

GUTACHTERLICHE ÄUßERUNG
GESETZGEBUNGSKOMPETENZ DER FREIEN UND HANSESTADT
HAMBURG FÜR EIN LANDESFERNWÄRMEGESETZ

im Auftrag von

Freie und Hansestadt Hamburg, Amt für zentrale Aufgaben und Recht R 21 1,
Düsternstraße 10, 20355 Hamburg

erstellt durch

RA Dr. Martin Riedel
RA Ulf Jacobshagen
RA Dr. Markus Kachel
RA Dr. Wolf Templin

von

BBH
Becker Büttner Held

Rechtsanwälte · Wirtschaftsprüfer · Steuerberater

Magazinstraße 15-16, 10179 Berlin

Tel. 030 / 611 28 40-0

Fax 030 / 611 28 40-99

E-mail: berlin@bbh-online.de

www.bbh-online.de

Inhaltsverzeichnis

TEIL 1	SACHVERHALT UND PROBLEMSTELLUNG	4
TEIL 2	ERGEBNISZUSAMMENFASSUNG: GESETZGEBUNGSKOMPETENZ FÜR EIN LANDESFERNWÄRMEGESETZ	4
TEIL 3	RECHTLICHE WÜRDIGUNG IM EINZELNEN	8
A.	Verteilung der verfassungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern	8
I.	Grundsatz	8
II.	Schlussfolgerung für die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Wärmewirtschaft	8
B.	(Verbleibende) Landeskompentenz zum Erlass wärmewirtschaftsrechtlicher Regelungen	9
I.	Vorgehensweise	9
II.	Prüfungsmaßstab	9
III.	Grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz der FHH für den Bereich der Wärmewirtschaft	10
IV.	Partielle Einschränkung der Gesetzgebungskompetenz aufgrund bundesgesetzlicher Regelungen	13
1.	Regelungen zur Wärmeerzeugung	13
a)	Immissionsschutzrecht	13
b)	Klimaschutzrecht / Emissionshandel	14
c)	Fazit für den Bereich der Wärmeerzeugung	15
2.	Netzbezogene Regelungen	16
a)	Netzanschluss/Netznutzung	16
aa)	Bestehender Regelungsrahmen / Verbleibende Landeskompentenz	16
bb)	Fazit für den Bereich Netzanschluss/ Netznutzung	23
b)	Fördersysteme für KWK- und EE-Wärme	23
aa)	KWKG	24
bb)	EEG	25
cc)	Fazit für den Bereich Fördersysteme	25
c)	Konzessionsabgaben	26
aa)	Ziel der Einführung von Konzessionsabgaben	26
bb)	Grundlage für die Vereinbarung von Konzessionsabgaben	26
cc)	Regelungen auf Bundesebene	27
dd)	Fazit	32
3.	Vertrieb von Wärme	32

ENTWURF

Teil 1 Sachverhalt und Problemstellung

Die Freie und Hansestadt Hamburg (FHH) erwägt, die Erzeugung und Verteilung von bzw. die Versorgung mit Wärme auf eine landesrechtlich einheitliche Rechtsgrundlage zu stellen und dafür ein Fernwärmegesetz zu erlassen.

Bestandteile des Gesetzes sollen im Wesentlichen bestimmte im Hinblick auf den Klimaschutz spezifizierte Vorgaben für die Erzeugung von Wärme, Regeln über die Nutzung von Wärmenetzen unabhängig vom Eigentum an den Netzen (sowohl für Einspeisung als auch Vertrieb), sowie Vorschriften über die Erhebung einer CO₂-basierten Konzessionsabgabe sein.

Die FHH hat die Sozietät *Becker Büttner Held* beauftragt, zu prüfen, inwieweit die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern im Grundgesetz eine Gesetzgebungskompetenz der FHH begründet.

Teil 2 Ergebniszusammenfassung: Gesetzgebungskompetenz für ein Landesfernwärmegesetz

Das Recht der Wärmewirtschaft ist als Ausschnitt des Energiewirtschaftsrechts Teil des Rechts der Wirtschaft, der gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG **Bestandteil der konkurrierenden Gesetzgebung** ist. Die Bundesländer haben insofern eine Gesetzgebungsbefugnis, solange und soweit der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat.

Die vom Bundesgesetzgeber im Bereich der Wärmewirtschaft getroffenen Regelungen enthalten **keine umfassende Sperrwirkung** für den Landesgesetzgeber. Die FHH hat daher grundsätzlich die verfassungsrechtliche Kompetenz, ein Fernwärmegesetz zu erlassen

Für die **einzelnen Regelungsbereiche** des angedachten Fernwärmegesetzes sperren spezifische Vorschriften des Bundes nur vereinzelt Regelungen durch die FHH.

Hinsichtlich der Regelungen im Bereich der **Wärmeerzeugung** wird deutlich, dass es einen Unterschied gibt zwischen Anlagen, die nach §§ 4 ff. BImSchG genehmigungsbedürftig sind bzw. dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) unterfallen und sonstigen Anlagen. Für erstere sperren das BImSchG und das TEHG ergänzende/flankierende Regelungen auf Landesebene, die weitergehende Anforderungen an den Schutz des lokalen wie des

globalen Klimas stellen. Für sonstige Wärmeerzeugungsanlagen bleiben landesrechtliche Regelungen möglich.

Im Bereich **netzbezogener Regelungen** ist zwischen Vorschriften über die Netznutzung/ den Netzanschluss, über Fördersysteme für KWK- und EE-Anlagen sowie über Konzessionsabgaben zu differenzieren.

Ein Landesgesetz, dass Fernwärmenetzbetreiber zum **Netzanschluss** von Wärmeerzeugungsanlagen verpflichtet und Regelungen zur Netznutzung von Fernwärmenetzen trifft, ist durch Bundesgesetz nicht ausgeschlossen. Weder hat der Bundesgesetzgeber bislang eine gesetzliche Regelung über den Netzanschluss und die Netznutzung von Fernwärmenetzen getroffen, noch ergeben sich Anhaltspunkte, dass die bislang nicht getroffene Regelung auf dem ausdrücklichen Willen des Bundesgesetzgebers basiert, diesen Rechtsbereich nicht zu regeln. Lediglich eine gesetzliche Pflicht der Wärmenetzbetreiber zur Vergütung eingespeister EE- und KWK-Wärme könnte mit Bundesrecht kollidieren.

Ein Anreizsystem mit festen Vergütungssätzen für aus KWK- und EEG-Anlagen in ein Fernwärmenetz eingespeiste Wärme wäre voraussichtlich durch die **Fördersysteme** des KWKG und EEG gesperrt, da der Bundesgesetzgeber insoweit schon von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. Eine Vergütung der eingespeisten Wärme aus KWK- oder EEG-Anlagen in Höhe des jeweiligen Marktwerts der eingespeisten Wärme wäre durch die hierdurch bedingte mittelbare Förderung von KWK- und EEG-Anlagen ggf. auch durch das bundesweite Fördersystem für EEG- und KWK-Anlagen gesperrt. Bei der Umsetzung eines Anreizsystems im Wege der Vergütung der eingespeisten Wärme ist in Bezug auf das KWKG und das EEG besondere Vorsicht geboten und anzuraten, diesen Themenkomplex (Fördersystem) vor einer landesrechtlichen Umsetzung noch einmal vertieft zu prüfen. EE-Wärmeerzeugungsanlagen, die keine Anlagen im Sinne des EEG sind, können durch ein landesgesetzliches Anreizsystem gefördert werden. Insoweit besteht keine Sperrwirkung des EEG.

Die Einführung von **Konzessionsabgaben** im Fernwärmebereich - auch im Zusammenhang mit einem Klimaschutzentgelt - ist weder durch bundesgesetzliche Regelungen, insbesondere im EnWG, noch durch die KAV bzw. KAE gesperrt, da eine abschließende Regelung für den gesamten Bereich der Energiewirtschaft gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht erfolgt ist.

Im Bereich des **Wärmevertriebs** hat die FHH eine umfassende Gesetzgebungskompetenz, da keine Regelungen des Bundes, die die Landeskompetenzen sperren könnten, ersichtlich sind, wobei wir empfehlen, die konkreten Regelungen vor einer Verabschiedung noch einmal dezidiert auf eine mögliche Kollision mit Regelungsbereichen der AVBFernwärmeV zu überprüfen.

Zusammenfassend ist die Gesetzgebungskompetenz der FHH für ein Landesfernwärmege-
setz in der nachfolgenden Übersicht dargestellt.

Regelungsgegenstand	Verbleibende Gesetzge- bungskompetenz FHH	
	vollständig	anteilig
1. Erzeugung		
Besondere Anforderungen an Wärmeerzeugungsanlagen (z.B. CO ₂ -Grenzwerte; hocheffiziente KWK- und EE-Wärme; gebietsbezogene Festlegungen für Brennstoffe)		X
Vorgaben an Wärmeerzeuger gewisse Mindestanteile an KWK- und EE-Wärme bei Wärmeerzeugung einzuhalten		X
Anspruch des Anlagenbetreibers gegen Netzbetreiber auf Netzanschluss, Einspeisung und Abnahme der erzeugten Wärme	X	
Vorrang bei Netzanschluss, Einspeisung und Abnahme für privilegierte Einspeiser (z.B. EE-Wärme, KWK-Nutzwärme aus hocheffizienter KWK)	X	
Anspruch auf Vergütung der eingespeisten Wärme für privilegierte Einspeiser (z.B. EE-Wärme, KWK-Nutzwärme aus hocheffizienter KWK)		X
Fördersystem mit Umlagemechanismus für EE-Wärme, KWK-Nutzwärme, besondere Technologien unter Vermeidung einer Doppelförderung, sofern bereits Förderung nach EEG und KWKG erfolgt.		X
2. Transport		
2.1 Netzerrichtung / Netzausbau / Wegenutzung		
Konzessionsabgabe (CO ₂ -abhängig / Sondernutzungsentgelt mit Lenkungswirkung)	X	
2.2 Netzbetrieb		
Verpflichtungen des Netzbetreibers gegenüber Anlagenbetreibern zum vorrangigen Netzanschluss sowie zur Abnahme der erzeugten Wärme im Rahmen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit	X	
Technische Vorgaben für Einspeisung, Transport, Abnahme (Effizienzkriterien z.B. Vor- und Rücklauftemperatur, Netzverluste)	X	
2.3 Netznutzung		
Regelungen zum Netzzugang für Anlagenbetreiber (Kapazitätsvergabe) und Wärmespeicherbetreiber	X	
Abwicklung eines Wärmehandelssystems (z.B. über Bilanzkreise)	X	
Netzentgeltsystem: (Briefmarkenentgelt; Ein- und Ausspeiseentgelt, distanzabhängiges Entgelt etc.)	X	

Implementierung eines Anreizsystems zum Energiesparen bzw. zur Nutzung von EE- bzw. KWK-Wärme)		X
3. Vertrieb		
Regelung eines Handelssystems von der Einspeisung bis zur Abnahme (z.B. Bilanzkreise)	X	
Anforderungen an Wärmeversorgung (z.B. maximale CO ₂ -Emissionsfaktoren)	X	

ENTWURF

Teil 3 Rechtliche Würdigung im Einzelnen

A. Verteilung der verfassungsrechtlichen Gesetzgebungs-kompetenzen zwischen Bund und Ländern

I. Grundsatz

Die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und der Länder sind durch Art. 70 ff. Grundgesetz (GG) in einem komplexen Regelungsgeflecht näher ausgestaltet worden.

Gemäß dem in Art. 70 Abs. 1 GG festgehaltenen Grundsatz haben die Länder

„das Recht der Gesetzgebung, soweit dieses Grundgesetz nicht dem Bunde Gesetzgebungsbefugnisse verleiht.“

Nach der Föderalismusreform 2006 kennt das Grundgesetz nur noch die ausschließliche Gesetzgebung (Art. 71, 73 GG) und die konkurrierende Gesetzgebung (Art. 72, 74 GG). Die ausschließliche Gesetzgebung steht allein dem Bund zu. Für die konkurrierende Gesetzgebung gilt, dass die Länder

„die Befugnis zur Gesetzgebung [haben], solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.“

Insofern ist aber noch die Vorschrift in Art. 72 Abs. 2 GG zu beachten, wonach u.a. im Bereich des Rechts der Wirtschaft der Bund nur dann die Gesetzgebungskompetenz hat,

„wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.“

Regelungen über die Erzeugung, die Verteilung und die Lieferung von Wärme als Ausschnitt des **Energiewirtschaftsrechts** sind Teil des Rechts der Wirtschaft, der wiederum **Bestandteil der konkurrierenden Gesetzgebung** nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist.

II. Schlussfolgerung für die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz im Bereich der Wärmewirtschaft

Die FHH hat damit grundsätzlich die verfassungsrechtliche Kompetenz zum Erlass eines Fernwärmegesetzes, **„solange und soweit** der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat“.

Ob und mit welcher Tiefe der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat, wird im folgenden Abschnitt näher zu untersuchen sein.

B. (Verbleibende) Landeskompetenz zum Erlass wärmewirtschaftsrechtlicher Regelungen

I. Vorgehensweise

Da der Bundesgesetzgeber im Bereich der Wärmewirtschaft jedenfalls rudimentäre, auf bestimmte Sektoren zugeschnittene Regelungen erlassen hat, wird zum Einen zu prüfen sein, ob diese Regelungen der Gesetzgebungskompetenz der FHH für ein Fernwärmegesetz *in toto* im Wege stehen (dazu I.).

Sollte dies nicht der Fall sein, ist für die einzelnen Regelungsbereiche des angedachten Fernwärmegesetzes zu bestimmen, inwieweit spezifische Vorschriften des Bundes eine Regelung durch die FHH sperren. Da sich im Bereich der Fernwärmeerzeugung, -verteilung und -versorgung zahlreiche Schnittstellen zu Rechtsbereichen finden, die anderen Kompetenztiteln des GG zugeordnet werden können, wird auch zu prüfen sein, ob insoweit Bereiche berührt werden, in denen der Bund durch gesetzgeberische Aktivitäten den Ländern Spielraum für Landesgesetze genommen hat (dazu II.).

II. Prüfungsmaßstab

Ob der Bundesgesetzgeber eine Rechtsmaterie derart umfassend geregelt hat, dass der Landesgesetzgeber keine Kompetenz zum Erlass eigener Regelungen hat, hängt maßgeblich von der Frage ab, ob die bundesrechtliche Regelung „erschöpfend“ ist.

Erlässt der Bund eine Vorschrift, die nur auf Teilfragen eines Sachbereiches eine ausdrückliche Antwort gibt, ist das Gesetz im Wege der Interpretation zu befragen, ob es hiermit eine abschließende Regelung der gesamten Materie bezweckt („beredtes Schweigen“) oder ob es die übrigen Fragen unbeantwortet lässt. Entscheidend ist, ob der Bundesgesetzgeber ein Sachgebiet subjektiv so regeln will und objektiv so geregelt hat, dass kein Raum mehr für eine landesrechtliche Regelung verbleibt¹. Wenn es dazu an einer ausdrücklichen Aussage des Bundesgesetzgebers fehlt, ist eine Gesamtwürdigung des betreffenden Normbereichs vorzunehmen.²

Grundlage einer solchen Gesamtwürdigung ist eine materienbezogene Betrachtungsweise. Wichtig ist insofern, dass die Kodifizierung eines bestimmten Sachgebietes allerdings noch keinen Schluss auf eine erschöpfende Regelung erlaubt³. Vielmehr ist zu beachten, dass insbesondere ein teilweises Gebrauchmachen die Gesetzgebungskompetenz im nicht geregelten Bereich bei der FHH belässt, bspw. dann wenn der Bund ausdrücklich nur Teile eines

¹ Kunig, in: von Münch/Kunig, GG, Band 3, 5. Auflage, Art. 72 Rn. 11.

² BVerfGE, 109, 190 (229); BVerwGE 109, 272 (279); Jarass/Pieroth, GG, 2009, Art. 72 Rn. 6 ff.

³ BVerfGE 56, 110 (119); BVerwGE 85, 332 (342).

Sachgebietes regelt⁴ bzw. von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht umfassend Gebrauch macht⁵ oder dem Gesetz durch Auslegung zu entnehmen ist, dass es keine erschöpfende Regelung einer Materie darstellt⁶. Dafür ist „innerhalb eines Gesetzgebungswerks nach einzelnen Sachmaterien zu differenzieren und danach zu fragen, ob innerhalb dieser Materien der Gesetzgeber, bezogen auf den Gesetzeszweck, nur einen Teilausschnitt aus den hierfür in Betracht kommenden Tatbeständen erfassen wollte, so dass, wiederum bezogen auf den Gesetzeszweck, relevante Gruppen von Tatbeständen offen bleiben, für die eine gesetzgeberische Entscheidung nicht getroffen ist.“⁷

Der Umfang der Sperrwirkung variiert je nach Ausgestaltung bzw. Auslegung der Bundesregelung. Sie ergibt sich also in erster Linie aus dem Bundesgesetz selbst, in zweiter Linie aus dem hinter dem Gesetz stehenden Regelungszweck, ferner aus der Gesetzgebungsgeschichte und den Gesetzesmaterialien.

Soweit eine Sperrwirkung besteht, fehlt dem Landesgesetzgeber die Gesetzgebungskompetenz. Hat der Bundesgesetzgeber Teilmaterien geregelt, kann er auf ergänzende oder ausfüllende Vorschriften beschränkt sein. Fehlt es für einen Rechtsbereich an einer Regelung, ist der Landesgesetzgeber befugt, eigene Regelungen zu erlassen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass z.B. auch eine fehlende Regelung auf dem ausdrücklichen Willen basieren kann, einen bestimmten Rechtsbereich nicht zu regeln („absichtsvoller Verzicht“), ohne dass dieser im Gesetzestext selbst einen unmittelbaren Ausdruck findet. In jedem Fall setzt die Sperrwirkung für die Länder voraus, dass der Gebrauch der Kompetenz durch den Bund hinreichend erkennbar ist.⁸

III. Grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz der FHH für den Bereich der Wärmewirtschaft

Zu prüfen ist zunächst, ob die FHH *überhaupt* Regelungen zur Wärmewirtschaft treffen darf, da der Bundesgesetzgeber im Bereich der allgemeinen Energiewirtschaft zweifelsfrei und - zumindest in bestimmten Sektoren - auch im spezifischen Bereich der Wärmewirtschaft legislativ tätig geworden ist.

Regelungen des Bundesgesetzgebers mit Wärmebezug finden sich in der AVBFernwärmeV, im EEWärmeG, im KWKG, im EEG und im TEHG; außerdem könnte das EnWG als „Grundgesetz der Energiewirtschaft“ landesgesetzgeberische Aktivitäten auch im Bereich der Wärmewirtschaft sperren.

⁴ BVerfGE 83, 363 (379f.); 85, 226 (234).

⁵ BVerwGE 111, 143 (147f.).

⁶ Jarass/Pieroth, GG, 2009, Art. 72 Rn. 5.

⁷ Sachs-Degenhart, GG, 2009, Art. 72 Rn. 22.

⁸ BVerfGE 98, 265 (301).

Mit der **AVBFernwärmeV** hat der Bund eine Verordnung erlassen, die für die Verträge zwischen Fernwärmelieferanten und Fernwärmeverbrauchern Geltung im Sinne allgemeiner Geschäftsbedingungen beansprucht. Auch durch diese Verordnung könnte eine Sperrwirkung für ein Landesfernwärmegesetz entstehen, denn ein „Gebrauchmachen“ im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG liegt nicht nur bei formellen Gesetzen vor, sondern auch bei Rechtsverordnungen als Gesetzen im materiellen Sinne.⁹ Mit der AVBFernwärmeV sind aber keinerlei öffentlich-rechtliche Pflichten für die Wärmeerzeuger, -netzbetreiber oder -lieferanten geregelt. Das **EnWG** erstreckt sich nur auf Strom und Gas. Regelungen mit Bezug zum Bereich Wärme sind im Gesetz nicht enthalten, obgleich der Bund hier ausdrücklich die Energiewirtschaft als Ganzes zu regeln sucht. Einer analogen Anwendung des EnWG auf Wärmenetze steht explizit der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers entgegen, der bewusst nur die Gas- und Stromwirtschaft regeln wollte.¹⁰ Das seit dem 01.01.2009 geltende **EEWärmeG** enthält Regelungen zu Wärme als „Energie“. Das Gesetz enthält keine Vorgaben für den wirtschaftlichen Verkehr mit Wärme, sondern nur die Pflicht von Grundstückseigentümern, bei Neubauten einen Anteil des Wärmeenergiebedarfs aus erneuerbaren Energien zu decken. Der Bund stützt sich dabei auf die (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Luftreinhaltung, Artikel 74 Abs. 1 Nr. 24 GG¹¹. Außerdem enthält das **Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz** (KWKG) Regelungen zu Wärmeerzeugungsanlagen und Wärmenetzen. Schließlich enthalten das EEG (u.a. KWK-Bonus für Biomasse-Anlagen und Wärmenutzungsbonus für Geothermie-Anlagen) und das TEHG Regelungen, die für die Wärmeerzeugung bedeutsam werden können.

Wie soeben unter II. schon ausgeführt, ist eine Gesamtwürdigung des betroffenen Normbereichs vorzunehmen, wenn es an einer ausdrücklichen Aussage des Bundesgesetzgebers fehlt.¹² So liegt es auch im Bereich der Wärmewirtschaft. In Ansehung der im Bereich der Wärmeerzeugung und -versorgung bestehenden Rechtsvorschriften ist mithin zu prüfen, ob der Gesetzgeber diese Rechtsmaterie durch die genannten Gesetze abschließend kodifizieren und dem Landesgesetzgeber jede weitere Kompetenz nehmen wollte.

Vor diesem Hintergrund ließe sich argumentieren, für den Landesgesetzgeber verblieben im Bereich der Wärmewirtschaft keine Gesetzgebungskompetenzen mehr. Der Gesetzgeber habe das EnWG als umfassendes Regulierungsinstrument bewusst auf die Komplexe Strom und Gas begrenzt und für den Bereich der Wärme mit der AVBFernwärmeV einen schlanken, aber ausreichenden Rahmen geschaffen, innerhalb dessen Lieferbeziehungen abgewi-

⁹ BVerfG, NVwZ 2000, 1160; Jarass/Piero, GG, 2009, Art. 72 Rn. 12; Sachs-Degenhart, Grundgesetz, 2009, Art. 72 Rn. 26.

¹⁰ BT-Drs. 15/3917, S. 47.

¹¹ Konsolidierte Fassung der Gesetzesbegründung vom 7. August 2008, BGBl. 2008 Teil I Nr. 36 vom 18. August 2008 S. 1658. Diese Zuordnung wird z.T. bestritten, s. Schmidtke, ZNER 2008, 334; Milkau, ZUR 2008, 561 (für Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft“).

¹² BVerfGE, 109, 190 (229); BVerwGE 109, 272 (279); Jarass/Piero, GG, 2009, Art. 72 Rn. 6 ff.

ckelt werden könnten. Die Tatsache, dass die Wärmewirtschaft nicht oder nur marginal gesetzlich geregelt sei, könnte dann so interpretiert werden, dass dies auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers beruht. Da insofern alle aus Sicht des Bundesgesetzgebers notwendigen Regelungen getroffen wären, wäre die Wärmewirtschaft umfassend bundesgesetzlich geregelt. Eine Landesgesetzgebungskompetenz könne daneben nicht mehr bestehen.

Diese Argumentation kann u.E. nicht überzeugen. Von den eben genannten Regelwerken beansprucht allein das EnWG im Bereich der Energiewirtschaft ubiquitäre Geltung und könnte daher für eine umfassende Kodifizierung des Bundesgesetzgebers sprechen. Wie bereits erwähnt, sieht das EnWG aber gerade keine Geltung für die Wärmewirtschaft vor. Eine analoge Anwendung ist vom Gesetzgeber nicht gewollt und lässt sich aufgrund der unterschiedlichen Strukturen der betroffenen Bereiche (Strom/Gas: bundesweite Netzinfrastruktur; Wärme: regional/lokal begrenzt) auch nur schwerlich herleiten. Um dies als bewusste „Nicht-Regelung“ zu bewerten, fehlen die Anhaltspunkte, die diesen gesetzgeberischen Willen zum Ausdruck bringen. Zudem wäre es schon sehr fraglich, ob die Schwelle des Art. 72 Abs. 2 GG, hier konkret die Notwendigkeit, zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit eine bundeseinheitliche Regelung zu treffen (oder eben auch eine explizite Nicht-Regelung), im Bereich der Wärmewirtschaft überschritten werden kann, da jedenfalls keine bundesweit vernetzte Transportinfrastruktur und damit auch kein bundeseinheitlicher Regelungsbedarf existiert.

Die neben dem EnWG vom Gesetzgeber für spezifische Bereiche erlassenen Gesetze bzw. Verordnungen lassen eine umfassende Sperrwirkung ebenfalls fernliegend erscheinen. Die AVBFernwärmeV beschränkt sich auf Vorgaben für die Vertragsbeziehung in einem Fernwärmeversorgungsverhältnis; das EEWärmeG, das EEG, das TEHG und das KWKG betreffen spezifische Gesichtspunkte des Klimaschutzes. Es ist nicht überzeugend, diesen in ihrem jeweiligen Anwendungsbereich eng begrenzten Gesetzen eine „Ausstrahlung“ auf Kernelemente des Wärmewirtschaftsrechts (Erzeugung, Netzbetrieb, Handel) beizumessen, so dass dem Landesgesetzgeber eine Regelung dieser Bereiche verwehrt bliebe.

Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass der Bundesgesetzgeber im Bereich der Wärmewirtschaft keine Regelungen getroffen hat, die eine umfassende Sperrwirkung für den Landesgesetzgeber zur Folge haben. Die FHH hat daher grundsätzlich die verfassungsrechtliche Kompetenz, ein Fernwärmegesetz zu erlassen.

IV. Partielle Einschränkung der Gesetzgebungskompetenz aufgrund bundesgesetzlicher Regelungen

Die soeben getroffene Aussage, dass der Landesgesetzgeber zur Regelung des Rechtsbereichs Wärmewirtschaft grundsätzlich befugt ist, beinhaltet nicht auch schon die Feststellung, dass die FHH jeglichen Aspekt dieses Rechtsbereichs regeln darf.

Wie oben unter II. dargestellt, ist zur Beantwortung der Frage nach einer möglichen Sperrwirkung bundesgesetzlicher Regelungen eine materienbezogene Betrachtungsweise, differenziert nach sinnvollen Sachmaterien eines Gesetzgebungswerkes, vorzunehmen.

Im Folgenden soll deshalb anhand der im Gesetz zu regelnden Themenkomplexe geprüft werden, ob in diesen Bereichen bundesrechtliche Regelungen bestehen, die es der FHH insoweit verbieten, eigene landesrechtliche Regelungen zu erlassen. Dabei können neben Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG weitere Kompetenztitel bedeutsam werden. Der Prüfungsaufbau folgt den energiewirtschaftlichen Wertschöpfungsstufen, Erzeugung (hierzu unter 1.), Transport (hierzu unter 2.) und Vertrieb (hierzu unter 3.).

1. Regelungen zur Wärmeerzeugung

Zunächst soll geprüft werden, ob die von der FHH erwogenen Regelungen zur Erzeugung von Wärme von einer entsprechenden Landeskompentenz gedeckt sind.

Die avisierten Regelungen zielen insbesondere auf spezifische Anforderungen an Wärmeerzeugungsanlagen (CO₂-Grenzwerte, etc.) sowie auf einen Mindestanteil Erneuerbarer Energie bzw. Kraft-Wärme-Kopplung bei der Erzeugung der Wärme.

Anforderungen an Wärmeerzeugungsanlagen werden üblicherweise durch das Immissionsschutzrecht normiert und flankiert durch Regelungen zum Emissionshandel, soweit die Anlagen eine bestimmte Größe überschreiten. Maßgebliche Regelungswerke für diese Rechtsbereiche sind das BImSchG und das TEHG.

Die Gesetzgebung für den Immissions- und Klimaschutz ist nicht der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz durch den Bundesgesetzgeber nach Art. 73 GG zugewiesen. Vielmehr hat der Verfassungsgeber in Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG die Luftreinhaltung der konkurrierenden Gesetzgebung zugeordnet. Dieser Kompetenztitel umfasst auch den Schutz des Klimas¹³. Entsprechend kommt es darauf an, ob die bestehenden Regelungen als umfassende Wahrnehmung der Bundeszuständigkeit zu werten sind. Dabei sind die Bereiche des Immissionsschutzrechts und des Klimaschutzes getrennt zu bewerten.

a) Immissionsschutzrecht

¹³ BT.-Drs. 16/2709; Jarass/Pieroth, GG, 2009, Art. 74 Rn. 61.

Das im BImSchG kodifizierte anlagenbezogene Immissionsschutzrecht kennt die Unterscheidung zwischen Anforderungen an genehmigungsbedürftige Anlagen in §§ 4 ff. und an nicht genehmigungsbedürftige Anlagen in §§ 22 ff. BImSchG. Dabei sind die gesetzlichen Betreiberpflichten für genehmigungsbedürftige Anlagen enger.¹⁴ Für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen gilt allerdings die in § 22 Abs. 2 BImSchG normierte Öffnungsklausel, wonach „[w]eitergehende öffentlich-rechtliche Vorschriften unberührt [bleiben].“ Unter diese weitergehenden Vorschriften können z.B. auch Landesimmissionsschutzgesetze subsumiert werden, die von einigen Bundesländern erlassen wurden und u.a. spezifische Anforderungen für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen oder für Tätigkeiten ohne Anlagenbezug vorsehen.¹⁵

Das Recht der genehmigungsbedürftigen Anlagen kennt solche Ausnahmen nicht. Mit den §§ 4 ff. BImSchG wird ein kohärentes System kodifiziert, das abschließend alle relevanten immissionsschutzrechtlichen Anforderungen vorgibt. Insofern besteht auch eine umfassende Sperrwirkung für den Landesgesetzgeber, bei nach §§ 4 ff. BImSchG genehmigungsbedürftigen Anlagen weitere Vorgaben zu kodifizieren. Als genehmigungsbedürftige Anlagen können schon Wärmeerzeugungsanlagen ab einer Feuerungswärmeleistung von 100 kW gelten, vgl. Nr. 1.3, Spalte 2 des Anhangs zur 4. BImSchV.

b) Klimaschutzrecht / Emissionshandel

Da die Anforderungen an Wärmeerzeugungsanlagen insbesondere auf die Reduzierung von Treibhausgasemissionen zugeschnitten werden sollen, stellt sich weiterhin die Frage, ob das vom Bundesgesetzgeber erlassene „anlagenbezogene Klimaschutzrecht“ ergänzende Regelungen des Landesgesetzgebers sperrt. Dieses anlagenbezogene Klimaschutzrecht findet sich im Treibhausgas-Emissionshandels-Gesetz (TEHG), das den Betrieb von genehmigungsbedürftigen Anlagen davon abhängig macht, dass der Anlagenbetreiber eine ausreichende Zahl an Emissionszertifikaten vorhält. Die Maximalzahl der Emissionszertifikate ist bundes- und europaweit festgelegt.

Für eine abschließende und umfassende Regelung durch den Bund spricht zunächst zwar das grundsätzliche Konzept des mit dem TEHG eingerichteten Emissionshandels. Dieser verringert klimaschädliche Emissionen durch die Festlegung einer Gesamtmenge von emittiertem Treibhausgas. Vielfach wird kritisiert, dass wegen dieser Gesamtmengenfestlegung zusätzliche Klimaschutzinstrumente zwangsläufig leerlaufen würden. Eine Erhöhung des

¹⁴ Koch, Immissionsschutzrecht, in: Ders. (Hrsg.), Umweltrecht, 2. Auflage 2007, Rn. 199.

¹⁵ Jarass, BImSchG, 2007, § 22 Rn. 15 f.

Anteils emissionsarmer Energie durch alternative Steuerungsinstrumente hätte aus diesem Grunde höchstens wirtschaftliche, nicht aber klimaschützende Wirkung¹⁶.

Diese These ist aber sehr umstritten. Die Bundesregierung geht etwa von einer fruchtbaren und aufeinander abgestimmten Koexistenz unterschiedlicher Förderinstrumente aus¹⁷. Weiter spricht gegen eine umfassende Regelung des Klimaschutzes durch die bestehenden Gesetze, dass nur ein kleiner Teil der emittierenden Anlagen überhaupt dem Emissionshandel unterfällt. Es sind also notwendigerweise flankierende Maßnahmen nötig, um alle relevanten CO₂-Quellen zu erfassen. Eine umfassende Regelung des Klimaschutzes durch den Bundesgesetzgeber liegt damit bisher nicht vor. Dies spricht für die Möglichkeit weiterer, auch landesgesetzlicher Klimaschutzbestimmungen.

Eine rechtlich belastbare Aussage im Bezug auf eine verbleibende Landesgesetzgebungskompetenz lässt sich u.E. daher nur für Wärmeerzeugungsanlagen treffen, die nicht dem Emissionshandel unterfallen. Hier ist es der FHH erlaubt, Regelungen zu treffen, die Anforderungen an CO₂-Reduzierungen stellen.

c) Fazit für den Bereich der Wärmeerzeugung

In einer Zusammenschau der Regelungen im Bereich des Immissionsschutz- und des Emissionshandelsrechts wird deutlich, dass es einen deutlichen Unterschied gibt zwischen Anlagen, die nach §§ 4 ff. BImSchG genehmigungsbedürftig sind bzw. dem Emissionshandel unterfallen und sonstigen Anlagen. Für erstere sperren das BImSchG und das TEHG ergänzende/flankierende Regelungen auf Landesebene, die weitergehende Anforderungen an den Schutz des lokalen wie des globalen Klimas stellen.

Im Hinblick auf sonstige Wärmeerzeugungsanlagen bleibt festzuhalten, dass für diese Anlagentypen landesrechtliche Regelungen möglich sind und durch bestehendes Bundesrecht nicht gesperrt werden.

Insofern könnte die FHH die geplanten Regelungen für Wärmeerzeugungsanlagen erlassen, wäre dabei jedoch auf kleinere Anlage beschränkt, da für die von §§ 4 ff. BImSchG und TEHG erfassten Anlagentypen ein abschließendes Regelungsregime des Bundes besteht, das Initiativen auf Landesebene sperrt.

¹⁶ U. a. Frondel/Schmidt, Emissionshandel und Erneuerbare-Energien-Gesetz: Eine notwendige Ko-Existenz?, 2006, die die Ansicht vertreten, jedes weitere Klimaschutzinstrument würde die CO₂-Emission nicht mehr verringern, sondern nur noch Zertifikate verbilligen.

¹⁷ Stellungnahme des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, abrufbar unter http://www.bmu.de/erneuerbare_energien/downloads/doc/45090.php.

2. Netzbezogene Regelungen

Nah- und Fernwärmenetze sind abgesehen von individualvertraglichen Vereinbarungen bislang nicht für die Einspeisung von Wärme durch Dritte geöffnet. Die Versorgung der Wärmekunden erfolgt im Bundesgebiet ganz überwiegend durch einen Nah- bzw. Fernwärmeversorger, der regelmäßig auch der Betreiber der einspeisenden Wärmeerzeugungsanlagen ist.

FHH verfolgt die Zielstellung, Betreibern von Wärmeerzeugungsanlagen einen gesetzlichen Anspruch gegen Wärmenetzbetreiber auf Netzanschluss von Wärmeerzeugungsanlagen sowie auf Einspeisung, Abnahme und Vergütung der erzeugten Wärme einzuräumen. Hierbei soll eine Vorrangstellung für privilegierte Wärmeerzeugungsanlagen (z.B. EE-Wärme, KWK-Nutzwärme aus hocheffizienter KWK) geregelt werden. Wärmenetzbetreiber sollen verpflichtet werden, diese Wärmeerzeugungsanlagen vorrangig anzuschließen und die in diesen Anlagen erzeugte Wärme vorrangig abzunehmen und zu vergüten. Dies inkludiert die Verpflichtung, gegebenenfalls auch einen erforderlichen und wirtschaftlich zumutbaren Netzausbau vorzunehmen. Darüber hinaus sollen Effizienzanforderungen für den Transport und die Abnahme der Wärme (Effizienzkriterien z. B. Vor- und Rücklauftemperatur, Netzverluste) festgelegt und die Verteilung der vorhandenen Wärmenetzkapazität an die bestehenden Wärmenetzbetreiber sowie der Zugang zu Wärmespeichern geregelt werden.

Angedacht ist, das Wärmenetz nicht lediglich für die Einspeisung von Wärme durch Dritte zu öffnen, sondern auch die Durchleitung von Wärme zu den Endkunden, d. h. eine Belieferung von Endkunden durch verschiedene Wärmelieferanten zu ermöglichen. Dies erfordert die Implementierung eines Wärmehandelsystems (z. B. über Bilanzkreise) und eines Netzentgeltsystems zur diskriminierungsfreien Abrechnung der Wärmenetznutzung.

Neben den grundsätzlichen Fragen, die sich in Bezug auf den Netzanschluss und die Netznutzung stellen (hierzu unter a)), wird jeweils in einem gesonderten Abschnitt untersucht, inwieweit die FHH die Gesetzgebungskompetenz besitzt, ein Fördersystem für EE- und KWK-Wärme zu etablieren (hierzu unter b)) und eine Konzessionsabgabe im Bereich der Fernwärmeversorgung zu implementieren (hierzu unter c)).

a) Netzanschluss/Netznutzung

aa) Bestehender Regelungsrahmen / Verbleibende Landeskompetenz

Inwieweit FHH die Gesetzgebungskompetenz besitzt, eine Netzanschlusspflicht von Wärmeerzeugungsanlagen an Fernwärmenetze und die Netznutzung von Fernwärmenetzen grundsätzlich zu regeln, wird nachstehend geprüft. Denkbar wäre eine Sperrwirkung durch das EnWG, das KWKG, das EEWärmeG und durch das EEG.

i) EnWG

Das **EnWG** erstreckt sich nur auf Strom und Gas. Regelungen mit Bezug zum Bereich Wärme sind im Gesetz nicht enthalten, obgleich der Bund hier ausdrücklich die Energiewirtschaft als Ganzes zu regeln sucht. Einer analogen Anwendung des EnWG auf Wärmenetze steht explizit der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers entgegen, der bewusst nur die Gas- und Stromwirtschaft regeln wollte.¹⁸ Das EnWG sperrt landesgesetzliche Regelungen zum Netzanschluss von Wärmeerzeugungsanlagen und zur Netznutzung von Wärmenetzen nicht.

ii) KWKG

Das KWKG regelt den vorrangigen Anschluss von KWK-Anlagen an Elektrizitätsversorgungsnetze der allgemeinen Versorgung und die vorrangige Abnahme von KWK-Strom durch die jeweils verpflichteten Stromnetzbetreiber der allgemeinen Versorgung. Zudem wird die Vergütung des eingespeisten KWK-Stroms sowie die Förderung von KWK-Anlagen über ein bundesweit einheitliches Belastungsausgleichssystem über die Stromnetzbetreiber bis hin zu den Stromkunden geregelt (vgl. §§ 4,5,7,9 KWKG).

Darüber hinaus können Wärmenetzbetreiber über das KWKG eine Förderung für den Neu- und Ausbau von Wärmenetzen erhalten. Die Zulassung für die Wärmenetzförderung wird vom Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) erteilt. Die Auszahlung der Förderung erfolgt durch den jeweils verpflichteten Stromnetzbetreiber der allgemeinen Versorgung, an dessen Netz die KWK-Anlage stromseitig angeschlossen ist (vgl. §§ 5a, 6a, 7a KWKG).

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das KWKG wird auf den der konkurrierenden Gesetzgebung zuzuordnenden Kompetenztitel der Energiewirtschaft, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, gestützt. Der Bundesgesetzgeber hält eine bundesgesetzliche Regelung für die KWK im gesamtstaatlichen Interesse für erforderlich und zwar sowohl zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet als auch zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit (Art. 72 Abs. 2 GG). Hierzu wird in der Gesetzesbegründung zum KWKG ausgeführt:

*„Die **Bedingungen für die Erzeugung von Strom in KWK-Anlagen** sollen bundesweit einheitlich sein. Unterschiedliche landesrechtliche Regelungen könnten zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen Standorten in verschiedenen Ländern führen. Die finanziellen Mittel für Maßnahmen zu Gunsten der KWK sollen zudem nach einem bundesweit einheitlichen Umlageverfahren aufgebracht werden. Das Gesetz wird durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle im bundeseigener Verwaltung gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG vollzogen.“¹⁹*

¹⁸ BT-Drs. 15/3917, S. 47; vgl. die Ausführungen unter Teil 3B.III

¹⁹ BR-Drs 12/08 vom 04.01.2008, S. 17

Der Netzanschluss von KWK-Anlagen, der hiermit ggf. verbundene Netzausbau und die Abnahme der in KWK-Anlagen erzeugten Wärme durch Wärmenetzbetreiber ist nicht Regelungsgegenstand des KWKG, so dass insoweit der Bundesgesetzgeber von seiner Regelungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat.

Die Bedingungen für die Erzeugung von Strom in KWK-Anlagen, die der Bundesgesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung bundesweit einheitlich regeln wollte, werden jedoch mittelbar durch eine Begünstigung der Einspeisung von KWK-Wärme in Fernwärmenetze (Vorrangige Anschluss- und Abnahmepflicht) verbessert. Dies soll an einem Beispiel verdeutlicht werden: Der Betreiber einer KWK-Anlage in der Wohnungswirtschaft kann aufgrund des geringen Wärmebedarfs in den Sommermonaten (lediglich Trinkwassererwärmung) die KWK-Anlage nur mit geringer Auslastung fahren, so dass nur wenig KWK-Strom in der Anlage erzeugt wird. Könnte auch in den Sommermonaten Wärme in das örtliche Wärmenetz eingespeist werden, würde der Anteil der KWK-Stromerzeugung deutlich ansteigen. Dies würde die Förderung dieser KWK-Anlage deutlich verbessern. KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung bis 50 kW erhalten ab Aufnahme des Dauerbetriebes für 10 Jahre eine Förderung von 5,11 ct/kWh für den in der KWK-Anlage erzeugten KWK-Strom.²⁰ Eine Begrenzung der Förderung auf eine maximale Anzahl von Vollbenutzungsstunden erfolgt bei Anlagen mit einer elektrischen Leistung bis 50 kW nicht. Diese Begrenzung gilt nur für Anlagen mit einer elektrischen Leistung über 50 kW; vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 7 Abs. 5 Satz 2 KWKG.

Die vom Bundesgesetzgeber kalkulierten Fördersätze des KWKG basieren auf den vorherrschenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für KWK-Anlagen. Durch die Förderung soll ein wirtschaftlicher Betrieb von KWK-Anlagen ermöglicht werden. Durch ein Fernwärmegegesetz würden die Rahmenbedingungen für in Hamburg betriebene KWK-Anlagen verbessert. Dies könnte zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen Standorten in verschiedenen Bundesländern führen und dem erklärten Willen des Bundesgesetzgebers, die Bedingungen für die Erzeugung von Strom in KWK-Anlagen landesweit einheitlich zu regeln, widersprechen.

Andererseits besteht diese wärmeseitig bedingte Wettbewerbsverzerrung ohnehin schon. Abhängig davon, ob ein Anschluss- und Benutzungszwang für Fernwärme von einer Gemeinde durch eine Fernwärmevorrangsetzung geregelt wird, verbessern sich wärme- und damit auch stromseitig die Bedingungen für KWK-Anlagen. Ebenso gibt es günstige und ungünstige KWK-Standorte. Während eine 50 kW_{el} KWK-Anlage in einem Hotel mit Schwimmbad ganzjährig ausgelastet ist, können KWK-Anlagen in der Wohnungswirtschaft in den Sommermonaten kaum betrieben werden. Der Gesetzgeber hat hingenommen, dass es unterschiedliche wirtschaftliche Rahmenbedingungen für KWK-Anlagen hinsichtlich des Wär-

²⁰ Vgl. § 5 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 7 Abs. 6. KWKG und § 3 Abs. 4 KWKG zur Legaldefinition des Begriffs „KWK-Strom“

meabsatzes gibt. Bei KWK-Anlagen bis 50 kW_{el} wird die KWK-Förderung unabhängig von der Auslastung der KWK-Anlage für die gesamte erzeugte KWK-Strommenge gewährt. Für KWK-Anlagen mit einer elektrischen Leistung über 50 kW_{el} regelt das KWKG hingegen eine Begrenzung der Förderung auf maximal 30.000 Vollbenutzungsstunden. Dies führt dazu, dass bei hoher Auslastung einer KWK-Anlage, die Förderung nur für einen kürzeren Zeitraum gewährt wird. Der Bundesgesetzgeber hat mithin erkannt, dass es eine unterschiedliche wärmeseitige Auslastung von KWK-Anlagen gibt und diesen Umstand durch eine Begrenzung der Förderung (Vollbenutzungsstunden) geregelt.

Abschließend hat der Bundesgesetzgeber nur die stromseitige Förderung von KWK-Anlagen geregelt. Dies betrifft neben der vorrangigen Netzanschluss- und Abnahmepflicht auch die Vergütungsregelungen für eingespeisten KWK-Strom. Es besteht mithin keine landesrechtliche Kompetenz, den Stromnetzbetreibern weitere Pflichten im Hinblick auf KWK-Anlagen aufzuerlegen.

Nicht geregelt sind der Netzanschluss und die Abnahme von KWK-Wärme durch Wärmenetzbetreiber. Lediglich die Förderung des Neu- und Ausbaus von Wärmenetzen wurde geregelt. Bei einer Gesamtwürdigung des bestehenden Normenkomplexes ist nicht erkennbar, dass der Bundesgesetzgeber mit dem KWKG eine abschließende Regelung treffen wollte, die einer Begünstigung des wirtschaftlichen Betriebes von KWK-Anlagen durch eine Erleichterung des Wärmeabsatzes entgegenstehen würde. Ganz im Gegenteil dient eine Verbesserung des Wärmeabsatzes aus KWK-Anlagen dem Zweck des KWKG, einen weiteren Beitrag zur Erhöhung der Stromerzeugung aus KWK in der Bundesrepublik auf 25 Prozent zu leisten. Diese flankierende Maßnahme unterbindet das KWKG nicht, da es insoweit keine Regelungen trifft und diese bei einer Gesamtwürdigung des KWKG auch nicht verbietet.

Hinsichtlich der Einführung einer Vergütungspflicht der vom Wärmenetzbetreiber abgenommenen KWK-Wärme ist auf die Ausführungen zu Förderungssystemen für KWK-/ EE-Wärme Teil 3B.IV.2.b) zu verweisen.

iii) EEG

Mit dem EEG verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, den Anteil Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung bis zum Jahr 2020 auf mindestens 30 Prozent zu erhöhen. Die Förderung des EEG ist an die Stromerzeugung aus EE-Anlagen gekoppelt, so dass das EEG ganz überwiegend stromseitig relevante Regelungen trifft. Vereinzelt finden sich auch Fördertatbestände, die an die Wärmenutzung anknüpfen. Diese werden nachstehend angeführt und anschließend hinsichtlich ihrer Sperrwirkung zu Lasten einer landesgesetzlichen Regelung geprüft.

Die wärmeseitigen Regelungen des EEG betreffen insbesondere Biomasseanlagen. Diese erhalten eine Förderung nach § 27 EEG, sofern die Fördervoraussetzungen erfüllt sind. Wird Strom aus Biomasse in Kraft-Wärme-Kopplung erzeugt, erhöht sich die in § 27 Abs. 1 EEG für Biomasseanlagen bestimmte Grundvergütung um den KWK-Bonus nach § 27 Abs. 4 Nr. 3 EEG um 3,0 ct/kWh, wobei dieser Bonus der Degression von einem Prozent pro Jahr unterliegt, § 20 Abs. 2 Nr. 5 EEG. Darüber hinaus bzw. unabhängig davon kann ein Technologiebonus erlangt werden, wenn der Strom aus Biomasse durch innovative Technologien erzeugt wird, § 27 Abs. 4 Nr. 1 EEG i.V.m. Anlage 1 EEG. Voraussetzung für den Technologiebonus kann u.a. sein, dass eine Wärmenutzung im Sinne der Anlage 3 des EEG erfolgt. Gleiches gilt für den Technologiebonus für die Stromerzeugung aus Deponie-, Klär- und Grubengas, § 24 Abs. 2; § 25 Abs. 2 und § 26 Abs. 2 jeweils i.V.m. Anlage 1 EEG. Darüber hinaus bestehen im EEG wärmeseitige Regelungen zur Förderung der Geothermie. Für Strom aus Geothermie erhöht sich die Vergütung um den sogenannten Wärmenutzungs-Bonus, sofern der Strom in Kombination mit einer Wärmenutzung nach Anlage 4 EEG erzeugt wird, § 28 Abs. 2 EEG. Weitergehende wärmeseitig relevante Regelungen finden sich im EEG nicht.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Verabschiedung des EEG wird auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Energiewirtschaft) und Nr. 24 GG (Luftreinhaltung) gestützt, so dass zu prüfen ist, inwieweit die Regelungen des EEG die Landeskompetenz bezüglich des geplanten Gesetzesvorhaben sperren.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Bundesgesetzgeber nur die stromseitige Förderung von EE-Anlagen abschließend geregelt hat. Dies betrifft neben der vorrangigen Netzanschluss- und Abnahmepflicht auch die Vergütungsregelungen für eingespeisten EE-Strom. Eine landesrechtliche Kompetenz, Stromnetzbetreibern weitere Pflichten im Hinblick auf EE-Anlagen aufzuerlegen, besteht folglich nicht.

Nicht geregelt sind hingegen der Netzanschluss und die Abnahme von EE-Wärme durch Wärmenetzbetreiber. Zu bedenken ist, entsprechend der Ausführungen zum KWKG, dass FHH durch ein Wärmegesetz den Wärmeabsatz verbessern und hierdurch zu einer Steigerung der KWK-Stromerzeugung (KWK-Bonus / Technologie-Bonus) bzw. der Wärmenutzung (Wärmenutzungs-Bonus) in diesen EE-Anlagen beitragen würde. Dies würde zu einer Verbesserung der Wirtschaftlichkeit dieser Anlagen führen. Auch hier gilt, wie beim KWKG, dass eine unterschiedliche wärmeseitige Auslastung von EE-Anlagen vom Gesetzgeber hingenommen wird. Im Unterschied zum KWKG besteht im EEG jedoch keine Begrenzung hinsichtlich der Förderdauer (Vollbenutzungsstunden der Anlagen). Eine EE-Anlage, die wärmeseitig gut ausgelastet ist, erhält ohne Begrenzung für 20 Jahre zuzüglich Inbetriebnahmejahr die EEG-Förderung, § 21 Abs. 2 EEG. Aufgrund dessen könnte eine Sperrwirkung des EEG hinsichtlich einer landesgesetzlichen Regelung bestehen.

Dies ist zunächst anhand der Gesetzesbegründung zum EEG vom 25.10.2008 (EEG 2009) zu prüfen. Dort wird zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes wie folgt ausgeführt:

„Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes durch Artikel 1 dieses Gesetzes, inklusive der Folgeänderungen in den Artikeln 3 und 4, die Änderung des Projekt-Mechanismen-Gesetzes durch Artikel 2 und des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes durch Artikel 5 dieses Gesetzes ergibt sich aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 24 des Grundgesetzes (GG). Die Bestimmungen fallen in den Bereich der Luftreinhaltung (Artikel 74 Abs. 1 Nr. 24 GG). Ziel des Erneuerbare-Energien-Gesetzes ist die Steigerung des Anteils Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung, um eine nachhaltige Energieversorgung zu erreichen und so das Klima als Teil der natürlichen Umwelt zu schützen. Ziel und Gegenstand des Gesetzes ist folglich der Klimaschutz (und damit der Schutz der natürlichen Zusammensetzung der Luft).“²¹

Eine Sperrwirkung für eine landesgesetzliche Regelung hinsichtlich des Netzanschlusses an Wärmenetze und der Netznutzung von Wärmenetzen lässt sich aus dieser Begründung nicht entnehmen. Die Begründung zielt auf die Steigerung des Anteils Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung und trifft mithin wärmeseitig keine Aussage.

Ergiebiger sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes in der Gesetzesbegründung zum EEG vom 21.07.2004 (EEG 2004). Dort wird wie folgt ausgeführt:

*„Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergibt sich aus den Artikeln 70, 72 und 74 Abs. 1 Nr. 11 und 24 des Grundgesetzes. Das vorliegende Gesetz fällt in den Bereich des Rechts der Wirtschaft, das auch die Energiewirtschaft einschließlich der Erzeugung und Verteilung von Energie umfasst, sowie den Bereich der Luftreinhaltung. Das EEG trifft Regelungen zur Abnahme und Vergütung von Strom aus Erneuerbaren Energien, zum bundesweiten Ausgleich der regional unterschiedlichen Strom- und Vergütungsmengen sowie zu damit im Sachzusammenhang stehenden Fragen. Das Gesetz ist zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich im Sinne von Artikel 72 Abs. 2 des Grundgesetzes. Das Erneuerbare-Energien-Gesetz sieht einen bundesweiten Ausgleichsmechanismus vor, der zu einer gleichmäßigen Verteilung der aufgenommenen Strommengen und der gezahlten Vergütungen führt. Dieser Ausgleichsmechanismus kann aber nur sinnvoll funktionieren, wenn gleichzeitig die Regelungen hinsichtlich aller sonstigen Vergütungstatbestände **und der damit im Sachzusammenhang stehenden Fragestellungen** einheitlich erfolgt. **Unterschiedlich ausgestaltete Landesgesetze würden zu einer Zersplitterung der Rechtslage und wirtschaftlich zu unterschiedlichen Chancen und Auswirkungen führen**, die einerseits den im Hinblick auf Art. 20a des Grundgesetzes erforderlichen weiteren Ausbau der Erneuerbaren Energien zur Stromgewinnung und andererseits die Rechts- und Wirtschaftseinheit gefährden würden.“²²*

Es ist fraglich, ob diese Gesetzesbegründung vorliegend noch herangezogen werden kann, da der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zum EEG 2009 diese weitergehenden Ausführungen nicht wieder aufgegriffen hat. Durch die Föderalismusreform im Jahr 2006 haben sich die Voraussetzungen der Gesetzgebungskompetenz zwischen der Verabschiedung des

²¹ BT-Drs. 16/8148 v. 18.02.2008, S. 26

²² BT-Drs. 15/2864 S.21

EEG (2004) und der des EEG (2009) u.a. durch die Einführung der „Erforderlichkeitsklausel“ in Abgrenzung zur zuvor bestehenden „Bedürfnisklausel“ in Art. 72 Abs. 2 GG geändert. Dies spricht dafür, dass die Ausführungen zur Gesetzgebungskompetenz vom EEG (2004) zum EEG (2009) nicht übertragbar sind.

Sofern von einer Übertragbarkeit ausgegangen würde, ist hilfsweise zu prüfen, wie sich dies auf die Landeskompentenz auswirken würde. Selbst bei Zugrundelegung der zuvor zitierten Ausführungen zum EEG (2004) ist im Ergebnis festzuhalten, dass die Vergütungstatbestände des EEG durch ein Landesgesetz, welches Wärmenetzbetreiber zum Netzanschluss von EE-Wärmeerzeugungsanlagen verpflichtet, unmittelbar nicht tangiert werden. Diese Netzanschlusspflicht verbunden mit einem Netznutzungsrecht, um die erzeugte Wärme an Endkunden zu veräußern, würde wirtschaftlich jedoch zu unterschiedlichen Chancen und Auswirkungen für EEG-Anlagen führen. Dieser mittelbare wirtschaftliche Effekt kann jedoch im Ergebnis keine Sperrwirkung hinsichtlich der Landeskompentenz entfalten.

Würde eine so umfangreiche Sperrwirkung des EEG angenommen, dürften die Abstandsregelungen von Windparks zu bebauten Gebieten auch nur bundeseinheitlich und nicht landesgesetzlich in den Landesbauordnungen geregelt werden. Auch die Ausweisung von Standorten für Windenergieanlagen in Flächennutzungsplänen führt zu unterschiedlichen Chancen für EEG-Anlagen. Schließlich zeigt der Bundesgesetzgeber mit der Öffnungsklausel in § 3 Abs. 2 EEWärmeG (Landeskompentenz über die Pflichten des EEWärmeG hinaus eine Pflicht zur Nutzung von Erneuerbaren Energien bei bereits errichteten Gebäuden festzulegen), dass er es für zulässig erachtet, dass wärmeseitig landesgesetzliche Regelungen getroffen werden, die auch dazu führen können, dass unterschiedliche wirtschaftliche Chancen für EE-Anlagen (dies können auch Anlagen sein, die nach dem EEG gefördert werden) in den einzelnen Bundesländern bestehen. Auch durch § 16 EEWärmeG und die dadurch geschaffene Erweiterung der landesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen zeigt der Bundesgesetzgeber, dass unterschiedliche wirtschaftliche Chancen für Anlagen im Sinne des EEWärmeG und damit auch für EEG-Anlagen vom Bundesgesetzgebers akzeptiert werden, um die mit dem EEG und dem EEWärmeG verfolgten Klimaschutzziele zu erreichen.

Bei einer Gesamtwürdigung des bestehenden Normenkomplexes ist daher nicht erkennbar, dass der Bundesgesetzgeber mit dem EEG eine abschließende Regelung treffen wollte, die einer Verbesserung des wirtschaftlichen Betriebes von EE-Anlagen durch eine Verbesserung des Wärmeabsatzes durch landesgesetzliche Regelungen entgegenstehen würde. Ganz im Gegenteil dient eine Verbesserung des Wärmeabsatzes aus EE-Anlagen dem Zweck des EEG, einen Beitrag zur Erhöhung der Stromerzeugung aus EE-Anlagen in der Bundesrepublik bis zum Jahr 2020 auf mindestens 30 Prozent zu leisten. Diese flankierende Maßnahme unterbindet das EEG nicht, da es insoweit keine Regelungen trifft und diese bei einer Gesamtwürdigung des EEG auch nicht verbietet.

Hinsichtlich der Einführung einer Vergütungspflicht der vom Netzbetreiber abgenommenen EE-Wärme ist auf die Ausführungen zu Förderungssystemen für KWK-/ EE-Wärme Teil 3B.IV.2.b) zu verweisen.

iv) EEWärmeG

Das EEWärmeG regelt nicht den wirtschaftlichen Verkehr mit Wärme, sondern nur die Pflicht von Grundstückseigentümern, bei Neubauten einen Anteil des Wärmeenergiebedarfs aus erneuerbaren Energien zu beziehen. Der Bund stützt sich dabei auf seine konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Luftreinhaltung, Artikel 74 Abs. 1 Nr. 24 GG und hat dabei die Pflichten der Eigentümer, bis auf § 3 Abs. 2, § 15 Abs. 5 und Anlage Nummer I.1 Buchstabe a 2. Halbsatz EEWärmeG, abschließend geregelt.²³ Gemäß § 3 Abs. 2 EEWärmeG dürfen die Länder auch Eigentümern die Pflicht zur Nutzung von erneuerbaren Energien bei bereits errichteten Gebäuden auferlegen. Weitere abweichende Regelungen sind mangels Öffnungsklauseln den Ländern dagegen nicht erlaubt.

Das EEWärmeG steht damit einer landesgesetzlichen Regelung von Netzanschluss-, Abnahme-, und Vergütungspflichten für Wärmenetzbetreiber gegenüber den Betreibern von Wärmeerzeugungsanlagen nicht entgegen.

bb) Fazit für den Bereich Netzanschluss/ Netznutzung

Ein Landesgesetz, dass Fernwärmenetzbetreiber zum Anschluss von Wärmeerzeugungsanlagen verpflichtet und Regelungen zur Netznutzung von Fernwärmenetzen trifft, ist durch Bundesgesetz nicht ausgeschlossen. Weder hat der Bundesgesetzgeber bislang eine gesetzliche Regelung über den Netzanschluss und die Netznutzung von Fernwärmenetzen getroffen, noch ergeben sich Anhaltspunkte, dass die bislang nicht getroffene Regelung auf dem ausdrücklichen Willen des Bundesgesetzgebers basiert, diesen Rechtsbereich nicht zu regeln. Lediglich zur Einführung einer gesetzlichen Pflicht der Wärmenetzbetreiber zur Vergütung eingespeister EE- und KWK-Wärme könnte keine Landeskompentenz bestehen. Insoweit wird auf die Ausführungen zur Förderungssystemen für KWK-/EE-Wärme unter Teil 3B.IV.2.b) verwiesen.

b) Fördersysteme für KWK- und EE-Wärme

Die FHH erwägt, im Fernwärmebereich die Fernwärmenetzbetreiber zu verpflichten, privilegierte Wärmeerzeuger (z.B. EE- und hocheffiziente KWK-Wärme) vorrangig anzuschließen, und eine Vergütung für die eingespeiste Wärme zu zahlen. Dies würde den Betreiber der Wärmeerzeugungsanlage von dem wirtschaftlichen Risiko entbinden, die von ihm erzeugte Wärme selbst veräußern zu müssen. Denkbar wäre auch, die Höhe der Vergütung gesetzlich

²³ VG Gießen, ZUR 2010, 375; ebenso Kahl, ZUR 2010, 371 (372).

festzulegen, um ein Anreizsystem zur Erzeugung von EE- bzw. KWK-Wärme zu schaffen. Die Vergütungspflicht zu einem Marktpreis oder zu einem gesetzlich bestimmten Preis als Anreizsystem könnte mit den Regelungen des KWKG und EEG kollidieren, so dass insoweit die Landesgesetzgebungskompetenz gesperrt wäre.

aa) KWKG

Die Festschreibung einer bestimmten, vom Wärmenetzbetreiber an den KWK-Anlagenbetreiber zu leistenden Vergütung für die eingespeiste KWK-Nutzwärme könnte mit dem KWKG kollidieren. Die KWK-Förderung erfolgt zwar für den eingespeisten KWK-Strom, die förderfähige KWK-Strommenge wird jedoch als Produkt aus Nutzwärme und Stromkennzahl der KWK-Anlage berechnet (§ 3 Abs. 4 KWKG). Im Ergebnis soll die gekoppelte Strom- und Wärmeerzeugung, d.h. der Betrieb von KWK-Anlagen gefördert werden. Die Fördergelder werden letztlich von sämtlichen Stromkunden im Bundesgebiet über die bundesweit einheitliche KWK-Umlage getragen.

Würde nun ein weiteres Förderinstrument zur Förderung von KWK-Anlagen über ein Wärmegesetz etabliert, z.B. durch die Festlegung fester Vergütungssätze für die abzunehmende Wärme, würden die Wärmekunden diese Belastung im Ergebnis tragen. KWK-Anlagen wären ggf. „überfördert“, da die stromseitige Förderung bereits einen auskömmlichen wirtschaftlichen Betrieb von KWK-Anlagen sichern soll. Dies würde dem Willen des Bundesgesetzgebers widersprechen, der mit dem KWKG eine abschließende Regelung zur finanziellen Förderung von KWK-Anlagen über ein bundesweit einheitliches Umlageverfahren treffen wollte.

*„Die Bedingungen für die Erzeugung von Strom in KWK-Anlagen sollen bundesweit einheitlich sein. Unterschiedliche landesrechtliche Regelungen könnten zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen Standorten in verschiedenen Ländern führen. Die **finanziellen Mittel für Maßnahmen zu Gunsten der KWK** sollen zudem nach einem **bundesweit einheitlichen Umlageverfahren** aufgebracht werden. Das Gesetz wird durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle im bundeseigener Verwaltung gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG vollzogen.“²⁴*

Insoweit hat der Bundesgesetzgeber mit dem KWKG bereits eine Regelung getroffen, so dass davon auszugehen ist, dass keine Landeskompetenz für ein wärmeseitiges Fördersystem über eine gesetzlich festgelegte Vergütung verbleibt.

Wäre der Wärmenetzbetreiber hingegen nur verpflichtet, den marktwert der eingespeisten Wärme zu vergüten, würde dies den Betreiber der Wärmeerzeugungsanlage von seinem Wärmeabsatzrisiko befreien. Eine finanzielle Förderung des Anlagenbetreibers wäre hiermit nicht verbunden, da er lediglich den Marktwert seiner Wärme erhalten würde. Dennoch könn-

²⁴ BR-Drs 12/08 vom 04.01.2008, S. 17

te diese Maßnahme zu höheren Wärmepreisen für die Wärmekunden führen, da nicht privilegierte Wärmeerzeugungsanlagen nur gedrosselt betrieben werden könnten, so dass sich der spezifische Wärmepreis aus diesen Anlagen erhöhen würde. Im Ergebnis könnten damit finanzielle Mittel von Wärmekunden aufzubringen sein, die der Förderung von KWK-Anlagen (Absicherung des Wärmeabsatzrisikos) geschuldet sind. Die Mittel zur Förderung von KWK-Anlagen würden damit nicht bundeseinheitlich, sondern von den Wärmekunden gesondert aufgebracht. Das KWKG könnte deshalb durchaus Sperrwirkung für einen landesrechtlichen Fördertatbestand entfalten, auch wenn dieser nur die Absicherung des Wärmeabsatzrisikos durch eine Vergütung der eingespeisten Wärme zu Marktpreisen vorsehen würde. Bei der Umsetzung eines Anreizsystems im Wege der Vergütung der eingespeisten Wärme ist deshalb besondere Vorsicht geboten und anzuraten, diesen Themenkomplex (Fördersystem) vor einer landesrechtlichen Umsetzung noch einmal vertieft zu prüfen.

bb) EEG

Die zum KWKG getroffenen Ausführungen treffen gleichermaßen für das EEG zu. Auch hier hat der Bundesgesetzgeber ein bundesweit einheitliches Fördersystem für EEG-Anlagen geschaffen und besondere auch wärmebezogene Boni vorgesehen (KWK-Bonus, Technologie-Bonus, Wärmenutzungs-Bonus). Würde nun eine Vergütungspflicht für Wärmenetzbetreiber in das Fernwärmegesetz aufgenommen, EE-Wärme aus EEG-Anlagen mit einem festgelegten Preis zu vergüten, würde neben dem EEG ein weiteres Fördersystem etabliert, obwohl die im EEG festgelegten Vergütungssätze die Wärmeseite bereits mitberücksichtigen. Insoweit hat der Bundesgesetzgeber mit dem EEG bereits eine Regelung getroffen, so dass keine Landeskompetenz verbleibt. Hinsichtlich einer Vergütung der Wärme in Höhe des Marktwerts der Wärme wird auf die Ausführungen zum KWKG verwiesen, die für das EEG entsprechend gelten. Bei der Umsetzung eines Anreizsystems im Wege der Vergütung der eingespeisten Wärme ist auch in Bezug auf das EEG besondere Vorsicht geboten und anzuraten, diesen Themenkomplex (Fördersystem) vor einer landesrechtlichen Umsetzung noch einmal vertieft zu prüfen.

Nicht geregelt wurde vom Bundesgesetzgeber eine Vergütung für EE-Wärme aus Wärmeerzeugungsanlagen, die nicht nach dem EEG gefördert werden. Dies sind Anlagen, die keinen Strom erzeugen (z.B. Solarkollektoren, Wärmeerzeugung (ohne Strom) mit Biomasse, Geothermie und Umweltwärme ohne Stromerzeugung). Insoweit besteht keine bundesgesetzliche Sperrwirkung für ein landesgesetzliches Anreizsystem.

cc) Fazit für den Bereich Fördersysteme

Ein Anreizsystem mit festen Vergütungssätzen für aus KWK- und EEG-Anlagen in ein Fernwärmenetz eingespeiste Wärme wäre voraussichtlich durch die Fördersysteme des KWKG

und EEG gesperrt, da der Bundesgesetzgeber insoweit schon von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat, Art. 72 Abs. 1 GG.

Eine Vergütung der eingespeisten Wärme aus KWK- oder EEG-Anlagen in Höhe des jeweiligen Marktwerts der eingespeisten Wärme wäre durch die hierdurch bedingte mittelbare Förderung von KWK- und EEG-Anlagen ggf. auch durch das bundesweite Fördersystem für EEG- und KWK-Anlagen gesperrt. Bei der Umsetzung eines Anreizsystems im Wege der Vergütung der eingespeisten Wärme ist in Bezug auf das KWKG und das EEG besondere Vorsicht geboten und anzuraten, diesen Themenkomplex (Fördersystem) vor einer landesrechtlichen Umsetzung noch einmal vertieft zu prüfen.

EE-Wärmeerzeugungsanlagen, die keine Anlagen im Sinne des EEG sind, können durch ein landesgesetzliches Anreizsystem gefördert werden. Insoweit besteht keine Sperrwirkung des EEG.

c) Konzessionsabgaben

aa) Ziel der Einführung von Konzessionsabgaben

Die FHH verfolgt das Ziel, im Bereich der Fernwärmeversorgung ein CO₂-abhängiges Sondernutzungsentgelt ähnlich einer Konzessionsabgabe in einem neuen Landesfernwärme-gesetz zu implementieren. Hierzu soll entsprechend der Beschlussvorlage „Sondernutzungsentgelt für Fernwärmeleitungen“ vom 04.06.2010 das Sondernutzungsentgelt aus zwei Komponenten ermittelt werden: 1. einem Grundentgelt Fernwärme in Höhe von 0,01 ct/kWh und 2. einem Klimaschutzentgelt in Höhe von 0,01 ct/100g CO₂ je kWh Nutzwärme.

Das Sondernutzungsentgelt für Fernwärmeversorger mit einem CO₂-Emissionsfaktor von 200 g/kWh (entspricht dezentralen Gaskesseln) läge dann bei 0,01 ct/kWh Grundentgelt plus 0,02 ct/kWh Klimaschutzentgelt und entspricht damit dem der Gaskonzession. Mit der Einführung des Sondernutzungsentgeltes werden folgenden Zielsetzungen verfolgt:

1. Gleichbehandlung mit den im Wettbewerb stehenden Energieträgern (insbesondere Erdgas) für die Konzessionsabgaben erhoben werden,
2. Lenkungswirkung für eine klimafreundliche Fernwärme durch eine CO₂-abhängige Komponente im Sondernutzungsentgelt,
3. zusätzliche Einnahmen für die FHH in Höhe von 1,5 – 2 Mio. EUR pro Jahr.

bb) Grundlage für die Vereinbarung von Konzessionsabgaben

Zu beachten ist zunächst, dass Konzessionsabgaben gerade keine Abgaben im steuerrechtlichen Sinne sind, sondern privatrechtliche Entgelte für die privatrechtliche Überlassung der

Wege zur Leitungsverlegung und den Betrieb der Leitungen²⁵. Anspruchsgrundlage für die Zahlung der Konzessionsabgabe ist der Konzessionsvertrag zwischen der Gemeinde und dem Netzbetreiber als Konzessionsvertragspartner. Daher sind die bestehenden Regelungen, wie bspw. EnWG und Konzessionsabgabenverordnung (KAV)²⁶, prinzipiell nicht als Ermächtigungsgrundlage für die Vereinbarung von Konzessionsabgaben anzusehen. Die bestehenden Vorgaben schränken insofern nur die Freiheit der Vertragsparteien ein, Konzessionsabgaben zu vereinbaren. Die vertragliche Freiheit – also die Entscheidung „ob“ Konzessionsabgaben vereinbart werden – bleibt den Gemeinden und den Energieversorgungsunternehmen unbenommen.

Die FHH plant indes die Einführung einer gesetzlichen Anspruchsgrundlage für die Vereinbarung von Konzessionsabgaben und/oder einer gesetzlichen Grundlage für deren Bemessung. Schuldner der Konzessionsabgaben ist dabei stets derjenige, der das örtliche Fernwärmeverteilnetz auf Grundlage des bestehenden (bis zum 31.12.2014) oder eines noch abzuschließenden Fernwärmekonzessionsvertrages mit der FHH als Fernwärmeverteilnetzbetreiber betreibt. Die Höhe der Konzessionsabgabe muss hierbei von dem Fernwärmerzeuger an den Netznutzer – als Versorgungsunternehmen – übermittelt werden, der diese an die Kunden weitergibt. Grundlage für die „Weiterwälzung“ der Konzessionsabgabe von dem Versorgungsunternehmen an den Fernwärmeverteilnetzbetreiber ist das Netznutzungsverhältnis.

cc) Regelungen auf Bundesebene

Im Bereich des Konzessionsabgabenrechts existieren bereits bundesgesetzliche Regelungen, welche Vorgaben für die Ausgestaltung der Konzessionsverträge und die Einnahme von Konzessionsabgaben enthalten. Dies gilt auch für das Recht des Klimaschutzes, dem eine Reihe unterschiedlicher Bundesgesetze dient.

Maßstab für die Bestimmung einer Landesgesetzgebungskompetenz ist wiederum Art. 72 Abs. 1 GG, wonach die FHH grundsätzlich die verfassungsrechtliche Kompetenz zum Erlass eines Fernwärmegesetzes hat, „solange und soweit der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat“.

i) Regelungen im Energiewirtschaftsgesetz

Wie schon dargestellt, erstreckt sich das EnWG derzeit nur auf die Versorgung mit Strom und Gas (s.o.). Schon das EnWG 1935 war von seinem Anwendungsbereich auf die Strom- und Gasversorgung beschränkt.²⁷ Die im EnWG enthaltenen Regelungen zu Konzessions-

²⁵ Vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 21.

²⁶ „Verordnung über Konzessionsabgaben für Strom und Gas“ (KAV) vom 09.01.1992, BGBl. I, S. 12; BR-Drs. 686/91.

²⁷ Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 121 f.

abgaben in § 48 EnWG gelten daher nur für den Strom- und Gasbereich. Einer entsprechenden Anwendung auf den Fernwärmebereich steht dabei zum einen der Wortlaut der Regelungen entgegen. Denn schon § 1 Abs. 1 EnWG stellt klar, dass die ihm nachfolgenden Bestimmungen nur Vorgaben für die leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas treffen sollen. Zum anderen steht vor allem der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers einer Anwendung des EnWG im Fernwärmebereich entgegen, der bewusst nur die Gas- und Stromwirtschaft regeln wollte²⁸. Der Bundesgesetzgeber wollte demnach nur einen Teil des Sachgebietes „Energiewirtschaft“ im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG mit dem EnWG reglementieren. Daher folgen aus dem EnWG selbst keine Einschränkungen für die Einführung einer Konzessionsabgabe bzw. eines Sondernutzungsentgeltes im Bereich der Fernwärme.

i) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Das Gesetz gegen Wettbeschränkungen (GWB) enthält Regelungen zur Vereinbarung von Konzessionsverträgen und deren Abwicklung. Die Ausnahmevorschriften des § 131 GWB n.F. i.V.m. § 103 GWB a.F. treffen allerdings nur den Bereich der Wasserversorgung. Abermals bestehen keine ausdrücklichen Regelungen für den Fernwärmebereich. Daher ist auch eine Landesgesetzgebung für die Einführung eines Sondernutzungsentgeltes bzw. von Konzessionsabgaben nicht durch das GWB als höherrangiges Recht gesperrt (vgl. Art. 31 GG). Im Übrigen läge ein Verstoß gegen die kartellrechtlichen Vorgaben, insbesondere § 19 Abs. 4 Nr. 2 und § 20 Abs. 1 GWB schon deshalb nicht vor, weil es vorliegend nicht um die unternehmerische Nutzung der Wegerechte - im Sinne des funktionellen Unternehmensbegriffs - geht, sondern um die auf Landesebene einfachgesetzliche Regelung eines Sondernutzungsentgeltes. Für eine derartige rein öffentlich-rechtliche, da gesetzgebende Tätigkeit der FHH, gilt das GWB nicht.

ii) Klimaschutzregelungen

Der Bundesgesetzgeber verfolgt den Schutz des Klimas vor anthropogener Erwärmung mit einer Reihe von Gesetzen, v. a. dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG)²⁹, dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)³⁰ und dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG)³¹. Diese bundesgesetzlichen Regelungen stehen landesgesetzlichen Klimaschutzregelungen entgegen, wenn der Klimaschutz entweder allein dem Bund zugewiesen wäre, oder aber die konkurrierende Gesetzgebung angeordnet wäre und der Bund umfassend von seiner Regelungskompetenz Gebrauch gemacht hätte.

²⁸ BT-Drucks. 15/3917, S. 47.

²⁹ Vgl. § 1 TEHG.

³⁰ Vgl. § 1 Abs. 1 BImSchG, dessen Aufzählung verschiedener Schutzgüter sich auch auf das nicht namentlich genannte Klima als Teil der Atmosphäre bezieht, vgl. Jarass, BImSchG, 2007, § 1 Rn. 4.

³¹ Vgl. § 1 Abs. 1 EEG.

Wie bereits oben unter Teil 3B.IV.1.b) dargestellt, sind wir der Auffassung, dass durch die Klimaschutzgesetzgebung des Bundes nur Maßnahmen gesperrt sind, die sich auf Anlagen beziehen, die dem Regime des TEHG unterfallen. Maßnahmen, die im Hinblick auf sonstige Anlagen oder ohne Anlagenbezug getroffen werden, sind weiterhin zulässig.

Fraglich ist im Hinblick auf das Fernwärmegesetz allerdings, ob ein Klimaschutzinstrument wie die angestrebte, um ein Klimaschutzentgelt erhöhte Konzessionsabgabe, dieselben Emissionsquellen betreffen darf wie schon bestehende Regelungen, d.h. wegen der *Auswirkungen* auf emissionshandelspflichtige Anlagen unzulässig wäre. Diese Frage stellt sich aufgrund der Herkunft der in Hamburg vertriebenen Fernwärme; sie wird voraussichtlich zu einem nicht unerheblichen Teil aus emissionshandelspflichtigen (und damit bereits von einem Klimaschutzinstrument erreichten) Anlagen stammen. Zu untersuchen ist, ob eine solche Einbeziehung desselben Produkts „Wärme“ dem Landesgesetzgeber eine eigene Regelung auch dann verwehren würde, wenn er an sich klimaschutzbezogene Regelungen noch erlassen darf.

Dies wäre allerdings nur dann der Fall, wenn der Regelungsgegenstand tatsächlich deckungsgleich wäre. Eine solche Deckungsgleichheit kann hier mit guten Gründen abgelehnt werden. So zielt das die Preisstruktur von Fernwärme verändernde Klimaschutzentgelt schon auf eine abweichende Lenkungswirkung als der Emissionshandel ab, der die Erzeugungsstruktur durch technischen Modernisierungsdruck beeinflussen soll. Zudem schafft das Klimaschutzentgelt eine Konkurrenzsituation zwischen Fernwärme aus fossilen Brennstoffen und Fernwärme, die aus anderen Quellen stammt, die der Emissionshandel wegen seines begrenzten Anwendungsbereichs schon im Ansatz nicht kennt.

Insgesamt spricht damit viel dafür, dass dem Klimaschutzentgelt als landesrechtlicher Regelung keine umfassende Bundesregelung entgegensteht. Dem Erlass eines Fernwärmegesetzes durch die FHH mit Anordnung eines Klimaschutzentgelts bzw. eine CO₂-gesteuerten Konzessionsabgabe steht damit u.E. in Bezug auf klimaschützende Regelungen des Bundes kompetenzrechtlich nichts im Wege³². Eine abschließende Klärung dieser Frage, insbesondere durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG), existiert allerdings nicht.

iii) Straßen- und Wegerecht

³² Einschränkungen der Kompetenz des Gesetzgebers zum Erlass von belastenden Regelungen in Form eines zusätzlichen Klimaschutzentgelts für emissionsreiche Fernwärme kann aber aus anderen verfassungsrechtlichen Normen resultieren; insbesondere sind die Bindungen der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Da die Leitungsverlegung maßgeblich auf örtlichen Wegen erfolgt, ist das Bundesfernstraßengesetz³³ (vgl. insbesondere § 8 Abs. 10 FStrG) nicht anwendbar; eine entgegenstehende Bundeskompetenz besteht insofern nicht.

Es sei nur kurz darauf hingewiesen, dass auch die landesrechtliche Regelung zur Gewährung eines Sondernutzungsrechts für die Leitungsverlegung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag nach § 19 Abs. 5 Hamburgisches Wegegesetz (HWG) einer neuen landesrechtlichen Regelung nicht die Gesetzgebungskompetenz nehmen kann.

iv) Konzessionsabgabenanordnung und Konzessionsabgabenverordnung

Grundsätzlich bestünde auch die Möglichkeit, dass der FHH durch die bundeseinheitliche Regelung einer Rechtsverordnung, wie der KAV, eine eigene Regelung verwehrt bliebe, solange und soweit der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG hierdurch abschließend Gebrauch gemacht hat. Denn ein „Gebrauchmachen“ liegt nicht nur bei formellen Gesetzen, sondern auch bei Rechtsverordnungen, als Gesetzen im materiellen Sinne, vor³⁴.

Die Konzessionsabgabenanordnung (KAE)³⁵ und die KAV beruhen auf den Ermächtigungsgrundlagen des § 12 EnWG 1935 bzw. § 48 Abs. 2 Satz 1 EnWG 2005 (vgl. Art. 80 Abs. 1 GG) und sind daher wiederum grundsätzlich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen.

Auf der Grundlage der Anordnungsermächtigung aus § 12 EnWG 1935 wurde im Jahr 1941 das Konzessionsabgabewesen durch die **KAE** geregelt. Die KAE, wie auch ihre Ausführungsanordnung und Durchführungsbestimmungen³⁶, hatte den Zweck, die Versorgungsunternehmen von betriebsfremden Ausgaben zu entlasten. Sie regelte allerdings explizit nur den Bereich der Strom-, Gas- und Wasser-, nicht aber den der Fernwärmeversorgung. Diese kann daher nicht Gegenstand der KAE sein³⁷, so dass die Gesetzgebungskompetenz der Länder und damit auch der FHH nicht beeinträchtigt ist.

Die **KAV** regelt die Zulässigkeit und Bemessung der Zahlung von Konzessionsabgaben der Energieversorgungsunternehmen i.S.d. § 3 Nr. 18 EnWG als Wegenutzungsentgelte im Strom- und Gasbereich. Dass die Fernwärmeversorgung nicht von der KAV geregelt wird, folgt auch aus ihrer Ermächtigungsgrundlage (§ 12 EnWG 1935; § 48 Abs. 2 Satz 1 EnWG 2005), die nur für den Strom- und Gasbereich gilt. Die KAV kann dabei nicht über den Rah-

³³ FStrG vom 28.06.2007, BGBl. I S. 1206.

³⁴ BVerfG, NVwZ 2000, 1160.

³⁵ „Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände“ vom 04.03.1941 Reichsanzeiger 1941, Nr. 57, Nr. 120.

³⁶ vom 27.02.1943 Reichsanzeiger 1943, Nr. 75.

³⁷ Unzutreffend daher Mohl/Dicken, KStZ 1994, 184f.

men der Ermächtigungsgrundlage hinausgehen. Aber auch schon aus der Begrifflichkeit des Energieversorgungsunternehmens i.S.v. § 3 Nr. 18 EnWG, welches Energie, die nach § 3 Nr. 14 EnWG nur Elektrizität und Gas sein soll, an andere liefert, ergibt sich, dass vorliegend der Anwendungsbereich der KAV auf Strom und Gas beschränkt sein soll.

Der Gesetzgeber wollte mit der Kodifizierung der Konzessionsabgaben auch nicht etwa erschöpfende Regelungen in der Weise schaffen, dass in anderen Bereichen der Energieversorgung die Vereinbarung von Konzessionsabgaben nicht zulässig sein soll. Vielmehr hat der Bund nur Teile eines Sachgebietes geregelt und insofern von seiner Gesetzgebungskompetenz nicht umfassend Gebrauch gemacht hat.

Die weiterhin bestehende Gesetzgebungskompetenz der FHH für die Regelung des Konzessionsabgabenrechts im Bereich der Fernwärme ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Zwar wird in der Literatur zum Teil darauf hingewiesen, dass nicht ersichtlich ist, warum der Verordnungsgeber zu keiner Zeit Regelungen für Fernwärmeleitungen getroffen hatte. So hat der Verordnungsgeber bspw. Bestimmungen in der KAV für den Wasserbereich in Aussicht gestellt, derartige aber nie umgesetzt³⁸. Die Fernwärme erwähnte er dabei mit keinem Wort³⁹. Dass der Gesetzgeber den Bereich der Fernwärme nicht in der KAV geregelt hat, liegt aber wie dargestellt vor allem daran, dass ihm die Regelungskompetenz aufgrund der fehlenden Ermächtigungsgrundlage für den Fernwärmebereich nicht zustand. Dies spricht eindeutig dafür, dass im Rahmen der Fernwärmeversorgung die landesgesetzliche Kompetenz zur Einführung einer gesetzlichen Grundlage für Konzessionsabgaben weiterbesteht. Denn eine abschließende Regelung des Konzessionsabgabenrechts erfolgte somit nicht. Dabei hat der Gesetzgeber explizit seinen entgegenstehenden Willen geäußert, den Fernwärmebereich im EnWG und damit in der KAV zu regeln⁴⁰. Vielmehr hat es der Bundesgesetzgeber wegen der aus seiner Sicht zunächst geringen Bedeutung, bzw. auch, weil die Fernwärmeversorgung wegen der Ortsgebundenheit stets örtlich begrenzt ist, unterlassen, explizite Vorgaben zu erlassen, so dass die Landesgesetzgebungskompetenz im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung weiterhin besteht. Dem Bundesgesetzgeber ist zudem bewusst gewesen, dass schon seit den 1970iger Jahren Konzessionsabgaben in Fernwärmekonzessionsverträgen durchaus üblich waren, wobei zum Teil erheblich Unterschiede zwischen den vertraglichen Vereinbarungen bestanden. Hätte er hierfür einheitliche Regelungen schaffen wollen, die den bestehenden vertraglichen Bestimmungen widersprechen, wäre dies im Zuge der Energierechtsnovellen 1998, 2003 und 2005 ohne Weiteres möglich gewesen. Dadurch, dass er das bestehende Konzessionsvertragsrecht im Fernwärmebereich indes unverändert ließ, wird der fehlende Regelungswille des Bundesgesetzgebers

³⁸ BR-Drucks. 686/91, S. 12.

³⁹ Fricke, RdE 2009, S. 332.

⁴⁰ BT-Drucks. 15/3917, S. 47.

ersichtlich. Ein Gestattungsentgelt kann daher auf Länderebene einfachgesetzlich geregelt werden, dem stehen die Regelungen des Konzessionsabgabenrechts nicht entgegen.

Auch soweit etwa in der Literatur vereinzelt eine analoge Anwendung der KAE bzw. der KAV, insbesondere bei der Bemessung der Konzessionsabgabe für den Fernwärmebereich diskutiert wird⁴¹, kann dies aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht zu einer fehlenden Gesetzgebungskompetenz der FHH führen. Denn im Rahmen der Kompetenzzuweisung nach den Art. 70 ff. GG kann es nicht darauf ankommen, ob eine Norm von Teilen der Literatur oder der Rechtsprechung, mit Ausnahme der expliziten Regelung für das BVerfG nach § 31 Abs. 1 BVerfGG, entsprechend angewandt wird. Maßgeblich muss der Wille des Gesetzgebers zum Erlass der entsprechenden Vorschriften sein.

dd) Fazit

Die Einführung von Konzessionsabgaben im Fernwärmebereich ist weder durch bundesgesetzliche Regelungen, insbesondere im EnWG, noch durch die KAV bzw. KAE gesperrt, da eine abschließende Regelung für den gesamten Bereich der Energiewirtschaft gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht erfolgt ist.

Einer Gesetzgebungskompetenz der FHH zur Einführung einer um ein Klimaschutzentgelt erhöhte Konzessionsabgaben stehen bundesgesetzliche Regelungen ebenfalls nicht entgegen. Zum einen ist der Regelungsgegenstand eines solchen Klimaschutzentgeltes und des Emissionshandels nach dem TEHG insofern schon nicht deckungsgleich, so dass eine abschließendes „Gebrauchmachen“ im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG nicht vorliegt. Zudem sind durch die Klimaschutzgesetzgebung des Bundes nur Maßnahmen gesperrt sind, die sich auf Anlagen beziehen, die dem Regime des TEHG unterfallen. Maßnahmen, die im Hinblick auf sonstige Anlagen oder ohne Anlagenbezug getroffen werden, sind weiterhin zulässig.

3. Vertrieb von Wärme

Als letzter Rechtsbereich ist schließlich noch für den Wärmevertrieb zu prüfen, ob die FHH landesrechtliche Gesetzgebungskompetenzen in Anspruch nehmen kann.

Wesentliches Element für die Ausgestaltung des Wärmevertriebs im geplanten Fernwärmegesetz ist die Einführung eines Handelssystems von der Einspeisung von Wärme in das Fernwärmenetz bis zur Abnahme der Wärme durch Letztverbraucher. Dieses Handelssystem soll - angelehnt an die Systematik im Bereich Strom und Gas - auf der Nutzung von Bilanzkreisen aufbauen. Außerdem soll das Gesetz bestimmte Anforderungen an die Qualität

⁴¹ Vgl. *Fricke*, RdE 2009, S. 332ff.; BMF-Schreiben v. 9.2.1998 – IV B 7 – S 2744 – 2/98, BStBl. I 1998, 209 und vom 27.9.2002 – IV A 2 – S 2744 – 5/02, BStBl. I 2002, 940.

der gelieferten Wärme stellen, insbesondere im Hinblick auf die Menge des bei der Erzeugung entstandenen Kohlendioxids.

Originäre bundesrechtliche Regelungen zum Wärmevertrieb finden sich allein in der AVBFernwärmeV sowie möglicherweise auch im TEHG, jedenfalls soweit der Klimaschutz betroffen ist. Die **AVBFernwärmeV** gilt zunächst ausweislich § 1 Abs. 2 nicht für die Versorgung von Industrieunternehmen. Sie gilt außerdem nur für die letzte Stufe der Vertriebskette, nämlich für die Belieferung von Letztverbrauchern. Es ist nach den derzeit getroffenen Erwägungen nicht davon auszugehen, dass die von FHH beabsichtigten Regelungen den Regelungsbereich der AVBFernwärmeV tangieren würden. Wir gehen nicht davon aus, dass der Bundesgesetzgeber mit der AVBFernwärmeV abschließende Regelungen zum gesamten Wärmevertrieb schaffen wollte. Vielmehr sollten nur die zwischen Fernwärmeversorger und Endkunde bestehenden allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Ordnungsrahmen erhalten. Die AVBFernwärmeV mit ihrem Verbraucher schützenden Charakter sperrt folglich keine Wärmevertriebsregelungen, die eine andere Zielsetzung verfolgen.

Auch das TEHG steht einer landesrechtlichen Regelung, die bestimmte CO₂-geführte Anforderungen an den Wärmevertrieb stellen will, nicht entgegen. Das TEHG enthält allein anlagenbezogene Regelungen, die mithin nicht anlagenbezogene Regelungen des Landesgesetzgebers nicht sperren können, da insofern ein sinnvoller Rechtsbereich bestehen bleibt, in dem Landesregelungen Geltung erheischen können.

Mithin sehen wir im Bereich des Wärmevertriebs keine bundesgesetzlichen Regelungen, die einem Landesgesetz entgegen stehen könnten. Die FHH kann also alle diesbezüglich vorgesehenen Maßnahmen kodifizieren, wobei wir empfehlen, die konkreten Regelungen vor einer Verabschiedung noch einmal dezidiert auf eine mögliche Kollision mit Regelungsbereichen der AVBFernwärmeV zu überprüfen.

Dieses Gutachten wurde auf der Grundlage des zwischen dem Auftraggeber und BBH bestehenden Mandatsvertrages erstellt. Es ist ausschließlich für den internen Gebrauch des Auftraggebers bestimmt. Eine Weitergabe des Gutachtens an Dritte oder eine - auch auszugsweise - Veröffentlichung bedarf der vorherigen, schriftlichen Zustimmung von BBH. Für den Fall der Weitergabe wird darauf hingewiesen, dass die Haftungsbeschränkung des Mandatsvertrages auch gegenüber jedem Dritten gilt, dem das Gutachten zugänglich gemacht wird; § 334 BGB ist anwendbar. Ferner weisen wir darauf hin, dass bei der Weitergabe dieses Gutachtens an Dritte ein vertragsähnliches Verhältnis mit dem Dritten zu Stande kommen könnte. Auch in diesem Falle gelten unsere Haftungsbeschränkungen gemäß Mandatsvertrag und zwar für alle Dritten insgesamt. Der Auftraggeber ist verpflichtet, den Dritten vor der Weitergabe darauf hinzuweisen.

ENTWURF