur relativ wenig Energie pro Einheit; die angekündigten „Pflanzen bzw. Kraftstoffe der zweiten Generation“, bei welchen die gesamte Pflanze verwendbar und die Produktion effizienter sein soll, stehen erst noch vor der Marktfähigkeit. So ergibt sich – bisher – durch die oft energieaufwendige Biomasse-Produktion und -Veredlung eine Klimabilanz, die u.U. kaum besser ist als

<sup>32</sup> BMU, Erneuerbare Energie in Zahlen, 6/2008, S. 15.

<sup>33</sup> Ebenso ordnet das EEWärmeG die einzelnen Träger in Bioöle, Biogas, Biofeststoffe.

<sup>34</sup> Vgl. zum Folgenden bereits die ausführlichere Analyse von Ekardt/ Schmeichel/ Heering, NuR 2009, 222 ff. und Ekardt, in: Frenz/ Müggenborg, EEG, Einleitung Rn. 35 ff.; aus der naturwissenschaftlich-ökonomischen Literatur etwa Kommission Bodenschutz der Bundesregierung beim Umweltbundesamt (KBU), Bodenschutz beim Anbau nachwachsender Rohstoffe, 2008; Wiss. Beirat Agrarpolitik, Nutzung von Biomasse zur Energiegewinnung, 2007; SRU, Sondergutachten „Biomasse“, 2007; WBGU, Zukunftsfähige Bioenergie und nachhaltige Landnutzung, 2008; OECD, Conduction Sustainability Assessments, 2008.

bei fossilen Brennstoffen. Besonders gilt dies für Treibstoff; darum wäre etwa Palmöl aus Indonesien oder Malaysia (wo das Palmöl womöglich unter Rodung von Regenwald angebaut wird – denn in den Tropen lässt sich Biomasse besonders kostengünstig produzieren), aber auch ein aufwändiges maschinelles Einsammeln kleiner im Wald verstreuter Waldholzreste klimapolitisch oft zweifelhaft.

Da Biomasse zwecks Generierung der nötigen Quantitäten in konventioneller Landwirtschaft erzeugt wird, hat sie zudem Anteil an deren Gewässer schädigenden und die Böden auf Dauer beeinträchtigenden Folgen wie Erosion, Eutrophierung, Überdüngung, Pestizidbelastung und Monokulturen. Dies gilt bei Energiepflanzen möglicherweise noch mehr als bei Nahrungspflanzen, da Energiepflanzen niemand essen muss und daher die Sensibilität potenziell geringer ist. In jedem Fall erzeugen Energiepflanzen durch ihre schlichte Quantität einen verstärkten Druck auf Naturräume. Insofern wird bei diversen Verfügbarkeitsberechnungen für Energiepflanzenanbauflächen z.T. auch nicht bedacht, dass der Energiepflanzenanbau mit anderen Zielen konfligiert – neben dem Naturschutz und der 2008 durch eine Weltkonferenz herausgehobenen Biodiversität (für die Monokulturen, hoher Pestizid- und Düngemittelsatz sowie verstärkter Grundlandumbruch schädlich sind) z.B. auch der verstärkten Umstellung auf ökologischen Landbau, die deutlichen Ertragssteigerungen eher im Wege stehen würde. Abgesehen davon ist beispielsweise die Stickstoffdüngung von Biomassefeldern ihrerseits energieintensiv und damit klimarelevant, da die Düngerproduktion energieintensiv ist. Auch werden bei der Düngeranwendung Stickoxide ( $\text{NO}_x$ ) in die Atmosphäre freigesetzt. Diese Stickoxide sind ihrerseits selbst Treibhausgase, das heißt sie tragen zum Treibhauseffekt bei. Zudem begünstigt der Energiepflanzenanbau die subkutane Etablierung der sehr kontroversen grünen Gentechnik.<sup>35</sup> Nicht gegen diese und andere Ambivalenzen einwenden sollte man, dass die Standards der Nahrungsmittelproduktion doch wohl auch für Energiepflanzen ausreichen müssten. Denn erstens sind die Standards für die konventionelle Ernährungs-Landwirtschaft ihrerseits diskussionswürdig, wenn man sie von ihrem Ergebnis (der Boden-, Gewässer- und Biodiversitätsbelastung) her beurteilt. Zweitens verstärken Energiepflanzen z.T. die Probleme der konventionellen Landwirtschaft wie etwa Monokulturen. Drittens tauchen Energiepflanzen zusätzlich auf, so dass die Gesamtanbaumenge und folglich auch die Problemdimension sich dadurch erhöht.

Auch ökonomisch-sozial ergeben sich Ambivalenzen der Bioenergie. Biomasse ist sicherlich eine Alternative zu Öl, Gas und Kohle; da die Biomasse aber wie fossile Brennstoffe nur bedingt innerhalb der EU generierbar ist, wirkt Biomasse nicht gleichermaßen positiv auf die Energieversorgungssicherheit wie ein verstärkter Sonnenenergieeinsatz (wobei letztere momentan noch recht kostenintensiv ist). Umgekehrt könnte die verstärkte Nutzung nachwachsender Rohstoffe aber die Landwirtschaft stärken und insbesondere strukturschwache ländliche Räume in Europa wieder beleben. Diese ambivalente Bilanz lässt sich international fortsetzen: *Einerseits* – dies ist möglicherweise der größte Einwand – droht die Abdeckung des riesigen Energiebedarfs westlicher Länder durch Importe aus Entwicklungsländern eine weitere Verschärfung der Welternährungslage zu bewirken. Denn westliche Länder werden zur Abdeckung ihres riesigen Energiebedarfs große Mengen Biomasse aus Entwicklungsländern importieren müssen. Des Weiteren steht die verstärkte energetische Nutzung von Energiepflanzen in den Industrieländern des Nordens in Konkurrenz zur traditionellen Biomassenutzung der Länder des Südens als Baumaterial usw. Da in diesen Ländern für einen Großteil der

<sup>35</sup> Zu Bioenergie und Gentechnik kurz Ekardt/ Schmeichel/ Heering, NuR 2009, 222 (224); weitergehend zu Konflikten um die grüne Gentechnik Hennig/ Wilke, Naturschutzrecht & Gentechnikrecht, 2008; Ekardt/ Hennig/ Wilke, JbUTR 2009, 157 ff.

Bevölkerung oftmals überhaupt kein Zugang zum öffentlichen Stromnetz gegeben ist, stellt die traditionelle Biomassenutzung zumeist den einzigen Energierohstoff für Strom oder Heizwärme und zum Kochen dar. *Andererseits* kann der Wirtschaftsfaktor Biomasse Veredelungsindustrien in den südlichen Ländern fördern und somit deren ökonomisch-sozialen Entwicklung befördern, was mittelfristig das Armutsproblem gerade verringern könnte (zumal der Bioenergieexport rentabler sein mag als der Nahrungsmittelexport). Die Frage ist allerdings, ob dieser ökonomische Vorteil nicht lediglich (wie bisher häufig) der oberen Mittelschicht zugute kommt, wogegen die zunächst einmal eintretende Nahrungsmittelverknappung direkt die Ärmsten trafe.

Ungeachtet dessen passt die Biomasse in Nord und Süd besser als z.B. die großtechnische Kohle- oder gar Atomenergieerzeugung<sup>36</sup> zu einer innovationsfreundlichen Marktwirtschaft mit vielen kleinen Wettbewerbern sowie zu einer dezentralen Energiewirtschaft. Eine solche Struktur könnte aber gerade für südliche Länder existenziell sinnvoll sein – und für westliche Länder könnte sie den endgültigen Durchbruch für die EE und außerdem demokratische Vorteile bedeuten (ist doch die Position weniger Oligopolisten im Energiemarkt angesichts von deren Verflechtung mit den Entscheidungsträgern zunehmend auch politisch problematisch, in jedem Fall aber tendenziell status-quo-konservierend). Biomasse ist überdies wie Kohle, Gas und Atomenergie – und Erdwärme – grundlastfähig und benötigt damit, anders als die nicht ununterbrochen verfügbare Sonnen- und auch Windenergie, nicht notwendigerweise eine ergänzende Speichertechnologie (bzw. ein stark ausgebautes Stromnetz), um dauerhaft die klassischen Energieträger in jeder Hinsicht entbehrlich zu machen.

Die Gesamtschau der Ambivalenzen lenkt den Blick auf klare ökologisch-soziale Spielregeln, die die Vorteile der Bioenergie nutzbar machen und deren Nachteile möglichst weitgehend zurückdrängen. Diese können besonders die energetische Mindestergiebigkeit der Biomasse einschließlich der Anbau-, Verarbeitungs- und Transportklimarelevanz aufgreifen. Dies könnte dann insbesondere zu einer verstärkten KWK-Nutzung der Bioenergie und zu einem zurückhaltenden Umgang mit der Option Treibstoff führen; ein solches Vorgehen würde die Effizienz der Bioenergienutzung deutlich steigern, also ihre negativen Begleiterscheinungen bei gleich bleibendem Nutzen reduzieren.<sup>37</sup> Allerdings muss ein solcher Regelungsansatz letztlich global wirken, um die Bioenergieherstellerländer real zu erfassen.

Europarechtlich werden in Reaktion auf all dies nunmehr mit der neuen EE-RL (vgl. Art. 17-19 RL 2009/28/EG) bestimmte landnutzungs- und treibhausgasbezogene Mindestkriterien für die Bioenergieförderung eingeführt. Solche häufig so genannten „Nachhaltigkeitskriterien“ unterliegen freilich wesentlichen Restriktionen.<sup>38</sup> *Erstens* erscheint es schwierig, beispielsweise alle wesentlichen Klimarelevanzen der Bioenergie-Produktionskette durch eine ordnungsrechtliche Vorgabe (z.B. „die Bioenergie muss XY % Treibhausgaseinsparung im Vergleich zu fossilen Brennstoffen leisten“) zu erfassen. *Zweitens* droht eine bloße Verlagerung der Probleme. Ebenso wie das erste tritt auch dieses zweite Problem noch verschärft auf, wenn man, wie es nötig wäre, etwa als EU auch Importe aus Drittländern zu erfassen versucht. Wenn jedoch statt Energiepflanzen in Regenwäldern Soja für die Viehfütterung zugunsten des westlichen Fleischkonsums angebaut würde, bringt dies wenig für den Klimaschutz. *Drittens* sind soziale Aspekte wie die Ernährungssicherheit nicht sinnvoll als überprüfbare Ordnungsrechts-

<sup>36</sup> Zu deren sonstigen Problemen – und der Notwendigkeit, auch insoweit über die ökologischen Bedingungen ihrer Gewinnung zu reden – siehe kurz Ekardt/ Schmeichel/ Heering, NuR 2009, 222 (224).

<sup>37</sup> KOM (2005) 628 endg., S. 7; SRU, Sondergutachten „Biomasse“, passim.

<sup>38</sup> Auch zum Folgenden bereits Ekardt/ Schmeichel/ Heering, NuR 2009, 222 (225 f.) und Ekardt, in: Frenz/ Muggenborg, EEG, Einleitung Rn. 45 ff.; nicht hinreichend berücksichtigt bei WBGU, Bioenergie, passim.

oder Anreizkriterien darstellbar. Denn eine Kausalität zwischen der einzelnen Energiepflanze und der Welternährungslage ist nicht abbildbar. *Viertens* drohen über all dies hinaus auch massive Vollzugsprobleme spätestens dann, wenn man (sinnvoller Weise) Regelungen nicht nur innerhalb z.B. der EU anwendet.

Die konkrete Ausgestaltung der EE-RL erscheint eher noch weniger unproblematisch, als es bei Bioenergiekriterien notwendigerweise stets der Fall ist: Angeordnet wird im Kern lediglich (a) die Einhaltung allgemeiner Grundregeln ordnungsgemäßer Landwirtschaft; (b) keine Nutzung von Naturschutzgebieten und Gebieten von hoher Biodiversität sowie hoher Kohlenstoffanreicherung wie etwa Feuchtgebiete; (c) eine Gesamtbilanz-Treibhausgaseinsparung von vorerst 35 % durch den Einsatz der Bioenergie (vgl. Art. 17-19). Mit alledem ist vieles nicht abgebildet: So sind Belastungen für Biodiversität, Natur, Grundwasser und Böden nicht auf einige wertvolle Gebiete reduzierbar; und von der Gentechnik-/ Demokratie-Thematik ist gar nicht erst die Rede. Ferner setzen 35 % Optimierung gegenüber fossilen Brennstoffen wohl einen zu geringen Anreiz für die zügige Markteinführung neuer Energiepflanzen, effizienterer Produktionsmethoden usw. Problematischer erscheint ferner, dass das Verlagerungsproblem (Fleischproduktion u.ä.) in keiner erkennbaren Weise angegangen wird; der Versuch einer Standardisierung der Treibhausgasberechnung usw. ändert daran wenig, und sie wird wahrscheinlich nicht einmal sämtliche Effekte wirklich erfassen können. Dass alle – somit beschränkten – Regeln auch für Importe gelten sollen (ggf. vermittelt über Völkerrechtsverträge und Zertifizierungssysteme), ist zwar notwendig, löst aber keines der beschriebenen Probleme und affirmiert, besonders wenn auf privatwirtschaftliche Zertifizierungen gesetzt wird, deren Zertifizierer voraussichtlich wiederum von den Biomasseproduzenten bezahlt werden, gerade die Vollzugsprobleme. Zudem beziehen sich die Nachhaltigkeitskriterien bisher – was sich freilich demnächst ändern soll – lediglich auf flüssige Biobrennstoffe (Biokraftstoffe und sonstige Biobrennstoffe); der Rest bleibt ungeregt. Dem deutschen Gesetz- bzw. Verordnungsgeber sind zur Behebung dieser Mängel allerdings leider die Hände gebunden, da die neue EE-RL weitergehende ökologische Anforderungen im Wesentlichen untersagt.<sup>39</sup>

Dass demgegenüber gemäß § 5 EEWärmeG die EE-Wärme mit ihrer ordnungsrechtlichen Nutzungspflicht mit einem Anteil von 15 % (Solarenergie), 30 % (Biogas) bzw. 50 % (sonstige Quellen, z.B. feste oder flüssige Bioenergie) als erfüllend anerkannt wird, erscheint als deutlicher Schritt in die richtige Richtung, jedenfalls für den Neubaubereich. Bei Biogas wird ferner sinnvoller Weise die Anforderung gestellt, dass die Nutzung nur unter Einsatz hocheffizienter KWK erfolgen darf. Dies ergibt sich Nr. II 1 lit. A der Anlage zum EEWärmeG, und obwohl § 5 Abs. 2 EEWärmeG nur auf Nr. II 1 der Anlage verweist, müssen durch den Vorspann der Nr. 5 der Anlage deren Anforderung zusätzlich eingehalten werden, was die Hocheffizienz zu Folge hat. Bei Bioölen muss der Einsatz in Brennkesseln erfolgen, welche mit der besten verfügbaren Technologien erfolgen gemäß Nr. II 2 lit. a der Gesetzesanlage. Gleichwohl wird das EEWärmeG die Nachfrage nach flüssiger Bioenergie noch einmal deutlich steigern, da diese z.Zt. noch wesentlich billiger als Solarwärme erscheint. Für die Einsparung von CO<sub>2</sub>-Emissionen oder anderen Treibhausgasen stellen solarenergetische Anlagen<sup>40</sup> demgegenüber eine deutlich weniger ambivalente, besonders zukunftssträchtige, allerdings z.Zt. noch teure und im Wirkungsgrad ausbaufähige Alternative zu den konventionellen Energieträgern

<sup>39</sup> Vgl. zur Umsetzung der Nachhaltigkeitskriterien auf Verordnungsebene Ekardt/ Hennig, ZUR 2009, Heft 10.

<sup>40</sup> Wohl um die Innovationsfreudigkeit in diesen Bereich zu fördern, ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 EEWärmeG die solare Energie so definiert, dass darunter jede Form von solarer Strahlung fällt, welche zur Deckung des Wärmeenergiebedarf technisch nutzbar gemacht werden kann.

dar.<sup>41</sup>

An sich müssten vor diesem gesamten Hintergrund die Nutzungspflichterfüllungs-Prozentsätze deshalb vielleicht weiter zuungunsten der Bioenergie verändert werden. Idealtypisch wäre – wie auch aus IPCC-Kreisen vorgeschlagen wird<sup>42</sup>, wengleich natürlich aus politikpragmatischer Sicht vordergründig schwer vorstellbar<sup>43</sup> – freilich ein stärker übergreifender globaler Ansatzpunkt in puncto Klimaschutz, Ressourcenschonung und Versorgungssicherheit wohl besser geeignet, (auch) die Bioenergie in die richtige Richtung zu lenken und zugleich auf ein eher überschaubares Maß zu begrenzen. Der Ansatz, konzipiert als ein Nachfolgeprotokoll für das Kyoto-Protokoll zum globalen Klimaschutz, zielt stärker auf die – ebenfalls ökonomisch sehr interessanten – massiven Potenziale der Solarenergie, der Energieeffizienz und eines verringerten Primärenergieeinsatzes (sowie einen begrenzten, hocheffizienten Einsatz von Bioenergie) ab. Der Ansatz besteht in einem rigide absinkenden globalen Treibhausgas-Cap und einem Emissionshandel zwischen allen (!) Staaten weltweit auf der Basis einer Erstzuteilung mit weltweit gleichen Pro-Kopf-Emissionsrechten<sup>44</sup>, die von den Staaten gehalten, untereinander gehandelt und dann pro Staat (bzw. innerhalb der EU) – ausschließlich – an die Primärenergieunternehmen, die treibhausgasrelevante Energieträger auf den Markt bringen, versteigert werden (einschließlich einer zusätzlichen Kompensation für die Entwicklungsländer sowie für die sozial Schwächeren in den Industriestaaten). Jedweder Treibhausgasausstoß würde damit, sofern man zusätzlich zur treibhausgasrelevanten Primärenergie die Landnutzung einbezöge, erfasst. Und er würde teurer; über den C-Preis sowie die absinkende zulässige<sup>45</sup> Gesamttreibhausgasmenge würden also die richtigen klimaschützerischen Verhaltensanreize gesetzt, die über Strom-, Gas-, Treibstoff- und Produktpreise von den Primärenergieunternehmen an sämtliche Endkunden und Unternehmen weitergegeben würden.

Im Ergebnis würde zunächst einmal (a) der Primärenergieverbrauch durch Energieeffizienz substanziell sinken, (b) dabei auch die Suffizienzoption aktiviert, (c) das Verlagerungsproblem angegangen<sup>46</sup> und (d) die Solarenergie als vorzugswürdige EE gestärkt, auch wenn sie bei rein kurzfristig-betriebswirtschaftlicher Betrachtung erst einmal vermeintlich teurer als die Bioenergie erscheint – was zugleich (e) eine dezentrale Energiewirtschaft begünstigen würde.<sup>47</sup> All dies würde (f) im Raumwärmebereich neben dem Neubau sinnvoller Weise auch den Altbau erfassen. Mit alledem würde freilich – da für einen Emissionshandels-Ansatz systemnotwendig – eine globale Vollzugskontrolle einhergehen (müssen).<sup>48</sup>

<sup>41</sup> Dazu auch Berger, *Der lange Schatten des Prometheus. Über unseren Umgang mit Energie*, 2009.

<sup>42</sup> Vgl. Edenhofer u.a., *A Global Contract on Climate Change*, Policy Paper, 2008; ähnlich Wicke u.a., *Beyond Kyoto*, 2005; ausführlich Ekardt, *Cool Down*, Kap. 19-22; Ekardt/ von Hövel, *Carbon & Climate Law Review* 2009, 102 ff.; Ekardt/ Exner/ Albrecht, *Carbon & Climate Law Review* 2009, i.E.; von den Grundintentionen her auch Kartha u.a., *The Right to Development in a Climate Constrained World. The Greenhouse Development Rights Framework*, Paper of the Heinrich-Böll-Stiftung, EcoEquity, and the Stockholm Environmental Institute, 2007.

<sup>43</sup> Wobei der Vorschlag eigentlich den meisten Beteiligten nützen würde; vgl. näher Fn. 43 m.w.N. für Details.

<sup>44</sup> Beginnend etwa bei 5 Tonnen CO<sub>2</sub> pro Kopf, bis 2050 anlangend bei etwa 0,5 Tonnen CO<sub>2</sub>; zur gerechtigkeits-theoretischen Begründung vgl. Ekardt, *Cool Down*, Kap. 28-39; dazu, dass sich diese Zahlen aus den IPCC-Forschungsergebnissen ergeben, vgl. a.a.O., Kap. 2.

<sup>45</sup> Ohne stark sinkendes Treibhausgas-Cap drohen Effizienz und übrigens auch die EE-Förderung demgegenüber eine weitere, „zusätzliche“ Nutzung der „eingesparten“ fossilen Brennstoffe zu provozieren, sei es im Okzident, sei es in südlichen Ländern (Rebound-Effekt); so zutreffend – trotz aller kritikwürdiger Überspitzungen – Sinn, *Das grüne Paradoxon*, 2008; die nötigen Differenzierungen bietet Edenhofer/ Kalkuhl, *Das „grüne Paradoxon“ – Menetekel oder Prognose?*, 2008 (noch unveröff.).

<sup>46</sup> Jedenfalls unter der – allerdings nicht einfachen – Prämisse, dass die Landnutzung sinnvoll in den Emissionshandel integriert werden kann.

<sup>47</sup> Vgl. auch Grünbuch der Kommission vom 29.11.2000, Hin zu einer europäischen Strategie für Energieversorgungssicherheit, KOM 2000, 769 endg. zur Auslandsabhängigkeit der EG.

<sup>48</sup> Natürlich verkennen wir nicht, dass die Lust vieler Länder auf eine solche „WTO-ähnliche“ Vollzugsstärkung

Der so insgesamt verringerte Primärenergieeinsatz fördert neben dem Klimaschutz auch die Ernährungssicherheit und bewirkt wegen der begrenzten Flächeninanspruchnahme eine Verbesserung bei der Landnutzung. Nur so wird außerdem sicher vermieden, dass der Klimaschutz darunter leidet, dass die Bioenergie womöglich einfach „zusätzlich“ zu fossiler Energie erzeugt wird und deren Treibhausgasemissionen unverändert bestehen bleiben. Einzelne zusätzliche „Kriterien“, etwa für die Zulassung (oder Nichtzulassung) der grünen Gentechnik, würden freilich neben einem solchen neu strukturierten globalen Emissionshandel ein mögliches Thema bleiben.<sup>49</sup> All dies würde folgerichtig die Bioenergie kanalisieren, in die richtige Richtung lenken – und damit den Klimaschutz und die Versorgungssicherheit stärken sowie die Probleme der Bioenergie begrenzen, ohne ihre (differenziert zu beurteilenden) Chancen zu übersehen.<sup>50</sup> So würde dann auch in einem einheitlichen „Preis“ transparent, wann etwa Bio-kunststoffautos, Wärmedämmung und KWK-Bioenergie klimapolitisch sinnvoller sind als Biodiesel und Bioheizöl, da letztere aufgrund ihrer weniger guten Klimabilanz teurer zu Buche schlagen würden. All dies würde zugleich den bisherigen wirkungsschwachen und bürokratischen Staaten- und EU-Emissionshandels überwinden.<sup>51</sup> Natürlich steht hinter alledem auch die politikpragmatisch unbequeme, in einer physikalisch endlichen Welt aber wohl unausweichliche Einsicht, dass ein wirksamer Klimaschutz früher oder später eine Abkehr von der Idee ewigen Wirtschaftswachstums impliziert.<sup>52</sup>

Keine geeignete Alternative zum damit vorgeschlagenen Neuansatz wäre es, einfach ein allgemeines „Gebot effizienter Biomassenutzung“ rechtlich zu verankern (gemeint wäre hier

---

des Klimaschutzes sehr begrenzt ist; im Gegensatz zu wirklich effektiven Zertifizierungssystemen, die ebenfalls in den Herstellerländern auch wenig Gegenliebe stoßen würden, würde ein solches Modell allerdings insgesamt einen globalen Kompromiss verwirklichen, der explizit und dauerhaft die Interessen der Entwicklungsländer berücksichtigen würde; vgl. dazu Ekardt, *Cool Down*, Kap. 19-22.

<sup>49</sup> Nichts ausgesagt ist mit alledem darüber, dass es (natürlich) unverändert aus anderen als Bioenergie-bezogenen Gründen weitere bestimmte ordnungsrechtliche Bestandteile der Umweltpolitik geben muss (etwa im Biotopschutz).

<sup>50</sup> Wir verkennen nicht, dass ein Hemmnis für ein solches Modell (neben dem allgemeinen, aus vielen Quellen gespeisten Unwillen gegenüber einer einschneidenden Klimapolitik) auch in Folgendem liegen könnte: Der bisherige klimapolitische Instrumentenmix ist zwar – trotz viel guten Willens (!) – nur mäßig erfolgreich (wenn man die Pro-Kopf-Emissionen in Relation zu den Forderungen des IPCC setzt) und im Vollzug schwierig, er schafft damit aber u.a. auch Arbeitsplätze in den Bereichen Consulting, Vollzug, Rechtswesen, Umwelt- und Wirtschaftsverbänden usw. (einschließlich des Projektes, in dem das vorliegende Papier entstanden ist); allein schon dies dürfte es latent und unbewusst begünstigen (so würde wohl jeder Ökonom oder Psychologe bestätigen – in diesen Disziplinen gelten nüchterne anthropologische Aussagen tendenziell als weniger anstößig als in der Jurisprudenz), einen mittelfristigen Systemwechsel zu einem globalen Preis-Modell nicht unbedingt „positiv“ wahrzunehmen. Letzten Endes kann das Ziel eines Politik-/ Rechts-/ Lebensbereichs allerdings kaum darin bestehen, per se zu expandieren. Erstrebenswert erscheint vielmehr die möglichst weitgehende Lösung des bearbeiteten Problems und die anschließende Schrumpfung dieses Politik-/ Rechts-/ Lebensbereichs (= andere Ernährungsgewohnheiten würden zwar viele Zahnärzte arbeitslos machen, doch wäre dies natürlich nicht zu bedauern, sondern zu begrüßen); klassisch zur drohenden Selbstperpetuierung einmal geschaffener Organisationen Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1972, passim; dies bleibt z.B. unberücksichtigt bei Müller, in: Köck, *Klimaschutzrecht*, i.E. Gleichwohl macht im Klimaschutz der Idealismus vieler Beteiligter Hoffnung, dass diese latente Problemlage von untergeordneter Bedeutung bleibt. Vor diesem gesamten Hintergrund verdienen Überlegungen im BMU und im UBA zur verstärkten Konsolidierung und Zusammenführung des Klimaschutzrechts Unterstützung.

<sup>51</sup> Die Neuerungen wären also: (1) strengere Ziele; (2) keine Verlagerungseffekte mehr; (3) weniger Bürokratie, da ein Primärenergieemissionshandel wesentlich einfacher zu administrieren ist und (4) auch keine Ausnahmen mehr vorsehen würde und auch keinen – ökologisch sehr zweifelhaften – (5) CDM; konkret zum europäischen Emissionshandel für diese Stoßrichtung auch Hentrich/ Matschoss/ Michaelis, *ZfU* 2009, 153 ff.; Hansjürgens, *ZfU* 2009, 123 (137 f.); diese Fortentwicklungsoptionen werden übersehen in den Beiträgen von Winter, Wegener und Beckmann/ Fisahn, *ZUR* 2009, Heft 6.

<sup>52</sup> Vgl. dazu Daly, *Beyond Growth. The Economics of Sustainable Development*, 1996; Ekardt, *Cool Down*, Kap. 1; Wuppertal-Institut, *Zukunftsfähiges Deutschland in einer globalisierten Welt*, 2008. – Selbst die Solarenergie ändert diesen Befund nicht grundsätzlich, da die Sonne als solche zwar schwer erschöpflich ist, jedoch für Wachstum neben Energie immer auch andere, zweifelsfrei endliche Ressourcen benötigt werden.

nicht Energieeffizienz, sondern allgemein eine gute Berücksichtigung aller Vor- und Nachteile der Biomasse). Denn es wäre für den einzelnen Rechtsanwender, der z.B. die Förderfähigkeit der Biomasse nach dem EEG zu überprüfen hätte, zu wenig klar, was daraus rechtlich konkret folgt. Ebenso wenig könnte man den vorgeschlagenen Neuansatz durch ein „allgemeines Verschlechterungsverbot“ ersetzen. Denn was sollte dieses bei der Bioenergie bedeuten? Wenn es etwa bedeuten würde, dass keinerlei zusätzlicher Druck auf den Nahrungsmittelmarkt oder auf bisher ungenutzte Naturräume entstehen soll, dann wäre ein solches Verschlechterungsverbot letztlich ein kategorisches Bioenergieverbot. Insoweit erscheint die vorliegend angebotene Lösung über den C-Preis angemessener und differenzierter.

## **b) Wärmepumpen und Geothermie**

Kehrt man zur aktuellen Gesetzeslage zurück, stellt sich ferner die Frage, wie die weiteren EE im EEWärmeG zu beurteilen sind. Die Wärmepumpe ist von ihrer Funktionsweise so etwas wie ein „umgestülpter Kühlschrank“, wobei im Unterschied ein Raum aufgeheizt wird.<sup>53</sup> Die Frage ist indes, inwieweit die Wärmepumpe sich als EE darstellt und inwieweit diese Technik klimafreundlich ist. Für die Beurteilung der „Klimafreundlichkeit“ einer Wärmepumpe ist von Bedeutung, wie der Verdichter angetrieben wird. Ein weiteres Kriterium für die Beurteilung der Klimafreundlichkeit ist die Entsorgung der Wärmepumpenstoffe, denn genau wie beim Kühlschrank wird ein Arbeitsmittel benötigt. Anders als beim Kühlschrank wird in der Regel ein teilfluoriertes Arbeitsmittel eingesetzt, das nicht die Ozonschicht angreift, aber vom Treibhauseffekt 1500mal bis 3000mal stärker ist als CO<sub>2</sub>.<sup>54</sup> Hinsichtlich des Antriebs des Verdichters gibt es unterschiedliche Techniken. Am häufigsten verbreitet ist die elektrische Wärmepumpe. Zur Verdichtung des Arbeitsmittels wird nur eben auch Strom benötigt. Die Energieeffizienz einer solchen Wärmepumpe wird durch die Jahresarbeitszahl dargestellt. Sie ist das für ein Jahr ermittelte Verhältnis von abgegebener Nutzwärme (Heizarbeit) für die Raumheizung zu dem dazu erforderlichen Aufwand (Antriebsarbeit). Wie sehr eine Wärmepumpe das Klima dann be- oder entlastet, hängt maßgeblich davon ab, wie viel Strom sie benötigt und wie dieser Strom dann bereitgestellt wird. Bei einem konventionellen Strombezug ist insoweit der öffentliche Strommix entscheidend (der in Deutschland bisher durch die fossilen Energieträger geprägt ist). Des Weiteren kommt hinzu, dass durch Umwandlungsprozesse in Deutschland knapp zwei Drittel der Primärenergie verloren gehen, was sich wiederum negativ auf die Bilanz von elektrischen Wärmepumpen auswirkt.<sup>55</sup> Erst bei einer tatsächlichen Jahresarbeitszahl von mindestens 2,7 wird deshalb dem Vernehmen nach mehr Wärmeenergie bereitgestellt, als Primärenergie für den Betriebsstrom benötigt wird.<sup>56</sup> Die Wärmepumpe kann folgerichtig primär dann eine echte EE darstellen, wenn sie mit EE-Strom – möglichst Wind- oder Solarstrom – betrieben wird. Außerdem ist von Bedeutung, dass es nochmals zu einer leichten Steigerung der Anforderung an die Jahresarbeitszahlen kommen sollte, dies insbesondere für elektrischen Wärmepumpen, die Luft/Wasser nutzen, denn dort sind die tatsächlichen Jahresarbeitszahlen deutlich niedriger als bei anderen Wärmequellen.<sup>57</sup>

Eine besonders bemerkenswerte EE stellt demgegenüber die Geothermie dar – die eigentlich

<sup>53</sup> Näher zur Funktionsweise einer Wärmepumpe: UBA, Elektrische Wärmepumpe – eine erneuerbare Energie?, 2008, S. 3 f.

<sup>54</sup> Vgl. zu den folgenden Informationen UBA, Wärmepumpe, S. 4 und 8.

<sup>55</sup> Klinski, A-Drs. 16 (16) 394-B, S. 36; UBA, Wärmepumpe, S. 4.

<sup>56</sup> Klinski, A-Drs. 16 (16) 394-B, S. 37.

<sup>57</sup> UBA, Wärmepumpe, S. 14; Klinski, A-Drs. 16 (16) 394-B, S. 37.

weniger „erneuerbar“ als vielmehr nach menschlichen Maßstäben „unerschöpflich“ ist, ähnlich der Sonnenenergie. Die Tiefengeothermie ist mit hohen Investitionskosten verbunden, welche für den Privatanwender auch langfristig wohl nicht rentabel sein wird. Auch die Standorte für Tiefengeothermie sind begrenzt, und gerade im Innenstadtbereich sind die Möglichkeiten der Erdwärmenutzung mit Problemen verbunden.<sup>58</sup> Für die Nutzung dieser Technik kommt es daher letztlich auf eine Förderung von Wärmenetzen an. Auf diese Netze ist im Folgenden noch einzugehen.

#### **4. Verhältnis der Nutzungspflicht des EEWärmeG zu weiteren Regelungen – Probleme des klimapolitischen „Instrumentenmixes“ im Wärmebereich**

Bis hierher ist schon mehrfach auf die enge Verzahnung zwischen dem EEWärmeG und der Anlage zum EEWärmeG und der EnEV hingewiesen worden. Gerade wegen der Ambivalenzen der Bioenergie erscheint es sinnvoll, dass nach § 7 EEWärmeG die EE-Verwendung durch Energieeffizienzmaßnahmen substituiert werden kann (gegenüber den anderen EE ist dies, wie erwähnt, differenziert zu betrachten). Dabei finden sich diverse Verweisungen auf die EnEV im EEWärmeG und der dazu gehörigen Anlage. Zudem findet sich ein vergleichbares Pflichtprogramm, wobei die EnEV auch in den Bestandbereich geht, doch im Kern zielen beide Gesetze auf die Einsparung von Primärenergie ab. Im Zuge der Einführung des EEWärmeG und der Novellierung der EnEV wäre es freilich sinnvoll gewesen, da eine „große“ klimapolitische Lösung nicht kurzfristig erreichbar ist, zumindest zu Vereinfachungs- und Klarstellungszwecken eine gemeinsame gesetzliche Grundlage für den Klimaschutz im Wärmebereich zu schaffen. Auch einheitliche Vollzugsregelungen mit klaren Ermächtigungsgrundlagen usw. hätten geschaffen werden können, da die EnEV, EnEG und die EEWärmeG gerade zu schwache Regelungen enthalten, die momentan ähnlich ausgestaltet sind.<sup>59</sup>

Eine andere Regelung mit potenziell konfligierendem Pflichtenprogramm zum EEWärmeG findet sich in § 9 Abs. 1 Nr. 23 lit. b BauGB. Nach der genannten Norm hat eine Gemeinde die Möglichkeit, den EE-Einsatz – also nicht zuletzt im Wärmebereich – aus städtebaulichen Gründen festzulegen.<sup>60</sup> § 3 Abs. 2 EEWärmeG stellt überdies explizit klar, dass die Länder Regelungen zur Nutzungspflicht von EE im Altbestand erlassen dürfen. Zwar könnte man jetzt fragen, ob gerade das EEWärmeG mit dieser Regelung (und mit einer Nutzungspflicht für EE-Wärme im Neubaubereich) nicht eine vorrangige Spezialregelung zu § 9 BauGB und den Landesbauordnungen (z.B. § 81 HBO) darstellt, die entgegen dem bis hierher Gesagten deren Anwendung im Klimaschutz ausschließt. In diese Richtung scheint auch zu deuten, dass das EEWärmeG technologieoffen formuliert ist, wogegen § 9 BauGB und die Landesbauordnungen genau diese Offenheit mit Festsetzungen zugunsten genau einer Energieart usw. vereiteln könnten. Bei genauem Hinsehen steht das EEWärmeG einer Anwendung der Baurechtsnormen auf den Klimaschutz jedoch nicht entgegen. Denn erstens hat der Bundesgesetzgeber §§ 1 Abs. 5, 9 Abs. 2 BauGB bei Erlass des EEWärmeG eben gerade nicht geändert oder abgeschafft – und damit die Fortgeltung dieser Normen und ihres Inhalts bestätigt. Und zweitens kann § 3 Abs. 2 EEWärmeG doch gerade so gelesen werden, dass die Länder (und damit auch die Kommunen) im Klimaschutzbereich tätig werden sollen.

<sup>58</sup> Hierzu etwa BUND, Strom und Wärmeerzeugung aus Geothermie, 2007, [www.bund.net](http://www.bund.net); Bundesvereinigung der Spitzenverbände der Immobilienwirtschaft, A-Drs. 16 (16) 394-F, S. 2.

<sup>59</sup> Teilweise kritisch zur EE-Rechtsvielfalt auch Wustlich, NVwZ 2008, 1041 (1048); Ekardt/ Hennig, ZUR 2009, Heft 10.

<sup>60</sup> Hierzu und zum Folgenden näher Wustlich, NVwZ 2008, 1041 ff.; Ekardt/ Schmitz/ Schmidtke, ZNER 2009, 236 ff.

## 5. Förderung von Nah- und Fernwärmenetzen nach dem EEWärmeG

Wie bei der Geothermie bereits anklung, ist mit dem EEWärmeG zuletzt auch die Frage nach der Zukunft von Nah- und Fernwärmenetzen aufgerufen. Die deutsche Wärmeversorgung ist bisher geprägt von der häuslichen Versorgung z.B. durch eine Ölheizungsanlage im Keller. 2003 lag der Anteil der beheizten Wohneinheiten durch Fernwärmenetze bei nur 13,7 %.<sup>61</sup> Die wirtschaftlichen Ausgangsbedingungen für die Investoren von Wärmenetzen hängen im Wesentlichen davon, ob nach der Inbetriebnahme der Anlage die produzierte Wärme von einem Dritten abgenommen wird.<sup>62</sup> Der Gesetzgeber hat nunmehr eine Klausel in § 16 EEWärmeG geschaffen, die einer Gemeinde und einem Gemeindeverband die Möglichkeit bietet, einen Anschluss- und Benutzungszwang für Nah- und Fernwärmenetze zum Zwecke der Klima- und Ressourcenschonung anzuordnen. Außerdem hat, wie oben bereits angesprochen wurde, der Bereich der Nah- und Fernwärmenetze deshalb eine Bedeutung, weil der Anschluss an ein solches Netz als Ersatzmaßnahme im Sinne des § 7 EEWärmeG gilt, wenn dieses Netz überwiegend durch EE gespeist wird. Mehrere Fragestellungen kennzeichnen diesen Kontext. Zum einen stellt sich die Frage, ob die Vorteile des Benutzungszwangs durch die möglichen Nachteile aufgewogen werden. Zu diesen Vorteilen zählt, dass bei Nah- und Fernwärmenetzen eine höhere Energieeffizienz erreicht werden kann und dass bestimmte EE, z.B. die Tiefengeothermie, wie gesehen nicht für die häusliche „Erzeugung“ geeignet sind. Außerdem ist bei größeren solarthermischen Anlagen ein höherer Wirkungsgrad zu erwarten, außerdem wird erst bei größeren Anlagen eine saisonale Wärmespeicherung möglich.<sup>63</sup> Als Nachteil steht die anhaltende Oligopolisierung des Energiemarktes im Raum.<sup>64</sup> Und durch einen Anschlusszwang wären für den Hauseigentümer die Möglichkeiten verschlossen, andere EE zu nutzen. Außerdem besteht bei den Nah- und Fernwärmeversorgern durch die gesicherte Monopolstellung ein geringeres Interesse neue Technologien einzusetzen, da es keinen Wettbewerb hinsichtlich der Wärmeenergieversorgung gibt.<sup>65</sup> Dabei ist die Situation verschärfter als auf dem Strommarkt. Obwohl der deutsche Strommarkt ein hohes Maß an Konzentration aufweist, die sich schon als Oligopolstruktur darstellt, besteht noch eine Möglichkeit des Wettbewerbs. Der Strom ist immer noch handelbar, dies ist bei der Wärmeversorgung dagegen schwierig; die Monopolstellung ist also faktisch bedingt (was zumindest wirksame wettbewerbsrechtliche Regelungen als notwendig erscheinen lässt). Weiterhin ist zu bedenken, dass bei Nah- und Fernwärmenetzen auch ein höherer Anteil von Energieverlusten innerhalb des Transportwegs besteht. Dennoch ist unter Berücksichtigung der Energieeffizienz eine Förderung von Nah- und Fernwärmenetzen richtig. Die oben skizzierte „große“ klimapolitische Lösung würde hier generell wohl die dezentrale Option stärken und dennoch Raum lassen für ergänzende zentralistische EE-Optionen.<sup>66</sup>

Als nächstes stellt sich die Frage, was § 16 EEWärmeG überhaupt an der bisherigen landesrechtlichen Rechtslage ändert. In einigen Bundesländern wie etwa Hessen (§§ 19 HGO, 81

<sup>61</sup> UBA, Potenziale von Nah- und Fernwärmenetzen für den Klimaschutz bis zum Jahr 2020, Climate Change 17/07, S. 15.

<sup>62</sup> Klinski, A-Drs. 16 (16) 394-B, S. 16.

<sup>63</sup> Klinski, A-Drs. 16 (16) 394-B, S. 8.

<sup>64</sup> Zu der Monopolisierungsgefahr siehe auch Bundesvereinigung der Spitzenverbände der Immobilienwirtschaft, A-Drs. 16 (16) 394-F, S. 2.

<sup>65</sup> Hierzu auch Bundesvereinigung der Spitzenverbände der Immobilienwirtschaft, A-Drs. 16 (16) 394-F, S. 2.

<sup>66</sup> In den Einzelheiten lässt sich dies schwer prognostizieren, ohne dass dies ein durchgreifendes Argument gegen einen solchen „Systemwechsel“ wäre; vgl. Edenhofer u.a., Global Contract, passim; Ekardt, Cool Down, Kap. 20; siehe auch Hentrich/ Matschoss/ Michaelis, ZfU 2009, 153 ff.

Abs. 2 HBO), Schleswig Holstein (§ 17 GO-SH) und Nordrhein-Westfalen (§ 9 GO-NRW) finden sich nämlich bereits bisher landesgesetzliche Regelungen, die sich im Sinne einer Ermächtigung zum Anschluss- und Benutzungszwang verstehen lassen. So kann beispielsweise gemäß § 17 Abs. 2 GO-SH die Gemeinde bei dringendem öffentlichen Bedürfnis durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebiets den Anschluss an die Wasserversorgung, die Abwasserbeseitigung, die Abfallentsorgung, die *Versorgung mit Fernwärme*, die Straßenreinigung und ähnliche der Gesundheit und dem Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens dienende öffentliche Einrichtungen (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen und der Schlachthöfe (Benutzungszwang) vorschreiben.<sup>67</sup> Ein dringendes öffentliches Bedürfnis lässt sich für Fernwärmenetze etwa daraus herleiten, dass diese ohne Anschluss- und Benutzungszwang häufig nicht wirtschaftlich betrieben werden können – und dass die Netze ihrerseits aus klimapolitischen Gründen durchaus sinnvoll sind.

Bisher existiert in den einzelnen Bundesländern gleichwohl zum Grossteil nur eine Generalklausel für einen Anschluss und Benutzungszwang für Nah- und Fernwärmenetze. Nur die Länder Schleswig-Holstein (§ 17 Abs. 2 GO SH) und Baden-Württemberg (§ 11 Abs. 1 S. 1 GO BW) haben einige eindeutige Regelungen getroffen, dass für Klimaschutzmaßnahmen ein solcher Benutzungszwang angeordnet werden darf. Der Gesetzgeber verfolgt mit dem § 16 EEWärmeG folgerichtig das Ziel, die momentane Rechtslage dahingehend zu klären, dass auf Grundlage der Generalklauseln ein solcher Benutzungszwang auch für Klimaschutzziele durchgesetzt werden kann.<sup>68</sup> Die Norm bestimmt, dass die Rechtsgrundlagen für die Kommunen zum Anschluss- und Benutzungszwang bei Nah- und Fernwärmeversorgung „nach Landesrecht“ fortan auch zum „Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes“ genutzt werden dürfen. Damit sollen die bestehenden Rechtsgrundlagen des Landesrechts gerade auch für den Klima- und Ressourcenschutz explizit und ohne Rechtsunsicherheiten geöffnet werden.<sup>69</sup>

Zuletzt stellt sich die – vom Bundesrat skeptisch beurteilte<sup>70</sup> – Frage nach der Gesetzgebungskompetenz für den § 16 EEWärmeG.<sup>71</sup> Man könnte meinen, es gehe hier um Kommunalrecht, und zudem sei nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG der Bund gehindert, den Gemeinden und Gemeindeverbänden neue Aufgaben durch Bundesgesetz aufzuerlegen.<sup>72</sup> Jedoch geht es weniger um Kommunalrecht als vielmehr um Luftreinhaltung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG.<sup>73</sup> Dies ist unabhängig davon, ob durch die Veränderung der Luft jemand geschädigt wird<sup>74</sup>; und laut BVerfG kommt es auf den Schwerpunkt der Regelung an.<sup>75</sup> Das Schwergewicht des § 16 EEWärmeG liegt aber eben nicht in der kommunalen Versorgung. Dies könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn ein Benutzungszwang generell eingeführt werden sollte.<sup>76</sup> Auch Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG dürfte gewahrt sein, da erstens die Gemeinden zu nichts verpflichtet werden und zweitens nur ohnehin bestehendes Landesrecht durch § 16 EEWärmeG erweitert

<sup>67</sup> Ebenso beispielsweise § 19 Abs. 2 HGO; § 1 Abs. 2 BremG über die Rechtssetzungsbefugnisse der Gemeinden (aber gerade ohne Fernwärme); § 15 Abs. 1 S. 1 GO M-V; § 8 NdsGO.

<sup>68</sup> Regierungsentwurf, BR-Drs. 9/08, S. 71 f.

<sup>69</sup> Begründung des Regierungsentwurfs v. 05.12.2007, S. 65 f.

<sup>70</sup> Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 9/08, S. 12 f.

<sup>71</sup> So die Begründung des Regierungsentwurfs BR-Drs. 9/08, S. 71 f.

<sup>72</sup> Beschluss des Bundesrates, BR-Drs. 9/08, S. 13.

<sup>73</sup> Zu dieser Norm Pieroth, in: Jarass/ Pieroth GG, 9. Aufl. 2007, Art. 74 Rn. 61; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/ Hofmann/ Hopfauf (Hg.), GG, 11. Aufl. 2008, Art. 74 Rn. 311; Söseman, ZNER 2008, 137 (139).

<sup>74</sup> Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/ Hofmann/ Hopfauf, GG, Art. 74 Rn. 311; vgl. auch Söseman, ZNER 2008, 137 (139).

<sup>75</sup> Vgl. BVerfGE 80, 124 (132); 97, 228 (251); 97, 332 (341); 98, 145 (158); 98, 265 (299).

<sup>76</sup> Für die Verfassungskonformität des § 16 EEWärmeG auch Klinski, A-Drs. 16 (16) 394-B, S. 15 f.; zur grundrechtlichen Seite kurz Ekardt/ Schmitz/ Schmidtke, ZNER 2009, 236 ff. passim.

---

wird. Mit alledem bleibt das EEWärmeG ein sichtbarer Schritt nach vorn im Klimaschutz,<sup>—</sup> der allerdings (auch wenn man nur die „kleinteiligen“ Optionen in Betracht zieht) in puncto Bioenergie-Prozentsätze, Vollzugs-Rechtsgrundlagen, bei der Einbeziehung des Altbaus und Abstimmung mit der EnEV einzelne Weiterentwicklungen verdienen dürfte.