

# Simon Felix Klesse: Umfang und Funktion der verwaltungsrechtlichen Instrumente zur Umsetzung von Klimaschutzmaßnahmen und zur Erreichung von Klimaneutralität am Beispiel der Konzentrationsflächenausweisung im BauGB und ausgewählter Regelungen im GEG

Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft im 9. Fachsemester (Universität Bayreuth). Der Beitrag ist im Rahmen des studienbegleitenden Seminars zum Umweltrecht bei Prof. Dr. Eva Lohse am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Rechtsvergleichung (Lehrstuhl für Öffentliches Recht III) entstanden.

## A. Einleitung

Der von Trockenheit geprägte Sommer 2018 und die Flutkatastrophe im Ahrtal im Frühsommer 2021 führen vor Augen, dass sich die Wahrscheinlichkeit solcher Extremwetterereignisse und die Intensität starker Regenfälle durch den Klimawandel erhöht hat.<sup>1</sup> Der globale Temperaturanstieg, sein Ausmaß und seine Geschwindigkeit sind in erster Linie abhängig vom Umfang der anthropogen emittierten Treibhausgase, insbesondere dem CO<sub>2</sub>-Ausstoß.<sup>2</sup> Werden keine weiteren Maßnahmen zu deren Reduktion getroffen, gilt es als wahrscheinlich, dass die Temperatur global gesehen um mehr als drei Grad Celsius bis zum Jahr 2100 ansteigt.<sup>3</sup> Dies würde weltweit verheerende Folgen für den Menschen, Flora und Fauna zeitigen.

In Deutschland sieht das Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) vor, zum Schutz vor den Auswirkungen des weltweiten Klimawandels die Erfüllung der nationalen Klimaschutzziele sowie die Einhaltung der europäischen Zielvorgaben zu gewährleisten, § 1 S. 1 KSG. Im Nachgang zum sog. Klimaschutz-Beschluss des BVerfG<sup>4</sup> nahm der deutsche Gesetzgeber Nachbesserungen vor: So sind u.a. die Treibhausgasemissionen im Vergleich zum Jahr 1990 bis zum Jahr 2030 um mindestens 65 % (vorher 55 %) zu reduzieren, § 3 I KSG. Für die Jahre 2031–2040 wurden in Anlage 3 zum KSG sektorübergreifende jährliche Minderungsziele festgelegt – die zentrale Forderung des BVerfG.<sup>5</sup> Das Fachrecht hält zahlreiche Maßnahmen bereit, die in Ansehung der durch das KSG statuierten Minderungsziele der Reduktion des Kohlenstoffdioxid-Ausstoßes dienen. Vorliegende Arbeit untersucht zunächst (B.) die im BauGB geregelte

Konzentrationsflächenausweisung zur regenerativen Windenergieerzeugung: Nach wie vor verursacht die Energiewirtschaft den größten Anteil bei den Treibhausgasemissionen<sup>6</sup>, sodass unbürokratischen Planungs- und Genehmigungsverfahren zur Bewerkstellung eines beschleunigten Ausbaus der Windenergie eine zentrale Bedeutung zukommt. Anschließend (C.) steht das auf die Reduktion der Treibhausgasemissionen im Gebäudesektor gerichtete Gebäudeenergiegesetz (GEG) im Fokus der Betrachtungen.

## B. Windenergieerzeugung und Ausweisung von Konzentrationsflächen nach § 35 III 3 BauGB

### I. Klimaschutz im Bauleitplanungsrecht

Eingangs sind allgemeine Überlegungen zum Klimaschutz im Bauleitplanungsrecht anzustellen.

#### 1. Globaler Klimaschutz in der kommunalen Bauleitplanung

In Anbetracht der räumlichen Konzentration und unterschiedlicher Nutzungen (beispielsweise Wohnen, Gewerbe, Verkehr und Freizeit) entsteht in den Kommunen ein Großteil der klimarelevanten Emissionen.<sup>7</sup> Aufgrund dessen kommt der Stadtplanung bei der Erreichung von Klimaschutzziele tragende Bedeutung zu.<sup>8</sup> Grundlegend stellt die sog. Klimaschutzklausel des § 1 V 2 BauGB Abwägungsleitlinien auf, die zu einem verstärkten Eingang des

<sup>1</sup> *Kreienkamp* u.a., Rapid attribution of heavy rainfall events leading to the severe flooding in Western Europe during July 2021, <https://www.worldweatherattribution.org/wp-content/uploads/Scientific-report-Western-Europe-floods-2021-attribution.pdf> [Stand: 22.8.2022], S. 1.

<sup>2</sup> IPCC 2021: Summary for Policymakers in: Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, [https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC\\_AR6\\_WGI\\_SPM.pdf](https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg1/downloads/report/IPCC_AR6_WGI_SPM.pdf) [Stand: 22.8.2022], S. 4 f.

<sup>3</sup> IPCC 2021 (Fn. 2), S. 14.

<sup>4</sup> BVerfG NVwZ 2021, S. 951.

<sup>5</sup> BVerfG NVwZ 2021, S. 951 (976 ff.).

<sup>6</sup> Grafiken zu den Treibhausgasemissionen 2021, <https://www.umweltbundesamt.de/galerie/treibhausgasemissionen-2021> [Stand: 22.8.2022].

<sup>7</sup> *Raschke*, Rechtsfragen kommunaler Klimaschutzmaßnahmen. Unter besonderer Berücksichtigung des Bau- und Planungsrechts, 2014, S. 37.

<sup>8</sup> *Raschke* (Fn. 7), S. 39.

Klimaschutzes in die Abwägung führen.<sup>9</sup> Die Vorgaben an die Aufstellung der Bauleitpläne in Bezug auf den Klimaschutz erfahren durch § 1a V 1 BauGB eine Ergänzung.<sup>10</sup> Ausgehend von § 2 II Nr. 6 S. 7 ROG statuiert § 1a V 1 BauGB die doppelte Zielrichtung kommunaler Klimaschutzpolitik. So ist es Aufgabe einer klimagerechten städtebaulichen Entwicklung, dem Klimawandel entgegenzutreten und zugleich die Anpassung an diesen zu fokussieren.<sup>11</sup> Zwar erlegt § 1a V 2 BauGB den Gemeinden die Verpflichtung auf, sich im Rahmen der planerischen Abwägung nach § 1 VII BauGB mit den Auswirkungen ihrer Planung auf das Klima auseinanderzusetzen. Ein Optimierungsgebot hingegen, wonach dem Klimaschutz, ein eigenständiger Belang der Bauleitplanung, gegenüber den anderen Belangen per se ein höheres Gewicht zukäme, lässt sich § 1a V BauGB nicht entnehmen.<sup>12</sup> Dennoch hat die örtliche Bauleitplanung in Anbetracht der §§ 1 V 2, 1a V BauGB nunmehr den Schutz des globalen Klimas sicherzustellen.<sup>13</sup>

## 2. Status quo beim Ausbau der Windenergie

Indem endliche fossile und nukleare Energieträger durch treibhausgasfreie erneuerbare Energiequellen ersetzt werden (Substitutionsansatz), kommt dem Vorhaben einer umwelt- und damit klimaverträglichen Energiegewinnung zur Senkung des Kohlenstoffdioxid-Ausstoßes maßgebliche Bedeutung zu.<sup>14</sup> Die Energiewende ist als Schlüsselprojekt des maßnahmenbezogenen Klimaschutzes anzusehen.<sup>15</sup> So hat die Bundesregierung das Ziel ausgerufen, den Anteil erneuerbarer Energien am Bruttostromverbrauch von ca. 38 % im Jahr 2018 auf 65 % bis 2030 zu steigern, wobei der Hauptanteil hieran mit einer angestrebten Stromerzeugung von 140–145 Terawattstunden (TWh) im Jahr 2030 beim Ausbau der Windenergie liegen soll.<sup>16</sup> Jedoch scheint der Aus- und Zubau erneuerbarer Energien ins Stocken geraten zu sein: Etwa wurden seitens der Bundesnetzagentur (BNetzA) im Rahmen

der Ausschreibung zum 01.02.2021 von der ausgeschriebenen Menge für Windenergie (1.500 Megawattstunden [MWh]) lediglich 691 tatsächlich der Zuschlag erteilt; diese Entwicklung war bereits im Jahr zuvor zu beobachten.<sup>17</sup> Bei der Suche nach den Ursachen für den stagnierenden Ausbau der Windenergie sollte das Bauplanungsrecht in den Fokus genommen werden.

## II. Bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen

Die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von Windenergieanlagen beruht im Allgemeinen auf zwei Säulen: Einerseits werden derartige Anlagen im Außenbereich nach § 35 I Nr. 5 BauGB privilegiert, andererseits begrenzt man sie durch die Ausweisung von Konzentrationsflächen nach § 35 III 3 BauGB.<sup>18</sup> Im Anschluss an allgemeine Vorbemerkungen sind die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen an das planerische Gesamtkonzept von Interesse, das der Konzentrationsflächenausweisung<sup>19</sup> zugrunde liegt.

### 1. Das Konzept der Ausweisung von Konzentrationsflächen nach § 35 III 3 BauGB

Nach § 35 III 3 BauGB stehen öffentliche Belange einem nach § 35 I Nr. 2–6 BauGB privilegierten Vorhaben in der Regel auch dann entgegen, soweit hierfür durch Darstellungen im Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung an anderer Stelle erfolgt ist. § 35 III 3 BauGB soll es den Gemeinden und der Raumplanung ermöglichen, durch eine positive Standortzuweisung an einer oder mehreren Stellen im Plangebiet den übrigen Planungsraum von den meisten privilegierten Vorhaben freizuhalten<sup>20</sup> – landwirtschaftliche Betriebe gem. § 35 I Nr. 1 BauGB bleiben weiterhin zulässig. Die Regelung stellt folglich ein Instrument dar, das die

<sup>9</sup> Schrödter/Wahlhäuser in: Baugesetzbuch, 9. Auflage 2019, § 1 Rn. 219.

<sup>10</sup> Schnittker, Die Klimaschutzgesetze der Bundesländer – Verfassungsmäßigkeit und Steuerwirkung, 2021, S. 103 f.

<sup>11</sup> Hierzu Battis/Krautzberger/Mitschang/Reidt/Stier, Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden in Kraft getreten, NVwZ 2011, S. 897 (898 f.).

<sup>12</sup> Eingehend Schrödter/Wahlhäuser in: Baugesetzbuch (Fn. 9), § 1a Rn. 290 f.

<sup>13</sup> Kahl/Schmidtchen, Kommunaler Klimaschutz durch Erneuerbare Energien, 2013, S. 128.

<sup>14</sup> Sailer, Klimaschutzrecht und Umweltenergierecht – Zur Systematisierung beider Rechtsgebiete, NVwZ 2011, S. 718 (721).

<sup>15</sup> Marquard, Windenergieplanung ins Ungewisse: § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB als Auslaufmodell?, ZUR 2020, 598.

<sup>16</sup> Umfassend Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/klimaschutzprogramm-2030-1673578> [Stand: 28.2.2022], S. 37, 39.

<sup>17</sup> Hierzu Riese/Brennecke, Klimaschutz vs. Artenschutz – Abstrakter Vorrang der Erneuerbaren Energien? „Öffentliches Interesse“ und „öffentliche Sicherheit“ im Lichte der Rechtsprechung unter Berücksichtigung des BVerfG-Beschlusses zum Klimaschutzgesetz, UWP 2021, S. 108 (109).

<sup>18</sup> Ebenso Marquard, ZUR 2020, S. 598.

<sup>19</sup> Dieser Beitrag entstand weit vor der Verabschiedung des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land am 20.7.2022 (BGBl. 2022 I, S. 1353), welches am 1.2.2023 in Kraft tritt. U.a. wird § 249 I BauGB durch dieses Gesetz dergestalt abgeändert, dass alle Vorhaben, die gem. § 35 I Nr. 5 BauGB der Erforschung, Entwicklung und Nutzung der Windenergie dienen, nicht mehr dem Regelungskonzept des § 35 III 3 BauGB unterliegen. Dies bedeutet eine Abschaffung der Begrenzung der Windenergie durch Konzentrationszonen in Raumordnungs- oder Flächennutzungsplänen. Stattdessen wird durch den zukünftigen § 249 II 1 BauGB ein neues Korrektiv eingeführt, um zu verhindern, dass die privilegierte Windenergie ungebremsd den Außenbereich für sich einnimmt. Siehe zum Ganzen Kment, Eine neue Ära beim Ausbau von Windenergieanlagen. Das aktuelle Wind-an-Land-Gesetzespaket in der Analyse, NVwZ 2022, S. 1153 (1156 f.).

<sup>20</sup> Tyczewski, Konzentrationszonen für Windenergieanlagen rechtssicher planen – Illusion oder Wirklichkeit?, BauR 2014, S. 934 (935).

Privilegierung flankiert: Gemeinde und Raumplanung werden in die Lage versetzt, die bauliche Entwicklung im Außenbereich planerisch zu steuern.<sup>21</sup> Planung verhindert in diesem Zusammenhang Vorhaben, welche ohne Planung wegen der gesetzlichen Privilegierung zulässig wären.<sup>22</sup> Dies scheint zunächst dem Bestreben eines verstärkten Ausbaus der klimaschützenden Windenergie zuwiderzulaufen. Aus Klimaschutzaspekten wäre es widersinnig, stellte sich die Konzentrationsflächenausweisung in diesem Zusammenhang als Bremsklotz dar. Wenngleich die Ausweisung von Konzentrationsflächen die Errichtung neuer klimafreundlicher Windenergieanlagen nicht direkt fördert, so birgt sie doch das Potential, an den der Windkraftnutzung positiv zugewiesenen Standorten bessere rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen<sup>23</sup>, um späteren Konflikten möglichst vorzubeugen. Dem ist mit einer für die Praxis klar definierten Vorgehensweise bei der Ausweisung von Konzentrationsflächen gerecht zu werden, was derzeit – wie noch aufzuzeigen sein wird – jedoch nur bedingt gelingt.

## 2. Ausweisung von Konzentrationsflächen durch Flächennutzungsplanung

Als ausmätkische Gebiete die Minderheit bilden und ein Großteil der klimarelevanten Emissionen in den einzelnen Kommunen ausgestoßen wird (s.o.), bietet es sich an, diesem Umstand mit dem Ausbau der klimaverträglichen Windenergiegewinnung entgegenzutreten. Da dieser zumeist im gemeindlichen Außenbereich angestrebt wird, erwägen Kommunen die Konzentrationsflächenausweisung durch Flächennutzungsplanung. Auf ihr soll im Folgenden – auch aus Gründen der im Vergleich zur raumordnerischen Konzentrationsflächenplanung gesteigerten Ausbildungsrelevanz – der Fokus liegen.

### a) Allgemein

Im zweistufigen System der Bauleitplanung machen Flächennutzungspläne die erste, Bebauungspläne die zweite Stufe aus (§ 1 II BauGB).<sup>24</sup>

Der Flächennutzungsplan stellt grundsätzlich ein gegenüber dem Bebauungsplan grobmaschigeres Instrument dar und weist als vorbereitender Plan für das gesamte Gemeindegebiet die beabsichtigte Art der Bodennutzung nach den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde in den Grundzügen aus (§ 5 I 1 BauGB).<sup>25</sup> Gegenüber Dritten entfaltet er keine unmittelbaren (bodenrechtlichen) Rechtswirkungen.<sup>26</sup> Vielmehr bindet er ausschließlich die Kommunen, die nach § 8 II 1 BauGB ihre Bebauungspläne am Flächennutzungsplan auszurichten haben und nach § 7 BauGB andere, an der Ausarbeitung beteiligte öffentliche Planungsträger.<sup>27</sup> Hingegen wirken Flächennutzungspläne mit Konzentrationsflächenausweisung nach § 35 III 3 BauGB rechtlich unmittelbar nach außen.<sup>28</sup> Demzufolge unterfallen sie in analoger Anwendung des § 47 I Nr. 1 VwGO der Normenkontrolle.<sup>29</sup>

### b) Rechtsfolge

Gesetzliche Rechtsfolge der (hinreichend bestimmten) positiven Darstellung von Konzentrationsflächen im Flächennutzungsplan ist die von § 35 III 3 BauGB erzeugte Ausschlusswirkung.<sup>30</sup> Der Plan muss auf einem schlüssigen Planungskonzept („Gesamtkonzept“) basieren, das sich auf den gesamten Außenbereich erstreckt und den allgemeinen Anforderungen des planungsrechtlichen Abwägungsgebots gerecht wird.<sup>31</sup> Neben dem Aufzeigen der Erwägungen, welche die positive Standortzuweisung tragen, hat die Entscheidung des Plangebers hierbei auch die Gründe darzulegen, die es rechtfertigen, den übrigen Planungsraum von Windkraftanlagen freizuhalten.<sup>32</sup>

## III. Knappe Darstellung der Rechtsprechung des BVerwG zur Vorgehensweise bei der Ausweisung von Konzentrationsflächen

In einer viel beachteten, zur Konzentrationsflächenausweisung ergangenen Entscheidung vom Dezember 2012 hat das BVerwG beschrieben, dass bei der sorgfältig zu dokumentierenden Ausarbeitung des erwähnten Planungskonzepts abschnittsweise vorzugehen sei.<sup>33</sup> Nach

<sup>21</sup> BVerwGE 117, S. 287 (292).

<sup>22</sup> *Tyczewski*, BauR 2014, S. 934 (935).

<sup>23</sup> In diese Richtung auch *Tyczewski*, BauR 2014, S. 934.

<sup>24</sup> *Finkelburg* u.a., Öffentliches Baurecht. Band I: Bauplanungsrecht, 7. Auflage 2017, S. 112, 130 f.

<sup>25</sup> *Battis* in: Baugesetzbuch. Kommentar, 15. Auflage 2022, § 1 Rn. 24.

<sup>26</sup> *Söfker* in: Baugesetzbuch. Kommentar. Band I – Texte, Einleitung, §§ 1–9 BauGB, 143. Ergänzungslieferung 2021, § 5 Rn. 7.

<sup>27</sup> *Heitzer/Kaufhold*, Öffentliches Baurecht in: Huber, Peter M./Wollenschläger, Ferdinand [Hrsg.], Landesrecht Bayern. Studienbuch 2022, S. 134.

<sup>28</sup> Ebd.

<sup>29</sup> *Decker/Konrad*, Bayerisches Baurecht mit Bauplanungsrecht, Rechtsschutz sowie Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 5. Auflage 2022, S. 158 f.

<sup>30</sup> *Mitschang/Reidt* in: Baugesetzbuch (Fn. 25), § 35 Rn. 114.

<sup>31</sup> BVerwGE 122, S. 109 (111); BVerwGE 145, S. 231 (232).

<sup>32</sup> BVerwGE 117, S. 287 (298).

<sup>33</sup> BVerwGE 145, S. 231 (232); *Tyczewski*, BauR 2014, S. 934 (935).

dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung setzen sich die betreffenden Abschnitte aus drei planerischen Arbeitsschritten (Planungsstufen) zusammen, welche eine zwingend einzuhaltende Prüfungsreihenfolge vorgeben.<sup>34</sup>

### 1. Erster Arbeitsschritt

Demnach müssen in einem ersten Arbeitsschritt diejenigen Bereiche als Tabuzonen ermittelt werden, die für die Windenergienutzung nicht zur Verfügung stehen. In diesem Zusammenhang ist zwischen harten und weichen Tabuzonen zu differenzieren.<sup>35</sup>

#### a) Harte Tabuzonen

Die harten Tabuzonen stellen Flächen dar, deren Bereitstellung für die Windenergienutzung an § 1 III BauGB scheitert.<sup>36</sup> Als hierbei die Anwendung des Erforderlichkeitsgebots im Raume steht, liegt mithin eine harte Tabuzone vor, wenn auf besagter Fläche aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen für unabhsehbare Zeit keine Windenergieanlagen errichtet und betrieben werden können.<sup>37</sup> Während die harten Tabuzonen einer Abwägung zwischen den Belangen der Windenergienutzung und widerstreitenden Belangen, § 1 VII BauGB, nicht zugänglich sind, zählen die weichen Tabuzonen zu den Flächen, die im Rahmen der Abwägung berücksichtigt werden.<sup>38</sup>

#### b) Weiche Tabuzonen

Zu den weichen Tabuzonen sind zunächst solche Flächen zu rechnen, auf denen Windkraftanlagen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht errichtet werden können. Dies wird jedoch eingeschränkt, als das BVerwG zugleich zulässt, dass weiche Tabuzonen nach dem Willen des Planungsträgers aus unterschiedlichen Gründen von vornherein ausgeschlossen werden.<sup>39</sup> Die Entscheidungen der Planungsträger für weiche Tabuzonen bedürfen der Rechtfertigung: Hierzu muss der Plangeber kenntlich machen, dass ihm – im Gegensatz zu den harten Tabukriterien – ein Beurteilungsspielraum zukommt, und die Gründe für seine Wertung darstellen.<sup>40</sup>

### 2. Zweiter Arbeitsschritt

Nach Abzug der harten und weichen Tabuzonen verbleiben die sog. Potenzialflächen. Der hier anzusetzende zweite planerische Arbeitsschritt verlangt, die öffentlichen und privaten Belange, welche sich für oder gegen die Ausweisung einer Potenzialfläche als Konzentrationszone für die Windenergienutzung anführen lassen, gegeneinander abzuwägen. Hierbei ist die in § 35 I Nr. 5 BauGB verankerte Privilegierung der Windenergie zu berücksichtigen.<sup>41</sup> Resultat dieser Subtraktionsaufgabe sind die Konzentrationszonen.<sup>42</sup>

### 3. Dritter Arbeitsschritt

Ergibt sich nun im Zuge der gebotenen Abschlusskontrolle der Planung im Nachgang der genannten Abwägung, dass der Plangeber der Windenergienutzung nicht substantiell Raum verschafft hat, muss der Planungsträger die weichen Tabuzonen einer erneuten Betrachtung und Bewertung unterziehen.<sup>43</sup>

## IV. Kritische Bewertung der Festlegung von harten Tabuzonen vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechung des BVerwG

Die Rechtsprechung des BVerwG zur Vorgehensweise bei der Konzentrationsflächenausweisung soll nachfolgend kritisch gewürdigt werden. Zunächst ist auf die Festlegung der harten Tabuzonen und die hierbei entstehenden Schwierigkeiten einzugehen.

### 1. Harte Tabuzonen unter einem Ausnahme- bzw. Befreiungsvorbehalt

Als durch die Bestimmung der harten Tabuzonen grundlegend Verstöße gegen das Erforderlichkeitsgebot aus § 1 III BauGB vermieden werden sollen, ist dann nicht mehr von einem solchen Verstoß und damit dem Vorliegen einer harten Tabuzone auszugehen, wenn die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen ausnahmsweise zugelassen werden kann.<sup>44</sup> Daraus ergibt sich, dass vor Einstufung einer Fläche als harte Tabuzone seitens des Planungsgebers eine Prüfung dahingehend zu erfolgen hat, ob die Zulassung von Windkraftanlagen auf der betreffenden Fläche „schlechthin“

<sup>34</sup> *Hendler/Kerkmann*, Harte und weiche Tabuzonen: Zur Misere der planerischen Steuerung der Windenergienutzung, DVBl 2014, S. 1369.

<sup>35</sup> Hierzu BVerwGE 145, S. 231 (233).

<sup>36</sup> Ebd.

<sup>37</sup> So auch *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, S. 1369 (1371).

<sup>38</sup> BVerwGE 145, S. 231 (233 f.).

<sup>39</sup> BVerwGE 145, S. 231 (233).

<sup>40</sup> BVerwGE 145, S. 231 (234).

<sup>41</sup> Zu alledem BVerwGE 145, S. 231 (232 f.); *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, S. 1369.

<sup>42</sup> *Tyczewski*, BauR 2014, S. 934 (935 f.).

<sup>43</sup> BVerwGE 145, S. 231 (234).

<sup>44</sup> *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, S. 1369 (1371).

ausgeschlossen ist.<sup>45</sup> Dies verdeutlicht, dass die harten Tabuzonen unter einen Ausnahme- bzw. Befreiungsvorbehalt gestellt werden: Gegenstand der Prüfung des Planungsgebers muss es somit auch sein, ob die Windenergieanlagen nicht etwa im Wege der Befreiung zugelassen werden können.<sup>46</sup> Diese Feststellung erlangt insbesondere im Zusammenhang mit rechtlich besonders geschützten Flächen Bedeutung – häufig unterfallen weite Teile des Außenbereichs von Gemeinden dem § 26 BNatSchG.<sup>47</sup>

## 2. Ausnahme- und Befreiungsvorbehalte in der Regelungsstruktur des BNatSchG

Die Vorschriften des Kapitels 4 im BNatSchG erfassen ausschließlich bestimmte Teile von Natur und Landschaft, wozu die in den §§ 23–27 und 31–36 BNatSchG genannten Schutzgebiete, die Einzelschöpfungen der Natur (§ 28 BNatSchG), die Landschaftsbestandteile (§ 29 BNatSchG) sowie die in den §§ 30 und 21 V, VI BNatSchG erwähnten Biotop zählen.<sup>48</sup> Die §§ 23–30 BNatSchG prägt dahingehend eine einheitliche Regelungsstruktur, als dass jeweils in Absatz 1 die unterschiedlichen Schutzgebiete definiert werden.<sup>49</sup>

### a) Landschaftsschutzgebiete, § 26 BNatSchG

Nach § 26 II BNatSchG sind in einem Landschaftsschutzgebiet nach Maßgabe näherer, in der Schutzzerklärung festgelegter Bestimmungen alle Handlungen verboten, die den Gebietscharakter verändern oder dem besonderen Schutzzweck zuwiderlaufen. Demzufolge sind die Verbote in der Schutzverordnung zumeist als Erlaubnisvorbehalte ausgestaltet, mithin handelt es sich um präventive Verbote.<sup>50</sup> Somit werden rein vorsorglich bestimmte Handlungen verboten, um in einem späterenungsverfahren (Erlaubnis-, Genehmigungsverfahren) festzustellen, ob der Schutzzweck konkret beeinträchtigt wird.<sup>51</sup>

### b) Naturschutzgebiete, § 23 BNatSchG

Im Falle der Naturschutzgebiete (§ 23 BNatSchG) hingegen steht die Integrität des Gebiets in seiner Ganzheit bzw. einzelnen Teilen im Vordergrund, in Bezug auf Naturdenkmäler (§ 28 BNatSchG) und geschützte Landschaftsbestandteile (§ 29 BNatSchG) ist die Integrität des Objekts von Interesse. Dies verdeutlicht, dass sich nach Vorstellung des Gesetzgebers Veränderungen und sonstige Beeinträchtigungen regelmäßig als unvereinbar mit dem Schutzzweck erweisen; einer Einzelfallprüfung in einem Erlaubnisverfahren bedarf es nicht mehr.<sup>52</sup> Verboten sind somit alle Handlungen, die zu einer Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung des Gebiets bzw. Objekts führen könnten (§§ 23 II, 28 II, 29 II BNatSchG).<sup>53</sup> Dem trägt das Instrument des repressiven Verbots Rechnung.<sup>54</sup> Repressive Verbote untersagen bestimmte Handlungen grundsätzlich, da diese in der Regel geeignet sind, den Schutzzweck des jeweiligen Schutzgebiets zu beeinträchtigen oder zu gefährden. Überwunden werden können sie nur durch Befreiung nach Maßgabe des § 67 BNatSchG; hierbei gestattet die Genehmigung die Tätigkeit erst.<sup>55</sup>

## 3. Konsequenzen für den Planungsträger

Nach alledem zeigt sich, dass eine Vielzahl an Einzelfallprüfungen seitens des Planungsgebers vorausgesetzt wird, um die harten Tabuzonen zu bestimmen.

### a) Projektbezogene Zulassungsebene contra Flächennutzungsplanung

Die seitens des Planungsträgers nach den Vorstellungen des BVerwG vorzunehmende Prüfung, ob die Zulassung von Windkraftanlagen auch nicht im Wege der Ausnahme oder Befreiung erfolgen darf, ist auf der projektbezogenen Zulassungsebene anzusiedeln. Auf dieser Ebene vollzieht sich allerdings nicht die von § 35 III 3 BauGB eröffnete Flächennutzungsplanung; vielmehr ist letztere auf der vorgelagerten Planungsstufe anzusiedeln.<sup>56</sup> Ein Genehmigungsverfahren kann ausschließlich auf Antrag des

<sup>45</sup> BVerwGE 145, S. 231 (233).

<sup>46</sup> So auch *Erbguth*, Bindung und Abwägung bei der Planung von Konzentrationszonen: zum Verständnis des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB, DVBl 2015, S. 1346 (1348).

<sup>47</sup> *Tyczewski*, BauR 2014, S. 934 (942).

<sup>48</sup> *Hendrischke* in: GK-BNatSchG. Bundesnaturschutzgesetz, 2. Auflage 2017, Vorbem. zu §§ 20–30 Rn. 6.

<sup>49</sup> Übereinstimmend *Tyczewski*, BauR 2014, S. 934 (937).

<sup>50</sup> *Schumacher/Schumacher/Fischer-Hüftele* in: Bundesnaturschutzgesetz. Kommentar mit Umweltrechtsbehelfsgesetz und Bundesgartenschutzverordnung, 3. Auflage 2021, § 26 Rn. 34.

<sup>51</sup> *Carlsen/Fischer-Hüftele*, Rechtsfragen und Anwendungsmöglichkeiten des Landschaftsschutzes, NuR 1993, S. 311 (316).

<sup>52</sup> *Schumacher/Schumacher/Fischer-Hüftele* in: Bundesnaturschutzgesetz (Fn. 50), § 22 Rn. 33.

<sup>53</sup> *Hendrischke* in: GK-BNatSchG (Fn. 48), § 22 Rn. 18.

<sup>54</sup> *Schumacher/Schumacher/Fischer-Hüftele* in: Bundesnaturschutzgesetz (Fn. 50), § 22 Rn. 33.

<sup>55</sup> Hierzu *Hendrischke* in: GK-BNatSchG (Fn. 48), § 22 Rn. 18, 20.

<sup>56</sup> Ebenso *Erbguth*, DVBl 2015, S. 1346 (1349).

Vorhabenträgers (vgl. etwa § 2 der 9. BImSchV) in Gang gesetzt werden; ein Kraft Amtes initiiertes Zulassungsverfahren ist dem deutschen Recht fremd. Hinzu kommt, dass die Träger der Gesamtplanung für die Prüfung und Entscheidung auf Zulassungsebene weder beauftragt noch zuständig sind.<sup>57</sup> Aufgrund dessen sind die für die Flächennutzungsplanung zuständigen Kommunen auf eine prognostische Prüfung der Realisierungschancen angewiesen, um den Anforderungen des BVerwG zu entsprechen.<sup>58</sup>

## b) Mitwirkung der Fachbehörden

Selbst wenn man annähme, dass es zu der erwähnten prognostischen Prüfung der Mitwirkung der fachlich zuständigen Behörden (etwa der Naturschutzbehörden) bedarf<sup>59</sup>, können auch diese nach Vorstehendem kein Zulassungsverfahren für die Privilegierungen einleiten, die sich erst noch im Planungsstadium befinden. Dies hat die Konsequenz, dass sich besagte Behörden zu jenem Zeitpunkt ebenfalls in keinem Zulassungsverfahren befinden, das sich der ungeklärten Fragen annehmen könnte. Somit dürfte den Planungsträgern bei der angesprochenen prognostischen Prüfung keine nennenswerte Hilfestellung durch die Fachbehörden zukommen. Generell ist im Sinne einer rechtsstaatlich ordnungsgemäßen Aufgabenerledigung die Vornahme derartiger antizipierter Prüfungen durch jene Behörden nicht zu vertreten; dies würde zu Lasten derjenigen Amtsgeschäfte gehen, die zwingend zu erledigen sind.<sup>60</sup> Schließlich bietet sich auch ein Rekurrieren auf die Amtshilfe nicht an: Diese würde voraussetzen, dass die Planungsträger als ersuchende Behörden für die hier relevant werdende Zulässigkeitsprüfung zuständig<sup>61</sup> wären, was ersichtlich nicht der Fall ist.

## 4. Zwischenergebnis und Lösungsansätze der Oberverwaltungsgerichte

Das vom BVerwG statuierte Vorgehen bei der Bestimmung der harten Tabuzonen verursacht damit auf Seiten der Planungsträger durch die gebotenen Einzelfallprüfungen einen erheblichen Planungsaufwand. Zudem führt es zu Rechtsunsicherheit, als nicht zweifelsfrei geklärt erscheint, wie die durchzuführende prognostische Prüfung untermauert

werden soll. Soweit hierfür die Stellungnahme der Fachbehörde nach Ansicht des BVerwG ein gewichtiges Indiz bilde<sup>62</sup>, kann dem aufgrund der aufgezeigten Unwägbarkeiten, die sich bei einer Mitwirkung jener Behörden ergeben, nicht zugestimmt werden. Zwar mögen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorzufindende Ansätze, wonach etwa Naturschutzgebiete den harten Tabuzonen unterstellt werden, ohne hierbei zu prüfen, ob der Verbotstatbestand des § 23 II 1 BNatSchG erfüllt ist und – falls dies zu bejahen ist – eine Befreiung nach § 67 BNatSchG erteilt werden kann<sup>63</sup>, den Planungsträgern eine Hilfe sein. Doch verkennt dies, dass wie dargestellt aufgrund der Regelungsstruktur für die jeweils einschlägigen Gebiete Einzelfallprüfungen durchzuführen sind. Auch wird dergestalt über die mit letzteren verbundenen Schwierigkeiten in der Praxis (s.o.) hinweggetäuscht. Keine Überzeugungskraft weisen somit wechselseitige Verweisungen auf eine derart zustande gekommene Rechtsmeinung<sup>64</sup> auf (consensus non facit veritatem).<sup>65</sup>

## V. Kritische Untersuchung des Umgangs mit weichen Tabuzonen im Kontext der dargestellten Rechtsprechung des BVerwG

Die kritische Auseinandersetzung mit der skizzierten Rechtsprechung des BVerwG wird sich im Folgenden des Umgangs mit den weichen Tabuzonen näher annehmen.

### 1. Weiche Tabuzonen und Substanzialitätskriterium

Die weichen Tabuzonen sind hingegen im Rahmen der allgemeinen Abwägung zu ermitteln, zu gewichten und schließlich im Verhältnis zu anderen, allen voran konfligierenden Belangen zu einem Ausgleich zu bringen<sup>66</sup>, wengleich der oben dargestellten Rechtsprechung des BVerwG zufolge weiche Tabuzonen nach dem Willen des Planungsträgers von vornherein „aus unterschiedlichen Gründen“ von der weiteren räumlichen Planung ausgeschlossen werden können.<sup>67</sup> Bemerkenswert erscheint Folgendes: Der Planungsträger muss die weichen Tabuzonen einer erneuten Betrachtung unterziehen, mithin werden diese wieder Gegenstand der Planung, wenn die Abschlusskontrolle nach durchgeführter Abwägung der Privilegierungen mit entgegenstehenden anderen Belangen zu dem Ergebnis führt,

<sup>57</sup> Im Ergebnis *Erbguth*, Raumordnung und Fachplanung: ein Dauerthema. Grundsätzliches und Aktuelles, DVBl 2013, S. 274 (279).

<sup>58</sup> Zum Ganzen ebd.

<sup>59</sup> *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, S. 1369 (1371).

<sup>60</sup> Ebenso *Erbguth*, DVBl 2015, S. 1346 (1349).

<sup>61</sup> Zu diesem Erfordernis *Münkler* in: GG Kommentar zum Grundgesetz, 15. Auflage 2022, Art. 35 Rn. 22.

<sup>62</sup> BVerwGE 117, S. 287 (290 f.).

<sup>63</sup> So etwa OVG Münster, KommJur 2014, S. 106 (109); OVG Lüneburg, NuR 2013, S. 812 (813).

<sup>64</sup> Statt vieler OVG Münster, KommJur 2014, S. 106 (109) verweisend auf OVG Berlin, NuR 2011, S. 794 (801).

<sup>65</sup> Zu diesem Gedanken *Hendler/Kerkmann*, DVBl 2014, 1369 (1372).

<sup>66</sup> *Erbguth*, DVBl 2015, S. 1346 (1351).

<sup>67</sup> BVerwGE 145, S. 231 (233).

dass der hier in Frage stehenden Privilegierung der Windenergienutzung nur unzureichend Raum eröffnet wird. Das hier vom BVerwG eingeführte Substantialitätskriterium entspricht in weiten Teilen dem Verbot einer „Verhinderungsplanung“. Eine solche ist dann anzunehmen, wenn die Windkraftnutzung lediglich vereitelt werden soll, indem hinreichend geeignete Flächen nicht ausgewiesen werden.<sup>68</sup>

## 2. Vorgehensweise des BVerwG und Bipolarität der Abwägung

Maßstab der sich anschließenden Bewertung des vom BVerwG statuierten *Procedere* ist die Bipolarität der Abwägung.

### a) Bipolares Bild der Abwägung

Ausgehend von dem Streit zwischen Rechtsprechung und der Literatur in Bezug auf die Einordnung der Planungsleitlinien des § 1 VI BauGB ergibt sich ein bipolares Bild, das die Abwägung prägt: Entweder werden diese als unbestimmte Rechtsbegriffe eingeordnet, die – im Rahmen der Kontrolle des Abwägungsvorgangs – in ihrer Auslegung wie in ihrer Anwendung uneingeschränkt gerichtlich zu kontrollieren sind. Oder sie sind als Vorwirkung der Abwägung anzusehen, als verbindliche Vorgaben, hinsichtlich derer keine exekutiven Einschätzungsspielräume bestehen.<sup>69</sup> Dieser Bipolarität folgend werden zunächst verbindliche Vorgaben statuiert, die der Abwägung entzogen und strikt beachtlich sind. Daneben und von ersteren klar zu unterscheiden, finden sich alle relevanten Belange, die der Abwägung zugänglich sind. Diese bilden so gesehen das Abwägungsmaterial.<sup>70</sup>

### b) Ansatz des BVerwG

Gegenständlicher Zweiteilung widersetzt sich das BVerwG, wenn nach dessen Auffassung einerseits die weichen Tabuzonen vorab ausgeschieden werden können, bevor diejenigen Belange abgewogen werden, die im Einzelfall für und gegen die Nutzung einer Fläche für die Windenergie sprechen.<sup>71</sup> Derart verstanden, stellen besagte Tabuzonen verbindliche Vorgaben dar, die der Abwägung nicht zugänglich sind. Andererseits werden die weichen Tabuzonen in einem letzten planerischen Arbeitsschritt doch wieder als

Abwägungsmaterial eingesetzt, um zu vermeiden, dass der privilegierten Windenergienutzung nicht substanziell Raum verschafft wird. Es kommt zu einer gleichsam hilfswesen, lediglich kompensatorisch eingesetzten und nachträglich erfolgenden Abwägung.<sup>72</sup> Zwar entspricht das Substantialitätskriterium wie aufgezeigt dem Verbot einer Verhinderungsplanung. Dass letztere vermieden werden soll, leuchtet ein, würde sie doch den ohnehin schleppenden Ausbau der erneuerbaren Energien weiter beeinträchtigen. Allerdings trägt die aufgezeigte unterschiedliche Auffassung der weichen Tabuzonen nicht den Kriterien einer vom bipolaren Gepräge der Abwägung ausgehenden Vorgehensweise Rechnung. Die in der Praxis vorzunehmende Differenzierung zwischen den der Abwägung zugänglichen und nicht zugänglichen Belangen determiniert die Abwägung als solche und schafft damit das nötige Maß an Rechtssicherheit. Die – wie oben dargestellt – äußerst komplexe Konzentrationsflächenausweisung bietet nicht den Raum, das erprobte Abwägungsmodell zu durchbrechen. Das vom BVerwG angedachte Vorgehen führt seitens der Planungsträger zu weiteren Rechtsanwendungsunsicherheiten, als ihnen der Rückgriff auf den praxistauglichen, tradierten Ansatz der Abwägung verwehrt wird. Dies zieht eine vermeidbare Verlangsamung der Verfahren zur Konzentrationsflächenausweisung nach sich.

## C. Maßnahmen zur Senkung des Kohlenstoffdioxid-Ausstoßes im Gebäudesektor

### I. Das neue Gebäudeenergiegesetz (GEG)

#### 1. Ausgangssituation

Abgesehen von dem Vorhaben einer umwelt- und damit klimaverträglichen Energiegewinnung zur Senkung des Kohlenstoffdioxid-Ausstoßes (s.o.) ist der Gebäudesektor ebenso bedeutend. So sind allein 14 % der gesamten Kohlenstoffdioxid-Emissionen in Deutschland unmittelbar auf den Gebäudebereich zurückzuführen (direkte Emissionen).<sup>73</sup> Hiesiger Sektor emittierte 2018 etwa 117 Millionen Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalente – im Jahre 2030 sollen dies nur noch 67 Millionen Tonnen sein.<sup>74</sup> Bis 2050 indes sieht das Energiekonzept der Bundesregierung einen nahezu

<sup>68</sup> Zum Vorstehenden *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 11. Auflage 2019, S. 240; *Kahl/Gärditz*, Umweltrecht, 12. Auflage 2021, S. 228 f.

<sup>69</sup> Zum Ganzen *Peine*, Öffentliches Baurecht. Grundzüge des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts unter Berücksichtigung des Raumordnungs- und des Fachplanungsrechts, 4. Auflage 2003, S. 114.

<sup>70</sup> *Erbguth*, DVBl 2015, S. 1346 (1352).

<sup>71</sup> BVerwGE 145, S. 231 (234).

<sup>72</sup> Hierzu *Erbguth*, DVBl 2015, S. 1346 (1352).

<sup>73</sup> Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/klimaschutzprogramm-2030-1673578> [Stand: 12.3.2022], S. 50.

<sup>74</sup> *Jope*, Das neue Gebäudeenergiegesetz, EWeRK 2020, S. 153 (154).

klimaneutralen Gebäudebestand vor.<sup>75</sup> Funktionierender Klimaschutz ist ohne Berücksichtigung des Gebäudesektors nicht möglich: Diese Feststellung war für den Gesetzgeber ausschlaggebend, das Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden (Gebäudeenergiegesetz – GEG) zu erlassen, das am 1.11.2020 in Kraft trat.<sup>76</sup> Im Folgenden werden überblicksartig die Regelungen des GEG darzustellen sein.

## 2. Europarechtlicher Kontext und Zusammenführung bisheriger Regelungswerke

Neben den auf grundlegende Vorgaben in Bezug auf Renovierungen beschränkten Regelungen der RL 2012/27/EU über die Energieeffizienz bilden die Regelungen der RL 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden die Grundlage des GEG. Zugleich stellen die Regelungen der RL 2010/31/EU Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (Art. 4, 7) und gebäudetechnischen System (Art. 8) auf, wengleich ergänzende und weitergehende Regelungen der Mitgliedstaaten zulässig sind, Art. 1 III. Im Hinblick auf jene Mindestanforderungen wird es den Mitgliedstaaten auferlegt, zwischen neu zu errichtenden (Art. 6 RL 2010/31/EU) und bestehenden Gebäuden (Art. 7) zu unterscheiden. Während die in Art. 4 RL 2010/31/EU genannten Mindestanforderungen ausschließlich bei der Durchführung größerer Renovierungen anzuwenden sind, müssen neue Gebäude künftig als sogenannte Niedrigstenergiegebäude nach Art. 2 Nr. 2 RL 2010/31/EU errichtet werden.<sup>77</sup> Des Weiteren verpflichtet Art. 2a II 1 RL 2010/31/EU die Mitgliedstaaten, im Rahmen einer langfristigen Renovierungsstrategie einen Fahrplan mit Maßnahmen und innerstaatlich festgelegten messbaren Fortschrittsindikatoren zu erstellen. Dies ist u.a. im Kontext des Bestrebens zu sehen, das langfristige Ziel der Verringerung der Treibhausgasemissionen in der Union bis 2050 um 80–95 % im Vergleich zu 1990 zu erreichen. In Art. 2a II 2 RL 2010/31/EU erfolgt ein Rückbezug auf die in Art. 3 RL 2012/27/EU niedergelegten Energieeffizienzziele der Union, als in dem Fahrplan unter Zugrundelegung indikativer Meilensteine für 2030, 2040 und 2050 zu beschreiben ist, wie diese zum Erreichen jener Energieeffizienzziele beitragen. Damit schafft Art. 2a II 2 RL 2010/31/EU eine Verknüpfung der

RL 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden zur RL 2012/27/EU über die Energieeffizienz.<sup>78</sup> Im Kontext der Novellierung der RL 2010/31/EU und RL 2012/27/EU durch die RL 2018/844/EU<sup>79</sup> entschloss sich der Gesetzgeber, die bislang nicht vollständig aufeinander abgestimmten Regelungen des Energieeinsparungsgesetzes (EnEG), der Energieeinsparverordnung (EnEV) und des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes (EEWärmeG) im neuen GEG zusammenzuführen, wodurch das Ordnungsrecht entbürokratisiert und vereinfacht werden soll.<sup>80</sup>

## II. Zweck und Ziel des GEG, § 1 GEG

Im Folgenden wird der Zweck des GEG näher zu untersuchen sein.

### 1. Regelungsgehalt des § 1 I GEG

Ausweislich § 1 I GEG ist ein möglichst sparsamer Einsatz von Energie in Gebäuden einschließlich einer zunehmenden Nutzung erneuerbarer Energien für den Gebäudebetrieb Zweck des Gesetzes. Damit werden zwei Dimensionen in der Zweckbestimmung des GEG ersichtlich: Einerseits soll Energie in Gebäuden sparsam verwendet, andererseits nach Möglichkeit aus erneuerbaren Quellen gewonnen werden. Die Zweckbestimmung des GEG geht dabei auf die früheren Zwecksetzungen des § 1 I 1 EnEV und indirekt des § 1 EEWärmeG zurück.<sup>81</sup>

### 2. Ziele des § 1 II GEG im Gefüge der Vorgängernormen

#### a) § 1 II GEG gegenüber § 1 I 2 EnEV und § 1 II EEWärmeG

Als § 1 II GEG pauschal auf das Bestreben des GEG hinweist, zur Erreichung der energie- und klimapolitischen Ziele der Bundesregierung beizutragen, stellt dies einen Rückschritt im Vergleich zur Vorgängerregelung dar. So hob § 1 I 2 EnEV das Ziel hervor („insbesondere“), einen klimaneutralen Gebäudebestand bis zum Jahr 2050 zu erreichen. Zudem sah § 1 II EEWärmeG vor, den Anteil erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch für Wärme und Kälte bis zum Jahr 2020 auf 14 % zu erhöhen. Dieses Ziel wurde im gleichen Jahr mit

<sup>75</sup> Klimaschutzplan 2050 – Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Industrie/klimaschutz-klimaschutzplan-2050.html> [Stand: 12.3.2022], S. 42.

<sup>76</sup> *Knauff* in: GEG | GEIG. Gebäudeenergiegesetz (GEG), Gebäude-Elektromobilitäts-Infrastruktur-Gesetz (GEIG). Handkommentar, 2022, Einl. Rn. 1, 24.

<sup>77</sup> Zum Vorstehenden *Knauff* in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), Einl. Rn. 5 ff., 15; *Leymann*, Das neue Gebäudeenergiegesetz und seine Bedeutung im Recht der Energiewende, ZUR 2020, S. 666 (667).

<sup>78</sup> So auch *Frenz*, Gebäudeenergieeffizienz, ER 2020, S. 153 (154).

<sup>79</sup> Ebd.

<sup>80</sup> BT-Drs. 19/16716, S. 1, 108 f.

<sup>81</sup> *Knauff* in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 1 Rn. 4.



einem tatsächlichen Anteil von 15,6 % übertroffen.<sup>82</sup> Während die Gesetzesbegründung zu § 1 I 2 EnEV die in dieser nunmehr außer Kraft getretenen Norm erwähnten energiepolitischen Ziele neben der bereits im Normtext enthaltenen Konkretisierung (s.o.) näher ausgestaltet, indem auf Kabinettsbeschlüsse vom 28.9.2010 und 6.6.2011 verwiesen werden<sup>83</sup>, macht die Gesetzesbegründung zu § 1 II GEG keine näheren Angaben im Hinblick auf die energie- und klimapolitischen Ziele der Bundesregierung.<sup>84</sup>

### b) Merkmal der „energie- und klimapolitischen Ziele“ in § 1 II GEG

Es ist davon auszugehen, dass die energie- und klimapolitischen Ziele in § 1 II GEG eine bloße Inbezugnahme auf den bereits im November 2016 vom Bundeskabinett beschlossenen Klimaschutzplan 2050<sup>85</sup> darstellen; auf eine Rechtsverbindlichkeit auslösende Verweisung im technischen Sinne kann insofern nicht geschlossen werden.<sup>86</sup> Hingegen normiert das Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) als „Grundgesetz des nationalen Klimaschutzrechts“<sup>87</sup> unmittelbar Ziele, indem es in § 4 I 1 Nr. 4, § 4 I 3 i.V.m. Anlage 2 dem Gebäudesektor ein konkretes gesetzliches Minderungsziel von 67 Millionen Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalent bis zum Jahr 2030 zuweist. Vor dem Hintergrund dieser klaren Zielsetzung im KSG ist die Inbezugnahme des Klimaschutzplans 2050 der Bundesregierung fragwürdig, als sie ein gesetzestechisch unübliches Vorgehen darstellt und die Linie zwischen Recht und Politik nicht mehr trennscharf verlaufen zu lassen scheint.<sup>88</sup>

### 3. Aspekt der „Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten“ in § 1 II GEG im Kontext aktueller Entwicklungen

Ergänzend zu dem zuvor näher betrachteten Merkmal der energie- und klimapolitischen Ziele der Bundesregierung weist § 1 II GEG weitere Zielsetzungen des GEG aus. Hierzu zählen die Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch für Wärme und Kälte sowie eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung. All diese

Ziele sind im Interesse des Klimaschutzes, der Schonung fossiler Ressourcen und der Minderung der Abhängigkeit von Energieimporten zu verfolgen. Letzterer Aspekt bezieht sich insbesondere auf Erdöl- und Erdgasimporte aus Drittstaaten.<sup>89</sup> War die Minderung jener Abhängigkeit von Energieimporten bereits in § 1 I EEWärmeG normiert, so dürfte sie heute aktueller denn je sein und sollte nicht länger bloß floskelhaft verstanden werden: Die jüngsten Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine führen einmal mehr vor Augen, dass Deutschland 55,2 % des benötigten Erdgases aus Russland bezieht und damit massiv von den Importen aus einem Drittstaat abhängig ist. Im Vergleich zum Jahr 2012 (40 %) ergibt sich damit eine Steigerung von deutlich mehr als einem Drittel. Auch bei den Erdöleinfuhren liegt der Anteil besagten Drittstaats bei hohen 42 %.<sup>90</sup> Soweit ausgeführt wird, die Abhängigkeit von jenen Energieimporten verringere sich mit fortschreitender Energiewende – auch im Gebäudesektor – gleichsam von selbst<sup>91</sup>, so kann eine derartige Entwicklung bis dato nicht festgestellt werden: Noch immer heizen etwa 75 % der Haushalte im Freistaat Bayern mit Erdöl oder Erdgas; selbiges Bundesland wies im Jahre 2021 mit 5,6 Milliarden Euro die bundesweit höchsten Ausgaben für besagte, aus Russland stammende Energieträger auf.<sup>92</sup>

## III. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, § 5 GEG

### 1. Ausgangspunkt

Die in § 1 II GEG genannten Ziele sowie alle dem GEG unterfallenden Maßnahmen, etwa bei Errichtung und Änderung bestehender Gebäude, §§ 10–45 bzw. 46–56 GEG i.V.m. § 2 I 1 Nr. 1, II GEG müssen ausweislich des § 5 GEG nach dem Stand der Technik erfüllbar sein und für Gebäude gleicher Art und Nutzung wirtschaftlich vertretbar sein.

### 2. Erfordernis der Bildung von Fallgruppen

Als § 5 S. 1 GEG die wirtschaftliche Vertretbarkeit auf Gebäude gleicher Art und Nutzung bezieht, erfordert dies

<sup>82</sup> Grafik des Umweltbundesamts: Anteil erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch für Wärme und Kälte, <https://www.umweltbundesamt.de/bild/anteil-erneuerbarer-energien-am-endenergieverbrauch-0> [Stand: 14.3.2022].

<sup>83</sup> BT-Drs. 113/13, S. 79.

<sup>84</sup> BT-Drs. 19/16716, S. 111.

<sup>85</sup> Klimaschutzplan 2050 – Klimaschutzpolitische Grundsätze und Ziele der Bundesregierung, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Industrie/klimaschutz-klimaschutzplan-2050.html> [Stand: 14.3.2022].

<sup>86</sup> *Knauff* in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 1 Rn. 10.

<sup>87</sup> *Frenz* in: Klimaschutzrecht. Gesamtkommentar, Berlin 2021, § 1 KSG Rn. 1.

<sup>88</sup> So auch *Knauff* in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 1 Rn. 10.

<sup>89</sup> *Knauff* in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 1 Rn. 13.

<sup>90</sup> Prozentangaben zurückgehend auf „Deutschlands riskante Abhängigkeit von Putins Gas“, Artikel der Deutschen Welle vom 25.1.2022, aktualisiert am 22.2.2022, <https://p.dw.com/p/464bb> [Stand: 15.3.2022].

<sup>91</sup> So *Knauff* in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 1 Rn. 13.

<sup>92</sup> Zahlen zurückgehend auf „Große Abhängigkeit von Öl- und Gasheizungen in Bayern“, BR24-Artikel vom 11.3.2022, <https://www.br.de/nachrichten/wirtschaft/bayern-abhaengigkeit-von-oel-und-gas-heizungen,Szgtxt0> [Stand: 15.3.2022].

lebensnah die Bildung von Fallgruppen. Allein das GEG differenziert zwischen Wohngebäuden (§ 3 I Nr. 33), einseitig angebauten Wohngebäuden (§ 3 I Nr. 6) und Nichtwohngebäuden (§ 3 I Nr. 23) sowie kleinen Gebäuden (§ 3 I Nr. 17) und Baudenkmälern (§ 3 I Nr. 3). Besagte Vergleichsgruppen definiert das GEG in den genannten Vorschriften. Allerdings sind darüber hinaus reichende Differenzierungen explizit nicht ausgeschlossen: So könnten etwa Einfamilienhäuser von Mehrfamilienhäusern und Häuser mit weniger als zwei Stockwerken von Hochhäusern unterschieden werden.<sup>93</sup> Somit bleibt bereits im Grundlegenden unklar, welche Fallgruppen zu bilden sind und – abgesehen von den im GEG enthaltenen Legaldefinitionen einzelner möglicher Differenzierungsarten – welche Voraussetzungen jeweils an sie zu stellen sind. Dies bereitet den Nährboden für sich in der Praxis ergebende Schwierigkeiten bei der Klassifizierung von Gebäuden.

### 3. Abstellen auf die (übliche oder noch zu erwartende) Nutzungsdauer in § 5 S. 2, 3 GEG

#### a) Anforderungen an eine Wirtschaftlichkeitsberechnung und Umsetzung im GEG

Nach § 5 S. 2, 3 GEG gelten Anforderungen und Pflichten als wirtschaftlich vertretbar, wenn die erforderlichen Aufwendungen innerhalb der üblichen bzw. bei bereits bestehenden Gebäuden noch zu erwartenden Nutzungsdauer erwirtschaftet werden können. Zwar setzt eine Wirtschaftlichkeitsberechnung – insofern übereinstimmend mit dem Ansatz des § 5 S. 2, 3 GEG – im Grundlegenden die Bestimmung einer wirtschaftlichen Nutzungsdauer voraus.<sup>94</sup> Ausschlaggebend hierfür sind das Ausgangsjahr, mithin das Jahr, in dem die Berechnung vorgenommen wird, und die Anzahl der sodann zugrunde zu legenden Jahre.<sup>95</sup> Allerdings trifft das GEG gerade in Bezug auf die Ermittlung dieser weiteren Jahre, die tragender Bestandteil der Nutzungsdauer sind, keinerlei Regelungen. Zur Durchführung dieser Kalkulation hätte es einer klaren Anleitung im GEG bedurft, um Unsicherheiten in der Praxis vorzubeugen. Im Unionsrecht wären Möglichkeiten gegeben: So betont etwa Erwägungsgrund 10 der VO (EU) Nr. 244/2012, die mit der RL 2010/31/EU eine der Grundlagen des GEG ergänzt, explizit das Recht der Mitgliedstaaten, die geschätzte wirtschaftliche

Lebensdauer von Gebäuden zu bestimmen. Auf Grundlage des § 5 GEG kann somit eine seriöse Wirtschaftlichkeitsberechnung ihrem grundlegenden Verständnis nach nicht erfolgen.

#### b) Ausrichtung des GEG an Deutschlands Klimaschutzzielen

Abgesehen von der aufgezeigten defizitären Regelungsstruktur des § 5 GEG wird durch hiesige Vorschrift deutlich, dass das GEG eine überzeugende Ausrichtung an den Klimaschutzzielen, die sich Deutschland selbst auferlegt hat (s.o.), entbehrt. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ist in § 5 GEG erwähnt und damit im Ersten Teil, mithin dem Allgemeinen Teil zum GEG, zu verorten. Er scheint damit gleichsam „vor die Klammer gezogen zu werden“ und in der Folge das Gesetz zu durchwirken. Das zeigt sich etwa in § 102 I 2 GEG, der Befreiungen von den Anforderungen des GEG gestattet, wenn dies der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gebietet. Der deutsche Gesetzgeber schafft hiermit eine rechtliche Grenze, die Maßnahmen nach dem GEG, die idealerweise dem Klimaschutz dienen, ausbremst, im schlimmsten Falle gar gänzlich verhindert.

#### c) Verfassungsrechtliche Überlegungen

Im Allgemeinen wird sich die Gesetzgebung entgegenhalten lassen müssen, inwieweit es der Einführung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen heraus bedurft hätte. So unterscheidet das GEG bei Verfolgung des Allgemeinwohlziels des Klimaschutzes zwischen neuen (§§ 10–45) und bestehenden (§§ 46–56) Gebäuden sowie ihrer jeweiligen Technik (z.B. §§ 12–14). Ordnungsrechtliche Pflichten, die das GEG dem Einzelnen im Interesse des genannten Allgemeinwohlziels auferlegt, führen je nach Ausgangslage zu unterschiedlich hohen wirtschaftlichen Belastungen auf Seiten der Betroffenen. Jene Belastungen finden allerdings ihre Schranke im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dem bereits mit der aufgezeigten Differenzierung des GEG Rechnung getragen wird.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> Hofmann in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 5 Rn. 8.

<sup>94</sup> Hofmann in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 5 Rn. 9.

<sup>95</sup> Ebd.

<sup>96</sup> Im Ergebnis ebenso Knauff in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), Einl. Rn. 56; Stellungnahme zum Entwurf eines GEG, Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft BaWü, 2018, [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/Stellungnahmen-GEG/Bundeslaender/bawue.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=12](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Stellungnahmen/Stellungnahmen-GEG/Bundeslaender/bawue.pdf?__blob=publicationFile&v=12) [Stand: 22.3.2022], S. 5.

#### IV. Energetische Mindestanforderungen an neu zu errichtende Gebäude, §§ 10 ff. GEG

In weiten Teilen normiert das GEG an Gebäude zu stellende Mindestanforderungen, statuiert die hierbei anzuwendenden Berechnungsgrundlagen und führt schließlich mögliche Ausnahmen und Befreiungen auf.<sup>97</sup> Der Normbestand des GEG nimmt dabei geplante Neubauten im Hinblick auf das von ihnen zu erreichende energetische Niveau ebenso in den Fokus wie den gegenwärtig vorhandenen Gebäudebestand, den es effizient zu modernisieren gilt.<sup>98</sup> Dies geschieht im hier zu betrachtenden GEG auf einer rein ordnungsrechtlichen Basis, während das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) als Grundlage des nationalen Emissionshandels den darüber hinaus gehenden ökonomischen Anreiz zur Energieeinsparung setzt.<sup>99</sup>

##### 1. Grundlagen

Zunächst sollen die Anforderungen näher betrachtet werden, die an die Errichtung eines Gebäudes gestellt werden. Nach dem Grundsatz des § 10 I GEG sind neue Gebäude als Niedrigstenergiegebäude zu errichten, was auf Art. 9 I RL 2010/31/EU zurückgeht. Der Legaldefinition des § 3 I Nr. 25 GEG zufolge stellt ein Niedrigstenergiegebäude ein Gebäude dar, das eine sehr gute Gesamteffizienz aufweist und dessen Energiebedarf sehr gering ist, und soweit möglich, zu einem ganz wesentlichen Teil durch Energie aus erneuerbaren Quellen gedeckt werden soll. Damit wird die Regelung des § 2a I 3 EnEG übernommen, die ihrerseits ursprünglich auf die präzisere Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 2 RL 2010/31/EU zurückgeht.<sup>100</sup>

##### 2. Nähere Betrachtung des § 10 II Nr. 1 GEG

Die Umsetzung des Niedrigstenergiegebäude-Standards erfolgt durch § 10 II GEG. Hierbei handelt es sich um eine Kernvorschrift, wobei die energetischen Anforderungen an ein Gebäude mit der Nutzung von erneuerbarer Energie in einer Regelung vereinigt werden.<sup>101</sup> Innerhalb dieser Vorschrift ist näher auf § 10 II Nr. 1 GEG einzugehen, wonach der Gesamtenergiebedarf für Heizung, Warmwasserbereitung, Lüftung und Kühlung (bei Nichtwohngebäuden auch für

eingebaute Beleuchtung) den jeweiligen Höchstwert nach § 15 GEG für Wohngebäude bzw. nach § 18 GEG für Nichtwohngebäude nicht überschreiten darf. Hauptmerkmal des Gesamtenergiebedarfs ist der Jahres-Primärenergiebedarf, die zentrale, in § 3 I Nr. 15 GEG legaldefinierte Größe innerhalb des GEG.<sup>102</sup>

##### a) Ansatz des Referenzgebäudeverfahrens

Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Referenzgebäudeverfahren, das die Simulation eines Gebäudes vorsieht, welches mit dem zu errichtenden Gebäude im Hinblick auf die Gebäudeausrichtung bzw. Orientierung der Bauteile, der Geometrie des Gebäudes sowie der Bauteilflächen genau übereinstimmt. Anlage 1 (Wohngebäude) und Anlage 2 (Nichtwohngebäude) zum GEG geben für das Referenzgebäude die Anlagentechnik sowie die Anforderungen an die Dämmung der Gebäudehülle vor.<sup>103</sup> Aus diesem Verfahren resultiert der Wert des spezifischen Jahres-Primärenergiebedarfs des Referenzgebäudes – er bildet die Basis für die nach § 10 II GEG erfolgende Berechnung des maximal zulässigen Jahres-Primärenergiebedarfs des zu errichtenden Gebäudes.<sup>104</sup> Der auf Grundlage von Anlage 1 bzw. Anlage 2 errechnete Jahres-Primärenergiebedarf des Referenzgebäudes ist sodann mit dem Faktor 0,75 zu multiplizieren, §§ 15 I, 18 I GEG.<sup>105</sup> Mithin darf nach diesen Vorschriften der Höchstwert des Jahres-Primärenergiebedarfs des zu errichtenden Gebäudes das 0,75fache des Wertes des Referenzgebäudes nicht überschreiten. Diese Regelung ist auf die Novelle der EnEV im Jahr 2013 zurückzuführen und gilt seit dem 1.1.2016.<sup>106</sup>

##### b) Bewertung

Verfolgte man zuvor noch das Ziel, mit dem zu errichtenden Gebäude die Werte des Referenzgebäudes zu erreichen<sup>107</sup>, führte die genannte Novelle zu einer Verschärfung der primärenergetischen Anforderungen an neue Gebäude um 25%.<sup>108</sup> Vor dem Hintergrund der stetig an Bedeutung zunehmenden Belange des Klimaschutzes verwundert es, dass der Gesetzgeber diese Regelung unverändert ins neue GEG übernahm. Zudem erscheint es unpraktikabel, aufwendig den Wert des Jahres-Primärenergiebedarfs eines Referenzgebäudes

<sup>97</sup> Leymann, ZUR 2020, S. 666 (668).

<sup>98</sup> Manthey, Die Innovationsklausel des Gebäudeenergiegesetzes, EnWZ 2021, S. 147.

<sup>99</sup> Frenz/Schink in: GK-Klimaschutzrecht (Fn. 87), § 1 BEHG Rn. 87.

<sup>100</sup> Sahle in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 10 Rn. 2.

<sup>101</sup> BT-Drs. 19/16716, S. 115.

<sup>102</sup> Sahle in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 15 Rn. 3.

<sup>103</sup> Hierzu Sahle in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 15 Rn. 4; Sahle in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 18 Rn. 7.

<sup>104</sup> Reher in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), Vor §§ 10 ff. Rn. 9.

<sup>105</sup> BT-Drs. 19/16716, S. 117 f.

<sup>106</sup> Sahle in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 15 Rn. 5.

<sup>107</sup> Sahle in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 15 Rn. 6.

<sup>108</sup> BT-Drs. 19/16716, S. 117.

zu errechnen, der für das reale Gebäude aber nicht angesetzt werden kann, sondern wie aufgezeigt nachgeschärft werden muss. Dies wird dem Konstrukt des Referenzgebäudes nicht gerecht: Letzteres soll gerade die gleiche Geometrie, Gebäudenutzfläche und Ausrichtung wie das zu errichtende Gebäude aufweisen und damit Ausgangspunkt für das reale Gebäude sein. Aus diesem Grunde wäre es angezeigt gewesen, statt der lapidaren Übernahme des nachträglich verschärfenden Faktors 0,75 die technische Referenzausführung des Referenzgebäudes, mithin die Anlagen 1 und 2 zum GEG, gänzlich neuzufassen. Hierauf wurde jedoch explizit verzichtet.<sup>109</sup> Eine Neufassung hätte hingegen das Potential geboten, direkt solche strengeren Anforderungen an das Referenzgebäude zu stellen, die effektiv und ganzheitlich zur Verminderung der vom Gebäudesektor verursachten Emissionen beitragen. Mit einer neugefassten Referenzausführung hätten zudem deren Werte, die idealerweise dem Klimaschutz verschrieben sind, auf das zu errichtende Gebäude übernommen werden können. Vom Grundgerüst entspräche dies jenem deutlich praktikableren Ansatz, der vor der erwähnten Novelle bestand. Insgesamt zeigt der Verzicht auf eine Neufassung der Anlagen 1 und 2 zum GEG ein wenig ambitioniertes Vorgehen des Gesetzgebers bei der Sicherstellung umfassenden Klimaschutzes.

## V. Energetische Mindestanforderungen an bestehende Gebäude, §§ 46 ff. GEG

Essenziell für die Energiewende ist allerdings auch die Renovierung des Gebäudebestands.<sup>110</sup> Der Sanierung kommt bei der Verwirklichung der Energie- und Klimaziele der EU entscheidendes Gewicht zu, wobei die Energieeffizienz eine Vorreiterrolle einnehmen und der Einsatz erneuerbarer Energiequellen in Betracht gezogen werden sollte.<sup>111</sup> Die durch das GEG an die energetische Qualität von Bestandsgebäuden gestellten Anforderungen sollen im Nachfolgenden anhand einzelner Normen untersucht werden.

### 1. Regelung des § 46 I GEG

#### a) Ansatz des Verschlechterungsverbots in § 46 I GEG

Auf unterster Ebene ist dabei die Vorschrift des § 46 I GEG anzusetzen, die ein Verschlechterungsverbot betreffend die

energetische Qualität für alle bestehenden Gebäude bei Änderungen an der Bausubstanz vorsieht, wenn die Fläche der geänderten Bauteile mehr als 10 % der gesamten Fläche der jeweiligen Bauteilgruppe nach Anlage 7 betrifft.<sup>112</sup> Der Gesetzgeber übernimmt damit den Regelungsgehalt des § 11 I 1, 3 EnEV. Die energetische Qualität wird nach Anlage 7 durch den Wärmedurchgangskoeffizienten ermittelt, der durch die Änderung an der Bausubstanz keine Verschlechterung erfahren darf.<sup>113</sup>

#### b) Würdigung

Wie bereits erwähnt kommt das Verschlechterungsverbot des § 46 I 1 GEG nur bei Überschreitung der in § 46 I 2 GEG enthaltenen Bagatellgrenze zum Tragen. Vorliegender Konzeption zufolge ist es rein rechtlich nicht verwehrt, solche Änderungen an der Bausubstanz vorzunehmen, die unterhalb besagter Grenze bleiben und überdies energetische Verschlechterungen nach sich ziehen. Freilich könnte dies dazu animieren, diese unterhalb der Bagatellgrenze rangierenden Änderungen als sich kumulierende Teilmaßnahmen einer vermeintlichen Gesamtänderung der baulichen Substanz anzusehen. Eine derartige Sichtweise muss allerdings als rechtsmissbräuchlich eingestuft werden, da sie erkennbar darauf ausgelegt ist, das Verschlechterungsverbot zu umgehen.<sup>114</sup> Vielmehr sollte der Zweck eines derartigen Verbots bedacht werden: Effektiver, sinnvoll koordinierter Klimaschutz mit verschärften, an bestehende Gebäude zu stellenden Mindestanforderungen wird im Grundlegenden nur dann funktionieren, wenn zumindest auf einen gemeinsamen energetischen Status quo aufgebaut werden kann. Auch die Gesetzesbegründung stellt auf die zu verhindernde Verschlechterung der energetischen Qualität von Gebäuden durch Veränderungen von Außenbauteilen ab.<sup>115</sup> Vor diesem Hintergrund kann einer in der Literatur vertretenen Auffassung, wonach das Verschlechterungsverbot mit seiner Bagatellgrenze

<sup>109</sup> BT-Drs. 19/16716, S. 117 f.

<sup>110</sup> Frenz, ER 2020, S. 153.

<sup>111</sup> Erwägungsgrund 7 der RL 2018/844/EU.

<sup>112</sup> Hofmann in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 46 Rn. 1.

<sup>113</sup> Hofmann in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 46 Rn. 2.

<sup>114</sup> Ebenso Hofmann in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 46 Rn. 5.

<sup>115</sup> BT-Drs. 19/16716, S. 136.

in § 46 I 2 GEG den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz des § 5 GEG (s.o.) weiter ausforme<sup>116</sup>, nicht zugestimmt werden.

## 2. Nicht-anlassbezogene Nachrüstpflicht des § 47 GEG

Während § 48 GEG dem Verpflichteten ordnungsrechtliche Anforderungen auferlegt, soweit dieser aus eigenem Entschluss umfangreiche bauliche Maßnahmen an den Außenbauteilen eines Gebäudes vornimmt, enthält § 47 GEG eine nicht-anlassbezogene Nachrüstpflicht für unzureichend gedämmte oberste Geschossdecken bestehender Gebäude. Der auf den ersten Blick restriktiv erscheinende Regelungsansatz des § 47 GEG soll Gegenstand folgender Erläuterungen sein.

### a) Grundlagen und Verweis auf DIN-Norm

§ 47 GEG schreibt die materiell-rechtlichen Standards seiner Vorgängerregelung des § 10 III–V EnEV fort.<sup>117</sup> § 47 I 1 GEG ist auf die Erzielung eines bestimmten Wärmedurchgangskoeffizienten für die im Normtext näher genannten Gebäude gerichtet – dies soll durch Dämmung der obersten Geschossdecke erreicht werden. Alternativ genügt es zur Erfüllung der Pflicht aus § 47 I 1 GEG, wenn das Dach entsprechend gedämmt ist oder die Anforderungen an den Mindestwärmeschutz nach DIN 4108-2: 2013-02 beachtet. Der nicht nur an dieser Stelle, sondern etwa auch im Zusammenhang mit der energetischen Bewertung von Gebäuden (vgl. § 20 I GEG i.V.m. DIN V 18599: 2018-09) erfolgende Verweis auf DIN-Normen erscheint intransparent und erschwert seitens des Rechtsanwenders ob des nötig werdenden Rechercheaufwands den Zugang zur Regelung.

### b) Übergangsfrist und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, § 47 III, IV GEG

§ 47 GEG übernimmt mit der geforderten Wärmedämmung nicht nur den Stand der bisherigen Anforderungen nach der EnEV, sondern räumt auch zu deren Umsetzung in Absatz 3 eine weit gefasste Übergangsfrist für Ein- und Zweifamilienhäuser ein. Demnach ist die Pflicht nach § 47 I GEG im Falle eines vom Eigentümer am 1.2.2002 selbst bewohnten Wohngebäudes mit nicht mehr als zwei Wohnungen erst nach einem Eigentümerwechsel nach dem genannten Stichtag innerhalb von zwei Jahren zu erfüllen. Aufgrund dessen und der Tatsache, dass unter § 47 III GEG auch diejenigen Konstellationen fallen, in denen der Eigentümer ein

Gebäude zum 1.1.2002 zwar noch bewohnte, später jedoch auszog und das Eigentum an dem Wohnhaus nicht übertrug, sind über mehrere Jahrzehnte andauernde Übergangsfristen denkbar.<sup>118</sup> Dies wird der Dynamik des fortschreitenden Klimawandels<sup>119</sup> nicht gerecht und leistet somit keinen nachhaltigen Beitrag zum Klimaschutz, auf den gleichwohl in § 1 II GEG verwiesen wird. Soweit § 47 IV GEG indes die Pflicht zur Nachrüstung dem Vorbehalt der Amortisierung der Maßnahmen in Bezug auf das einzelne Gebäude unterstellt, so stellt dies eine weitere Ausformung des zweifelhaften Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes aus § 5 GEG dar – mit dem Unterschied, dass nun nicht mehr auf Vergleichsgruppen, deren Bildung wie aufgezeigt mit Schwierigkeiten verbunden ist, sondern auf das individuelle Gebäude abzustellen ist. Hierin und in der Tatsache, dass die angemessene Frist in § 47 IV GEG nicht länger als die noch zu erwartende Nutzungsdauer i.S. des § 5 GEG sein kann, wird bisweilen gar eine Verschärfung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit gesehen.<sup>120</sup>

### c) Resümee

Der Ansatz einer nicht-anlassbezogenen Nachrüstpflicht mag zunächst eng gefasst wirken, doch er verliert durch die beschriebene Übergangsfrist und die weitere Betonung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes an Effektivität und Durchsetzungskraft. § 47 GEG lässt nicht nur die entschiedene Orientierung am Klimaschutz vermissen, sondern wird auch nicht zu einer durchgreifenden Erhöhung der Sanierungsquote beitragen. Damit kommt der Energieeffizienz in bestehenden Gebäuden, die überdies im Gegensatz zu Neubauten (vgl. § 10 II Nr. 3 GEG) und Gebäuden der öffentlichen Hand (vgl. § 52 ff. GEG) die Nutzung erneuerbarer Energien nicht aufweisen müssen, keine Vorreiterrolle zu, so wie es in Erwägungsgrund 7 der RL 2018/844/EU formuliert wird (s.o.).

## D. Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit

Die Ausweisung von Konzentrationsflächen in Flächennutzungsplänen nach § 35 III 3 BauGB war ursprünglich als Korrektiv zu der in § 35 I Nr. 5 BauGB statuierten Privilegierung von Windenergieanlagen gedacht: So ist es möglich, durch eine positive Standortzuweisung an einer oder an mehreren Stellen im Plangebiet das restliche Gemeindegebiet von den privilegierten Windenergieanlagen

<sup>116</sup> So *Leymann*, ZUR 2020, S. 666 (669).

<sup>117</sup> *Hofmann* in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 47 Rn. 2.

<sup>118</sup> So auch *Hofmann* in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 47 Rn. 8 f.

<sup>119</sup> Statt vieler Helmholtz-Zentrum für Umweltforschung, Naturschutz im Klimawandel, <https://www.ufz.de/index.php?de=36330> [Stand: 27.3.2022].

<sup>120</sup> So *Hofmann* in: HK-GEG/GEIG (Fn. 76), § 47 Rn. 1.

freizuhalten.<sup>121</sup> Jedoch erschweren die aufgezeigten Unstimmigkeiten, die Folge der Tabuzonen-Rechtsprechung des BVerwG sind, eine rechtsfehlerfreie Steuerung von Windenergie massiv, lassen sie teils gar unmöglich werden. Letzteres geht zulasten des Klimas und trägt nicht zu einer Verringerung der von der Energiewirtschaft verursachten Treibhausgasemissionen, geschweige denn zur Klimaneutralität bei. Das vom BVerwG statuierte Vorgehen mit seinem immensen Planungsaufwand wird unserer heutigen Zeit, die von einer stetig wachsenden Bedeutung des Einsatzes regenerativer Energien geprägt ist, nicht gerecht.

Zwar schafft der Gesetzgeber mit der Zusammenführung der nur unzureichend aufeinander abgestimmten Regelwerke EnEG, EnEV und EEWärmeG zum neuen GEG mehr Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit. Allerdings hat es der Gesetzgeber mit der Verabschiedung des GEG versäumt, dem

vorherrschenden Klimawandel hinreichend Rechnung zu tragen: An vielen Stellen des Gesetzes werden wie aufgezeigt Regelungen – teils aus dem Jahre 2014 – unverändert übernommen, zuweilen Normen lediglich sprachlich neu gefasst. Die an Neubauten zu stellenden Standards wurden nicht verschärft. Die Gelegenheit, weitergehende Modernisierungspflichten oder strengere Mindestanforderungen an die energetische Qualität im Bestandsbau zu stellen, verstrich ungenutzt. Im Kontext des Angriffskriegs Russlands auf die Ukraine dürfte sich das Bewusstsein für eine Verringerung der Abhängigkeit von Erdöl- und Erdgasimporten aus Drittstaaten sowie für eine intensivere Steigerung der Energieeffizienz von Gebäuden verschärft haben. Es wäre wünschenswert, resultierte hieraus eine Nachschärfung der im GEG aufgestellten Anforderungen an Neu- und Bestandsbauten.

---

<sup>121</sup> Tyczewski, BauR 2014, S. 934 (935).