
Schriften der Jungen Wissenschaft im Öffentlichen Recht

JuWissDay 2022 Hamburg

Klimaschutz und Städte

Herausforderungen und Potentiale
des öffentlichen Rechts



Nomos



Schriften der Jungen Wissenschaft im Öffentlichen Recht

JuWissDay 2022 Hamburg

Klimaschutz und Städte

Herausforderungen und Potentiale des öffentlichen Rechts

Mit Beiträgen von:

Dr. Svenja Behrendt | Antonia Boehl | Jakob Feldkamp | Charlotte Heppner, LL.B. |
Josina Johannsen, LL.B. | Judith Kärn | Dr. Michael von Landenberg-Roberg,
LL.M. (Cambridge) | Emanuele Leonetti | Julian Senders | Tim Schilderorth | Prof. Dr.
Sabine Schlacke | Dipl.-Jur. Katja Schubel, B.A. | Prof. Dr. Dana-Sophia Valentiner |
Sven Kühn, LL.B.

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Dana-Sophia Valentiner



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2023

© Die Autor:innen

Publiziert von
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-0006-7

ISBN (ePDF): 978-3-7489-3584-1

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748935841>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.

Vorwort

Am 22. Juli 2022 fand der JuWissDay „Klimaschutz und Städte: Herausforderungen und Potentiale des öffentlichen Rechts“ an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr in Hamburg statt. Der JuWissDay ist die Tagung des Vereins Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht e.V. und findet regelmäßig zu aktuellen Themen aus dem öffentlichen Recht statt.

In ihren Vorträgen und den anschließenden Diskussionen beleuchteten unsere Key Note Speakerin Prof. Dr. Sabine Schlacke und die beteiligten Promovierenden und Habilitierenden aus dem öffentlichen Recht aktuelle Fragen rund um Klimaschutz und Innovationen mit einem spezifischen Fokus auf die nachhaltige Stadtentwicklung. Der vorliegende Band versammelt die Beiträge der Vortragenden, die auf dem JuWissDay 2022 für lebendige, intensive und erkenntnisreiche Diskussionen sorgten.

Durch die Tagung führten nach einem Grußwort durch Dr. Stefan Martini (Vorsitzender des Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht e.V.) die Moderatorinnen Lamia Amhaouach, Martje Köppen, Louisa Reutter und Judith Sikora. Das Programm wurde abgerundet durch einen Book Launch unserer befreundeten Initiative für offene Rechtswissenschaft OpenRewi, vertreten durch Maximilian Petras und Lisa Hahn.

Für die großzügige finanzielle Förderung der Tagung bedanke ich mich in Namen des JuWiss-Teams sehr herzlich bei unserer Partnerkanzlei CMS Hashe Sigle in Hamburg, insbesondere bei den Rechtsanwält*innen Dr. Neele Ann Christiansen, Dr. Niklas Ganssauge, LL.M. (Berkeley), Anastasia Shelestova und Antonia vom Dahl, LL.M. (Stanford) sowie bei Rechtsanwalt Sebastian Belz, LL.M. (University of the West of England Bristol) für seinen Praxisbeitrag zum Programm der Tagung.

Unser Dank für finanzielle Unterstützung gilt zudem dem Verein der Freunde und Förderer der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg e.V. und der Akademie der Wissenschaften in Hamburg. Der Verlag Kohlhammer war bei der Tagung mit den Mitarbeiterinnen Cornelia Bonitz und Veronika Ortmann und einem gut sortierten Bücherstand vertreten.

Bei dem Verlag Nomos bedanken wir uns ebenfalls für die Präsenz mit einem Büchertisch vor Ort sowie für die Aufnahme dieses Sammelbandes

in die Schriftenreihe der Jungen Wissenschaft im öffentlichen Recht und für die – wie immer – wunderbare Betreuung durch Marco Ganzhorn und Katharina König.

Für die Unterstützung bei der Organisation und Durchführung der Tagung vor Ort danke ich schließlich dem gesamten Team der Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschafts- und Umweltrecht von Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms an der Helmut-Schmidt-Universität – zuvörderst Martje Köppen sowie den wissenschaftlichen Mitarbeitenden Shari Gaffron, Dr. Katharina Goldberg, Christina Jacobs, Josina Johannsen, Louisa Reutter und Christian Worpenberg sowie den studentischen und soldatischen Hilfskräften Alia Ben Halima und Anton Kreuter. Bei der Erstellung des Tagungsbands unterstützten zudem Jan H. Bergmann und Hannes Goerke.

Dana-Sophia Valentiner, Hamburg/Rostock im März 2023

Inhaltsverzeichnis

Dana-Sophia Valentiner

Klimaschutz, Städte und Recht – Ökologische Nachhaltigkeit im öffentlichen Recht 9

Sabine Schlacke

Klimaschutz und Städte – Perspektiven des öffentlichen Rechts 21

Michael von Landenberg-Roberg

Klimaneutrale Städte durch Förderung von Innovationen
Innovationsfördernde Regulierungsansätze im Klimaschutzrecht 45

Svenja Behrendt

Wandel im Recht: Hemmnisse und Wege zu mehr Nachhaltigkeit 65

Antonia Boehl

Klimaschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit: Eine neue
Durchsetzbarkeitsmöglichkeit für Art. 20a GG? 89

Jakob Feldkamp

Klimaschutz durch Experimentierklauseln? 109

Sven Kühn

Wieviel Wettbewerb ist möglich, wieviel Staat ist nötig? –
Bedeutung und Perspektiven staatlicher Planungstätigkeit im
System einer klimaschutzorientierten Regulierung des Energie-
und Verkehrssektors 127

Charlotte Heppner

Potentiale der straßenrechtlichen Teileinziehung für eine
nachhaltige Gestaltung des Verkehrsraums – Spielraum für die
Behörde und Auftrag an den Gesetzgeber 147

Emanuele Leonetti

- Autonomes Fahren im ÖPNV – Zum neuen Rechtsrahmen
für autonome öffentliche Verkehrsangebote, den offenen
Regulierungsfragen und dem Beitrag zum Klimaschutz 167

Josina Johannsen

- Schall und Rauch: Lärmsteuerung im urbanen Verkehr der
Zukunft 189

Julian Senders

- Die urbane Wärmewende – Wie können Städte und Gemeinden
unabhängiger von fossiler Gasversorgung werden? 211

Katja Schubel/Tim Schilderoth

- Commons Public Partnerships als Instrument des städtischen
Klimaschutzes 229

Judith Kärn

- Klimaschutz nach Maß – Zur möglichen Ausgestaltung rechtlicher
Rahmenbedingungen für verpflichtende kommunale
Treibhausgasmessung 249

- Autor*innenverzeichnis 269

Klimaschutz, Städte und Recht – Ökologische Nachhaltigkeit im öffentlichen Recht

Dana-Sophia Valentiner

Inhaltsübersicht

I. Städte im Fokus	9
1. Klimaschutz in Städten als Querschnittsaufgabe	10
2. Klimaschutz als spezifische Zielsetzung im (Fach-)Planungs- und Infrastrukturrecht	13
II. Öffentliches Recht zwischen Innovationsregulierung und Klimaschutz	15
III. Innovative Instrumente und Verfahren für den Klimaschutz	16
IV. Klimaschutz und städtischer Verkehr	17
V. Herausforderungen und neue Wege für Kommunen	18

I. Städte im Fokus

Die Folgen des Klimawandels und die Zielsetzung des Klimaschutzes betreffen Städte in mehrfacher Hinsicht. In Städten zeigen sich die negativen Auswirkungen des Klimawandels auf die Gesundheit und die Lebensgrundlagen sowie auf zentrale Infrastrukturen wie unter dem Brennglas.¹ Städte sind angesichts der fortschreitenden Urbanisierung – so formuliert es *Sabine Schlacke* in ihrem Eröffnungsbeitrag – Brennpunkte des Klimaschutzes und der Klimaanpassung.² Extreme Hitzewellen, Starkniederschläge und zunehmende Luftverschmutzung betreffen die Einwohner*innen von Städten, den Gebäudebestand und die Infrastruktur und sie erfordern eine angepasste Stadtpolitik. Aus diesem Grund knüpfen klimapolitische Strategien und Zielvorstellungen auch an städtische Handlungsfelder in den Bereichen Verkehr, Energie, Bauen und Wohnen an. Städte sind zudem wichtige Akteurinnen des Klimaschutzes, die sich in weltweiten, europäischen und nationalen Städtenetzwerken und -initiativen zusammenschließen, um

1 Siehe hierzu IPCC, Synthesis Report of the IPCC Sixth Assessment Report (AR6), 2023.

2 S. Schlacke, Klimaschutz und Städte – Perspektiven des öffentlichen Rechts, in diesem Band.

gemeinsame klimapolitische Strategien zu entwickeln und diese auf lokaler Ebene umzusetzen.³ Diese Bemühungen werden im Mehrebenenregime gerahmt durch rechtliche Vorgaben zu Klimaschutz und ökologischer Nachhaltigkeit. Ihre Fortentwicklung stellt insbesondere das (Fach-)Planungs- und Infrastrukturrecht vor Herausforderungen.⁴

1. Klimaschutz in Städten als Querschnittsaufgabe

Von grundlegender Bedeutung für internationale und nationale Klimaschutzstrategien sind die 17 *Sustainable Development Goals*, die im Jahr 2015 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen im Rahmen der Agenda 2030 beschlossen wurden. Die SDGs beinhalten Aspekte ökologischer, sozialer und ökonomischer Nachhaltigkeit. Sie sind rechtlich nicht verbindlich, aber ein zentraler Bezugspunkt für spezifische, auch nationale Nachhaltigkeitsstrategien, die wiederum verbindliche Maßnahmen hervorbringen können. Ziel 11 (nachhaltige Städte und Gemeinden) adressiert explizit Städte und Gemeinden in ihrer Bedeutung und Verantwortung für eine inklusive und nachhaltige Stadtplanung sowie die von ihnen ausgehenden Umweltbelastungen. Daneben sind Ziel 13 (Maßnahmen zum Klimaschutz) und Ziel 9 (Industrie, Innovation und Infrastruktur nachhaltig aufbauen und fördern) von besonderer Bedeutung für die stadtorientierte Klimapolitik.

Auf Ebene des Unionsrechts ist das Nachhaltigkeitsziel als Querschnittsaufgabe im Primärrecht in Art. 11 AEUV verankert. Danach müssen die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden. Auch Art. 37 EU-GRCh erklärt ein hohes Umweltschutzniveau und die Verbesserung der Umweltqualität sowie den Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung zu den Zielen der Unionspolitiken. Der *European Green Deal* bündelt Maßnahmen in

3 Grundlegend H.P. Aust, Das Recht der globalen Stadt, 2017.

4 Möglichen Neuregelungen war auch der Deutsche Juristentag 2022 gewidmet. Siehe dazu S. Baumgart, Rechtliche Handlungserfordernisse für eine nachhaltige Stadt der Zukunft, NJW-Beil. 2022, 52 ff.; M. Kment, Die nachhaltige Stadt der Zukunft – Welche Neuregelungen empfehlen sich zu Verkehr, Umweltschutz und Wohnen?, NJW-Beil. 2022, 48 ff.; sowie M. Böhm, Die nachhaltige Stadt der Zukunft, JZ 2022, 820 ff.; M. Burgi, Die nachhaltige Stadt der Zukunft und das Recht, NJW 2022, 2726 ff.

konkreten Handlungsfeldern, um die Querschnittsaufgabe Klimaschutz zu erfüllen.⁵

Spezifischer zum Ziel der nachhaltigen Stadtentwicklung verhält sich die rechtlich unverbindliche *Neue Leipzig-Charta*, welche Ende 2020 von den in den EU-Mitgliedstaaten für Stadtentwicklung zuständigen Minister*innen als Fortführung der *Leipzig-Charta zur nachhaltigen europäischen Stadt* aus dem Jahr 2007 verabschiedet wurde. Die *Neue Leipzig-Charta* nimmt auf die SDGs Bezug und verfolgt den Ansatz einer guten nachhaltigen Stadtentwicklungspolitik entlang von drei Dimensionen der Stadt. Die Dimension der „grünen Stadt“ betont die ökologische Nachhaltigkeit, insbesondere den Klima- und Ressourcenschutz. Die Dimension der „gerechten Stadt“ ist der Chancengleichheit, dem gleichberechtigten Zugang zu Infrastrukturen und dem Abbau sozialer Ungleichheiten gewidmet. Die Dimension der „produktiven Stadt“ nimmt schließlich die ökonomische Nachhaltigkeit in den Blick, die Förderung von Innovationen und die wirtschaftliche und wettbewerbsfähige Gestaltung der nachhaltigen Stadtentwicklung. Als Querschnittsdimension benennt die *Neue Leipzig-Charta* die Digitalisierung. Ziel des mehrdimensionalen Ansatzes der Charta ist es, ökonomische, soziale und ökologische Interessen angemessen zu realisieren, wobei die ökologische Nachhaltigkeit derzeit besonders im Fokus nachhaltiger Stadtentwicklungspolitik steht.⁶ Die *Neue Leipzig-Charta* stellt die Dominanz des Automobils im städtischen Verkehr in Frage und empfiehlt eine urbane Verkehrsplanung sowie eine nachhaltige Flächennutzungsplanung und die angemessene Versorgung mit Wohnraum.⁷ Die Umsetzung dieser Empfehlungen erfordert vielfältiges regulatorisches Handeln und den Ausbau planerischer Instrumente.⁸ Die *Neue Leipzig-Charta* wird gestützt durch die *Urbane Agenda für die EU* aus dem Jahr 2016, die ebenfalls der Verbesserung einer nachhaltigen Stadtentwicklung dient. Dafür stärkt sie mitgliedstaatliche Kooperationen in der Stadtentwicklung und die Zusammenarbeit zwischen Kommission, Mitgliedstaaten, Regionen und Städten. Diese sogenannten „Partnerschaften“ werden geschlossen mit der Zielsetzung der besseren Rechtssetzung, der besseren Finanzierung und des besseren Wissens.

5 COM(2019) 640 final.

6 Vgl. *Kment* (Fn. 4), 48.

7 Siehe hierzu im Einzelnen *Kment* (Fn. 4), 48 ff.

8 Siehe hierzu *Baumgart* (Fn. 4), 52 ff. Kritisch zur „Planungseuphorie“ und für einen Instrumentenmix, der die ökonomische Nachhaltigkeit stärker einbezieht: *Burgi* (Fn. 4), 2726 (2728).

Mit dem Pariser Abkommen von 2016 ist auch für die Klimaschutzaktivitäten von Städten eine neue Phase angebrochen.⁹ Es setzt das konkrete Ziel, die Erderwärmung im Vergleich zum vorindustriellen Zeitalter auf deutlich unter 2 Grad Celsius zu begrenzen mit Anstrengungen für eine Beschränkung auf 1,5 Grad Celsius. Für die Umsetzung dieses Ziels sind neben verbindlichen Vorgaben *bottom-up*-Ansätze erforderlich, die auf die „accountability“ aller staatlichen Akteur*innen, auch der Städte, setzen.¹⁰

Auf nationaler Ebene hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Klimabeschluss die staatliche Verantwortung für den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, mit Blick auf künftige Generationen als intertemporale Freiheitssicherung, gestärkt.¹¹ Verbindliche Verpflichtungen auf nationaler Ebene bestehen in Bezug auf Klimaschutzmaßnahmen insbesondere durch das Bundesklimaschutzgesetz, das die Ziele aus dem Pariser Abkommen durch sektorspezifische Minderungsziele für Treibhausgasemissionen konkretisiert.

Der Querschnittsaufgabe ökologischer Nachhaltigkeit ist hierin auch das Berücksichtigungsgebot gemäß § 13 KSG verpflichtet. Nach § 13 Abs. 1 KSG haben alle Träger*innen öffentlicher Aufgaben bei ihren Planungen und Entscheidungen den Zweck des KSG und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen. Das Berücksichtigungsgebot unterstreicht die Vorbildfunktion der öffentlichen Hand für die Umsetzung der Klimaschutzmaßnahmen. Es wird vor allem dort bedeutsam, wo der vollziehenden Gewalt Abwägungs-, Beurteilungs- oder Ermessensspielräume durch die Gesetzgebung eingeräumt werden.¹² Es erfasst neben Bund und Ländern auch die Städte und Kommunen, ist aber innerhalb der Kompetenzbereiche der Länder und der Kommunen einer näheren Ausgestaltung zugänglich (Abs. 1 S. 2). „Berücksichtigen“ bedeutet, dass der in Rede stehende Klimabelang substantiell und dem Gewicht des Belangs entsprechend in die Planung oder Entscheidung einbezogen wird.¹³ Dies geht über ein reines „Befassen“ mit Klimaschutzermägungen hinaus. Aus dem Berücksichtigungsgebot folgt grundsätzlich kein Optimierungsgebot,¹⁴ allerdings kann

9 H.P. Aust, Die Rolle von Städten im globalen Klimaschutzregime nach dem Inkrafttreten des Übereinkommens von Paris, ZUR 2018, 656 (657).

10 C. Zengerling, Städte im polyzentrischen Klimaschutzregime – Verantwortung ohne Rechtsverbindlichkeit, ZUR 2020, 3 (4).

11 BVerfGE 157, 30.

12 Vgl. BT-Drs. 19/14337, 36.

13 Fellenberg, in: ders./Guckelberger (Hrsg.), Klimaschutzrecht, 2022, § 13 KSG Rn. 21.

14 BVerwG, Urt. v. 4.5.2022, Az.: BVerwG 9 A 7.21, Rn. 85.

die Anwendung des Berücksichtigungsgebots im vorgenannten substantiellen Sinn bei fortschreitendem Klimawandel dieses wohl „in die Nähe eines Optimierungsgebots rücken“¹⁵. Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der jüngeren verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich allerdings eine Tendenz zur Stärkung von Klimaschutzbelangen im Rahmen von Abwägungsentscheidungen entnehmen – dies zeigt *Sabine Schlacke* in ihrem Beitrag auf.¹⁶ Das Berücksichtigungsgebot betrifft sämtliche Handlungsfelder und Regelungsbereiche, auch die hier besonders relevanten Sektoren Verkehr, Energie, Bauen und Wohnen.

2. Klimaschutz als spezifische Zielsetzung im (Fach-)Planungs- und Infrastrukturrecht

Dem Klima- bzw. Umweltschutz kommt zudem eigenständige Bedeutung in fachgesetzlichen Regelungen zu. Die Schutzziele finden zunehmend Eingang in verschiedene Regelungsmaterien, als bei Abwägungsentscheidungen zu berücksichtigende Belange oder eigenständige fachgesetzliche Zielsetzungen, die neben das allgemeine Berücksichtigungsgebot aus § 13 KSG treten.

Im Raumordnungsrecht ist der Raum gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 6 ROG in seiner Bedeutung für die Funktionsfähigkeit des Klimas zu entwickeln, zu sichern und ggfs. wiederherzustellen. Den räumlichen Erfordernissen des Klimaschutzes ist Rechnung zu tragen durch Maßnahmen, die dem Klimawandel entgegenwirken, sowie durch solche, die der Anpassung an den Klimawandel dienen. Dabei sind die räumlichen Voraussetzungen für den Ausbau der erneuerbaren Energien, für eine sparsame Energienutzung sowie für den Erhalt und die Entwicklung natürlicher Senken für klimaschädliche Stoffe und für die Einlagerung dieser Stoffe zu schaffen. Die Erwägung

15 F. Heß/J. Peters/P. Schöneberger/R. Verheyen, Das Gebot der Berücksichtigung des Klimaschutzes auf Vorhabenebene – de lege lata und de lege ferenda, NVwZ 2023, 113 (119); so auch schon T. Siegel, Das Berücksichtigungsgebot des Bundes-Klimaschutzgesetzes und seine Relevanz im Vergaberecht, NZBau 2022, 315 (316).

16 S. Schlacke, Klimaschutz und Städte – Perspektiven des öffentlichen Rechts, in diesem Band.

gen des Klimaschutzes sind im Rahmen der Abwägung gemäß § 7 Abs. 2 ROG zu berücksichtigen.¹⁷

Im Bauplanungsrecht sind Klimaschutz und Klimaanpassung bei der städtebaulichen Planung gemäß § 1 Abs. 5 S. 2, Abs. 6 Nr. 7a sowie § 1a Abs. 5 BauGB im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB zu berücksichtigen. Für die Berücksichtigung können unterschiedliche Darstellungs- und Festsetzungsmöglichkeiten in den Flächennutzungs- und Bebauungsplänen genutzt werden.¹⁸ Im besonderen Städtebaurecht kann die Berücksichtigung klimarechtlicher Belange noch weiter gestärkt werden.¹⁹

Der Klimaschutz stellt also einen fachplanerischen Belang dar, der im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen ist. Für Infrastrukturvorhaben kann zudem eine Umweltverträglichkeitsprüfung i.S.d. UVPG durchzuführen sein, die dem Klimaschutz jedenfalls in prozeduraler Hinsicht zur Berücksichtigung verhilft (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 3, § 16 Abs. 3 UVPG).²⁰ Das Berücksichtigungsgebot aus § 13 Abs. 1 KSG ist als „gesteigertes materielles Berücksichtigungsgebot“²¹ auf allen Stufen der Fachplanung zu berücksichtigen. Zur Erreichung der Treibhausgasminderungsziele des KSG kann es im Einzelfall insbesondere erforderlich sein, dem Klimaschutz bereits auf den der Abwägung vorausgehenden Planungsstufen Geltung zu verschaffen.²²

Schließlich sind Klimaschutz und Nachhaltigkeit als eigenständige Zielsetzungen im Fachrecht zu finden, so etwa in § 1a PBefG, der die Berücksichtigung der Ziele des Klimaschutzes und der Nachhaltigkeit bei Anwendung des Gesetzes anordnet. Solche ausdrücklichen Zielsetzungen geben eine klimaschutzorientierte Auslegung und Anwendung der fachrechtlichen Regelungen vor.²³ Sie könnten künftig auch in weiteren Regelungsbe-
reichen eine ökologische Gesetzesanwendung anordnen.

17 Siehe zu den Möglichkeiten und Grenzen des Einsatzes der Raumordnung zur Verwirklichung des Klimaschutzes *M. Sauthoff*, Klimaschutz in der Raumordnung, ZUR 2021, 140 ff.

18 *J. Albrecht*, Die Stadt im Klimawandel: Handlungsfelder, Rechtsinstrumente und Perspektiven der Anpassung (climate resilient cities), ZUR 2020, 12 (14).

19 *S. Mitschang*, Klimaschutz und Klimaanpassung im Besonderen Städtebaurecht, ZfBR 2020, 613 ff.

20 Vgl. hierzu auch *M. Uechtritz*, Berücksichtigung globaler Klimaauswirkungen in der straßenrechtlichen Planfeststellung: Erste Klarstellungen aus Leipzig, NVwZ 2022, 1525.

21 *T. Siegel*, Zur Relevanz des Klimaschutzes in der Fachplanung, DÖV 2023, 329 (334).

22 *Siegel* (Fn. 21), 329 (333).

23 Vgl. *M. Fehling/L. Bahmer*, Emissionsfreier Öffentlicher Personennahverkehr, ZUR 2023, 15 (22).

II. Öffentliches Recht zwischen Innovationsregulierung und Klimaschutz

Die Förderung von Innovationen (die „produktive Stadt“) ist zentraler Baustein einer nachhaltigen Stadtentwicklung und seine Gestaltung ist Gegenstand öffentlich-rechtlicher Forschung. Grundlegende Fragen lauten: Wie kann Recht technische Innovationen im Klimaschutz fördern? Wie sieht die Zukunft der Innovationsregulierung und -förderung und des nachhaltigen Technikrechts aus? Was macht eine umweltverträgliche und nachhaltige Gesetzgebung aus? Wie lassen sich intergenerationale Verantwortung und klimaneutrale Verwaltung rechtlich umsetzen und ökonomisch nachhaltig ausgestalten? Welche Paradigmenwechsel gehen mit den neuen europäischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen einher und was bedeuten sie für den Klimaschutz in Städten?

Die Beantwortung dieser Fragen erfordert die Auseinandersetzung mit dem vielschichtigen Begriff der Innovation und den Ansätzen aus der Innovationsforschung. *Michael von Landenberg-Roberg* nähert sich der Innovation in seinem Beitrag über dessen Kern – eine signifikante Neuerung, welcher ein Beitrag zur Lösung eines Problems zugeschrieben wird – an und erstreckt diesen auch auf soziale Innovationen.²⁴ Er blickt in prozeduraler Hinsicht auf Innovationen – als Innovationsprozesse, die durch Wissen gesteuert werden und ihrerseits Wissen hervorbringen. Die Aufgabe des Rechts besteht in dieser Sichtweise darin, Innovationsprozesse zu ermöglichen und entlang spezifischer politischer Zwecksetzungen in bestimmte Richtungen zu lenken. Als solche Zielsetzungen kommen die sektorspezifischen Treibhausgasminderungsziele des KSG in Betracht, die allerdings erst durch das Ergreifen spezifischer Maßnahmen ihr innovationsregulierendes Potential entfalten. *Landenberg-Roberg* zeigt dieses Potential in seinem Beitrag anhand von Beispielen für ordnungsrechtliche Instrumente, indirekte Verhaltenssteuerung durch Anreize sowie innovative Netzwerkstrukturen (Reallabore) auf. Dabei wird deutlich, dass das Klimaschutzrecht selbst „lernfähig“ in dem Sinne ist, dass es offen für das Potential innovativer Instrumente wie auch den innovativen Instrumentenmix konzipiert ist und sich so dynamisch fortentwickelt.

Mit den Herausforderungen des Rechts beschäftigt sich der Beitrag von *Svenja Behrendt*, in dem sie nach den Hemmnissen des Rechts für

24 *M. v. Landenberg-Roberg*, Klimaneutrale Städte durch Förderung von Innovationen: Innovationsfördernde Regulierungsansätze im Klimaschutzrecht, in diesem Band.

die Transformation zu einer nachhaltigen Stadtentwicklung fragt.²⁵ Im Fokus stehen dabei gerichtliche Entscheidungsfindungsprozesse als Akte der Rechtserzeugung durch Interpretation sowie als zentrale Akteur*innen die Interpret*innen mit ihren subjektiven Wissens- und Erfahrungshintergründen. *Behrendt* führt aus, welchen Einfluss Präjudizien und Pfadabhängigkeiten auf die Rechtsprechung haben. Sie leisten durchaus einen Beitrag für rechtsstaatliche Kontinuität, bilden zugleich aber Einfallstore für ein dem gesellschaftlichen Wandel entgegenstehendes Beharren auf dem *status quo*. Ein Wandel im Recht kann nach *Behrendt* durch ein komplexeres Grundrechtsverständnis ermöglicht werden, das im Fall des Klimaschutzes bei der intertemporalen und intergenerationalen Freiheitssicherung ansetzen kann.

III. Innovative Instrumente und Verfahren für den Klimaschutz

Klimaschutz im und durch Recht kann weiter nur gelingen durch die Erprobung und Etablierung innovativer Instrumente, durch einen nachhaltigen Instrumentenmix und Verfahren, die auch die Beteiligung von Einwohner*innen, Bürger*innen und Akteur*innen der Zivilgesellschaft (z.B. Umweltschutzverbände) ermöglichen und dadurch zur Akzeptanz von Klimaschutzmaßnahmen beitragen.

Einen besonders kreativen Vorschlag unterbreitet *Antonia Boehl*, die in ihrem Beitrag die Potentiale verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung für den Klimaschutz und konkret das Verfassungsprozessrecht als Motor des Klimaschutzes in den Blick nimmt.²⁶ Ausgehend von den Schwierigkeiten, Klimaschutzmaßnahmen im Wege der Verfassungsbeschwerde in Karlsruhe zur Prüfung zu bringen, plädiert sie für eine spezifische verfassungsgerichtliche Kontrolle von Art. 20a GG und schlägt hierfür ein eigenes (Sammel-)Feststellungsverfahren vor, das losgelöst von subjektiven Rechten im überindividuellen Interesse zulässig sein soll. Die Notwendigkeit eines solchen Verfahrens begründet sie vor allem mit dem Umstand, dass die Gesetzgebung aufgrund politischer Logiken und Legislaturperioden in der Erfüllung der Staatszielbestimmung aus Art. 20a GG gehemmt sein kann.

25 S. *Behrendt*, Wandel im Recht: Hemmnisse und Wege zu mehr Nachhaltigkeit, in diesem Band.

26 A. *Boehl*, Klimaschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit: Eine neue Durchsetzbarkeitmöglichkeit für Art. 20a GG?, in diesem Band.

Der Gesetzgebung und einem trendigen Instrument der Innovationsförderung wendet sich *Jakob Feldkamp* zu, der die Potentiale von Experimentierklauseln für den Klimaschutz untersucht.²⁷ Experimentierklauseln weisen bereits eine längere Historie in der Gesetzgebungstechnik auf; derzeit werden vor allem Hoffnungen in sie als Transformationsinstrumente und „Innovationstreiberinnen“ gesetzt, vgl. etwa die Experimentierklausel zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten und Verkehrsmittel in § 2 Abs. 7 PBefG. Sie schaffen zeitlich und materiell begrenzte Ausnahmen von gesetzlichen Anforderungen mit dem Ziel der Innovationsförderung oder jedenfalls mit dem Ziel der eine Evaluation ermöglichenden Erprobung. Werden sie dabei auch an ihrem Beitrag für den Klimaschutz gemessen, könnten sie einen Beitrag für die nachhaltige Stadtentwicklung leisten.

Staatlichen Planungsinstrumenten ist der Beitrag von *Swen Kühn* gewidmet, der das Gelingen der Energie- und Verkehrswende unter dem Blickwinkel ökonomischer Nachhaltigkeit betrachtet.²⁸ Er wendet sich gegen eine verkürzte Gegenüberstellung von Regulierungs- und Planungstätigkeit des Staates und skizziert einen hybriden und integrativen Instrumentenmix, den die Gesetzgebung bereits nutzt und künftig noch stärker verfolgen sollte. Dabei stellt er die Potentiale einer integrierten Infrastrukturentwicklungsplanung, die etwa im Energierecht oder im Berliner Mobilitätsgesetz bereits angelegt ist, auch unter wettbewerblichen Gesichtspunkten heraus.

IV. Klimaschutz und städtischer Verkehr

Ein zentraler Pfeiler des Klimaschutzes ist neben der Energie- und Wärme- wende die Verkehrswende. Hier stellen sich vielfältige rechtliche Fragen: Mit welchen konkreten Maßnahmen kann dazu beigetragen werden, dass Emissionen reduziert und vermieden werden? Welche Rolle spielt der Klimaschutz im Luftverkehrsrecht? Welche Änderungsbedarfe lassen sich im ÖPNV und dem Recht der Personenbeförderung erkennen und welche Fragen stellen sich rund um die Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge?

Charlotte Heppner setzt mit ihren Überlegungen bei der straßenrechtlichen Teileinziehung an und unterzieht diese einer eingehenden Analy-

27 *J. Feldkamp*, Klimaschutz durch Experimentierklauseln?, in diesem Band.

28 *S. Kühn*, Wieviel Wettbewerb ist möglich, wieviel Staat ist nötig? – Bedeutung und Perspektiven staatlicher Planungstätigkeit im System einer klimaschutzorientierten Regulierung des Energie- und Verkehrssektors, in diesem Band.

se hinsichtlich der Potentiale für den Klimaschutz durch Verdrängung des motorisierten Individualverkehrs von den Straßen und aus den (Innen-)Städten.²⁹ Die straßenrechtliche Teileinziehung berührt den Gemeingebrauch an Straßen und ist im Landesrecht bei Vorliegen überwiegender Gründe des öffentlichen Wohls in den weiten Ermessensspielraum der zuständigen Behörden gestellt. *Heppner* zeigt auf, wie Aspekte des Klimaschutzes im Rahmen dieses Spielraums stärker berücksichtigt werden können. Sie stellt zudem gesetzgeberische Handlungsmöglichkeiten vor, um die Teileinziehungsvorschriften im Sinne einer zukunftsfähigen Verkehrsraumgestaltung fortzuentwickeln.

Mit den Möglichkeiten des autonomen Fahrens im ÖPNV stehen in dem Beitrag von *Emanuele Leonetti* technische Innovationen im Fokus, die zunehmend mit dem Versprechen des Beitrags zu einer nachhaltigen Verkehrsgestaltung beworben, erprobt und eingesetzt werden.³⁰ *Leonetti* stellt den Rechtsrahmen für autonomes Fahren dar, identifiziert Anknüpfungspunkte für Nachhaltigkeitserwägungen und spricht sich für die Ermöglichung des autonomen Fahrens im ÖPNV im Regelbetrieb aus.

Neben CO₂-Emissionen kommt auch weiteren Emissionen Bedeutung für eine nachhaltige Stadtentwicklung zu. *Josina Johannsen* nimmt sich in ihrem Beitrag den Lärmschutz als Zielsetzung nachhaltiger Stadtentwicklung vor und bezieht in ihre Bestandsaufnahme und Analyse neben dem bodengebundenen Verkehr insbesondere auch den Luftverkehr ein.³¹ Für das derzeit noch im Entstehen befindliche Recht der *Urban Air Mobility* schlägt sie einen Instrumentenmix für den Lärmschutz vor, der Planungsinstrumente mit direkten und indirekten Verhaltenssteuerungsmaßnahmen verbindet.

V. Herausforderungen und neue Wege für Kommunen

Abschließend befasste sich die Tagung mit der Rolle der Städte und Kommunen für die erforderliche Energie-, Wärme- und Verkehrswende und die

-
- 29 *C. Heppner*, Potentiale der straßenrechtlichen Teileinziehung für eine nachhaltige Gestaltung des Verkehrsraums – Spielraum für die Behörde und Auftrag an den Gesetzgeber, in diesem Band.
- 30 *E. Leonetti*, Autonomes Fahren im ÖPNV – zum neuen Rechtsrahmen für autonome öffentliche Verkehrsangebote, offenen Regulierungsfragen und den Beitrag zum Klimaschutz, in diesem Band.
- 31 *J. Johannsen*, Schall und Rauch: Lärmsteuerung im urbanen Verkehr der Zukunft, in diesem Band.

Transformation zur nachhaltigen Stadt. Auch hier finden sich vielfältige rechtliche Fragestellungen, z.B. danach, wie sich Anreize zu Verhaltensänderungen, insbesondere Energieeinsparungen, durch Recht setzen lassen und wie Recht Technikentwicklung in der Energiespeicherung fördern kann. Oder: Wie erreichen wir im Gebäudesektor Energieeffizienz und -suffizienz? Wie kann Recht einen nachhaltigen „fuel switch“ für Wärme fördern?

Auch angesichts des russischen Angriffskriegs auf die Ukraine und der Energiekrise stellt die Dekarbonisierung der Wärmeversorgung eine zentrale Herausforderung dar, die *Julian Senders* in seinem Beitrag beleuchtet.³² Die jüngsten Entwicklungen zum Einbauverbot konventioneller Erdgasheizungen führt *Senders* als Beispiel an, um einen gewissen Widerspruch des Einsatzes zielorientierter neben ordnungsrechtlichen Instrumenten des Gebäudeenergiegesetzes zu illustrieren. Als Lösungsansatz schlägt *Senders* eine regional differenzierte, koordinierte Steuerung durch kommunale Wärmeplanung vor.

Katja Schubel und *Tim Schilderoth* erweitern den Werkzeugkasten für städtischen Klimaschutz um das Instrument der *Commons Public Partnerships*, das auf eine gemeinschaftliche Ressourcenverwaltung von *Commons* und staatlichen Akteur*innen zielt.³³ Eine solche kollaborative Ressourcenverwaltung kann insbesondere in Betracht kommen für Klimaschutzprojekte, die sich nicht in einem wettbewerblichen Markt realisieren lassen, wie z.B. im Bereich des „Urban Gardening“. Weitere Beispiele skizzieren *Schubel* und *Schilderoth* in ihrem vergleichenden Abschnitt zur Rechtspraxis in Italien. Dort betreffen *Commons Public Partnerships* u.a. kulturelle Gemeingüter oder die Wasserversorgung. Auch die Treibhausgaskapazität der Atmosphäre kann theoretisch in einem *Commons*-Modell zur zu verwaltenden Ressource werden. Der Charme dieses Ansatzes der kollaborativen Verwaltung städtischer Ressourcen liegt in seinem Demokratisierungspotential durch die Einbindung durch nicht nur Beteiligung, sondern Mitbestimmung von Einwohner*innen.

Judith Kärn befasst sich schließlich in ihrem interdisziplinären Beitrag mit der Möglichkeit, eine ordnungsrechtliche Verpflichtung von Kommunen zur Treibhausgasemissionsbilanzierung zu schaffen, die zur Einhal-

32 *J. Senders*, Die urbane Wärmewende – Wie können Städte und Gemeinden unabhängiger von fossiler Gasversorgung werden?, in diesem Band.

33 *K. Schubel/T. Schilderoth*, Commons Public Partnerships als Instrument des städtischen Klimaschutzes, in diesem Band.

tung der Ziele der Klimaschutzgesetze des Bundes und der Länder beiträgt.³⁴ Dafür prüft sie den Rechtsrahmen für die Etablierung einer solchen Verpflichtung unter besonderer Berücksichtigung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie und nimmt die grundsätzliche Zulässigkeit einer landesrechtlichen Verpflichtung an. Für die konkrete Ausgestaltung eines Bilanzierungsinstrumentariums trägt *Kärn* Ansätze auf Grundlage einer qualitativen Leitfadenbefragung von Experten zur kommunalen Treibhausgasbilanzierung aus wissenschaftlichen Einrichtungen, NGOs und aus der Verwaltung zusammen.

34 *J. Kärn*, Klimaschutz nach Maß – Zur möglichen Ausgestaltung rechtlicher Rahmenbedingungen für verpflichtende kommunale Treibhausgasmessung, in diesem Band.

Klimaschutz und Städte – Perspektiven des öffentlichen Rechts¹

Sabine Schlacke

Inhaltsübersicht

I.	Einführung	21
II.	Klimaschutz und Klimaanpassung: die transformative Kraft der Städte	23
III.	Verpflichtungen der Städte zum Klimaschutz	25
1.	Völkerrechtliche Verpflichtungen	25
2.	Unionsrechtliche Verpflichtungen	25
3.	Verfassungsrechtliche Verpflichtungen	26
4.	Bundesrechtliche Verpflichtungen	29
a)	Das Berücksichtigungsgebot des § 13 KSG	29
b)	2 %-Flächenziel für Windenergieausbau als Ausweisungspflicht (auch) für Kommunen?	31
5.	Landesrechtliche Verpflichtungen	32
IV.	Gemeinden als Gestalter: Klimaschutz und -anpassung durch kommunale Selbstverwaltung	34
1.	Klimaschutz und Planungshoheit	35
2.	Klimaschutz in der Abwägung	36
a)	Stärkung des Klimaschutzbelangs durch Beschluss des BVerfG v. 23.3.2022	37
b)	Gewichtung des Klimaschutzbelangs in jüngerer verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung	38
3.	Weitere kommunale Spielräume ausnutzen, Unsicherheiten beseitigen	41
a)	Klimaschutz als Planrechtfertigungsgrund	41
b)	Klimaschutz als Grund für Sanierungs- und Stadtumbaumaßnahmen im Bestand	42
c)	Klimaschutz im Planaufstellungsverfahren und Fehlerfolgenregelung	43
V.	Fazit und Ausblick: Perspektiven des öffentlichen Rechts	43

I. Einführung

Spätestens seit dem Bericht des Weltklimarats (*Intergovernmental Panel on Climate Change* – IPCC) zu der Frage, ob 1,5 Grad Celsius globale Erder-

1 Dieser Beitrag erschien zuerst in der EurUP 2022, S. 341-351.

wärmung noch vermieden werden können, weiß die Staatengemeinschaft, dass dies kaum noch möglich ist.² Es handelt sich wohl um den wichtigsten Sachstandsbericht des Weltklimarats, da die Folgen und Risiken, die diese Erderwärmung auslöst, ebenfalls klar prognostiziert werden.

Städte sind zum einen maßgebliche Betroffene der Klimawandelfolgen, wie etwa Hochwasser oder Extremhitzeereignisse. Sie sind zum anderen aber auch maßgebliche Treiber des Klimawandels. In städtischen Räumen finden bereits jetzt 70–75 % der globalen Energienutzung und der globalen energiebedingten CO₂-Emissionen statt.³ Eine der größten Einsichten des 2016 publizierten WBGU-Urbanisierungsgutachtens „Der Umzug der Menschheit: Die transformative Kraft der Städte“ war, dass allein der Infrastrukturneubau mit konventionellen Technologien und Materialien bis 2050 350 Gt CO₂ generieren könnte. Das ist knapp ein Drittel des weltweit noch zur Verfügung stehenden THG-Budgets, um nicht das Zwei-Grad-Ziel zu überschreiten.⁴ Zement ist einer der Haupttreiber des CO₂-Ausstoßes: Allein in China wurde in den Jahren 2008–2010 mehr Zement verbraucht als im gesamten 20. Jahrhundert in den USA.⁵

Angesichts der Wucht der Urbanisierung, die dieser Planet durch den demographischen Wandel in diesem Jahrhundert erleben wird – bis 2050 werden 1–2 Mrd. neue Slumbewohner (2012: 850 Mio.) in inadäquaten Wohnverhältnissen (sog. informellen Siedlungen) leben, bis zu 1,5 Mrd. Menschen werden in schnell wachsende, geplante Siedlungen ziehen (neue urbane Mittelschichten)⁶ – sind Städte die Brennpunkte des Klimaschutzes und der Klimaanpassung. Diese Urbanisierung wird hauptsächlich in Asien und Afrika stattfinden und dort Krisen der Versorgung der Stadtbevölkerung mit Wasser, Nahrung, schadstoffarmer Luft, etc. auslösen.⁷

2 IPCC (Hrsg.), *Global Warming of 1.5°C*. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty, 2018.

3 WBGU, *Der Umzug der Menschheit: Die transformative Kraft der Städte*, Hauptgutachten 2016, S. 9 m.w.N.: 70 %; *International Resource Panel (IRP)* (Hrsg.), *City-level decoupling: Urban resource flows and the governance of infrastructure transitions*. Working Group on Cities of the International Resource Panel Report, 2013: 75 %; C. Zengerling, *Städte im polyzentrischen Klimaschutzregime – Verantwortung ohne Rechtsverbindlichkeit*, ZUR 2020, 3 (3, Fn. 2).

4 WBGU (Fn. 3), S. 7 m.w.N.

5 WBGU (Fn. 3), S. 7 m.w.N.

6 WBGU (Fn. 3), S. 1, 5 m.w.N.

7 WBGU (Fn. 3), S. 1 m.w.N.

Der WBGU schlussfolgert hieraus: Es wird sich vor allem in Städten des globalen Südens entscheiden, ob eine globale Transformation zur Nachhaltigkeit erreicht werden kann. Denn dort geschieht der Neubau der Städte, der maßgeblich CO₂-neutral gestaltet werden muss. Der globale Norden steht indes vor der Herausforderung, seinen Siedlungsbestand CO₂-neutral umzubauen, Gemeindeflächen für Windenergie- und Photovoltaikanlagen auszuweisen sowie Maßnahmen der Klimaanpassung zu ergreifen.⁸

Der folgende Beitrag widmet sich zunächst kurz der transformativen Kraft der Städte, also inwieweit weltweit Städte die Herausforderungen des Klimawandels durch Klimaschutz und Anpassung bereits annehmen (II.). Er konzentriert sich sodann auf die Frage, ob und inwieweit Städte zum Klimaschutz, insbesondere zu Klimaschutzmaßnahmen, verpflichtet sind (III.). Dieser Frage wird orientiert am Mehrebenensystem nachgegangen: beginnend bei völker- (1.) und unionsrechtlichen Verpflichtungen (2.), über verfassungsrechtliche (3.) hin zu bundes- (4.) und landesrechtlichen Pflichten (5.). Der Fokus beschränkt sich sodann auf Klimaschutz- und Klimaanpassungsmaßnahmen, welche Städte als Gestalter insbesondere im Rahmen ihrer Planungshoheit ergreifen können (IV.). Auf die hieraus resultierenden Perspektiven des öffentlichen Rechts wird abschließend eingegangen (V.).

II. Klimaschutz und Klimaanpassung: die transformative Kraft der Städte

International nehmen viele Städte ihre Verantwortung für Klimaschutz und Klimaanpassung in sog. Städtebündnissen oder -netzwerken, wie etwa C 40 (vorwiegend bestehend aus Megacities) oder dem *Global Covenant of Mayors*, wahr.⁹ Die Ausgestaltung dieser städtischen „Klimaclubs“ ist sehr variantenreich: Im Kern zielen sie auf städtische Zusammenarbeit, Wissens- und Informationsaustausch sowie eine freiwillige Klimaschutzplanung mit – ggf. an den Pariser Klimaschutzziele orientierten – selbstdefinierten

8 Vgl. S. Baumgart, Die nachhaltige Stadt der Zukunft – Welche Neuregelungen empfehlen sich zu Verkehr, Umweltschutz und Wohnen?, Gutachten E zum 73. Deutschen Juristentag, Bd. I, E1 (E5): „die deutschen Städte [sind] zu mehr als 90 % bereits gebaut“.

9 Online <https://www.c40.org/>; <https://www.globalcovenantofmayors.org/>; s. Zengerling (Fn. 3), 3, 9 f.; ausf. zu C40: H. P. Aust, Die Rolle von Städten im globalen Klimaschutzregime nach dem Inkrafttreten des Übereinkommens von Paris, ZUR 2018, 656 (657 ff.) sowie zu beidem: Aust, Auf dem Weg zu einem Recht der globalen Stadt? „C40“ und der „Konvent der Bürgermeister“ im globalen Klimaschutzregime, ZaöRV 2013, 673 (686 ff.).

Klimaschutzzielen und Klimaschutz- und -anpassungsmaßnahmen.¹⁰ Hierdurch entsteht eine „weiche Verantwortlichkeitsstruktur“ (Zengerling)¹¹.

Die EU interagiert mit europäischen Städten, in denen 75 % der europäischen Bürger:innen wohnen, durch verschiedene weiche Vereinbarungen, wie etwa der von den für städtische Angelegenheiten der Mitgliedstaaten zuständigen Minister:innen getroffenen Städteagenda (sog. „Pakt von Amsterdam“)¹² aus dem Jahr 2016, die an den Sustainable Development Goals, der New Urban Agenda des UN-Habitat III Prozesses und den Klimaschutzzielen des Pariser Übereinkommens orientiert ist. Klimaschutz- und -anpassungsmaßnahmen in Städten werden seitens der EU durch die europäische Regionalpolitik finanziell unterstützt und koordiniert: Die Hauptfonds sind insoweit der Europäische Fonds für regionale Entwicklung (ErfRE) und der Kohäsionsfonds, durch den unterschiedliche Projekte, wie etwa das neue Nahwärmenetz der östlichen Hafencity in Hamburg, gefördert werden. Adressaten sind nicht immer Städte, sondern auch private Unternehmen wie städtische Versorgungsunternehmen oder Universitäten.¹³

Auch viele deutsche Städte sind globalen Klimanetzwerken beigetreten. Die überwiegende Anzahl der größeren deutschen Kommunen – teilweise unterstützt durch die nationale Klimaschutzinitiative des Bundes¹⁴ – haben mittlerweile freiwillig Klimaschutzpläne aufgestellt, die selbst gesetzte Klimaschutzziele und -maßnahmen enthalten, ohne dass diese Rechtsverbindlichkeit entfalten.¹⁵ Die Art der Aufstellung, Ziele und Maßnahmen sind derart divergierend,¹⁶ dass hier eine vergleichende Untersuchung eine Forschungslücke füllen würde.

10 Zengerling (Fn. 3), 9 f.

11 Zengerling (Fn. 3), 10; vgl. Aust (Fn. 9), 658.

12 Online https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/pact-of-amsterdam_de.pdf.

13 Vgl. näher Zengerling (Fn. 3), 6 f.

14 M. Rodi, Kommunale Handlungsmöglichkeiten in der Energie- und Klimapolitik – Status Quo und Reformansätze, IR 2012, 242 (242).

15 Zengerling (Fn. 3), 10 f.; für die Stadt Hamburg: A. Engels/M. Wickel/J. Knieling/N. Kretschmann/K. Walz, Lokale Klima-Governance im Mehrebenensystem: formale und informelle Regelungsformen, in: von Storch/Meinke/Claußen (Hrsg.), Hamburger Klimabericht, Wissen über Klima, Klimawandel und Auswirkungen in Hamburg und Norddeutschland, 2018, S. 265 (275).

16 Zengerling (Fn. 3), 11 f.

III. Verpflichtungen der Städte zum Klimaschutz

Angesichts dieser zum Teil erkennbaren, allerdings zum Teil doch sehr zurückhaltenden Übernahme von Verantwortung durch Kommunen für den Klimaschutz und die Klimaanpassung auf der internationalen, europäischen und lokalen Politikebene stellt sich die Frage, ob und falls ja, welche Pflichten Städten und Gemeinden für den Klimaschutz zukommen.

1. Völkerrechtliche Verpflichtungen

Völkerrechtliche Verpflichtungen der Kommunen zum Klimaschutz existieren nicht. Weder die Klimarahmenkonvention noch das Pariser Übereinkommen adressieren Kommunen explizit. Sie sind keine Völkerrechtssubjekte – auch nicht in Form von Städtenetzwerken –, sondern werden nach wie vor als Teile von Staaten erachtet. Dass dies ggf. zu ändern sein könnte oder sollte, bedarf der weiteren Diskussion – auch hinsichtlich der Risiken.¹⁷

2. Unionsrechtliche Verpflichtungen

Unionsrechtliche Verpflichtungen für Kommunen, Klimaschutzziele sowie Klimaschutz- und -anpassungsmaßnahmen zu erlassen, bestehen explizit nicht. Kommunen sind direkte Adressaten des Unionsrechts, wenn die EU die Handlungsform der Verordnung wählt (Art. 288 AEUV). Dies ist im Umwelt-, respektive Klimaschutzbereich regelmäßig nicht der Fall. Die klimaschutzbezogenen Umweltmaßnahmen – wie etwa die Hochwasserschutz-Richtlinie¹⁸ – adressieren die Mitgliedstaaten, die dann wiederum auch Kommunen in die Pflicht nehmen können.

Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Wahl der Richtlinie als Handlungsform im EU-Klimarecht bilden jüngst die Governance-Verordnung

17 Aust (Fn. 9), 701; in Ansätzen zu Letzterem als Verantwortung in Zeiten der Internationalisierung und Europäisierung vgl. bereits: D. Ehlers, Verantwortung im Öffentlichen Recht, DV 2013, 467 (476 ff.).

18 Richtlinie 2007/60/EG v. 23. Oktober 2007 über die Bewertung und das Management von Hochwasserrisiken, ABL. L 288 v. 6.11.2007, S. 27–34.

(EU) 2018/1999 zur Errichtung einer Europäischen Energieunion¹⁹ und das Europäische Klimagesetz (Verordnung (EU) 2021/1119)²⁰. Beide Verordnungen verpflichten allerdings nicht unmittelbar Kommunen, sondern mit ihren Zielsetzungen und Maßnahmen die Mitgliedstaaten, die zur Aufstellung nationaler Energie- und Klimapläne verpflichtet werden und ihre Zielsetzungen und Inhalte selbst gestalten können.²¹

3. Verfassungsrechtliche Verpflichtungen

Die Kommunen sind – wie der Bund und die Länder – an die Staatsziele und damit auch an das Staatsziel Umweltschutz gebunden, wenn sie Recht setzen oder vollziehen.²² Mit seinem Klimaschutzbeschluss vom 24. März 2021²³ hat das BVerfG die Klimaschutzdimension des Art. 20a GG zu einer Maßstabsfunktion fortentwickelt. Indem der Bundesgesetzgeber sich in § 1 S. 3 KSG (2019) zu den Pariser Klimazielen, dem Nichtüberschreiten von 1,5/2 Grad Celsius globaler Erderwärmung und Klimaneutralität bis 2050 bekannt hat, hat er zugleich von seiner Konkretisierungsprärogative des Klimaschutzgebots des Art. 20a GG Gebrauch gemacht.²⁴ Das Staatsziel Umweltschutz fungiert so als Maßstab zur Überprüfung der von den Beschwerdeführer:innen monierten CO₂-Minderungslasten des KSG. Aus dem vom IPCC im 1,5 Grad-Bericht²⁵ errechneten weltweiten CO₂-Restbudget hat das BVerfG unter Berufung auf ein Gutachten des Sachverständigenrats für Umweltfragen mittels eines Pro-Kopf-Ansatzes ein deutsches Budget bestimmt.²⁶ Das BVerfG erkannte richtigerweise, dass dieses Budget

19 Verordnung (EU) 2018/1999 v. 11. Dezember 2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, ABl. L 328 v. 21.12.2018, S. 1–77.

20 Verordnung (EU) 2021/1119 v. 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität; ABl. L 243 v. 9.7.2021, S. 1–17.

21 Insofern handelt es sich im Kern um Richtlinien im Mantel einer Verordnung; hierzu: S. Schlacke/M. Knodt, Das Governance-System für die Europäische Energieunion und für den Klimaschutz, ZUR 2019, 404 (406).

22 BVerwG NVwZ 2006, 595 (596 Rn. 21); H. D. Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. 2020, Art. 20a Rn. 18 ff.

23 BVerfGE 157, 30 (30 ff.); hierzu bereits ausf.: Schlacke, Klimaschutzrecht – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, 912 (912 ff.); knapper Schlacke, Klimaschutzrecht im Mehrebenensystem, NVwZ 2022, 905 (909 ff.).

24 BVerfGE 157, 30 (144 Rn. 208 ff.).

25 S.o. unter I.

26 BVerfGE 157, 30 (60 Rn. 36), (150 f. Rn. 215 ff.).

nicht zahlengenau sei und Unsicherheiten aufweise.²⁷ Es gelangte mit diesem Budgetansatz allerdings zu dem Ergebnis, dass das deutsche THG-Budget mit den vom KSG in der entscheidungsgegenständlichen Fassung (2019) erlaubten CO₂-Emissionen zwar bis 2030 noch nicht vollständig, aber weitgehend aufgezehrt werden würde.²⁸ Danach hätten sehr starke Eingriffe in die Freiheiten der ab 2030 Lebenden erfolgen müssen. Das BVerfG kam zu dem Schluss, dass der Gesetzgeber mit dem KSG die grundrechtsschonende Verteilung der CO₂-Minderungslasten über die Zeit nicht ausreichend berücksichtigt und transparent gemacht und damit seiner intertemporalen Freiheitsicherungspflicht nicht ausreichend Rechnung getragen habe, so dass das KSG mangels eines klaren Minderungspfads ab 2030 bis zur Klimaneutralität 2050 eine eingriffsähnliche Grundrechtsvorwirkung entfaltete.²⁹

Übertragbar auf die Kommunen ist ein solcher – nicht mit Verfassungsrang ausgestatteter, sondern lediglich als Argumentationshilfe entwickelter – Budgetansatz nicht. Die Kommunen haben kein verfassungs- oder bundesrechtlich zugewiesenes THG-Budget zu bewirtschaften und einzuhalten. Das hat das BVerfG in seinem Nichtannahmebeschluss vom 18. Januar 2022 zwar lediglich in Bezug auf die Länder klargestellt: Kraft der aus „Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20a GG“ resultierenden intertemporalen Freiheitssicherungspflicht seien sie weder verpflichtet, ein Klimaschutzgesetz zu erlassen, noch vorhandene Klimaschutzziele oder Minderungspfade zu verschärfen.³⁰ Diese Entscheidung ist auch auf Gemeinden übertragbar. Den Ländern obliegt, bei der Gesetzgebung und dem Vollzug von Gesetzen das aus Art. 20a GG resultierende Klimaschutzgebot zu befolgen,³¹ aber nur im Rahmen der vorhandenen föderalen Kompetenzordnung. Eine „wenigstens grob überprüfbare Gesamtreduktionsgröße“ liegt weder kraft Verfassungs-, Bundes- oder Landesrechts für die Länder vor.³² Länderspezifische Reduktionsvorgaben können nicht unmittelbar der Verfassung entnommen werden.³³ Art. 20a GG gebietet auch nicht, das natio-

27 BVerfGE 157, 30 (153 f. Rn. 220 ff.).

28 BVerfGE 157, 30 (159 Rn. 233.).

29 BVerfGE 157, 30 (163 ff. Rn. 243 ff.).

30 BVerfG NJW 2022, 844; s. hierzu bereits: *Schlacke* (Fn. 23), 910 f.

31 BVerfG NJW 2022, 844 (846 Rn. 16).

32 BVerfG NJW 2022, 844 (846 Rn. 14).

33 BVerfG NJW 2022, 844 (846 Rn. 16) mit Verweis auf: *M. Wickel*, Das Bundes-Klimaschutzgesetz und seine rechtlichen Auswirkungen, ZUR 2021, 332 (337 f.); *G. Hermes*, Klimaschutz durch neue Planungsinstrumente im föderalen System, EurUP 2021, 162

nale CO₂-Budget, welches das BVerfG für die Beurteilung des KSG herangezogen hat, auf die Länder herunterzubrechen: Es obliegt vielmehr dem Bundesgesetzgeber, ggf. CO₂-Emissionsbudgets oder CO₂-Minderungslasten auf die Länder zu verteilen.³⁴ Von dieser Konkretisierungsmöglichkeit hat der Bundesgesetzgeber keinen Gebrauch gemacht.³⁵

Das BVerfG begrenzt die intertemporale Freiheitssicherung damit zum einen sehr eng auf Konstellationen, in denen eine etwa naturwissenschaftlich begründbare Budgetierung von THG-Verschmutzungsmengen möglich ist.³⁶ Zum anderen stellt es klar, dass es dem Bundesgesetzgeber überlassen ist, ob und wie er das CO₂-Budget auf die Länder verteilt. Es weist darauf hin, dass ein einfaches „Herunterbrechen“ des Bundes-Restbudgets durch die Länder jedenfalls Schwierigkeiten bereiten könnte, da die Länder in den Gesetzgebungsbereichen, die für den Klimaschutz relevant sind, aufgrund der Bundes-Gesetzgebungskompetenzen nur begrenzten Einfluss haben.³⁷

Die aus den Freiheitsgrundrechten und Art. 20a GG resultierende Pflicht zur intertemporalen Freiheitssicherung gilt zwar auch für Kommunen. Mangels einer konkreten THG-Budgetierung für die Gemeinden, die allenfalls durch den Landesgesetzgeber erfolgen könnte, bestehen keine konkreten Pflichten für die Kommunen. Insoweit ist die Rechtsprechung des BVerfG bezüglich der Landes-Klimaschutzgesetze auf die Kommunen übertragbar.

(166, 170 f.); W. Köck/L. Kohlrausch, Klimaschutzgesetzgebung im Bundesstaat – Zur Zukunft der Landesklimaschutzgesetze, ZUR 2021, 610 (610 ff.).

34 BVerfG NJW 2022, 844 (846 Rn. 16 f.).

35 BVerfG NJW 2022, 844 (846 Rn. 17): „Derzeit existieren im Bundesrecht jedenfalls keine auf die einzelnen Länder bezogenen Gesamtreduktionsvorgaben, in deren Rahmen landesrechtliche Emissionsregelungen eingriffsähnliche Grundrechtsvorwirkung entfalten könnten, wenn sie kurzfristig zu große Mengen an CO₂-Emissionen zuließen.“

36 S. auch: G. Britz, Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NVwZ 2022, 825 (832); hierzu auch: C. Franzius, Der Klimabeschluss des BVerfG – Eine verfassungsrechtliche Einordnung, KlimR 2022, 102 (105, 107).

37 BVerfG NJW 2022, 844 (845 Rn. 13); vgl. Wickel (Fn. 33), 337 f.; ausf. zum Status Quo: Köck/Kohlrausch (Fn. 33), 612 ff.

4. Bundesrechtliche Verpflichtungen

Aufgrund des Aufgabenübertragungsverbots des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ist es dem Bund verwehrt, verpflichtende neue Aufgaben des Klimaschutzes und der Klimaanpassung auf die Kommunen zu übertragen.³⁸ Verfassungsrechtlich zulässig ist indes, die Kommunen zur Berücksichtigung der Klimaschutzziele des § 3 KSG beim Vollzug von Bundesrecht zu verpflichten, wie es § 13 KSG vorsieht.³⁹

a) Das Berücksichtigungsgebot des § 13 KSG

§ 13 Abs. 1 S. 1 KSG sieht vor, dass Träger öffentlicher Aufgaben bei ihren Planungen und Entscheidungen den Zweck des KSG und die hierzu festgelegten Klimaschutzziele zu berücksichtigen haben.⁴⁰ Diese Pflicht trifft neben dem Bund und den Länder auch die Kommunen.⁴¹ § 13 Abs. 1 S. 1 KSG ist keine Konkretisierung des verfassungsrechtlich verankerten Klimaschutzgebots und der intertemporalen Freiheitssicherungspflicht, da insbesondere letztere auf Einzelentscheidungen – wie sie § 13 KSG voraussetzt – keine Anwendung findet.⁴²

Aus Satz 2 des § 13 Abs. 1 KSG folgt, dass § 13 Abs. 1 S. 1 KSG Landesverwaltungen und Kommunen nur beim Vollzug von Bundesrecht bindet, was den kompetenzrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes Rechnung trägt.⁴³ Das Berücksichtigungsgebot beschränkt somit nicht die Kompetenzen der einzelnen Gebietskörperschaften (Gemeinden, Gemeindeverbände), die es innerhalb ihrer jeweiligen Verantwortungsbereiche ausgestalten können (§ 13 Abs. 1 S. 2 KSG). Aus der Auslegung von § 13 Abs. 1 S. 1 KSG resultiert, dass das Berücksichtigungsgebot beim Vollzug von Bundesrecht nicht nur

38 Rodi (Fn. 14) 72, 244.

39 Hierzu bereits *Schlacke*, Bundes-Klimaschutzgesetz: Klimaschutzziele und -pläne als Herausforderung des Verwaltungsrechts, EurUP 2020, 338 (342 ff.), sowie ausf.: *Schlacke* (Fn. 23), 911 und *Schlacke*, Klimaschutzgesetzgebung und Klimaschutzplan: Kohärentes Schutzkonzept oder klimapolitisches Feigenblatt?, in: Bitburger Gespräche: Jahrbuch 2021, S. 71 (79 f.).

40 Ausf. z.B.: J. Scharlau/L. v. Swieykowski-Trzaska/F. Keimeyer/S. Klinski/S. Sina, Das Bundes-Klimaschutzgesetz, NVwZ 2020, 1 (5 f.); *Schlacke* (Fn. 23), 911.

41 F. Fellenberg, in: Fellenberg/Guckelberger, Klimaschutzrecht, 2022, § 13 KSG Rn. 8.

42 So explizit BVerfG NJW 2022, 844 (845 Rn. 12).

43 Scharlau/Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/Klinski/Sina (Fn. 40), 5; A. Schink, Das Berücksichtigungsgebot des § 13 Klimaschutzgesetz, NuR 2021, 1 (2); *Schlacke* (Fn. 23), 911.

die übergreifenden Ziele des § 3 KSG sondern grundsätzlich auch die Minderungsziele des § 4 KSG umfasst.⁴⁴ „Ohne eine weitere quantifizierende Ausdifferenzierung kann dies jedoch nur die Berücksichtigung eines allgemeinen Klimaschutzbelangs bedeuten.“⁴⁵ Handelt es sich nicht um den Vollzug von Bundesrecht, wird an Verwaltungen und Kommunen lediglich appelliert, einen allgemeinen Klimaschutzbelang zu berücksichtigen.⁴⁶

Das Berücksichtigungsgebot umfasst behördliche Entscheidungen mit Spielräumen (Beurteilungs-, Ermessens- und Abwägungsspielräume).⁴⁷ Für Kommunen entfaltet das Berücksichtigungsgebot damit vor allem im Rahmen der Bauleitplanung (§ 1 Abs. 2 und 7 BauGB), der Innenbereichssatzungen (§ 34 Abs. 4, 5, 6 BauGB), Sanierungssatzungen (§ 142 Abs. 3 BauGB) und Entwicklungssatzungen (§ 165 Abs. 6 BauGB) seine Bedeutung.⁴⁸ § 13 Abs. 1 KSG gilt nicht für gebundene Entscheidungen.⁴⁹ Die Vorschrift bezieht sich auf „Verwaltungsentscheidungen mit Außenwirkung als auch Entscheidungen ohne Außenwirkung, wie die Verwaltung eigenen Vermögens, Beschaffung oder andere wirtschaftliche Aktivitäten“⁵⁰. Liegen in solchen Fällen die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung bspw. nach dem BImSchG oder im Baurecht vor, ist eine Genehmigung zu erteilen.⁵¹ Zieht man hier abermals den Klimaschutzbeschluss des BVerfG heran, ist es nunmehr am Gesetzgeber, den Klimaschutz derart zu berücksichtigen, dass die Freiheitsausübung intertemporal gesichert bleibt.⁵² Dies kann durchaus auch bedeuten, die Voraussetzungskataloge gebundener Genehmigungsentscheidungen bspw. im BImSchG

44 S. auch: R. Verheyen/K. Schayani, Der globale Klimawandel als Hindernis bei der Vorhabengenehmigung, ZUR 2020, 412 (419); Schlacke (Fn. 23), 911; ausf. Schlacke, Fn. 39, S. 75.

45 Schlacke (Fn. 23), 911; vgl. Schlacke (Fn. 39), 345.

46 Scharlau/Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/Klinski/Sina (Fn. 40), 5; Schink (Fn. 43), 2; Schlacke (Fn. 23), 911.

47 BT-Drs. 19/14337, S. 36; Schlacke (Fn. 39), 341; Scharlau/Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/Klinski/Sina (Fn. 40), 6; Schlacke (Fn. 23), 911.

48 Fellenberg (Fn. 43), § 13 KSG Rn. 11 f.

49 M. Uechtritz/M. Ruttloff, Der Klimaschutz-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, Auswirkungen auf Planungs- und Genehmigungsentscheidungen, NVwZ 2022, 9 (13) am Beispiel des BImSchG.

50 BT-Drs. 19/14337, S. 36.

51 Unbenommen bleibt, dass z.B. die Berücksichtigung des Vorsorgegrundsatzes Teil des Kriterienkatalogs sein kann, der zur Erteilung der Genehmigung erforderlich ist: Uechtritz/Ruttloff (Fn. 49), 13 f.

52 Vgl. Uechtritz/Ruttloff (Fn. 49), 14.

oder im Baurecht im Hinblick auf ihre Tauglichkeit zur Erreichung der Klimaziele zu überprüfen.

§ 13 Abs.1 S.1 KSG gebietet keinen allgemeinen Vorrang des Klimaschutzbelangs in der Abwägung.⁵³ Um eine angemessene Gewichtung des Klimaschutzziels als Belang vornehmen zu können, ist indes zunächst eine Ermittlung und Bewertung der Umweltauswirkungen von Entscheidungen notwendig. Für Verwaltungsbereiche, die nicht bereits der UVP oder SUP unterfallen, z.B. der öffentliche Nah- und Fernverkehr, entsteht diese Verpflichtung erst über das KSG. D.h., sollte die Abwägung zu Lasten des Klimaschutzbelangs ausfallen, wäre eine Art vorherige Klimaverträglichkeitsprüfung Voraussetzung hierfür.⁵⁴ Zwecks Operationalisierung könnte hier die Erarbeitung eines Kriterienkatalogs hilfreich sein. Zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang die Einführung einer Art Schattenpreises mit der ersten KSG-Novelle für die Messung der Klimaverträglichkeit: Nach § 13 Abs.1 S.3 KSG ist bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung auf Bundesebene für die Vermeidung oder Verursachung von Treibhausgasemissionen ein CO₂-Preis, mindestens der nach § 10 Abs.2 BEHG gültige Mindestpreis oder Festpreis zugrunde zu legen.⁵⁵

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden: Die über das KSG erfolgte Quantifizierung des Klimaschutzziels und der Jahresemissionsmengen und damit des Belangs Klimaschutz erhöht in jedem Fall die Begründungs- und Rechtfertigungslast und macht den Belang im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle verwaltungsbehördlicher Entscheidungen transparenter und damit kontrollierbarer.

b) 2 %-Flächenziel für Windenergieausbau als Ausweisungspflicht (auch) für Kommunen?

Um die jüngst im EEG 2023⁵⁶ erhöhten Ausbauziele für erneuerbare Energien⁵⁷ zu erreichen, sind Flächenziele für den Ausbau der Windenergie an

53 Fellenberg (Fn. 43), § 13 KSG Rn. 26; Scharlau/Swiekowski-Trzaska/Keimeyer/Klinski/Sina (Fn. 40), 6; Schlacke (Fn. 39), 343; M. Kment, Klimaschutzziele und Jahresemissionsmengen – Kernelemente des neuen Bundes-Klimaschutzgesetzes, NVwZ 2020, 1537 (1544); Schlacke (Fn. 23), 911.

54 Enger: Fellenberg (Rn. 43) § 13 KSG Rn. 32 ff.

55 Schlacke (Fn. 23), 911.

56 BGBl. I v. 28.7.2022, S. 1247.

57 Vgl. auch BT-Drs. 20/1630.

Land durch das Anfang Februar 2023 in Kraft getretene Windenergieflächenbedarfsgesetz (WindBG)⁵⁸ festgelegt worden. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 WindBG ist in jedem Bundesland ein prozentualer Anteil der Landesfläche nach Maßgabe der Anlage 1 (Flächenbeitragswert) für die Windenergie an Land zeitlich gestaffelt (2026, 2032) für sog. Windenergiegebiete⁵⁹ auszuweisen. Das Gesamtziel von 2 % der Bundesfläche wird durch einen Verteilungsschlüssel sachgerecht und transparent zwischen den Ländern, aber nicht weiter auf die Kommunen verteilt.⁶⁰ Den Ländern wird also explizit ein Spielraum eröffnet, die Flächenziele im Rahmen ihres individuellen Planungssystems umzusetzen. Die Art und Weise der planerischen Steuerung von Windenergieanlagen kann also durch Raumplanung der Landesregierung (Landesentwicklungsplanung), Regionalplanung der zuständigen Planungsträger oder durch Bauleitplanung der Kommunen erfolgen (vgl. § 3 Abs. 2 WindBG).⁶¹ Werden die Flächenbeitragswerte nicht eingehalten, ergibt sich die Rechtsfolge aus § 249 Abs. 7 BauGB:⁶² Windenergieanlagen sind im gesamten, von der Zielverfehlung betroffenen Planungsraum privilegiert und Mindestabstandsregelungen auf der Grundlage des § 249 Abs. 3 BauGB sind nicht mehr anwendbar. Verbindliche Flächenziel-Vorgaben für Kommunen durch die Länder sind damit vermutlich nur eine Frage der Zeit.

5. Landesrechtliche Verpflichtungen

Die Länder können die Kommunen zum Klimaschutz verpflichten und Aufgaben übertragen. Sie müssen es ggf. sogar, wenn z.B. die Vorgaben des

58 Art. 1 des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land, BGBl. I v. 28.7.2022, S. 1353.

59 „Windenergiegebiete“ sind gemäß § 2 Nr. 1 WindBG „folgende Ausweisungen von Flächen für die Windenergie an Land in Raumordnungs- oder Bauleitplänen: a) Vorranggebiete und mit diesen vergleichbare Gebiete in Raumordnungsplänen sowie Baugebiete in Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen; b) für die Flächenbeitragswerte nach Anlage 1 Spalte 1 zusätzlich Eignungs- und Vorbehaltsgebiete in Raumordnungsplänen, wenn der Raumordnungsplan spätestens am 24.2.2024 wirksam geworden ist“.

60 BT-Drs. 20/2355, S. 2.

61 Vgl. BT-Drs. 20/2355, S. 6.

62 BGBl. I v. 28.7.2022, S. 1359 ff.; vgl. Auch BT-Drs. 20/2355, S. 13.

Windenergieflächenbedarfsgesetzes eingehalten werden sollen.⁶³ Im Rahmen der Landes-Klimaschutzgesetze finden sich bereits Pflichten für die Gemeinden: So hat bspw. das Land Rheinland-Pfalz – wie der Bund – eine Pflicht zur Berücksichtigung der „Belange des Klimaschutzes“ beim Vollzug von Landesrecht in § 9 Abs. 2 S. 1 LKSG Rh.-Pf. verankert. Eine Orientierung an Landes-Klimaschutzzielen und damit ggf. die Pflicht zur Budgetierung fehlt indes.

Das Land NRW hat in seinem 2021 novellierten Klimaschutzgesetz die Pflicht zum Klimaschutz für öffentliche Stellen, die nicht der Landesregierung angehören, hervorgehoben: Gem. § 5 Abs. 1 KSG NRW haben diese ebenfalls eine Vorbildfunktion beim Klimaschutz, insb. zur Minderung der Treibhausgase. Explizit adressiert § 5 Abs. 2 KSG NRW Gemeinden und Gemeindeverbände: Sie erfüllen mit Unterstützung der Landes die Vorbildfunktion in eigener Verantwortung.⁶⁴

Daneben können die Länder Aufgaben – wie etwa die Pflicht zur Erstellung kommunaler Wärme- und Mobilitätspläne – per Gesetz auf die Kommunen übertragen.⁶⁵ Die Landes-Klimaschutzgesetze enthalten teilweise Bestimmungen für Gebäude, wie eine Photovoltaik-Pflicht für neue Gebäude ab 2022 in Baden-Württemberg⁶⁶ oder einen ganzen Katalog von Maßgaben für Gebäude, wie das Hamburger KSG, das z.B. eine Nutzungspflicht eines Anteils von mindestens 15 % an erneuerbaren Energien bei der Wärmeversorgung im Falle des Austausches oder nachträglichen Einbaus von Heizungsanlagen nach dem 30.6.2021 vorsieht.⁶⁷

Insgesamt werden die Gemeinden bislang nicht mit intensiven rechtlichen Pflichten zu Klimaschutz- und Klimaanpassungsmaßnahmen kraft Landesrecht belastet. Hier besteht noch erhebliches Steuerungspotenzial in Richtung Beschränkung oder Erweiterung der Gestaltungsfreiheit der Kommunen.⁶⁸ Allerdings sind die Länder auch verpflichtet, die Kommunen bei der Erfüllung dieser Aufgaben finanziell zu unterstützen.⁶⁹

63 Zu bestehenden Ansätzen in Landes-Klimaschutzgesetzen vgl. Köck/Kohlrausch (Fn. 33), 614.

64 LT-Drs. 17/12976, S. 9.

65 Bspw. § 7c ff. KSG BW.

66 § 8a Abs. 1 KSG BW.

67 § 17 Abs. 1 KSG Hamburg.

68 Rodi (Fn. 14), 243.

69 Art. 28 Abs. 2, 106 Abs. 7 GG; hierzu: H. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 3. Aufl. 2015, Art. 28 GG, Rn. 147.

IV. Gemeinden als Gestalter: Klimaschutz und -anpassung durch kommunale Selbstverwaltung

In Deutschland können willige Städte ihre transformative Kraft für den Klimaschutz vor allem im Rahmen ihrer gemäß Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Selbstverwaltungsangelegenheiten entfalten. Dass Klimaschutz nicht nur ein globaler Belang ist, sondern auch zu den örtlichen Angelegenheiten einer Kommune zählt, ist durch die Rechtsprechung zwar noch nicht explizit bestätigt worden.⁷⁰ Allerdings hat der Bundesgesetzgeber im Bauplanungsrecht etwa mit § 1a BauGB „das bisherige Dogma der örtlichen Relevanz der klimaschützenden Maßnahmen (...) bewusst aufgegeben“⁷¹. Angesichts des fortschreitenden Klimawandels und der damit verbundenen Dringlichkeit zum Handeln auf allen Ebenen kann kaum noch vertreten werden, dass sich Kommunen im Rahmen der kommunalen Allzuständigkeit nicht mit Fragen des Klimaschutzes beschäftigen dürfen.⁷² In der Folge des Klimaschutzbeschlusses des BVerfG ist es möglich, dass sich das Klimaschutzgebot zu einem Optimierungsgebot entwickelt, wenn das bundesstaatliche CO₂-Restbudget zunehmend aufgezehrt ist.⁷³ Art. 20a GG fungiert zwar weder als Kompetenzgrundlage der Kommunen für Maßnahmen ohne örtlichen Bezug,⁷⁴ noch weist der Klimaschutzbeschluss des BVerfG konkret Aufgaben zu oder erweitert diese entgegen der verfassungsmäßigen Kompetenzordnung.⁷⁵ Allerdings ist zu konstatieren, dass kommunale Selbstverwaltungsangelegenheiten fast immer auch den Klimaschutz betreffen und betreffen: so bei der Bauleitplanung, der Energieversorgung, dem örtlichen Verkehr, dem Beschaffungswesen oder der Verwaltung des kommunalen Grundeigentums. M.a.W.: Kommunale Selbstverwaltung ohne Klimabezug dürfte kaum noch existieren. Insoweit könnte auch auf Kommunen in ihrem Selbstverwaltungsbereich die Verpflichtung zukom-

70 BVerwG NVwZ 2006, 690 (691 f. Rn. 17); BVerwG NVwZ 2017, 61 (63 f. Rn. 27).

71 J. Wagner, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), Baugesetzbuch, Lfg. 133 Mai 2019 (Stand des Werkes: 148. EL Oktober 2022), § 1a Rn. 263.

72 Vgl. Rodi (Fn. 14), 243.

73 Schlacke (Fn. 23), 911.

74 BVerwG NVwZ 2006, S. 595 (596 Rn. 17, 21); K. F. Gärditz, in: Landmann/Rohmer (Hrsg.), Umweltrecht, Art. 20a GG, Rn. 29 (Stand der Kommentierung: 68. EL Februar 2013 (Stand des Werkes: 99. EL September 2022)); D. Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 20a GG, Rn. 57; Jarass (Fn. 22), Art. 20a, Rn. 24.

75 Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG; vgl. Dreier (Fn. 72), Art. 28 GG, Rn. 110 ff.; hierzu bereits Schlacke (Fn. 23), 911.

men, „dem Klimaschutz zumindest ein zunehmendes Gewicht beizumessen“⁷⁶.

1. Klimaschutz und Planungshoheit

Eine besonders transformative Selbstverwaltungsaufgabe ist die Planungshoheit, da hier auf vorgelagerter Stufe das Siedlungswesen und der Freiraumschutz für die nächsten Dekaden in Richtung Klimaneutralität gesteuert werden können.⁷⁷ Aufstellung und Änderung von Bauleitplänen zielen regelmäßig auf einen längeren Planungshorizont (20 Jahre und mehr) ab. Sie wirken damit häufig bis zum jetzt bundesweit avisierten Jahr 2045, in dem Klimaneutralität erreicht werden soll, und bilden die Grundlage für bis weit über dieses Jahr hinaus manifestierte Siedlungsstrukturen.⁷⁸

Klimaschutz und Klimaanpassung als Belange der Bauleitplanung (§§ 1 Abs. 5 S. 2, 1 Abs. 6 Nr. 7a), 1a Abs. 5 BauGB [„Klimaschutzklausel“]) sind in der Abwägung zu berücksichtigen (§ 1a Abs. 5 S. 2 BauGB).⁷⁹

Allerdings scheinen Städte Bebauungspläne als nach außen verbindlich wirkendes Instrument der kommunalen Planungshoheit bislang nur sehr zurückhaltend für Klimaschutzmaßnahmen zu nutzen: Eine empirische Untersuchung von 918 Bebauungsplänen im Zeitraum von 1990–2013 in den Großstädten Frankfurt a.M., München und Stuttgart kommt zu dem Ergebnis, dass klimarelevante Handlungsfelder selten adressiert und der bestehende Handlungsspielraum nicht ausgeschöpft wird.⁸⁰

⁷⁶ Schlacke (Fn. 23), 911.

⁷⁷ S.u. IV.2.

⁷⁸ Vgl. M. Sauthoff, Durchsetzung des Klimaschutzes im Städtebau, Überlegungen zu Änderungen des Baugesetzbuches, KlimR 2022, 11 (11).

⁷⁹ J. Albrecht, Die Stadt im Klimawandel: Handlungsfelder, Rechtsinstrumente und Perspektiven der Anpassung (climate resilient cities), ZUR 2020, 12 (14).

⁸⁰ C. J. Diepes/N. D. Müller, Klimarelevante Handlungsfelder in der verbindlichen Bauleitplanung – Nutzen deutsche Großstädte den ihnen zur Verfügung stehenden Handlungsspielraum für Klimaschutz und Klimaanpassung aus?, ZfU 2018, 288 (297 ff.; 308); s. Zengerling (Fn. 3), 10.

Dies mag u.a. daran liegen, dass die maßgeblichen Klimaschutznovellen des BauGB aus dem Jahre 2011⁸¹ und 2013⁸² datieren und vorher nur ein enger Spielraum bestand. Eine weitere Studie, die explizit die Auswirkungen dieser beiden Novellen untersucht, kommt zu dem Ergebnis, dass Kommunen, die sich schon länger mit Klimaschutzanliegen auseinandersetzen, von keiner auffälligen Änderung durch die Novellen berichten, während in Kommunen, die bereits zuvor eher zurückhaltend zugunsten des Klimaschutzes agiert haben, auch nach den Novellen dem Thema nur langsam Raum in ihrer Planung verschaffen.⁸³ Woran liegt es also, dass Gemeinden ihr Planungspotenzial bislang nicht ausnutzen?

Zum einen kann es daran liegen, dass Gemeinden die Gefahr sehen, den Klimaschutzbelang falsch zu gewichten, wenn sie ihm Vorrang oder eine Art Optimierungsaufgabe zuweisen (dazu 1) a)), zum anderen haben Kommunen ggf. die Spielräume, die ihnen das Städtebaurecht eröffnet, um dem Klimaschutz Rechnung zu tragen, noch nicht ausreichend erkannt, so dass diesbezüglich Nachsteuerungsbedarf seitens des Bundesgesetzgebers besteht (dazu 1) b)).

2. Klimaschutz in der Abwägung

Dem Klimaschutzbelang kommt grundsätzlich kein höheres Gewicht als anderen Belangen zu; auch entfaltet Klimaschutz keine Optimierungspflicht für Kommunen im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB: so die bisherige Kommentarliteratur.⁸⁴

81 Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden v. 30.7.2011, BGBl. I, S. 1509, dazu: U. Battis/M. Krautzberger/S. Mitschang/O. Reidt/B. Stürer, Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden in Kraft getreten, NVwZ 2011, 897 (897 ff.); M. Krautzberger, Gesetz zur Förderung des Klimaschutzes bei der Entwicklung in den Städten und Gemeinden, UPR 2011, S. 361 (361 ff.); C. Antweiler/A. Gabler, Klimaschutz durch Bauleitplanung, BauR 2012, 39 (39 ff.); S. Mitschang, Die Auswirkungen der Klimaschutz-Novelle auf die kommunale Bauleitplanung, DVBl. 2012, 134 (134 ff.).

82 Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiteren Fortentwicklung des Städtebaurechts v. 11.6.2013, BGBl. I, S. 1548.

83 K. Prenger-Berninghoff/A. Simon, Paragraphen als Lösung für die Stadt von Übermorgen? Planungspraktische Auswirkungen der BauGB-Novellen 2011 und 2013, in: Jahrbuch StadtRegion 2019/2020, S. 131 (140, 150).

84 U. Battis, in: U. Battis/M. Krautzberger/R.-P. Lühr (Hrsg.), Baugesetzbuch, 15. Aufl. 2022, § 1a BauGB, Rn. 37; F. Dirnberger, in: W. Spannowsky/M. Uechtritz (Hrsg.), BeckOK BauGB, 54. Aufl. 2021, § 1a BauGB, Rn. 41; Wagner (Fn. 17), § 1a, Rn. 306.

a) Stärkung des Klimaschutzbelangs durch Beschluss des BVerfG v. 23.3.2022

Dies könnte zukünftig indes anders zu beurteilen sein. So hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 23. März 2022⁸⁵ den Klimaschutzbelang als Rechtfertigungsgrund – und damit auch als Abwägungsbelang – gestärkt. In dem Verfahren ging es um die Verfassungsbeschwerde eines Vorhabenträgers für Windkraftanlagen in Mecklenburg-Vorpommern, der durch die im BüGembeteilG M-V verankerte Pflicht zur Errichtung einer Projektgesellschaft und zum Angebot von 20 % der Anteile an Gemeindegewohnen:innen und Gemeinden zwecks Steigerung der Akzeptanz eine Verletzung von Art. 12 GG sah.⁸⁶ Das BVerfG hingegen sah den hierdurch verursachten Eingriff in die Berufsfreiheit – mit Ausnahme einer einzelnen Regelung⁸⁷ – als gerechtfertigt an. Denn das BüGembeteilG M-V diene dem Ausbau der Windenergie durch eine Verbesserung der Akzeptanz für neue Anlagen.⁸⁸ Die Eignung zur Akzeptanzförderung⁸⁹ hat das BVerfG u.a. mit Meinungsumfrageergebnissen gestützt.⁹⁰ Insoweit sei jede Förderung der Nutzung von erneuerbaren Energien ein legitimes Gemeinwohlziel i.S.v. Art. 20a GG.⁹¹ Auch Maßnahmen zur Akzeptanzförderung von Anlagen dienen dem Klimaschutz, selbst wenn sie eine Maßnahme zur Bekämpfung des Klimawandels (hier: die Errichtung einer Windenergieanlage) erschweren.⁹² Hierbei kommt es nicht auf die globale Gesamtwirkung der Maßnahme für die THG-Reduzierung an.⁹³ Wie bereits beim Klimaschutzbeschluss

85 BVerfG NVwZ 2022, 861 (861 ff.); dazu *Erbguth*, DVBl 2023, 133; *Rheinschmitt*, ZUR 2022, 532; *Muckel*, JA 2022, 875; *Lehnert*, ZNER 2022, 241.

86 § 4 Abs. 1 S. 1, § 5 Abs. 1, 2 BüGembeteilG M-V.

87 BVerfG NVwZ 2022, 861 (875 Rn. 158 ff., 876 Rn. 168): Nach § 10 Abs. 6 S. 2 BüGembeteilG M-V müssen die Vorhabenträger die kaufberechtigten Gemeinden über die Gestaltung der Projektgesellschaft umfassend informieren, wenn sie das ihnen zur Wahl stehende Angebot zur Zahlung einer Abgabe anstelle einer anteiligen Projektbeteiligung machen. Dies stellt einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG dar, denn um die notwendigen Angaben machen zu können, müsste die Gründung der Projektgesellschaft bereits weit fortgeschritten sein, obwohl sich die Prämissen für die Ausgestaltung der Gesellschaft ohne Anteilerwerb durch die Gemeinde von denen mit Anteilerwerb der Gemeinde unterscheiden. Dieser Mehraufwand ist nicht angemessen.

88 BVerfG NVwZ 2022, 861 (870, Rn. 111 ff.).

89 Das Konzept eines über Akzeptanz verfolgten Klimaschutzes zu recht kritisierend und ablehnend *Erbguth*, DVBl. 2023, 131 (138 ff.).

90 BVerfG NVwZ 2022, 861 (870 Rn. 113).

91 BVerfG NVwZ 2022, 861 (869 Rn. 103 ff.).

92 BVerfG NVwZ 2022, 861 (871 Rn. 121).

93 BVerfG NVwZ 2022, 861 (871 Rn. 121).

lässt das BVerfG nicht zu, die Verantwortung von Nationalstaaten auf die internationale Staatengemeinschaft zu verschieben. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass solche Maßnahmen mit Pilotcharakter gleichartige Maßnahmen anderer Länder nach sich ziehen können.⁹⁴

b) Gewichtung des Klimaschutzbelangs in jüngerer verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung

Die Tendenz der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, den Klimaschutzbelang in Abwägungsentscheidungen zu stärken, lässt sich auch als vorsichtiger Trend in der diese Judikatur rezipierenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung identifizieren.⁹⁵

Einige Entscheidungen stellen klar, dass Klimaschutz kein Optimierungsgebot bei Abwägungsentscheidungen im B-Plan darstelle.⁹⁶ Auch die Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 20a GG verändere nicht das Gewicht des Klimaschutzbelangs in der Abwägung.⁹⁷ Es sei in den Händen des Gesetzgebers, die Regelungen des BauGB entsprechend zu verändern.⁹⁸ Nach dem OVG Hamburg stelle Art. 20a GG keine Generalermächtigung zur Ersetzung des Kanons statthafter Festsetzungstypen im B-Plan dar.⁹⁹ Mehrere Gerichte betonten, dass Art. 20a GG keine subjektiven Rechte vermittele.¹⁰⁰ Weiter könne Art. 20a GG nach dem OVG NRW nicht zur Begründung einer Veränderungssperre nach § 14 BauGB herangezogen werden¹⁰¹ oder einen vorläufigen Räumungsstopp bezüglich des Braunkohleabbaus Garzweiler II begründen.¹⁰² Es sei allein der Gesetzgeber berufen, den Klimaschutzbelang zunächst gesetzlich stärker bzw. die Energie- und Klimapoli-

94 BVerfG NVwZ 2022, 861 (874 Rn. 146).

95 Sauthoff (Fn. 78), 11 f. Vgl. auch jüngst die Rechtsprechungsanalyse bei v. Weschpfenig, ZfL 32 (2023), 1 (16 ff.).

96 OVG BB, Beschluss vom 25.1.2022 – OVG 10 S 17/21, BeckRS 2022, 899 (Rn. 48).

97 OVG BB, Beschluss vom 25.1.2022 – OVG 10 S 17/21, BeckRS 2022, 899 (Rn. 49).

98 OVG BB, Beschluss vom 25.1.2022 – OVG 10 S 17/21, BeckRS 2022, 899 (Rn. 49).

99 OVG Hamburg, Urteil vom 31.3.2022 – 2 E 18/20.N, BeckRS 2022, 12988 (Rn. 74).

100 OVG NRW, Urteil vom 22.11.2021 – 8 A 973/15, Rn. 238 – juris; OVG NRW, Beschluss vom 29.12.2021 – 20 B 1690/21, Rn. 70 – juris; VG Augsburg, Urteil vom 16.9.2021 – Au 5 K 20.980, Rn. 73 – juris; VG Düsseldorf, Beschluss vom 22.10.2021 – 17 L 1475/21, Rn. 170 – juris.

101 OVG NRW, Urteil vom 13.9.2021 – 2 D 134/20.NE, Rn. 43 – juris.

102 OVG NRW, Beschluss vom 28.3.2022 – 21 B 1676/21, Rn. 25 – juris.

tik grundsätzlich auszugestalten.¹⁰³ Nach dem VG Frankfurt reduziere Art. 20a GG das Ermessen in Bezug auf eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis für Kabelkanäle, um Ladesäulen für E-Fahrzeuge anzuschließen, nicht auf Null.¹⁰⁴

Auf der anderen Seite stellte der VGH Baden-Württemberg fest, dass das Klimaschutzgebot nach § 13 Abs. 1 S. 1, 2 KSG, § 3 Abs. 2 Nr. 1, § 2 S. 2, § 7 Abs. 4, § 8 KSG BW auch für Kommunen gelte.¹⁰⁵ Es gebiete eine besonders sorgfältige planerische Abwägung im Hinblick auf den Klimaschutz, auch wenn es keinen Vorrang vor anderen Belangen habe: Ein vollständiger Verzicht auf die Ausweisung neuer Baugebiete war über das Klimaschutzgebot nicht zu rechtfertigen.¹⁰⁶ In Betracht zu ziehen seien vielmehr auch Festsetzungen in späteren B-Plänen oder die Entwicklung von Klimaschutzplänen, um dem Klimaschutzgebot Rechnung zu tragen.¹⁰⁷ Das VG Freiburg stellte darüber hinausgehend fest: „Die Verpflichtung zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen ist als Staatsziel ausgestaltet, das heißt, die staatliche Gewalt ist verfassungsrechtlich verpflichtet, das Gemeinschaftsgut ‚natürliche Lebensgrundlagen‘ im Sinne eines Optimierungsgebotes zu schützen.“¹⁰⁸ Auch Gemeinden als untergesetzliche Normgeber müssten Art. 20a GG Rechnung tragen.¹⁰⁹ Das VG Braunschweig entschied im Rahmen einer Abwägung zwischen den Interessen des Denkmalschutzes und des Klimaschutzes, dass diese aufgrund der nur geringfügig störenden Wirkung einer Photovoltaikanlage zugunsten des Klimaschutzes ausfalle.¹¹⁰ Die Errichtung der Photovoltaikanlage erfolge im öffentlichen Interesse, wobei insbesondere hier ein Ratsbeschluss der Stadt dem Klimaschutzbelang hohes Gewicht verleihe, wenn auch keinen unbedingten Vorrang und ein Ausgleich der Interessen im Einzelfall erforderlich bleibe.¹¹¹ Auch wenn das OVG Sachsen-Anhalt ebenfalls im Fall einer denkmalschutzrechtlichen Genehmigung einer Solarthermieanlage den Denkmalschutz höher gewichtete als den Klimaschutz und feststellte, dass sich aus Art. 20a GG kein unbe-

103 OVG NRW, Urteil vom 13.9.2021 – 2 D 134/20.NE, Rn. 43 – juris; OVG NRW, Beschluss vom 28.3.2022 – 21 B 1676/21, Rn. 25 – juris.

104 VG Frankfurt, Urteil vom 18.2.2022 – 12 K 540/21.F, Rn. 18 – juris.

105 VGH BW, Urteil vom 6.7.2021 – 3 S 2103/19, Rn. 166 – juris.

106 VGH BW, Urteil vom 6.7.2021 – 3 S 2103/19, Rn. 166 f. – juris.

107 VGH BW, Urteil vom 6.7.2021 – 3 S 2103/19, Rn. 167 – juris.

108 VG Freiburg, Urteil vom 16.6.2021 – 1 K 5140/18, Rn. 47 – juris.

109 VG Freiburg, Urteil vom 16.6.2021 – 1 K 5140/18, Rn. 47 – juris.

110 VG Braunschweig, Urteil vom 10.11.2021 – 2 A 13/21, Rn. 29 – juris.

111 VG Braunschweig, Urteil vom 10.11.2021 – 2 A 13/21, Rn. 34 f. – juris.

dingter Vorrang gegenüber dem Denkmalschutz ergäbe, führe Art. 20a GG aber dazu, dass dem Interesse an der Energieeinsparung im Rahmen der Abwägung eine „verstärkte Durchsetzungsfähigkeit“ beizumessen sei und unter Berücksichtigung des Einzelfalls eher Einschränkungen des Denkmalschutzes hinzunehmen seien, „als dies ohne Art. 20a GG der Fall wäre“.¹¹² Das VG Darmstadt stützte seine Begründung für die Rechtmäßigkeit der Genehmigungsentscheidung einer Windenergieanlage als Ausnahme von den strengen artenschutzrechtlichen Anforderungen nach § 45 Abs. 7 BNatSchG auch auf den Klimaschutz.¹¹³ Das VG Leipzig entschied, in einer Fahrradstraße sei das Ergebnis der Abwägung, dass touristischer Linienverkehr nachrangig zur Sicherheit des Radverkehrs sei, nicht zu beanstanden; denn die Förderung der Attraktivität des Radverkehrs sei u.a. allgemein anerkanntermaßen ein Mittel zur Reduzierung der Treibhausgasemissionen und damit zur Förderung des Klimaschutzes.¹¹⁴

Was bedeutet diese – teils erheblich divergierende – Rechtsprechung nun konkret für die Kommunen, insbesondere für ihre Bauleitplanung? Kommunen müssen zukünftig hinterfragen, ob dem Klimaschutzbelang (Stichwort: fortschreitende Aufzehrung des bundesweiten CO₂-Budgets oder Überschreiten der Jahresemissionsmengen durch die Bundesressorts) ein stärkeres Gewicht in der Abwägung zukommt. Denn das relative Gewicht des Klimaschutzgebots nimmt in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel zu.¹¹⁵ Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Bundesregierung zunehmend ihre Jahresemissionsmenvorgaben verfehlt. Der Belang des Klimaschutzes steigt also in seinem Gewicht auch für die kommunale Bauleitplanung, wenn das nationale CO₂-Budget weitgehend aufgezehrt ist.

Welche Gewichtung die Gemeinde dem Klimaschutzbelang konkret beizumessen hat, ist nur schwer quantifizierbar. Jedenfalls können aber eine Nichtberücksichtigung oder eine schwache Gewichtung des Klimaschutzbelangs kaum noch begründet werden.

112 OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 10.6.2022 – 2 L 21/20.Z, Rn. 6, Ls. – juris.

113 VG Darmstadt, Urteil vom 4.11.2021 – 6 K 826/17.DA, Rn. 353 – juris.

114 VG Leipzig, Urteil vom 13.10.2021 – 1 K 1108/20, Rn. 58 – juris.

115 BVerfGE 157, 30, Ls. 2: „Dabei nimmt das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel zu.“

3. Weitere kommunale Spielräume ausnutzen, Unsicherheiten beseitigen

Das allgemeine und besondere Städtebaurecht enthält schon jetzt eine Angebotspalette, um dem Belang Klimaschutz Rechnung zu tragen: So können in Flächennutzungsplänen Anlagen, Einrichtungen und sonstige Maßnahmen, die dem Klimaschutz und der Anpassung an den Klimawandel dienen (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b und c BauGB), dargestellt werden. In B-Plänen sind Festsetzungen von Flächen für Anlagen und Einrichtungen zur dezentralen und zentralen Erzeugung, Verteilung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung (§ 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB) möglich sowie Festsetzungen von Gebieten, in denen bei der Errichtung von Gebäuden oder bestimmten sonstigen baulichen Anlagen bestimmte bauliche und sonstige technische Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung getroffen werden müssen (§ 9 Abs. 1 Nr. 23 b BauGB).

Unsicherheiten der Kommunen bestehen möglicherweise bei folgenden Fragestellungen:

- Unter welchen Voraussetzungen ist ein Bauleitplan aus Klimaschutzgründen erforderlich?
- Unter welchen Voraussetzungen sind Sanierungs- und Umbausatzungen erforderlich?
- Welche Funktionen kommt dem Klimaschutzbelang im Aufstellungsverfahren und hinsichtlich des Fehlerfolgenregimes zu?

a) Klimaschutz als Planrechtfertigungsgrund

Bauleitpläne sind aufzustellen, sobald und soweit dies für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist (§ 1 Abs. 3 S. 1 BauGB). § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB legt fest, dass Bauleitpläne dazu beitragen sollen, eine menschenwürdige Umwelt zu sichern, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen und zu entwickeln sowie den Klimaschutz und die Klimaanpassung, insbesondere auch in der Stadtentwicklung zu fördern. Ein schlüssiger Planrechtfertigungsgrund kann bereits darin gesehen werden, dass die Kommunen tätig werden müssen, um in der Zukunft liegende CO₂-Emissionen zu begrenzen und damit dem zukünftig schrumpfenden Bundes-CO₂-Budget im Rahmen ihrer Planungsentscheidung Rechnung zu tragen. Um hier Unsicherheiten zu vermeiden, könnte der Bundesgesetzge-

ber Klarheit schaffen und den Klimaschutz in § 1 Abs. 3 BauGB hinzufügen.¹¹⁶

b) Klimaschutz als Grund für Sanierungs- und Stadtumbaumaßnahmen im Bestand

Angesichts der Tatsache, dass es in Deutschland nicht in erster Linie um den Neubau von Vorhaben geht, sondern um Klimaschutz und Klimaanpassung im Bestand,¹¹⁷ ist es von Bedeutung, dass die Belange des Klimaschutzes und der Klimaanpassung bereits jetzt eine städtebauliche Sanierung (§ 136 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BauGB) begründen¹¹⁸ und einen Stadtumbau (§ 171a Abs. 2 S. 2 BauGB) auslösen¹¹⁹ können. Inwieweit Klimaschutzbelange, insbesondere solche der Klimaschutzanpassung, diesbezüglich Sanierungs- und Stadtumbaupflichten für Gemeinden begründen können, ist bislang nur ansatzweise untersucht,¹²⁰ verursacht Unsicherheiten und sollte vom Gesetzgeber ggf. mit einer Pflicht zur Klimaschutz- und insb. Klimaanpassungsplanung klargestellt werden.¹²¹

116 Sauthoff (Fn. 78), 11 f.; vgl. Prenger-Berninghof/Simon (Fn. 83), 140, die feststellen, „dass die Anforderungen von Klimaschutz und Klimaanpassung durchweg kein Auslöser für ein Planungserfordernis gem. BauGB sind.“

117 S.o. S. 23.

118 S. Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr (Hrsg.), Baugesetzbuch, 15. Aufl. 2022, § 136 BauGB, Rn. 7: Zwar kann nicht von einer Pflicht zur Sanierung gesprochen werden, wenn indes die Voraussetzungen für Sanierungsmaßnahmen vorliegen, so kann „das Erfordernis für die Anwendung des BauGB vermutet werden“.

119 Gem. § 171a Abs. 1 BauGB besteht keine Pflicht zu Stadtumbaumaßnahmen; vgl. P. Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger (Hrsg.), Baugesetzbuch, § 171, Rn. 6 (Stand der Kommentierung: 123. EL Oktober 2016, Stand des Werkes: 144. EL Oktober 2021): „Damit ist die Durchführung von Stadtumbaumaßnahmen nach den Vorschriften der §§ 171a bis d sowohl anstelle als auch ergänzend zu anderen Instrumenten, namentlich des Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmenrechts, immer dann möglich, wenn die Gemeinde dies für zweckmäßig erachtet und die in Absatz 2 genannte Zielsetzung es erfordert.“

120 Vgl. insoweit S. Mitschang, Klimaschutz und Klimaanpassung im Besonderen Städtebaurecht, ZfBR 2020, 613 (613 ff.).

121 Zum Status Quo: Albrecht (Fn. 79), 16; in Bezug auf Klimaanpassung vgl. Albrecht (Fn. 79), 15.

c) Klimaschutz im Planaufstellungsverfahren und Fehlerfolgenregelung

Auch im Planaufstellungsverfahren ist es erforderlich, zukünftig eine Klimavorprüfung vorzusehen, um den verfassungsrechtlichen Anforderungen gerecht zu werden.¹²² Zum Teil wird dies durch die Umweltprüfung aufgefangen. Allerdings bedürfen auch Pläne, die keine Umweltprüfung erfordern (§§ 13, 13a, 13b BauGB)¹²³, einer Klimaprüfung, um dem Klimabelang in der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB korrekt berücksichtigen zu können.¹²⁴ Das Auslassen oder Fehlen einer solchen Prüfung sowie das damit verbundene potentielle Ermittlungsdefizit und die Fehlgewichtung müssten dann auch in das Fehlerfolgenregime übertragen werden.¹²⁵

V. Fazit und Ausblick: Perspektiven des öffentlichen Rechts

Kommunen werden bislang kaum zu Klimaschutz- und Klimaanpassungsmaßnahmen verpflichtet. Ihr transformatives Potential können Gemeinden in erster Linie durch freiwillige Maßnahmen oder im Rahmen ihrer Selbstverwaltungshoheit, insbesondere der Planungshoheit, entfalten. In Bezug auf letztere hat der Klimaschutzbeschluss und die nachfolgende Rechtsprechung des BVerfG insoweit die Kommunen gestärkt, indem Gemeinden zukünftig Klimaschutzbelange intensiver gegenüber anderen Belangen gewichten können. Eine entsprechende Tendenz ist bereits in der jüngeren verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung erkennbar. Zugleich verringert sich der Spielraum von Gemeinden, die keinen Klimaschutz oder Klimaanpassung wahrnehmen wollen: Die Anforderungen an die Rechtfertigung von Maßnahmen, die dem Klimaschutz zuwiderlaufen, steigen. Der Gesetzgeber könnte zur Transformation bereitwillige Kommunen insoweit durch Klarstellungen, z.B. im BauGB, stärken. Insgesamt sind die Pflichten der Kommunen, im Rahmen ihrer Selbstverwaltungshoheit für den Klimaschutz tätig zu werden, noch nicht abschließend untersucht: Nicht nur die kommunale Planungshoheit, sondern auch das Beschaffungswesen, kommunale Liegenschaften, etc. sind Bereiche, die neu und zusätzlich in den Fokus genommen werden müssen.

122 Sauthoff (Fn. 78), 12.

123 H. Ginzky/J. Albrecht/N. Pannicke-Prochnow, Hitze in den Städten – eine Pflicht zur kommunalen Klimaanpassungsplanung tut not!, ZUR 2021, 449 (449 f.).

124 Sauthoff (Fn. 78), 12.

125 Sauthoff (Fn. 78), 13.

Zukünftig könnte ebenfalls die Frage aufgeworfen sein, ob Kommunen ein Unterlassen i.S.v. „zu wenig Klimaschutz“ (Ziele/Maßnahmen) des Landes- oder Bundesgesetzgebers einklagen können. In den USA betätigten sich Kommunen bereits aktiv als Kläger, um bspw. eine Beteiligung von Unternehmen an den Kosten des Klimawandels zu erreichen.¹²⁶ Würde eine Kommune in Deutschland versuchen, den Bundes- oder Landesgesetzgeber gerichtlich zu „mehr“ Klimaschutz zu verpflichten, wären im Rahmen einer Kommunalverfassungsbeschwerde diesbezüglich jedenfalls zwei hohe Hürden in der Zulässigkeit zu nehmen: Es muss ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen, was bei einem generellen Unterlassen einer gesetzlichen Regelung problematisch sein kann.¹²⁷ Die Kommune muss zudem beschwerdebefugt sein, d.h. durch das Unterlassen in ihrer durch Art.28 Abs.2 GG geschützten kommunalen Selbstverwaltungshoheit betroffen sein. Denkbar ist hiernach, dass sich eine Kommune gegen ein Landes-Klimaschutzgesetz wendet, sofern dieses sie unmittelbar adressiert. Theoretisch denkbar ist auch, dass eine Kommune auf Erlass eines Landes-KSG klagt und behauptet, durch den Mangel an Gesetzgebung gegenwärtig, unmittelbar und selbst in ihrem Selbstverwaltungsrecht betroffen zu sein. Das würde aber im Umkehrschluss bedeuten, dass eine Kommune darauf klagt, dass das Land Maßnahmen erlässt, die die Kommune belasten und in ihrem kommunalen Selbstverwaltungsrecht beschränken. Ob der transformative Wille von Städten und Gemeinden derart ausgeprägt ist, bleibt abzuwarten.

126 Z.B. *Baltimore vs. BP PLC*, US Supreme Court, Docket-No. 20–1530, zum Verfahrensverlauf online <http://climatecasechart.com/case/mayor-city-council-of-baltimore-v-bp-plc> (Abruf v. 15.4.2023).

127 F. Scheffczyk, in: Walter/Grünwald (Hrsg.), *BeckOK BVerfGG*, 13. Aufl. 2022, § 91 BVerfGG, Rn.18, 21.

Klimaneutrale Städte durch Förderung von Innovationen

Innovationsfördernde Regulierungsansätze im Klimaschutzrecht¹

Michael von Landenberg-Roberg

Inhaltsübersicht

A.	Innovationsförderung als Aufgabe des Klimaschutzrechts	45
B.	Innovationen als Gegenstand rechtlicher Anreizregulierung	48
I.	Innovationen als komplexe soziale Prozesse	49
II.	Wissensdefizite und funktionale Eigenlogiken als Problem	50
III.	Rückzug auf rechtliche Finalisierung des Innovationsraums und Anreizregulierung als Lösung	51
C.	Innovationsfördernde Regelungselemente des Klimaschutzrechts	53
I.	Finalisierung des Innovationsraumes auf Treibhausgasneutralität und Anzeige des Innovationsdrucks durch Transformationspfade	53
II.	Elemente innovationsfördernder Regulierung auf der Instrumentierungsebene	55
1.	Beispiel Ordnungsrecht: Innovationsregulierung im Energieeffizienzrecht durch dynamische Standardsetzung	56
2.	Beispiel ökonomische Anreizinstrumente: Innovationsförderung durch Emissionshandelssysteme	58
3.	Beispiel Förderung innovativer Netzwerkstrukturen: Reallabore	60
D.	Klimaschutzrecht als „lernendes Recht“: Einrichtung selbstreferenzieller Innovationsprozesse	61
E.	Resümee	63

A. Innovationsförderung als Aufgabe des Klimaschutzrechts

Soll die durchschnittliche Erderwärmung gemäß dem Temperaturziel des Pariser Klimaschutzabkommens auf „deutlich unter 2 Grad Celsius“ begrenzt bleiben², ist die umfassende Transformation der gesamten menschi-

1 Der Beitrag beruht auf der Abhandlung „Transformation durch innovationsfördernde Regulierung“, die in der Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2023, S. 148-155 erschienen ist.

2 Vgl. Art. 2 I (a) Paris Agreement v. 12.12.2015, UNFCCC, Decision 1/CP.21, Adoption of the Paris Agreement, FCCC/CP/2015/10/Add.1, S. 21-36 (Annex). Zu den Zielen des Pariser Abkommens nur *D. Bodansky*, *The American Journal of International Law*, 110

chen Lebens- und Wirtschaftsweise hin zur Treibhausgasneutralität bis zur Mitte dieses Jahrhunderts unabdingbar³. Das Leben in den Städten stellt dies vor besondere Herausforderungen, werden gegenwärtig hier doch noch circa 70 % aller weltweiten Treibhausgasemissionen ausgestoßen⁴. In Anbetracht des kurzen Zeitfensters kann die rechtzeitige Transformation zur Treibhausgasneutralität ohne umfangreiche technologische und soziale Innovationen selbst bei einem deutlich höheren politischen Ambitionsniveau nicht mehr gelingen⁵. Die Förderung und Verbreitung von Innovationen gehört daher gerade auch mit Blick auf eine Transformation der Städte zu mehr Nachhaltigkeit zu den vornehmsten Aufgaben des Klimaschutzrechts⁶.

Der Beitrag zeigt vor diesem Hintergrund in exemplarischer Form auf, wie das Klimaschutzrecht die erforderlichen Innovationsprozesse induziert und durch welche Regulierungsstrukturen es sie fördert. In einem ersten Schritt werden ausgehend von den Erkenntnissen der interdisziplinär informierten rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung⁷ die grundsätzlichen Herausforderungen markiert, die sich für die Innovationsförderung durch rechtliche Regulierung aus der Problemstruktur von Innovationen ergeben und die daher auch vom Klimaschutzrecht zu adressieren sind. Gehört der Verweis auf das „überraschend Neue“ zum zentralen Bestand-

(2016), 288; L. Morgenstern/M. Dehnen, ZUR 2016, 131 (133); C. Franzius, EurUP 2017, 166; C. Kreuter-Kirchhof, DVBl. 2017, 97; J. Saurer, NVwZ 2017, 1574; W. Durner, EurUP 2021, 330 (335 f.).

3 Siehe hierzu nur IPCC, 6th Assessment Report, Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change, Summary for Policymakers, C.1-C.3; W. Kahl/K. F. Gärditz, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 6 Rn. 2.

4 Eingehend zur Rolle der Städte im Klimaschutz K.C. Seto et al., Human settlements, infrastructure and spatial planning, in: IPCC, Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the IPCC, 2014, S. 923.

5 Zum gegenwärtigen Ambitionsdefizit vgl. UNEP, Emissions Gap Report 2021, Executive Summary, XI. Zur Bedeutung gerade auch sozialer Innovationen vgl. Klimaschutzbericht 2021, BT-Drucks. 20/47, S. 81, 99.

6 Vgl. hierzu auch M. von Landenberg-Roberg, Die Verwaltung 55 (2022), 249 (281 f.).

7 Siehe neben den Beiträgen in: M. Schulte, Technische Innovation und Recht, 1997; und W. Hoffmann-Riem/J. P. Schneider, Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, 1998; sowie M. Eifert/W. Hoffmann-Riem, Innovationsfördernde Regulierung, 2009; bilanzierend W. Hoffmann-Riem, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, insb. §§ 16, 25-27. Einen guten Überblick über den aktuellen Stand der sozialwissenschaftlichen Innovationsforschung vermitteln die Beiträge in B. Blättel-Mink/I. Schulz-Schaeffer/A. Windeler, Handbuch Innovationsforschung, 2021.

teil des Innovationsbegriffs⁸, so überrascht es nicht, dass der Umgang mit „Wissensdefiziten“ hierbei gleich auf mehreren Ebenen eine zentrale Problemstelle einnimmt⁹ (unter B.).

Auf dieser Grundlage lässt sich in einem zweiten Schritt zeigen, wie das Klimaschutzrecht auf diese Herausforderungen durch die Ausgestaltungen innovationsfördernder Anreizstrukturen reagiert. Hierfür wird zunächst die zentrale Funktion des Bundesklimaschutzgesetzes (KSG) herauszuarbeiten sein, bevor anschließend ausgewählte innovationsfördernde Regulierungselemente auf der Instrumentierungsebene in den Blick genommen werden können. Dabei wird sich zeigen, dass das Klimaschutzrecht sich hier des gesamten Baukastens innovationsfördernder Instrumente, vom Ordnungsrecht bis hin zur Instrumentalisierung des Wettbewerbs und der Indienstnahme innovativer Netzwerkstrukturen durch finanzielle Fördermechanismen, bedient (unter C.).

In einem dritten Schritt wird abschließend dargelegt, wie sich das Klimaschutzrecht in Reaktion auf erkannte Defizite im Regulierungswissen selbst als „lernfähiges Recht“ konzipiert und damit seine eigene Fortentwicklung als selbstreflexiven Innovationsprozess prozedural ausgestaltet¹⁰. Rechtliche Selbstbeobachtungs- und Evaluationsstrukturen¹¹ bilden die regelungstechnischen Anknüpfungspunkte, mit denen das Klimaschutzrecht seine eigene Leistungsfähigkeit auch im Hinblick auf die Förderung transformationsbezogener Innovationen kritisch prüft. Innovationsfördernde Regulierung

8 Schulz-Schaeffer, Innovation im Verhältnis zu Neuheit und Wandel, in: Blättel-Mink et al. (Fn. 7), S. 26; Eifert, Innovationsfördernde Regulierung, in: ders./ Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 11 ff.

9 Zum Umgang mit Nichtwissen als zentraler Herausforderung statt vieler: M. Eifert, Nachhaltigkeit durch Innovation und Wissensgenerierung, in: W. Kahl, Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren, 2016, S. 371 (375 f.); Rodi, Innovationsförderung durch ökonomische Instrumente der Umweltpolitik, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 147 (154 f.).

10 Zur „Grundphilosophie“ des „regelmäßigen Überprüfens, kontinuierlichen Lernens und stetigen Verbesserns“ vgl. bereits im Klimaschutzplan 2050, BT-Drucks. 18/10370, S. 2, 5, 13, 55. Allgemein zur Notwendigkeit „lernenden Rechts“ im Verwaltungsrecht als Konsequenz des Wissens um das Nichtwissen: C. Franzius, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 90-94; I. Appel, Methodik des Umgangs mit Ungewissheit, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 327 (329); für die europäische Ebene: M. Eifert, Europäischer Verwaltungsverbund als Lernverbund, in: I. Spiecker gen. Döhmman/P. Collin, Generierung und Transfer staatlichen Wissens im System des Verwaltungsrechts, 2008, S. 159.

11 Zu den selbstreflexiven Regelungsansätzen im Bundesklimaschutzgesetz auch: C. Franzius, ZUR 2021, 131 (137).

wird mit anderen Worten im Klimaschutzrecht auf sich selbst angewandt, um mit der Zeit immer bessere innovationsfördernde Anreizstrukturen hervorzubringen (unter D.).

B. Innovationen als Gegenstand rechtlicher Anreizregulierung

Innovationsfördernde Regulierung setzt ein Verständnis der zugrundeliegenden Problemstruktur voraus, wie sie sich aus dem in Bezug genommenen Basisphänomen „Innovation“ ergibt. Der Innovationsbegriff selbst ist ebenso facettenreich wie vielschichtig¹². So wenig es eine einheitliche Innovationsforschung oder gar disziplinübergreifende Innovationstheorie gibt, so wenig gibt es auch einen einheitlichen Innovationsbegriff¹³. Wie man den Innovationsbegriff definiert, was man mit ihm zu packen sucht, hängt wie immer von der mit ihm intendierten Funktion ab, von dem mit ihm verfolgten Erkenntnisinteresse, von der disziplinären Perspektive. Die Innovationsbegriffe von technik-, wirtschafts- oder sozialwissenschaftlicher Innovationsforschung sind daher weder inter- noch intradisziplinär notwendig deckungsgleich¹⁴. Und doch weisen sie gemeinsame Elemente auf, an die sich für eine regulierungstechnische Perspektive anknüpfen lässt: Innovationen zeichnen sich durch eine Neuerung aus, die als signifikant bewertet wird und daher zur Lösung eines Problems Eingang in eine soziale Praxis findet und sich dort verbreitet¹⁵.

12 Zu seinen unterschiedlichen Dimensionen: J. Hauschildt, Facetten des Innovationsbegriffs, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 7), S. 29 ff.

13 Pointiert: Hauschildt, Facetten des Innovationsbegriffs, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 7), S. 29 (38): „Es gibt »den« Innovationsbegriff nicht, es gibt viele.“

14 Für einen Erstzugriff auf die Beiträge der ökonomischen und soziologischen Innovationsforschung siehe neben dem Literaturbericht von S. Neveling/S. Bumke/J.-H. Dietrich, Ansätze wirtschaftswissenschaftlicher und soziologischer Innovationsforschung, in: M. Eifert/ W. Hoffmann-Riem, Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, S. 364 ff., aus neuerer Zeit W. Rammert, Entwicklungslinien der Technik- und Innovationsforschung, in: Blättel-Mink et al. (Fn. 7), S. 43 ff.

15 Vgl. mit leichten Variationen nur W. Hoffmann-Riem, Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht: Aufgaben rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, AöR 131 (2006), 255; Hauschildt, Facetten des Innovationsbegriffs, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 7), S. 29 f.

I. Innovationen als komplexe soziale Prozesse

Drei Aspekte sind hierbei auch mit Blick auf Klimaschutzbezogene Innovationen zentral: *Erstens* fallen aus der transformationsbezogenen Regulierungsperspektive nicht nur technologische Innovationen oder Produktinnovationen unter den Innovationsbegriff, sondern er umfasst gerade auch *soziale Innovationen*¹⁶. Hierunter fallen etwa neue Verfahrens-, Organisations- oder Kooperationsformen genauso wie neuartige Geschäftsmodelle und Verhaltensweisen. Gerade in Bezug auf das Thema Klimaschutz und Städte ist offensichtlich, dass es nicht nur materieller Innovationen wie etwa die Entwicklung kostengünstiger, nachhaltiger Baudämmstoffe bedarf, sondern gerade auch sozialer Innovationen wie beispielsweise die Entwicklung neuer Finanzierungsmodelle, die den Stadtumbau durch Wärmesanie- rung auch in der Breite überhaupt erst sozialgerecht möglich machen.

Zweitens: Nicht alles, was neu ist, nicht jede Erfindung, ist auch immer schon eine Innovation. Das Neue muss eben auch als etwas *signifikant* Neues, als Neues mit Bedeutung, bewertet werden und sodann – und das ist nicht weniger wichtig – soziale Durchsetzung und Verbreitung erlangen¹⁷. Und dies verweist auf den *dritten* Aspekt: Innovationen sind keine Ereignisse, sondern Prozesse¹⁸. Diese Innovationsprozesse lassen sich in Anlehnung an die Innovationstheorie *Schumpeters*¹⁹ zu analytischen Zwecken in verschiedene Phase einteilen. Unterschieden wird hierbei regelmäßig: Die Phase der *Invention*, in der das Neue (zum Beispiel eine wissenschaftliche Entdeckung oder eine technologische Erfindung) hervor- gebracht wird; die Phase der *Implementierung* oder *Innovation* im engeren Sinne, in der das Neue für die soziale Praxis aufbereitet und in sie überführt

16 Zur Begriffsgeschichte J. Howald/M. Schwarz, Soziale Innovationen, in: Blättel-Mink et al. (Fn. 7), S. 247 ff.; zur Bedeutung von sozialen Innovationen für eine nachhaltigere Entwicklung bereits *World Commission on Environment and Development*, Our Common Future, 1987, Rn. 27 ff.; H. v. Hauff/A. Jörg, Innovationen im Kontext der Nachhaltigkeit, in: H. Hagemann/M. v. Hauff, Nachhaltige Entwicklung – das neue Paradigma in der Ökonomie, 2010, S. 187 (192 ff.); allgemein W. Hoffmann-Riem, Der Staat 47 (2008), 588.

17 Ausführlich hierzu J. Howaldt/R. Kopp/M. Schwarz, Diffusion von Innovation, in: Blättel-Mink et al. (Fn. 7), S. 103 ff.

18 Zum Prozesscharakter von Innovationen nur Schulz-Schaeffer, Innovation im Verhältnis zu Neuheit und Wandel, in: Blättel-Mink/et al. (Fn. 7), S. 25 (29 ff.).

19 J. A. Schumpeter, Business Cycles, A Theoretical, Historical, and Statistical Analysis of the Capitalist Process, 1939. Zur Innovationstheorie Schumpeters: B. Blättel-Mink, Das Innovationsverständnis von Joseph A. Schumpeter, in: dies. et al. (Fn. 7), S. 103.

wird (etwa durch die erstmalige Markteinführung eines neuen Produktes oder die erstmalige Anwendung eines neuen Verfahrens) und schließlich die Phase der *Diffusion*, in der das Neue in der sozialen Praxis zumindest eines gesellschaftlichen Teilsystems zur Durchsetzung und Verbreitung gelangt und damit als *signifikant* Neues anerkannt wird²⁰. Die sozialwissenschaftliche Technikforschung hat allerdings aufzeigen können, dass sich die tatsächlichen Innovationsprozesse nicht immer linear an diesen Phasen orientieren, sondern vielmehr von vielfältigen rekursiven Verschleifungen und Diskontinuitäten geprägt sind²¹. Für die Fragen nach den Ansatzpunkten innovationsfördernder Regulierung behält das Phasenmodell daher zwar einen heuristischen Wert, das Recht muss aber mit einer deutlich komplexeren Struktur von empirischen Innovationsprozessen rechnen²².

II. Wissensdefizite und funktionale Eigenlogiken als Problem

Wie komplex der Innovationsprozess in sozialer Hinsicht ist, verdeutlichen zudem entsprechende Rekonstruktionen aus wissenssoziologischer Perspektive: Sie sensibilisieren für die ganz unterschiedlichen Formen von Wissen, die sich innerhalb eines Innovationsprozesses miteinander verschränken und beeinflussen²³. Für einen erfolgreichen Innovationsprozess kommt es demnach nicht allein auf das primäre Inventionswissen an, welches für die Hervorbringung der Neuerung zunächst zentral ist. Ebenso bedeutsam sind das emergente Wissen, welches erst mit der Hervorbringung selbst generiert wird, sowie das Innovations- und Durchsetzungswissen, welches für die Umsetzung sowie die verbreitete Anerkennung der Neuerung als Innovation entscheidend ist²⁴. Sozial komplex ist der Innovationsprozess, weil diese unterschiedlichen Wissensformen zwar in einem evolu-

20 Statt vieler *Hoffmann-Riem* (Fn. 7), S. 191 f., 211 f.

21 Vgl. nur *H. Grupp*, Messung und Erklärung des Technischen Wandels, 1997, S. 15 ff.; *U. Kowol/W. Krohn*, Innovation und Vernetzung, in: *J. Weyer*, Soziale Netzwerke, 2000, S. 135; *H. Grupp/B. Breitschopf*, Innovationskultur in Deutschland, in: *P. Weingart/N. C. Taubert* (Hrsg.), Das Wissensministerium, 2006, S. 169.

22 In diesem Sinne auch *Eifert* (Fn. 8), S. 18.

23 Siehe hierzu und zum Folgenden instruktiv: *Boas*, Innovationsregulierung als Wissensregulierung, in: *Eifert/ Hoffmann-Riem* (Fn. 7), S. 23 (28-30) sowie *L. Braunisch/H. Knoblauch*, Wissenssoziologische Ansätze der Innovationsforschung, in: *Blättel-Mink et al.* (Fn. 7), S. 335 (336 ff.) m.w.N.

24 *Boas*, Innovationsregulierung als Wissensregulierung, in: *Eifert/ Hoffmann-Riem* (Fn. 7), S. 23 (30).

tionären Innovationsprozess zusammenwirken müssen, in einer funktional differenzierten Gesellschaft im Regelfall aber nicht gebündelt vorliegen, sondern sozial auf unterschiedliche Akteursgruppen und gesellschaftliche Subsysteme verteilt sind²⁵. Jedes Funktionssystem entscheidet zudem selbst darüber, nach welchen Kriterien es Neuerungen als innovativ anerkennt und akzeptiert²⁶. Eine Innovation im Wissenschaftssystem muss daher noch lange nicht auch im Wirtschaftssystem als Innovation anerkannt werden und umgekehrt.

III. Rückzug auf rechtliche Finalisierung des Innovationsraums und Anreizregulierung als Lösung

Das Recht ermöglicht gesellschaftliche Innovationsprozesse in erster Linie dadurch, dass es individuelle und kollektive Freiheitsausübung sichert und die hierzu erforderliche rechtlichen Infrastrukturleistungen bereitstellt²⁷. Möchte rechtliche Regulierung jedoch darüber hinausgehen und Innovationsprozesse nicht nur ermöglichen, sondern mit Blick auf eine spezifische politische Zwecksetzung gezielt fördern, sieht es sich im Angesicht der eben beschriebenen Komplexität der gesellschaftlichen „Innovationssysteme“²⁸ mit zwei zentralen Herausforderungen konfrontiert:

Die erste Herausforderung besteht in strukturbedingten *Wissensdefiziten* der staatlichen Regulierungsinstanzen²⁹. Ihnen fehlt zum einen das Wissen, welche konkrete Wissensgehalte im Hinblick auf das Inventions-, Innovations- und Durchsetzungsinteresse aus Sicht der am gesellschaftlichen Innovationsprozess beteiligten Akteure für den Erfolg eines Innovations-

25 A. Pyka, Evolutorische Innovationsökonomik, in: Blättel-Mink et al. (Fn. 7), S. 83 (85 ff.); Boas, Innovationsregulierung als Wissensregulierung, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 23 (30).

26 Schulz-Schaeffer, Innovation im Verhältnis zu Neuheit und Wandel, in: Blättel-Mink/et al. (Fn. 7), S. 25 (31 ff.); Hauschildt, Facetten des Innovationsbegriffs, in: Hoffmann-Riem/Schneider (Fn. 7), S. 29 (30 f., 37 f.).

27 Zu dieser „Basisschicht“ innovationsfördernden Rechts: Eifert, Innovationsfördernde Regulierung, in: ders./Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 12 f.

28 Hierzu nur besonders einflussreich: B.-Å. Lundvall (Hrsg.), National Systems of Innovation. Toward a Theory of Innovation and Interactive Learning, 1992.

29 Statt vieler nur I. Augsberg, Informationsverwaltungsrecht, 2014, S. 237 ff.; mit spezifischem Bezug auf Innovationsregulierung: Boas, Innovationsregulierung als Wissensregulierung, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 23 (33 f.); Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 191 f.; Eifert, Nachhaltigkeit durch Innovation und Wissensgenerierung, in: W. Kahl, Nachhaltigkeit durch Organisation und Verfahren (Fn. 9), S. 372.

prozesses letztlich ausschlaggebend sein werden. Zum anderen bestehen Defizite in Bezug auf das Regulierungswissen selbst, also die Formen, Kombinationen und Modi, durch welche rechtliche Regulierung Innovationsprozesse im jeweiligen gesellschaftlichen Sachkontext effektiv fördern und steuern kann.

Die zweite Herausforderung besteht in der jeweiligen Eigenlogik der gesellschaftlichen Subsysteme, die vom Recht in Rechnung zu stellen ist. Steuert das Recht mittels ordnungsrechtlicher Vorgaben oder ökonomischer Anreizregulierung die Innovationsprozesse in den einzelnen Funktionssystemen an, muss es sich der Pfadabhängigkeiten bewusst bleiben, die hierdurch in den einzelnen Teilsystemen begründet werden können. Dies kann gerade bei technologischen Entwicklungspfaden in Extremfällen zu „Lock-in“-Effekten führen, die alternative und vielleicht vielversprechendere Innovationspotentiale vorzeitig ausschließen³⁰.

Innovationsfördernde Regulierung reagiert auf das beschriebene Wissensdefizit und die funktionellen Eigenlogiken der Subsysteme, indem sie gar nicht erst versucht auf den Innovationsprozess selbst zuzugreifen. Stattdessen stellt sie die Innovationstätigkeit der Funktionssysteme in den Dienst politisch determinierter Zwecke, indem sie den Innovationsraum durch rechtliche Zielvorgaben normativ finalisiert und sich im Übrigen auf die Implementierung innovationsfördernder Anreizstrukturen und Instrumente der Kontextsteuerung zurückzieht³¹. Der Versuch, hierbei wiederum den ökonomischen Wettbewerb als „Entdeckungsverfahren“³² und Innovationsmechanismus zu instrumentalisieren, lässt sich dabei als Grundzug der innovationsorientierten Regelungsansätze beobachten³³.

30 Zu diesem Problem nur A. Roßnagel, „Technikneutrale Regulierung“: Möglichkeit und Grenzen, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 323; Rodi, Innovationsförderung durch ökonomische Instrumente der Umweltpolitik, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 147 (157 f.).

31 Zur innovationsorientierten Verfolgung öffentlicher Zwecke in final determinierten Innovationsräumen als Ausgangspunkt innovationsfördernder Regulierung: Eifert, Innovationsfördernde Regulierung, in: ders./Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 11 (15 f.).

32 F. A. v. Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: ders., Freiburger Studien, 1969, S. 249.

33 Eifert, Innovationsfördernde Regulierung, in: ders./Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 11 (15 f.); sowie allgemeiner: R. Kurz/H. W. Graf/M. Zahrt, Der Einfluss wirtschafts- und gesellschaftlicher Rahmenbedingungen auf das Innovationsverhalten von Unternehmen, 1989, S. 189 ff.

C. Innovationsfördernde Regelungselemente des Klimaschutzrechts

I. Finalisierung des Innovationsraumes auf Treibhausgasneutralität und Anzeige des Innovationsdrucks durch Transformationspfade

Dem Bundesklimaschutzgesetz kommt auch im Hinblick auf den Aspekt der Innovationsförderung eine zentrale Funktion zu³⁴. Durch die in § 1 S. 2 KSG vorgenommene Ausrichtung der nationalen Klimaschutzpolitik auf das Temperaturziel des Pariser Abkommens sowie die Festlegung der nationalen Klimaschutzziele in § 3 KSG hat der Gesetzgeber die Vorgabe der Transformation zur Klimaneutralität bis 2045 von einem *klimapolitischen Imperativ* zu einer *rechtsverbindlichen Zielvorgabe* transformiert³⁵. Gemeinsam mit den gesetzlichen Reduktionsvorgaben für die Jahre 2030 und 2040 (§ 3 Abs. 1 KSG) und den jährlichen Minderungszielen bis 2040 in Anlage 2 und 3³⁶ ergibt sich für Deutschland damit ein klarer Transformationspfad, der das zukünftige Emissionsverhalten aller gesellschaftlichen Funktionssysteme normativ final determiniert.

Auf dieser allgemeinen Ebene bleibt die rechtliche Zielprogrammierung des Bundesklimaschutzgesetzes jedoch nicht stehen, sondern sie teilt die jährliche Gesamtemissionsmenge bis zum Jahre 2030 auch bereits sektorenscharf in Einzelbudgets auf³⁷. Es ist nun gerade diese sektorale Auffächerung der Transformationspfade durch sektorspezifische Jahresemissionsbudgets, mit der zwei entscheidende „Knappheitssignale“ in die Sektoren ausgesandt werden, nämlich einmal hinsichtlich der verbleibenden Emissionsmengen und einmal hinsichtlich der verbleibenden Emissionszeit. Beide Knappheitssignale sind für die Induzierung von Innovationsprozessen in den einzelnen Sektoren zentral. Denn die Emittenten-Gruppen in den jeweiligen Sektoren kennen nicht nur das Ausmaß ihrer gegenwärtigen

34 Zu Funktion und Bedeutung des Bundesklimaschutzgesetzes allgemein nur: J. Saurer, in: M. Rodi, Handbuch Klimaschutzrecht, 2022, § 10; J. Albrecht, NuR 2020, 370; M. Wickel, ZUR 2021, 332; mit Blick auf die Konsequenzen für die Landesklimaschutzgesetze: W. Köck/L. Kohlrausch, ZUR 2021, 610 (612 ff.).

35 Zu den nationalen Klimaschutzzielen: A. v. Weschpfennig, in: F. Fellenberg/A. Guckelberger, Klimaschutzrecht, 2022, KSG § 3 Rn. 25-31.

36 Aus Anlage 2 ergeben sich die jährlichen Minderungsziele für die Jahre bis 2030 durch Addition der sektorbezogenen Jahresemissionsmengen, wobei aufgrund der Regelung bzgl. der Jahresemissionsmengen für den Energiesektor eine Unschärfe verbleibt.

37 Wickel (Fn. 34), 335; W. Frenz, in: ders., Klimaschutzrecht, 2. Auflage 2022, KSG § 4 Rn. 18-31.

Emissionen, sondern sie wissen in der Regel auch, welche Reduktions- bzw. Substitutionspotentiale bereits gegenwärtig technologisch oder sozial erschließbar sind. Auf dieser Wissensgrundlage können sie anhand ihrer Jahresbudgets dann nicht nur die dem Sektor zur Verfügung stehende *Transformationszeit*, sondern auch den sektorspezifischen *Innovationsdruck* ablesen. Denn dieser rechtlich induzierte Innovationsdruck ergibt sich gerade aus dem Zusammenspiel von gegenwärtigem Emissionsniveau, bereits aktualisierbaren Reduktionspotentialen und dem vorgezeichneten Transformationspfad. Schon die mit den Jahresbudgets vollzogene Vorprojektierung des sektoralen Transformationspfades sendet damit Innovationsimpulse aus, da sie zugleich den Maßstab für die Ausgestaltung der konkreten Emissionsreduktionsinstrumente auf der Implementierungsebenen darstellen.

Genau diese Innovationsanreizfunktion war es dann auch, die das Bundesverfassungsgericht dazu veranlasst hat, den Gesetzgeber auf die rechtzeitige Fortschreibung der sektorspezifischen Transformationspfade zu verpflichten³⁸. Mit dieser *prozeduralen* Pflicht adressiert das Bundesverfassungsgericht die erhebliche Grundrechtsgefährdung, die sich aus den hohen ursprünglichen Emissionsfreigabemengen bis 2030 für die intertemporale Freiheitsdimension der Grundrechte ergab³⁹. Dass die ursprünglich zugelassenen Emissionsmengen bis 2030 nicht für sich bereits einen unzumutbaren Eingriff in die intertemporale Freiheitsdimension darstellten, liegt primär an der konzeptionell intendierten Unschärfe der Figur des nationalen Gesamtemissionsrestbudgets als verfassungsgerichtlicher Kontrollgröße⁴⁰. Aufgrund der verbleibenden normativen Variablen in Bezug auf die Berechnungsmethoden handelt es sich beim nationalen Restmengenbudget eben lediglich um eine „grob erkennbare“ Größe⁴¹. Dass die entsprechende Freigabe der Emissionsmengen bis 2030 das Gesamtestbudget soweit schmälern würde, dass es ab 2030 unabdingbar zu aus

38 BVerfGE 157, 30-177 (Klimaschutz), insb. 95 f. Rn. 195, 253 f. Aus der überbordenden Literatur zum Klimabeschluss siehe nur: C. Calliess, ZUR 2021, 255; T. Markus, ZUR 2021, 595; K. Faßbender, NJW 2021, 2085; M. Eifert, JURA 2021, 1085; G. Winter, ZUR 2022, 215; C. Franzius, KlimR 2022, 102.

39 BVerfGE 157, 30 (164 ff., Rn. 243-255).

40 Siehe hierzu ausführlicher von Landenberg-Roberg (Fn. 6), 272 ff.; zum „Budget“ als verfassungsgerichtlicher Kontrollgröße: Eifert (Fn. 38), 1097 f.

41 Vgl. hierzu klarstellend BVerfG (Kammer), Beschluss v. 18.1.2022 – 1 BvR 1565/21 u.a., Rn. 4; zum Fehlen einer zahlengenaue Budgetvorgabe auch: P. Abel, ZUR 2022, 333 (337).

heutiger Sicht unzumutbaren Freiheitsbeeinträchtigungen kommen muss, konnte das Bundesverfassungsgericht nicht feststellen⁴². Die ursprüngliche Emissionsmengenregelung bis 2030 begründete zwar für sich genommen noch keinen *unzumutbaren* Eingriff in die intertemporale Freiheitsdimension. Das Verhältnismäßigkeitsgebot schützt aber nicht nur vor *absoluter* Unzumutbarkeit, sondern verpflichtet den Gesetzgeber auch zu einem *schonenden Umgang* mit grundrechtlich geschützter Freiheit⁴³. Der Gesetzgeber wird daher aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dazu verpflichtet, zum Zwecke der Risikobegrenzung wenigstens die grundlegenden Voraussetzungen und Anreize dafür zu schaffen, dass die für die Transformation erforderlichen technologischen und sozialen Entwicklungen rechtzeitig einsetzen⁴⁴.

Deutlich wird an den innovationsbezogenen Passagen des Klimabe schlusses, dass die Dimension der Innovationsförderung dem Klimaschutzrecht als Transformationsrecht nicht rein äußerlich ist, sondern ihm zu einem gewissen Maße auch verfassungsrechtlich eingeschrieben ist.

II. Elemente innovationsfördernder Regulierung auf der Instrumentierungsebene

Ihre volle innovationsfördernde Anreizwirkung erlangen die sektoralen Transformationspfade erst durch ihre Umsetzung in den konkreten Emissionsregulierungsstrategien auf der Instrumentierungsebene. Erst auf der Instrumentierungsebene werden die Privaten zu Adressaten klimaschutzbezogener Vorgaben, sei es durch den Einbezug in ein Emissionshandels-system oder etwa ordnungsrechtliche Reduktionsvorgaben⁴⁵. Erst auf der Instrumentierungsebene werden zudem die Transformationslasten im sektoralen Binnenverhältnis verbindlich verteilt. Stark vereinfacht gesprochen zeigt beispielsweise erst der Blick ins Gebäudeenergiegesetz, zu welchem Zeitpunkt welche Art von Gebäudebestand welchen Emissionsreduktionsbeitrag rechtsverbindlich erbringen muss. Transformationslasten und Innovationsdruck können und werden damit auch innerhalb der Sektoren

42 BVerfGE 157, 30 (164 Rn. 245).

43 BVerfGE 157, 30 (137 Rn. 194); G. Britz, NVwZ 2022, 825 (832 f.).

44 BVerfGE 157, 30 (166 Rn. 248).

45 Zur fehlenden unmittelbaren Verpflichtung von Bürgern und Unternehmen durch das KSG nur: M. Kment, NVwZ 2020, 1537 (1543); von Weschpfennig (Fn. 35), in: Feltenberg/Guckelberger, Klimaschutzrecht, KSG § 3 Rn. 32.

ganz unterschiedlich verteilt sein. Die Instrumentierungsebene ist das Einsatzfeld, auf dem innovationsfördernde Regulierungselemente die relevanten Innovationsfelder und konkreten sozialen Innovationssysteme mit der erforderlichen Tiefenschärfe unmittelbar ansteuern können.

Mustert man daher auf dieser Ebene das Klimaschutzrecht nach innovationsfördernden Regulierungselementen durch, so ist die Palette so breit wie die klimaschutzrechtliche Instrumentierungspalette selbst. Sie reicht von ordnungsrechtlichen Instrumenten über die Einrichtung von Märkten bis zur finanziellen Förderungsregimen⁴⁶. Drei exemplarische Schlaglichter sollen dies verdeutlichen.

1. Beispiel Ordnungsrecht: Innovationsregulierung im Energieeffizienzrecht durch dynamische Standardsetzung

Das Energieeffizienzrecht bildet auf der Instrumentierungsebene von Beginn an eine der tragenden Säulen des Klimaschutzrechts⁴⁷. Es ist aus der Perspektive innovationsfördernder Regulierung zudem deshalb besonders interessant, weil es ein Referenzgebiet „zielbezogener dynamischer Regulierung“ darstellt⁴⁸. Ihm wohnt nicht nur aufgrund seines als Optimierungsgebot strukturierten Ziels, Energie möglichst effizient zu verwenden, aus sich heraus ein Dynamisierungsimpuls inne, sondern dieser wird durch die klimaschutzrechtliche Zielvorgaben auch von außen an das Energieeffizienzrecht herangetragen⁴⁹. Energieeffizienzrecht ist konzeptionell auf am-

46 Siehe für weitere Felder der Innovationsförderung neben dem Folgenden auch J.-P. Schneider, Klimaschutzorientierte Innovationssteuerung am Beispiel der Kraft-Wärme-Kopplung, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem, Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, S. 264; ders., Technologieförderung durch eingerichtet Märkte: Erneuerbare Energien, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 257 ff.; C. Franzius, Die Verwaltung 48 (2015), 175; zur ökonomischen Innovationsförderung im Klimaschutzrecht: Rodi, Innovationsförderung durch ökonomische Instrumente der Umweltpolitik, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 147 (149 ff.); zum Innovationsgrad im Energiewenderecht: S. Schäfer-Stradowsky/M. Kalis, EnWZ 2019, 104.

47 Vgl. F. Reimer, Ansätze zur Erhöhung der Energieeffizienz im Europarecht, in: H. Schultze-Fielitz/T. Müller, Europäisches Klimaschutzrecht, 2009, S. 147 ff.; T. Schomerus, in: E. Rehinder/A. Schink (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 5. Aufl. 2018, § 8 Rn. 91 ff.; M. Klöpfer/W. Durner, Umweltschutzrecht, 3. Aufl. 2020, § 11 Rn. 29 ff.

48 Grundlegend hierzu G. Britz/M. Eifert/F. Reimer, Charakteristika des Energieeffizienzrechts, in: dies., Energieeffizienzrecht, 2010, S. 63 (66 ff.).

49 Britz/Eifert/Reimer, Charakteristika des Energieeffizienzrechts, in: dies., Energieeffizienzrecht (Fn. 48), S. 63 (67, 79 f.).

bitionierte Energieeffizienzziele ausgerichtet⁵⁰, die nicht an die gegenwärtigen Grenzen des Machbaren gebunden sind, sondern die für die Zukunft auch die innovative Erschließung zusätzlicher Effizienzpotentiale unterstellen⁵¹. Dies macht aus regulierungstechnischer Perspektive den Rückgriff auf Formen dynamischer Regulierung notwendig, die auf eine kontinuierliche Verschärfung der normativen Energieeffizienzanforderungen zielen und daher auch zur Förderung entsprechender Innovationsprozesse genutzt werden können. Eingehende Untersuchungen zum Innovationspotential dynamischer Regulierungstechniken haben hier jedoch aufzeigen können, dass allein der Verweis auf den jeweiligen „Stand der Technik“ als Mindesteffizienzanforderung jedenfalls dann kaum Innovationsfördereffekte zeitigt, wenn es etwa wie im Falle der Regulierung von Industrieanlagen aufgrund der regelmäßig Integration von Technikentwicklung und Anlagenbetrieb an einer ausreichenden Anreizstruktur zur Offenlegung von Innovationen auch gegenüber den Regulierungsbehörden oder anderen Wettbewerbern fehlt⁵². Ob die Förderung eines eigenständigen Marktes an Energieeffizienzdienstleistungen dem hieraus resultierenden Wissensdefizit abhelfen kann, wird unterschiedlich beurteilt. Bessere Innovationsanreize lassen sich demgegenüber durch dynamische Technikstandards im Produktregulierungsrecht erzielen, wenn man sie mit verbraucherbezogenen informatorischen Kennzeichnungssystem kombiniert und für eine optimale Visualisierung der energieeffizientesten Produkte („Frontrunner“) sorgt⁵³.

Als nicht nur innovationsfördernde, sondern sogar innovationsfordern- de Regulierungstechnik kommt darüber hinaus auch das „Technology Forcing“ durch Standardsetzung in Betracht, bei der für ein zukünftiges Datum die Anhebung des Produktstandards über das bislang technisch

50 Die europäische Energieeffizienzrichtlinie (RL 2012/27/EU v. 25.10.2012) legt in ihrer gegenwärtig geltenden Fassung nur noch für die gesamteuropäische Ebene ein Energieeffizienzziel von 32,5 % bis 2030 fest (Art. 1) und verpflichtet die Mitgliedstaaten allein zur Festlegung indikativer nationaler Energieeffizienzziele (Art. 3 I). Siehe hierzu nur: S. Schlacke/S. Lammers, EurUP 2018, 424 (425).

51 Britz/Eifert/Reimer, Charakteristika des Energieeffizienzrechts, in: dies., Energieeffizienzrecht (Fn. 48), S. 63 (80).

52 Für eine umfassende Aufarbeitung siehe A. Diehl, Innovationsfördernde dynamische Regulierung, 2014; instruktiv zu den Problemen der Innovationsförderung durch „Stand der Technik“ aus ökonomischer Sicht: E. Gawel, Technologieförderung durch „Stand der Technik“, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 197 (200 ff.).

53 Eingehend Diehl (Fn. 52), S. 635, 639 f.

Realisierbare hinaus angeordnet wird⁵⁴. Auch dieser Ansatz setzt zur Vermeidung von Unter- oder Übersteuerung ein hinreichendes Maß an Regulierungswissen über ein realistisches Innovationsambitionsniveau voraus und er ist auf anspruchsvolle prozedurale Vorkehrungen für den Fall angewiesen, dass sich die erhofften Innovationssprünge nicht realisieren lassen⁵⁵. Für das Klimaschutzrecht insgesamt lässt sich aus dem Energieeffizienzrecht lernen, dass innovationsfördernde Regulierung auch mittels ordnungsrechtlicher Regelungsarrangements durchaus möglich, aufgrund der im Ausgangspunkt asymmetrischen Wissensverteilung zwischen Regulieren und Regulierten aber sehr voraussetzungsreich ist.

2. Beispiel ökonomische Anreizinstrumente: Innovationsförderung durch Emissionshandelssysteme

Einfacher erscheint da auf den ersten Blick das Instrument des Emissionshandels. Der Emissionshandel bildet neben der Förderung der Energieeffizienz und dem Ausbau der erneuerbaren Energien die dritte zentrale Säule der europäischen Klimaschutzpolitik⁵⁶. In Deutschland wurde das Instrument jüngst mit dem Brennstoffemissionshandelsgesetz um einen eigenständigen „Upstream“-Emissionshandel für den Gebäude- und Verkehrssektor erweitert⁵⁷. Er tritt bis auf weiteres neben das mit dem Treibhausgasemissionshandelsgesetz umgesetzte europäische Emissionshandelssystem. In Emissionshandelssystemen wird der Innovationsanreiz in erster Linie über die Bepreisung der Treibhausgas-Emissionen erzielt⁵⁸.

Gegenüber anderen Preisinstrumenten, wie etwa der CO₂-Steuer, zeichnet sich der Emissionshandel durch eine präzise Steuerungswirkung im Hinblick auf den Gesamtemissionsausstoß aus⁵⁹. Durch das konzeptionell zentrale „Cap“ lässt sich für die erfassten Sektoren der Gesamtemissionsausstoß präzise festlegen und über die Zeit entsprechend der vorgezeich-

54 Zum „Technology Forcing“ am Beispiel der Förderung der Elektromobilität: *J. Mekhalafia*, DÖV 2018, 936.

55 Hierzu mit eigenem Regelungsansatz *Diehl* (Fn. 52), S. 520 ff., 591 ff.

56 Vgl. nur *C. Kreuter-Kirchhof*, ZUR 2019, 396 (398 ff.); *Fellenberg/Guckelberger* (Fn. 35), Einl. Rn. 9; *I. Zenke/C. Telschow*, in: *Rodi* (Fn. 34), § 15 Rn. 12 ff.

57 Hierzu *M. Vollmer*, in: *Rodi* (Fn. 34), § 16 Rn. 46; *Ernst* (Fn. 35), BEHG § 1 Rn. 4 ff.; *I. Zenke/C. Telschow*, EnWZ 2020, 157.

58 Siehe explizit zum intendierten Innovationsanreiz durch Bepreisung das Klimaschutzprogramm 2030, Drucksache 19/13900, S. 20.

59 Zu den Vor- und Nachteilen von Emissionshandelssystemen knapp: *Ernst* (Fn. 35), TEHG § 1 Rn. 24 f.

neten Transformationspfade abschmelzen. Innovationsfördernd wirkt sich also hierbei neben dem Preissignal auch die transparente Vorhersehbarkeit der zukünftigen Wirkungsstruktur aus.

Ein dritter Innovationsfaktor von Emissionshandelssystemen ist, dass die über die Versteigerung der Zertifikate generierten Einnahmen selbst wiederum zur finanziellen Innovationsförderung eingesetzt werden können. So wurde mit dem „Innovationsfonds“ im Rahmen des europäischen Emissionshandelssystems ein Finanzierungsinstrument geschaffen⁶⁰, das sich aus den Versteigerungserlösen speist und klimaschutzfördernde Innovationen im Energiesektor und in der Industrie durch Förderausschreibungen in Milliardenhöhe unterstützt⁶¹.

Auf den zweiten Blick ist beim Emissionshandel jedoch alles deutlich komplizierter. Der preisinduzierte Innovationsanreiz hängt maßgeblich vom jeweiligen Zertifikatspreis ab, und der kann seine Steuerungswirkung nur bei einer problemangemessenen Ausgestaltung der Gesamtbudgetbestimmung und des Verfahrens der Zertifikate-Allokation entfalten⁶². Die bisherige Geschichte des europäischen Emissionshandelssystems gibt reiches Anschauungsmaterial, wie vielgestaltig hierbei die Herausforderungen und wie mühsam der regulierungstechnische Weg von Versuch und Irrtum war⁶³.

In Bezug auf das Thema Innovationsförderung zeigt dieser Weg vor allem, dass bei dem Verfahren der Cap-Bestimmung gerade auch Erfolge von Innovationsförderung in nicht vom Emissionshandel erfassten Sektoren in Rechnung zu stellen sind und durch eine möglichst dynamische Cap-Anpassung adressiert werden müssen. Es war unter anderem eben auch der nicht hinreichend eingepreiste Erfolg bei der Förderung des Aus-

60 Vgl. Art. 10a Abs. 8 der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 (Emissionshandelsrichtlinie); knapp hierzu: I. Zenke/C. Telchow, in: C. T. Theobald/J. Kühling (Hrsg.), *Energierrecht*, 115. EL Januar 2022, 118. Emissionshandel, Rn. 328 f.; C. Kreuter-Kirchhof, *EuZW* 2017, 412 (417); M. Hartmann, *NVwZ* 2016, 189 (192).

61 Insgesamt sollen für Projekte etwa aus den Bereichen der energieintensiven Industrie, der Erzeugung erneuerbarer Energie, CCUS sowie der Energiespeicherung zumindest 450 Millionen Emissionszertifikate aus dem EU-Emissionshandelssystem zur Verfügung stehen. Die zur Verfügung stehende Fördersumme ist damit abhängig vom Preis der Emissionszertifikate, soll aber mindestens 38 Milliarden Euro betragen.

62 Statt vieler: M. Rodi, *Innovationsförderung durch ökonomische Instrumente der Umweltpolitik*, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Fn. 7), S. 163 (163 f.).

63 Instrukтив zu den Problemen E. Gawel, *EnWZ* 2016, 351; Zenke/Telchow (Fn. 56), § 15 Rn. 24 ff.

baus erneuerbarer Energien, der zu einem strukturell zu hoch angesetzten Gesamtbudget und damit zum Preisverfall in den frühen Handelsperioden beigetragen hat. Auch im Hinblick auf den Emissionshandel hängt demnach alles an der konkreten Ausgestaltung und die ist auch hier komplex.

3. Beispiel Förderung innovativer Netzwerkstrukturen: Reallabore

Als letztes Beispiel soll gerade aufgrund seiner Bedeutung für das Thema Klimaschutz in Städten auf die Förderung innovativer Netzwerkstrukturen durch Ressourcenbereitstellung eingegangen werden. Netzwerkstrukturen wird aufgrund der ihnen eigenen Flexibilität, der von ihnen bewirkten Reduktion von Unsicherheit und der Ermöglichung von Lernen ein besonderes Potential für Innovationsprozesse zugeschrieben⁶⁴. Der Staat kann sie durch die Bereitstellung finanzieller Ressourcen fördern und über die Förderrichtlinien auf ihre innovationsfördernde Gestaltung Einfluss nehmen.

Eine besonders interessante Form dieser Netzwerkförderung bilden die mit dem 7. Energieforschungsprogramm etablierten *Reallabore der Energiewende*⁶⁵. Bei ihnen handelt es sich um die staatliche Förderung von Verbundprojekten, mit denen in zeitlich und räumlich begrenzten Experimentierräumen innovative Technologien und integrale Energiekonzepte unter realen Bedingungen und im systemischen Zusammenspiel erprobt werden können⁶⁶. Ziel ist es, innovative Technologien und Konzepte für die Transformation des Energiesystems marktnah weiterzuentwickeln und dabei auch die gesellschaftlichen Konsequenzen der Innovationen in der Wirklichkeit zu testen. Soweit in den Reallaboren auch Raum für Partizipation geschaffen wird, können sie zugleich einen Beitrag zur Stärkung der gesellschaftlichen Akzeptanz der dort erprobten Innovationen leisten. Als Beispiel sei hier nur aus Hamburg das Reallabor „IW3 – Integrierte Wärme Wende Wilhelmsburg“ genannt⁶⁷. In diesem Reallabor soll gezeigt werden, wie eine zuverlässige und bezahlbare Wärmeversorgung auf Basis

64 Eingehend M. Eifert, Innovation in und durch Netzwerkorganisation, in: ders./W. Hoffmann-Riem, Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, S. 88 (94-97); aus der sozialwissenschaftlichen Literatur: R. Häußling, Innovation und Netzwerke, in: Blättel-Mink et al. (Fn. 7), S. 429 ff.

65 Für eine ausführliche Darstellung: <https://www.energieforschung.de/spotlights/reallabore>.

66 Siehe hierzu uns zum Folgenden Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Freiräume für Innovationen. Das Handbuch für Reallabore, 2019, S. 7.

67 Eingehend zum Projekt: <https://www.iw3-hamburg.de>. Siehe dort auch für zusätzliche Detailinformationen zu den im Folgenden beschriebenen Projektelementen.

erneuerbarer Energien möglich ist, indem Wärme, Strom und Mobilität effizient miteinander gekoppelt werden. Über eine Geothermie-Anlage soll zu diesem Zweck aus zirka 3.500 Metern Tiefe geothermische Energie gewonnen und in ein lokales Nahwärmenetz gespeist werden. In den Sommermonaten wird die überschüssige Wärme in einem oberflächennahen, wasserleitenden Gestein zwischengespeichert. Eine systemübergreifende Technologieplattform soll dann über ein virtuelles Kraftwerk Wärme, Strom und Mobilität im Quartier für eine intelligente, effiziente und regenerative Energieversorgung koppeln.

Reallabore lassen sich durch Rückgriff auf sogenannte Experimentierklauseln bei Bedarf darüber hinaus auch zu Testräumen für innovative Regulierungen fortentwickeln. „Experimentierklauseln“ ermöglichen es, innerhalb eines begrenzten Experimentierraumes die allgemein gültigen regulatorischen Anforderungen zeitweise zu suspendieren⁶⁸. Das bewusst herbeigeführte Regulierungsvakuum lässt sich dann zur evidenzbasierten Prüfung und ggf. bedarfsgerechten Fortentwicklung des Rechtsrahmens nutzen. Aufgrund dieser weitreichenden Wirkung müssen „Experimentierklauseln“ allerdings durch den jeweiligen Normgeber selbst für die entsprechenden Zwecke bereitgestellt werden.

D. Klimaschutzrecht als „lernendes Recht“: Einrichtung selbstreferenzieller Innovationsprozesse

Schon der Klimaschutzplan 2050 als deutsche Langfriststrategie unter dem Pariser Abkommen⁶⁹ wurde ausdrücklich als „Prozess“ konzipiert, der „neue Erkenntnisse und Entwicklungen aufnimmt“ und der „Grundphilosophie des regelmäßigen Überprüfens, kontinuierlichen Lernens und stetigen Verbesserns“ folgt⁷⁰. Mit dem Bundesklimaschutzgesetz haben die klimapolitischen Planungs-, Selbstbeobachtungs- und Evaluationsprozesse nunmehr auch auf Bundesebene ihre gesetzliche Verankerung und Rah-

68 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 76), S. 15 f., 21, 38 f.; zu „Experimentierklauseln“ knapp: J. Antoni/S. Schäfer-Stradowsky, in: M. Rodi, Handbuch Klimaschutzrecht, 2022, § 26 Rn. 86.

69 Vgl. Art. 4 Abs. 19 Pariser Klimaschutzabkommen.

70 Vgl. Klimaschutzplan 2050, BT-Drucks. 18/10370, S. 2.

mung erfahren⁷¹. Das spätestens nach jeder Fortschreibung des Klimaschutzplans neu zu beschließende Klimaschutzprogramm stellt das zentrale Scharnier zwischen den nationalen Klimaschutzzielen und sektorbezogenen Jahresemissionsmengen sowie den konkret zu erlassenden Klimaschutzmaßnahmen auf der Instrumentierungsebene dar. Es sorgt neben der sektorbezogenen Maßnahmenkonkretisierung auch für die sektorübergreifende Maßnahmenkoordination⁷². Im gegenwärtigen Klimaschutzprogramm 2030 kommt den Maßnahmen der Innovationsförderung als „Kernbestandteil“ einer „wirksamen und glaubwürdigen Klimapolitik“ neben den unmittelbaren Reduktionsmaßnahmen eine zentrale Funktion zu⁷³. Der Stand ihrer Umsetzung ist damit für die Erstellung des Klimaschutzberichtes nach § 10 Abs. 1 KSG im Jahresrhythmus zu evaluieren und an den Bundestag zu berichten. Dabei bietet es sich an, nicht nur den Verwirklichungsgrad des Maßnahmenkataloges, sondern auch die Erfahrungen über die Wirksamkeit einzelner Innovationsfördermaßnahmen zu sammeln, auszuwerten und später zur Grundlage einer entsprechenden Fortschreibung oder Korrektur des Klimaschutzprogrammes zu machen.

In Bezug auf Innovationen in dem für die erfolgreiche Transformation zentralen Energiesektor wird diese bereits auf nationaler Ebene angelegte selbstreflexive Evaluationsstruktur durch die europäische Ebene nochmals verstärkt. In ihren aufgrund der europäischen Governance-Verordnung (GovernanceVO) zu erstellenden und an die Kommission zu übermittelnden „Integrierten nationalen Energie- und Klimaplänen“ (INEK-Pläne)⁷⁴ müssen die Mitgliedstaaten unter anderem auch ihre Ziele, Vorgaben und Beiträge zur Dimension „Forschung, Innovation und Wettbewerbsfähigkeit“ erläutern⁷⁵. Über den Stand der Durchführung und die erzielten Fortschritte ist nach Art. 17 und Art. 25 GovernanceVO alle zwei Jahre in entsprechenden Fortschrittsberichten Rechenschaft abzulegen. Die hierdurch generierten Informationen können nicht nur der Kommission bei ihrer Fortschrittsbewertung nach Art. 29 GovernanceVO dienen, sondern bieten

71 Ausführlicher zur gesetzlichen Verankerung der Klimaschutzplanung: Guckelberger (Fn. 35), KSG § 9 Rn. 3-7; Saurer, in: Rodi (Fn. 77), § 10 Rd. 20-26; zur über die Evaluationspflichten Selbstreflexivität: C. Franzius, ZUR 2021, 131 (137).

72 Zur Rechtsnatur und Bindungswirkung der Klimaschutzprogramme: S. Schlacke, EurUP 2020, 338 (341).

73 Vgl. unter Punkt 3.5.3 des Klimaschutzprogramms 2030, BT-Drucks. 19/13900, S. 116.

74 Vgl. Art. 3 der Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018.

75 Art. 4 d) der Verordnung (EU) 2018/1999.

auch den Mitgliedstaaten Gelegenheit, ihre Anreizregulierung und Fördermaßnahmen kritisch auszuwerten und neu zu justieren.

E. Resümee

Im Resümee zeigt sich, dass der Auftrag der Innovationsförderung dem Klimaschutzrecht selbst normativ eingeschrieben ist und von ihm auch in vielfältiger Weise angenommen wird. Es zeigt sich aber auch, dass innovationsfördernde Regulierung aufgrund der komplexen sozialen Grundstruktur von Innovationsprozessen und der hieraus resultierenden Wissensdefizite ein ebenso voraussetzungsreiches wie beständig optimierungsbedürftiges Unterfangen darstellt. Das Klimaschutzrecht reagiert hierauf, indem es sich selbst und damit auch seine innovationsfördernden Regulierungsstrukturen als „lernfähiges Recht“ konzipiert und seine eigene Fortentwicklung als selbstreflexiven Innovationsprozess prozedural ausgestaltet. Innovationsfördernde Regulierung wird somit im Klimaschutzrecht zuletzt auf sich selbst angewandt, um mit der Zeit immer bessere innovationsfördernde Regulierungsstrukturen hervorzubringen. Klimaschutzrecht ist somit nicht nur Recht, das Innovationen fördert, sondern innovatives Recht.

Wandel im Recht: Hemmnisse und Wege zu mehr Nachhaltigkeit

Svenja Behrendt

Inhaltsübersicht

A.	Konzeptionelle Vorüberlegungen	67
B.	Gerichtliche Entscheidungsfindungsprozesse	71
I.	Ressourcen, Präjudizien und Pfadbildungsprozesse	71
II.	Pfade, Präjudizien und Persönliche Motivationen	74
III.	Präjudizien und Akzeptanz	74
IV.	Präjudizien und Legitimität?	75
C.	Pfadbildungsprozesse und Wandel zu mehr Nachhaltigkeit	76
I.	Abwehrrechtsorientiertes Grundrechtsverständnis: Konzeptionelle Schwächen im Schutz grundrechtlicher Interessen	76
II.	Korrekturen des Grundrechtsverständnisses	78
D.	Wege zu mehr Nachhaltigkeit	82
I.	Wandel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	82
II.	Wandel in der Interpretation	83
III.	Wandel durch Gesetzgebung	84
IV.	Wahrnehmung der eigenen Verantwortung des Interpreten, ineinandergreifende Maßnahmen und Wechselbeziehungen zwischen den Akteuren	84
E.	Fazit	87

Im Anthropozän¹ ist der Mensch und sein individuelles und kollektives Verhalten zu einer der wichtigsten Einflussfaktoren auf die Prozesse der Erde geworden. Der Mensch hat Prozesse in Gang gesetzt, die seine eigene Lebensgrundlage gefährden, indem sie den Klimawandel jedenfalls beschleunigen. Im Interesse des Fortbestehens eines „menschenfreundlichen“ Lebensraumes besteht ein Druck zur Anpassung individueller und kollektiver Verhaltensweisen – es geht um einen Wandel zu einer im Ganzen nachhaltigen Lebensweise. Ein gesamtgesellschaftlicher Wandel

1 Siehe dazu *P. J. Crutzen*, *Geology of mankind: the Anthropocene*, *Nature* 415 (03.01.2002), S. 23; *J. Kersten*, *Das Anthropozän-Konzept: Kontrakt – Komposition – Konflikt*, *RW* 2014, S. 378 (378 ff.).

zu einem substantiell nachhaltigen Leben begegnet diversen Hindernissen unterschiedlichster Art und Provenienz. Dass das Recht ein Mittel zur Bewirkung eines sozialen Wandels sein kann, steht heute (jedenfalls im Ausgangspunkt) außer Streit.² Die rechtswissenschaftliche Forschung diskutiert vornehmlich darüber, wie dieser Einfluss genau funktioniert. In diesem Beitrag befasste ich mich – in Bezug auf den Wandel zu einer nachhaltigeren Gesellschaft – mit der (umgekehrten) Frage, inwiefern das Recht bzw. das Rechtssystem ein Hemmnis für einen solchen gesellschaftlichen Wandel darstellen kann. Auf dieser Basis reflektiere ich anschließend über Wege, den Wandel zu bewirken bzw. zu beschleunigen. Dabei wird ein Rechtsverständnis zugrunde gelegt, welches sich von der Vorstellung löst, dass die Norm als „ontologisches“ Phänomen durch den Interpreten erkennbar wäre oder zumindest als Ziel des Rechtsfindungsprozesses gelten kann. Das Recht wird vielmehr durch den Interpreten erzeugt (wobei der Interpret das Schöpferische seiner Rechtsfindung in der Regel gar nicht selbst erkennt) und konkurriert deshalb stets mit potentiell anders ausfallenden Kreationen anderer Interpreten. Der Fokus des Beitrags liegt aus rechtssoziologischen Gründen auf gerichtlichen Entscheidungsfindungsprozessen. Dem liegt die These zugrunde, dass richterlichen – insbesondere höchstrichterlichen – Entscheidungen eine hohe, die Rechtserzeugung durch andere Interpreten stark beeinflussende diskursive Kraft zukommt. Zudem plausibilisiert eine Beschäftigung mit den faktischen Bedingungen richterlicher Rechtserzeugungsprozesse, dass das Rechtssystem insgesamt durch konservierende Strukturen geprägt wird. Wenn diese Strukturen an freiheitsrechtlich unterkomplex-verzernte Axiome anknüpfen, dann stellt das – trotz der stets erforderlichen Konkretisierungs- (bzw. Kurations-)leistung des Interpreten – ein Hemmnis für einen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit dar. Die etwas offenkundigere Rolle des Gesetzgebers in Bezug auf

2 Vgl. zu dem Thema beispielsweise *W. Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation: Recht im Ensemble seiner Kontexte, 2016, S. 7 ff., 14 ff.; *B. Rüthers/C. Fischer/A. Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, S. 50; *D. Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen: Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, 1997, S. 180 und *J. Wege*, Sozialer Wandel, 1977. Zur Diskussion um die Steuerungskraft von Parlamentsgesetzen s. instruktiv *F. Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 2022, Bd. 1, § 11 (zur Steuerungsleistung siehe Rn. 1 ff.); *C. Waldhoff*, Das Steuerungspotenzial der Gesetzgebung, in: W. Kahl/U. Mager (Hrsg.), Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, 2019, S. 261 (279 f. und *passim*).

einen Wandel des Rechts zu mehr Nachhaltigkeit wird angesprochen, ist aber nicht der Schwerpunkt dieses Beitrags.

A. Konzeptionelle Vorüberlegungen

Möchte man sich dem Wandel im Recht widmen, so setzt das zunächst eine Klärung wesentlicher Vorfragen voraus: Was ist gemeint, wenn man von „dem Recht“ spricht? Geht es um einen Wandel im Recht selbst oder um einen Wandel in der Rechtsanwendung? Und gibt es überhaupt einen Unterschied in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung? All das sind grundlegende Fragen, deren Beantwortung auch das Verständnis eines Wandels im Recht oder des Rechts (jenseits gesetzgeberischer Aktivitäten) beeinflussen.

Rechtsfindung ist jedenfalls *auch* ein Kurationsprozess des Interpretieren.³ Soweit dürfte man sich noch auf – mittlerweile – recht konsentiertem Boden befinden. Die Kontroverse beginnt in seiner Substanz erst bei der Frage, ob diese subjektive Kreation auf die Rekonstruktion von – unabhängig von der Interpretation existierenden – normativen Gehalten abzielen. In dem Fall wäre das subjektiv Kreierte am Maßstab dieses objektiven Sollens zu messen. Es gibt gute Gründe für die Annahme, dass es jenseits der subjektiven Kreation gar nichts gibt, dass also die These eines unabhängig von dem Interpretieren existierenden normativen Gehalts nicht mehr als eine gut gepflegte Illusion ist. Versteht man die (abstrakte) Norm *normstrukturtheoretisch* als Summe ihrer Konkretisierungen,⁴ so ist es mit zunehmendem Abstraktionsgrad unwahrscheinlicher, dass ein entsprechender Konsens (auf Seiten des Gesetzgebers als Kollektivorgan bzw. durch die Mitglieder der Gesellschaft) existiert. Diese normstrukturtheoretische Verbindung scheint auf den ersten Blick nicht zwingend zu sein.

-
- 3 Siehe dazu *M. Jestaedt*, Richterliche Rechtsetzung statt richterlicher Rechtsfortbildung: Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht, in: C. Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49 (63 f.); *ders.*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 126; *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972, S. 32; *I. Augsberg*, Die Lesbarkeit des Rechts: Texttheoretische Lektionen für eine postmoderne juristische Methodologie, 2020, S. 60 ff.; *C. Becker*, Was bleibt? Recht und Postmoderne. Ein rechtstheoretischer Essay, 2014, S. 62; vgl. auch *J. Hänni*, Juristische Hermeneutik: Die Sinnermittlung der Juristen, in: C. Bäcker/M. Klatt/S. Zucca-Soest (Hrsg.), Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, S. 75 (79 ff.).
- 4 Vgl. dazu *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung (Fn. 3), S. 151 ff.; *S. Behrendt*, Entzauberung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Grundrechte (im Erscheinen), Kap. 12 B.V.I.

Man könnte schließlich auch annehmen, dass einer abstrakt-generellen Norm ein Selbststand zukommt. Dadurch ließe sich die abstrakte Norm im Zugriff zunächst von ihrer Konkretisierung lösen. Angesichts des Umstandes, dass das Recht seinem Wesen nach auf die Gestaltung der Lebenswelt ausgerichtet ist⁵ und diese nur in konkreter Anwendung verwirklicht werden kann, ist ein solches Verständnis der abstrakten Norm bereits konzeptionell fragwürdig. Darüber hinaus wird bei der Rechtsanwendung notwendig behauptet, es handele sich bei der konkreten Entscheidung um eine Konkretisierung der Norm.⁶ Das setzt indes zwingend voraus, dass die konkrete Entscheidung auch tatsächlich normativ auf die abstrakte Norm zurückgeführt werden kann. Der Rechtsanwender muss deshalb zumindest implizit behaupten, dass die abstrakte Norm die Konkretisierung bereits in sich trägt – und das führt zurück zu der genannten normstrukturtheoretischen Verbindung. Das ist einer der Gründe für die Skepsis hinsichtlich eines substantiellen Konsenses über die abstrakte Norm. Es wird im Übrigen nicht in Abrede gestellt, dass eine Verständigung gelingen *kann*. Mir geht es lediglich darum, sich von einem Rechtsverständnis zu lösen, welches gelingende Verständigung konzeptionell voraussetzt.

Wenn es richtig ist, dass es nur die subjektive Kreation des Interpreten gibt, dann werden normative Gehalte stets vom Interpreten in Auseinandersetzung mit Normtexten und Akten der Kommunikation über diese Normtexte erzeugt.⁷ Was der Interpret für einen Akt der Kommunikation über den Normtext erachtet, wird zunächst durch seine Kenntnis der

5 Vgl. W. Brugger, Konkretisierung des Rechts und Auslegung, AöR 119 (1994), 1 (6).

6 Vgl. zur Konkretisierung auch C. Bumke, Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit, in: ders. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1 (23); Jestaedt, Grundrechtsentfaltung (Fn. 3), S. 125 f., 135 ff.

7 Der Streit um die Frage, ob und inwiefern eine sprachliche Bindung möglich ist – dafür beispielsweise C. Barth, Sprachliche Bedeutung im juristischen Diskurs, in: C. Bäcker/M. Klatt/S. Zucca-Soest (Hrsg.), Sprache – Recht – Gesellschaft, 2012, S. 211 – kann hier nicht ausgebreitet werden. In den im folgenden zitierten Arbeiten kann er jedoch nachgelesen werden. Zur Auseinandersetzung mit Normtexten und Kommunikationsakten über diese Normtexte s. R. Christensen, Sprache und Normativität oder wie man eine Fiktion wirklich macht, in: J. Krüper/H. Merten/M. Morlok (Hrsg.) An den Grenzen der Rechtsdogmatik, 2010, S. 127 (129, 132); M. Morlok, Der Text hinter dem Text – Intertextualität im Recht, in: A. Blankenagel/I. Pernice/H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Verfassung im Diskurs der Welt, FS P. Häberle, 2004, S. 93; ders., Neue Erkenntnisse und Entwicklungen aus sprach- und rechtswissenschaftlicher Sicht, in: B. Ehrenzeller/P. Gomez/M. Kotzur/D. Thürer/K. Vallender (Hrsg.), Präjudiz und Sprache, 2008, S. 27 (54); Becker (Fn. 3), S. 114 ff.

Zusammenhänge und des Rechtssystems sowie durch seine rechtstheoretischen, verfassungsrechtlichen und grundrechtstheoretischen Vorverständnisse beeinflusst. Zu den offensichtlicheren Akten der Kommunikation über einen Normtext gehören Gesetzgebungsmaterialien, Gerichtsentscheidungen, Kommentare, Aufsätze und Monographien. Weniger offensichtliche Akte der Kommunikation sind zum Beispiel Vorträge, mündliche Diskussionen, Blogposts und Zeitungsartikel. An die mündliche Kommunikation denkt man selten, weil eine vertiefte Auseinandersetzung in der Regel eine zeitintensive und gründliche Auseinandersetzung mit verschriftlichten Gedanken auseinandersetzt. Welche Normtexte und welche Kommunikationsakte der Interpret bei der Rechtsfindung berücksichtigt, hängt auch von der Entscheidungssituation und den sozio-psychologischen Bedingungen ab. Entscheidungen werden in sozialen Rollen und unter dem Druck von Erwartungen getroffen – genauer gesagt werden Entscheidungen durch die vom Entscheidungsträger *vermuteten* (also erwarteten) Erwartungen anderer Personen an seine Entscheidungen und durch die von ihm prognostizierten Positionen anderer Akteure beeinflusst.⁸

Der Abschied von einem Rechtsverständnis, welches gelingende Verständigung voraussetzt, führt zur Unhaltbarkeit eines kategorischen Dualismus zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung (und damit auch zwischen Anwendung und Fortbildung des Rechts). Rechtsbindung – im *herkömmlichen* Sinne – ist dann eine Illusion.⁹ An seine Stelle tritt eine Konzeption, bei der es um Rechts-*text*-setzung, subjektive Kreationen und die Anschlussfähigkeit dieser subjektiven Kreationen im rechtsbezogenen Diskurs geht. Die Rechtserzeugung bzw. das Ergebnis der Rechtserzeugung unterliegt der Kontrolle durch andere Interpreten. Der Diskurs ist die Kontrollinstanz.¹⁰ Dem Gesetzgeber kommt nach wie vor eine zentrale Rolle zu, auch wenn die Annahme, er setze „die“ Norm im Sinne eines substantiell gehaltvollen Sollens, nicht aufrechterhalten werden kann.¹¹

8 Zu diesem Phänomen der Erwartungserwartungen s. *N. Luhmann*, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie (1984), S. 411 f.

9 Vgl. *Christensen* (Fn. 7), S. 127 (130, 138); *R. Christensen/H. Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens, 2001, S. 71; *Becker* (Fn. 3), S. 28, 32 ff. Zur Unhaltbarkeit einer Dichotomie zwischen Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung siehe auch *Jestaedt*, Richterliche Rechtsetzung (Fn. 3), S. 49.

10 Zur Kontrolle über den Diskurs siehe ausführlich *Christensen/Kudlich* (Fn. 9), S. 228; *Becker* (Fn. 3), S. 103, 112 ff.

11 Siehe *S. Behrendt*, A Constructivist Discourse Theory of Law, *Rechtstheorie* 51 (2020), 171 (179).

Auf der Basis eines solchen konzeptionellen Verständnisses des Rechts geht es bei der Frage nach einem *Wandel* des Rechts im Grunde um einen Wandel in den Zugängen zum Recht bzw. um Veränderungen in der Interpretation von Rechtstexten. Ein Wandel ließe sich dann bezogen auf jedweden Interpreten bzw. jedwede Gruppe von Interpreten untersuchen – für das Rechtssystem ist ein Wandel aber erst interessant, wenn er nicht nur in den Rechtserzeugungsprozessen eines Interpreten stattfindet. Ein Wandel im Recht ist insoweit stets auch ein gesellschaftlicher Transformationsprozess. Aus diesem Grund ist es hinsichtlich des Bestehens von Hemmnissen und Chancen für einen Wandel des Rechts zu mehr Nachhaltigkeit primär von Interesse, welche Interpreten den größten Einfluss auf die Rechtserzeugungsprozesse anderer Interpreten haben.

Im Rechtssystem kommt nicht jedem Interpreten die gleiche Bedeutung zu. Die Ansichten eines juristischen Laien haben grundsätzlich wenig Einfluss auf die Rechtserzeugungsprozesse professioneller Interpreten. Aus diesem Grund interessiert sich die rechtswissenschaftliche Forschung primär für die *gerichtlichen* und *gesetzgeberischen* Normkreations- und Entscheidungsfindungsprozesse. Neben dem Gesetzgeber sind Gerichte bzw. Richter schlussendlich die im gesellschaftlichen System wichtigsten und wirkmächtigsten Interpreten.¹² Durch neue Normtextsetzungen bzw. durch Reformen an den Rechtstexten kann zwar ein Wandel im System bewirkt werden – weniger offensichtlich ist jedoch, dass ein Wandel auch ohne gesetzgeberisches Eingreifen entstehen kann. Angesichts eines chronisch überforderten Gesetzgebers ist diese Möglichkeit eines subtileren Wandels zu mehr Nachhaltigkeit über einen Wandel in der Interpretation einen genaueren Blick wert. Zugleich zeigt sich anhand der eingenommenen Perspektive, dass der Prozess der Normkreation durch vielfältige Faktoren beeinflusst wird. Bei einer wirksamkeitsorientierten Setzung (oder Änderung) von einfach-rechtlichen Normtexten ist diese Komplexität seitens des Gesetzgebers zu berücksichtigen.

12 Es versteht sich von selbst, dass es sich dabei um zwei sehr ungleich arbeitende und funktionierende Interpreten handelt.

B. Gerichtliche Entscheidungsfindungsprozesse

I. Ressourcen, Präjudizien und Pfadbildungsprozesse

Jede Entscheidung ist (auch) eine Frage der zur Verfügung stehenden Ressourcen, insbesondere informationeller und zeitlicher Art. Irgendwann muss die Entscheidung getroffen werden. Diese temporale Dimension richterlichen Entscheidens darf bei einer realitätsnahen Deskription der Normerzeugungsprozesse – als Bestandteil dieser Entscheidungsfindungsprozesse – nicht außer Acht gelassen werden. Das Prozessrecht sorgt in der Regel schon für eine gewisse Disziplinierung bei der Frage, wie viel Zeit zur gerichtlichen Entscheidungsfindung zur Verfügung steht¹³ – sehr viel entscheidender dürften aber die sonstigen Verfahren und damit die Arbeitslast des Dezernats insgesamt sein.¹⁴ Unterm Strich bleibt vielfach zu wenig Zeit für die tiefgehende Reflektion der Hintergründe oder für eine Auseinandersetzung mit den Grundlagen und das ist in dem System auch so angelegt. Das Rechtssystem muss funktionieren. Die Arbeitslast muss bewältigt werden und das bedeutet, dass die zur Verfügung stehende Zeit ökonomisch eingesetzt werden muss. Der Zeitdruck befördert die Anreize, in den bereits geprägten Pfaden zu arbeiten, passende abstrakte „Bausätze“ oder Präjudizien¹⁵ in anderen Entscheidungen zu suchen und mit ihrer

13 Zum Beschleunigungsgrundsatz vgl. exemplarisch E. Schmidt-Aßmann, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz, GG, 97. EL 2022, Art. 19 Abs. 4 Rn. 262 ff. Verankert ist der Beschleunigungsgrundsatz im Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 III GG, der Garantie effektiven Rechtsschutzes gem. Art. 19 IV GG und auf europäischer Ebene in Art. 6 I EMRK und Art. 47 II 1 EU-GRCh.

14 Welche zeitlichen Ressourcen bei richterlichen Entscheidungsfindungsprozessen zur Verfügung stehen, lässt sich durch einen Blick in das Personalbedarfsberechnungssystem – kurz: PEBB§Y genannt – ansatzweise erahnen. Auf der Grundlage dieses Systems wird festgelegt, wie viel Zeit für jede einzelne Tätigkeit benötigt wird. Der Personalbedarf wird entsprechend berechnet. Damit geht zwar nicht einher, dass dem Richter die Zeit streng vorgegeben wird, welche er für eine Tätigkeit aufwenden darf – faktisch entsteht aber durchaus ein entsprechender Zeitdruck. Eines der Probleme liegt in der Methode der Berechnung des Zeitaufwandes: Die aufzuwendende Zeit pro Tätigkeit wurde durch die Angaben der Justizkräfte ermittelt. Abgefragt wurde somit der Ist-Zustand und nicht der eigentlich erforderliche zeitliche Aufwand zur angemessenen Bearbeitung der Verfahren. Die einmal festgelegte Vorgabe und die entsprechende Personalplanung wirkt sich naturgemäß auf den für den Richter zur Verfügung stehenden Zeitrahmen aus – dieser muss die Arbeitslast seines Dezernats schließlich im Rahmen der im zur Verfügung stehenden Zeit bewältigen.

15 Siehe dazu M. Payandeh, Die Präjudizienwirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in: JÖR 68 (2020), S. 1 (7); A. von Ungern-

Hilfe den konkreten Fall zu lösen.¹⁶ Das entlastet, bekräftigt zugleich die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung und scheint sozialtheoretisch auch unter dem Gesichtspunkt der Erwartungserwartungen (Luhmann)¹⁷ erklärt werden zu können: Wer fremde Erwartungen erwarten kann, kann die Verhaltensabstimmung intern vollziehen. Durch diese Reflexivität¹⁸ wird Aufwand reduziert.

Wenn man die obergerichtliche Rechtsprechung bzw. die einschlägige Rechtsprechung der nächsthöheren Instanz verarbeitet und entlang der geprägten „Pfade“¹⁹ entscheidet, so reduziert sich das Risiko, dass die Entscheidung in nächster Instanz aufgehoben wird.²⁰ Zwar ist der Richter wegen der in Art. 97 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verankerten richterlichen Unabhängigkeit frei, auch anders zu entscheiden.²¹ Das Streben nach einer einheitlichen Rechtsauslegung/-anwendung entfaltet jedoch einen entsprechenden Entscheidungsdruck. Zugleich kann diese Reflexivität der Erwartung auch in Bezug auf die Beteiligten des Rechtsstreits gewendet werden: So kann die Richterin grundsätzlich erwarten, dass die Beteiligten von ihr erwarten, dass sie sich um eine Entscheidung im Sinne der nächsthöheren Instanz bemüht, um die Parteien in „klaren“ Fällen nicht zur Einlegung eines Rechtsmittels zu zwingen. Sofern das Gericht die Entscheidung in

Sternberg, Normative Wirkungen von Präjudizien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 138 (2013), 1 und – in Bezug auf die Maßstababbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und den Umgang mit einmal gebildeten Maßstäben – A.-B. Kaiser, Herstellung und Darstellung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: J. Masing/M. Jestaedt/O. Jouanjan/D. Capitani (Hrsg.), Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung, 2020, 1 (6).

16 S. dazu M. Payandeh, Judikative Rechtserzeugung: Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, 2017, S. 122.

17 Luhmann (Fn. 8), S. 411 f.

18 Luhmann (Fn. 8), S. 412.

19 Zu Pfadbildungsprozessen im Recht siehe exemplarisch L. Münkler, Pfadabhängigkeiten im Rechtssystem: Außerrechtliche und rechtliche Faktoren, in: E. Wagner u.a. (Hrsg.), Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle, 2016, S. 49 sowie – insbesondere mit Blick auf einmal getroffene politische Entscheidungen – J. Hohnerlein, Recht und demokratische Reversibilität (2022), S. 58 f. und die noch nicht erschiene Dissertation N. Schröter, Pfadabhängigkeiten im Recht.

20 S. dazu R. Lautmann, Justiz – die stille Gewalt, 2. Aufl. 2011, S. 116 ff.; Payandeh (Fn. 16), S. 257.

21 Zur Diskussion um die Verbindlichkeit von Präjudizien bzw. die Qualifizierung von Präjudizien als Rechtsquelle s. Payandeh (Fn. 16), S. 116 ff. Payandeh spricht sich für eine normative Qualität aus, vgl. ebd., S. 256 f.; ebenso v. Ungern-Sternberg (Fn. 15), S. 45 ff.

nächsthöherer Instanz nicht zu antizipieren vermag bzw. sich eine Einschätzung nicht zutraut, dürfte sich die Erwartungserwartung jedenfalls dadurch ausdrücken, dass bei der (streitigen) Entscheidung die Rechtsprechung der Obergerichte und der Gerichte der nächsthöheren Instanz verarbeitet werden. Gerade weil die Rechtserzeugung auch unter Auseinandersetzung mit Kommunikationsakten erfolgt und man typischerweise in Auseinandersetzung mit den einschlägigen Normtexten und Gerichtsentscheidungen sowie den üblichen Kommentaren zu der Überzeugung gelangen kann, das für den Fall relevante Recht erkannt zu haben, sind diese Prozesse mit den gerichtlichen Rechtserzeugungsprozessen verwoben. Dass man auch zu einer *anderen* Ansicht über das Recht kommen kann bzw. dass es in eine andere Richtung deutende weitere Kommunikationsakte oder andere Lesarten der herangezogenen Entscheidungen gibt, stellt die „Korrektheit“ der gerichtlichen Entscheidung nicht in Frage. Eine Entscheidung kann regelmäßig nur methodisch professionell und axiomatisch folgerichtig sein. Das schließt nicht aus, dass die Entscheidung ebenso methodisch professionell und axiomatisch folgerichtig auch anders hätte ausfallen können.²² Das Ausbrechen aus geprägten Pfaden bzw. das Infragestellen höchstrichterlich ausgearbeiteter Präjudizien wird aber als begründungsbedürftiger empfunden²³ und erhöht dadurch den zur Entscheidung zu betreibenden Aufwand. Zunächst setzt das schließlich voraus, dass man zu der Annahme gelangt, dass der geprägte Pfad bzw. das Präjudiz – obwohl es auf den konkreten Fall passt – nicht zu einer vom Interpreten für richtig gehaltenen Rechtsauffassung führt. Das setzt bereits ein entsprechendes Vorverständnis bzw. Vorwissen voraus. Um eine Entscheidung anzufertigen, wird der Richter aber häufig auch darauf angewiesen sein, auf Literatur zugreifen zu können, die seine abweichende Entscheidung stützt. Denn er ist grundsätzlich aus diskursiven Gründen auf die Bekräftigung seiner Position durch Kommunikationsakte anderer Interpreten angewiesen. Das setzt die entsprechenden Ressourcen voraus. Etwas einfacher ist das, wenn und soweit sich der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch Präjudizien oder Pfade in jene andere Richtung entnehmen lassen.

22 Siehe exemplarisch auch *Becker* (Fn. 3), S. 74, III.

23 Vgl. *Payandeh* (Fn. 16), S. 261 f. mit Verweis auf *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 329.

II. Pfade, Präjudizien und Persönliche Motivationen

Das justizielle System ist auf einen effizienten Einsatz der Ressourcen ausgerichtet. Karriere dürfte nur machen, wer die Verfahrenslast bewältigt und dabei Entscheidungen produziert, die das Gericht gut aussehen lassen – wessen Entscheidungen in nächster Instanz stets aufgehoben werden, der dürfte wohl eher schlechte Karten haben. Und auch wem an einer Karriere in der Justiz nicht gelegen ist, der dürfte dennoch ein Interesse daran haben, sein Dezernat nicht – wie es im Jargon der Justiz heißt – „absaufen“ zu lassen. Auch das befördert den Rekurs auf die in der Rechtsprechung auffindbaren Judizien und geprägten Pfade.

III. Präjudizien und Akzeptanz

Ferner liegt es nahe, dass das Streben nach Akzeptanz der eigenen Entscheidung durch die Parteien und die Gesellschaft sowie das Streben nach der Bestätigung durch andere Personen, insbesondere die Bestätigung durch die nächsthöhere Instanz einen gewissen Einfluss bei der Entscheidungsfindung haben – auch jenseits der Karriererelevanz. Insoweit geht es nicht um eine irgendwie geartete Anbieterung, sondern jedenfalls *auch* um einen Effekt, welcher durch das Recht als diskursiver Praxis und aufgrund der dem Recht immanenten Befriedungsfunktion²⁴ entsteht. Die Akzeptanz der Entscheidung wird (neben den prozessualen Bedingungen ihrer Entstehung)²⁵ auch dadurch beeinflusst, ob und inwiefern sich die Begründung in die Reihe anderer gerichtlicher – insbesondere höchstrichterlicher – Entscheidungen einfügt (sofern die Gerichte als Institutionen grundsätzlich akzeptiert werden).²⁶ Wenn die Entscheidung aus den bereits geprägten Pfaden ausbricht, wird das als inhomogen und inkohärent empfunden,

24 Dass das Recht auch eine Befriedungsfunktion hat, lässt sich auf Basis eines nicht-positivistischen Rechtsverständnisses wegen der Zusammenhänge zu moralischen Vorstellungen der Gerechtigkeit und der Moral relativ überzeugend darstellen. Auf der Grundlage eines positivistischen Rechtsverständnisses ist diese Funktion erklärungsbedürftiger. Dem kann im Rahmen dieses Beitrags aber nicht nachgegangen werden, da diese Frage den thematischen Zusammenhang verlässt.

25 Grundlegend N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969.

26 Vgl. C. Boulanger, Rollen und Funktionen der Verfassungsgerichtsbarkeit – eine theoretische Annäherung, in: M. Wrase/C. Boulanger (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts: Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten, 2013, S. 67 (72): Die „Darstellung der Urteils-

als Störfaktor für den Versuch, eine einheitliche Rechtsordnung herauszubilden. Ein Verlassen der geprägten Pfade ließe sich sogar als Stressor für Rechtsstaatlichkeit etikettieren, denn Rechtsstaatlichkeit erfordert zumindest ansatzweise Rechtssicherheit und damit auch eine rudimentäre „Vorhersehbarkeit“ gerichtlicher Entscheidungen. Rechtssicherheit gebietet keine Versteinerung, aber doch eine gewisse Kontinuität.²⁷ Pfadbildung und Pfadabhängigkeiten sind – so gesehen – ein Indiz für eine rechtsstaatliche Justiz. Recht ist dann sowohl aus pragmatischen Gründen als auch aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit strukturell konservativ.

IV. Präjudizien und Legitimität?

Die Verknüpfung der Entscheidung mit höchstrichterlicher Rechtsprechung wird auch in Bezug auf den Legitimitätsanspruch diskutiert. *Mehradd Payandeh* führt dazu aus:

„Die Berufung auf Präjudizien entfaltet [...] auch eine legitimierende Wirkung: Ein Gericht, das eine Entscheidung im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung treffen will, muss diese Entscheidung in rechtlicher Hinsicht nicht mehr ausführlich selbst begründen, sondern kann sich auf die entsprechende Rechtsprechung berufen. Das Zitat ersetzt in diesem Fall das Sachargument, eine Technik, die allgemein akzeptiert und in ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit und Legitimität kaum angezweifelt wird.“²⁸

Payandeh hat Recht, soweit er die diskursive Relevanz beschreibt: Der Rekurs auf höchstrichterliche Entscheidungen wird als Ersatz für Begründung akzeptiert. Wenn man das jedoch mit Legitimität in eins setzt, dann wird Legitimität durch die Kraft eines *argumentum ad verecundiam* bzw. eines *argumentum ab auctoritate* bewirkt – nicht durch die Validität des Sacharguments. Die Entscheidung zöge ihren Anspruch auf Legitimität aus der Behauptung, die konkrete Entscheidung folge aus dem, was eine Ehrfurcht gebietende Institution gesagt habe. Die Legitimität der eigenen Entscheidung wird jedoch durch die Verknüpfung mit anderen Entscheidungen, auch höchstrichterlichen, nicht beeinflusst. Eine Entscheidung gewinnt nicht an Legitimität, nur weil sie an höchstrichterliche Entscheidungen

gründe [ermöglicht] eine nachträgliche Rationalisierung des Ergebnisses“ (Hervorhebung nicht im Original).

27 Vgl. exemplarisch *Payandeh* (Fn. 16), S. 253 f. m.w.N., 263.

28 *Payandeh* (Fn. 16), S. 13.

anknüpft. Es ist und bleibt die eigene Entscheidung; sie ist vollumfänglich von dem Richter selbst zu verantworten. Ein Rekurs auf höchstrichterliche Rechtsprechung inkorporiert das Argument bzw. die Argumentationslinie nur in die eigene Entscheidung, es ist ein inhaltlicher Anschluss an die Aussage des anderen Gerichts verbunden mit der Behauptung, dass das Gesagte daraus folge. Dementsprechend kann ein Rekurs nur funktionell die Begründungsbedürftigkeit verkürzen, aber keine Legitimität verleihen.²⁹

C. Pfadbildungsprozesse und Wandel zu mehr Nachhaltigkeit

Diese Pfadbildungsprozesse und der Umstand, dass der Rekurs auf andere, insbesondere höchstrichterliche Entscheidungen zum verfassungsrechtlichen Ideal erhoben wird, *können* ein Hemmnis für einen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit darstellen. Das wäre der Fall, wenn sie zu einer Konservierung des – nicht nachhaltigen – *status quo* beitragen.

I. Abwehrrechtsorientiertes Grundrechtsverständnis: Konzeptionelle Schwächen im Schutz grundrechtlicher Interessen

Aus der Darlegung zu den gerichtlichen Entscheidungsfindungsprozessen ergibt sich, dass Axiome, die in bisherigen Entscheidungen etabliert wurden, im System des Rechts bewusst oder unbewusst fortgeführt werden. Die bisherigen Axiome im deutschen Rechtsraum sind infolge der die Rechtsprechung prägenden Leitlinien des Bundesverfassungsgerichts durch ein eher konservatives und abwehrrechtsorientiertes Freiheitsverständnis geprägt – trotz der Fortschritte über objektiv-rechtlich fundierte Grundrechtswirkungen.³⁰ Auf diese Weise erschweren sie einen Wandel zu mehr

29 Aus konzeptionellen Gründen lässt sich es auf der Basis des hier dargelegten Verständnisses auch nicht sinnvoll von einem Legitimitätsanspruch sprechen. Es geht insofern allein um die Zuschreibung eines Anspruchs auf Richtigkeit, siehe *Behrendt* (Fn. 11).

30 In *Behrendt* (Fn. 4) gehe ich auf die vielfältigen Zusammenhänge, die es dabei zu berücksichtigen gilt, ein und beschreibe das durch die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung etablierte Freiheitsverständnis als nur „*kupierte* reale Freiheit“ (ebd., Kap. 8). Das liegt insbesondere daran, dass sich in der Rechtsprechung ein asymmetrischer Schutz des grundrechtlich geschützten Interesses zeigt. Auf einen solchen asymmetrischen Schutz hatte i.Ü. bereits Dieter Suhr hingewiesen. Zur Asymmetrie siehe auch die Kritik *W. Frenz*, *Klimagrundrecht*, DÖV 2021, 715 (719 f.).

Nachhaltigkeit. In einem abwehrrechtsgeprägten Grundrechtsverständnis ist die Verpflichtung zu jedweden Handeln als solches als Grundrechtseingriff zu begreifen; die gegenläufigen Interessen anderer werden strukturell schlechter geschützt – insbesondere, wenn epistemische Probleme hinzukommen. Auf der Basis dieses Grundrechtsverständnisses kann eine Hinwendung zu mehr Nachhaltigkeit grundsätzlich nur funktionieren, wenn sich die Grundrechtsträger selbst für die nachhaltige Handlungsoption entscheiden. Weitgehend außerhalb des grundrechtlichen Blickfeldes läge die Frage, ob und inwieweit die Entwicklung nachhaltiger Handlungsalternativen und die Vornahme von Maßnahmen zur Eindämmung, Begrenzung und Bekämpfung des Klimawandels auch grundrechtlich geboten sein können. Zu einer grundrechtlichen Frage werden diese Themen regelmäßig erst, soweit mit ihnen abwehrrechtsrelevante Eingriffe verbunden wären. Zwar setzt der abwehrrechtliche Schutz früh an, sodass die Themen letztlich doch einer grundrechtlichen Prüfung zugänglich gemacht werden – aber dann von vorneherein nur im Rahmen des abwehrrechtlichen Narrativs und unter Inkaufnahme der strukturellen Asymmetrie. Das führt unterm Strich zu einem Hemmnis für einen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit, weil der Fokus auf der Beeinträchtigung grundrechtlicher Freiheit im Sinne des – ironischerweise – liberal genannten Freiheitsverständnisses liegt. Staatliches Handeln wird nur als Beeinträchtigung dargestellt, die Förderung grundrechtlich geschützter Interessen gerät schon wegen des abwehrrechtlichen Framings aus dem Blick. Die Rechtfertigungslasten sind einseitig zu Lasten gegenläufiger Interessen verteilt.

Ein solches asymmetrisches Freiheitsverständnis ist blind für den Voraussetzungsreichtum und die inhärent soziale Dimension jeglicher Freiheit. Eben dieser Voraussetzungsreichtum und die strukturell benachteiligten Schutz- und Leistungsdimensionen der Grundrechte sind jedoch für die Implementierung von Nachhaltigkeit zentral. Es muss erkannt – und konsequent umgesetzt – werden, dass die Verwirklichung grundrechtlicher Interessen einer Person sowohl durch aktiv erschwerendes Handeln als auch durch die Nichtvornahme fördernder Maßnahmen beeinträchtigt werden kann. Setzt man hinsichtlich des grundrechtlichen Schutzes beim Interesse an, so wird deutlich, dass die Rechtfertigungsbedürftigkeit strukturell *gleich gelagert* sein muss. Außerdem setzt ein – axiomatischer – Wandel im Recht die Erkenntnis voraus, dass der Schutz grundrechtlicher Interessen eine

dynamische, temporale Dimension hat.³¹ Die Grundrechtstheorie und das Freiheitsverständnis müssen in ihrer temporalen Dimension weiterentwickelt werden. Der liberale Freiheitsbegriff kann das – in seiner aktuellen politischen Lesart – wegen seiner theorieimmanenten Fokussierung auf die Bewahrung des *status quo* nicht leisten. Nebenbei bemerkt: Das könnte der Grund sein, weshalb das Bundesverfassungsgericht einen intertemporalen Freiheitsschutz³² in die Grundrechtsdogmatik einführen musste.

Soweit ein Verhalten, das auf lange Sicht grundrechtlich geschützte Interessen gefährdet oder schädigt, *nicht* als Angriff auf den Achtungsanspruch erfasst wird, lässt sich der Wandel zu mehr Nachhaltigkeit grundrechtlich nur unzureichend verankern. Eine Hinwendung zu mehr Nachhaltigkeit kann nur funktionieren, wenn Handlungen zugunsten künftiger Interessen und künftiger Grundrechtsträger grundrechtlich auch dann obliegen *können*, wenn es zu einem Konflikt mit gegenwärtigen Interessen eines Grundrechtsträgers kommt³³ und wenn der schutz- und leistungsrechtliche Grundrechtsschutz nicht länger nach Maßgabe eines Minimalstandards verstanden wird.³⁴

II. Korrekturen des Grundrechtsverständnisses

Ein Wandel zu mehr Nachhaltigkeit setzt zunächst voraus, dass dieses Defizit eines abwehrrechtsorientierten Grundrechtsverständnisses korrigiert wird. Dem Grundrechtsverständnis müsste also ein komplexeres Freiheitsverständnis unterlegt werden. Es müsste erkannt (und bruchfrei umge-

31 Zu dem Problem und dem Lösungsansatz siehe S. Behrendt, Grundrechtstheoretische Begründbarkeit einer Verantwortung gegenüber künftigen Generationen: Das grundrechtstheoretische Rechtsverhältnis in der Zeit, in: O. Ammann u.a. (Hrsg.), Verantwortung und Recht, 2022, S. 259 (*passim*).

32 Siehe BVerfGE 157, 30 (98, 102, 131).

33 Zur Rechtfertigungslast wegen künftiger Interessen gegenwärtig und künftig lebender Grundrechtsträger siehe Behrendt (Fn. 31), S. 266 ff.

34 Zur Kritik an der Schutzpflichtendogenik des Bundesverfassungsgerichts s. exemplarisch C. Calliess, Schutzpflichten, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 44 Rn. 22, 24; M. Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl. (2018), *passim*; D. Suhr, Entfaltung der Menschen durch die Menschen, 1976, S. 148; ders., Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff? Kritik der Freiheitsdogmatik am Beispiel des Passivraucherproblems, JZ 1980, 166 (167). Zu Schutzpflichten und Spielräumen siehe auch S. Behrendt, Spielräume im Licht der Demokratie und der Gewaltenteilung, N.N. (derzeit in Arbeit).

setzt) werden, dass Rechtfertigungslasten auch in Bezug auf die Betätigung grundrechtlicher Freiheit entstehen, sofern sie mit (künftigen) Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Interessen verbunden sind. Das hat zunächst einmal mit Nachhaltigkeit gar nichts zu tun – es ist eine Korrektur, die im Interesse realer Freiheit, die den Voraussetzungsreichtum jeglicher Interessensrealisierung anerkennt, geboten ist. Auf dem Boden eines entsprechend korrigierten Grundrechtsverständnisses wird die grundrechtliche Relevanz von Handlungsoptionen dann umfassend und ohne strukturelle Verzerrungen sichtbar und ermöglicht einen Diskurs über die Gewichtungen der in Konflikt stehenden Interessen. Das zwingt einen Interpreten nicht zu der Entscheidung, nachhaltige Handlungsoptionen vorzuziehen, aber es macht die Präferenzen des Interpreten immerhin deutlich und demaskiert die Kurzsichtigkeit von unter der Flagge eines liberalen Freiheitsverständnisses vertretenen Positionen. Es führt auch zu der Einsicht, dass die Grundrechte keineswegs ein Hindernis für Nachhaltigkeit darstellen. Kein Interpret ist kraft der Grundrechte gezwungen, egoistischen und schädlichen Interessen des Individuums den Vorzug zu geben. Ein komplexeres, reicheres Freiheitsverständnis macht deutlich, dass eine solche Position mit Blick auf die Gleichrangigkeit aller Grundrechtsträger eine eher schwer zu begründende Zementierung von Macht darstellt. Freiheit und Verantwortung sind zentrale Paradigmen einer auf ein gedeihliches Zusammenleben ausgerichteten Gesellschaft, aber das bedeutet nicht, dass jedwedes Begriffsverständnis diese Funktion gleichermaßen gut erfüllt.

Die Ausführungen haben bislang gezeigt, inwiefern das in der Rechtsprechung dominierende abwehrrechtsorientierte Grundrechtsverständnis (bzw. das diesem zugrundeliegende sogenannte liberale Freiheitsverständnis) künftige Interessen grundrechtlich nur verzerrt und unzureichend schützt. Für den Wandel zu mehr Nachhaltigkeit im Recht ist das vor allem deshalb ein Problem, weil durch die Art und Weise wie judikative Rechtsfindung bzw. Rechtssetzung – tendenziell – funktioniert, Axiome und Narrative kolportiert und weitergetragen werden. Ein Wandel kann angesichts dieser Funktionsweise nicht über Nacht bewirkt werden. Die Entwicklung des Rechts erfolgt weitgehend *top-down*; ein Wandel im Recht setzt insofern einen Wandel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung voraus. Höchststrichterliche Rechtsprechung ist indes selbst einigermaßen

„methodisch konservativ“³⁵ bzw. selbstreferentiell-autopoietisch³⁶. Die Anknüpfung an vorangegangene Judikate hat auch innerhalb der obersten Gerichte und dem Bundesverfassungsgericht einen äußerst hohen Stellenwert. Im Interesse der Rechtssicherheit werden Axiome und Narrative fortgetragen; anstelle einer Revision der Grundlagen wird eher an die bisherige Dogmatik „angebaut“. Gerade das Fortführen des hergebrachten, in der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur etablierten Grundrechtsverständnisses ist aber das Problem. Es hat zwar über die Jahrzehnte hinweg Entwicklungen in die richtige Richtung gegeben, die Judikatur ist aber nach wie vor von einer gewissen Asymmetrie geprägt. Das zeigt sich auch an dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zum Klimaschutzgesetz 2019³⁷, da die Chance zur Korrektur der Schutzpflichtendogmatik ungenutzt blieb. Die erforderliche Hinwendung zu einem realen Freiheitsbegriff und einem strukturell symmetrischen Grundrechtsverständnis dürfte angesichts des damit einhergehenden Paradigmenwechsels kaum sanft möglich sein, sondern müsste wohl einigermaßen klar kommuniziert werden (z.B. durch Anerkennung einer strukturellen Gleichwertigkeit und durch eine klarere Differenzierung zwischen der Beeinträchtigung der Interessen auf Seiten des Grundrechtsträgers und der „Beeinträchtigung“ bzw. Belastung auf Seiten des Grundrechtsverpflichteten durch die dann aufzuwendenden Ressourcen).

Der (angesprochene) Klima-Beschluss ist in Anbetracht der Entwicklung eines intertemporalen Freiheitsschutzes³⁸ und einer eingriffsähnlichen Vorwirkung³⁹ ein gutes Beispiel für dieses „Weiterbauen“ bzw. das Anknüpfen an Bestehendes. Das *theoretisch-konzeptionelle* Problem wird auf der *dogmatischen* Ebene gelöst. Ein solches Vorgehen hat den Vorteil einer vielleicht größeren Anschlussfähigkeit, weil das Konzept nicht als Ganzes verstanden werden muss und man der Entscheidung auch aus Sicht unterschiedlicher theoretischer Zugriffe auf das Verfassungsrecht in vielerlei

35 Das zeigt sich besonders gut an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. A. Kulick/J.Vasel, Das konservative Gericht: Ein Essay zum 70. Jubiläum des Bundesverfassungsgerichts, 2021, S. 14, 43 ff.

36 R. Rogowski, Constitutional courts as autopoietic organisations, in: M. Wrase/C. Boulanger (Hrsg.), Die Politik des Verfassungsrechts: Interdisziplinäre und vergleichende Perspektiven auf die Rolle und Funktion von Verfassungsgerichten, 2013, S. 123 (127 ff.).

37 BVerfGE 157, 30.

38 BVerfGE 157, 30 (98, 102, 131).

39 BVerfGE 157, 30 (130 ff.).

Hinsicht zustimmen kann. *Zugleich* wird ein intellektueller Zugriff auf die Entscheidung und ihre Konsequenzen aber auch erschwert, weil die konkret-problemorientierte Lösung nicht den Anspruch erhebt, eine ganzheitlich-stimmige Erklärung anzubieten. Dem Leser wird der Blick für die ggfs. stattfindenden tieferen Umwälzungen versperrt. Das Gericht verschafft sich durch dieses tentative, vorsichtige Weiterentwickeln aber die Möglichkeit, in späteren Entscheidungen den Gedanken subtil zu betonen oder abzuschwächen. Taktisch ermöglicht diese Praxis dem Gericht, eine hohe Konsistenz und Kohärenz in den Entscheidungen zu erreichen *und* flexibel zu bleiben. Die bundesverfassungsgerichtliche Begründungsmethode hat deshalb zweifellos gute Gründe. Dennoch sollte die zuvor angesprochene Revision erfolgen – zumal eine Hinwendung zu einem symmetrischen Grundrechtsschutz ohnehin nicht damit verbunden wäre, dass das Gericht seine Methode aufgeben müsste. Die aktuellen und bevorstehenden gesamtgesellschaftlichen Probleme (ich denke hier insbesondere an die Umwälzungen durch die Digitalisierung und den Klimawandel) werfen grund- und verfassungsrechtliche Fragen auf, die mit der dominierenden Lesart eines liberalen Freiheitsverständnisses schlicht nicht konsequent lösbar sind. Das zu zeigen, ist indes nicht Gegenstand dieses Beitrags und muss einem späteren vorbehalten bleiben. Daher muss ich es hier bei der Hypothese belassen, dass jene dominierende Lesart im Sinne einer Betonung der abwehrrechtlichen Dimension dazu neigt, Autonomie und Selbstbestimmung zu unterkomplex zu verstehen und die temporale Dimension des Grundrechtsschutzes konzeptionell zu vernachlässigen. Die liberale Theorie ist zweifellos historisch verdienstvoll⁴⁰ und hat durchaus richtige und wichtige Erkenntnisse für das Grundrechtsverständnis geleistet. Dennoch muss das liberale Grundrechtsverständnis heutiger Gestalt eben auch unter Berücksichtigung der Differenzierungen und Entwicklungen im grundrechtsbezogenen Diskurs⁴¹ gesehen werden und hier lassen sich konzeptionelle Schwächen durchaus ausmachen.

40 Die Entdeckung der Grund- und Menschenrechte wird in die Tradition des Liberalismus gestellt, vgl. exemplarisch *E. Schmidt-Jortzig*, Grundrechte und Liberalismus, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Europa*, Bd. I, 2006, § 10 Rn. 1 ff.; *R. Poscher*, Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, 2003, S. 15 ff.

41 Siehe beispielsweise zum Zusammenhang mit dem Freiheitsbegriff *Poscher* (Fn. 40), S. 107 ff. Zum mehrpoligen Grundrechtsverhältnis und zum mehrdimensionalen Grundrechtsverständnis s. exemplarisch *M. Wrase*, Zwischen Norm und sozialer

Nicht zu leugnen ist, dass der Klimabeschluss einen erheblichen Einfluss im Dienst der Nachhaltigkeit entfaltet.⁴² Insofern kann man die Entscheidung vielleicht auch als einen wichtigen Schritt auf dem Weg zu einer umfassenderen Revision betrachten. Denn der Effekt müsste theoretisch zwar bei einer grundlegenden Revision größer sein, aber ein zu rascher, grundlegender Wandel kann auch die Akzeptanz der Entscheidung gefährden.

D. Wege zu mehr Nachhaltigkeit

I. Wandel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Soweit sich das justizielle System *top-down* entwickelt, wäre also eine ausdrückliche Selbstkorrektur des Bundesverfassungsgerichts wünschenswert. In dem Fall würden die Pfadbildungsprozesse durch die klar kommunizierte Aufgabe eines asymmetrischen Schutzes grundrechtlicher Interessen und die Etablierung eines (die temporale Dimension berücksichtigenden) symmetrischen Freiheitsverständnisses einen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit befördern. Die Schädigung eines grundrechtlich geschützten Interesses durch die Betätigung eines anderen wird sichtbar(er). Zugleich wird es leichter, unterschiedliche Verhaltensoptionen hinsichtlich der Interessenswahrnehmung überhaupt wahrzunehmen. Für die Politik würde die grundrechtliche Relevanz von gesetzgeberischem und faktischem Handeln erkennbarer. Wegen der grundrechtlichen Bezüge würde deutlich werden, dass der Staat in der Pflicht ist, gegenüber der Gesellschaft die Notwendigkeit eines gesamtgesellschaftlichen, raschen Wandels im Dienst substantieller Nachhaltigkeit klar zu kommunizieren und entsprechend zu handeln (z.B. durch Investitionen, die auf eine nachhaltige Wahrnehmung grundrechtlich geschützter Interessen abzielen). Zudem dürfte deutlich werden, dass die Beibehaltung des *status quo* strukturell nicht rechtfertigungsbedürftig ist als der Wandel zu nachhaltigeren Optionen.

Wirklichkeit: Zur Methode und Dogmatik der Konkretisierung materialer Grundrechtsgehalte, 2016, S. 319, 327 ff.

- 42 Vgl. M. Burgi, Klimaverwaltungsrecht angesichts von BVerfG-Klimabeschluss und European Green Deal, NVwZ 2021, 1401; F. Fellenberg, Rechtsschutz als Instrument des Klimaschutzes – ein Zwischenstand, NVwZ 2022, 913 (915 ff.); M.-J. Seibert, Klimaschutz und Generationengerechtigkeit – Der Jahrhundert-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, DVBl 2021, 1141.

II. Wandel in der Interpretation

Ein Wandel im Recht kann in gewissen Grenzen durch ein *Bewusstsein* für die grundrechtstheoretische bzw. freiheitsrechtliche Färbung in den Leitlinien der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bewirkt werden. Das setzt allerdings die entsprechende Kenntnis auf Seiten der Interpreten und ein Bewusstsein dafür, dass jeder Interpret die volle Verantwortung für die eigene Entscheidung trägt, voraus. Ein sanfter Appell dahingehend, dass eine rechtsstaatliche Justiz auch erfordert, dass fehlerhafte Entwicklungen korrigiert werden, wäre beispielsweise möglich. Sinnvoll wäre es auch, das Bewusstsein dafür zu stärken, dass der Effizienzgewinn eines Rekurses auf höchstichterliche Rechtsprechung nicht von der Verantwortung für die eigene Entscheidung entlastet. Man sollte sich aber nicht der Illusion hingeben, dass ein solcher Appell bzw. eine solche „Mahnung“ faktisch nennenswerte Auswirkungen haben wird. Einem *argumentum ab auctoritate* kommt jedenfalls in der deutschen Praxis faktisch eine hohe diskursive Kraft zu. Das erschwert das Herausbilden einer eigenverantwortlichen Entscheidung wegen des erhöhten Grades eines Fremdeinflusses auf den konkreten Entscheidungsfindungsprozess.⁴³ Zugleich sind traditionellere Ansätze aus der Rechtstheorie bemüht, das interpretierende Subjekt in den Hintergrund treten zu lassen und entlastet den Interpreten damit weitgehend aus der Verantwortung. Selbst wenn das Bewusstsein für eben jene Verantwortung gestärkt wird, muss sich der Interpret aber darüber hinaus auch der grundrechtstheoretischen bzw. freiheitsrechtlichen Färbung in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und der Kontingenz dieser Linie gewahr sein. Das ist – auch unter Juristen – alles andere als selbstverständlich. Die Erkenntnis einer Verantwortung für die eigene Entscheidung ist dementsprechend erschwert. Ein Appell kann ferner die psycho-soziologischen Mechanismen im System nicht neutralisieren: Die Erwartung, dass die Gerichte der Linie der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung folgen werden, dürfte dazu führen, dass man sich dennoch an eben jenen Präjudizien orientiert. Das bleibt nicht ganz aus. Faktisch ist dieser Weg zur Bestärkung eines Wandels zu mehr Nachhaltigkeit daher ebenfalls mit erheblichen Schwierigkeiten belastet.

43 Da indes keine Entscheidung wirklich autark bzw. selbstbestimmt getroffen werden kann, stellen sich insofern auch schwierige Fragen der Selbst- und Fremdbestimmung.

III. Wandel durch Gesetzgebung

Bislang wurde noch nicht thematisiert, welche Rolle dem *Gesetzgeber* bei einem Wandel im Recht zu mehr Nachhaltigkeit zukommt. Auch wenn man sich von der Annahme verabschiedet, dass die Norm vom Gesetzgeber gesetzt wird, ist die Rolle des Gesetzgebers für die Entwicklung des Rechts zentral: Er erlässt schließlich die Gesetzestexte, anhand derer die Interpreten normative Gehalte kreieren.⁴⁴ Zugleich werden den gesetzgeberischen Kommunikationsakten über die Normtexte (also den Gesetzgebungsmaterialien) grundsätzlich eine besondere Bedeutung für die Auslegung und Interpretation zugeschrieben.⁴⁵ Der Gesetzgeber hat deshalb einen erheblichen Einfluss auf die Rechtserzeugungsprozesse innerhalb der Rechtsgemeinschaft: Er kann einen Wandel hin zu mehr Nachhaltigkeit beschleunigen und erleichtern oder ihn verlangsamen und erschweren.

IV. Wahrnehmung der eigenen Verantwortung des Interpreten, ineinandergreifende Maßnahmen und Wechselbeziehungen zwischen den Akteuren

Da die Auffassung verbreitet ist, dass Nachhaltigkeitsbelange erst und nur dann zu berücksichtigen seien, wenn der Gesetzgeber dies kommuniziert, ist die Rolle des Gesetzgebers faktisch noch bedeutsamer als der konzeptionelle Hintergrund eigentlich hergibt. Dass diese Ansicht zumindest unterkomplex ist, folgt daraus, dass die Grundrechte bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts berücksichtigt werden müssen und die Nachhaltigkeit der Handlungsoptionen die Gewichtungsentscheidungen beeinflussen. Das Erkennen und Berücksichtigen dieser Faktoren wird durch erhebliche epistemische Unsicherheiten über die mittel- und langfristigen Konsequenzen der Handlungsoptionen erschwert – zumal die künftigen Konsequenzen primär als gesamtgesellschaftliches Problem gerahmt werden. Diese diffuse künftige Betroffenheit aller schwächt die

44 Dazu siehe Behrendt (Fn. 11), S. 178, 189.

45 Welche Rolle die Gesetzgebungsmaterialien bei der Rechtsfindung spielen (darf), wird in der Literatur mit Blick auf das Ziel der Auslegung kontrovers diskutiert, vgl. exemplarisch M. Sehl, Was will der Gesetzgeber? Ziel und Methode rationaler Argumentation mit Gesetzesmaterialien, 2019; T. Frieling, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers: Fallgruppen verbindlicher Willensäußerungen, 2017; T. Wischmeyer, Der »Wille des Gesetzgebers« Zur Rolle der Gesetzesmaterialien in der Rechtsanwendung, JZ 2015, 957.

Dramatik, da der angerichtete Schaden weniger greifbar ist und regelmäßig nicht durch das Handeln des Einzelnen isoliert bewirkt wird. Die Verantwortlichkeit des Einzelnen diffundiert im Kollektiv. Zugleich ist bei der Bemessung der individuellen Verantwortung auch zu berücksichtigen, dass er im Rahmen seiner Möglichkeiten über die Wahrnehmung seiner Interessen entscheiden muss und nachhaltige Handlungsoptionen häufig ressourcenintensiv sind. Das beeinflusst auch die Abwägungsentscheidungen und damit die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit *prima facie* bestehende Verpflichtungen zum Ergreifen nachhaltiger Verhaltensoptionen definitive Geltung erlangen. Dem Gesetzgeber bzw. der Regierung obliegt es deshalb, die Rahmenbedingungen zu schaffen, die es dem Einzelnen ermöglichen, sich ohne größeren zeitlichen und finanziellen Aufwand nachhaltig zu verhalten. Diese Rahmenbedingungen haben sowohl eine faktische als auch eine rechtliche Dimension. Erst wenn der *tatsächliche* Lebenssachverhalt entsprechend geformt ist, können *rechtlich* auch entsprechende definitive Verhaltenspflichten entstehen. Die reale und die normative Ebene sind eng miteinander verwoben.

Das Herstellen dieser Rahmenbedingungen hat auch etwas mit der Kommunikation eines Wandels zu mehr Nachhaltigkeit im gesamten System des Rechts zu tun, denn der rechtliche Steuerungsanspruch entfaltet sich erst durch eine gewisse Kalkulierbarkeit hoheitlicher Machtausübung. Der Umstand, dass sich jedenfalls *prima facie* bestehende nachhaltige Verhaltenspflichten aus den Grundrechten bzw. aus dem Verfassungsrecht ableiten lassen,⁴⁶ bedarf einer Aktualisierung in der Rechtsanwendung durch entsprechende Autoritäten. Erst dadurch werden jene Pflichten im gesamtgesellschaftlichen Diskurs sichtbar(er) – die vom Klimabeschluss des Bundesverfassungsgerichts deutlich ausgehende Signalwirkung war und ist insofern von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Wer annimmt, dass die Gerichte bei Abwägungen nachhaltigen Verhaltensoptionen den Vorzug geben, wird das bei potentiell konfliktträchtigen Situationen berücksichtigen.

Dennoch wird das allein nicht reichen, um einen gesamtgesellschaftlichen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit zu bewirken und sich in der „Bewältigung“ der Klimakatastrophe besser aufzustellen. Mit Reaktanz ist ebenso zu rechnen wie mit dem Umstand, dass das Ergreifen der nachhaltigen

46 Zum konzeptionellen Hintergrund vgl. das grundrechtstheoretische Modell in *Behrendt* (Fn. 4), Teil 4.

Verhaltensoption dem Individuum längst nicht immer möglich oder zumutbar ist. Unter den aktuellen Bedingungen sind wir gesamtgesellschaftlich in vielen Bereichen jedenfalls noch weit davon entfernt, bei einer Abwägung zu – durchsetzbar – definitiven Verhaltenspflichten im Dienst der Nachhaltigkeit zu gelangen. Daher obliegt es dem Gesetzgeber bzw. der Regierung außerdem, anderweitige Mechanismen durch legislatives oder faktisches (exekutives) Handeln zu fördern, die die Realisierung der (durch das schädliche Verhalten geschaffenen) Gefahren verhindern.⁴⁷ Ein Beispiel wäre die Entwicklung emissionsbindender Strukturen bzw. Stoffe. Da der Klimawandel weit fortgeschritten ist, muss das *kumulativ* erfolgen. Das ist keine einfache Aufgabe, aber sie ist zentral für die Bewältigung der ökologischen Krise, die – ungelöst – zu einer globalen sozialen und ökonomischen Krise werden wird. Die Gesetzgebung muss deshalb auch mit anderen Mitteln der Gesellschaftsteuerung kombiniert werden, z.B. der Finanzierung von Innovationen im Bereich der Nachhaltigkeit (Biotechnik, Biochemie etc.), der Förderung der Entwicklung von nachhaltigen Strukturen bei der Stadtentwicklung und von künstlich intelligenten Lösungen im Bereich der Bekämpfung des Klimawandels, einem entsprechenden außenpolitischen Wirken, der Förderung von sozio-psychologischer Forschung zur Verminderung reaktanten Verhaltens. Gesetzgebung muss auch auf diese Dinge ausgerichtet und durch das Verhalten der Hoheitsträger entsprechend ergänzt werden.

Allerdings bestehen auch innerhalb der Gesetzgebungsprozesse Hemmnisse für einen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit, denn auch hier wirken Beharrungskräfte und ein struktureller Konservatismus, welcher einen Wandel erheblich bremst. Das scheint zunächst mit dem Selbstverständnis der Politik und den Interessen der einzelnen Akteure bei der Wahrnehmung ihrer Rolle zu tun zu haben: Zwar ist der Mandatsträger nach dem Bild des Grundgesetzes der Kollektiv- bzw. Gesamtrepräsentation verpflichtet,⁴⁸

47 Zum Instrumentenmix zwecks Steuerung s. *M. Fehling*, Die verfassungsrechtliche Direktionskraft bei der Transformationssteuerung: Determinanten für einen Instrumentenmix am Beispiel der Verkehrswende, AöR 147 (2022), 191. Mit einer Fokussierung auf das Verwaltungshandeln *L. Michael*, Formen- und Instrumentenmix in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 3. Aufl. 2022, Bd. II, § 40.

48 *H. Butzer*, in: v. Epping/C. Hillgruber (Hrsg.), *BeckOK-GG*, 52. Ed. 2022, Art. 38 Rn. 120 f.; *K. F. Gärditz*, Das Amtsprinzip und seine Sicherung bei Verfassungsorganen, in: S. Baer/O. Lepsius/C. Schönberger/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), *JÖR* 64, 2016, S. 1 (2) m.w.N.

die politische Realität scheint aber zumindest in einem gewissen Spannungsverhältnis dazu zu stehen. Es wäre naiv, die sozio-psychologischen Dynamiken politischer Prozesse und das Interesse des Mandatsträgers am Machterhalt zu leugnen oder das Orientierungspotential des hehren Ideals (Gesamtrepräsentation) zu überhöhen.⁴⁹ Wegen der Legislaturperioden liegt jedenfalls auch ein Blick auf der nächsten Wahl und dem vermuteten Wählerwillen. Eine weitsichtige Führung der Gesellschaft wird nur insofern durch das System abgesichert als die Wählerschaft Weitsicht erwartet und belohnt.⁵⁰ Soweit die Politik sich primär am vermeintlichen Wählerwillen orientiert, wirken sich dementsprechend kognitive Verzerrungen in der Wählerschaft auf die Politik aus. Dieser Effekt scheint sich durch die – mit der Herausarbeitung des vermeintlichen Wählerwillens einhergehenden – erheblichen Reduzierung von Komplexität zu verstärken. Vielleicht sind wir zwar mittlerweile auf dem Weg, dass selbst eine sich am vermeintlichen Wählerwillen orientierende Politik die Bedeutung von *wirklicher* Nachhaltigkeit erkennt – dennoch dürfte es nicht schaden, auf die Hemmnisse für eben jene Erkenntnis hinzuweisen.⁵¹

E. Fazit

Was bedarf es also für die Beschleunigung eines Wandels im Recht hin zu mehr Nachhaltigkeit? Eine einfache Antwort auf diese Frage gibt es nicht, dazu ist die Thematik zu komplex. Es wäre m.E. wichtig, den Grundrechten ein komplexeres, gehaltvolleres Freiheitsverständnis zu unterlegen. Erst dann lässt sich die Komplexität des Konflikts sich gegenüberstehen-

49 Siehe dazu Gärditz (Fn. 48): „Mit der Verpflichtung auf das Gemeinwohl, die Proprium des Amtsprinzips sein soll, wird [...] auf ein Abstraktum verwiesen, das in einem demokratischen Rechtsstaat mit offen-pluralistischen Verfahren der Rechtsetzung weder stabile noch vorrechtliche Koordinate sein kann.“

50 Selbstverständlich gibt es auch Politiker, die sich davon lösen, und bestrebt sind, die eigentliche Aufgabe der Politik – die Gesellschaft langfristig (und damit über die Legislaturperiode hinaus) gut aufzustellen – verantwortlich wahrzunehmen. Wie das gelingen kann und welcher Weg am besten ist, birgt ohnehin genug Stoff für Differenzen. Eine völlige Lösung von der gesellschaftlichen Stimmungslage dürfte jedoch selten gelingen und ist auch nicht ratsam, weil die Führung der Gesellschaft auch eine kommunikative Einbindung erfordert.

51 Zwischen der Finalisierung des Manuskripts und der Rückgabe der Druckfahnen gab es außerdem gesellschaftliche und politische Entwicklungen, die doch erheblichen Zweifel daran nähern, dass wir uns tatsächlich auf diesem Weg befinden.

der Interessen überhaupt verzerrungsfrei grundrechtlich abbilden. Als Nebeneffekt können die Grundrechte den Wandel zu mehr Nachhaltigkeit beschleunigen, soweit die konkrete Rechtsanwendung einer grundrechtsgeleiteten Interpretation offensteht.⁵² Die einfachen Gesetzestexte machen das nicht immer einfach. Da jede Auffassung über das rechtlich Gesollte sich an den Gesetzestexten und den Kommunikationsakten über jene messen lassen muss, hat ein verändertes Freiheits- und Grundrechtsverständnis selbstverständlich Grenzen. In diesem Beitrag ging es mir zunächst nur darum, den Konnex zwischen Pfadbildungsprozessen und etablierten Axiomen herauszuarbeiten und auf die sich daraus ergebende Probleme für einen raschen Wandel zu mehr Nachhaltigkeit hinzuweisen. Erst das ermöglicht einen freien Blick auf das Potential der Grundrechte für mehr Nachhaltigkeit in der Rechtsanwendung. Ein Wandel im System ist – jenseits der Nutzung von *top-down*-Effekten durch Änderungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung – mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden: Diese haben zunächst mit dem Verständnis der Grundlagen des Rechts und der Komplexität und Vielfalt der rechtstheoretischen Zugänge zu tun, hängen aber auch mit dem Umstand zusammen, dass das etablierte Grundlagenverständnis konservierend wirkt. Schlussendlich ist wohl vor allem eines klar: Es liegt viel Arbeit vor uns.

52 Eine andere Sicht auf (Grund- bzw. Verfassungs-)Theorie und ihre Relevanz für die Bewältigung der Krise des Anthropozäns zeigt sich bei J. Kersten, Die Notwendigkeit der Zuspitzung (2020). Er sieht gerade in der Zuspitzung, die die klassischen Grundrechtstheorien kennzeichnet, ein Potential für die Bewältigung des Wandels, weil es die Sicht für das Denken in alternativen verfassungstheoretischen Zuspitzungen ermöglicht. In meinem Ansatz wird die Zuspitzung erst durch den Interpreten geleistet. Das grundrechtstheoretische Modell, für das ich argumentiere, ist nur ein Meta-Modell – es enthält die materielle Zuspitzung noch nicht. Als Interpret bezieht man jedoch Stellung und *insofern* ist meine Argumentation für das Lesen der Verfassung als reduktionsfreie Implementierung des realen Freiheitsbegriffs eine Partizipation im Diskurs über die vorzugswürdige Theorie. Die Zuspitzung meines Ansatzes läge allerdings in einer strukturellen Gleichrangigkeit.

Klimaschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit: Eine neue Durchsetzbarkeitmöglichkeit für Art. 20a GG?

Antonia Boehl

Inhaltsübersicht

A.	Die verfassungsgerichtliche Durchsetzbarkeit von Art. 20a GG	90
B.	Klimaschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit	92
I.	Notwendigkeit einer Anpassung des Grundgesetzes	92
II.	Wechselwirkung von Verfassungsprozessrecht und materiellem Verfassungsrecht	94
III.	Notwendigkeit einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Art. 20a GG	95
IV.	Möglichkeit einer überindividuellen Durchsetzbarkeitmöglichkeit von Art. 20a GG	96
V.	Warum sollte das Bundesverfassungsgericht die Auftragserfüllung von Art. 20a GG kontrollieren?	101
C.	Eine Durchsetzbarkeitmöglichkeit für Art. 20a GG	104
I.	Ausgestaltung	105
II.	Potential einer Feststellungsentscheidung zu Art. 20a GG durch das Bundesverfassungsgericht	106
III.	Erprobung auf Landesebene	107
D.	Fazit und Ausblick	108

Mit der Aufnahme von Art. 20a GG in das Grundgesetz hat der Klimaschutz Verfassungsrang erhalten. Trotz der großen gesellschaftspolitischen Relevanz des Klimaschutzes ist ein Rechtsweg für Bürger:innen zum Bundesverfassungsgericht, um eine mangelhafte Verfolgung der Staatszielbestimmung zu rügen, gegenwärtig nur im Wege der Verfassungsbeschwerde denkbar. Deren Erfordernis einer eigenen, gegenwärtigen und unmittelbaren Grundrechtsverletzung ermöglicht es jedoch nicht, ein Zurückbleiben hinter dem zukunftsgerichteten staatlichen Gestaltungsauftrag der Norm feststellen zu lassen. Dieser Beitrag geht der Frage nach, wie eine spezielle Durchsetzbarkeitmöglichkeit von Art. 20a GG, die auf den Inhalt der Norm abgestimmt ist, verfassungsrechtlich begründet werden könnte und wie sie aussehen könnte. Dafür werden grundsätzliche Überlegungen zum Verhältnis von Klimaschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit angestellt.

A. Die verfassungsgerichtliche Durchsetzbarkeit von Art. 20a GG

Die Möglichkeit der verfassungsrechtlichen Durchsetzbarkeit von gesellschaftspolitischen Forderungen nach mehr Klimaschutzmaßnahmen ist begrenzt. Zwar wird der Klima-Entscheidung von März 2021¹ die Bildung eines Rechts auf intertemporalen Freiheitsschutz im Bereich von Art. 20a GG nachgesagt,² das Bundesverfassungsgericht betonte dort jedoch, dass Art. 20a GG bloß einen objektivrechtlichen Schutzauftrag darstellt und der intertemporale Freiheitsschutz aus einer Art Zusammenschau der Grundrechte entsteht.³ Die Neubildung eines Grundrechts durch das Bundesverfassungsgericht erschiene angesichts der dezidierten Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers von 1994⁴ gegen die Neubildung eines Umweltgrundrechts auch als verfassungsrechtlich bedenklich.

Denn Staatszielbestimmungen – wie Art. 20a GG – sind nicht subjektiv einklagbar.⁵ Es handelt sich um einen auf die Zukunft gerichteten Maßstab für die Gesellschaftsorganisation, der durch Gesetzgebung ausgestaltet werden muss.⁶ Eine Verfassungsbeschwerde, die grundsätzlich einen Zugang des Individuums zum Verfassungsgericht ermöglicht, ist daher bereits unzulässig, wenn sie gestützt auf Art. 20a GG ein bloßes Mehr an Klimaschutz durch die Gesetzgebung einfordert, ohne dass die Möglichkeit der Verletzung in einem Grundrecht besteht.

So kann zwar schon eine Verletzung von Art. 20a GG vorliegen, wenn der Staat nicht tätig wird,⁷ doch ein Verfolgen dieses Auftrags – obwohl gerade das wesentlicher Inhalt der Verfassungsbestimmung ist – noch nicht verfassungsgerichtlich kontrollierbar sein. So entschied das Bundesverfassungsgericht im März 2021 zwar, dass der Gesetzgeber effektivere Minde- rungsziele für Treibhausgasemissionen im Klimaschutzgesetz festlegen muss, um die im Pariser-Klimaabkommen vereinbarten Grad-Ziele – als

1 BVerfGE 157, 30.

2 Vgl. J. Kersten/E. Kaupp, Die Verfassung einer prospektiven Gesellschaft – Wie zukunfts offen ist das Grundgesetz?, JuS 2022, 473 (476).

3 BVerfGE 157, 30 (30 Leitsatz 4) – Klimaschutz. Auch in: BVerfG, Beschl. v. 15.12.2022, Az. 1 BvR 2146/22, Rn. 4, 5.

4 BGBl. Teil I, 1994, Nr. 75 vom 03.11.1994, S. 3146. Erst 2002 wurde zusätzlich das Staatsziel „Tierschutz“ eingefügt, BGBl. Teil I, 2002, Nr. 53 vom 31.07.2002, S. 2862.

5 C. Gröpl, Staatsrecht I, 13. Aufl. 2021, Rn. 243, 245.

6 S. Koriath, Staatsrecht I, 5. Aufl. 2020, Rn. 356, 360.

7 Kersten/Kaupp (Fn. 2), 474.

gesetzgeberische Konkretisierungen des Art. 20a GG⁸ – einzuhalten; es konnte jedoch keine weitere Gesetzgebung initiieren,⁹ die zur Erreichung dieser Klimaschutzziele nötig wäre. Denn das Bundesverfassungsgericht musste die Verfolgung von Art. 20a GG an der Konkretisierung durch die Gesetzgebung messen und konnte dadurch nur eine Art Konsistenzprüfung des gesetzgeberischen Vorgehens vornehmen.¹⁰ Damit verhalf die Klima-Entscheidung zu erhöhter Sensibilität bei Fragen des Klimaschutzes auch bei anderen Gerichten;¹¹ offen blieb aber, über welche mögliche Grundrechtsverletzung dieser intertemporale Freiheitsschutz von Beschwerdeführenden zukünftig vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt werden soll.

Während das Bundesverfassungsgericht sich also mithilfe einer komplizierten Konstruktion der intertemporalen Grundrechtsverletzung der Entscheidung annahm und damit auf positive Resonanz stieß, kann das Ergebnis der Entscheidung auch als hinter dem Auftrag des Art. 20a GG zurückbleibend angesehen werden. Denn ein Verfolgen des Art. 20a GG erfordert gerade nicht nur einen reaktiven, sondern auch einen proaktiven Klimaschutz, wenn nur dadurch ein Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen erfolgen kann. Da eine unzureichende Verfolgung von Art. 20a GG jedoch nicht zwangsläufig mit einer Grundrechtsverletzung einhergeht, ist durch eine Verfassungsbeschwerde – trotz der verfassungsrechtlichen Verankerung eines Vorsorgegedankens¹² im Bereich des Schutzes der natürlichen Lebensgrundlagen – ein proaktiver Klimaschutz derzeit nicht durch Bürger:innen individuell verfassungsgerichtlich durchsetzbar.

Ich möchte hier in Erwägung ziehen, dass die Verfassungsbeschwerde nicht das richtige Instrument für die Prüfung und Durchsetzung von Art. 20a GG ist.

Daraus muss jedoch noch nicht folgen, dass eine Staatszielbestimmung – wie Art. 20a GG – überhaupt nicht gerichtlich durchsetzbar sein kann. Vielmehr untersucht dieser Beitrag die Möglichkeit der verfassungsgerichtli-

8 Vgl. BVerfGE 157, 30 (145); S. Schlacke, Klimaschutz – Ein Grundrecht auf intertemporale Freiheitssicherung, NVwZ 2021, 912 (913, 915).

9 Vgl. G. Krings, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Henneke (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 15. Aufl. 2022, Art. 20a Rn. 35.

10 Vgl. zur Prüfung von „konsistenter“ Gesetzgebung durch das BVerfG: C. Bumke, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung: Am Beispiel des Ausschlusses der privaten Vermittlung staatlicher Lotterien und ihrer bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle, Der Staat, Bd. 49 (2010), S. 77.

11 Vgl. BGH, NJW-RR 2022, 1095 (1098).

12 H. D. Jarass, in: ders./B. Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 17. Aufl. 2022, Art. 20a Rn. 8; Krings (Fn. 9), Art. 20a Rn. 32, 34.

chen Überprüfung des Auftrags von Art. 20a GG abseits der Verfassungsbeschwerde, und ohne aus diesem ein ausdrückliches Grundrecht abzuleiten.

Dafür sollen einige grundsätzliche Überlegungen zu Klimaschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit angestellt werden (B.), aus denen heraus ein konkreter Vorschlag zur Durchsetzbarkeit von Art. 20a GG (C.) gemacht werden kann. Dieser soll weder die Durchsetzbarkeit von Grundrechten, das Verhältnis von Grundrechten und Staatszielbestimmungen, noch die Einordnung von Art. 20a GG als objektiv-rechtlichem Auftrag an die Gesetzgebung aufheben.

B. Klimaschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit

Die nachfolgenden Überlegungen zeigen, dass ein neuer Durchsetzbarkeitsmechanismus einfachgesetzlich verankert werden könnte (I.), welche Grundannahme über das Verhältnis von materiellem und prozessuellem Verfassungsrecht vorausgesetzt werden müsste (II.), warum eine verfassungsgerichtliche Überprüfung der Verfolgung von Art. 20a GG geboten erscheinen kann (III.), wie eine Zuführung dieser Prüfung an das Bundesverfassungsgericht im Lichte des Grundsatzes der Gewaltenteilung zu beurteilen wäre (IV.) und warum das Bundesverfassungsgericht die Aufgabenverfolgung von Art. 20a GG kontrollieren können sollte (V.).

I. Notwendigkeit einer Anpassung des Grundgesetzes

Für eine Verfassungsänderung bedarf es eines verfassungsändernden Gesetzes nach Art. 79 Abs.1 GG. Anders als bei einer materiellen Lösung durch das Bundesverfassungsgericht, indem dieses Art.20a GG einen grundrechtsähnlichen Schutz entnehmen würde, bedürfte es bei einer prozessrechtlichen Lösung (zunächst nur) einer Anpassung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes (BVerfGG). Gemäß Art. 93 Abs. 3 GG kann das Bundesverfassungsgericht „ferner“ in den durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen tätig werden. Somit wäre weder eine Verfassungsänderung des Art. 20a GG noch des Art. 93 Abs.1 GG notwendig, um einen Durchsetzungsmechanismus für Art. 20a GG einzuführen.

Verfassungsprozessrechtliche Reformen hat es auch in anderen Bereichen gegeben, wo andernfalls Rechtsschutzlücken bestanden. Beispielsweise wurde 2012 mit der Einführung der „Nichtanerkennungsbeschwerde“ in

Art. 93 Nr. 4c GG sowie § 13 Nr. 3a BVerfGG die Überprüfung der Nichtzulassung einer Partei zur Wahl durch den Bundeswahlausschuss gem. § 18 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 Hs. 2 Bundeswahlgesetz gesetzlich geregelt.

Zwar konnte schon zuvor die Zusammensetzung des Parlaments nach einer Wahl über eine Wahlprüfungsbeschwerde gem. Art. 41 Abs. 2 GG, § 13 Nr. 3 BVerfGG überprüft werden. Eine solche nachträgliche Prüfung konnte in der Situation der Nichtzulassung jedoch nicht ausreichend Schutz bieten, da für ihren Erfolg ein Wahlfehler und eine Mandatsrelevanz vorliegen müssen, die bei Nichtzulassung einer Partei über eine hypothetische Prüfung des potentiellen Stimmanteils dieser nichtzugelassenen Partei nur schwer nachgewiesen werden können.¹³ Das neu eingeführte Nichtanerkennungsverfahren wird durch das Bundesverfassungsgericht hingegen wie eine Art Eilverfahren behandelt, welches das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zulassung als Partei vor einer Wahl prüft.¹⁴

So garantiert das Bundesverfassungsgericht zwar über die Entscheidung der Zulassung als Partei i.S.v. Art. 21 Abs. 1 GG, § 2 PartGG¹⁵ die Möglichkeit der Teilnahme an der Wahl als einer in Art. 21 Abs. 1 S. 1 GG garantierten Kernaufgabe¹⁶ von Parteien. Zu der Frage, ob Art. 21 Abs. 1 GG ein subjektives Recht für Parteien darstellt, positioniert es sich dabei jedoch nicht. Ähnlich könnte ein Durchsetzbarkeitsmechanismus für Art. 20a GG die Verfolgung des Schutzauftrags durch die Gesetzgebung kontrollieren, ohne diesen im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde in grundrechtsähnlicher Weise zu behandeln. So könnte die Prüfung der verfassungsrechtlich vorgegebenen gesetzgeberischen Aufgabenverfolgung durch eine vorausschauende Bewertung erfolgen.

13 L. Bechler/S. Neidhardt, Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz für Parteien vor der Bundestagswahl: Die Nichtanerkennungsbeschwerde, NVwZ 2013, 1438 (1439); R. Müller-Terpitz, in: B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge (Hrsg.), BVerfGG, 61. EL Juli 2021, § 13 Nr. 3a Rn. 15.

14 Vgl. BVerfGE 159, 105 (118 f. Rn. 42 ff.).

15 Bechler/Neidhardt (Fn. 13), 1441.

16 A. Klafki, in: I. von Münch/P. Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 31 f.

II. Wechselwirkung von Verfassungsprozessrecht und materiellem Verfassungsrecht

Es wird vor allem an der nachträglichen Einführung der Verfassungsbeschwerde im Jahr 1951¹⁷ deutlich, dass Verfassungsprozessrecht und materielles Verfassungsrecht sich nicht bloß ergänzend gegenüberstehen: Aus dem weitreichenden Schutzbereich der Grundrechte entstand das Bedürfnis, diese auch der verfassungsgerichtlichen Kontrolle durch Individuen zugänglich zu machen. Heute sind Verfassungsbeschwerden ein Großteil der eingelegten Rechtsbehelfe beim Bundesverfassungsgericht¹⁸ und ergehende Entscheidungen zentraler Auslegungsort für die Wirkungen der Grundrechte. Sowohl haben also die Verfassungsbestimmungen eine Anpassung des BVerfGG bewirkt, als auch die prozessuale Einführung der Verfassungsbeschwerde die weitreichende Auslegung der Grundrechte erst ermöglicht.

Zur Einführung eines neuen Durchsetzbarkeitsmechanismus muss entsprechend das Verfassungsprozessrecht als eigenständige Materie verstanden werden.¹⁹ Es beschränkt die Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgericht ebenso, wie es sie erweitert.²⁰ Dabei prägt auch das Verfassungsprozessrecht das materielle Verfassungsrecht, indem es geeignete Konflikte dem gerichtlichen Verfahren zuführt.²¹ So dient es nicht nur der Sicherung und Durchsetzung des materiellen Rechts, sondern es besteht eine Wechselwirkung zwischen materiellem und prozessuellem Recht.²²

Wie vor Einführung der Verfassungsbeschwerde könnte im Bereich von Art. 20a GG ein Zeitpunkt erreicht sein, zu dem eine geregelte verfassungs-

17 Die Verfassungsbeschwerde wurde 1951 in §§ 90 ff. BVerfGG geregelt, vgl. BGBl. Teil I, 1951, Nr. 17, vom 16.04.1951, S. 252. Allerdings wurde sie erst 1969 in das Grundgesetz aufgenommen, vgl. BGBl. Teil I, 1969, Nr. 11 vom 01.02.1969, S. 97.

18 Nach Angaben des BVerfG wurden im Jahr 2020 5.100 Verfassungsbeschwerden eingereicht, hingegen nur 35 konkrete Normenkontrollen. Vgl. https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Verfassungsbeschwerde/verfassungsbeschwerde_node.html.

19 Vgl. P. Häberle, Die Eigenständigkeit des Verfassungsprozessrechts, JZ 1973, 451 (452).

20 E. Klein, Verfassungsprozeßrecht: Versuch einer Systematik an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 108 (1983), 410 (414 f.).

21 Häberle (Fn. 19), 453; C. Möllers, Funktionen des Verfassungsprozessrechts – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Verfahrensrecht und materiellem Recht, in: J. Münch/A. Thiele (Hrsg.), Verfassungsrecht im Widerstreit – Gedächtnisschrift für Werner Heun, 2019, S. 149 (151, 158).

22 Möllers (Fn. 21), S. 151, 158.

rechtliche Kontrolle der Verfolgung eines verfassungsmäßig vorgebenden Auftrags an den Staat geboten scheint.

III. Notwendigkeit einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle von Art. 20a GG

Neben der Möglichkeit der Einführung neuer Durchsetzbarkeitsmechanismen im BVerfGG müsste eine Notwendigkeit der verfassungsrechtlichen Kontrolle von Art. 20a GG neben verwaltungsgerichtlichen Kontrollmöglichkeiten im Umweltrecht bestehen.

Im Umweltrecht existiert auf Bundesebene zum Beispiel seit 2006 die Möglichkeit der Verbandsklage im Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG). Es handelt sich dabei um einen überindividuellen Rechtsbehelf,²³ was bedeutet, dass die Einlegung nicht auf der Möglichkeit der Verletzung eines individuellen Rechts beruht, sondern im Gemeinwohl durch eine Vereinigung erfolgt.²⁴ Solche Verbandsklagen sind jedoch nicht auf die Überprüfung von Art. 20a GG gerichtet, denn sie rügen Verletzungen von Vorschriften, die dem Umweltschutz dienen,²⁵ nicht die fehlende Aufgabenverfolgung durch die Legislative.

Wenn aber ein Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nicht durch einen Schutz vor Verletzungen von umweltschützenden Vorschriften erfolgen kann, kann auch ein Kontrollmechanismus wie die Verbandsklage, die lediglich punktuelle Verletzungen prüft, keine Überprüfung der Verfolgung des umfangreichen verfassungsrechtlichen Gestaltungsauftrags von Art. 20a GG sein. Daher kann über die Kontrolle im Rahmen einer Verbandsklage keine Umsetzung des Klimaschutzes kontrolliert werden, die

23 So wurde im Sozialrecht eine Klagebefugnis für Behindertenverbände im Behindertengleichstellungsgesetz eingeführt und im Bundesgleichstellungsgesetz eine solche zugunsten von Gleichstellungsbeauftragten, vgl. S. Schlacke, Überindividueller Rechtsschutz – Phänomenologie und Systematik überindividueller Klagebefugnisse im Verwaltungs- und Gemeinschaftsrecht, insbesondere am Beispiel des Umweltrechts, 2008, S. 3. Allerdings sind diese überindividuellen Rechtsbehelfe ausschließlich vor Fachgerichten durchsetzbar und das trotz ihrer vermeintlichen Rückführbarkeit auf verfassungsrechtliche Normen wie Art. 20 Abs. 1 GG – dem Sozialstaatsprinzip.

24 Schlacke (Fn. 23), S. 8 f.

25 Schlacke (Fn. 23), S. 287.

ein gesetzgeberisches Mehr²⁶ an Regelung, insbesondere zum Aufhalten der Erderwärmung, erfordert.

Eine Verbandsklage erfolgt so zwar im überindividuellen Interesse, nicht jedoch als Sicherung des Schutzauftrags von Art. 20a GG, der an naturwissenschaftliche Erkenntnisse, wie ein Schutz von natürlichen Lebensgrundlagen überhaupt erfolgen kann, geknüpft ist.²⁷ Entsprechend behandelte die Klima-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von März 2021 detaillierte naturwissenschaftliche Schilderungen über den Klimawandel,²⁸ auf deren Grundlage erst eine Aussage über das gesetzgeberische Vorgehen aus rechtlicher Perspektive getroffen werden konnte.

Während sich eine Verbandsklage also gegen die Verletzung von bereits aufgestellten Vorschriften zum Umweltschutz wenden kann, müsste sich ein Durchsetzungsmechanismus im Bereich von Art. 20a GG an die Gesetzgebung richten, um ein Nichthandeln der Gesetzgebung festzustellen, das dem Schutz natürlicher Lebensgrundlagen widerspricht.

So ist die Diskrepanz zwischen verfassungsrechtlich vorgegebenem Auftrag des vorsorglichen Klimaschutzes in Art. 20a GG und der fehlenden Kontrollmöglichkeit dieser Auftragsverfolgung mangels einschlägigen Durchsetzbarkeitsmechanismus Grund für die Notwendigkeit eines auf Art. 20a GG abgestimmten Durchsetzbarkeitsmechanismus.

IV. Möglichkeit einer überindividuellen Durchsetzbarkeit von Art. 20a GG

Während in dem Streit um die Einführung einer Verbandsklage Lösungsvorschläge entweder die Einführung eines subjektiv-öffentlichen Rechts oder die Einführung einer überindividuellen Durchsetzbarkeit möglich waren,²⁹ fehlt in der gegenwärtigen Diskussion um die Neubildung eines Grundrechts auf intertemporalen Freiheitsschutz durch das Bundesverfassungsgericht dieser prozessuale Ansatz. Hier soll diese Debatte um die Möglichkeit einer Durchsetzbarkeit von Art. 20a GG auf prozessualer Ebene ergänzt werden.

26 Vgl. hierzu die Initiative German Zero, die interdisziplinär gesetzgeberische Maßnahmen ausgearbeitet hat, um das 1,5 Grad-Ziel zu erreichen: <https://germanzero.de/loesungen/1-5-grad-massnahmen>.

27 BVerfGE 157, 30 (148) – Klimaschutz.

28 BVerfGE 157, 30 (50-65) – Klimaschutz.

29 Vgl. F. Weyreuther, Verwaltungskontrolle durch Verbände? – Argumente gegen die verwaltungsgerichtliche Verbandsklage im Umweltrecht, 1975, S. 7 ff.

Obwohl Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Rechtsschutzmöglichkeitengarantie lediglich für subjektive Rechte – also insbesondere Grundrechte – aufstellt,³⁰ gab es schon um die Jahrtausendwende Stimmen, die aus Art. 20a GG sogar eine Vorgabe für die Gesetzgebung zur Schaffung einer überindividuellen Umsetzungsmöglichkeit ableiteten.³¹ Vorschläge für die Umsetzung von Art. 20a GG waren – neben der Figur einer Verbandsklage – auf Verfassungsebene jedoch geprägt von der Idee der Einführung einer Institution, die am Gesetzgebungsprozess beteiligt ist. So wurde zum Beispiel unter dem Stichwort der „Langzeitverantwortung“³² die Einrichtung eines ökologischen Sachverständigenrates zur Mitwirkung bei der Gesetzgebung vorgeschlagen.³³ Alternativ wurde in Anlehnung an andere europäische Staaten ein „Umweltombudsmann“ als vom Parlament gewähltes Organ, das die Verwaltung kontrolliert und auf Beschwerden der Bevölkerung hin tätig werden kann, in Erwägung gezogen.³⁴ Der hier vertretene Ansatz unterscheidet sich von solchen Vorschlägen, bei denen eine Institution in den gesetzgeberischen Prozess eingebaut wird, dahingehend, dass er keine pauschale Kontrolle einzelner Gesetzgebungsprozesse bewirken soll, sondern eine Kontrolle der Verfolgung von Art. 20a GG. So könnte die Einschätzungsprärogative der Gesetzgebung gewährleistet werden und ein Durchsetzbarkeitsmechanismus von Art. 20a GG mit dem Demokratieprinzip³⁵ vereinbar sein.

30 BVerfG, Beschl. v. 10.5.2001, Az. 1 BvR 481/01, Rn. 14 ff. – juris.

31 C. Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat – Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse, 2001, S. 528 schreibt: „Schon vor diesem Hintergrund wird sich das subjektiv-rechtlich ausgerichtete Rechtsschutzsystem Deutschlands der altruistischen Verbandsklage im Bereich des gesamten Umweltrechts öffnen müssen. Diese Öffnung korrespondiert mit der aus Art. 20a GG fließenden Vorgabe, das umweltstaatliche Vorsorgeprinzip samt der umweltstaatlichen Zukunftsverantwortung auch prozedural umzusetzen.“

32 C. F. Gethmann/M. Klopfer/H. G. Nutzinger, Langzeitverantwortung im Umweltstaat, 1993, S. 35.

33 Vgl. T. Brönnecke, Umweltverfassungsrecht – Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Grundgesetz sowie in den Landesverfassungen Brandenburgs, Niedersachsens und Sachsens, Baden-Baden 1999, S. 104 ff.; Calliess (Fn. 31), S. 515 ff.; Gethmann/Klopfer/Nutzinger (Fn. 32), S. 40.

34 Vgl. Calliess (Fn. 31), S. 520 ff.

35 Die Kritik gegenüber der Einrichtung eines Ökologischen Rates bezog sich einerseits auf eine fehlende demokratische Legitimation der Einrichtung eines solchen Rates und andererseits auf die mangelnde Funktionalität im Vergleich zur Möglichkeit einer Enquete-Kommission, vgl. BT-Drs. 12/6000, S. 96.

Ob eine Pflicht zur Einführung einer überindividuellen Durchsetzbarkeit aus dem Auftragscharakter von Art. 20a GG folgt, kann dabei dahinstehen. Im Fokus steht hier zunächst die Frage, ob überhaupt die gesetzgeberische Möglichkeit zur Einführung einer überindividuellen Durchsetzbarkeit von Art. 20a GG besteht.

Die Kontrolle im überindividuellen Interesse ist dem Grundgesetz nicht fremd. So kann die abstrakte Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ohne Möglichkeit der Verletzung individueller Rechte bemüht werden. Der entscheidende Unterschied zur Verfassungsbeschwerde, die zwingend die Betroffenheit in eigenen Rechten voraussetzt, ist jedoch der Zugang zum Gericht. So sind nur die Bundesregierung, eine Landesregierung oder $\frac{1}{4}$ der Mitglieder des Bundestages zur abstrakten Normenkontrolle antragsberechtigt.

Aber auch im Rahmen der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde prüft das Bundesverfassungsgericht jegliche Verfassungsnormen.³⁶ Also auch solche, die das Individuum selbst nicht geltend machen kann. Es ist daher nicht verwunderlich, dass bisher versucht wird, die Verfassungsbeschwerde als individuelle Rechtsschutzmöglichkeit zu nutzen, um gesetzgeberisches Vorgehen im Lichte von Art. 20a GG überprüfen zu lassen.³⁷

Derartige Versuche zeigen dabei deutlich, dass sich jegliche verfassungsgerichtliche Überprüfung legislativen (Nicht-)Handelns, insbesondere jedoch bezogen auf objektive Verfassungsnormen, an dem Prinzip der Gewaltenteilung messen lassen muss. Denn nimmt man eine Wechselwirkung von Verfassungsprozessrecht und materiellem Verfassungsrecht an, so kann auch eine Änderung des Verfassungsprozessrechts Auswirkungen auf verfassungsrechtliche Bestimmungen außerhalb von Art. 20a GG haben.

Die Gewaltenteilung gem. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG ist über die Ewigkeitsklausel in Art. 79 Abs. 3 GG besonders geschützt. Als Prinzip dient sie der Legitimation staatlicher Herrschaft, indem es dieser eine effektive Struktur verschafft und dadurch Macht der einzelnen Hoheitsorgane beschränkt.³⁸ Dennoch ist die Unterteilung staatlicher Herrschaft unter dem Grundsatz der Gewaltenteilung nicht bloß im Sinne einer strikten institutionellen

36 Vgl. S. Detterbeck, in: M. Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 93 Rn. 77, 89.

37 So auch BVerfGE 157, 30 (38 f.) – Klimaschutz. Sowie für gesetzgeberisches Unterlassen: BVerfG, Beschl. v. 15.12.2022, Az. 1 BvR 2146/22.

38 C. Möllers, Gewaltengliederung – Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, 2005, S. 68 ff.

oder funktionellen Aufgabentrennung zu verstehen, sondern es besteht eine wechselseitige Kontrolle,³⁹ die zur Balance der institutionellen Aufgabenwahrnehmung führen soll.⁴⁰

Ein bestimmtes Gesetz kann somit zwar nicht allein durch Verfassungsrechtsprechung erlassen werden. Ein Zusammenspiel der Verfassungsorgane bei der Gesetzgebung ist jedoch in den Befugnissen der Organe angelegt.⁴¹ Zudem kann das Bundesverfassungsgericht Gesetze aufheben oder die Gesetzgebung zum Erlass von Recht verpflichten und damit „eine materiell legislative Funktion“ ausüben.⁴² Mangels Vollzugsmechanismus ist das Bundesverfassungsgericht im letztgenannten Fall jedoch darauf angewiesen, dass die Gesetzgebung die Kontrolle akzeptiert und die Entscheidung annimmt und umsetzt.⁴³

Dieser Mechanismus wird auch am Beispiel der Klima-Entscheidung von März 2021 deutlich, in deren Nachgang das Klimaschutzgesetz innerhalb weniger Wochen angepasst wurde.⁴⁴ Das Bundesverfassungsgericht wurde so zum Initiator von spezifischer Gesetzgebung. Begreift man die Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch in der Sicherung der Legitimation demokratischer Gesetzgebung,⁴⁵ so ist hierin gerade keine Durchbrechung des Gewaltenteilungsgrundsatzes zu erblicken, sondern eine in dieser Funktion angelegte Aufgabenerfüllung. Das Bundesverfassungsgericht tritt so an die Gesetzgebung heran und formuliert konkrete Aufgaben, die von dieser zwar freiwillig bzw. unter dem Druck der öffentlichen Meinung erfüllt werden, gleichzeitig jedoch ihrer eigenen Legitimation dienen.

39 Jarass, in: ders./Pieroth (Fn. 12), Art. 20 Rn. 33; K.-P. Sommermann, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck, Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 210 ff.

40 Möllers (Fn. 38), S. 71 ff.

41 Möllers (Fn. 38), S. 134 in Bezug auf die Zusammenarbeit von Parlament und Regierung im Gesetzgebungsverfahren.

42 Möllers (Fn. 38), S. 136.

43 H. Bethge (Fn. 13), § 35 Rn. 22; vgl. zu § 35 BVerfGG als Vollstreckungsbestimmung für verfassungsgerichtliche Entscheidungen: R. Herzog, Die Vollstreckung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat (1965), S. 37 (49), der zu dem Schluss kommt, dass § 35 BVerfGG „nicht mehr als die allgemeine Befugnis des Verfassungsgerichts, im konkreten Fall alle Staatsorgane und Bürger zu ihre[n] verfassungsmäßigen Pflichten aufzufordern“ bewirke. Er führt in Fn. 30 weiter aus: „§ 35 würde also praktisch nur bedeuten, daß eine solche – im deutschen Prozeßrecht sonst ja durchaus ungebräuchliche – Aufforderung in den Tenor der Entscheidung aufgenommen werden kann.“

44 BT-Drs. 19/30230.

45 Vgl. Möllers (Fn. 38), S. 140, 144.

Mit der Einführung eines Durchsetzbarkeitsmechanismus für Art. 20a GG würde dieses in dem Grundsatz der Gewaltenteilung angelegte Vorgehen für eine Staatszielbestimmung konkret ausformuliert werden. Jedoch würde weder ein direktdemokratisches Element gegenüber dem Parlament eingeführt werden noch könnte die Regelung eines bestimmten Sachbereichs gefordert werden, ohne dass das Bundesverfassungsgericht dieses als unter Art. 20a GG für geboten erachtet. Stattdessen würde der Anstoß zur Gesetzgebung durch das Bundesverfassungsgericht im Bereich von Art. 20a GG in ein – dessen Prüfprogramm entsprechendes⁴⁶ – verfassungsrechtlich geregeltes Verfahren eingeführt werden und könnte so wiederum die Verfassungsrechtsprechung legitimieren.⁴⁷

Bei der Einführung eines neuen Durchsetzbarkeitsmechanismus würde dabei gerade die Gesetzgebung und nicht das Bundesverfassungsgericht selbst die Reichweite der verfassungsgerichtlichen Prüfung vorgeben. Das Bundesverfassungsgericht wäre dann zwar vor spezifischer Gesetzgebung an politischen Entscheidungen beteiligt und würde nicht erst im Nachhinein über die Verfassungsmäßigkeit einer getroffenen Entscheidung urteilen. Jedoch ist die Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts schon vom Parlamentarischen Rat „mit politischem Akzent“⁴⁸ eingerichtet worden. Der Vorwurf der Verrechtlichung von Politik wird zwar der Figur von Verfassungsgerichtsbarkeit weiterhin anhaften, ein geregelter Durchsetzbarkeitsmechanismus könnte jedoch einen Schutz der Gewaltenteilung darstellen,

46 Vgl. C. Möllers, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: M. Jestaedt/O. Lepsius/ders./C. Schönberger (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, 2011, S. 281 (408).

47 Vgl. hierzu: Möllers (Fn. 38), S. 143: „Praktisch bedeutsamer und funktional anfechtbarer sind Fälle, in denen die Initiative zu legislativem Handeln ihrerseits durch das Gericht erzeugt wird, das Gericht also den Gesetzgeber dazu verpflichtet, aktiv zu werden. In solchen Fällen ist das demokratische legislative Verfahren nicht mehr Ergebnis eines politischen Prozesses, sondern als eine Art Verfassungsvollzug gerichtlich determiniert. [...] Solche Konstellationen, die sich materiell-rechtlich als Optimierung eines Verfassungszwecks oder eines Grundrechts darstellen, schaffen eine Umkehrung der Ordnung der drei Gewalten, die dazu führt, daß ein vom politischen Prozeß zu isolierendes Organ zum Impulsgeber für diesen wird. Zur Legitimationssicherung der Verfassungsrechtsprechung ist deswegen eine gesetzliche Regelung des Verfahrensrechts besonders bedeutsam. Diese ist keine Fessel auf dem Weg zur gerichtlichen Verfassungsoptimierung, sondern sie bewahrt den verfassungsgerichtlichen Entscheidungsanspruch vor dem Vorwurf der Funktionsanmaßung.“

48 K-B. v. Dörmring/R. W. Fülllein/W. Matz, *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, JöR, Bd. 1 (1951), 665.

indem die Kontrollldichte des Bundesverfassungsgerichts prozessual geregelt würde.

Zwar lässt sich anführen, dass Gerichte sich nicht nur ihrer begrenzten Stellung gegenüber der Gesetzgebung bewusst sind, sondern im Bereich des Klimaschutzes auch unter Berücksichtigung dieser eigenen Begrenzung entschieden.⁴⁹ Gerade das Verfassungsprozessrecht kann jedoch der dogmatischen Verarbeitung des Legitimationsproblems von Verfassungsgerichtsbarkeit dienen,⁵⁰ indem es durch klare Kompetenzzuweisungen einer unkontrollierten Ausweitung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen unter der Verfassungsbeschwerde entgegenwirkt, sodass die Einführung eines Durchsetzungsmechanismus durch die Gesetzgebung zweckmäßig erscheint.

V. Warum sollte das Bundesverfassungsgericht die Auftragserfüllung von Art. 20a GG kontrollieren?

Es besteht jedoch die Frage, ob und warum ausgerechnet das Bundesverfassungsgericht eine Kontrolle der Verfolgung dieses Zwecks von Art. 20a GG vornehmen können sollte. Gewiss kann die Gesetzgebung dieselben Ressourcen zur Beurteilung der Klima-Situation heranziehen wie das Bundesverfassungsgericht – und sie ist primär an Art. 20a GG gebunden. Die Gesetzgebung ist jedoch zusätzlich auch politischen Erwägungen und der Berücksichtigung von abseits der konkreten Tatsachen liegenden Faktoren ausgesetzt.⁵¹

49 Vgl. K. Fischer Kuh, Judicial climate engagement, *Ecology Law Quarterly*, Bd. 46 (2019), 18. Beispielsweise wurde zwar in der Urgenda-Entscheidung in den Niederlanden 2015 entschieden, dass der Staat zur Wahrung von Art. 21 der Verfassung des Königreichs der Niederlande notwendige Maßnahmen zur Reduzierung der Gasemissionen ergreifen muss (vgl. Rechtbank Den Haag, Entscheidung v. 24. Juni 2015, *The Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*), jedoch wurde im Jahr 2020 abgelehnt, dass der Staat verpflichtet ist, ein Rettungspaket für eine Fluggesellschaft mit Klimaauflagen zu verbinden (Rechtbank Den Haag, Entscheidung v. 9. Dezember 2020, *Greenpeace Netherlands v. State of the Netherlands*).

50 Möllers (Fn. 21), S. 159.

51 Anders das Bundesverfassungsgericht, vgl. D. Grimm, Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit?, in: ders., *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 2021, S. 93: „Einmal im Amt, sind Richter vor politischen Sanktionen geschützt. Sie sind weder weisungsgebunden noch können sie wegen ihrer Entscheidungen versetzt oder entlassen werden. Ihre Tätigkeit bleibt auf diese Weise von Wahlausgängen und Regierungswechseln unberührt. Die richterliche Unabhängigkeit ist mitnichten ein persönliches Pri-

Obwohl hinterfragt werden kann, inwieweit das Bundesverfassungsgericht Tatsachen abseits der Auslegung von Normen in die Entscheidung aufnehmen kann,⁵² muss die Reichweite von Klimaschutz-Maßnahmen gerade hinsichtlich der mit ihnen einhergehenden potentiellen Grundrechtsbeeinträchtigungen beurteilt werden. Da jedoch kurzfristige Grundrechtsbeeinträchtigungen durch Klimaschutz-Maßnahmen innerhalb eines Gesetzgebungsprozesses stets ein Argument gegen Reformen darstellen können, ohne diese im Verhältnis zu zukünftigen Grundrechtsbeeinträchtigungen zu gewichten, kann der politische Prozess gerade im Bereich des Klimaschutzes sowohl einem Grundrechtsschutz als auch der Verfolgung des Art. 20a GG entgegenstehen – dies begründet die Notwendigkeit eines verfassungsrechtlichen Durchsetzbarkeitsmechanismus für diese Staatszielbestimmung. In einer Phase des gesellschaftlichen Umbruchs angesichts der Herausforderungen des Klimawandels könnte es daher notwendig sein, das Bundesverfassungsgericht nicht nur *ex post* zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer Grundrechtsbeeinträchtigung durch eine Klimaschutz-Maßnahme einzubeziehen, sondern – die weitreichende Anerkennung⁵³ des Gerichts berücksichtigend – den aufgrund des Auftrags von Art. 20a GG von der Gesetzgebung zu regelnden Bereich *ex ante* klarer abzugrenzen.

Bedenken könnten sich daraus ergeben, dass dem Bundesverfassungsgericht ein neuer Kontrollbereich zugewiesen würde, der – auf den ersten Blick – von der Verfassung dem politischen Prozess zugedacht wurde. Bereits die Ergänzung der Verfassung um Art. 20a GG erhebt allerdings den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen in den Rang eines Verfassungsguts; somit wurde über die Einräumung einer Einschätzungsprärogative gerade nicht ein „Mehr“ an Freiheit der Gesetzgebung über die Ausgestaltung in diesem Regelungsbereich hergestellt, sondern die Auswahl an insgesamt zu verfolgenden Zwecken der Gesetzgebung eingeschränkt.⁵⁴ Schon

vileg, sie existiert im Interesse des Rechts. Sie wird gewährleistet, damit Richter aufgrund rechtlicher Kriterien entscheiden können, ohne Nachteile fürchten zu müssen.“

52 Vgl. zur Frage der Kompetenz zur Tatsachenfeststellung: B.-O. Bryde, Tatsachenfeststellung und soziale Wirklichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S. 540 f. (553).

53 Möllers (Fn. 38), S. 297 ff.

54 Vgl. Koriath (Fn. 6), Rn. 357.

im Mitbestimmungsurteil⁵⁵ entwickelte das Bundesverfassungsgericht verschiedene Intensitäten in der Kontrollmöglichkeit der Einschätzungsprerogative, die zur ständigen Rechtsprechung geworden sind: Evidenzkontrolle, Vertretbarkeitskontrolle und intensiviert inhaltliche Kontrolle.⁵⁶ Die Einräumung einer Einschätzungsprerogative schließt eine Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht somit nicht schon grundsätzlich aus, erfordert jedoch einen besonderen Prüfungsmaßstab,⁵⁷ der im Falle der Prüfung des Nicht-Verfolgens von Art. 20a GG angepasst werden müsste.

Wie im Bereich von Art. 20a GG spielt die Einschätzungsprerogative der Gesetzgebung etwa bei der Beurteilung der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung eine besondere Rolle.⁵⁸ Dennoch wurde 1994 über Art. 93 Abs. 1 Nr. 2a GG⁵⁹ und 1998 über § 13 Nr. 6a BVerfGG⁶⁰ die Möglichkeit der Prüfung der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung gem. Art. 72 Abs. 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht als sog. „Kompetenzkontrolle“ eingeführt. Dabei ermittelt die verfassungsgerichtliche Kontrolle, ob der Gesetzgeber alle relevanten Tatsachen berücksichtigt und die Reichweite seines Einschätzungsspielraums eingehalten hat.⁶¹

Ein Durchsetzbarkeitsmechanismus für Art. 20a GG diene jedoch der Prüfung, ob die Gesetzgebung ihre Einschätzungsprerogative bei der Regelung verschiedener Bereiche so ausgeübt hat, dass die natürlichen Lebensgrundlagen geschützt werden. Das Bundesverfassungsgericht würde daher bei einer Prüfung der Verfolgung von Art. 20a GG nicht (nur) *ex post* die Einhaltung des Einschätzungsspielraums überprüfen, sondern müsste darüber hinaus Maßstäbe für die Geeignetheit von noch nicht gewählten gesetzgeberischen Mitteln zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen entwickeln. Durch eine präventive Überprüfung der Verfolgung von

55 BVerfGE 40, 290 – Mitbestimmung.

56 Zu Kontrollmöglichkeiten auch: J. Bethge, Der Sachverhalt der Normenkontrolle, 2020, S. 185 ff.

57 Vgl. J. Bethge (Fn. 56), S. 225, der dort schreibt: „Um die Einschätzungsprerogative zu operationalisieren, müssen die Kontrollkompetenzen des Gerichts gegenüber dem Gesetzgeber bestimmt werden. Dabei sind die Erfordernisse des Gerichtsverfahrens und der demokratischen Gesetzgebung gleichermaßen zu berücksichtigen wie das materielle Recht, an das beide gebunden sind.“

58 Vgl. J. Bethge (Fn. 56), S. 182.

59 BGBl. Teil I, 1994, Nr. 75 vom 03.11.1994, S. 3146–3148.

60 BGBl. Teil I, 1998, Nr. 45 vom 22.07.1998, S. 1823–1825; J. Rozek (Fn. 13), § 13 Nr. 6a Rn. 1.

61 A. Uhle, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 96. EL November 2021, Art. 72 Rn. 181 f.

Art. 20a GG würde das in Art. 20a GG materiell vorgegebene Vorsorgeprinzip⁶² prozessrechtlich Berücksichtigung finden.

Diese vorbeugende Ausrichtung eines Durchsetzbarkeitsmechanismus ist dem BVerfGG nicht völlig fremd. Denn bis 1956⁶³ bestand die Möglichkeit der Erstellung eines Gutachtens durch das Bundesverfassungsgericht auf Antrag von Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung oder zur Beantwortung einer Frage des Bundespräsidenten.⁶⁴ Ebenso findet sich in § 95 Abs. 1 S. 2 BVerfGG die Möglichkeit des Bundesverfassungsgerichts, die Wiederholung einer verfassungswidrigen Handlung oder Unterlassung vorbeugend für verfassungswidrig zu erklären.⁶⁵

Im Fall der Feststellung des Nicht-Verfolgens von Art. 20a GG wäre es jedoch zur Berücksichtigung der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative erforderlich, dass die Entscheidung keine konkrete Regelung vorschreiben kann und so offen ist, dass neue wissenschaftliche Erkenntnisse durch die Gesetzgebung berücksichtigt werden könnten.⁶⁶ Das „Weniger“ an Reichweite der Entscheidung könnte so ein „Mehr“ an Beurteilung der Tatsachengrundlagen durch das Gericht ausgleichen. Somit müsste eine verfassungsgerichtliche Kontrolle der Verfolgung von Art. 20a GG zwar über die bloße Prüfung der Einschätzungsprärogative hinausgehen, wäre jedoch in ihrer Reichweite begrenzt, wenn sie keine konkrete Regelung vorschreiben, sondern lediglich ein Defizit an gesetzlicher Regelung aufzeigen würde.

C. Eine Durchsetzbarkeitmöglichkeit für Art. 20a GG

Es kann festgehalten werden, dass ein Bedürfnis für die verfassungsgerichtliche Durchsetzbarkeit von Art. 20a GG besteht, es möglich ist, ein entsprechendes Verfahren einzuführen, und das Bundesverfassungsgericht ein ge-

62 K.-P. Sommermann (Fn. 16), Art. 20a Rn. 21.

63 § 97 BVerfGG a.F. lautete: „(1) Der Bundestag, der Bundesrat und die Bundesregierung können in einem gemeinsamen Antrag das Bundesverfassungsgericht um Erstattung eines Rechtsgutachtens über eine bestimmte verfassungsrechtliche Frage ersuchen. (2) Dasselbe Recht steht dem Bundespräsidenten zu. (3) Das Rechtsgutachten wird vom Plenum des Bundesverfassungsgerichts erstattet.“, vgl. BGBl. I 1951, Nr. 17 vom 16.04.1951, S. 252. Er wurde 1956 gestrichen, vgl. BGBl. I 1956, Nr. 36 vom 24.07.1956, S. 662.

64 C. von Coelln (Fn. 13), § 97 Rn. 1.

65 D. Hömig (Fn. 13), § 95 Rn. 15.

66 Zur Ausgestaltung siehe Teil C.

eigneter Ort ist, um die Auslegung von Art. 20a GG in Anbetracht aktueller Forschung innerhalb eines solchen Verfahrens vorzunehmen. Die folgenden Überlegungen skizzieren, wie eine neue Durchsetzbarkeitmöglichkeit für Art. 20a GG ausgestaltet werden könnte, um Individuen die Möglichkeit zu geben, eine Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht im Bereich von Klimaschutzmaßnahmen anzuregen, ohne eine eigene gegenwärtige Grundrechtsverletzung rügen zu müssen.

I. Ausgestaltung

Zunächst könnte eine Stelle – etwa beim Bundesministerium der Justiz, beim Umweltbundesamt oder direkt beim Bundesverfassungsgericht – eingerichtet werden, die Beschwerden hinsichtlich eines gesetzgeberischen Unterschreitens notwendiger Klimaschutzmaßnahmen sammelt und danach einordnet, welcher Regelungsbereich als unterreguliert angesehen wird. Das Klimaschutzgesetz (KSG) sieht in § 4 Abs.1 KSG beispielweise Minderungsziele für bestimmte Sektoren vor, die hier als Regelungsbereiche für die Vorsortierung der Beschwerden dienen könnten: Energiewirtschaft, Industrie, Verkehr, Gebäude, Landwirtschaft, Abfallwirtschaft und Sonstiges.

Ab Erreichen eines Quorums würden dem Bundesverfassungsgericht die gesammelten Beschwerden zu einem Regelungsbereich vorgelegt werden. Diese Bündelung könnte gerade dazu führen, dass das Bundesverfassungsgericht nicht mit immer mehr individuellen Verfassungsbeschwerden konfrontiert würde, sondern die Zahl an Verfahren im Bereich von Art. 20a GG reduziert würde. Das Erfordernis eines Quorums einzuziehen, würde zudem sicherstellen, Art. 20a GG nicht in ein subjektives Recht samt subjektiver Durchsetzungsmöglichkeit umzudeuten.

Das Bundesverfassungsgericht könnte auf Grundlage der verknüpften Beschwerden entscheiden, in welcher Hinsicht Art. 20a GG im konkreten Bereich durch die Gesetzgebung hinreichend verfolgt wird oder nicht. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts würde dabei als Feststellungsurteil ergehen und keinen konkreten Regelungsvorschlag machen, sondern der Gesetzgebung ein tatsächliches Defizit aufzeigen. Es könnte dann zum Beispiel ein Defizit an Klimaschutzmaßnahmen bzgl. der Regulierung des innerstädtischen Autobahnverkehrs festgestellt werden. Dieses ergäbe sich aus dem Abgleich von gesellschaftlichen Forderungen und wissenschaftli-

chen Erkenntnissen.⁶⁷ Dadurch würde die Einschätzungsprärogative der Gesetzgebung gewahrt werden können.

Diese Konstruktion weist eine Ähnlichkeit zur zivilrechtlichen Musterfeststellungsklage dahingehend auf, dass ein Quorum an Beschwerden erreicht werden muss, bevor diese an das Gericht geleitet werden und sie keine Grundrechtsverletzungsprüfung parallel zum Fehlen einer Anspruchsprüfung bei der Musterfeststellungsklage erfordert. Darüber hinaus ist die Parallele eine assoziative – es soll eine Durchsetzbarkeitsmöglichkeit für ein aktuelles Rechtsproblem geschaffen werden, wie sie im Zuge des Diesel-Skandals mit der Musterfeststellungsklage geschaffen wurde. Diese prozesuale Möglichkeit könnte einen Schlüssel zur Behandlung des Klimawandels unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilung des Grundgesetzes zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgebung darstellen.

II. Potential einer Feststellungsentscheidung zu Art. 20a GG durch das Bundesverfassungsgericht

Wenn man den Aspekt der Musterwirkung einer Musterfeststellungsklage für andere Fälle betrachtet, könnte auch hier im Hinblick auf Art. 20a GG eine solche Wirkung aus der Entscheidung für Art. 20a GG als denkbare Folge der Einführung eines solchen Durchsetzbarkeitsmechanismus entnommen werden.

Denn wenn das Bundesverfassungsgericht beispielsweise feststellen würde, dass im Bereich des Verkehrs ein größerer Handlungsspielraum für Klimaschutzmaßnahmen, die Grundrechte einschränken, bestünde als er vom Gesetzgeber bisher ausgereizt wird, könnte dies eine Musterwirkung auf etwaige Verfassungsbeschwerden haben, die eine Grundrechtsverletzung aufgrund einer darauffolgenden gesetzgeberischen Entscheidung rügen. Aus der Musterwirkung einer vorherigen Entscheidung zu Art. 20a GG im Rahmen des vorgeschlagenen Mechanismus⁶⁸ könnte so beispielsweise für eine Verfassungsbeschwerde – etwa gegen ein Fahrverbot von bestimmten Fahrzeugen – ein allgemeinerer Maßstab entnommen werden. Die Musterentscheidung hätte somit gleich mehrere mögliche Auswirkungen:

67 Dafür könnte es zum Beispiel sinnvoll sein, auch wissenschaftliche Mitarbeiter:innen aus naturwissenschaftlichen Disziplinen einzustellen.

- 1) Sie stellt eine Orientierung für die Gesetzgebung dar, in welchen Bereichen mehr und eingriffsintensivere Klimaschutzmaßnahmen erfolgen können;
- 2) sie bildet einen Maßstab für Entscheidungen im Bereich des Klimaschutzes für das Bundesverfassungsgericht und ermöglicht eine transparente Abwägung zwischen Belangen des Klimaschutzes und dem Eingriff in Grundrechte;
- 3) sie kann ebenso eine Orientierung für fachgerichtliche Entscheidungen bilden und
- 4) sie stellt Rechtssicherheit her für Bürger:innen und klärt darüber auf, in welchen Bereichen potentielle Grundrechtseinschränkungen zum Zwecke des Klimaschutzes erfolgen.

Durch eine solche Musterwirkung würde sich ein Durchsetzbarkeitsmechanismus von Art. 20a GG von der Gutachtentätigkeit des Bundesverfassungsgerichts unterscheiden. Anders als bei der gutachterlichen Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts wäre ein Feststellungsurteil keine Beantwortung einer bestimmten verfassungsrechtlichen Frage eines Verfassungsorgans. Denn zum einen würde die Initiative zur Auseinandersetzung mit dem gesetzgeberischen Handeln aus der Bevölkerung stammen und als Grundlage der Feststellung eines Regelungsdefizits aus dem Abgleich von wissenschaftlich feststellbarer Handlungsnotwendigkeit, verfassungsrechtlichem Auftrag des Art. 20a GG und gesellschaftlicher Forderung dienen. Zum anderen wäre die Feststellung eines Defizits eine Konkretisierung des aus Art. 20a GG ergehenden Auftrags und könnte so der Realisierung der Auftragsverfolgung dienen.

III. Erprobung auf Landesebene

Nicht alle Bereiche, in denen Klimaschutzmaßnahmen unternommen werden könnten, unterliegen einer Bundeskompetenz. Es könnte sich also anbieten, eine solche verfassungsgerichtliche Kontrolle wie die hier vorgestellte bereits auf der für den Klimaschutz ebenfalls wesentlichen Landesebene einzuführen und Erfahrungswerte hieraus für einen Durchsetzungsmechanismus im Bundesverfassungsgerichtsgesetz zu sammeln.

Auch in Landesverfassungen gibt es Umwelt- und Klimaschutznormen. So ist Art. 3a Abs. 1 der Verfassung von Baden-Württemberg⁶⁸ nahezu deckungsgleich mit Art. 20a GG. Diese Regelung ließe sich zu einer Erprobung eines verfassungsrechtlichen Durchsetzungsmechanismus brauchbar machen.

So könnte bereits die Erprobung eines Durchsetzbarkeitsmechanismus auf Landesebene sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Erforschung effektiver Klimaschutzmaßnahmen ein Gewinn sein und tatsächlich zu mehr Klimaschutzmaßnahmen führen.

D. Fazit und Ausblick

In Anbetracht des fortschreitenden Klimawandels sind weitere Verfassungsbeschwerden und eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu erwarten. Ein neuer Durchsetzbarkeitsmechanismus für Art. 20a GG könnte auf die Schwierigkeit des Klimaschutzes durch bloß reaktives Einschreiten der Gesetzgebung, den demographischen Wandel und zugleich die (bewusst) fehlende Verankerung eines Grundrechts auf Umweltschutz durch den verfassungsändernden Gesetzgeber Rücksicht nehmen. Vorteile eines neuen Durchsetzbarkeitsmechanismus im Vergleich zur Behandlung von Art. 20a GG im Rahmen der Verfassungsbeschwerde sind zum einen der leichtere Zugang zum Bundesverfassungsgericht durch Individuen und die effektivere Verwirklichung des Auftrags von Art. 20a GG.

Zum anderen könnte die bewusste Zuführung von Art. 20a GG zu einem verfassungsgerichtlichen Verfahren eine Möglichkeit bieten, die Einschätzungsprärogative der Gesetzgebung zu sichern, einer eigenständigen Grundrechtsneubildung durch das Bundesverfassungsgericht vorzubeugen und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Bereich von Art. 20a GG zu legitimieren, indem diese ein verfassungsprozessrechtliches Mittel erhält, das den Besonderheiten dieser Staatszielbestimmung gerecht wird.

68 Art. 3a Abs. LV B.-W. lautet: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.“

Klimaschutz durch Experimentierklauseln?

Jakob Feldkamp*

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	109
B. Kartierung des rechtlichen Phänomens	110
I. Grundstrukturen von Experimentierklauseln	110
II. Experimentierklauseln als Aspekt experimenteller Gesetzgebung	112
III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	113
C. Die Relation von Innovation und Recht und die Bedeutung der Experimentierklauseln in diesem Zusammenhang	118
I. Die Bedeutung von Innovation für den Klimaschutz	119
II. Innovation und Recht	119
III. Experimentierklauseln als „Innovationstreiber“?	120
D. Praxisbeispiel: § 2 Abs. 7 Personenbeförderungsgesetz	124
E. Fazit	126

A. Einleitung

Überlegungen zur Gestaltung des Rechts unterliegen mitunter Trends.¹ Vor diesem Hintergrund überrascht es wenig, dass man in rechtspolitischen Dokumenten wieder vermehrt von Experimentierklauseln liest: Wenngleich dieses Werkzeug der Gesetzgebung, bei dem aus rechtlicher Sicht vor allem die Schaffung der Möglichkeit zur Abweichung von gesetzlichen Vorgaben hervorsteht,² bereits vor über fünfzig Jahren diskutiert

* Für Anmerkungen zu einer früheren Manuskriptversion dieses Beitrags danke ich Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski und Rebekka Stadler.

1 Vgl. zum Trend im Gesetzgebungskontext etwa A. Averchenkova/S. Fankhauser/M. Nachmany (Hrsg.), *Trends in Climate Change Legislation*, 2017 und H. Xanthaki, *Emerging Trends in Legislation in Europe*, in: U. Karpen/H. Xanthaki (Hrsg.), *Legislation in Europe*, 2017, S. 275.

2 Siehe W. Beck/C. Schürmeier, Die kommunalrechtliche Experimentierklausel als Reforminstrument, LKV 2004, 488 (488 f.).

wurde,³ sieht man in ihm neuerdings anscheinend ein probates Mittel, um die Probleme unserer Zeit anzugehen⁴. Auch im Bereich des Klimaschutzes wird den Experimentierklauseln eine Bedeutung zugemessen.⁵ Zudem scheint man generell einen Zusammenhang zwischen Innovationen und der Regelungsform der Experimentierklausel zu sehen.⁶ Dies wirft die Frage auf, welches Potenzial in dieser legislativen Technik für den Klimaschutz steckt: Gilt insoweit „the trend is your friend“ oder muss das Fazit nüchterner ausfallen?

B. Kartierung des rechtlichen Phänomens

Eine Beurteilung des Potenzials von Experimentierklauseln setzt hinreichende Kenntnis über das Konzept sowie seine rechtlichen Grenzen voraus. Insofern sollen zunächst das Phänomen der Experimentierklauseln kartiert und einige damit zusammenhängende verfassungsrechtliche Fragestellungen angerissen werden.

I. Grundstrukturen von Experimentierklauseln

Der Terminus „Experimentierklausel“ stellt keinen feststehenden Rechtsbegriff dar,⁷ entsprechend besteht auch keine vollständige Einigkeit über die

3 Siehe dazu V. Maafß, Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen, 2001, S. 37.

4 Siehe etwa Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu Reallaboren und Experimentierklauseln als Instrumente für einen innovationsfreundlichen, zukunftssicheren und resilienten Rechtsrahmen zur Bewältigung disruptiver Herausforderungen im digitalen Zeitalter, Vordok.-Nr. 12683/1/20 REV 1, 16.11.2020.

5 Vgl. L. Regling/A. Stein/J. Werner/A. Karl, Grundlagen für ein umweltorientiertes Recht der Personenbeförderung, Teilbericht, Umweltbundesamt, 2020, S. 28 f., abrufbar unter: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/5750/publikationen/2020_11_19_texte_213_2020_personenbefoerderung_tb_2_0.pdf; siehe auch B. Horn/T. Kiel/H. von Lojewski, Nachhaltige städtische Mobilität für alle, Positionspapier des Deutschen Städtetages, 2018, S. 7, abrufbar unter: <https://www.staedtetag.de/files/dst/docs/Publikationen/Positionspapiere/Archiv/nachhaltige-staedtische-mobilitaet-2018.pdf>.

6 Siehe etwa H. Hill, Gesetzgebung neu denken, ZG 2022, 125 (139).

7 Vgl. K. Weber, Stichwort „Experimentierklausel“, in: K. Weber (Hrsg.), Rechtswörterbuch, 28. Edition 2022: „[K]ein verfassungsrechtlich definierter Begriff“; siehe aber auch K. Hummel, Recht der behördlichen Regelungsexperimente, 2003, S. 134, der aus

„Bauteile“, die eine Experimentierklausel zu einer solchen machen.⁸ Dem zum Trotz kann man in der Literatur einige Merkmale identifizieren, die regelmäßig als elementar oder jedenfalls als typisch betrachtet werden.⁹

Als zentraler Bestandteil wird einhellig die Schaffung der Möglichkeit zur selektiven Außerachtlassung von Bestandteilen eigentlich einschlägiger Rechtsvorgaben ausgemacht.¹⁰ Die Experimentierklausel ähnelt damit gewissermaßen der Dispensermächtigung, wobei hier keine komplette Überschneidung besteht, da ein Dispens stets Einzelfälle im Blick hat, was bei Experimentierklauseln jedenfalls nicht als zwingende Voraussetzung gesehen wird.¹¹

Als zweite grundlegende Komponente wird eine Untersuchungsintention erachtet.¹² Diese liegt in der Akkumulation von Wissen im Sachgebiet der jeweiligen Klausel, das Grundlage für spätere legislative Tätigkeit sein soll.¹³

Drittens wird zum Teil, wenn auch nicht immer,¹⁴ das Vorliegen einer zeitlichen Befristung als Charakteristikum von Experimentierklauseln ein-

einer Betrachtung verschiedener Experimentierklauseln das „Rechtsinstitut des behördlichen Regelungsperiments“ destilliert.

- 8 Beck/Schürmeier (Fn. 2), 488: „Eine einheitliche Definition dieses Begriffs hat sich nicht durchsetzen können.“; Maaß (Fn. 3), S. 37: „fällt [...] schwer, eine einheitliche und abschließende Definition der Experimentierklausel zu finden“.
- 9 Zu einer entsprechenden Annäherung über „Essentialia“ einer jeden Experimentierklausel Maaß (Fn. 3), S. 37 ff.
- 10 Beck/Schürmeier (Fn. 2), 488 f.; Maaß (Fn. 3), S. 38; H.-D. Horn, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 1989, S. 25, 27 f.; M. Kalis/Y. Yilmaz/S. Schäfer-Stradowsky, Experimentierklauseln für verbesserte Rahmenbedingungen bei der Sektorenkopplung, Juristische Studie für das Ministerium für Energie, Infrastruktur und Digitalisierung Mecklenburg-Vorpommern, Institut für Klimaschutz, Energie und Mobilität e.V., 2018, S. 42, abrufbar unter: <https://www.ikem.de/wp-content/uploads/2019/03/Experimentierklausel-für-verbesserte-Rahmenbedingungen-bei-der-Sektorenkopplung.pdf>. Die Bezeichnung als Experimentierklausel und die Idee einer Untersuchungsintention (dazu sogleich) dürfen allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass es (nur) um ein Experimentieren im übertragenen Sinne geht und die Voraussetzungen eines wissenschaftlich methodisch korrekten Experiments nicht vorliegen müssen, siehe D. Fietze, Experimentierklauseln für die Energiewende, 2022, S. 29 Fn. 26.
- 11 Maaß (Fn. 3), S. 38 f. unter Verweis darauf, dass einige Experimentierklauseln auch zum Erlass von abweichenden Regelungen per Verordnung ermächtigen.
- 12 Maaß (Fn. 3), S. 38; Kalis/Yilmaz/Schäfer-Stradowsky (Fn. 10), S. 42.
- 13 Maaß (Fn. 3), S. 38.
- 14 Ohne diese Einschränkung etwa Maaß (Fn. 3), S. 38 f.; siehe auch Hummel (Fn. 7), S. 94 f., der eine (damalige) Experimentierklausel im Bauordnungsrecht von Nordrhein-Westfalen präsentiert, bei der eine Befristung fehlt. Den Grund dafür sieht er in

geordnet.¹⁵ Sie stellt letztlich eine Vorkehrung dafür dar, dass auch in der Realität die punktuelle Wissensgenerierung im Zentrum steht.¹⁶

Im Kontext bisheriger Klauseln fand sich zumeist die vollziehende Gewalt in einer Doppelrolle als Adressatin und Profiteurin wieder, indem man es der Verwaltung ermöglichte, den eigentlich anwendbaren Komplex von Regelungen partiell zu verlassen, wobei dies auch zu ihrem Nutzen geschah.¹⁷ Es ist allerdings auch möglich, dass Privatpersonen profitieren, indem ihnen die Erprobungsmöglichkeit unter gewisser Regelungssuspension eingeräumt wird.¹⁸

II. Experimentierklauseln als Aspekt experimenteller Gesetzgebung

In ihrer Ausrichtung fügen sich Experimentierklauseln in ein weiteres Feld experimenteller Gesetzgebung ein.¹⁹ Im Prinzip lässt sich der Gesetzgebung generell eine „Versuchsqualität“ bescheinigen.²⁰ Unter experimenteller Gesetzgebung versteht man indes typischerweise nur legislatives Handeln, bei dem speziell nach Einsichten hinsichtlich der Auswirkungen von Regelungen gestrebt wird.²¹ Neben den Experimentierklauseln, die im Gesetz Erprobungsoptionen rechtlicher Art ermöglichen, sind hier „Experimentiergesetze“ umfasst, bei denen ein Regelwerk als solches erprobungsweise

„schützenswerte[n] wirtschaftliche[n] Gesichtspunkte[n] beim Bauherren“ in den im betreffenden Fall einschlägigen Konstellationen (ebd. S. 95).

15 Stichwort „Experimentierklausel“ (ohne Autor*innenangabe), in: P. Eichhorn/P. Friedrich/W. Jann/W. A. Oechsler/G. Püttner/H. Reiner mann (Hrsg.), *Verwaltungslexikon*, 3. Aufl. 2003; siehe auch K. Meßerschmidt, *Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik*, ZJS 2008, 224 (227) sowie M. Seckelmann, *Evaluation und Recht*, 2018, S. 187.

16 H. Schmitz/C. A. Mayer/C.-W. Neubert/I. Reiling, *Umsetzung der BMWi-Strategie „Reallabore als Testräume für Innovation und Regulierung“: Möglichkeiten einer „Generalklausel“ zur Schaffung rechtlicher Spielräume für die Erprobung innovativer Technologien und Geschäftsmodelle* (Los 1), Gutachten, 2020, S. 54, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gutachten-noerr-moeglichkeiten-einer-generalklausel.html>; vgl. auch Seckelmann (Fn. 15), S. 187.

17 Fietze (Fn. 10), S. 28 f.

18 Fietze (Fn. 10), S. 29; siehe auch Maaß (Fn. 3), S. 38.

19 Beck/Schürmeier (Fn. 2), 489; Maaß (Fn. 3), S. 33, 37.

20 R. Stettner, *Verfassungsbindungen des experimentierenden Gesetzgebers*, NVwZ 1989, 806 (806). Siehe auch F. K. Beutel, *Die Experimentelle Rechtswissenschaft*, 1971, S. 45.

21 Maaß (Fn. 3), S. 33.

erlassen wird.²² Von der experimentellen Gesetzgebung abgrenzen kann man sogenannte Gesetzgebungsexperimente, bei denen im vorgelagerten Zeitraum der Gesetzesvorbereitung Tests zur Überprüfung des anvisierten Legislativakts durchgeführt werden.²³

III. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Nutzung von Experimentierklauseln wird immer wieder diskutiert. Während (soweit ersichtlich) nicht vertreten wird, dass ihr Einsatz *allgemein* nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist,²⁴ wird doch regelmäßig hinsichtlich bestimmter Verfassungsvorgaben Konfliktpotenzial diagnostiziert. Aus Platzgründen kann hier keine vollumfängliche Analyse aller sich stellenden Probleme²⁵ erfolgen. Einige ausgewählte Aspekte sollen gleichwohl in gebotener Kürze aufgegriffen werden.

Teils bestehen potenzielle Probleme im Bereich der Freiheitsgrundrechte. Die Fragen, die hier aufkommen können, sind vielgestaltig: Experimentierklauseln, die Lockerungen von gesetzlichen Vorgaben ermöglichen, können dazu führen, dass dritte Personen gefährdet oder geschädigt wer-

22 Maaß (Fn. 3), S. 33 f.; entsprechende Zuordnung auch bei Beck/Schürmeier (Fn. 2), 489; C. von Hesler, Gesetzgebungsrelevante Tatsachen und ihre Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht, 2021, S. 107 und Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling (Fn. 16), S. 27 (dort bezüglich einer „Generalexperimentierklausel“); Horn (Fn. 10), S. 24 f. sieht hingegen die Experimentierklauseln nicht als Teil der experimentellen Gesetzgebung, sondern erblickt in ihnen eine Ausprägung des sogenannten Modellversuchs als Aspekt des „Gesetzgebungsexperiment[s]“, dazu sogleich.

23 Maaß (Fn. 3), S. 30. Anders in der Kategorisierung A. Steinbach, Gesetzgebung und Empirie, Der Staat 54 (2015), 267 (278), der Gesetzgebungsexperiment als Oberbegriff für „interne Experimente“ im Rahmen der Gesetzesvorbereitung“ und „externe Experiment[e]“ in Gesetzesform benutzt.

24 Siehe aber A. Uhle, Verordnungsänderung durch Gesetz und Gesetzesänderung durch Verordnung?, DÖV 2001, 241 (246), der immerhin Ermächtigungen zum Erlass von Rechtsverordnungen, die auf Exekutivebene Adaptionen von gesetzlichen Vorgaben ermöglichen, generell wegen eines Verstoßes gegen den Vorrang des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG (zu dieser Frage noch weiter unten) für verfassungswidrig hält – freilich ohne in seinen Ausführungen auf das Konzept der Experimentierklausel Bezug zu nehmen.

25 Umfassende und differenzierte Analysen finden sich etwa bei Fietze (Fn. 10), S. 35 ff.; Maaß (Fn. 3), S. 70 ff.; Hummel (Fn. 7), S. 116 ff.

den – je nach Fallgestaltung sind Schutzpflichtverletzungen denkbar.²⁶ Zudem kann unter Umständen die Art. 12 Abs. 1 GG zu entnehmende Wettbewerbsfreiheit von Unternehmer*innen betroffen sein, wenn konkurrierenden Marktteilnehmer*innen die Befolgung von Gesetzesvorgaben erlassen wird.²⁷ Aus anderer Perspektive können Grundrechtsbeeinträchtigungen aufseiten der Erprobungsbeteiligten auftreten, sofern der Staat zur Erfüllung von Schutzpflichten von ihnen Vorsichtsmaßnahmen, etwa in Form von Dokumentation, verlangt.²⁸

Weiter ist auch oft der allgemeine Gleichheitssatz beim Einsatz von Experimentierklauseln betroffen, sofern auf ihrer Basis grundrechtsberechtigte Versuchsteilnehmer*innen anders behandelt werden, als sonstige vom in Rede stehenden Gesetz betroffene grundrechtsberechtigte Personen.²⁹ Im Rahmen der Rechtfertigung kann allerdings darauf verwiesen werden, dass im Ziel der Erprobungsdurchführung ein grundsätzlich akzeptabler Grund für die Ungleichbehandlung gesehen wird.³⁰

Gewisse Probleme kann man ebenfalls bei der Beachtung des Vorrangs des Gesetzes ausmachen.³¹ Nach diesem Art. 20 Abs. 3 GG zu entnehmenden Grundsatz hat die Verwaltung die durch die Gesetze statuierten Grenzen zu beachten.³² Experimentierklauseln sind im Lichte dieser Vorgabe delikat, weil sie der ausführenden Gewalt die Möglichkeit bieten, in Abkehr

26 Siehe *Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling* (Fn. 16), S. 82; auch wenn die Ausführungen an dieser Stelle nicht explizit werden, ist ihr Anknüpfungspunkt die Implementation einer „Generalexperimentierklausel“, siehe die einführenden Erläuterungen des Abschnitts auf S. 69 des Gutachtens. Teils wird für eine abwehrrechtliche Verarbeitung von Sachverhalten plädiert, in denen der Staat Schädigungen durch Privatpersonen nicht verhindert; in Fällen, in denen eine Genehmigung oder sogar lediglich ein Gewährenlassen vorliegt, könne man immer noch einen staatlichen Eingriff bejahen, dazu ausführlich *G. Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, S. 104 ff. Ein derartiges Vorgehen ist aber grundsätzlich abzulehnen, siehe ebd. Es würde aus den Grundrechten „dysfunktional [...] einen Generalauftrag zur staatlichen Wohlfahrtspflege“ ableiten, *K. F. Gärditz*, in: *M. Beckmann/W. Durner/T. Mann/M. Röckinghaus* (Hrsg.), *Landmann/Rohmer, Umweltrecht*, Bd. I, 97. EL Dezember 2021, Art. 20a GG Rn. 74. Offener hinsichtlich der Annahme eines Eingriffs in Abwehrrechte *Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling* (Fn. 16), S. 82.

27 *Fietze* (Fn. 10), S. 40.

28 *Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling* (Fn. 16), S. 91, dort besprochen im Zuge der Diskussion der Einführung einer „Generalexperimentierklausel“, siehe ebd. S. 94.

29 *Hummel* (Fn. 7), S. 120; *P. Häberle*, Zeit und Verfassung, *ZfP* 1974, 111 (132 Fn. 127).

30 *Hummel* (Fn. 7), S. 120 f.; *Fietze* (Fn. 10), S. 43.

31 Siehe *Fietze* (Fn. 10), S. 46.

32 *C. Bumke/A. Voßkuhle*, *Casebook Verfassungsrecht*, 8. Aufl. 2020, Rn. 1463; *Fietze* (Fn. 10), S. 46.

von bestehenden Gesetzesgehalten eigenständige divergierende Entscheidungen zu treffen.³³ Dem Bundesverfassungsgericht zufolge stellen allerdings rechtliche Vorgehensweisen, bei denen auf Gesetzesebene Abweichungsoptionen für die Verwaltung eingeräumt werden, grundsätzlich keinen Verstoß gegen den Vorrang des Gesetzes dar, da hier durch die legislative Anordnung der Gesetzesvorrang gewahrt bleibe.³⁴ Dabei bestünden aber „Grenze[n] [...] dort, wo der Gesetzgeber Vorschriften von solcher Bedeutung und in solchem Umfang für subsidiär erklärt, daß sich dadurch innerhalb des Staatsgefüges eine Gewichtsverschiebung zwischen gesetzgebender Gewalt und Verwaltung ergibt“.³⁵ Eine solche Limitation kann man aus der Annahme eines aus der Idee einer „formelle[n] Gesetzeskraft“ entwickelten „Vorrang[s] des Gesetzes im formellen Sinne“ ableiten oder auch direkt als Aspekt der im Grundgesetz angelegten³⁶ Gewaltenteilung diskutieren.³⁷ Der oben genannten Aussage des Bundesverfassungsgerichts lässt sich nicht eindeutig entnehmen, wie die beschriebene Beschränkung rechtsdogmatisch konkret zu verankern ist.³⁸ Zumindest Experimentierklauseln, die in genereller und unspezifischer Weise der Verwaltung die

33 *Fietze* (Fn. 10), S. 46.

34 BVerfGE 8, 155 (169 ff.). Siehe außerdem *F. Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuermittel und Kontrollmaßstab, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 3. Aufl. 2022, § 11 Rn. 80. Ablehnend diesem Rechtsverständnis gegenüber *Uhle* (Fn. 24), 245 f. Zu dieser Entscheidung im Experimentierklauselkontext *Fietze* (Fn. 10), S. 46.

35 BVerfGE 8, 155 (171). Dazu *Fietze* (Fn. 10), S. 46 sowie *Reimer* (Fn. 34), § 11 Rn. 80. In der Kammerentscheidung BVerfG NJW 1998, 669 (670) wurde in einem Fall, in dem es um eine Adaptionmöglichkeit durch Rechtsverordnung ging, außerdem das Vorliegen von „sachliche[n] Gründe[n]“ als Erfordernis genannt, dazu *S. Kluckert*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Grundlagen des Infektionsschutzrechts, in: *S. Kluckert* (Hrsg.), Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 145 sowie *Reimer* (Fn. 34), § 11 Rn. 80.

36 Überblickartig zur Gewaltenteilung und ihrer Verankerung im Grundgesetz *A. Voßkuhle/A.-K. Kaufhold*, Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz der Gewaltenteilung, JuS 2012, 314.

37 *Hummel* (Fn. 7), S. 117 f., der als dritten dogmatischen Anknüpfungspunkt den „Parlamentsvorbehalt“ nennt. Zur Diskussion der entsprechenden Problematik als Aspekt der Gewaltenteilung *C. Brüning*, Die kommunalrechtlichen Experimentierklauseln, DÖV 1997, 278 (286 f.).

38 *Hummel* (Fn. 7), S. 118. *H. Faber*, Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1995, S. 93 ordnet die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts als Befassung mit dem „Grundsatz der formellen Gesetzeskraft“ ein. *A. Bleckmann*, Vom Sinn und Zweck des Demokratieprinzips, 1998, S. 199 sieht in der genannten Passage eine Auseinandersetzung mit den Forderungen des Grundsatzes der Gewaltenteilung; entsprechende Einschätzung auch bei *Reimer* (Fn. 34), § 11 Rn. 80.

Option zum Verlassen des Rechtsrahmens einräumen, sind mit den genannten Vorgaben unvereinbar und damit verfassungswidrig.³⁹

Als weiteres Problemfeld kann die Einhaltung des Vorbehalts des Gesetzes genannt werden.⁴⁰ Auch dieser statuiert Grenzen dafür, wann der Gesetzgeber seine Tätigkeit der ausführenden Gewalt anheimstellen darf und stattdessen selbst tätig werden muss.⁴¹ Hinsichtlich der Reichweite dieser Limitation nutzt das Bundesverfassungsgericht die „Wesentlichkeitstheorie“⁴²: Der parlamentarische Gesetzgeber müsse „wesentliche Entscheidungen selbst [...] treffen“.⁴³ Die Wesentlichkeit sei dabei vom „jeweiligen Sachbereich“ sowie der „Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes“ abhängig.⁴⁴ Als „verfassungsrechtliche[...] Wertungskriterien“ seien die „tragenden Prinzipien des Grundgesetzes“ zu berücksichtigen, wozu die „verbürgten Grundrechte[...]“ zu zählen seien.⁴⁵ Ob eine Wesentlichkeit im Rahmen von Experimentierklauseln vorliegt, kann insbesondere nach folgenden Gesichtspunkten bestimmt werden: Zunächst ist sie zu bejahen, wenn eine Experimentierklausel die Möglichkeit zur Abweichung von Regelungen schaffen soll, die ihrerseits als wesentlich einzuordnen sind.⁴⁶ Weiterhin kann die Betroffenheit von Grundrechten zur Wesentlichkeit führen.⁴⁷ Beim Einsatz von Experimentierklauseln wird, wie bereits dargelegt, häufig Art. 3 Abs. 1 GG berührt sein – hier ist fraglich, ob vor diesem

39 Fietze (Fn. 10), S. 47 (die überdies einen Anlass fordert); siehe zudem die auch bei Fietze zitierten S. Missling/H. Lange/S. Michaels/M. Weise, Möglichkeiten und Grenzen einer probeweisen Weiterentwicklung spezifischer Regelungen des Energiewirtschaftsrechts im Wege sog. „Regulatorischer Innovationszonen“, EnWZ 2016, 203 (206) für eine sinnentsprechende Einschätzung bezogen auf „[r]egulatorische[...] Innovationszonen“, die „zeitlich und örtlich begrenzte Abweichung[en] von bestehenden Regelungen“ beinhalten (ebd. 204).

40 Brüning (Fn. 37), 287; siehe auch M.-E. Geis, Eingriffsverwaltung, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2021, § 18 Rn. 25.

41 K.-P. Sommermann, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. II, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 273. Zur Herleitung aus dem Grundgesetz H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 105; sowie B. Grzeszick, in: R. Herzog/R. Scholz/M. Herdegen/H. H. Klein (Hrsg.), Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 97. EL Januar 2022, Art. 20 (Teil VI) Rn. 97 ff.

42 BVerfGE 116, 24 (58).

43 BVerfGE 116, 24 (58); dazu auch H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 71.

44 BVerfGE 98, 218 (251); siehe auch Jarass (Fn. 43), Art. 20 Rn. 71.

45 BVerfGE 98, 218 (251); siehe auch Jarass (Fn. 43), Art. 20 Rn. 71.

46 Fietze (Fn. 10), S. 51.

47 Fietze (Fn. 10), S. 51.

Hintergrund dann auch Wesentlichkeit im Sinne der oben dargelegten Rechtsprechung anzunehmen ist.⁴⁸ In der Literatur wird diesbezüglich jüngst vorgeschlagen, sich an der Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung zum Rechtfertigungsniveau des allgemeinen Gleichheitssatzes zu orientieren.⁴⁹ Insofern wird darauf verwiesen, dass die Judikatur hinsichtlich austeilender Tätigkeit des Staates wie beispielsweise Subventionsausschüttung weniger strenge Anforderungen aufstellt.⁵⁰ Da die personenbezogene Gestattung von punktueller Nichtbeachtung eigentlich anwendbarer Gesetzeswerke der Bewilligung von Subventionen im Grunde entspreche, könne Art. 3 Abs. 1 GG typischerweise nicht zur Herleitung einer Wesentlichkeit herangezogen werden.⁵¹ Die Bejahung der Wesentlichkeit im Experimentierklauselkontext hat zwar nicht die Konsequenz, dass eine Erprobung in keiner Fallgestaltung mehr in Betracht kommt; es bedarf dann aber hinreichender dirigierender Vorgaben durch den parlamentarischen Gesetzgeber bezüglich aller wesentlichen Aspekte, sodass der Vorbehalt des Gesetzes gewahrt bleibt.⁵²

Überdies wird bei der Behandlung von Experimentierklauseln häufig die Wahrung des Bestimmtheitsgebots thematisiert.⁵³ Dieses macht man als Teilbereich des Rechtsstaatsprinzips aus.⁵⁴ Es fordert bezogen auf Legislativakte ein gewisses Maß an inhaltsbezogener Deutlichkeit, damit betroffene Personen die Konsequenzen der Regelung in ihre Überlegungen einbeziehen können.⁵⁵ Die spezifischen Bedingungen sind dabei allerdings

48 *Fietze* (Fn. 10), S. 52; vgl. auch *Hummel* (Fn. 7), S. 129.

49 *Fietze* (Fn. 10), S. 52 f. unter Bezugnahme auf *F. Wollenschläger*, in: P. M. Huber/A. Voßkuhle (Hrsg.), von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Bd. I, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 163.

50 *Fietze* (Fn. 10), S. 53.

51 *Fietze* (Fn. 10), S. 53.

52 *Fietze* (Fn. 10), S. 51 ff.

53 Siehe etwa *Maaß* (Fn. 3), S. 123; *H. Kahl/J. Hilpert/M. Kahles*, Experimentierklauseln im Energierecht, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 20, 2016, S. 11 f., abrufbar unter: https://stiftung-umweltenergierecht.de/wpcontent/uploads/2016/03/WueBerichte_20_Experimentierklauseln_im_Energierecht_2016-03-10.pdf.

54 *Maaß* (Fn. 3), S. 123.

55 *Schulze-Fielitz* (Fn. 41), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 129 m.w.N. Bei Experimentierklauseln, die eine Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen enthalten, sind die gegebenenfalls einschlägigen (zum Anwendungsbereich *A.-L. Hollo*, Rechtsverordnungen, JURA 2022, 42 [45]) konkretisierenden Vorgaben aus Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zu beachten, *Fietze* (Fn. 10), S. 55; streitig ist, ob Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG auf die für Experimentierklauseln relevanten Fälle, in denen der ausführenden Gewalt eine Rechtsgrundlage zum Verwaltungsakterlass geschaffen wird, analog anzuwenden ist, siehe

von der konkreten Konstellation abhängig.⁵⁶ Der Umstand, dass Experimentierklauseln dazu dienen, im Rahmen von facettenreichen Problemstellungen neue Erkenntnisse zu gewinnen, sorgt dafür, dass hinsichtlich der Bestimmtheit keine allzu hohen Voraussetzungen gestellt werden dürfen.⁵⁷

C. Die Relation von Innovation und Recht und die Bedeutung der Experimentierklauseln in diesem Zusammenhang

Nachdem dargestellt wurde, was man unter einer Experimentierklausel verstehen kann und welche verfassungsrechtlichen Herausforderungen mit ihnen einhergehen, soll nun aufgezeigt werden, wie im Klimaschutzbereich die Rolle von Innovationen eingeschätzt wird, welcher Zusammenhang zwischen Innovation und Recht besteht und wie Experimentierklauseln sich in diesen Kontext einfügen.

Innovation kann mit *Hoffmann-Riem* als eine „(signifikante) Neuerung[...], die zur Bewältigung eines bekannten oder eines neuen Problems beitr[ägt]“⁵⁸ definiert werden. Zur näheren Deskription werden in der Literatur verschiedene konkretisierende Etikette herangezogen, wobei namentlich die Unterscheidung von technischer und nicht-technischer Innovation genannt wird.⁵⁹ Zu letzterer zählen etwa neuartige Unternehmenskonzepte.⁶⁰

ebd. S. 55. Praktisch ist die Frage nicht bedeutsam, da die inhaltlichen Vorgaben des allgemeinen Bestimmtheitsgebot denen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG entsprechen, ebd. S. 55 f.

56 *Horn* (Fn. 10), S. 320.

57 *Fietze* (Fn. 10), S. 56 (die auch noch auf die „begünstigende“ Wirkung der von ihr untersuchten Experimentierklauseln abstellt); zu gesenkten Bestimmtheitsanforderungen spezifisch für „experimentelle[...] Rechtsverordnungen“ *J. F. Lindner*, Experimentelle Rechtsetzung durch Rechtsverordnung, DÖV 2007, 1003 (1007); für im Wesentlichen entsprechende Erläuterungen bezüglich Experimentiergesetzen: *Horn* (Fn. 10), S. 321 f.

58 *W. Hoffmann-Riem*, Innovationsoffenheit und Innovationsverantwortung durch Recht, AöR 131 (2006), 255 (255).

59 *Fietze* (Fn. 10), S. 171.

60 *Fietze* (Fn. 10), S. 171.

I. Die Bedeutung von Innovation für den Klimaschutz

Speziell technischen Neuerungen wird eine herausgehobene Rolle im Umgang mit der Klimaschutzproblematik zugeschrieben.⁶¹ Beispielhaft sind Bemühungen um neue Formen der klimafreundlichen Energieversorgung zu nennen.⁶² Aber auch nicht-technische Innovation wird im Klimaschutzkontext für beachtlich gehalten; im Bereich der „sozialen Innovationen“ sieht man etwa Bedarf an zukunftsweisenden Vorschlägen für die Lebensgestaltung.⁶³

II. Innovation und Recht

Das Verhältnis von Innovation und Recht scheint ambivalent⁶⁴: Einerseits wird bereits die Struktur des Rechts als „formal innovationsfeindlich“ beschrieben, da es die potenziellen Wege in die Zukunft durch aktuell geltende Restriktionen verenge,⁶⁵ und auch generell ist es ein häufiges Monitum, dass Recht sich negativ auf Ideenreichtum, Tatendrang und Innovation auswirkt⁶⁶. Andererseits finden sich auch positivere Einschätzungen, die etwa darauf verweisen, dass Recht auch als Fundament und Schutz von Inno-

61 Siehe etwa G. Kirchhof, Intertemporale Freiheitssicherung, 2022, S. 29; OECD, Promoting Technological Innovation to Address Climate Change, abrufbar unter: <https://www.oecd.org/env/cc/49076220.pdf>.

62 Siehe exemplarisch die staatliche Unterstützung von „Wasserstoff-Leitprojekte[n]“, die „eine grüne Wasserstoffwirtschaft weiter voran[...]treiben“ soll, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/wasserstoff-leitprojekte-1994594>.

63 M. Schwarz/M. Birke/E. Beerheide, Die Bedeutung sozialer Innovationen für eine nachhaltige Entwicklung, in: J. Howaldt/H. Jacobsen (Hrsg.), Soziale Innovation, 2010, S. 165 (169) unter Verweis auf ein Dokument des BMBF aus dem Jahr 2007. Siehe auch J.-P. Scheider, Klimaschutzorientierte Innovationssteuerung am Beispiel der Kraft-Wärme-Kopplung – Eine kritische Bestandsaufnahme, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, S. 264 (267 f.): „Erforderlich sind sowohl technologische als auch soziale Innovationen“.

64 Zur Ambivalenz im Innovationkontext aus anderer Perspektive: W. Kahl, Die Innovationsfunktion des Rechts, ZRph 2004, 1 (2).

65 S. Kirste, Innovatives Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsreform, in: G. Corsi/E. Esposito (Hrsg.), Reform und Innovation in einer unstabilen Gesellschaft, 2005, S. 107 (110 ff., Wortlautzitat auf S. 112).

66 A. Roßnagel, Innovation als Gegenstand der Rechtswissenschaft, in: H. Hof/U. Wengenroth (Hrsg.), Innovationsforschung, 2007, S. 9 (13); Hoffmann-Riem (Fn. 58), 258.

vation verstanden werden könne,⁶⁷ oder wonach Recht auch als potenzielle Antriebskraft für Neuerungen begriffen wird⁶⁸. Dabei kann man hinsichtlich der Förderung von „außerrechtliche[r]“⁶⁹ Innovation im Schrifttum die Grundidee erkennen, dass diese „Freiräume“⁷⁰ voraussetzt, in denen die Entwicklung stattfinden kann.⁷¹ Als konkrete Taktiken lassen sich dabei eine Dynamisierung ordnungsrechtlicher Vorgaben sowie die Nutzung von wirtschaftlichen Wettbewerbsformen identifizieren.⁷²

III. Experimentierklauseln als „Innovationstreiber“⁷³?

Vor diesem Hintergrund scheinen Experimentierklauseln zumindest theoretisch betrachtet in der Lage zu sein, Innovationen, insbesondere im Klimaschutzbereich, zu fördern.

Die Option, vom maßgeblichen Rechtskomplex abzuweichen, bietet nicht selten eine Stärkung der Anpassungsfähigkeit und Dynamik des Rechts durch beherrschbare Entfaltungsmöglichkeiten im dargestellten

67 Roßnagel (Fn. 66), S. 13; vgl. auch M. Eifert, Innovationsfördernde Regulierung, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, 2009, S. 11 (12).

68 Siehe I. Eisenberger, Innovation im Recht, 2016, S. 80 ff., die „Regelungstechniken untersucht, die das Recht explizit oder implizit einsetzt, um Innovation zu fördern“ (so wörtlich auf S. 80).

69 W. Hoffmann-Riem, in: B. Blättel-Mink/I. Schulz-Schaeffer/A. Windeler (Hrsg.), Handbuch Innovationsforschung, 2021, S. 597 (602). Hoffmann-Riem benutzt auch den Begriff der „rechtsexterne[n] [...] Innovation“ in Abgrenzung zur „rechtsinternen Innovation[...]“, die sich auf die Beschaffenheit des Rechts selbst bezieht (ebd. 598).

70 Roßnagel (Fn. 66), S. 13; A. Scherzberg, Innovationen und Recht: Zum Stand der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung, in: W. Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft, 2010, S. 273 (289); Schneider (Fn. 63), S. 271; Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Freiräume für Innovation, 2019, S. 15, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/handbuch-fuer-eallabore.pdf?__blob=publicationFile&v=14.

71 Roßnagel (Fn. 66), S. 13; Scherzberg (Fn. 70), S. 289; dies gilt freilich nicht uneingeschränkt, siehe Eifert (Fn. 67), S. 12 f.

72 Eifert (Fn. 67), S. 16.

73 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Recht flexibel, 2020, S. 5, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/recht-flexibel-arbeitshilfe-experimentierklauseln.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

Sinne, in deren Rahmen Exploration stattfinden kann.⁷⁴ Die Erprobungsmöglichkeit besteht dabei häufig sogar in zwei Richtungen: Einerseits kann der Staat Erkenntnisse für legislative Fortentwicklungen gewinnen; gleichzeitig ist es allerdings oft auch Wirtschaftsvertreter*innen möglich, ihre Neuerungen dem Praxistest auszusetzen.⁷⁵

Wenn bisher nicht genutzte Innovationen in der realen Welt erprobt werden, kann dies ferner den Nebeneffekt haben, dass ihre gesellschaftliche Akzeptanz gesteigert wird.⁷⁶ Dies könnte sich wiederum förderlich auf spätere breitflächige Nutzungen auswirken.

Experimentierklauseln sind zudem Ausdruck einer Rechtsordnung, die der Empirie zugewandt ist und die Effekte punktueller Adaptionen nicht schlichten Vermutungen überlassen will.⁷⁷ Sofern eine Auswertung gesammelter Erfahrungen erfolgt, kann dies eventuell ein Stochern im Nebel beim Umgang mit Innovation verhindern und möglicherweise dafür sorgen, dass tatsächlich sinnvolle Maßnahmen zügiger implementiert werden.⁷⁸ Dies erscheint bezogen auf Klimaschutzfragen nicht zuletzt deshalb zweckmäßig, weil man es bei der Bewältigung des Klimawandels mit einem Bereich der Politik zu tun hat, der, unter anderem aufgrund seiner Vielschichtigkeit, von gewissen Unwägbarkeiten geprägt ist.⁷⁹

Im politischen Aushandlungsprozess dürften Experimentierklauseln gegebenenfalls auch einen für alle Beteiligten akzeptablen Mittelweg in der

74 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 73), S. 3: „kontrollierte Freiräume zur Erprobung von Innovationen“.

75 Im Kontext mit der Experimentierklausel in § 2 Abs. 7 PBefG *M. Zeil/F. Prinz zur Lippe*, Der rechtliche Rahmen für innovative Mobilitätsangebote, *GewArch* 2018, 405 (408); siehe auch *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie* (Fn. 73), S. 5.

76 Vgl. *M. Nebel*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Innenausschuss des Sächsischen Landtags zum Bericht über die Evaluierung des E-Government-Gesetzes (SLT-Drs. 6/9859), 2017, S. 11 bezüglich E-Government-Werkzeugen, abrufbar unter: <https://www.uni-kassel.de/fb07/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=3910&token=c27c13a0ab533df253c14a62d84751474114b1d1>. Siehe zur Rolle von „Testmöglichkeiten“ im Kontext mit der Akzeptanz von Technik *M. Schäfer/D. Keppler*, Modelle der technikorientierten Akzeptanzforschung, Zentrum für Technik und Gesellschaft der Technischen Universität Berlin, discussion paper Nr. 34, 2013, S. 43, abrufbar unter: <https://depositonce.tu-berlin.de/handle/11303/4758>.

77 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 73), S. 5: „Baustein eines [...] evidenzbasierten Rechtsrahmens“.

78 Siehe *von Hesler* (Fn. 22), S. 107: „Mit ihnen können [...] Regelungen aufgrund der gesammelten Erfahrungen zielgerichtet normiert werden“.

79 Zur letztgenannten Problematik *von Hesler* (Fn. 22), S. 69.

Entscheidungsfindung darstellen.⁸⁰ So wird im Schrifttum dargestellt, dass sie häufig dann aufgenommen werden, wenn Parlamentsfraktionen sich uneinig über die voraussichtlichen Konsequenzen eines zur Debatte stehenden neuen Gesetzesinhalts sind.⁸¹ Dies könnte dazu beitragen, Innovationen, deren Entwicklung im Rahmen des Recht sonst keine spezielle Berücksichtigung erfahren würde, wenigstens partiell Förderung zukommen zu lassen. Beim Thema Klimaschutz hat diese politische Dimension der Experimentierklauseln unter Umständen eine besondere Bedeutung, da bei der konkreten Auswahl der klimaschützenden Maßnahmen oft Streit besteht.⁸²

Dass Gesetzgebungsmethoden wie Experimentierklauseln in der Praxis allerdings nicht zwingend die beschriebenen Effekte mit sich bringen, zeigen Erkenntnisse zu US-amerikanischen „Innovation Waivers“: Bei diesen handelt es sich um Vorschriften, die eine im Zeitraum begrenzte Befreiung von rechtlichen Normen ermöglichen.⁸³ Dies ähnelt jedenfalls in gewisser Weise den dargestellten Experimentierklauseln.⁸⁴ In einem Anwendungsfall traf die *Environmental Protection Agency* mit Wirtschaftsakteur*innen Übereinkünfte, die zum Zwecke des Tests von emissionsenkender Technik in der Realität eine vorübergehende Entbindung letzterer von bestimmten Vorgaben enthielten.⁸⁵ Untersuchungen, welche diese Herangehensweise empirisch geprüft haben, kamen jedoch zu dem Ergebnis, dass das Vorgehen im konkreten Fall nicht innovationsanregend wirkte.⁸⁶ Als Erklärungsansatz wurde im Nachhinein auf die mangelnde Rechtssicherheit für die beteiligten Vertreter*innen der Privatwirtschaft verwiesen, was auf unklare

80 Seckelmann (Fn. 15), S. 187 u. 221; J. F. Lindner, Verwaltungsrecht und Politik, in: W. Kahl/U. Mager (Hrsg.), Verwaltungsrechtswissenschaft und Verwaltungsrechtspraxis, 2019, S. 285 (293).

81 Seckelmann (Fn. 15), S. 221.

82 Vgl. P. Krohn, Müssen wir verzichten oder rettet uns die Technik?, FAZ.net, 1.11.2021, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/klima-nachhaltigkeit/klimaschutz-muessen-wir-verzichten-oder-rettet-uns-die-technik-17574918.html>.

83 W. Hoffmann-Riem, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 426.

84 Zur Vergleichbarkeit siehe auch S. Volz, KI Sandboxen für die Schweiz?, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht 2022, 51 (59), wobei die dort genannten Innovation Waiver der hier besprochenen Konstellation anscheinend nicht vollumfänglich entsprechen.

85 Hoffmann-Riem (Fn. 83), S. 426.

86 Hoffmann-Riem (Fn. 83), S. 426.

Begriffe in den Erlangungsvoraussetzungen zurückzuführen sei.⁸⁷ Weiterhin hätten etwa auch starre Ausnahmezeiträume namentlich solche privaten Akteur*innen verprellt, die sogenannte radikale⁸⁸ innovative Techniken erproben wollten; denn mit der erneuten Einschlägigkeit der normalen Emissionsvorgaben hätten Sanktionierungsgefahren bestanden.⁸⁹

Dieses Beispiel gibt Hinweise, in welchem Spannungsfeld sich eine Experimentierklausel zur Innovationsförderung, die auf die Einbindung privater Akteur*innen setzt, bewegt: Im Grundsatz bedarf es einer hinreichenden Weite sowohl hinsichtlich des Anwendungsbereichs als auch hinsichtlich der zur Disposition gestellten Vorschriften, damit insbesondere auch schlagartige innovationsbezogene Abläufe hinreichend erfasst sind und den erforderlichen Spielraum bekommen.⁹⁰ Gleichzeitig muss die Rechtssicherheit für die Beteiligten gewahrt sein.⁹¹ Hinsichtlich der regelmäßig enthaltenen Befristung gilt es einen Ausgleich zu finden zwischen dem Erfordernis, Experimentierzeiträume überschaubar zu halten und dem Interesse der Versuchsteilnehmer*innen, ihre Innovationsleistung auch für sie nutzbringend am Markt zu etablieren.⁹² Instrumente, um letzteren Konflikt aufzulösen, stellen etwa die gesetzliche Verankerung eines beweglichen, nur in Ober- und Untergrenze abgesteckten Zeitrahmens sowie die Implementierung von Verlängerungsoptionen dar.⁹³

87 S. Rutkowski, Innovationsförderung im Telekommunikationsrecht zwischen Netzzugang und Regulierungsfreistellung, 2009, S. 130; zitiert bei Hoffmann-Riem (Fn. 83), S. 426.

88 Eine Innovation ist eine „[r]adikale Innovation[...]“, wenn sie „auf veränderten Grundannahmen basier[t] und somit einen vorher unbekannten Entwicklungskorridor öffne[t]“, Fietze (Fn. 10), S. 171. Ihr Gegenstück ist die „inkrementelle Innovation[...]“, bei der Bestehendes fortentwickelt wird, ebd.

89 Rutkowski (Fn. 87), S. 131, zitiert bei Hoffmann-Riem (Fn. 83), S. 427.

90 Fietze (Fn. 10), S. 179.

91 Fietze (Fn. 10), S. 179; S. Schäfer-Stradowsky/M. Kalis, Innovationsgrad des Energiewenderechts, EnWZ 2019, 104 (109).

92 Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 73), S. 18 sowie im PBefG-Kontext Regling/Stein/Werner/Karl (Fn. 5), S. 208; vgl. auch Fietze (Fn. 10), S. 179 f. sowie Schäfer-Stradowsky/Kalis (Fn. 91), 109 („Investitionssicherheit über zumutbare Zeiträume“).

93 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (Fn. 73), S. 19.

D. Praxisbeispiel: § 2 Abs. 7 Personenbeförderungsgesetz

In einem letzten Schritt sollen nun die zuvor abstrakt erläuterten Vorbedingungen einer im Hinblick auf die Innovationsförderung hilfreichen Experimentierklausel anhand von § 2 Abs. 7 PBefG veranschaulicht werden. Dieser Regelung zufolge ist es „[z]ur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel“ möglich, „auf Antrag im Einzelfall Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes oder von auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften für die Dauer von höchstens fünf Jahren [zu] genehmigen, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen“. Unter Anwendung von § 2 Abs. 7 PBefG konnten in der Vergangenheit Verkehrsvorhaben aus dem Pooling-Bereich (wie z.B. MOIA) realisiert werden, die – nach damaliger Rechtslage – wegen des im Personenbeförderungsgesetz enthaltenen „Typenzwang[s]“ bezüglich in Betracht kommender „Verkehrstypen“ nicht mit einer ganz normalen Genehmigung möglich gewesen wären.⁹⁴ Bei solchen Pooling-Konzepten wird darauf hingewiesen, dass durch die Beförderung in Gruppen bezogen auf den Personenkilometer die schädlichen Ausstöße abnehmen und auch die allgemeine Verkehrsmenge nachlässt.⁹⁵ Insofern hat § 2 Abs. 7 PBefG gewisse positive Effekte gehabt. Insgesamt wird die Experimentierklausel im Hinblick auf ihre Wirkkraft bezüglich Innovation jedoch kritisch gesehen. Zunächst sieht man Probleme bei den verwendeten Begrifflichkeiten. Es sei schwer festzumachen, was unter Termini wie „öffentliche Verkehrsinteressen“ falle,⁹⁶ das führe zu (Rechts-)Unklarheit.⁹⁷ Insbesondere bei letzterem Begriff sei das Risiko gegeben, dass gegenläufige Belange überbetont würden.⁹⁸ Auch das beträchtliche Ermessen hinsichtlich der Regelungen, von denen abgewichen werden kann, sei problematisch, da es dazu führe, dass die Restriktionen für

94 M. Ruttloff/R. Schulga, Digitalisierung im Verkehrssektor – Regulierungsbedarf im PBefG und im StVG, RAW 2021, 85 (86 f.). Zur Änderung der Rechtslage im Jahr 2021 siehe ebd. S. 87 f. Zum Verhältnis von § 2 Abs. 7 PBefG zu § 2 Abs. 6 PBefG siehe Zeil/Prinz zur Lippe (Fn. 75), 408.

95 Zeil/Prinz zur Lippe (Fn. 75), 405.

96 Dazu Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling (Fn. 16), S. 98 f.

97 Nexus Institut – Begleitforschung Nachhaltige Mobilität (BeNaMo), Experimentierräume & Experimentierklauseln, abrufbar unter: <https://www.zukunft-nachhaltige-mobilitaet.de/experimentierklauseln-und-ihre-nutzung/>, bezogen auf die Formulierung „öffentliche Verkehrsinteressen“; allgemein C. A. Mayer/L. Seiler, Novellierung des PBefG und Regulierung von digitalen Mobilitätskonzepten im öffentlichen Raum, ZdiW 2021, 194 (196): „keine rechtssichere Genehmigungspraxis“.

98 Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling (Fn. 16), S. 99.

die Versuchsteilnehmer*innen je nach Einzelfall sehr stark auseinandergehen könnten.⁹⁹ Weiterhin wurde die (wohl nicht erneuerbare)¹⁰⁰ Testfrist bemängelt.¹⁰¹ Hier wurde darauf hingewiesen, dass es zu Fällen kommen könne, in denen die Erprobung in der angegebenen Zeit keine hinreichenden Ergebnisse, etwa hinsichtlich der Annahme des Angebots, ergibt.¹⁰² Zudem sei es für die Teilnehmer*innen der Erprobung normalerweise nicht möglich, einen profitablen Betrieb zu erreichen.¹⁰³ Insgesamt müsse die Höchstdauer des Versuchs angehoben werden, aber auch die Perspektive einer speziellen „Anschlussgenehmigung“ geschaffen werden, da sonst Projekte unabhängig von ihren Ergebnissen potenziell einfach auslaufen würden.¹⁰⁴ Diese Punkte zeigen, dass die Experimentierklausel durchaus Verbesserungspotenzial hat, wobei die Beanstandungen sich im Wesentlichen in die obige Diskussion um die generellen Innovationsförderungsbedingungen von Experimentierklauseln einordnen lassen. Jedenfalls ein gewisses Anpassungsbedürfnis hat dann auch der Gesetzgeber erkannt, als er die Experimentierfrist zumindest um ein Jahr verlängert hat.¹⁰⁵ Im Bereich der Nutzung der Experimentierklausel für klimaschützende Innovationen kann man zudem die Frage stellen, ob schon vom 2021 neu ins Personenbeförderungsgesetz eingefügten § 1a, nach dem „[b]ei Anwendung dieses Gesetzes [...] die Ziele des Klimaschutzes und der Nachhaltigkeit zu berücksichtigen [sind]“,¹⁰⁶ positive Impulse ausgehen können. Hier wird bereits vertreten, dass dieser etwa Bedeutung bei der behördlichen Ermessensausübung habe,¹⁰⁷ was auch für § 2 Abs. 7 PBefG relevant wäre.

99 Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling (Fn. 16), S. 99.

100 Ruttloff/Schulga (Fn. 94), 87 m.w.N.

101 Regling/Stein/Werner/Karl (Fn. 5), S. 208; M. Rodi, Stärkung des ÖPNV durch verbesserte Planungs- und Finanzierungsstrukturen, in: M. Knauff (Hrsg.), ÖPNV als Bestandteil und Gegenstand der Verkehrswende, 2021, S. 129 (136). Die Kritik bezog sich auf die 4-Jahres-Frist nach alter Rechtslage, mittlerweile beträgt die Frist fünf Jahre, dazu B. Linke, Neue Verkehrsformen im Personenbeförderungsrecht, NVwZ 2021, 1001 (1002).

102 Regling/Stein/Werner/Karl (Fn. 5), S. 208; siehe auch Ruttloff/Schulga (Fn. 94), 87.

103 Regling/Stein/Werner/Karl (Fn. 5), S. 208.

104 Regling/Stein/Werner/Karl (Fn. 5), S. 208, die sich für eine Höchstdauer von acht Jahren aussprechen; zu letzterem Problem auch Ruttloff/Schulga (Fn. 94), 87.

105 Linke (Fn. 101), 1002.

106 Zu § 1a PBefG kurz Linke (Fn. 101), 1002.

107 O. Wittig, in: A. Saxinger/M. Winnes (Hrsg.), Recht des öffentlichen Personenverkehrs, 21. Lfg. Februar 2022, § 1a PBefG Rn. 17.

E. Fazit

Die Ausführungen haben gezeigt, dass Experimentierklauseln – wenngleich sie kein Allheilmittel sind – grundsätzlich in Betracht kommen, um klimaschutzbezogene Innovation zu fördern. Es bestehen bei ihrer Implementation einige Fallstricke, die es zu vermeiden gilt. Am Ende hat man es mit einer Optimierungsfrage¹⁰⁸ zu tun: Es gilt, die jeweilige Klausel unter der Wahrung aller (insbesondere verfassungs-)rechtlichen Vorgaben gleichzeitig in einem möglichst hohen Maße offen sowie rechtssicher zu halten und dabei auch den anvisierten Überprüfungsrahmen bedarfsgerecht auszugestalten. Wenn das gelingt, können Experimentierklauseln ein Element sein, um die für den Klimaschutz erforderlichen Neuerungen rechtlich zu umrahmen und ihre Fortentwicklung unterstützend zu begleiten.

108 Vgl. *Schmitz/Mayer/Neubert/Reiling* (Fn. 16), S. 95: „besondere Herausforderung besteht [...] darin, alle Güter und Interessen in hinreichendem Maße sicher und flexibel abzubilden und die unterschiedlichen Risikopotenzen zu berücksichtigen“ (dort bezüglich einer „Generalexperimentierklausel“, siehe ebd. S. 94); zur „Optimalität“ als „Zielwert“ siehe *Hoffmann-Riem* (Fn. 83), S. 370 f. (Wortlautzitate auf S. 370).

Wieviel Wettbewerb ist möglich, wieviel Staat ist nötig? – Bedeutung und Perspektiven staatlicher Planungstätigkeit im System einer klimaschutzorientierten Regulierung des Energie- und Verkehrssektors

Sven Kühn

Inhaltsübersicht

A. Hintergrund	127
B. Begrifflichkeiten	130
I. Regulierung	130
II. Planung	131
C. Der (vermeintliche) Gegensatz zwischen Planung und Regulierung	132
D. Verknüpfungen zwischen Planung und Regulierung de lege lata	134
I. Energiesektor	134
1. Netzentwicklungsplanung Strom-Übertragungsnetz (§§ 12a ff. EnWG)	134
2. Netzausbauplanung Verteilnetz (§ 14d EnWG)	136
3. Flächenentwicklungsplanung Wasserstoff (§ 28q EnWG)	138
4. Flächenentwicklungsplanung Offshore Windenergie (WindSeeG)	139
II. Verkehrssektor	141
1. Aufbau einer Ladesäuleninfrastruktur (SchnellLG)	141
2. Nahverkehrsplanung (§ 8 ff. PBefG)	142
III. Gemeinsamkeiten und Unterschiede	143
E. Ausblick: Notwendigkeit einer integrierten Infrastruktur-Entwicklungsplanung	144

A. Hintergrund

Der menschengemachte Klimawandel stellt die drängendste Herausforderung unserer Zeit dar. Die weltweit steigende Durchschnittstemperatur führt bereits heute zu beispiellosen Veränderungen im gesamten Klimasystem. Gelingt es der Globalgesellschaft nicht, diesen Trend spürbar und dauerhaft umzukehren, werden Wetter- und Klimaextreme immer häufiger

und intensiver auftreten.¹ Insbesondere der Energie- und der Verkehrssektor sind wegen der dort emittierten Mengen an CO₂ zentral für die Reduktionspfade, zu deren Erreichung sich die Bundesrepublik Deutschland (völker-)rechtlich verpflichtet hat.² So machten im Jahre 2020 die Energiewirtschaft (30 %) und der Verkehrssektor (20 %) gemeinsam die Hälfte der Treibhausgasemissionen Deutschlands aus, wobei CO₂ mit 87 % der allergrößte Anteil an diesen Emissionen zukommt.³ Aus der klimapolitischen Bedeutung beider Sektoren erklärt sich, dass die Reduktionspfade aus dem KSG⁴ für die Energie- und Verkehrswirtschaft besonders ambitioniert sind (vgl. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 3 KSG i.V.m. Anlage 2).

Der Weg zu einer CO₂-freien Energieversorgung und zu einem emissionsfreien Verkehr erfordert jeweils weitreichende Veränderungen der sektorspezifischen Infrastruktur. Diese Transformation versucht der Gesetzgeber – bisher – vor allem mithilfe des wettbewerbsbezogenen Regulierungsrechts zu steuern.⁵ Klimaschutz stellt insofern ein besonderes Gemeinwohlziel dar, welches in den allgemeinen Regulierungsrahmen integriert werden muss.⁶ Zunehmend wird jedoch gefordert, dass das Gelingen der Energie-

- 1 Vgl. zum Ganzen jüngst und eindrücklich den Beitrag der Arbeitsgruppe I zum sechsten Sachstandsbericht des Zwischenstaatlichen Ausschusses für Klimaänderungen (IPCC) unter dem Titel „Klimawandel 2021. Naturwissenschaftliche Grundlagen. Zusammenfassungen für die politische Entscheidungsfindung“, dort insb. Thesen A1 (S. 3), A2 (S. 7) und B2 (S. 15).
- 2 So auch G. Hermes, Klimaschutz durch neue Planungsinstrumente im föderalen System, EuRUP 2021, 162 (167); Zum Regelungskonzept des Klimaschutzrechts im Mehrebenensystem: C. Franzius, Ziele des Klimaschutzrechts, ZUR 2021, 131; Speziell zum Klimaschutzgesetz des Bundes: M. Wickel, Das Bundes-Klimaschutzgesetz und seine rechtlichen Auswirkungen, ZUR 2021, 332.
- 3 Diese Zahlen stammen aus der Vorjahresschätzung der deutschen Treibhausgasemissionen für das Jahr 2020 des Umweltbundesamtes, zitiert nach: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, Klimaschutz in Zahlen. Fakten, Trends und Impulse deutscher Klimapolitik, Ausgabe 2021, S. 26.
- 4 Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Bundes-Klimaschutzgesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905).
- 5 Zur Entwicklung des Regulierungsrechts „aus“ den Netzwirtschaften: M. Ruffert, § 7 Begriff, in: M. Fehling/ders. (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, Rn. 46 ff. Heute findet sich ein solcher „rein wettbewerblicher“ Steuerungsansatz beispielsweise noch im Bereich der Trassenvergabe und der darauf aufbauenden Fahrplanerstellung im Schienenpersonenfernverkehr. Vgl. A. Grün, in: J. Kühling/H. Otte (Hrsg.), Allgemeines Eisenbahngesetz / Eisenbahnregulierungsgesetz. Kommentar, 2020, § 51 ERegG Rn. 4.
- 6 Für den Energiesektor: M. Fehling, Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende, Die Verwaltung 47 (2014), 313 (314, 333 ff.); s. auch M. Burgi, Die Energiewende und das Recht, JZ 2013, 745 (752 f.); Für den Verkehrssektor: G. Hermes, Ge-

und der Verkehrswende nicht alleine den Marktkräften überlassen werden sollte. Erforderlich sei eine stärkere staatliche Steuerung mithilfe planungsrechtlicher bzw. planungsähnlicher Instrumente.⁷ In der Rechtswissenschaft werden Regulierung und Planung klassischerweise als Gegensätze verstanden.⁸ Es scheint, dass die Vehemenz, mit der die Argumente teils ausgetauscht werden,⁹ nicht zuletzt daraus folgt, dass das Ringen um eine gelingende Energie- und Verkehrswende auch grundlegende Fragen nach der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung, nach dem „richtigen“ Maß zwischen Markt- und Planwirtschaft, aufwirft.¹⁰

Nachdem kurz das Begriffsverständnis beider Steuerungskonzepte transparent gemacht wird (B.), soll die klassische Sichtweise auf Regulierung und Planung als zwei Gegensätze kritisch hinterfragt werden (C). In einer – notwendigerweise schlaglichtartigen – Betrachtung wird gezeigt, dass der Gesetzgeber bereits heute hybride Instrumente nutzt, die planungs- und regulatorische Gehalte aufweisen, um die klimaschutzorientierte Transformation der Energie- und Verkehrsinfrastruktur voranzutreiben. Dabei sol-

währleistung umweltverträglicher Mobilität für alle. Was folgt aus der staatlichen Infrastrukturverantwortung für die Verkehrswende?, Die Verwaltung 53 (2020), 311 (321 ff.). Speziell zum Netzausbau als Gegenstand des Regulierungsrechts finden sich in der Literatur bisher nur wenige Abhandlungen. Vgl. aber: K.-F. Gärditz, § 11 Infrastruktursicherung, in: G. Kirchhof/S. Magen/S. Korte (Hrsg.), Öffentliches Wettbewerbsrecht, 2014, S. 363; A. Glaser, Das Netzausbauziel als Herausforderung für das Regulierungsrecht, DVBl 2012, 1283; s. auch J.-P. Schneider, Infrastrukturausbau als Aufgabe des Regulierungsrechts, in: M. Fehling/K.-W. Grewlich (Hrsg.), Struktur und Wandel des Verwaltungsrechts, Symposium zum 80. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Bullinger, 2011, S. 69; Die Weiterentwicklung des Regulierungsrechts unter dem Gesichtspunkt der Infrastrukturgewährleistung wird angedeutet bei: M. Möstl, Rechtsfragen der Kraftwerksregulierung, EnWZ 2015, 243.

7 Besonders deutlich: *Hermes* (Fn. 2), 162 f., 167 ff.; Allgemeiner, von einer „Renaissance der Planung“ im Energie- und Klimabereich sprechend: S. Schlacke, § 20 Planende Verwaltung, in: W. Kahl/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2022, Rn. 1.

8 Dazu noch näher unter: C.

9 Exemplarisch: M. Kment, Vorbote der Energiewende in der Bundesrepublik Deutschland: das Netzausbaubeschleunigungsgesetz, RdE 2011, 341 (344), der den Energiesektor durch die Einführung der §§ 12a ff. EnWG „schleichend, aber stetig einem planwirtschaftlichen System“ zuneigend sieht.

10 Vgl. H.-J. Cremer, § 5 Regulierung und Freiheit, in: M. Fehling/ders. (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, Rn. 3 f., Rn. 91 ff.; s. auch J. Franke, Die Finanzierung des Netzausbaus zwischen Markt und Staat, 2020, S. 28 ff.; relativierend C. Franzius, Infrastrukturen zwischen Regulierung und Planung. Herausforderungen des Energie-Infrastrukturrechts, EnWZ 2022, 302 (307), der (richtigerweise) davor warnt, die Unterscheidung zwischen Markt und Staat im Infrastrukturrecht zu „überhöhen“.

len auch Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Verknüpfung aufgezeigt werden (D.). Diese Erkenntnis mündet in einen kurzen Ausblick: Künftig werden Bestrebungen hin zu einer integrierten, ganzheitlichen Infrastruktur-Entwicklungsplanung immer stärker an Bedeutung gewinnen, damit die Energie- und Verkehrswende nachhaltig erfolgreich sein können (E.).

B. Begrifflichkeiten

I. Regulierung

Das Energie- und das Verkehrsnetz haben den Charakter natürlicher Monopole. Wettbewerb kann in diesen Sektoren daher nicht ohne Weiteres entstehen.¹¹ Zugleich sind eine ausreichende Energieversorgung und ein flächendeckendes Verkehrsangebot, noch dazu jeweils in umweltverträglicher Weise, für die Daseinsvorsorge essenziell. Diese beiden Annahmen liegen dem Konzept eines gewährleistungsstaatlichen Regulierungsrechts zugrunde: Der Staat erfüllt die Energie- und Verkehrsversorgung demnach im Regelfall nicht selbst, sondern gewährleistet bloß, dass die jeweiligen Leistungen im Wettbewerb erbracht werden. Wettbewerb zu schaffen und aufrechtzuerhalten, ist dabei nicht – wie im Kartellrecht – (End-)Ziel staatlicher Regulierung, sondern wird als Instrument angesehen, mit dem Gemeinwohlziele erreicht werden können. So verstanden, zielt staatliche Regulierungstätigkeit auf die Schaffung eines normativen Rahmens, innerhalb dessen sich gemeinwohlpflichtiger Wettbewerb entfalten kann.¹² Klassische

11 Gleiches gilt für den Telekommunikationsmarkt, der hier jedoch aufgrund seiner geringeren Relevanz für den Klimaschutz ausgeklammert wird. Der Sache nach stellen sich aber auch dort spannende Fragen zum Verhältnis planungs- und regulierungsrechtlicher Elemente, wenn beispielsweise durch das jüngst novellierte TKG für den Netzausbau eine „Informationsstelle des Bundes“ errichtet wird, die zu Planungszwecken ein Datenportal erstellen soll (vgl. §§ 78 ff. TKG). Es bleibt abzuwarten, wie sich solche (ordnungs- bzw. lenkungs-)planerischen Instrumente in das traditionell stark wettbewerbsorientierte Telekommunikations(regulierungs)recht einfügen.

12 Zu diesem Regulierungsverständnis: M. Fehling, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat Deutschland – Zu den Konturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: H. Hill (Hrsg.), Die Zukunft des Öffentlichen Sektors, 2006, S. 91 (insb. S. 92 ff.); O. Lepsius, Regulierung in sozialpolitischer Perspektive, in: M. Schmidt-Preuß/T. Körber (Hrsg.), Regulierung und Gemeinwohl, 2016, S. 102 (102 ff.); stärker den Wettbewerbsbezug betonend: M. Burgi, Regulierung: Inhalt und Grenzen eines Handlungskonzepts der Verwaltung, in: P.F. Bultmann u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht. Institute, Kontexte, System, Festschrift für Ullrich

Regulierungsinstrumente sind Mitbenutzungsrechte an fremder Infrastruktur und – für den hiesigen Kontext besonders relevant – wettbewerbliche Ausschreibungsverfahren.¹³

II. Planung

Gemeinhin wird unter (staatlicher) Planung das „vorausschauende Setzen von Zielen und gedankliche Vorwegnehmen der zu ihrer Verwirklichung erforderlichen Verhaltensweisen“ verstanden.¹⁴ Dieser Definitionsansatz bedarf für die hiesigen Zwecke der weiteren Erläuterung. Zwar existiert kein einheitlicher Rechtsbegriff der Planung.¹⁵ Dies steht einer Systematisierung der Erscheinungsformen und Typen von Plänen im Ausgangspunkt aber nicht entgegen.¹⁶ Legt man einen steuerungswissenschaftlichen Ansatz zugrunde¹⁷, erscheint es sinnvoll, eine Systematisierung, anhand der Wirkungen vorzunehmen, die mit staatlicher Planung intendiert sind: Demnach kann zwischen *Ordnungsplanung*, *materieller Verwirklichungsplanung* und *Lenkungsplanung* unterschieden werden.¹⁸ Freilich handelt es sich hierbei um keine trennscharfe Unterscheidung, sondern nur um idealtypische Kategorien.

Ziel der *Ordnungsplanung* ist es, die zukunftsfähige Nutzung des (Gesamt-)Raumes zu gewährleisten. Es handelt sich um raumbezogene Planung, die insbesondere durch Raumordnungspläne des Bundes und der

Battis zum 70. Geburtstag, 2014, S. 329 (passim); im Ausgangspunkt deutlich weiter der Regulierungsbegriff bei: M. Eifert, § 19 Regulierungsstrategien, in: A. Voßkuhle/ders./C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Auflage, 2022, Rn. 5.

13 Vgl. M. Fehling, § 20 Instrumente und Verfahren, in: ders./Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, Rn. 27 ff.

14 R. Zippelius/ T. Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 33. Auflage, 2018, S. 513.

15 Statt aller: W. Köck, § 36 Pläne und andere Formen des prospektiven Verwaltungshandelns, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Auflage, 2022, Rn. 19.

16 Vgl. die Typologie der Planungsarten bei: W. Hoppe, § 77 Planung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 3. Auflage, 2006, Rn. 8 ff.

17 Grundlegend: A. Voßkuhle, § 1 Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: ders./M. Eifert/C. Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Auflage, 2022, Rn. 16 ff. und passim.

18 Hierzu und zum Folgenden: Köck, (Fn. 15) Rn. 48 ff.; zurückgehend auf: M. Oldiges, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, Bad Homburg u.a. 1970, S. 44.

Länder sowie durch Bauleitpläne auf kommunaler Ebene realisiert wird. Die *materielle Verwirklichungsplanung* ist ebenfalls raumbedeutsam, erschöpft sich darin aber – anders als die Ordnungsplanung – nicht. Sie zielt mittels Planfeststellungen und Genehmigungen auf die vorhabenbezogene Durchsetzung vorangegangener (Ordnungs-)Planungen. Die *Lenkungsplanung* kann zwar ebenfalls einen Raumbezug aufweisen, dieser ist aber – anders als bei den beiden vorangegangenen Planungsmodi – nicht zwingend. Mit der Lenkungsplanung soll die (gesellschaftliche) Entwicklung unmittelbar beeinflusst werden, wobei sie sich grundsätzlich auf alle Bereiche der Gesellschaft beziehen kann. Es handelt sich bei der Lenkungsplanung primär um eine Strategie, mit der – als solche empfundene – Fehlentwicklungen korrigiert werden sollen.¹⁹ In der Realität bringt die staatliche Planungstätigkeit – wie noch zu zeigen sein wird – vielfältige Mischformen hervor.

C. Der (vermeintliche) Gegensatz zwischen Planung und Regulierung

Verbreitet werden Planung und Regulierung u.a. wegen der vermeintlich unterschiedlichen Intensität staatlicher Steuerung als Gegensätze wahrgenommen.²⁰ Der dem Regulierungsrecht immanente Wettbewerbsbezug sei staatlicher Planungstätigkeit fremd, ja stünde dieser sogar entgegen.²¹ Ob staatliche Planung wirklich keinerlei Wettbewerbsbezug aufweist, kann indes bezweifelt werden. So zeichnet staatliche (Lenkungs-)Planung das künftige Marktgeschehen und die Akteursvielfalt oft auch in gewisser Weise vor.²² Man denke bloß an das künftige Marktdesign der Energiewende: Bei einem Modell weniger, zentraler Erzeugungsanlagen – wie beispielsweise Atomkraftwerken – könnten diese wohl primär von großen (Industrie-)Konzernen betrieben werden. Wird hingegen auf eine Vielzahl kleiner, dezentral verteilter Standorte gesetzt – wie beispielsweise bei der Onshore-Windenergie und Photovoltaikanlagen möglich –, ist der Marktzugang auch kleineren Betreibern möglich.

19 *Oldiges* (Fn. 18), S. 51, 58 ff.

20 Statt vieler: *J. Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, in: *Gemeinwohl durch Wettbewerb*, VVDStRL 69 (2009), S. 288 (327) m.w.N.; allgemeiner zum Spannungsfeld zwischen Wettbewerb und Regulierung: *J. Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 19 ff.

21 In diesem Sinne *K.-F. Gärditz*, Europäisches Planungsrecht, Tübingen 2009, S. 75.

22 Für den Energiesektor: *H. Weyer*, § 28 Elektrizitätsübertragungs- und Elektrizitätsverteilnetze, in: *M. Rodi* (Hrsg.), *Handbuch Klimaschutzrecht*, München 2022, Rn. 20 ff.

Steht der Vorwurf der Wettbewerbsfeindlichkeit staatlicher Planungstätigkeit im Raum, gilt es zudem zu berücksichtigen, dass wegen der Neigung des Energie- und Verkehrssektors zur Bildung natürlicher Monopole in diesen Sektoren ohnehin keine gänzlich freie Ressourcenallokation möglich ist. Eine solche kann durch staatliche Planung also auch nicht *per se* verhindert werden. Vielmehr handelt es sich in diesen Sektoren um einen „artificialen“ Wettbewerb, der gerade durch staatliches Tätigwerden – beispielsweise in Form von Planung – erst ermöglicht wird. So gesehen, kann staatliche Planung durchaus als Instrument eines Regulierungsrechts verstanden werden, das auf die Schaffung bzw. Aufrechterhaltung von gemeinwohlorientiertem Wettbewerb ausgerichtet ist.²³

Gerade in der planerischen Vorstrukturierung der künftigen Infrastrukturentwicklung liegt überdies eine besondere Chance: Fehlentwicklungen, wie namentlich die räumliche Ansiedlung von Winderzeugungsanlagen vorrangig im windträchtigen Norden Deutschlands mit einem daraus resultierenden enormen Transportbedarf in den industriell geprägten Süden der Bundesrepublik, könnten so verringert werden.²⁴ Zudem kann Wettbewerb in den Netzsektoren überhaupt nur dann entstehen und reguliert werden, wenn eine (ausbaufähige) Netzinfrastruktur vorhanden ist.²⁵ So verstanden, stellt staatliche Planung keine Alternative zu Regulierung, sondern sogar deren Voraussetzung dar.²⁶ Verdichtet sich staatliche Regulierungstätigkeit jedoch auf das Ziel der Infrastruktursicherung, besteht der begriffsprägende Wettbewerbsbezug ggf. nur noch (äußerst) mittelbar.²⁷

Die Diskussion um das Verhältnis von Planung und Regulierung konnte hier nur grob nachgezeichnet werden. Als These sei an dieser Stelle festgehalten, dass zwischen den beiden Steuerungskonzepten der Planung und Regulierung jedenfalls kein *unauflöslicher* Gegensatz besteht.

23 So insbesondere T. Schmitt, Die Bedarfsplanung von Infrastrukturen als Regulierungsinstrument, 2015, S. 102 ff., 116 f.

24 Vgl. G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung. Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungsnetzsysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, 1998, S. 406 f.

25 M. Möstl, in: G. Dürig/R. Herzog/R. Scholz (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Werkstand: 95. EL, Juli 2021, Art. 87f Rn. 85.

26 Ähnlich C. Franzius, Planungs- und Regulierungsrecht. Bedeutung dieser Interdependenz für eine geänderte Vorteilszuordnung bei der Windernte, ZUR 2018, 11 (12); vgl. zur „Vorleistungsfunktion“ von Infrastrukturen: Franke (Fn. 10), S. 30 f. m.w.N.

27 Gärditz (Fn. 6), Rn. 31 f.

D. Verknüpfungen zwischen Planung und Regulierung *de lege lata*

I. Energiesektor

Eine CO₂-freie Energieversorgung kann nur erreicht werden, wenn die Energieerzeugung vollständig auf regenerative Energieträger umgestellt wird. Dafür müssen alle Netzebenen transformiert werden:²⁸ Zunächst sind die Strom-Übertragungsnetze im Sinne einer Nord-Süd-West-Energieleitungsinfrastruktur massiv auszubauen, da sich die Erzeugungsstandorte im (windträchtigen) Norden der Republik, die industriellen Verbrauchszentren jedoch vorrangig im Süden und Westen der Republik befinden (1.). Künftig werden daneben vermehrt kleinere, dezentral verteilte Anlagen (insbesondere Windkraft und Photovoltaik) grünen Strom produzieren. Der Netzanschluss dieser Anlagen erfolgt meist über das Verteilnetz, welches dafür umzubauen ist (2.).²⁹ Daneben tritt zunehmend Wasserstoff als regenerativer Energieträger und als potentielles Speichermedium in Erscheinung. Dessen „Markthochlauf“ macht ebenfalls Anpassungen der Netzstruktur erforderlich (3.).³⁰ Die Anlagen mit der höchsten zu installierenden Leistung sind schließlich Offshore-Windenergieanlagen, die nur in den deutschen Küstenregionen errichtet werden können (4.).

1. Netzentwicklungsplanung Strom-Übertragungsnetz (§§ 12a ff. EnWG)

Die Steuerung des *Übertragungsnetzausbaus* erfolgt gemäß §§ 12a ff. EnWG³¹ in einem mehrstufigen Verfahren, an dem die Übertragungsnetzbetreiber und die Bundesnetzagentur beteiligt sind (sog. Netzentwicklungs-

28 Zu dem durch die Energiewende ausgelösten Anpassungsbedarf für die Struktur des Energienetzes im Überblick: J.-C. Pielow u.a., § 23 Energierecht, in: D. Ehlers/M. Fehling/H. Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, Bd. I, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Auflage, 2020, Rn. 5 f.

29 Siehe hierzu auch die dena-Verteilnetzstudie. Ausbau und Innovationsbedarf der Stromverteilnetze in Deutschland bis 2030. Zusammenfassung, S. 6 f.

30 Vgl. die Nationale Wasserstoffstrategie der Bundesregierung, S. 13.

31 Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG) vom 07. Juli 2005, zuletzt geändert durch Art. 4, 5 des zweiten Gesetzes zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes und anderer Vorschriften vom 20.07.2022 (BGBl. I S. 1325).

planung).³² So soll die künftige Entwicklung des Übertragungsnetzes koordiniert und vorstrukturiert werden.³³ Auf einer ersten Stufe erstellen die Übertragungsnetzbetreiber alle zwei Jahre einen sog. gemeinsamen Szenariorahmen, der mit mindestens drei Entwicklungspfaden die Bandbreite der wahrscheinlichen Entwicklung der klima- und energiepolitischen Ziele der Bundesregierung mit einem Zeithorizont von mindestens zehn und höchstens fünfzehn Jahren abdeckt (§ 12a Abs. 1 S. 2 EnWG). Drei weitere Szenarien müssen den Zeitraum nach 2045 betrachten und diesbezüglich wahrscheinliche Entwicklungen darstellen (§ 12a Abs. 1 S. 3 EnWG). Nach der Genehmigung des Szenariorahmens durch die Bundesnetzagentur³⁴ stellt dieser die Grundlage dar, für die zweite Stufe der Netzentwicklungsplanung: Die vier Übertragungsnetzbetreiber arbeiten – wiederum gemeinsam – einen nationalen Netzentwicklungsplan aus, welcher alle wirksamen Maßnahmen zur bedarfsgerechten Optimierung, Verstärkung und zum Ausbau des Netzes enthalten muss, die für einen sicheren und zuverlässigen Netzbetrieb erforderlich sind (§ 12b Abs. 1 S. 2 EnWG). Der Netzentwicklungsplan ist sodann von der Bundesnetzagentur zu bestätigen (§ 12c Abs. 4 EnWG).³⁵

Bei der engen Einbindung der privaten Übertragungsnetzbetreiber in die Erstellung von Szenariorahmen und Netzentwicklungsplan sowie der gleichzeitig engen Aufsicht bzw. Verantwortung der Bundesnetzagentur über den Prozess der Netzentwicklungsplanung handelt es sich um eine Form regulierter Selbstregulierung.³⁶ Diese zielt darauf, das (Fach-)Wissen der Übertragungsnetzbetreiber fruchtbar zu machen und so Unsicherheiten bei der Prognose künftiger Entwicklungen im Netz und des Strombe-

32 Im Überblick: G. Hermes, § 8 Planung von Erzeugungsanlagen und Transportnetzen, in: J.-P. Schneider/C. Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft. Praxishandbuch, 5. Auflage, 2021, Rn. 64 ff.

33 Vgl. H. Posser, in: M. Kment (Hrsg.): Energiewirtschaftsgesetz. Kommentar, 2. Auflage, 2018, § 12a Rn. 4.; differenzierend: Fehling (Fn. 6), S. 314, 333 ff., der in der regulatorischen Handhabung der Energiewende lediglich Akzentverschiebungen im charakteristischen Zielebündel erblickt.

34 Hierbei handelt es sich um eine Planungsentscheidung, vgl. Hermes (Fn. 32), Rn. 67.

35 Auch hierbei handelt es sich um eine Planungsentscheidung. Zum entsprechenden Streitstand: Hermes, (Fn. 32) Rn. 69 m.w.N.

36 Grundlegend W. Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261 (301 ff.).

darfs wirkungsvoll zu begegnen.³⁷ Weitere (planungs-)rechtliche Bedeutung kommt dem Netzentwicklungsplan insofern zu, als dieser die Grundlage für den Bundesbedarfsplan darstellt (§ 12e Abs. 1 EnWG). Mit dem Abschluss der Netzentwicklungsplanung verpflichten sich die Übertragungsnetzbetreiber zugleich zur Verwirklichung der jeweiligen, im bestätigten Netzentwicklungsplan enthaltenen, Leitungsvorhaben (vgl. §§ 12 Abs. 1, Abs. 3, 12c Abs. 8 EnWG).

Indem die Netzentwicklungsplanung regulatorische und planerische Gehalte vereint, kommt ihr ein hybrider Charakter, zugleich als Planungs- und Regulierungsinstrument, zu.³⁸ Während die planerischen Elemente die künftige Entwicklung des Übertragungsnetzes vorzeichnen und strukturieren, sorgen die regulatorischen Instrumente für eine gesteigerte Akzeptanz des Verfahrens bzw. die Mobilisierung von Fachwissen (regulierte Selbstregulierung) und für die notwendige Verbindlichkeit der Planung (Selbstverpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber aufgrund der Bestätigung des Netzentwicklungsplanes durch die Bundesnetzagentur). Teilweise wird in der Netzentwicklungsplanung bereits ein Vorbild für weitere hybride Steuerungsinstrumente gesehen, die planungs- und regulierungsrechtliche Wirkungen verbinden.³⁹

2. Netzausbauplanung Verteilnetz (§ 14d EnWG)

Neben dem Strom-Übertragungsnetz unterliegt auch das Verteilnetz einem weitreichenden Anpassungs- und Ausbaubedarf. Auf diese Notwendigkeit reagierte der Gesetzgeber jüngst mit dem neuen § 14d EnWG.⁴⁰ Danach sind die Verteilnetzbetreiber gegenüber der Bundesnetzagentur erstmals zum 30. April 2024 und danach in zweijährigem Rhythmus dazu verpflich-

37 Vgl. J.-P. Schneider, Planungs- und Genehmigungsverfahren zum Ausbau des Stromübertragungsnetzes, EnWZ 2013, 339 (341).

38 Grundlegend P. Franke, Beschleunigung der Planungs- und Zulassungsverfahren beim Ausbau der Übertragungsnetze, in: A. Klees/K. Gent (Hrsg.), Energie – Wirtschaft – Recht. Festschrift für Peter Salje zum 65. Geburtstag, 2013, S. 121 (126 ff.); S. auch Hermes (Fn. 32), Rn. 70; Franzius (Fn. 10), 306 f.

39 Namentlich: F. Bader, Die Interdependenz zwischen Planung und Regulierung für die Steuerung des Ausbaus der Offshore-Windenergieerzeugung – Am Beispiel des EEG-Ausschreibungsmodells –, 2021, S. 206.

40 Eingefügt mit Wirkung vom 29. Juli 2022 durch das Gesetz zur Änderung des Energiewirtschaftsrechts im Zusammenhang mit dem Klimaschutz-Sofortprogramm und zu Anpassungen im Recht der Endkundenbelieferung vom 19. Juli 2022 (BGBl. I S. 1214).

tet, einen Plan für ihr jeweiliges Elektrizitätsverteilnetz, den sog. Netzausbauplan, vorzulegen (§ 14d Abs. 1 S. 1 EnWG). Zum Zwecke der Erstellung des Netzausbauplans wird das Gebiet der Bundesrepublik in einzelne Planungsregionen eingeteilt, wobei sich die Betreiber von Verteilnetzen innerhalb einer Planungsregion zu den Grundlagen ihrer Netzausbauplanung miteinander abzustimmen haben (§ 14d Abs. 2 S. 1, 2 EnWG). Für jede Planungsregion ist ein sog. Regionalszenario zu erstellen, welches einen Entwicklungspfad beinhaltet, der die für das Jahr 2045 gesetzlich festgelegten sowie weitere klima- und energiepolitische Ziele der Bundesregierung als auch die wahrscheinlichen Entwicklungen für die nächsten fünf und zehn Jahre berücksichtigt (§ 14d Abs. 3 S. 2 EnWG). Die einzelnen Regionalszenarien bilden schließlich die Grundlage für den Netzausbauplan (§ 14d Abs. 3, 4 EnWG). Bei der Planung haben die Verteilnetzbetreiber die Übertragungsnetzbetreiber einzubinden (§ 14d Abs. 3 S. 1 EnWG).

Mit dem Instrument der Netzausbauplanung zielt der Gesetzgeber darauf, eine stärker vernetzte und vorausschauende (Verteil-)Netzplanung zu gewährleisten.⁴¹ Das Modell einer engen Einbindung der privaten Verteilnetzbetreiber in die Planung der künftigen Netzentwicklung unter Erstellung wahrscheinlicher Entwicklungspfade und die Stellung der Bundesnetzagentur in diesem Verfahren erinnern stark an die Netzentwicklungsplanung nach §§ 12a ff. EnWG. Wenngleich die Stellung der Bundesnetzagentur im Verfahren der Verteilnetzausplanung nicht so stark ausgestaltet ist wie im Rahmen der Netzentwicklungsplanung für das Übertragungsnetz,⁴² handelt es sich doch ebenfalls um einen Fall regulierter Selbstregulierung. Gepaart mit den deutlich sichtbaren planerischen Gehalten, die in der Aufstellung des Netzausbauplans liegen, erscheint auch die Einordnung der Netzausbauplanung nach § 14d EnWG als hybrides Instrument, gleichsam zwischen Planung und Regulierung, naheliegend. Indem die Netzausbauplanung im Bereich der Verteilnetze inhaltlich mit der Netzentwicklungsplanung im Bereich der Übertragungsnetze verknüpft werden soll (vgl. § 14d Abs. 3 S. 1, Abs. 6 EnWG),⁴³ wird zudem der Grundstein gelegt

41 Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/1599, S. 55.

42 Anders als nach §§ 12a Abs. 3, 12c EnWG ist der Netzausbauplan nach § 14d EnWG nicht von der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde zu genehmigen oder zu bestätigen. Gleichwohl ist die Bundesnetzagentur eng in den Erstellungsprozess eingebunden und kann in vielfältiger Weise auf diesen einwirken (vgl. § 14d Abs. 2 S. 3 f., Abs. 3 S. 4, Abs. 5 EnWG). Insbesondere kann die Bundesnetzagentur nach § 14d Abs. 1 S. 3 EnWG Anpassungen des Netzausbauplans verlangen.

43 Vgl. auch insofern die Gesetzesbegründung (Fn. 41), S. 55.

für eine übergreifende, integrierte Perspektive auf die künftige Infrastrukturentwicklung, die sich von der Betrachtung einzelner Netzebenen löst, diese vielmehr miteinander zu verknüpfen sucht. Es stellt sich jedoch die Frage, welche Verbindlichkeit der Netzausbauplanung im Bereich der Verteilnetze zukommen soll. Denkbar erscheint künftig – in Parallele zur Netzentwicklungsplanung im Bereich der Übertragungsnetze – eine (Selbst-)Verpflichtung der beteiligten Verteilnetzbetreiber zur Umsetzung des Netzausbauplans durch eine Bestätigung bzw. Genehmigung derselben durch die Bundesnetzagentur.

3. Flächenentwicklungsplanung Wasserstoff (§ 28q EnWG)

In instrumenteller Hinsicht ganz ähnlich wie im Bereich des klimaschutzorientierten Verteilnetzausbaus stellt sich die legislatorische Herangehensweise im Bereich des „Markthochlaufs“ von Wasserstoff als regenerativem Energieträger und potentielltem Speichermedium dar. Auch hier werden künftig Anpassungen der Infrastruktur erforderlich.⁴⁴ Der Gesetzgeber will diese Anpassungen wiederum mittels Planungsinstrumenten vorbereiten.⁴⁵ Nach § 28q Abs. 1 EnWG sind die Betreiber von Wasserstoffnetzen und die Betreiber von Fernleitungsnetzen verpflichtet, der Bundesnetzagentur in jedem geraden Kalenderjahr gemeinsam einen Bericht zum aktuellen Ausbaustand des Wasserstoffnetzes und zur Entwicklung einer zukünftigen Netzplanung Wasserstoff mit dem Zieljahr 2035 vorzulegen. Dieser Netzbericht umfasst nach § 28q Abs. 2 S. 1 EnWG mögliche Kriterien zur Berücksichtigung von Wasserstoff-Projekten sowie Anforderungen zur Ermittlung von Ausbaumaßnahmen und soll u.a. auch auf etwaige Wechselwirkungen und Schnittstellen mit dem Netzentwicklungsplan Strom der Übertragungsnetzbetreiber eingehen (§ 28q Abs. 2 S. 3 EnWG). Mit dem Netzbericht sollen die Implementierung eines verbindlichen „Netzentwicklungsplans Wasserstoff“ und mithin eine Wasserstoffnetzplanung vorbereitet werden (§ 28q Abs. 1 S. 1, Abs. 3 EnWG).

Wie im Bereich der Verteilnetzausbauplanung werden auch für den „Netzbericht Wasserstoff“ die privaten Netzbetreiber im Sinne regulierter Selbstregulierung in einen staatlicherseits, durch die Bundesnetzagentur beaufsichtigten Prozess eingebunden. Auch hierbei stehen die planerischen

44 Vgl. die Nationale Wasserstoffstrategie der Bundesregierung, S. 13.

45 Zum Folgenden im Überblick: J. Möller-Klapperich, Die Regulierung reiner Wasserstoffnetze nach der EnWG-Novelle, NJ 2021, 390 (392).

Gehalte im Vordergrund, da der künftige Netzausbau vorgezeichnet werden soll. Klarer als im Bereich der Verteilnetzausbauplanung lässt sich beantworten, welche rechtliche Verbindlichkeit dem Netzbericht Wasserstoff zukommt: Nach § 28q Abs. 3 EnWG dient der Netzbericht Wasserstoff zunächst nur der Information der Bundesnetzagentur, woraufhin diese Empfehlungen für die rechtliche Implementierung eines *verbindlichen* Netzentwicklungsplans Wasserstoff abgeben kann. Ein solcher *verbindlicher* Netzentwicklungsplan hätte dann voraussichtlich wieder starke Parallelen zu der Netzentwicklungsplanung im Bereich der Übertragungsnetze nach §§ 12a ff. EnWG.

4. Flächenentwicklungsplanung Offshore Windenergie (WindSeeG)

Während sich die bisher betrachteten Instrumente zur klimaschutzorientierten Anpassung der Energie-Infrastruktur vorrangig auf die Ebene des Energietransports bezogen, soll hier noch kurz auf ein Instrument an der Schnittstelle zur Ebene der Energieerzeugung eingegangen werden.

Anders als im Bereich des Energietransports besteht eine verdichtete staatliche Planung im Bereich der *Energieerzeugung* aktuell nur für den Bereich der Windenergie auf See (Offshore).⁴⁶ Hier wurde mit dem Flächenentwicklungsplan nach §§ 4 ff. WindSeeG⁴⁷ ein besonderes (Ordnungs-)Planungsinstrument geschaffen, das die räumliche Ansiedlung und Verteilung der Offshore-Windenergieanlagen in der ausschließlichen Wirtschaftszone Deutschlands steuern soll.

Gegenstand des Flächenentwicklungsplans können insbesondere fachplanerische Festlegungen für Gebiete, Flächen, die zeitliche Reihenfolge der

46 Diese grundsätzliche regulatorische Asymmetrie führt dazu, dass die Betreiber von Energieerzeugungsanlagen an Land in ihrer Standortauswahl vergleichsweise frei sind, während der Ausbau des Energietransportnetzes auf diese Standortentscheidungen reagieren muss. Hierin wird verbreitet ein Steuerungsdefizit gesehen, dass der Entwicklung eines integrierten Energiegesamtnetzes entgegensteht. Besonders deutlich die Kritik bei: *Hermes*, (Fn. 32) Rn. 13. *Hermes* verbindet mit dieser Kritik zugleich die Forderung, auch auf Ebene der Energieerzeugung eine Bedarfsplanung einzuführen, vgl. dazu: *ders.*, Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung – ein Reformvorschlag, ZUR 2014, 259. Im Anschluss: *Franzius* (Fn. 10), S. 305 f.

47 Gesetz zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See (Windenergie-auf-See-Gesetz – WindSeeG) vom 13. Oktober 2016, zuletzt geändert durch Art. 1 des zweiten Gesetzes zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes und anderer Vorschriften vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1325). Zu diesen jüngsten Änderungen: *S. Lutz-Bachmann/M. Liedtke*, Neue Ausschreibungen für Offshore-Windenergie. Frischer Wind für einen beschleunigten Ausbau?, EnWZ 2022, 313.

Ausschreibungen der Flächen, die Kalenderjahre der Inbetriebnahmen und die voraussichtlich zu installierende Leistung sein (§§ 4 Abs. 1 S. 2, 5 WindSeeG). Der Flächenentwicklungsplan wird vom Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie, unter Beteiligung der Übertragungsnetzbetreiber, erstellt (vgl. § 6 WindSeeG). In einem weiteren Schritt werden die im Flächenentwicklungsplan enthaltenen Gebiete und Flächen durch die Bundesnetzagentur einer Voruntersuchung auf deren abstrakte Eignung als Windenergiestandorte unterzogen (vgl. §§ 9 ff. WindSeeG). Hierin liegt zugleich eine partielle Vorverlagerung des – weiterhin für jede Windenergieanlage notwendigen – Planfeststellungsverfahrens (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 2 WindSeeG).

Durch das Zusammenwirken von Flächenentwicklungsplan und Voruntersuchung entsteht ein Planungsinstrument *sui generis*, das sowohl Elemente einer klassischen Ordnungsplanung mit Raumbezug als auch – durch die partielle Vorverlagerung des Genehmigungsverfahrens – Elemente einer materiellen Verwirklichungsplanung enthält. Eine Verknüpfung dieser Planungselemente mit einem klassischen Regulierungsinstrument wird im WindSeeG dadurch bewirkt, dass die Erzeugungskapazitäten bestimmter im Flächenentwicklungsplan enthaltener Flächen mittels eines marktwirtschaftlichen Ausschreibungsverfahrens vergeben werden (§§ 14 ff. WindSeeG).⁴⁸ Neben dem Anspruch auf die Marktpremie nach § 19 EEG-2021⁴⁹ (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 WindSeeG) folgt aus dem Zuschlag insbesondere das ausschließliche Recht zur Durchführung des Planfeststellungsverfahrens, wobei diesem die im Rahmen der Voruntersuchung vorverlagerten Teile des Genehmigungsverfahrens zugutekommen (vgl. § 24 Abs. 1 Nr. 1 WindSeeG).

Die planerischen Gehalte im Verfahren nach dem WindSeeG, die insbesondere in der raumbezogenen Festlegung von Standorten für Energieerzeugungsanlagen im Flächennutzungsplan liegen, führen zu einer Vorstrukturierung des künftigen Offshore-Windenergie-Erzeugungsnetzes in der ausschließlichen Wirtschaftszone Deutschlands. Zugleich wird so auch

48 Zum Regelungskonzept des WindSeeG zwischen Regulierungs- und Planungsrecht: W. Durner, ZUR 2022, 3 (5 ff.); s. auch: Y. Kerth, Die Offshore-Windenergie als Retterin der Energiewende?. Überblick zum Stand der Entwicklung des deutschen Regelungsrahmens für die Offshore-Windenergie, EuRUP 2022, 91.

49 Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG 2021) vom 21. Juli 2014, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land vom 20.7.2022 (BGBl. I S. 1353).

der Inhalt des nachgeschalteten Ausschreibungsverfahrens festgelegt, welches – als klassisches Regulierungsinstrument – den möglichst effizienten und wettbewerblichen Betrieb der Offshore-Windenergieanlagen sicherstellt.⁵⁰ Auch das WindSeeG schafft damit ein hybrides Instrument zum Zwecke der klimaschutzorientierten Infrastrukturtransformation, welches zugleich planerische und regulatorische Elemente beinhaltet.

II. Verkehrssektor

Im Verkehrssektor soll die erforderliche CO₂-Einsparung im Wesentlichen durch die Dekarbonisierung des Individualverkehrs (1.) und durch eine weitgehende Verlagerung desselben auf öffentliche Verkehrsmittel (2.) erreicht werden.

1. Aufbau einer Ladesäuleninfrastruktur (SchnellLG)

Der Individualverkehr soll primär dadurch dekarbonisiert werden, dass sich der Anteil der Elektromobilität am Verkehrsgeschehen erhöht.⁵¹ Im hiesigen Kontext interessiert dabei vor allem der erforderliche Aufbau einer Ladesäuleninfrastruktur für Elektrofahrzeuge.⁵² Der Gesetzgeber hat dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur die Verantwortung zugewiesen, die flächendeckende und bedarfsgerechte Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge zu gewährleisten (§ 3 Abs. 1 S. 1 SchnellLG⁵³). Zur Erfüllung dieser Gewährleistungsverantwortung setzt der Gesetzgeber auf ein klassisches Planungsinstrument, wenn ein flächendeckender Bedarfsplan für Schnellladestandorte

50 Zur „planerisch-dirigistischen Note“, die jedem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren mit seiner (semi-)hoheitlichen Bedarfsfestsetzung und Leistungsbeschreibung zwangsläufig anhaftet: *Fehling* (Fn. 6), S. 339.

51 Vgl. das Dossier „Elektromobilität“ auf der Website des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Dossier/elektromobilitaet.html> (zuletzt abgerufen am 29.11.2022).

52 Dazu demnächst umfassend: C. Schings, Der Aufbau öffentlicher Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge. Perspektiven staatlicher Steuerung für Klimaschutz und Mobilitätsgewährleistung, Dissertation, 2022 (Manuskript).

53 Gesetz über die Bereitstellung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge (Schnellladegesetz – SchnellLG) vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2141).

aufgestellt werden soll (§ 3 Abs. 2 SchnellLG).⁵⁴ Auf Grundlage der Bedarfsermittlung bestimmt das Bundesministerium (konkrete) Standorte und (konkretisierungsbedürftige) Suchräume für Schnelllade-Standorte, die sich entlang der Bundesfernstraßen an bewirtschafteten und unbewirtschafteten Rastanlagen (im ländlichen und im suburbanen Raum sowie innerorts) befinden sollen (vgl. § 3 Abs. 2 S. 2, 4 – 6 SchnellLG). Daneben sollen auch geeignete Flächen an Bundesautobahnen einbezogen werden (§ 5 Abs. 1 SchnellLG). Die in der Bedarfsplanung enthaltenen Standorte und Suchräume werden gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 SchnellLG in einem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren vergeben.

Damit tun sich Parallelen auf zum Verfahren nach dem WindSeeG: Auch dort wird zunächst staatlicherseits durch (ordnungs-)planerische Instrumente die raumbezogene Verteilung der Anlagen – dort Offshore-Windenergieanlagen, hier Ladesäulen – festgelegt, um in einem nachfolgenden Ausschreibungsverfahren in möglichst effizienter und marktkonformer Weise den Betrieb und die Errichtung der Anlagen sicherzustellen. Während das WindSeeG jedoch auch Elemente des erforderlichen Genehmigungsverfahrens für die einzelnen Anlagen vorverlagert, ist dies im SchnellLG nicht gleichermaßen der Fall.

2. Nahverkehrsplanung (§ 8 ff. PBefG)

Mit dem zuvor beschriebenen Regelungsmodell der Verzahnung von planerischer Vorstrukturierung und wettbewerblicher Vergabe weist das SchnellLG auch deutliche Parallelen zum Rechtsrahmen des Öffentlichen

54 Zum sektorübergreifenden Einsatz des Instruments der Bedarfsplanung: J. Senders/N. Wegner, Die Bedarfsplanung von Energienetzinfrastrukturen. Überblick und aktuelle Entwicklungen, EnWZ 2021, 243 (246 ff.).

Personennahverkehrs (ÖPNV) auf.⁵⁵ Nach § 8 Abs. 3 S. 2. PBefG⁵⁶ haben die Aufgabenträger, also im Wesentlichen Kommunen und Landkreise, die Anforderungen an Umfang und Qualität des Verkehrsangebotes, dessen Umweltqualität sowie die Vorgaben für die verkehrsmittelübergreifende Integration der Verkehrsleistungen in der Regel in einem Nahverkehrsplan zu definieren.⁵⁷ Die (gemeinwirtschaftlichen) Linien aus dem Nahverkehrsplan werden sodann wettbewerblich ausgeschrieben (§§ 8a f. PBefG). Insofern stellt der Nahverkehrsplan gleichsam den „Einkaufszettel“ des Aufgabenträgers dar.⁵⁸ Wenn durch den Nahverkehrsplan Anforderungen an das regionale Nahverkehrsangebot festgelegt werden, wird dadurch zugleich auch das künftige Verkehrsgeschehen (lenkungs-)planerisch vorstrukturiert. Das nachgeschaltete Ausschreibungsverfahren führt wiederum dazu, dass die Bedienung des (gemeinwirtschaftlichen) Verkehrsangebots möglichst effizient und marktkonform ausgestaltet wird.

III. Gemeinsamkeiten und Unterschiede

Die – schlaglichtartige – Betrachtung der hier dargestellten gesetzlichen Instrumente zum Zwecke des klimaschutzorientierten Infrastrukturaus- und -umbaus zeigt, dass *de lege lata* nicht (mehr) von einem strikten Gegensatz zwischen Planung und Regulierung gesprochen werden kann. Verknüpfungen beider Gestaltungsmodi finden sich vor allem im Energiesektor, aber (zunehmend) auch im Verkehrssektor. Staatliche Planung –

55 Neben einer Stärkung des ÖPNV sollen die Einsparziele des KSG im Verkehrssektor primär durch eine Verlagerung des Individualverkehrs und des Gütertransports von der Straße auf die Schiene erzielt werden. Vgl. den aktuellen Masterplan Schienenverkehr des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur, S. 8, 10 f. Die dort genannten Zielmarken für die Verkehrsverlagerung auf die Schiene sollen nach dem Koalitionsvertrag der aktuellen Bundesregierung nochmals erhöht werden, vgl. SPD/Bündnis 90 Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen. Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit. Koalitionsvertrag 2021 - 2025, S. 39. Zum politisch proklamierten „Deutschlandtakt“ s. Fn. 61.

56 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) vom 8. August 1990, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des Personenbeförderungsgesetzes vom 16. April 2021 (BGBl. I S. 822).

57 Zum Planungscharakter des Nahverkehrsplans ausführlich: C. Heinze, in: ders./M. Fehling/L.H. Fiedler (Hrsg.), Personenbeförderungsgesetz. Kommentar, 2. Auflage, 2014, § 8 Rn. 70 ff.

58 So schon M. Fehling, Zur Reform der Daseinsvorsorge am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs, in: Die Verwaltung 34 (2001), 25 (34).

ob raumbezogen oder nicht – wird dabei entweder als Vorstufe regulatorischer, wettbewerbsermöglichender Instrumente genutzt (namentlich im WindSeeG, SchnellLG und PBefG)⁵⁹ oder aber mit Formen regulierter Selbstregulierung verknüpft (Netzentwicklungsplanung Übertragungsnetze, Netzausbauplanung Verteilnetze und Netzbericht Wasserstoff). Während in ersterem Fall des nachgeschalteten Vergabeverfahrens nicht sichergestellt ist, dass auch tatsächliche genügend Gebote abgegeben werden, erscheint als Vorteil der regulierten Selbstregulierung, dass eine (Selbst-)Verpflichtung der privaten Akteure (insb. Netzbetreiber) zumindest möglich erscheint. Zugleich hat die Betrachtung aber auch gezeigt, dass keinesfalls immer eine Pflicht zur Umsetzung der Planung vorgesehen ist. Schließlich fungiert nur im Falle der (nachgeschalteten) wettbewerblichen Vergabeverfahren der Staat selbst als Planungsgeber. In den Fällen regulierter Selbstregulierung stammen die Planungen von den verantwortlichen privaten Akteuren. Schließlich beziehen sich die *de lege lata* bereits vorhandenen Verknüpfungen von Regulierungs- und Planungsinstrumenten zumeist nur auf einzelne Netzebenen oder auf einzelne Energieträger bzw. Verkehrsmittel. Es fehlt ein rechtlicher Rahmen, der *alle* Infrastrukturebenen integriert, koordiniert und so die ökologische Transformation des Energie- und Verkehrssektors gesamthaft vorzeichnet.

E. Ausblick: Notwendigkeit einer integrierten Infrastruktur-Entwicklungsplanung

Künftig wird es entscheidend darauf ankommen, den Energie- und den Verkehrssektor als Ganzes zu betrachten. Nur so kann eine synchrone, effiziente und klimaschutzorientierte Infrastrukturentwicklung erreicht werden. Zumindest im Energiesektor sind *de lege lata* bereits erste Verknüpfungen verschiedener Netzebenen bzw. Energieträger angelegt (z.B. §§ 28q Abs. 2 S. 3, 14d Abs. 3 S. 1, Abs. 6 EnWG). In der Nahverkehrsplanung ist dies alleine schon wegen des verkehrsmittelübergreifenden Ansatzes des Nahverkehrsplans der Fall (vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 PBefG). Auch in der Literatur werden zunehmend Forderungen nach einer integrierten Energie-System-

59 Vgl. zu Planungsinstrumenten als „Vorstufe“ von Regulierungsinstrumenten *Franzius* (Fn. 10), 305, 307.

entwicklungsplanung laut.⁶⁰ Für den Verkehrssektor existiert der Entwurf eines Bundesmobilitätsgesetzes.⁶¹ Dort steht das Instrument des „Bundesmobilitätsplanes“ im Vordergrund, mit welchem u.a. die integrierte und klimaschutzorientierte Entwicklung eines flächendeckenden Schienenpersonenfern-, Schienenpersonengüter- und ÖPNV-Angebotes sowie der jeweils erforderlichen Infrastruktur erreicht werden soll.⁶² Zwischenzeitlich hat auch der Präsident der Bundesnetzagentur angekündigt, dass das Bundeswirtschaftsministerium eine „Systementwicklungsstrategie“ für den Strom-

-
- 60 Soweit ersichtlich erstmals bei *G. Hermes*, Die Systementwicklungsplanung – Instrument zur klimagerechten Transformation des Energiesystems, *EnWZ* 2022, 99 (passim), der sich dabei auf den Abschlussbericht der Dena-Netzstudie III, S. 5 ff. bezieht. In dieselbe Richtung: *Franzius* (Fn. 10), 306 f. und *Senders/Wegner* (Fn. 53), 252 f.
- 61 *G. Hermes/U. Kramer/H. Weiß*, Entwurf eines Bundesmobilitätsgesetzes, abrufbar auf der Website des Verkehrsclub Deutschland e.V.: <https://www.vcd.org/artikel/unser-gesetzesentwurf-fuer-ein-bundesmobilitaetsgesetz/> (zuletzt abgerufen am 10.10.2022).
- 62 Einen wichtigen Anwendungsfall fände eine integrierte Infrastruktur-Entwicklungsplanung im Schienenpersonenfern- und -güterverkehr: Die politisch beschlossene Einführung eines vorkonfigurierten, bundesweit verknüpften und abgestimmten Zielfahrplans („Deutschlandtakt“) bedeutet einen regulatorischen Paradigmenwechsel: Während bisher die Fahrplanerstellung dem (politisch motivierten) Infrastrukturausbau nachfolgte, soll sich künftig nach dem vorgegebenen Taktfahrplan richten, ob – und vor allem wo – ein Netzausbau notwendig ist. Zum Konzept des Deutschlandtaktes s. den Entwurf des Abschlussberichts zum Zielfahrplan Deutschlandtakt. Grundlagen, Konzeptionierung und wirtschaftliche Bewertung, der im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur erstellt wurde. Abrufbar unter: <https://www.deutschlandtakt.de>; Wie der „Deutschlandtakt“ rechtlich umgesetzt werden soll, ist gegenwärtig nach wie vor völlig unklar, *Hermes* (Fn. 6), 337 ff.; vgl. auch *K.-H. Rochlitz*, Individualismus oder Vorkonstruktion – wohin entwickelt sich die Fahrplanerstellung?, *IR* 2020, 69 (70 ff.); s. auch: *BVerwGE* 173, 296 (321), wonach der Deutschlandtakt bisher (bloß) eine „verkehrspolitische Zielsetzung“ darstelle, deren Umsetzung noch von zahlreichen Faktoren abhängig sei; *a.A.*: *E. Staabe*, Die Eisenbahn im Deutschlandtakt und der aktuelle Regulierungsrahmen, *N&R* 2020, 36 (37 ff., 41), der (wohl) bereits durch den kombinierten Einsatz bestehender rechtlicher Instrumente die Umsetzung des „Deutschlandtaktes“ für möglich erachtet; Jedenfalls die Erstellung eines bundesweiten Taktfahrplans, der noch dazu den Personen- und Güterverkehr miteinander verknüpft, macht aller Voraussicht nach ein gesteigertes Maß staatlicher Planungstätigkeit erforderlich, wovon sowohl die Netzinfrastruktur als auch das Verkehrsangebot betroffen sind, vgl. *Hermes* (Fn. 2), 168 f. Die im Taktfahrplan enthaltenen Linien könnten künftig wettbewerblich ausgeschrieben werden, vgl. dazu *C. Böttger*, Alternative Modelle der Marktordnung im Fernverkehr, *IR* 2022, 91 (93 ff.). Ein solches Modell hätte im WindSeeG, im Schnell-LG und in der Nahverkehrsplanung konzeptionelle Vorbilder.

sektor plant (wohl, um seiner Verpflichtung nach § 112b Abs. 1 S. 2 a.E. nachzukommen).⁶³

All diese Versuche eines integrierten Ansatzes haben eines gemein: Sie überwinden die kategorische Unterscheidung zwischen Planung und Regulierung und weiten damit den Blick auf die Vorteile beider Steuerungskonzepte. Dass ein kombinierter Einsatz konzeptionell möglich und notwendig ist, sollte dieser Beitrag zeigen.

63 K. Müller, Energieversorgung: Eine Strategie für alle Netze, EnWZ 2022, 241 (241 f.).

Potentiale der straßenrechtlichen Teileinziehung für eine nachhaltige Gestaltung des Verkehrsraums – Spielraum für die Behörde und Auftrag an den Gesetzgeber

Charlotte Heppner

Inhaltsübersicht

A.	Grundlagen der straßenrechtlichen Teileinziehung	148
I.	Die Funktionsweise der Teileinziehung: Die nachträgliche Beschränkung des Gemeingebrauchs	148
II.	Die straßenrechtliche Teileinziehung im verfassungsrechtlichen Kompetenzgefüge	149
1.	Herkömmliche Abgrenzungsformeln	151
2.	Funktionale Abgrenzung	152
B.	Anwendungsfälle der straßenrechtlichen Teileinziehung	154
I.	Zone für Fuß- oder Radverkehr	154
II.	Zone für umweltgerechten Verkehr	155
III.	Zone für öffentlichen Personennahverkehr	156
IV.	Zwischenfazit	157
C.	Spielraum für die Behörde: überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls	158
I.	Bestandsaufnahme: „sämtliche öffentliche Interessen“	158
II.	Potential für eine nachhaltige Gestaltung des öffentlichen Verkehrsraums	161
D.	Auftrag an den Gesetzgeber?	162
I.	Initiative des Berliner Gesetzgebers im Zuge des Mobilitätsgesetzes	162
II.	Diskussionsvorschläge für eine Ergänzung der Teileinziehungsvorschriften im Sinne einer nachhaltigen Verkehrsgestaltung	163
E.	Fazit	164

Das Verwaltungsrecht hält eine Vielzahl an Rechtsinstrumenten bereit, die es den Behörden ermöglichen, im Sinne der Verkehrswende den öffentlichen Verkehrsraum umzugestalten. Dazu gehören beispielsweise der Bebauungsplan, die straßenverkehrsrechtliche Anordnung oder die immissionsschutzrechtliche Anordnung. Der folgende Beitrag widmet sich einem anderen, unterbelichteten Rechtsinstrument aus dem Gebiet des Rechts der öffentlichen Sachen: Mit der straßenrechtlichen Teileinziehung können kommunale Straßenbaubehörden insbesondere motorisierten Individualverkehr von den Straßen verdrängen. Die Ermächtigungsgrundlagen lassen

den Behörden dabei einen weiten Anwendungsspielraum. Diesen können die Behörden noch gezielter im Sinne der Verkehrswende nutzen. Auch der Gesetzgeber ist gefragt, das Potential der Teileinziehung, eine klima- und menschengerechte, nachhaltige Verkehrsraumgestaltung voranzutreiben, normativ zu verankern.

A. Grundlagen der straßenrechtlichen Teileinziehung

Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 3 BerlStrG ist die Teileinziehung einer Straße zulässig, wenn nachträglich Beschränkungen auf bestimmte Benutzungsarten, Benutzungszwecke oder Benutzerkreise aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Wohls festgelegt werden sollen.¹

I. Die Funktionsweise der Teileinziehung: Die nachträgliche Beschränkung des Gemeingebrauchs

Jede öffentliche Straße ist als solche formell gewidmet. Durch die Widmung entsteht die Straße als öffentliche Sache; sie bewirkt, dass die Straße eine öffentliche wird, und unterstellt die Straße einem öffentlichen Zweck.² Diesen Zweck geben alle Landesstraßengesetze normativ vor: Straßen dienen dem Verkehr.³

Jede Nutzung, die sich abstrakt unter den Widmungszweck des Verkehrs subsumieren lässt, fällt unter den Gemeingebrauch, der allen erlaubnisfrei

1 Die Rechtslage in Berlin dient diesem Beitrag zur Grundlage, kann aber weitgehend auf die anderen Bundesländer übertragen werden. Keine Rechtsgrundlage für die Teileinziehung existiert im BFernStrG, StrWG RLP, Hamburgisches Wegegesetz (HWG), StrWG Schleswig-Holstein, StrG Saarland, Hessisches StrG; in diesen Ländern gelten die Vorschriften über die Vollenziehung entsprechend, siehe W. Durner/H.-J. Papier, § 43 Straßenrecht, in: D. Ehlers/M. Fehling/H. Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2: Planungs-, Bau- und Straßenrecht, Umweltrecht, Gesundheitsrecht, Medien- und Informationsrecht, 2020, Rn. 79; P. Axer, Kapitel 6 Straßenrecht, in: F. Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, S. 875 (902).

2 Grundlegend P. Axer, Die Widmung als Schlüsselbegriff des Rechts der öffentlichen Sachen, 1994, S. 30.

3 Axer (Fn. 1), S. 891; Durner/Papier (Fn. 1), § 43 Straßenrecht Rn. 45 „normative Gemeingebrauchsschranke“; vgl. für Berlin § 2 Abs. 1 BerlStrG: Öffentliche Straßen im Sinne dieses Gesetzes sind Straßen, Wege und Plätze, die dem öffentlichen Verkehr gewidmet sind.

offensteht.⁴ Nutzungen, die über den Gemeingebrauch hinausgehen, sind Sondernutzungen und bedürfen als solche der Erlaubnis.⁵ Indem die Widmung die Straße also einem öffentlichen Zweck unterwirft, unterstellt sie die Sache auch einem öffentlich-rechtlichen Nutzungsregime.⁶

Innerhalb dieses Verkehrszwecks kann die Behörde den Gemeingebrauch nach objektiven Kriterien beschränken. Die meisten Landesgesetzgeber sehen Beschränkungsmöglichkeiten nach Benutzerkreisen und/oder Benutzungszwecken und/oder Benutzungsarten vor.⁷ Die Behörde kann eine neue Straße direkt bei ihrer Entstehung beschränkt widmen.⁸ Will die Behörde den bereits bestehenden Verkehrsraum verändern und deshalb die Widmung nachträglich beschränken, braucht sie dafür das Institut der Teileinziehung.

II. Die straßenrechtliche Teileinziehung im verfassungsrechtlichen Kompetenzgefüge

Den Behörden steht nicht nur die straßenrechtliche Teileinziehung zur Verfügung, wollen sie den Verkehrsraum regulieren. Insbesondere die straßenverkehrsrechtliche Anordnung und die immissionsschutzrechtliche Anordnung ermächtigen die zuständige Behörde ebenfalls zu Beschränkungen des Verkehrs.⁹ Die Nähe der Rechtsinstrumente zueinander lässt sich schon am Wortlaut ihrer Ermächtigungsgrundlagen ablesen: Während es in § 4 Abs. 1 Satz 4 BerlStrG „Beschränkungen auf bestimmte Benutzungs-

4 Durner/Papier (Fn. 1), § 43 Straßenrecht Rn. 46; vgl. § 10 Abs. 2 BerlStrG: Der Gebrauch der öffentlichen Straßen ist jedem im Rahmen der Widmung für den Verkehr (Gemeingebrauch) gestattet.

5 Vgl. § 11 Abs. 1 BerlStrG: Jeder Gebrauch der öffentlichen Straßen, der über den Gemeingebrauch hinausgeht, ist eine Sondernutzung und bedarf unbeschadet sonstiger Vorschriften der Erlaubnis der Straßenbaubehörde.

6 M. Kment/N. Weber, Recht der öffentlichen Sachen, JA 2013, 119 (120).

7 § 6 Abs. 1 Satz 1 StrG Niedersachsen, Art. 6 Abs. 2 Satz 3 StrG Bayern, § 6 Abs. 1 Satz 1 StrG Sachsen, § 36 Abs. 1 Satz 4 StrWG RLP, § 7 Abs. 1 Satz 4 StrWG MV, § 6 Abs. 2 Satz 3 StrG LSA, § 6 Abs. 2 Satz 3 StrG Thüringen, § 6 Abs. 1 Satz 3 StrWG Schleswig-Holstein, § 6 Abs. 2 Satz 3 StrG Saarland, § 4 Abs. 1 Satz 3 Hessisches StrG; § 6 Abs. 2 Satz 4 StrG Brandenburg und § 6 Abs. 3 StrG NRW und § 5 Abs. 3 Satz 2 StrG BaWü mit einem Öffnungstatbestand für sonstige Besonderheiten / Beschränkungen in sonstiger Weise.

8 § 3 Abs. 3 Satz 1 BerlStrG: Die Widmung kann unter Einschränkungen vorgenommen werden.

9 Weitere Rechtsinstrumente der Verkehrsraumgestaltung finden sich insbesondere im Planungsrecht.

arten, Benutzungszwecke oder Benutzerkreise“ heißt, ermächtigt § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO dazu, die „Benutzung bestimmter Straßen [...] [zu] beschränken oder [zu] verbieten“ und gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 BImSchG „beschränkt oder verbietet [die zuständige Straßenverkehrsbehörde] den Kraftfahrzeugverkehr“. Diese Rechtsinstrumente können also im Einzelfall miteinander konkurrieren.

Hinter dieser Konkurrenz der Rechtsinstrumente verbirgt sich ein verfassungsrechtlicher Kompetenzkonflikt. Denn während die straßenrechtliche Teileinzziehung in die Kompetenz der Länder fällt, von der die Länder mit dem Erlass der Straßen- und Wegegesetze Gebrauch gemacht haben, gehört die straßenverkehrsrechtliche Anordnung zum Straßenverkehrsrecht, für das dem Bund gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit zusteht. Auch die immissionsschutzrechtliche Anordnung stützt sich auf einen Kompetenztitel der konkurrierenden Bundeszuständigkeit, namentlich den Kompetenztitel der „Luftreinhaltung“ gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG.

Das Grundgesetz gibt mit seiner Kompetenzordnung jedoch vor, dass der Landesgesetzgeber nichts regeln darf, was dem Bundesgesetzgeber zur Regelung vorbehalten ist (Art. 70 Abs. 1 GG). Es gilt das Prinzip der Trennung und Alternativität.¹⁰ Diesem Gefüge ist eine „Doppelzuständigkeit“, auf deren Grundlage Bund und Länder ein und denselben Gegenstand gleichzeitig in unterschiedlicher Weise gesetzgeberisch regeln könnten, grundsätzlich fremd.¹¹

Vor diesem Hintergrund müssen konkurrierende Ermächtigungsgrundlagen bei ihrer Anwendung verfassungskonform und insbesondere zuständigkeitswährend ausgelegt werden. Denn die Grenzen der Gesetzgebungskompetenzen skizzieren zugleich die Grenzen des durch Auslegung zu bestimmenden Anwendungsbereichs einer auf der Grundlage einer bestimmten Gesetzgebungskompetenz erlassenen Norm.¹² Das dem Landesgesetzgeber zur Regelung zugewiesene Straßenrecht muss also vom Straßenverkehrsrecht und dem Recht der Luftreinhaltung des Bundes abgegrenzt wer-

10 M. Heintzen, in: W. Kahl/C. Waldhoff/C. Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Ordner 14, 193. Akt. 2018, Art. 70 Rn. 76 f.

11 BVerfGE 67, 299 (321) – *Laternengarage*; BVerfGE 36, 193 (202 f.).

12 Für die Auslegung der StVO: F.-J. Peine, Rechtsfragen der Einrichtung von Fußgängerstraßen: ein Beitrag zur rechtlichen Bewältigung eines städtebaulichen Phänomens, 1979, S. 61.

den.¹³ Vor diesem Hintergrund ist die Abgrenzung von Straßenverkehrsrecht und Straßenrecht schon lange Gegenstand der Auseinandersetzung in Literatur¹⁴ und Rechtsprechung¹⁵.

1. Herkömmliche Abgrenzungsformeln

Das Verhältnis der beiden Kompetenzbereiche wird mit den „in der rechtswissenschaftlichen Diskussion gleichsam verselbstständigten Schlagworten“¹⁶ vom *Vorrang des Straßenverkehrsrechts* und *Vorbehalt des Straßenrechts* umschrieben.¹⁷ Seit dem *Werbefahrten*-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1975 besteht die allgemeine Einsicht, „das Straßenverkehrsrecht setzt das Straßenrecht voraus“¹⁸. Während das Straßenrecht mit der Widmung den Rahmen für die Nutzung einer Straße vorgibt, regelt das Straßenverkehrsrecht in dem straßenrechtlich vorgegebenen Rahmen die Ausübung der Straßennutzung.¹⁹ Vor diesem Hintergrund spricht man in der Literatur vom straßenrechtlichen Nutzungsstatut und dem verkehrsrechtlichen Verkehrsstatut.²⁰

Diese Abgrenzungsformeln illustrieren zwar anschaulich das Verhältnis von Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht, können jedoch etwaige Kollisionen der Ermächtigungsgrundlagen im konkreten Einzelfall nicht auflösen. Das zeigt sich gerade am Beispiel der hier interessierenden Verkehrsbeschränkungen: Gehört eine Verkehrsbeschränkung zum Vorbehalt des Straßenrechts oder fällt sie unter den Vorrang des Straßenverkehrsrechts

13 Die ebenfalls gebotene Abgrenzung von den Kompetenztiteln der Lärmbekämpfung und des Bodenrechts ist nicht Gegenstand dieses Beitrags.

14 Siehe bereits Dissertationen aus den 70er Jahren: *P. Runkel*, Zur Abgrenzung von Straßen- und Straßenverkehrsrecht - Widmung, Gemeingebrauch und Sondernutzung und ihr Verhältnis zum Verkehrsrecht, 1977; *E. Kling*, Zur Abgrenzung des Wegerechts vom Straßenverkehrsrecht, 1975.

15 Grundsatzentscheidungen: BVerfGE 40, 371 – *Werbefahrten*; BVerwG NJW 1981, 184 – *Lübecker Altstadt*; BVerwG NJW 1982, 840 – *Hochzeitsfotograf*; insbesondere: BVerfGE 67, 299 – *Laternengarage*.

16 *Durner/Papier* (Fn. 1), Rn. 8.

17 *Axer* (Fn. 1), S. 883; *M. Sauthoff*, Öffentliche Straßen: Straßenrecht - Straßenverkehrsrecht - Verkehrssicherungspflichten, 2020, S. 12 f.; *Durner/Papier* (Fn. 1), Rn. 9 f.

18 BVerfGE 40, 371 (378) – *Werbefahrten*.

19 *Axer* (Fn. 1), S. 883.

20 *U. Steiner*, Rechtliche Aspekte einer städtebaulich orientierten Verkehrsplanung in den Gemeinden, 1980, S. 31; *S. Hügel*, Dritte als Betroffene verkehrsberuhigender Maßnahmen, 1991, S. 24 f.

– gehört sie zum Verkehrsstatut oder zum Nutzungsstatut? Beides scheint vertretbar. Das liegt daran, dass die Formeln nur unzureichend mit inhaltlichen Kriterien gefüttert sind und deshalb keine eindeutige Subsumtion der in Frage stehenden Maßnahmen ermöglichen. Die Subsumtionskriterien, die die Literatur vorschlägt, sind derweil so unbestimmt, dass sie ebenfalls nicht geeignet sind, das Abgrenzungsproblem zufriedenstellend zu lösen. Das gilt insbesondere für das vorherrschende Kriterium der Dauerhaftigkeit. Nach überwiegender Meinung soll nur das Straßenrecht die Einrichtung dauerhafter Maßnahmen erlauben.²¹ Wann eine Maßnahme jedoch dauerhaft ist und wann nur kurzfristig, bleibt unklar und hängt letztlich davon ab, wie die Praxis das Merkmal der Dauerhaftigkeit im Einzelfall auslegt.²²

2. Funktionale Abgrenzung

Die Abgrenzung der Kompetenzbereiche voneinander anhand pauschaler Abgrenzungformeln hilft also in der Praxis nicht weiter. Es bedarf weiterer Abgrenzungskriterien, die die Formeln mit Leben füllen und subsumtionsfähig machen. Dafür sind die Funktionen bzw. Aufgaben der Kompetenzbereiche heranzuziehen.²³ Das Bundesverfassungsgericht grenzt diese Funktionen in seinem *Laternengarage*-Beschluss aus dem Jahr 1984 wie folgt voneinander ab: „Das Wegerecht dient der Bereitstellung des Weges für die in der Widmung festgelegte besondere Verkehrsfunktion; das Straßenverkehrsrecht regelt die (polizeilichen) Anforderungen an den Verkehr und die Verkehrsteilnehmer [...], um Gefahren abzuwehren und die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs zu gewährleisten.“²⁴

21 Grundlegend dazu *Peine* (Fn. 12), S. 70 ff.; *Axer* (Fn. 1), S. 884; *H.-J. Papier/F.-J. Peine*, Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht, in: K.-H. Friauf (Hrsg.), Handbuch für die öffentliche Verwaltung (HÖV): Einführung in ihre rechtlichen und praktischen Grundlagen, Bd. II, 1982, S. 391 (430); *G. Manssen*, Vom Vorrang zur Vorherrschaft des Straßenverkehrsrechts, DÖV 2001, 151 (153); a.A. *R. Cosson*, Zum Verhältnis von Straßenrecht und Straßenverkehrsrecht, DÖV 1983, 532 (535): „Es widerspricht nicht dem Charakter straßenverkehrsrechtlicher Anordnungen auch langfristige und kontinuierliche Maßnahmen darzustellen“.

22 *Steiner* (Fn. 20), S. 31 f.; *U. Steiner*, Rechtsprobleme hoheitlicher Eingriffe in den Innenstadtverkehr, DVBl. 1992, 1561 (1564); *Runkel* (Fn. 14), S. 96 hält das Kriterium der Dauerhaftigkeit deshalb für ungeeignet.

23 Vgl. *Axer* (Fn. 1), S. 884 „Für die Abgrenzung von Straßen- und Straßenverkehrsrecht ist die unterschiedliche Funktion beider Gebiete maßgebend“.

24 BVerfGE 67, 299 (314) – *Laternengarage*.

Sind Verkehrsverbote und Verkehrsbeschränkungen durch „spezifische Situationen, Lagen oder Ereignisse veranlasst [...], die ein besonderes Gefahrenpotential für die in § 45 StVO geschützten Güter und Interessen begründen“²⁵, sind sie straßenverkehrsrechtlich umzusetzen. Zeichnet sich die Situation durch eine besondere Gefahr für die durch das Immissionschutzrecht geschützten Rechtsgüter aus, sind sie immissionsschutzrechtlich umzusetzen. In beiden Fällen geht es darum, eine bestehende Gefahrenquelle einzuhegen und Gefahren abzuwehren.

Handelt es sich hingegen um eine Situation, die die Frage nach der generellen Aufteilung des öffentlichen Raums unter Gesichtspunkten des Allgemeinwohls stellt, muss die Maßnahme straßenrechtlich umgesetzt werden.²⁶ Hier geht die Verkehrsbeschränkung „auf den Verkehrsweg als solchen zurück, d.h. auf seine objektive oder ihm vom Baulastträger zugeordnete Verkehrsbedeutung, auf seine technische Beschaffenheit oder ganz allgemein auf seine Eignung nur für eine bestimmte Benutzung“.²⁷ Die Straße wird hier als öffentliche Sache, als Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge betrachtet.

Natürlich kann es Überschneidungen geben.²⁸ Es sind Situationen vorstellbar, in denen die Behörde sowohl den öffentlichen Raum neu gestalten möchte als auch auf eine Gefahrenquelle reagiert.²⁹ Um auch diese Fälle für die Praxis handhabbar zu machen, bedarf es im Einzelfall einer Schwerpunktbetrachtung: In welchem Kompetenzbereich liegt der Schwerpunkt der in Rede stehenden Maßnahme? Die Idee einer Schwerpunktbetrachtung ist Erwägungen zur kompetenzrechtlichen Qualifikation entlehnt. Kompetenzrechtliche Qualifikation meint zwar die Subsumtion einer Regelung oder eines Gesetzes unter einen Kompetenztitel.³⁰ Die für die kompetenzrechtliche Qualifikation entwickelten Kriterien sollen jedoch auch bei der Subsumtion konkreter Maßnahmen Anwendung finden, um den

25 Steiner (Fn. 22), 1564 f.

26 Ähnlich Steiner (Fn. 22), 1565 „die Realisierung eines primär städtebaulich geprägten und auf Dauer angelegten Konzepts für den motorisierten Individualverkehr in den Innenstädten hat mit straßenrechtlichen Mitteln zu erfolgen“.

27 VGH Baden-Württemberg NJW 1982, 402 (402).

28 M. Sauthoff (Fn. 17), S. 14 „Schnittstellen“; U. Steiner, Recht der Verkehrsinfrastruktur, insb. der öffentlichen Straßen und Wege, in: U. Steiner/R. Brinktine (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2018, S. 579 (590).

29 VGH Baden-Württemberg NJW 1982, 402 (402) (Gewichtsbeschränkung auf max. 2,8 t); Axer (Fn. 1), S. 882 (Gewichtsbeschränkungen für die LKW-Nutzung).

30 Heintzen (Fn. 10), Art. 70 Rn. 200.

Kompetenzgrenzen des Grundgesetzes auch im Einzelfall zur optimalen Geltung zu verhelfen. Demnach ist im Falle einer Kompetenzkonkurrenz sowohl die Regelungseinheit als auch die konkrete Maßnahme der Kompetenz zuzuordnen, „in deren Sachbereich die zweckhaft ordnende Wirkung der Regelungseinheit [bzw. der Maßnahme] das größere Gewicht hat“.³¹

B. Anwendungsfälle der straßenrechtlichen Teileinziehung

Die Ausführungen über das Kompetenzgefüge, in dem sich die Teileinziehung befindet, haben gezeigt, dass jeweils die konkreten Umstände des Einzelfalls maßgeblich dafür sind, ob die Teileinziehung das vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich vorgegebenen Kompetenzordnung richtige Instrument zur Umsetzung einer Maßnahme ist. Das soll im Folgenden an drei für die Praxis wichtigen Anwendungsfällen illustriert werden.

I. Zone für Fuß- oder Radverkehr

Dem Wortlaut der Teileinziehungsnorm nach kann die Straßenbehörde mittels Teileinziehung Zonen für den Fußverkehr unter Ausschluss des motorisierten Verkehrs einrichten.³² Die Fußgängerzone gilt gar als „Paradebeispiel“³³ oder „Standardfallkonstellation“³⁴ der Teileinziehung. Der Fußverkehr ist in Abgrenzung zum motorisierten Verkehr eine „Benutzungsart“ im Sinne der Teileinziehungsnorm, auf die der Gemeingebrauch einer Straße nachträglich beschränkt werden kann.³⁵ Vom Wortlaut „Benutzungsart“ jedenfalls erfasst sind Unterscheidungen zwischen herkömmlichen Fortbewegungsmitteln wie zum Beispiel „Fuß, Pferd, Fahrrad oder Auto“.³⁶ Vor diesem Hintergrund kann die Straßenbehörde dem Wortlaut

31 Zur kompetenzrechtlichen Qualifikation *T. Herbst*, in: W. Höfling, S. Augsberg, S. Rixen (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. IV, Lfg. 1/17, Art. 70 Rn. 45.

32 H.M. *Steiner* (Fn. 28), S. 603; *Sauthoff* (Fn. 17), S. 129; *Axer* (Fn. 1), S. 902; siehe für ein aktuelles Beispiel VG Berlin ZUR 2021, 112.

33 *G. Beaucamp*, *Innerstädtische Verkehrsreduzierung mit ordnungsrechtlichen und planungsrechtlichen Mitteln*, 1997, S. 63.

34 *F.-R. Herber*, 10. Kapitel Einziehung, in: F.-R. Herber (Hrsg.), *Straßenrecht: Systematische Darstellung des Rechts der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze in der Bundesrepublik Deutschland und in den deutschen Ländern*, 2021, S. 479 (505).

35 Vgl. *Steiner* (Fn. 28), S. 603.

36 *Beaucamp* (Fn. 33), S. 65.

der Ermächtigungsgrundlage nach auch eine reine Fahrradstraße, auf der kein anderer Fahrverkehr außer Fahrrädern und Elektrokleinstfahrzeugen zugelassen ist (vgl. Zeichen 244.1 Anl. 2 zur StVO)³⁷, im Wege der Teileinziehung einrichten.³⁸

Dieses Ergebnis hält auch in der überwiegenden Zahl der Fälle einer verfassungsrechtlichen Überprüfung vor dem Hintergrund der Kompetenzgrenzen des Straßenrechts stand. Denn mit der Einrichtung einer Fußgängerzone oder einer Fahrradstraße reagiert die Behörde üblicherweise nicht auf Verkehrsgefahren.³⁹ Sie will die allgemeine Verkehrsfunktion der Straße, die ihr durch die Widmung verliehen ist, ändern. Die Behörde betrachtet die Straße als öffentliche Sache, die einem bestimmten öffentlich-rechtlichen Nutzungsregime untersteht. Insofern greift die Teileinziehung hier in aller Regel nicht in den Zuständigkeitsbereich des Straßenverkehrsrechts ein. Die Straßenverkehrsbehörde ist vielmehr nur befugt, den Fußgängerbereich als solchen zu kennzeichnen (§ 45 Abs. 1b Nr. 3 StVO). Die Entscheidung über die Einrichtung ist eine straßenrechtliche.

II. Zone für umweltgerechten Verkehr

Ob umweltgerechter Verkehr in Abgrenzung zu umweltbelastendem Verkehr unter das Tatbestandsmerkmal der Benutzungsart im Rahmen der Teileinziehung subsumiert werden kann, ist umstritten.⁴⁰ Unter umweltschädlichem Verkehr soll hier jeder Verkehr verstanden werden, der die Umwelt mit Luft- und Lärmemissionen mehr belastet als umweltgerechtere Alternativen. Dazu gehört z.B. Schwerlastverkehr, Dieselverkehr oder Verkehr ohne grüne Plakette. Während wohl überwiegend davon ausgegangen wird, dass der LKW-Verkehr eine Benutzungsart ist, die im Einzelfall im Wege der Teileinziehung vom Gemeingebrauch an einer Straße ausgeschlossen werden kann,⁴¹ soll dies für den Ausschluss von nicht näher spezifizierten lärm- und abgasintensiven Fahrzeugen nicht gelten.⁴² In

37 In der Praxis ist in den meisten Fahrradstraßen allerdings der Kfz-Verkehr durch ein Zusatzzeichen zugelassen.

38 *Beaucamp* (Fn. 33), S. 74; *W. Erbguth/G. Beaucamp*, Aspekte einer umweltgerechten Verkehrssteuerung durch Planungs- und Ordnungsrecht, DÖV 2000, 769 (774).

39 Differenziert *Runkel* (Fn. 14), S. 60.

40 Ausführlich *Beaucamp* (Fn. 33), S. 65 ff.

41 *Steiner* (Fn. 28), S. 603; *Axer* (Fn. 1), S. 882; unklar *Sauthoff* (Fn. 17), S. 13 bzw. S. 35.

42 *Beaucamp* (Fn. 33), S. 65.

der Literatur existiert – soweit ersichtlich – keine klare Linie dazu, wie verschiedene „Benutzungsarten“ untereinander abzugrenzen sind.

Der Begriff der Benutzungsart muss einmal mehr vor dem Hintergrund der Kompetenzgrenzen und in Ansehung des konkreten Einzelfalls verfassungskonform konturiert werden. Regelmäßig wird die Behörde, will sie umweltschädlichen Verkehr von der Nutzung einer Straße ausschließen, auf eine Gefahrenlage reagieren, die durch den umweltschädlichen Verkehr entstanden ist. Solche Reaktionen sind dem Gefahrenabwehrrecht vorbehalten, und hier konkret dem Bundesimmissionsschutzrecht. „Verkehrsbezogener Immissionsschutz“⁴³ soll die verkehrsinduzierten schädlichen Umwelteinwirkungen, also vor allem Luftverunreinigung und Lärmbelästigung, vermindern.⁴⁴ In diesen Fällen ist die Teileinziehung also nicht das richtige Instrument, um eine Zone für umweltgerechten Verkehr einzurichten.

III. Zone für öffentlichen Personennahverkehr

Ob der Gemeingebrauch an einer Straße mittels Teileinziehung auf den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) beschränkt werden kann, ist ebenfalls umstritten.⁴⁵

Der ÖPNV ist zunächst in Abgrenzung zum Individualverkehr keine andere „Benutzungsart“ im Sinne der Teileinziehungsnorm. Entscheidend für die Abgrenzung ist nicht die Verkehrsart – sowohl Personenbeförderung als auch Individualverkehr ist grundsätzlich in jedem Fortbewegungsmittel vorstellbar. Es erscheint überzeugender, den ÖPNV unter das Tatbestandsmerkmal „Benutzungszweck“ zu subsumieren.⁴⁶ Denn während der Individualverkehr der individuellen Fortbewegung der Verkehrsteilnehmer*innen dient, verfolgt der ÖPNV den Zweck der Personenbeförderung. Da-

43 M. Eifert, Kapitel 5. Umweltschutzrecht, in: F. Schoch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 2018, S. 759 (859 f.); M. Kloepper, *Umweltrecht*, 2016, S. 1415 f.

44 Kloepper (Fn. 43), S. 1415.

45 Befürwortend Sauthoff (Fn. 17), S. 35 („Flächen für ÖPNV“); Beaucamp (Fn. 33), S. 64 („reine Busstraßen“); A. Röthel, *Grundrechte in der mobilen Gesellschaft*, 1997, S. 40 („Fahrzeuge des öffentlichen Nahverkehrs und Taxen“); Erbguth/Beaucamp (Fn. 38), 774 („reine Busstraßen“); wohl a.A. Axer (Fn. 1), S. 884.

46 Sauthoff (Fn. 17), S. 35; so wohl auch Beaucamp (Fn. 33), S. 64, der zusätzlich zurecht darauf hinweist, dass den Tatbestandsmerkmalen Benutzungszweck und Benutzerkreis keine unterschiedliche Bedeutung zukommt.

für spricht auch, dass die Landesgesetzgeber in Bremen und Hamburg die Beschränkung auf den ÖPNV ausdrücklich als Unterfall der Beschränkung auf Verkehrszwecke in die Teileinziehungsvorschrift aufgenommen haben.⁴⁷

Der Wortlaut öffnet die Teileinziehung also grundsätzlich für eine Beschränkung des Gemeingebrauchs auf den ÖPNV. Eine verfassungskonforme Anwendung der Norm vor dem Hintergrund der Kompetenzgrenzen wird dieses Ergebnis jedoch nicht so pauschal bestätigen können. Reagiert die Behörde mit dem Ausschluss des (motorisierten) Individualverkehrs auf eine konkrete Gefahr, z.B. weil aufgrund der verkehrlichen Überbelastung mit motorisiertem Individualverkehr und ÖPNV ein Unfallschwerpunkt entstanden ist, ist § 45 Abs. 1 Satz 1 StVO die richtige Rechtsgrundlage.⁴⁸ Will die Behörde das öffentlich-rechtliche Nutzungsregime der Straße als öffentliche Sache aus Gründen des Allgemeinwohls ändern, ist die straßenrechtliche Teileinziehung die richtige Rechtsgrundlage.

IV. Zwischenfazit

Mit dem hier vorgestellten Vorschlag, die für die anvisierte Verkehrsbeschränkung in Betracht kommenden Vorschriften unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls auszulegen, lassen sich alle Anwendungsfälle verfassungskonform zwischen den verschiedenen Kompetenzbereichen aufteilen (z.B. auch die Einrichtung eines Fahrradweges, eines Bussonderfahrstreifens oder einer verkehrsberuhigten Zone). Häufig wird man zusätzlich eine Schwerpunktbetrachtung anstellen müssen, um in möglichen Grenzfällen die von der Verfassung geforderte klare Entscheidung treffen zu können.

Anders als bisher vielfach gehandhabt ist es also nach hier vertreter Auffassung nicht möglich, Maßnahmen der Verkehrsbeschränkung pauschal und ohne Ansehung des Einzelfalls einer bestimmten Ermächtigungsgrundlage zuzuordnen. Es bedarf immer einer Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, um die konkrete Situation den besonderen Funktionen der verschiedenen hinter den Ermächtigungsgrundlagen stehenden Kompetenzbereichen zuzuordnen.

47 § 5 Abs. 1 Satz 3 StrG Bremen; § 6 Abs. 2 Satz 1 HWG.

48 Mit dem zusätzlichen Erfordernis der qualifizierten Gefahrenlage gemäß § 45 Abs. 9 Satz 3 StVO.

C. Spielraum für die Behörde: überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls

Die Teileinziehung hängt nach allen Straßengesetzen der Länder, die die Teileinziehung explizit geregelt haben, vom Vorliegen überwiegender Gründe des öffentlichen Wohls ab und ist ansonsten in das Ermessen der Behörde gestellt.⁴⁹

I. Bestandsaufnahme: „sämtliche öffentliche Interessen“

Die Ermächtigungsgrundlagen der Teileinziehung lassen den Behörden einen sehr weiten Spielraum. Sie können „sämtliche öffentliche Interessen“ in die Erwägung einstellen.⁵⁰ Insbesondere sind sie „nicht auf straßenrechtliche Erwägungen im engeren Sinne beschränkt“.⁵¹

Eine Analyse der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung und der Ansichten in der Literatur legt nahe, die Gründe des öffentlichen Wohls nach auf der einen Seite stadtpolitischen und auf der anderen Seite verkehrspolitischen Gesichtspunkten zu systematisieren.⁵²

Zu den stadtpolitischen Erwägungen sollen hier alle Gesichtspunkte gehören, die die Behörde berücksichtigt, um den urbanen Lebensraum der Stadt nach ihren Vorstellungen zu gestalten. Sie darf in diesem Zusammenhang insbesondere städtebauliche und stadt- oder ortsplanerische Erwägungen in die Teileinziehung einstellen.⁵³ Dazu gehören zum Beispiel „bauästhetische Aspekte“⁵⁴ wie die Verbesserung des Stadtbildes durch Erhaltung historischer Bausubstanz oder durch eine entsprechende bauliche Gestaltung der Fußgängerbereiche⁵⁵ oder die „Hervorhebung von Denk-

49 § 4 Abs. 1 Satz 3 BerlStrG, § 8 Abs. 1 Satz 2 StrG Niedersachsen, § 8 Abs. 2 Satz 3 StrG Brandenburg, § 7 Abs. 3 StrG NRW, Art. 8 Abs. 1 Satz 2 StrG Bayern, § 8 Abs. 2 Satz 2 StrG Sachsen, § 7 Abs. 1 Satz 2 StrG BaWü, § 7 Abs. 1 Satz 1 und 2 StrG Bremen, § 8 Abs. 3 StrG LSA, § 8 Abs. 2 Satz 4 StrG Thüringen, nur in § 9 Abs. 2 StrWG MV ist die Teileinziehung als gebundene Entscheidung ausgestaltet.

50 *Durner/Papier* (Fn. 1), Rn. 81; *Hügel* (Fn. 20), S. 29; *Peine* (Fn. 12), S. 145.

51 *Sauthoff* (Fn. 17), S. 132; *Runkel* (Fn. 14), S. 59.

52 OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 411 (412): „verkehrliche und verkehrsplanerische bzw. städtebauliche örtliche und überörtliche Belange“; *Steiner* (Fn. 28), S. 600 „städtebauliche und verkehrspolitische Gesichtspunkte“.

53 *Hügel* (Fn. 20), S. 29; *Sauthoff* (Fn. 17), S. 132; *Röthel* (Fn. 45), S. 48; *Beaucamp* (Fn. 33), S. 62.

54 *Hügel* (Fn. 20), S. 29.

55 *Steiner* (Fn. 28), S. 603.

mälern oder architektonischen Ensembles“⁵⁶. Zu den tauglichen Erwägungen zählen auch „die Schaffung und Verbesserung der Aufenthaltsqualität, die Stärkung der urbanen Funktion der Innenstadtlage [...], die Schaffung von Freiflächen und die Förderung des kulturellen und gesellschaftlichen Lebens in der Innenstadt“.⁵⁷ Die Behörde darf im Rahmen der Teileinziehung also erwägen, den Stadtkern als Einkaufs- und Kommunikationszentrum zurückzugewinnen⁵⁸, einen „Entfaltungsraum für den kommunikativen Verkehr“ zu erhalten⁵⁹, die „Wohn- und Aufenthaltsqualität sowie [...] [die] Attraktivität der Altstadt für Kunden, Besucher und Bewohner“ zu erhöhen⁶⁰. Unter stadtpolitische Erwägungen fallen mithin alle Gesichtspunkte, die der Verbesserung der „urbane[n] Lebensqualität“⁶¹ dienen.

Zu den verkehrspolitischen Erwägungen zählen alle Gesichtspunkte, die die Behörde in ihre Erwägungen einstellt, um den städtischen Verkehr zu regulieren und auf diese Weise den Verkehrsraum nach ihren Vorstellungen zu gestalten. Dazu gehören Erwägungen wie „die Entlastung von Durchgangsverkehr“⁶², die „Entflechtung der bestehenden Verkehrssituation“⁶³ und die „Verminderung des Kfz-Verkehrs in den überlasteten Städten“⁶⁴ sowie die „Überforderung der Straße durch bestimmte Verkehrsarten“⁶⁵. Auch das allgemeine Ziel der Verkehrsberuhigung ist ein öffentlicher Belang, den die Behörde in die Teileinziehungserwägungen einstellen darf.⁶⁶

Sowohl im Rahmen der stadtpolitischen als auch der verkehrspolitischen Erwägungen sind der Behörde auch gefahrenabwehrrechtliche Erwägungen nicht verwehrt. So gehören zu den stadtpolitischen Erwägungen auch

56 Herber (Fn. 34), S. 504.

57 OVG Sachsen-Anhalt LKV 2022, 131 (134); siehe auch VG Freiburg, Beschluss v. 10.8.2009, Az. 1 K 1055/09, juris, Rn. 23; VG Karlsruhe, Urteil v. 18.7.2008, Az. 1 K 478/07, juris, Rn. 16.

58 Steiner (Fn. 28), S. 603; Röthel (Fn. 45), S. 48.

59 Herber (Fn. 34), S. 504.

60 OVG Berlin, Beschluss v. 20.1.2005, Az. 1 S 38/04, juris, Rn. 5.

61 Röthel (Fn. 45), S. 48.

62 OVG Sachsen-Anhalt LKV 2022, 131 (134); VG Karlsruhe, Urteil v. 18.7.2008, Az. 1 K 478/07, juris, Rn. 16.

63 VG Oldenburg, Beschluss v. 25.6.2015, Az. 5 B 2312/15, juris, Rn. 29.

64 Herber (Fn. 34), S. 504; ähnlich Peine (Fn. 12), S. 147.

65 Sauthoff (Fn. 17), S. 132.

66 VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 23.9.1993, Az. 5 S 2092/92, juris, Rn. 38; VG Karlsruhe, Urteil v. 18.7.2008, Az. 1 K 478/07, juris, Rn. 16; Hügel (Fn. 20), S. 29.

der Schutz vor Lärm und Abgasen⁶⁷ und damit klassische ordnungsrechtliche Gesichtspunkte, die eigentlich der immissionsschutzrechtlichen Anordnung vorbehalten sind. Zu den zulässigen verkehrspolitischen Erwägungen gehören außerdem Belange der Sicherheit und Ordnung bzw. Leichtigkeit des Verkehrs,⁶⁸ und zwar insbesondere zugunsten besonders vulnerabler Gruppen im Straßenverkehr wie „Fußgänger und Radfahrer“⁶⁹ sowie „ältere Menschen und Kinder“⁷⁰.

Die Gesichtspunkte Sicherheit und Ordnung des Verkehrs sind also nicht exklusiv der Straßenverkehrsbehörde vorbehalten.⁷¹ Eine Begrenzung der Erwägungsgründe entlang der Kompetenzgrenzen wäre auch nicht praktikabel. Denn die Straßenbehörde wird ganz regelmäßig ihrer Teileinziehungsentscheidung ein ganzes Motivbündel zugrunde legen. Dass bei Beschränkungen des Gemeingebrauchs auf bestimmte Verkehrsarten oder -zwecke auch die Sicherheit und Ordnung des Verkehrs gefördert wird bzw. Lärm- und Luftemissionen verringert werden, ergibt sich schon aus der Maßnahme selbst. Es wäre insofern künstlich und praxisfern, diese völlig naheliegenden Erwägungen der Straßenbehörde mit Hinweis auf die Kompetenzgrenzen zu verwehren. Stellt die Behörde jedoch im Einzelfall schwerpunktmäßig auf gefahrenabwehrrechtliche Gesichtspunkte ab, kann das ein Indiz dafür sein, dass die Teileinziehung nicht das richtige

67 OVG Sachsen-Anhalt LKV 2022, 131 (134); VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 23.9.1993, Az. 5 S 2092/92, juris, Rn. 38; VG Freiburg, Beschluss v. 10.8.2009, Az. 1 K 1055/09, juris, Rn. 23; *Sauthoff* (Fn. 17), S. 132; *Steiner* (Fn. 28), S. 603; *Herber*, (Fn. 34), S. 505; *Beaucamp* (Fn. 33), S. 62; *Peine* (Fn. 12), S. 151; *Hügel* (Fn. 20), S. 29; *Röthel* (Fn. 45), S. 49.

68 OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 411 (413) „Nicht zu beanstanden ist, wenn die Kommune in diesem Zusammenhang Gesichtspunkte der Verkehrssicherheit in ihre Erwägungen einfließen lässt, auch wenn diese Sicherheitsaspekte zugleich Gegenstand straßenverkehrlicher Regelungen sein können.“; VG Oldenburg, Beschluss v. 25.6.2015, Az. 5 B 2312/15, juris, Rn. 24; *Herber* (Fn. 34), S. 504; *Steiner* (Fn. 20), S. 34; *Peine* (Fn. 12), S. 146; *R. Ringwald*, Der rechtliche Handlungsspielraum für Kommunen bei der Förderung nachhaltiger Mobilität im öffentlichen Raum, ZUR 2019, 659 (660); *Manssen*, (Fn. 21), 154.

69 VG München, Urteil v. 4.3.1997, Az. M 2 K 96/5607, juris, Rn. 35.

70 VG Freiburg, Beschluss v. 10.8.2009, Az. 1 K 1055/09, juris, Rn. 23; VG Karlsruhe, Urteil v. 18.7.2008, Az. 1 K 478/07, juris, Rn. 16.

71 OVG Lüneburg NVwZ-RR 2016, 411 (413); *Steiner* (Fn. 20), S. 34.

Rechtsinstrument ist, und die Maßnahme mit einem ordnungsrechtlichen Rechtsinstrument umgesetzt werden müsste.⁷²

II. Potential für eine nachhaltige Gestaltung des öffentlichen Verkehrsraums

Eine abschließende Aufzählung aller denkbaren Gründe des öffentlichen Wohls, die die Behörde im Rahmen der Teileinziehung erwägen darf, ist nicht möglich.⁷³ Die weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals „öffentliches Wohl“ gibt den Behörden die Freiheit, mit der Teileinziehung nach einer nachhaltigen Gestaltung des öffentlichen Verkehrsraums zu streben. So ist nach herrschender Meinung in der Literatur das Ziel des Umweltschutzes ein abwägungsrelevanter Belang des Allgemeinwohls, den die Behörde im Rahmen der Teileinziehung erwägen darf.⁷⁴ Auch Erwägungen wie Klimaschutz und das Ziel der Klimaneutralität sind taugliche Belange. Ihre Erwägungen zur Verkehrssicherheit kann die Behörde erweitern und ausdrücklich die „Vision Zero“, also das Ziel, Unfälle mit Verkehrstoten und Schwerverletzten zu vermeiden, verfolgen. Auch das Streben nach einer nachhaltigen, menschen- und umweltgerechten Verkehrsraumgestaltung ist ein geeigneter Erwägungsgrund. Weitere Erwägungsgründe, die auch zukünftige Entwicklungen mit aufnehmen, sind denkbar.

Hier sind die Behörden bisher zurückhaltend. Sie stellen zwar bereits vielfältige Gesichtspunkte in ihre Erwägungen ein, ziehen sich dabei aber vor allem auf Erprobtes und Bewährtes im Rahmen der Einrichtung von Fußgängerzonen zurück.

72 Siehe dazu oben A., II., 2., sehr weit hingegen *Steiner* (Fn. 20), S. 34, der eine Widmungsbeschränkung auch dann für zulässig hält, wenn „verkehrliche [gemeint sind: straßenverkehrsrechtliche] Gesichtspunkte die tragende Rolle spielen“.

73 *Hügel* (Fn. 20), S. 29; *Beaucamp* (Fn. 33), S. 62.

74 *Steiner* (Fn. 28), S. 604; *Herber* (Fn. 34), S. 507; „Verbesserung der Lebens- und Umweltbedingungen in den durch den Kfz-Verkehr belasteten Gebieten“, zu eng allerdings auf S. 504: Belange des Umweltschutzes seien in den Belangen der Sicherheit und Ordnung eingeschlossen; *Röthel* (Fn. 45), S. 49; *Sauthoff* (Fn. 17), S. 132 „Belange des Landschaftsschutzes“; *R. Jahn*, Rechtsfragen innerstädtischer Verkehrsbeschränkungen, NZV 1994, 5 (8); *S. Weidlich*, Regelungsbedarfe zur Anpassung des Straßenverkehrs an den Klimawandel, NZV 2011, 73 (77).

D. Auftrag an den Gesetzgeber?

Das wirft die Frage auf, ob die Gesetzgeber der Länder aufgerufen sind, die Teileinziehungsvorschriften im Sinne einer zukunftsfähigen Verkehrsraumgestaltung zu ändern oder zu ergänzen und wie eine solche Änderung oder Ergänzung aussehen könnte.

I. Initiative des Berliner Gesetzgebers im Zuge des Mobilitätsgesetzes

Der Berliner Gesetzgeber hat in einer bislang bundesweit einzigartigen Initiative im Zuge des Mobilitätsgesetzes die Rechtsgrundlage der Teileinziehung um eine Soll-Vorschrift ergänzt.⁷⁵ In § 4 Abs. 1 Satz 4 BerlStrG heißt es seitdem:

„Von der Möglichkeit der Teileinziehung soll insbesondere dann Gebrauch gemacht werden, wenn zur Realisierung von Maßnahmen der Verkehrslenkung und Verkehrsberuhigung bestimmte Verkehrsarten auf Dauer von dem durch die Widmung der Verkehrsfläche festgelegten verkehrsüblichen Gemeingebrauch ausgeschlossen werden sollen.“⁷⁶

Mit einer Soll-Vorschrift bindet das Gesetz das Ermessen der Verwaltung für den Regelfall. Diese darf nur noch in atypischen Ausnahmefällen von der Entscheidung des Gesetzgebers abweichen.⁷⁷

Den Regelfall, in dem die Behörde teileinziehen soll, beschreibt der Gesetzgeber, indem er bestimmte Gründe des öffentlichen Wohls, nämlich „Verkehrslenkung“ und „Verkehrsberuhigung“, explizit nennt. Stellt die Behörde diese Erwägungen an, soll sie vom Instrument der Teileinziehung Gebrauch machen. Wie gesehen war „Verkehrsberuhigung“ jedoch bereits vor der Gesetzesänderung ein tauglicher Erwägungsgrund, den die Behörden nutzen und die Verwaltungsgerichte bestätigen.⁷⁸ Der weitere Erwägungsgrund „Verkehrslenkung“ öffnet den Tatbestand so weit, dass

75 Gesetz zur Neuregelung gesetzlicher Vorschriften zur Mobilitätsgewährleistung vom 5.7.2018, GVBl. Berlin 2018, S. 474 (477).

76 Die Initiative „Verkehrswende Hessen“ schlägt in ihrem Gesetzentwurf für ein „Verkehrswendegesetz“ genau diese Ergänzung auch für das Hessische StrG vor, siehe <https://verkehrswende-hessen.de/verkehrswendegesetz-volltext/>.

77 M.-E. Geis, in: F. Schoch/J.-P. Schneider (Hrsg.), *Verwaltungsrecht – Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl. 2022, § 40 Rn. 26.

78 VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 23.9.1993, Az. 5 S 2092/92, juris, Rn. 38; VG Karlsruhe, Urteil v. 18.7.2008, Az. 1 K 478/07, juris, Rn. 16; Herber (Fn. 34), S. 505; Hügel (Fn. 20), S. 29.

der Soll-Vorschrift jegliche Lenkungswirkung verloren geht. Es sind kaum Verkehrsbeschränkungen vorstellbar, die nicht auch das Ziel haben, den Verkehr in irgendeiner Weise zu lenken.

Mit dem Tatbestand „wenn [...] Verkehrsarten auf Dauer von dem durch die Widmung der Verkehrsfläche festgelegten verkehrüblichen Gemeingebrauch ausgeschlossen werden sollen“ wiederholt der Gesetzgeber den Tatbestand der Teileinziehung, wie ihn schon § 4 Abs. 1 Satz 3 BerlStrG vorsieht. Schließlich ist die Teileinziehung das Rechtsinstrument, um Benutzungsarten (mit Verkehrsarten dürften Benutzungsarten gemeint sein) vom Gemeingebrauch auszuschließen.

Die zusätzliche Soll-Vorschrift ändert also nichts an der vorherigen Rechtslage. Vielmehr liest sie sich so, als sollte sie die Behörden darauf aufmerksam machen, wofür die Teileinziehung eigentlich da ist und sie so an ein existierendes, aber wenig gebrauchtes Rechtsinstrument erinnern. So heißt es in der Vorlage des Senats zur Beschlussfassung im Abgeordnetenhaus kurz und knapp: diese „Regelung ist eine Klarstellung und auch ein Statement.“⁷⁹

II. Diskussionsvorschläge für eine Ergänzung der Teileinziehungsvorschriften im Sinne einer nachhaltigen Verkehrsgestaltung

Am Schluss dieser Untersuchung sollen Diskussionsvorschläge für eine Ergänzung der Teileinziehungsvorschriften stehen, die an die Behörde den klaren Auftrag richten, mithilfe der Teileinziehung, die Verkehrsraumgestaltung in nachhaltiger und zukunftsgerichteter Art und Weise voranzutreiben.

In Betracht kommt zunächst, die Gründe des öffentlichen Wohls zu präzisieren, um die öffentlichen Interessen, die die Behörde in ihre Erwägung einstellen kann, in eine bestimmte Richtung zu lenken.⁸⁰ Denkbar wäre in diesem Sinne folgende Ergänzung: „Überwiegende Gründe des

79 Abg.-Haus Berlin Drs. 18/0878 v. 27.02.2018, S. 78.

80 So auch der Vorschlag in A. Hermann/S. Klinski/P. Kasten/D. Heyen, Rechtliche Hemmnisse und Innovationen für eine nachhaltige Mobilität – untersucht an Beispielen des Straßenverkehrs und des öffentlichen Personennahverkehrs in Räumen schwacher Nachfrage, 2019, S. 106: „Überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls liegen insbesondere vor, wenn die Einziehung zum Zwecke einer auf Vermeidung und Verringerung von Verkehr oder von Belastungen durch den Verkehr ausgerichteten Entwicklung erforderlich ist“.

öffentlichen Wohls liegen insbesondere vor, wenn die Teileinziehung eine menschen- und umweltgerechte Verkehrsgestaltung fördert.“ Vorteil dieser Regelung wäre, dass sie den weiten Spielraum der Behörden nicht einschränkt, aber gleichzeitig eine politische Lenkungswirkung vorgibt. Nachteil der Regelung wäre, dass sie mit „menschen- und umweltgerechte Verkehrsgestaltung“ einen weiteren unbestimmten Rechtsbegriff einführt, den die Behörden zunächst auslegen müssten.

Ein anderer Ansatz wäre, das Tatbestandsmerkmal der Benutzungsarten oder Benutzungszwecke zu präzisieren. Denkbar wäre etwa folgende Ergänzung: „Von der Möglichkeit der Teileinziehung soll insbesondere Gebrauch gemacht werden, um den Gemeingebrauch auf menschen- und umweltgerechte Benutzungsarten und Benutzungszwecke zu beschränken.“ Auch hier wird jedoch wieder ein auslegungsbedürftiger, unbestimmter Rechtsbegriff eingeführt. Um dies zu vermeiden, könnte der Gesetzgeber auch bestimmte Benutzungsarten und -zwecke ausdrücklich nennen und so normativ für den Gemeingebrauch privilegieren.⁸¹ Das könnte z.B. so aussehen: „Von der Möglichkeit der Teileinziehung soll insbesondere Gebrauch gemacht werden, um den Gemeingebrauch auf nicht motorisierten Verkehr/öffentlichen Personennahverkehr zu beschränken“.

Die vorgestellten Diskussionsentwürfe würden nicht über das hinaus gehen, was bereits jetzt im Rahmen der Teileinziehungsvorschriften möglich ist. Der Gesetzgeber würde also nichts Neues regeln, aber eine politisch gewünschte Lenkungswirkung einpflegen. Vor dem Hintergrund der drängenden Herausforderungen im Straßenverkehr erscheint das – wenn auch formal nicht notwendig – so doch wünschenswert.

E. Fazit

Der Beitrag hat gezeigt, dass die straßenrechtliche Teileinziehung ein Rechtsinstrument ist, das die Straßenbehörden zur nachhaltigen und zukunftsfähigen Gestaltung des öffentlichen Verkehrsraums gezielt einsetzen

81 So z.B. § 6 Abs. 2 Satz 1 HWG: Die Widmung kann auf einzelne Verkehrsarten sowie auf einzelne Verkehrszwecke, insbesondere den Anliegerverkehr, den Wirtschaftsverkehr oder den öffentlichen Personennahverkehr beschränkt werden und § 5 Abs. 1 Satz 3 StrG Bremen: Soweit die Widmung sich auf den verkehrlichen Gemeingebrauch bezieht, kann sie auf einzelne Verkehrsarten sowie auf einzelne Verkehrszwecke, insbesondere den Anlieger-, den Lade-, den „Park-and-ride“ oder den öffentlichen Personennahverkehr beschränkt werden.

können. Dabei müssen sie die Kompetenzgrenzen beachten, die sich insbesondere aus dem Straßenverkehrsrecht, aber auch aus dem Recht der Luftreinhaltung ergeben. Gerade diese Abgrenzung birgt für die Nutzung der Teileinziehung jedoch eine besondere Chance. Die Behörden müssen sich davon emanzipieren, verkehrliche Maßnahmen nur als Reaktionen auf Gefahrensituationen zu sehen. Nicht immer ist eine konkrete Gefahr das drängendste Motiv, um den Verkehrsraum für bestimmte Verkehrsarten zu beschränken. Abseits von den Anforderungen des Gefahrenabwehrrechts können die Behörden hier gestalten. Es gilt die Bedeutung des Straßenrechts hier „wieder stärker zu betonen und zugleich die Gestaltungsmöglichkeiten [...] stärker in den Vordergrund zu rücken“.⁸² Dabei steht den Behörden ein weiter Erwägungsspielraum zu, den sie noch bestimmter und mutiger im Sinne der Verkehrswende ausnutzen können. Zusätzlich ist der Gesetzgeber aufgerufen, die Teileinziehungsvorschriften entsprechend zu ergänzen.

82 Axer (Fn. 1), S. 885.

Autonomes Fahren im ÖPNV – Zum neuen Rechtsrahmen für autonome öffentliche Verkehrsangebote, den offenen Regulierungsfragen und dem Beitrag zum Klimaschutz

Emanuele Leonetti

Inhaltsübersicht

A. Technologische Innovationen in der öffentlichen Mobilität und ihre Auswirkungen auf den Klimaschutz	167
B. Divergente Zielvisionen zum autonomen Fahren	169
C. Zum Begriff des Autonomen Fahrens	170
D. Status quo des autonomen Fahrens im deutschen ÖPNV	172
E. Rechtliche Rahmenbedingungen des autonomen Fahrens im ÖPNV	174
I. Personenbeförderungsrechtliche Perspektive auf das autonome Fahren im ÖPNV	175
II. Straßenverkehrsrechtliche Perspektive auf das autonome Fahren im ÖPNV	177
1. Grundsätze des straßenverkehrsrechtlichen Regimes	177
2. Der status quo ante der Genehmigung und Zulassung autonomer Shuttlebusse im ÖPNV	179
3. Der neue Rechtsrahmen zum autonomen Fahren – Gesetz zum autonomen Fahren und Durchführungsverordnung (AFGBV)	181
a) Betriebserlaubnis	181
b) Betriebsbereich	182
c) Zulassung	182
d) Technische Aufsicht statt Fahrzeugführer:in	183
e) Erprobungsgenehmigung	185
III. Rechtliche Würdigung zum neuen Rechtsrahmen für autonomes Fahren	185
F. Fazit	187

A. Technologische Innovationen in der öffentlichen Mobilität und ihre Auswirkungen auf den Klimaschutz

Der (öffentliche) Verkehrssektor steht vor einem disruptiven Veränderungsprozess. Die Digitalisierung, Elektrifizierung und Vernetzung von Verkehrssystemen, ist neben der Einführung von autonomen Systemen und künstlicher Intelligenz omnipräsent. Vielfältige neue Mobilitätslösun-

gen drängen auf den Markt, sowohl *App-gestützte digitale On-Demand-Angebote*, *Mikromobilitätslösungen* wie *E-Scooter* und *Bike-Sharing-Angebote* als auch zukünftig autonome Verkehrsangebote. Neben dem Versprechen zu mehr Verkehrssicherheit und -effizienz, vereint sie alle das Versprechen einen wesentlichen Beitrag zum Klimaschutz und einer nachhaltigen Verkehrswende zu leisten.

Dieser ist auch dringend nötig, denn nach wie vor ist der Verkehrssektor das Sorgenkind, wenn es um die Erreichung der Klimaschutzziele geht.¹ Zunehmend wird klar, dass eine alleinige Antriebswende im motorisierten Individualverkehr hin zur E-Mobilität nicht ausreichend ist. Vielmehr bedarf es einer nachhaltigen und strukturellen Veränderung des Mobilitätssystems und -verhaltens, wenn die Klimaschutzziele im Verkehr erreicht werden sollen. Insbesondere das BVerfG-Urteil zum Klimaschutzgesetz hat klargestellt, dass der Gesetzgeber tätig werden muss, wenn er zukünftigen Generationen ihrer Gestaltungsmöglichkeiten nicht entziehen will.² Für den Klimaschutz im Verkehrssektor wird deswegen dem öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) eine zentrale Rolle zugesprochen. Wie kein anderes Verkehrsmittel „bündelt“ der heutige Linienverkehr die Fahrtwünsche für eine Vielzahl von Fahrgästen und vermeidet so CO₂-Emissionen.

Doch die damit verbundene Gewährleistung der öffentlichen Mobilität als Daseinsvorsorge stellt die Verkehrsunternehmen vor große Herausforderungen – insbesondere hinsichtlich Zugänglichkeit, Barrierefreiheit, Sicherheit, Servicequalität und Kosten.³ In urbanen Räumen und Metropolregionen kommen Verkehrsangebote und insbesondere die Verkehrsinfrastruktur zunehmend an ihre Leistungsgrenzen – was nicht zuletzt im Rahmen der bundesweiten 9-Euro-Ticket-Aktion deutlich geworden ist. In ländlichen Räumen gestaltet sich der wirtschaftliche Betrieb öffentlicher Mobilität – infolge des demografischen Wandels und der damit verbundenen Ausdünnung von Versorgungs- und Siedlungsstrukturen – immer schwieriger, sodass in vielen Gegenden Deutschlands außer dem morgendlichen Schulbus kein öffentliches Mobilitätsangebot besteht und Bürger:innen weiterhin auf ihren privaten PKW angewiesen sind.

1 Vgl. UBA, Projektionsbericht zum Klimaschutz im Verkehr <https://www.umweltbundesamt.de/themen/verkehr-laerm/klimaschutz-im-verkehr#ziele>; sowie grundsätzlich S. Schlacke, Klimaschutz im Mehrebenensystem, NVwZ 2022, 905 (905 ff.).

2 Vgl. BVerfG NVwZ 2021, 951 (951 f., 953 ff.).

3 Vgl. I. Luchmann et al., FOPS-Bericht 70.941 - Voraussetzungen & Einsatzmöglichkeiten von automatisiert und elektrisch fahrenden (Klein-) Bussen im ÖPNV, 2019, S. 10 ff.

Vor diesem Hintergrund wird dem autonomen Fahren im ÖPNV ein erhebliches Potential zugesprochen, denn es kann zur Attraktivitätssteigerung, Wirtschaftlichkeit und dem Kapazitätsausbau beitragen. So sind auch die Bürger:innen davon überzeugt⁴, dass das autonome Fahren im ÖPNV einen Mehrwert für den Klimaschutz bietet.⁵ Aus der rechtlichen Perspektive stellt sich demnach die Frage, welche regulatorischen Rahmenbedingungen zu setzen sind, um das autonome Fahren im ÖPNV zum Erfolgsfaktor für den Klimaschutz im Verkehr werden zu lassen.

B. Divergente Zielvisionen zum autonomen Fahren

Neben dem Wunsch zur Verwirklichung der „*Vision Zero*“⁶ und der Erhöhung der Verkehrssicherheit, sind die Zielbilder der Fahrzeugindustrie über viele Jahre davon geprägt gewesen, das privat genutzte Auto zum Lebensmittelpunkt zu machen. Moderne *High-Tech-Kapseln*, die Menschen selbstständig zu ihren Zielorten bringen, in denen sie schlafen, essen, arbeiten oder Zeit mit der Familie bringen können, während parallel Daten über das Nutzungsverhalten erhoben werden, umso bessere Werbevorschläge für den nächsten Online-Einkauf vorzuschlagen. Doch es ist fraglich, ob eine solche „Robo-Taxi-Vision“ sozial verträglich, umwelt- und klimarecht sein würde.

Um die Klimaschutzziele zu erreichen, erscheint es vielmehr notwendig, ein integriertes Zielbild zu verfolgen, in der ein differenziertes öffentliches Verkehrsangebot vorherrscht und den Hochleistungs-ÖPNV⁷ an den Hauptverkehrsachsen verstärkt. Über digitale Mobilitätsplattformen wird den Fahrgästen ein inter- und multimodales Verkehrsangebot bereitgestellt, das durchgängige Reiseketten ermöglicht und die Notwendigkeit des eigenen (Zweit- und Dritt-) Fahrzeugs obsolet macht. Auf der anderen Seite wird es den Kommunen und Städten ermöglicht, zielgenau Angebote

4 Vgl. <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Autonomes-Fahren-Klimaschutz-groesster-Vorteil#item-16854>.

5 Vgl. VDV, Zukunftsszenarien autonomer Fahrzeuge – Chancen und Risiken für Verkehrsunternehmen, 2015, S. 16 ff.; FGSV, Chancen und Risiken des autonomen und vernetzten Fahrens aus der Sicht der Verkehrsplanung, 2020, S. 8.

6 Vision Zero = keine Verkehrstote. Vgl. BReg, Strategie automatisiertes und vernetztes Fahren, S. 9, wie auch BT-Drs. 27439, S. 2, 27 ff.

7 Unter Hochleistungs-ÖPNV-Angeboten werden S- und U-Bahnen, sowie Schnellbusysteme und sog. BRT-Systeme (bus rapid transit) in den Verkehrswissenschaften verstanden.

aufzubauen und so zum gemeinwohlorientierten Orchestrer individualisierter öffentlicher Mobilität zu werden und so mehr Lebensqualität durch eine moderne Mobilitäts-Daseinsvorsorge zu schaffen. Durch das autonome Fahren wird dieses Zielbild realisierbarer. Doch was ist genau unter autonomen Fahren zu verstehen?

C. Zum Begriff des Autonomen Fahrens

Im politischen Diskurs wird autonomes Fahren meist mit automatisierten und/oder vernetzten Fahrens vermengt. In der wissenschaftlichen Praxis hat sich jedoch im Wesentlichen die Begriffstaxonomie der SAE⁸ durchgesetzt. Diese klassifiziert die Stufen der Automatisierung danach, wie die dynamische Fahraufgabe⁹, die Rückfallebene¹⁰ und die sog. *Operational Design Domain* (ODD)¹¹ ausgestaltet sind.¹²

SAE-Stufe	Automatisierungsgrad	Beschreibung	Beispiel
0	Keine Automatisierung	Fahrer:in führt dauerhaft Längs- und Querführung aus	kein Eingriff des Fahrzeugsystems
1	assistent	Fahrer:in führt dauerhaft Längs- oder Querführung aus; Fahrzeugsystem übernimmt die jeweils andere Funktion	Tempomat
2	teilautomatisiert	Fahrer:in muss das Fahrzeugsystem dauerhaft überwachen; Fahrzeugsystem übernimmt Längs- und Querführung in einem spezifischen Anwendungsfall	Spurhalte-Assistent

- 8 SAE J3016 – Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles, Stand 6/2018. Die Society of Automotive Engineers (SAE) ist eine Organisation, die weltweit Mobilitätstechnologien standardisiert und bewertet. Die SAE J3016 klassifiziert die Stufen des autonomen Fahrens und spezifiziert (Mindest-) Anforderungen an die technische Bewältigung der Fahraufgabe.
- 9 Alle operativen und taktischen Echtzeitaufgaben die zum Betrieb eines Fahrzeugs im Straßenverkehr benötigt werden, vgl. SAE J3016, Nr. 3.13.
- 10 D.h. wer oder was bei Erreichen der Systemgrenze die Fahraufgabe übernimmt, vgl. SAE J3016, Nr. 3.1.
- 11 Operational Design Domain – bezeichnet alle Betriebsbedingungen (Umgebungs-, Ort, Zeit, Wetter, Straßenbedingungen etc.), die für das Funktionieren der automatisierten/autonomen Fahrfunktion gegeben sein müssen, vgl. SAE J3016, Nr. 3.22.
- 12 Vgl. vertiefend: T. Leonhardt, in: K. J. Chibanguza/C. Kuß/H. Steege (Hrsg.), Handbuch Künstliche Intelligenz, 2021, § 3 A, Rn. 11 ff.

3	bedingte Automatisierung	Fahrer:in muss das System nicht mehr dauerhaft überwachen, aber potenziell übernehmen; Fahrzeugsystem wie Stufe 2, aber erkennt Systemgrenzen und fordert mit Zeitreserve zur Übernahme durch Fahrer:in auf	Staupilot
4	Hochautomatisierung	Keine Fahrer:in in spezifischen Anwendungsfällen erforderlich; Fahrzeugsystem kann im spezifischen Anwendungsfall alle Situation automatisch bewältigen	Automatischer Einpark-Service / <i>Automated Valet Parking (AVP)</i>
5	Vollautomatisierung	Fahrerlos , Von Start bis Ende keine Fahrer:in erforderlich; Fahrzeugsystem übernimmt alle Fahraufgaben vollumfänglich unter allen Bedingungen und in jeder Geschwindigkeit	Robotaxi-Dienst

Abbildung 1: Veranschaulichung der SAE-Stufen

Inzwischen finden sich Begriffsdefinition des automatisierten und autonomen Fahrens auch im materiellen Recht wieder, insbesondere in §§ 1a ff. StVG und in Art. 3 Nr. 21, 22 (EU) 2019/2144.¹³ Für die nachfolgende Untersuchung wird unter autonomen Fahren die Definition der SAE-Stufe 4 zugrunde gelegt – das fahrerlose Fahren in spezifischen Anwendungsfällen. Denn für die volle Potentialentfaltung ist es im ÖPNV wesentlich, dass der Betrieb auf einer spezifischen Linie oder im Quartier autonom (also ohne Fahrzeugführer:in) innerhalb eines abgegrenzten Gebiets realisiert wird. So ist es auch denkbar, punktuell Unterstützungen durch Infrastruktur-Komponenten oder durch Freigaben einer Leitstelle erfolgen zu lassen und schrittweise zu optimieren. Jedoch ermöglicht erst der autonome Betrieb nach der SAE-Stufe 4 das wirtschaftliche Potenzial für eine effektive Angebotserweiterung zu schöpfen. Folglich sind Verkehrsunternehmen angehalten, das autonome Fahren strategisch zu begreifen, aktiv zu begleiten und in die eigenen Verkehrsangebote zu integrieren.¹⁴

13 Verordnung (EU) 2019/2144 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019, über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge im Hinblick auf ihre allgemeine Sicherheit und den Schutz der Fahrzeuginsassen und von ungeschützten Verkehrsteilnehmern, ABl. EU 2019, Nr. L 325/1.

14 Vgl. T. Ackermann, in: Digitale Transformation des ÖPNV – Chancen, Lösungen und Herausforderungen für die Branche, 2020, S. 240 (240 f.).

D. Status quo des autonomen Fahrens im deutschen ÖPNV

Bereits seit einigen Jahren finden bundesweit zahlreiche Erprobungsprojekte zum autonomen Fahren im ÖPNV statt.¹⁵ In über 60 Reallaboren¹⁶ werden die Einsatzmöglichkeiten von autonomen Shuttlebussen im ÖPNV erprobt. Hierbei kommen vorwiegend umgangssprachlich genannte „People-Mover“¹⁷ zum Einsatz, also konzeptionell neu gestaltete Fahrzeuge, die über keine Pedalerie und Lenkrad verfügen. Die Fahrzeuge werden mit zusätzlicher Sensorik und Messtechnik ausgestattet sind und mittels Joysticks und interaktiver Benutzeroberflächen bedienbar.¹⁸ Der Fokus bisheriger Erprobungen liegt in der Akzeptanzgewinnung der Fahrgäste, dem Testen des technischen Reifegrads für den ÖPNV-Betrieb, sowie darin Abschätzungen zur Wirtschaftlichkeit neuer Angebote zu treffen.¹⁹

Aufgrund der niedrigen Geschwindigkeit (18 km/h) stellen die autonomen Shuttles oftmals noch ein Verkehrshindernis für den fließenden Verkehr dar. Aufgrund der technischen Reife und der regulatorischen Rahmenbedingungen werden die Fahrzeuge heute noch durch Sicherheitsfahrer:innen überwacht. Ein eigenständiges Umfahren von Hindernissen erfolgt nicht automatisch, sondern wird manuell durch die Sicherheitsfahrer:innen durchgeführt. Schließlich sind auch die Sicherheitskonzepte noch

15 Eine Übersicht der Projekte findet sich unter: <https://www.vdv.de/innovationslandkarte.aspx>.

16 Vgl. vertiefend zu Definition und Umfang von Reallaboren, BMWi, Handbuch Reallabore, Juli 2019; sowie E. Leonetti (Fn. 12), § 3 Q, Rn. 4 ff. mwN.

17 Bei den im Einsatz befindlichen Shuttle-Buskonzepten handelt es sich vielmehr um sog. „Automated-Driving-System – Dedicated Vehicles“ (ADS-DV). Diese werden im deutschen Sprachraum oft (fälschlicherweise) auch als „People-Mover“ bezeichnet werden. Verkehrswissenschaftlich werden unter „People-Mover-Systemen“ automatisch geführte Schienenverkehrssysteme bezeichnet. Prominentes Beispiel eines „echten“ People-Movers in Deutschland ist der „Skytrain“ des Flughafens Düsseldorf.

18 Vgl. vertiefend zu den Shuttle-Fahrzeugen: A. Holst, Voraussetzung an die Infrastruktur für den Einsatz automatisierter Fahrzeuge im ländlichen Raum, 2022, S. 34 ff., 124 ff.

19 M. Schmitz, Attraktive Mobilität für alle, Nahverkehrspraxis 1/2020, 36 (39); S. Bieschke/B. Lux, Betriebliche Aspekte automatisierter öffentlicher Busverkehrsangebote, Der Nahverkehr 6/2021, 24 (27 ff.); E. Leonetti, in: M. Hermann/M. Knauff (Hrsg.) Autonomes Fahren – Ethische, rechtliche und politische Perspektiven, 1. Aufl. 2021, S. 79 (82 ff. mwN).

nicht ausreichend und die Fahrzeugsysteme besitzen nicht die erforderliche Resilienz, die für einen Regelbetrieb im ÖPNV-Einsatz erforderlich sind.²⁰

So sind die aktuell in der Erprobung befindlichen Konzepte aus Betreiber-Sicht noch nicht für einen autonomen Beförderungsbetrieb im ÖPNV geeignet.²¹ Hierfür sind verschiedene weitere Gründe ausschlaggebend. Zum einen bestehen insbesondere für den autonomen Betrieb im ÖPNV noch keine verbindlichen technischen Standards und Mindestanforderung an die Fahrzeuge²² und Strecken²³, sodass das Innenraum-Konzept noch nicht auf einen autonomen Betrieb ausgelegt ist.²⁴

Für den ÖPNV ist hierbei das Ziel der Erreichung vollständiger Barrierefreiheit besonders hervorzuheben, vgl. § 8 Abs. 3 S. 3 PBefG. Zwar sind die im Einsatz befindlichen autonomen Shuttlebusse mit elektrischen Rampen ausgestattet – besondere taktile Hilfen oder Standards im Hinblick auf die Barrierefreiheit werden jedoch noch nicht erfüllt. Insbesondere für den Zugang zum Fahrzeug wird dies in der Zukunft von besonderer Bedeutung sein. Die DIN 18040-3 geht zur Erreichung der vollständigen Barrierefreiheit von einem maximalen Spalt- und Stufenmaß von jeweils 5 cm aus. Für den Einsatz im ÖPNV müssen die Shuttlebusse jedoch unterschiedliche Bordsteinhöhen anfahren können, was bedeutet, das Restspaltmaß bzw. die Einstiegshöhe zu reduzieren – bspw. durch Absenkung des Fahrzeugs (sog. *Kneeling*). Ein lediglich eingeschränkter barrierefreier Einstieg autonomer Fahrzeuge im ÖPNV könnte für die Praxis das Vorhandensein zusätzlicher Betriebspersonale bedeuten. Bei Fahrzeugen der EG-Fahrzeugklasse-M1²⁵ ist der barrierefreie Zustieg bspw. von Rollstuhlnutzer:innen noch nicht umgesetzt. Doch erst ein inklusives und barrierefreies autonomes Verkehrs-

20 Weitere Hinweise zum Stand der Technik, vgl. C. Rentschler et al., Systemgrenzen in der Routenplanung autonomer Shuttlebusse, in: H. Proff (Hrsg.), Neue Dimensionen der Mobilität, 2020, S. 320; J. C. Kolb et al., Technische Aspekte des automatisierten Fahrens, in: Autonome Shuttlebusse im ÖPNV, 2020, S. 57 ff.; I. Luchmann et al. (Fn. 3), S. 15 ff.

21 S. Bieschke/B. Lux (Fn. 19), 24, 28 f.

22 Z.B. an Steh- und Sitzplätze, Mehrzweckbereiche, Barrierefreiheit, Mensch-Maschinen-Interaktionsinterfaces.

23 Z.B. bestimmte Raumtypologien und anwendungsspezifische Infrastrukturanforderungen.

24 S. Bieschke/B. Lux (Fn. 19), 24, 25 ff. Weitere Hinweise zum Stand der Technik, vgl. C. Rentschler et al., (Fn. 20), S. 319 (320 ff.); J. C. Kolb et al., (Fn. 20) S. 57 (58 ff.); I. Luchmann et al. (Fn. 3), S. 15 ff.

25 D.h. klassischen PKWs, vgl. Art. 4 Abs. 1a der Verordnung (EU) 2018/858.

angebot kann eine effiziente Verkehrsverlagerung zugunsten des ÖPNVs ermöglichen und damit auch dem Klimaschutz dienen.

Die Erreichung vollständiger Barrierefreiheit iSd § 8 Abs. 3 S. 3 PBefG hat für ÖPNV-integrierte Verkehrsangebote auch rechtliche Bedeutung, da es sich hierbei um ein „Planungsziel“ handelt. Dies bedeutet für die Praxis, dass im Rahmen der Nahverkehrsplanung (Mindest-) Anforderungen bzw. Ausnahmen an die Barrierefreiheit definiert werden müssen, es jedoch (noch) keinen (einklagbaren) Anspruch auf die Erreichung dieses Ziels besteht. Die Bundesregierung hat jedoch im Koalitionsvertrag erklärt bis spätestens 2026 die Ausnahmemöglichkeiten abzuschaffen, sodass sich zumindest bis dahin kein Anspruch auf vollständige Barrierefreiheit ergibt, solange die Nachverkehrspläne entsprechende Ausnahmen vorsehen.²⁶

Im Ergebnis bestehen demnach grundsätzlich ausreichend Erfahrungswerte für die Einführung autonomer Verkehrssysteme bei den Verkehrsunternehmen und eine eindeutige Bedarfsabschätzung für die weitere technische Entwicklung, um so einen Hochlauf im ÖPNV zu ermöglichen.

E. Rechtliche Rahmenbedingungen des autonomen Fahrens im ÖPNV

Im Kontext des autonomen Fahrens werden verschiedene Rechtsbereiche berührt. Die betrifft u.a. das Straßenverkehrs-, Datenschutz-, Haftungs-, Verfassungs-, Straf- wie auch das Personenbeförderungsrecht.²⁷ Für die weitere Betrachtung und insbesondere für die ÖPNV-Praxis relevant, sind das Personenbeförderungsrecht, da es die Voraussetzungen öffentlicher Verkehrsangebote bestimmt und das Straßenverkehrsrecht, welches den Betrieb von Kraftfahrzeugen auf öffentlichen Straßen regelt, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen hierauf konzentrieren.

26 Vgl. *SPD/Grüne/FDP*, Mehr Fortschritt wagen – Koalitionsvertrag 2021-2025, 2021, S. 78.

27 Vgl. *T. Ackermann et al.*, RAMONA-Abschlussbericht, 2020, S. 8 ff., sowie zu den einzelnen Rechtsgebieten im Detail, *K. J. Chibanguua/C. Kuß/H. Steege* (Hrsg.), (Fn. 12), § 3 Verkehr und Mobilität, S. 227 ff. mwN.

I. Personenbeförderungsrechtliche Perspektive auf das autonome Fahren im ÖPNV

Das Personenbeförderungsgesetz (PBefG) stellt das „Grundgesetz für die öffentliche Mobilität“ dar. Nur innerhalb seiner Grenzen ist die geschäftsmäßige Beförderung genehmigungsfähig, vgl. § 1 Abs. 1 PBefG. Das PBefG unterscheidet zwar zwischen der Beförderung in PKW, Bussen und Straßenbahnen, allerdings nicht zwischen Fahrzeugen mit und ohne Fahrer:in.²⁸ Auch bei den Genehmigungsvoraussetzungen in § 13 Abs. 1 PBefG wird nicht danach gefragt, wer das Fahrzeug fährt, denn der entscheidende Anknüpfungspunkt für das Beförderungsrecht ist der *Verkehrsunternehmer*, dessen fachliche Eignung, finanzielle Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gegeben sein muss.²⁹ Folglich findet das PBefG auch für autonome Verkehrsleistungen Anwendung und bildet hierfür den genehmigungsrechtlichen Rahmen.³⁰

Genehmigungsrechtlich entscheidend für die konkrete „autonome“ Verkehrsart ist, dass sie den Typenzwang³¹ des PBefG erfüllt. Der numerus clausus der Verkehrsformen des PBefG bestand bis zur PBefG-Novelle 2021³² vornehmlich im Linienverkehr nach §§ 42ff. PBefG oder im Gelegenheitsverkehr nach §§ 46ff. PBefG. Mit der PBefG-Novelle 2021 ist für sog. *On-Demand- bzw. Ridepooling*³³-Angebote sowohl ÖPNV-integriert als Linienbedarfsverkehr nach § 44 PBefG, als auch außerhalb des ÖPNV als Ge-

28 Die Erwähnung des Fahrers in § 50 Abs. 1 S. 3 PBefG hat allenfalls deklaratorische Bedeutung. Und auch die Erwähnung „Die Vermietung von Taxen an Selbstfahrer ist verboten.“ in § 47 Abs. 5 PBefG ist eine alte Regelung, die keinen Bezug zum autonomen Fahren hat.

29 Vgl. zu den Anforderungen im Detail, C. Heinze, in: C. Heinze/M. Fehling/L. H. Fiedler (Hrsg.), PBefG-Kommentar, 2. Auflage 2014, § 13 PBefG Rn. 1 ff.

30 Vgl. vertiefend E. Leonetti (Fn. 12), § 3 Q, Rn. 6 ff.; so im Ergebnis auch von B. v. Bodungen/M. Hoffmann, Digitale Vermittlung, Pooling, autonomes Fahren: Rechtsrahmen plattformbasierter Mobilitätsangebote vor dem Hintergrund der geplanten PBefG-Novelle, RDt 2021, 93 (100).

31 Vgl. hierzu M. Bauer, PBefG-Kommentar, 1. Auflage 2009, § 2 Rn. 26 ff.; KCW, Gutachten zum Reformbedarf des PBefG, 2017, S. 19 f.

32 Zur PBefG-Novelle im Detail, vgl. BT-Drs. 19/26819; B. Linke, Neue Verkehrsformen im Personenbeförderungsrecht, NVwZ 2021, 1001 (1002 ff.); B. v. Bodungen/M. Hoffmann (Fn. 30), RDt 2021, 94 ff.

33 Zur Begriffsdefinition des „Ridepooling, -hailing, -sharing“ vgl. u.a.: VDV-Mitteilung 9067 – Ridepooling als Teil des ÖPNV, S. 7 ff. und DIN SPEC 91340 – Terminologie der intelligenten individuellen Mobilität, S. 3 ff.

bündelter Bedarfsverkehr nach § 50 PBefG eine eigene Rechtsgrundlage mit spezifischen Rechten und Pflichten geschaffen worden.³⁴

Der Linienbedarfsverkehr nach § 44 Abs. 1 S. 1 PBefG ermöglicht die Beförderung und Bündelung von Fahrgastwünschen ohne festen Linienweg von und zu bestimmten Haltepunkten innerhalb eines festgelegten Bediengebiets und festgelegter Bedienzeiten. Der Linienbedarfsverkehr wird ausdrücklich als ÖPNV iSd § 8 Abs. 1 PBefG – auch in seinen Rechten und Pflichten³⁵ – gewertet und kann durch den ÖPNV-Aufgabenträger bestellt werden.³⁶ Der neue gebündelte Bedarfsverkehr nach § 50 Abs. 1 PBefG ermöglicht das *Ridepooling* außerhalb des ÖPNV und dem Verkehrsunternehmen die Beförderung von Personen bei mehreren Beförderungsaufträgen entlang ähnlicher Wegstrecke gebündelt auszuführen, § 50 Abs. 1 S. 1 PBefG. Die Mitnahme von wartenden Fahrgästen ist hingegen nicht gestattet, sondern nur bei vorheriger Bestellung zulässig (§ 50 Abs. 1 S. 4), um das Abstandsgebot zu anderen Verkehrsformen (insbes. dem Taxenverkehr) zu wahren.³⁷ Für den gebündelten Bedarfsverkehr besteht gem. § 50 Abs. 1 S. 6 PBefG hingegen keine Betriebs- und Beförderungspflicht iSd §§ 21, 22 PBefG.

In der Gesamtschau bietet das neue PBefG einen fundierten Rechtsrahmen, der die Einführung von neuen *On-Demand-Verkehren* ermöglicht. Zusätzlich bestimmt nun auch § 1a PBefG, dass *Klimaschutz und Nachhaltigkeit* als Ziele zu berücksichtigen sind.³⁸ Dass die Novelle auch zu den erhofften Verbesserungen geführt hat, zeigen die bundesweit entstehen Linienbedarfsverkehre – insbesondere im ländlichen Raum.³⁹ Die Angebote sind zwar schwer (eigen-)wirtschaftlich umzusetzen, doch mit der Automatisierung der Fahrzeuge ist die Erwartung verbunden, mehr Angebote in

34 Weiterhin vertiefend: B. Linke (Fn. 32), 1002 ff.; B. v. Bodungen/M. Hoffmann (Fn. 30), 94 ff.; D. Wüstenberg, Änderungen im PBefG 2021, RdTW 2021, 250 (252 ff.).

35 Vgl. grundlegend zu den Rechten und Pflichten des ÖPNV-Linienverkehrsunternehmers: T. Hilpert, Fahrgastrechte- und -pflichten der ÖPNV-Linienverkehre nach dem PBefG, 2012; sowie Heinze (Fn. 29), §§ 21, 22 PBefG mwN.

36 Vgl. BT-Drs. 19/26175, S. 47 f. Ähnlicher Vorschlag durch die Einführung einer neuen Verkehrsform „Flächenverkehr“ bereits: J. Niemann/J. Blatt von Raczeck, Argumentationspapier PBefG-Novelle, 2019, S. 22; kritisch zur Einordnung von On-Demand-Verkehren unter Linienverkehren: H. Baumeister/F. Berschin, Verkehr und Technik 8/2020, 287 (288 ff.).

37 Vgl. BT-Drs. 19/26175, S. 50 ff.; Wüstenberg (Fn. 34), 255.

38 Vgl. BT-Drs. 19/26175, S. 37 f.

39 Erste Zahlen zur Umsetzung der PBefG-Novelle bei den Verkehrsunternehmen finden sich auf: <https://www.vdv.de/ondemandumfrage22.aspx>.

die Fläche zu bringen und ihren Kostendeckungsgrad deutlich zu erhöhen.⁴⁰ Im Grundsatz ist das Personenbeförderungsrecht demnach für autonomes Fahren gerüstet und bietet einen hinreichend konkreten und geeigneten Rechtsrahmen für die Einführung autonomer Verkehrsangebote.⁴¹

II. Straßenverkehrsrechtliche Perspektive auf das autonome Fahren im ÖPNV

Den wesentlichen Kern für die Einführung autonomer Fahrzeuge im ÖPNV bildet das Straßenverkehrsrecht. Hierbei ist hervorzuheben, dass das nationale Straßenverkehrsrecht in hohem Maße von europäischen und völkerrechtlichen Normen determiniert wird – insbesondere durch die europäische Typengenehmigungsverordnung (EU) 2018/858 für das Genehmigungs- und Zulassungsrecht und durch das Wiener Übereinkommen über den Straßenverkehr (WÜStV) für das Verhaltensrecht.

1. Grundsätze des straßenverkehrsrechtlichen Regimes

Das primär zu betrachtende Straßenverkehrs(-verwaltungs-)recht kann in zwei Teilbereiche eingeordnet werden. Der erste Teilbereich betrifft das Genehmigungs- und Zulassungsrecht. Es bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Fahrzeuge auf öffentlichen Straßen in Betrieb genommen werden dürfen („Ob“). Die hierfür relevanten Normen und Regelwerke sind auf nationaler Ebene u.a. das StVG, FZV, StVZO. Das grundsätzliche Verfahren zur Zulassung eines Kraftfahrzeugs zum Straßenverkehr erfolgt dabei zweistufig: Auf der ersten Stufe wird für das Kraftfahrzeug eine Betriebserlaubnis, Einzelgenehmigung oder europäische Typengenehmigung erteilt, wenn das jeweilige Fahrzeug den technischen Beschaffenheitsanforderungen entspricht; auf der zweiten Stufe erfolgt die entsprechende Zulassung durch Zuteilung eines amtlichen Kennzeichens, § 1 Abs. 1, S. 2, § 3 Abs. 1. S. 2, 3 StVG und §§ 3, 8 FZV.⁴²

40 Hierauf deuten bspw. ersten Modellierungen von *M. Kagerbauer et al.*, Ridepooling in der Modellierung des Gesamtverkehrs, 2021, S. 52, hin.

41 Vgl. *Leonetti* (Fn. 19), S. 90 mwN.

42 Vgl. vertiefend *R. Schnieders*, Europäische Fahrzeugzulassung, *VerwArch* 2020, 372 (393); *N. Malzhacker* (Fn. 12), § 3 J, Rn. 28 ff.

Als zweiter Teilbereich ist das Verhaltensrecht zu nennen, welches das „Wie“ (bzw. „Wer“) regelt. Es bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Fahrzeuge betrieben werden dürfen. Während das Verhaltensrecht und bspw. die StVO sich an die Fahrzeugführer:in als Adressaten richtet⁴³, ist es für die Praxis fraglich, wie Verhaltenspflichten an Roboter bzw. autonome Systeme zu richten sind. So wurden u.a. Haftungsfonds für Roboter, Entschuldigungsklauseln⁴⁴ oder ein eigenes Verhaltensrecht für autonome Systeme, bis hin zur Anerkennung einer Rechtsfähigkeit von Robotern in diesem Kontext vorgeschlagen.⁴⁵ Eine (partielle) Rechtssubjektivierung von autonomen Systemen im Straßenverkehr ist jedoch abzulehnen, da im straßenverkehrsrechtlichen Haftungssystem aus Halter- und Fahrerhaftung keine Regelungslücke für eine eigene Haftung von (KI-gesteuerten) Fahrzeugen besteht.⁴⁶

Für das autonome Fahren wird es vielmehr darauf angekommen, dass entsprechende Verhaltenspflichten in das Fahrzeugsystem einprogrammiert werden und im Rahmen der Genehmigungserteilung überprüft werden.⁴⁷ Im Ergebnis wird dies zu einer Verschiebung der Abgrenzung zwischen Zulassungs- und Verhaltensrecht führen. Ein beachtenswerter Lösungsvorschlag besteht hierbei durch die Schaffung eines code-of-conduct und so eine Formalisierung von StVO-Normen als Übersetzungshilfe in technische Vorgaben zu ermöglichen.⁴⁸

43 Bspw. das Rücksichtnahmegebot des § 1 Abs. 2 StVO oder das Rechtsfahrgebot in § 2 Abs. 1 S. 1 StVO.

44 Frühere Entwürfe des Gesetzes zum Autonomen Fahren haben bspw. noch an zahlreichen Stellen der StVO-Entschuldigungsklauseln des „autonomen Fahrzeugs“ zum Fahrzeugführer aufgewiesen.

45 Vgl. V. M. Jänich/P. T. Schrader/V. Reck, Rechtsprobleme des autonomen Fahrens, NZV 2015, 313 (318 mwN.); G. Borges, Rechtliche Rahmenbedingungen für autonome Systeme, NJW 2018, 977 (977 ff.).

46 Vgl. B. v. Bodungen/M. Hoffmann, NZV 2015, 521 (524f.) m.w.N.; sowie die Empfehlung des AK III des 61. VGT, <https://www.gdv.de/resource/blob/127778/39ab5b826dc62a1381498b98f702ce6d/d-empfehlung-ak-iii-data.pdf>.

47 Auch deshalb ist in der früheren wissenschaftlichen Diskussion die Auffassung vertreten worden, man müsse das Fahrsystem dem Fahrer gleichsetzen, vgl. H. Krämer, Haftungsrechtliche Fragen des automatisierten Fahrens, ACE-Verkehrsjurist 4/2015, 1 (4); kritisch dazu: B. v. Bodungen/M. Hoffmann, Belgien und Schweden schlagen vor: Das Fahrsystem soll Fahrer werden!, NZV 2015, 521 (521 ff.); J. Stender-Vorwachs/H. Steege, Facetten automatisierten Fahrens, BRJ 2017, 114 (115); vertiefend zu der Fragestellung der Rechtssubjektivität von auton. Systemen und Künstlicher Intelligenz: T. Wischmeyer, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 143 (2018), 1 (1 ff.).

48 So M. Krampitz, HEAT-Stellungnahme StVO code-of-conduct, 2021, abrufbar unter: <https://usercontent.one/wp/www.ikem.de/wp-content/uploads/2021/03/IKEM-HEA>

2. Der status quo ante der Genehmigung und Zulassung autonomer Shuttlebusse im ÖPNV

Aufgrund bestehender Übergangsvorschriften soll die bisherige Genehmigungspraxis trotz der neuen Regelungen des Gesetzes zum autonomen Fahren⁴⁹, sowie der AFGBV⁵⁰ zumindest cursorisch wiedergegeben und die Erkenntnisse aus früheren Erprobungsprojekten herangezogen werden, vgl. § 1i Abs. 4 StVG.

Zwar hat bereits 2017 die 8. StVG-Novelle Fahrzeuge mit „hoch- und vollautomatisierten Fahrfunktionen“ für zulässig erklärt, allerdings hatte die Novelle nicht die erhoffte Wirkung entfaltet. Selbst vier Jahre nach der letzten StVG-Novelle wurde noch kein einziges Kraftfahrzeug mit automatisierten Fahrfunktionen nach §§ 1a/b StVG zugelassen.⁵¹ Zumindest besteht mit der seit Mitte 2020 verabschiedeten ALKS-Richtlinie⁵² nun auch eine nach § 1a Abs. 3 Nr. 1 StVG beschriebene Vorschrift einer automatisierten Fahrfunktion, sodass mit einer zunehmenden zulassungsrechtlichen Relevanz entsprechender automatisierter Fahrfunktionen zu rechnen ist.⁵³ Für die Erprobungsprojekte im ÖPNV wurden die §§ 1a, 1b StVG jedoch in der Regel im Rahmen des Zulassungsprozesses von den Genehmigungsbehörden lediglich analog angewandt. Denn bei den eingesetzten autonomen Shuttlebussen handelte es sich genehmigungsrechtlich um sogenannte „Sonderkraftfahrzeuge zur Personenbeförderung“.

Für die autonomen Shuttlebusse, die sich aktuell in der Erprobung befinden, ist insbesondere das nationale Zulassungsrecht relevant.⁵⁴ Denn die Fahrzeuge entsprechen aufgrund ihrer besonderen Bauart nicht den europäischen Typen der (EU) 2018/858. In der Praxis wird für die „People-

T-Stellungnahme-code-of-conduct-StVO-1.pdf?media=1654600944; M. Siemann/M. Kaufmann: Formalisierung der Straßenverkehrsordnung als Voraussetzung des automatisierten oder autonomen Fahrens, RAW 2019, 58 (59). Für das Beispiel des Überholvorgangs vgl. D. Nikol/M. Althoff, Die Formalisierung von Rechtsnormen am Beispiel des Überholvorgangs, InTeR 2019, 12 (14 ff.).

49 BT-Drs. 19/27439; BGBl. I 48/2021 v. 27.07.2021, S. 3108 ff.

50 BR-Drs. 86/22; BGBl. I 22/2022 v. 30.06.2022, S. 986 ff.

51 Vgl. BT-Drs. 19/28800, S. 3, 16.

52 UN-R 157 – Automated Lane Keeping Systems, vertiefend: M. Will, Die innovative völkerrechtliche UNECE-Regelung für automatisierte Spurhaltesysteme, NZV 2020, 163 (163 ff.); L. S. Lutz, Neue Vorschriften für das automatisierte und autonome Fahren – ein Überblick, DAR 2021, 182 (182 ff.).

53 So zumindest BT-Drs. 19/28800, S. 16.

54 Vertiefend: E. Leonetti (Fn. 12), § 3 Q, Rn. 19 ff. mwN.

Mover“ eine Einzelgenehmigung nach § 21 Abs. 1 StVZO erteilt.⁵⁵ Da die Fahrzeuge jedoch nicht alle Beschaffenheits-Anforderungen der StVZO erfüllen, wird eine zusätzliche Ausnahmegenehmigung von der obersten Landesbehörde nach § 70 Abs. 1 Nr. 2 StVZO verlangt.⁵⁶ Die Ausnahmegenehmigung setzt hierbei gem. § 70 Abs. 3 StVZO den Fahrzeugbetrieb *örtlich* fest, sodass neben der Einzelgenehmigung für das Fahrzeug die Ausnahmegenehmigung einer „Streckengenehmigung“ gleicht. Das bisherige Zulassungsverfahren der autonomen Shuttlebusse ist folglich dreistufig aufgebaut (1. Einzelgenehmigung nach § 21 StVZO, 2. Ausnahmegenehmigung nach § 70 StVZO, 3. Zulassung durch Kennzeichenerteilung § 1 Abs. 1 Satz 2 StVG, §§ 3 Abs. 1 Sätze 2 und 3, 8 FZV).

Der gesamte Prüf-, Begutachtungs- und Zulassungsprozess stellte für jedes Erprobungsprojekt folglich eine Einzelfallentscheidung dar.⁵⁷ Weiterhin ist für die behördliche Praxis hervorzuheben, dass die Betriebsstrecken in der Regel für den Fahrzeugeinsatz angepasst werden, was insbesondere für die kommunalen Behörden (Straßenbaulastträger, Verkehrsbehörde etc.) bedeutsam ist. Aufgrund den nach wie vor eingeschränkten Betriebsbedingungen wird vielmals die Anordnung von zusätzlichen straßenrechtlichen und straßenbaulichen Maßnahmen, wie z.B. Geschwindigkeitsbegrenzungen, Parkverbote, der Aufbau vernetzter Infrastrukturen (RSU, LSA, V2X etc.)⁵⁸, Grünschnittbeseitigung, Aufbau zusätzlicher (maschinenlesbarer) Verkehrszeichen, sowie die Nachbesserung von Fahrbahnmarkierungen notwendig, damit die Fahrzeuge sicher betrieben werden können.⁵⁹

Doch trotz des erheblichen Zeitaufwands für das Genehmigungs- und Zulassungsverfahren⁶⁰ und der eingeschränkten Einsatzbereitschaft der Erprobungsfahrzeuge ist der (gebiets- und streckenbezogene) Fahrgastbetrieb mit People-Mover-Fahrzeugen (unter der Voraussetzung eines Sicherheitsfahrers im Fahrzeug und Geschwindigkeiten unter 25 km/h) dem Grunde nach auch nach alten Rechtsstand möglich gewesen.

55 Vgl. E. Leonetti (Fn. 19), S. 85 f.; S. Gatzke, Verkehrszulassung autonomer Forschungsfahrzeuge, FMR-Arbeitspapier 6/2020, S. 3 ff.

56 Vgl. L. Böckler et al., Genehmigungsprozesse bei Einsatz von automatisierten Shuttle-Bussen im ÖPNV, ECTL Workingpaper 53/2021, S. 38 ff.

57 E. Leonetti (Fn. 19), S. 88.

58 (Mobilfunkunterstützte) Road-Side-Units, vernetzte Lichtsignalanlagen/Ampeln etc.

59 Vgl. E. Leonetti (Fn. 19), S. 88; L. Böckler et al. (Fn. 56), S. 48 ff.

60 Von der ersten Machbarkeitsstudie, über das Ausschreibungs- und Vergabeverfahren der autonomen Shuttlebusse hin zur Vorbereitung und schließlich zum Regelbetrieb, dauerten die Verfahren in der Regel 9-12 Monate.

3. Der neue Rechtsrahmen zum autonomen Fahren – Gesetz zum autonomen Fahren und Durchführungsverordnung (AFGBV)

Das Erfordernis zur Schaffung eines Regelungsrahmens für das autonome Fahren hat der Gesetzgeber erkannt⁶¹ und ist diesem mit dem Gesetz zum autonomen Fahren (2021)⁶² und der Autonome-Fahrzeuge-Genehmigungs- und Betriebsverordnung (AFGBV 2022)⁶³ nachgekommen. Er hat damit einen weltweit einmaligen Regelungsrahmen für den Einsatz autonomer Fahrzeuge im Regelbetrieb geschaffen.

Der neue nationale Rechtsrahmen ordnet ein dreistufiges Genehmigungs- und Zulassungsverfahren an.⁶⁴ Das neue Genehmigungsverfahren besteht nach § 1e Abs. 1 StVG aus: 1. einer Betriebserlaubnis für das Kraftfahrzeug mit autonomen Fahrfunktionen (BEaF); 2. einem Verfahren zur Betriebsbereichsfestlegung und 3. aus einer (regulären) Zulassung. Damit besitzt der neue Rechtsrahmen eine hohe Deckungsgleichheit zu der bisherigen Genehmigungspraxis der autonomen Shuttlebusse im ÖPNV.⁶⁵

a) Betriebserlaubnis

Auf der ersten Stufe ist beim Kraftfahrbundesamt (KBA) durch den Hersteller des Fahrzeugs eine BEaF zu beantragen, vgl. § 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 AFGBV. Das Fahrzeug muss dabei über eine entsprechende technische Ausstattung verfügen, die den Anforderungen des § 1e Abs. 2 StVG i.V.m Anlage 1 AFGBV genügt. Die Fähigkeiten und Ausstattungsmerkmale werden dabei dediziert beschrieben und müssen kumulativ erfüllt sein.⁶⁶ Den Hersteller trifft eine umfangreiche Dokumentations- und Nachweispflicht.⁶⁷ Anhand der eingereichten Dokumente und Erklärungen des Herstellers, prüft das KBA die Einhaltung der technischen Anforderungen an das Fahrzeug und der autonomen Fahrfunktionen, vgl. § 3 Abs. 4 AFGBV.

61 Koalitionsvertrag zwischen der CDU, CSU und SPD der 19. Legislaturperiode, 2018, S. 80.

62 BT-Drs. 19/27439; BGBl. I 48/2021 vom 27.07.2021, S. 3108 ff.

63 BR-Drs. 86/22; BGBl. I 22/2022 vom 30.06.2022, S. 986 ff.

64 BT-Drs. 19/27439, S. 46.

65 Vgl. E. Leonetti (Fn. 19), S. 101 ff.

66 S. Gatzke, Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Betrieb autonomer Fahrzeuge, NZV 2022, 62 (63 ff.); E. Leonetti (Fn. 19), S. 101 ff.; sowie auch H. Steege, Gesetzesentwurf zum autonomen Fahren, SVR 2021, 128 (131).

67 Vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 2 AFGBV i.V.m Anlage 3 AFGBV.

Der Umfang der einzureichenden Unterlagen und Prüfungen ergibt sich aus § 3 Abs. 2 AFGBV i.V.m Anlage 3 AFGBV und beinhaltet u.a. neben einer Herstellererklärung über die funktionalen Voraussetzungen des Systems und des Sicherheitskonzepts, auch die Vorlage eines Betriebshandbuchs, von Sicherheitskonzepten zur funktionalen Sicherheit und zur Informationstechnologie, sowie Nachweise zu Testszenarien und Umweltbedingungen.

In der Zusammenschau der Vorgaben und Anforderungen bestimmt die BEaF das „technische Können“ des Fahrzeugs und beschreibt dabei die für den Betrieb relevanten Bedingungen und Anforderungen für deren Funktion – die sog. *Operational Design Domain (ODD)*. Der Hersteller bestimmt die Voraussetzungen und Bedingungen des Einsatzes der autonomen Fahrfunktionen, sodass die BEaF folglich die Grundgenehmigung des autonomen Fahrzeugs darstellt.

b) Betriebsbereich

Der Betrieb eines Kraftfahrzeugs mit autonomen Fahrfunktionen ist nur in vorher festgelegten Betriebsbereichen zulässig, § 1e Abs. 1 Nr. 2 StVG. Der Halter des autonomen Fahrzeugs beantragt auf Grundlage der Betriebserlaubnis ein Verfahren zur Betriebsbereichsfestlegung, § 7 Abs. 1 AFGBV. Die Betriebsbereichsfestlegung wird hierbei durch die örtlich und sachlich zuständigen Länderbehörden bestimmt, vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 2 AFGBV. Der Betriebsbereich iSd § 1d Abs. 2 StVG ist dabei der *örtlich und räumlich bestimmte öffentliche Straßenraum*, in dem das Kraftfahrzeug mit autonomen Fahrfunktionen betrieben werden darf. Die zuständigen (Länder-)Behörden prüfen dann auf Grundlage des in der Betriebserlaubnis definierten abstrakten „Könnens“, ob das Fahrzeug auch konkret in dem räumlich beschriebenen Bereich die Voraussetzungen für die Erfüllung der Fahraufgaben mitbringt. Folglich wird im Rahmen der Betriebsbereichsfestlegung vom Halter des autonomen Fahrzeugs beantragt, „wie“ und „wo“ das autonome Fahrzeug betrieben werden soll und durch die zuständige Landesbehörde dann verbindlich der Einsatzraum festgelegt.

c) Zulassung

Auf der letzten Stufe erfolgt dann die reguläre Zulassung zum Straßenverkehr, § 1e Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 1 Abs. 1 StVG. Dies erfolgt bei den örtlichen

Zulassungsbehörden und richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, d.h. durch Zuteilung eines amtlichen Kennzeichens. Zusätzlich ist es bisherige Praxis innerhalb des Einsatzraums von autonomen People-Movern entsprechende Verkehrszeichen und Hinweisschilder aufzustellen, um andere Verkehrsteilnehmer auf deren Betrieb hinzuweisen. Ein besonderes Kennzeichen wird hingegen nicht erteilt.

d) Technische Aufsicht statt Fahrzeugführer:in

Ein weiteres Novum des neuen Rechtsrahmens besteht in der Einführung einer neuen Rechtsfigur – der „Technischen Aufsicht“, vgl. § 1d Abs. 3 StVG. Die Technische Aufsicht (TA) ist hierbei eine natürliche Person, die das Fahrzeug deaktivieren und Manöver freigeben oder vorschlagen kann. Sie übt jedoch keine unmittelbare (*remote*) Steuerung des Fahrzeugs aus der Ferne aus. Dieser Fall der sogenannten „direkten Teleoperation“ ist nicht Bestandteil des neuen Rechtsrahmens.⁶⁸ Eine Ermächtigungsgrundlage zur Schaffung einer eigenen „Teleoperations-Verordnung“ ließe sich jedoch ggf. aus § 1j Abs. 2 S. 1 StVG herleiten.

Die TA trifft ein umfangreiches eigenes Pflichtenprogramm, welches gesetzlich in § 1f Abs. 2 StVG bestimmt ist.⁶⁹ Beachtenswert ist hierbei, dass für die TA keine Fahrerhaftung nach § 18 StVG angeordnet ist. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass sie nur deliktisch haftet. Dies ist im Ergebnis interessengerecht, denn die TA kann nur „Manöver“ freischalten, vorschlagen und das System deaktivieren. Das Fahrzeug hat im autonomen Betrieb die Aufgaben der Fahrzeugführung⁷⁰ selbstständig durchzuführen und zu validieren. Folglich wäre es unsachgemäß und unrechtmäßig, die Technische Aufsicht persönlich für ein eventuelles „Verschulden“ des Fahrzeugsteuerungssystems verantwortlich zu machen. Im Ergebnis ist die vorliegende Haftungs- und Verantwortungsteilung zu begrüßen, denn er genügt

68 Das BMDV hat in verschiedenen öffentlichen Anlässen explizit erklärt, dass die direkte Teleoperation nicht im Anwendungsbereich und Fokus der Rechtsrahmenentwicklung standen, bzw. ausgeschlossen sind, vgl. Protokolle des RTAF. Zum Begriff der Teleoperation und möglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten vgl. vertiefend: J. Feiler/S. Hoffmann/F. Diermeyer, Concept of a Control Center for an Automated Vehicle Fleet, in: 2020 IEEE Conference ITSC, abrufbar unter: <https://ieeexplore.ieee.org/document/9294411>.

69 BT-Drs. 19/27439, S. 29, 34 ff.

70 Längs- und Querführung, Trajektorienauswahl und Validierung der Fahrmanöver etc.

weiterhin dem Opferschutz und bezieht deliktische Haftungsnormen mit ein, ohne die Gefährdungshaftung des Halters zu erweitern und das geltende Haftungsregime zu verschieben.

Die TA kann grundsätzlich aus der Ferne wahrgenommen werden, was im Umkehrschluss bedeutet, dass eine Betreuung mehrerer Fahrzeuge durch eine TA erfolgen kann.⁷¹ Die TA ist folglich weder rechtlich, noch technisch mit einer Fahrzeugführer:in vergleichbar. Ihr Wirken ist vielmehr als *Leitstelle* zu verstehen, die ihre Lotsenfunktion (nur) nach Anforderung des Systems wahrnimmt. Die Überwachungspflichten der TA sind auf eine Evidenzkontrolle und auf eine sichere Gewährleistung des Gesamtbetriebs beschränkt.

An die natürlichen Personen, welche die Rolle der TA erfüllen sollen, werden hohe fachliche Qualifizierungsanforderungen gestellt, vgl. § 14 Abs. 1 AFGBV. Die mit einem solchen „Ingenieursnachweis“ verbundenen Herausforderungen für ÖPNV-Betreiber liegen klar auf der Hand, denn deren Personal besteht vorwiegend aus Fachkräften und Berufskraftfahrer:innen. Diese hohe Qualifizierungsanforderung begegnet darüber hinaus auch verfassungsrechtlichen Bedenken in Bezug auf Art. 12 GG.⁷² Der Verordnungsgeber hat das Problem erkannt und im Bundesratsverfahren noch einen § 14 Abs. 2 AFGBV eingefügt, der es ermöglicht, einzelne Aufgaben und Pflichten an „Nicht-Ingenieur:innen“, die mindestens drei Jahre Berufserfahrung im Bereich der Verkehr- oder Kraftfahrzeugwesens verfügen, zu delegieren.⁷³

71 BT-Drs. 19/27439, S. 29: „Grundsätzlich soll es nicht ausgeschlossen sein, dass die Technische Aufsicht für den Betrieb mehrerer Kraftfahrzeuge mit autonomen Fahrfunktionen zuständig ist, solange jedoch die Wahrnehmung der entsprechenden Pflichten im Einzelfall sichergestellt ist“.

72 Nach der BVerG-Rspr. stellt dies eine subjektive Zulassungsbeschränkung dar, die besonders rechtfertigungsbedürftig ist. Zwar stellt die Sicherheit für Leib und Leben der Straßenverkehrsteilnehmer ein solches Schutzziel dar, allerdings erscheint es fraglich, ob solch hohe Anforderungen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung auf der Ebene der Notwendigkeit (als auch der Angemessenheit) standhalten würden.

73 Vgl. zu dem damaligen Streit und damit verbundener Probleme, E. Leonetti (Fn. 19), S. 107, 111 mwN.

e) Erprobungsgenehmigung

Schließlich hat der Gesetzgeber mit § 1i StVG i.V.m § 16 AFGBV eine neue Erprobungsgenehmigung geschaffen. Diese soll die bisherige Genehmigungspraxis⁷⁴ ersetzen. Die Erprobungsgenehmigung wird nun zentral vom KBA erteilt und nicht mehr durch die Länder. Allerdings bestehen für diese weiterhin Mitwirkungsmöglichkeiten.⁷⁵ Die Erteilung einer Erprobungsgenehmigung wird vom Halter beantragt und gilt für bis zu 4 Jahre – kann jedoch um weitere 4 Jahre verlängert oder ein Regelverfahren eingeleitet werden, vgl. § 16 Abs. 2 AFGBV. Bei der Erprobungsgenehmigung ist die permanente Überwachung des Fahrzeugs (vor Ort/im Fahrzeug) besonders hervorzuheben. Dies deckt sich zwar mit den heutigen Erprobungsgenehmigungen – allerdings wird der Halter zukünftig tiefer in die Entwicklungsverantwortung genommen, da er verpflichtet ist ein Entwicklungskonzept vorzulegen. Ob die Erprobungsgenehmigung geeignet ist, wesentliche Verbesserungen für die Praxis zu führen, wird sich noch zeigen müssen.

III. Rechtliche Würdigung zum neuen Rechtsrahmen für autonomes Fahren

In der Gesamtschau und vor dem Hintergrund des hohen Komplexitätsgrads des Verfahrens und der spezifischen Anforderungen wird deutlich, dass sich der neue Rechtsrahmen im Wesentlichen an gewerbliche Halter richtet, da Verbraucher:innen die erforderlichen Voraussetzungen in der Regel nicht erfüllen werden.⁷⁶ Mit dem neuen Rechtsrahmen hat der Gesetzgeber einen gelungenen Regelungsrahmen geschaffen. Insbesondere die Fokussierung auf Anwendungen im ÖPNV ist vor Klimaschutzgesichtspunkten zu begrüßen, auch wenn der Gesetzgeber es unterlassen hat, die straßenverkehrsrechtlichen Änderungen enger an bzw. mit dem PBefG und Nachhaltigkeitsaspekten zu verknüpfen. Dadurch könnte es in Zukunft zu Herausforderungen in der Grenzziehung zwischen Fremd- und Eigenbe-

⁷⁴ Vgl. Punkt 4.2.2.

⁷⁵ Vgl. S. Gatzke (Fn. 66), 67; sowie vertiefend: M. Wagner, Fast and Furious: Auf der Überholspur zum autonomen Fahren, InTeR 2021, 132 (138 f.).

⁷⁶ So auch schon zustimmend der VZBV in der Stellungnahme im Rahmen der Verbändeanhörung, Fahrerlose Mobilität, 2021, S. 4, 6 ff.

förderung kommen.⁷⁷ Aber auch betriebliche Fragen und das Zusammenwirken zwischen PBefG und StVG bleiben noch offen.⁷⁸

Der zugrundeliegende Ansatz über anfänglich einzelne Straßen hin zu ganzen Quartieren eine Ausweitung der Betriebsbereiche zu ermöglichen, bietet eine geeignete Skalierungsmöglichkeit für die Integration autonomer Verkehrsangebote im ÖPNV. Doch für die ÖPNV-Betriebspraxis könnten die hohen sachlichen und personellen Anforderungen ein wesentliches Hemmnis bedeuten. Neben den hohen Dokumentation- und Nachweispflichten betrifft dies insbesondere die Qualifikationsanforderungen an das eingesetzte Personal. Ein Blick in die bisherige Praxis zeigt, dass qualifiziertes Fachpersonal in der Lage ist einen sicheren Gesamtbetrieb zu gewährleisten. Nicht nur ein Abgleich mit dem Verantwortungsumfang der Technischen Aufsicht spricht gegen derart strenge Anforderungen, sondern auch ein Vergleich mit anderen Verkehrssystemen. So besteht etwa im Straßenbahn- und Eisenbahnbetrieb z.B. für Fahrbedienstete, Fahrdienstleiter:innen und Leitstellenmitarbeiter:innen keine derartige Qualifikationsanforderung, obwohl der Verantwortungsumfang jedenfalls nicht geringer ist. Vielmehr werden die Hersteller autonomer Fahrzeuge gefordert sein, die Resilienz ihrer Systeme zu stärken und geeignete Nutzerschnittstellen zum Halter, der TA und zu den Fahrgästen zu entwickeln. Nicht zuletzt wird die Einführung entsprechender Systeme aufgrund der umfangreichen Prüf- und Begutachtungsaufwände hohe Anfangsinvestitionen erfordern.

Schließlich ist hervorzuheben, dass auch der europäische Gesetzgeber aktiv ist.⁷⁹ Hierbei wird insbesondere das Zusammenspiel von nationaler und europäischer Gesetzgebung für die Praxis relevant werden. Die delegierte Verordnung zur *ADS-Regulation* nimmt notwendige Anpassungen der Regelungen zur Typgenehmigung eines automatisierten Kraftfahrzeugs (Anlage 1, Teil I, Anhang II der Verordnung (EU) 2018/858) vor. Die Durchführungsverordnung normiert hierbei technische und funktionale Anforderungen an *Automated Driving Systems (ADS)*. Im Ergebnis führt

77 So auch: v. *Bodungen/Hoffmann* (Fn. 30), 100; sowie vertiefend zur künftigen Einordnung des Beförderungsvertrags: *Leonetti* (Fn. 12), § 3 Q, Rn. 30.

78 Vgl. dazu im Detail: *Leonetti* (Fn. 19), S. 110 ff.

79 Vgl. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12152-Automatisierte-Fahrzeuge-technische-Spezifikationen_de; https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13291-Fahrzeugsicherheit-technische-Anforderungen-fur-in-unbegrenzter-Serie-hergestellte-Fahrzeuge-Kleinserienfahrzeuge-Fahrzeuge-mit-besonderer-Zweckbestimmung-und-vollautomatisierte-Fahrzeuge_de.

dies dazu, dass die national genehmigungsfähige Anzahl⁸⁰ eines autonomen Fahrzeugkonzepts sich aus Art. 42 und die EU-weiten genehmigungsfähige Anzahl⁸¹ aus Art. 41 (EU) 2018/858 beschränken werden. Das bedeutet, dass auch auf europäischer Basis eine Genehmigung für ein mit ADS-ausgestattetes Fahrzeug ermöglicht wird, allerdings eine Stückzahlbegrenzung je Fahrzeugtyp gilt. Die Europäische Kommission will jedoch zum Sommer 2024 einen Rechtsrahmen für die (Groß-)Serienzulassung autonomer Fahrzeuge erarbeiten. Dies macht den nationalen Regelungsvorschlag nicht obsolet, denn der EU-Rahmen regelt aktuell lediglich die Genehmigungsebene, aber nicht die Betriebsebene (TA, Betriebsbereiche etc.) und das Verhaltensrecht, sodass der nationale Rahmen weiterhin anwendbar bleibt.

F. Fazit

Ausweislich der Gesetzesmaterialien werden die Einführungs- und Betriebskosten autonomer Verkehrsangebote schnell einen zweistelligen Millionenbetrag je Betriebsbereich erreichen,⁸² sodass sich diesbezüglich weiterhin Fragen der Finanzierung für Kommunen ergeben werden.⁸³

Eine Abschätzung und Ermittlung künftiger Preis- und Geschäftsmodelle autonomer Verkehrsangebote im ÖPNV ist neben der genauen Betriebskostenabschätzung mangels verlässlicher Zahlen weiterhin nicht hinreichend bestimmbar. Aufgrund der hohen Investitionen werden autonome Verkehrsangebote – zumindest für einen Übergangszeitraum – weiterhin defizitär und zuschussbedürftig sein.⁸⁴

Nichtsdestotrotz sollten Verkehrsunternehmen und Kommunen trotz der hier dargestellten Herausforderungen das autonome Fahren im ÖPNV weiterhin als strategisches Ziel ansehen und deren Einführung im Regelbetrieb verfolgen. Die Kommunen sollten als Organisator für die Mobilität der Zukunft als Garant für eine gemeinwohlorientierte Entwicklung Stellung beziehen und so aktiv eine moderne Daseinsvorsorge und Lebensqualität mitgestalten. Sowohl aus dem PBefG, als auch durch die Festlegung

80 250 Fahrzeuge eines genehmigten Typs p.a. pro Mitgliedsstaat.

81 1500 Fahrzeuge eines genehmigten Typs p.a. für die gesamte EU.

82 Vgl. BR-Drs. 86/22, S. 66 ff., 71 ff.

83 Hier kommen insbes. Regionalisierungsmittel aus dem RegG in Betracht. Aktuell erfolgt die Finanzierung aus Förderrichtlinien und Forschungsmitteln des Bundes & der Länder.

84 Ackermann et al. (Fn. 27), S. 114.

von Betriebsbereichen besitzen sie hierbei auch die notwendigen Instrumente, um die Entwicklung in nachhaltige Bahnen zu lenken. Nur so wird ein aktiver Beitrag zur Verkehrswende geleistet und induzierte „Robo-Taxi-Verkehre“ vermieden werden können. So ist es zukünftig denkbar, autonome (Linienbedarfs-) Verkehre in die Nahverkehrspläne aufzunehmen und so eine echte Alternative zum privaten PKW zu schaffen und auch die CO₂-Emissionen im Verkehrssektor zu reduzieren.

Schall und Rauch: Lärmsteuerung im urbanen Verkehr der Zukunft

Josina Johannsen*

Inhaltsübersicht

A.	Einleitung	190
B.	Bestandsaufnahme: Lärmschutzinstrumentarium	192
I.	Lärmschutzinstrumentarium im urbanen bodengebundenen Verkehr	192
1.	Planungsinstrumente	193
2.	Direkte Verhaltenssteuerung	194
3.	Indirekte Verhaltenssteuerung	195
II.	Lärmschutzinstrumentarium im Recht der bemannten Luftfahrt	196
1.	Planungsinstrumente	197
2.	Direkte Verhaltenssteuerung	198
3.	Indirekte Verhaltenssteuerung	199
III.	Lärmsteuerung im unbemannten Luftverkehr	199
1.	Planungsinstrumente	200
2.	Direkte Verhaltenssteuerung	202
3.	Indirekte Verhaltenssteuerung	202
C.	Gründe für und Anforderungen an einen Instrumentenmix	202
I.	Gründe für einen Instrumentenmix	203
II.	Integration und Koordination von Lärmschutzinstrumenten	205
D.	Anpassungsbedarf und -möglichkeiten	206
I.	Erweiterung des Instrumentenkastens	206
II.	Koordination mit anderen Instrumenten und Verkehren	208
E.	Fazit	208

* Die Autorin dankt Prof. Margarete Schuler-Harms sowie Emily Laing und Nicola Kolossa für hilfreiche Hinweise und den weiterführenden Austausch.

A. Einleitung

»Haben die Techniker es zustande gebracht, so viel Lärm in der Welt zu machen, so müssen sie auch das Genie besitzen, ihn wieder zu bekämpfen.« – Unbekannter Lärmschutzgeplagter, 1908¹

Mehr als 100 Jahre ist es her, dass sich der Kampf der urbanen Bevölkerung gegen Lärm organisierte. In zahlreichen Städten diskutierten Politik und Wissenschaft ein Recht auf Stille. Im Zuge der sich entwickelnden Lärmschutzbewegung gründete der Publizist und Kulturphilosoph *Theodor Lessing* im Oktober 1908 den Deutschen Lärmschutzverband. Eine eigene Vereinszeitschrift trug den klangvollen Namen: *Der Antirüpel / Das Recht auf Stille – Monatsblätter zum Kampf gegen Lärm, Roheit und Unkultur im deutschen Wirtschafts, Handels und Verkehrsleben*.² Von Beginn an stand urbane Mobilität im Mittelpunkt der Lärmschutzdebatte: Schon Ende des 19. Jahrhunderts war diskutiert worden, welche Auswirkungen ein Asphaltpflaster auf die „*ohnehin schon genug angegriffenen Nerven des Großstädtlers*“ haben würde.³

Straßenlärm wird auch heute noch von der deutschen Bevölkerung als größte Lärmquelle benannt. Nach Umfragen des Umweltbundesamtes (UBA) fühlen sich 76 % von Straßenverkehrslärm, 43 % von Flugverkehrslärm und 34 % von Schienenverkehrslärm gestört.⁴ Etwa 8,5 Millionen Menschen leben in Deutschland mit einer Lärmbelastung durch Straßenverkehr, die über den von der WHO ermittelten Grenzwerten liegt. Auf die gesundheitlichen Auswirkungen von Lärm wie etwa Depressionen, Schlafstörungen, möglichen Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Konzentrationsproblemen sei an dieser Stelle nur am Rande verwiesen.⁵

Vor diesem Hintergrund haben sich Entwickler*innen neuer Technologien im Verkehrssektor stets auch mit Lärmemissionen zu befassen. Dabei wirken sich Innovationen nicht immer lärm mindernd aus: War mit Einführung der elektronischen Kraftfahrzeuge zunächst das störende Motorengeräusch verschwunden, erzeugen langsam fahrende E-Autos heute

1 P. Payer, Es ist Zeit, dass wir auf Abwehr sinnen! Lärmschutz im frühen 20. Jahrhundert, in: P. Gerhard/R. Schock (Hrsg.), *Sound der Zeit*, 2014, S. 59 (61).

2 Payer (Fn. 1), S. 59.

3 Payer, (Fn. 1) S. 60.

4 <https://www.umweltbundesamt.de/bild/strassenlaerm-wird-von-den-deutschen-als-groesste>.

5 Sachverständigenrat für Umweltfragen, Für eine entschlossene Umweltpolitik in Deutschland und Europa – Umweltgutachten, 2020, S. 266.

gesetzlich vorgeschriebenen Lärm in Form mehr oder weniger klangvoller Geräusche, um die Verkehrssicherheit zu erhöhen.⁶

Zu der urbanen Lärmkulisse gesellt sich nun die unbemannte Luftfahrt. Im Rahmen von *Urban Air Mobility* (UAM) sollen unbemannte Luftfahrzeuge Einzug in den urbanen Raum erhalten. War die Technologie bis vor kurzem vor allem als privates Spielzeug im Einsatz, wird bis 2025 eine Steigerung des kommerziellen Drohnenmarktes um über 200 % in Deutschland erwartet.⁷ Teilweise wird prognostiziert, dass autonome Flugtaxis noch vor fahrerlosen bodengebundenen Taxen den städtischen Raum erobern.⁸ Der Einsatz von Drohnen im städtischen Gebiet wird vor allem unter Umweltgesichtspunkten mit Sorge betrachtet: 75 % der Teilnehmenden einer repräsentativen Befragung gaben an, dass sie Lärm als zentralen Nachteil dieser neuen Technologie sehen und Einbuße an Lebensqualität fürchten.⁹

Dieser Beitrag wird sich der Herausforderung des urbanen Verkehrslärms unter besonderer Berücksichtigung der *Urban Air Mobility* widmen. Nach einer Bestandsaufnahme des bisherigen Lärmschutzinstrumentariums im urbanen Schienen-, Straßen-, bemannten und unbemannten Luftverkehr (B.) werden Maßstäbe für eine Weiterentwicklung des urbanen Verkehrslärmschutzes aufgezeigt (C.). Schließlich werden konkrete Änderungsbedarfe und -vorschläge ausgearbeitet mit dem Ziel, die (lärmmindernde) Regulierung von UAM im urbanen Raum zu stärken (D.).

6 Art. 8 I Verordnung (EU) Nr. 540/2014 vom 16.4.2014.

7 Gegenüber 2020. Im Jahr 2021 gab es ca. 385.000 Drohnen in privater und 45.200 Drohnen in der kommerziellen Nutzung, wobei sich letztere Zahl seit 2019 mehr als verdoppelt hat (+138 %). Drone Industry Insights, Analyse des deutschen Drohnenmarktes, S. 5 ff.

8 J. Weber, *Bewegende Zeiten*, 2020, S. 121. Weber erklärt, es sei technisch deutlich einfacher, das autonome Fliegen durchzuführen. Der Grund dafür liege in der Komplexität des Straßenverkehrs: Autonome Autos müssten auf eine Vielzahl von Situation eingestellt werden, etwa spielende Kinder und Glatteis. Im Luftraum gebe es hingegen bedeutend weniger unterschiedliche Variablen im Verkehr.

9 N. Dannenberger et. al., *Verkehrslösung oder Technikhype? Ergebnisbericht zur Einstellung der Bürgerinnen und Bürger gegenüber dem Einsatz von Lieferdrohnen und Flugtaxi im städtischen Luftraum in Deutschland*, 2020, S. 38.

B. Bestandsaufnahme: Lärmschutzinstrumentarium

Lärm¹⁰ ist kein neues (rechtliches) Problem. Das Umweltrecht hält einen umfangreichen „Instrumentenkasten“¹¹ zur Lärminderung bereit. Diese Instrumente sollen im Folgenden, aufgeteilt in bodengebundenen Verkehr, bemannten sowie unbemannten Luftverkehr, dargestellt werden.

I. Lärmschutzinstrumentarium im urbanen bodengebundenen Verkehr

Lärm im urbanen Raum war und ist Thema verkehrspolitischer Debatten. Aktuell wird etwa die flächendeckende Einführung von Tempo-30 nach Pariser Vorbild im gesamten (Innen-)Stadtgebiet von Kommunen diskutiert.¹² Neben Geschwindigkeitsbeschränkungen stehen Bund, Ländern und Kommunen weitere Instrumente zur Lärmsteuerung zur Verfügung. Dabei lassen sich die Instrumente nach ihrer Wirkungsweise kategorisieren. Zu unterscheiden sind insbesondere Planungsinstrumente sowie Instrumente direkter und indirekter Verhaltenssteuerung.¹³ Naturgemäß lassen sich die Instrumente nicht immer voneinander ab- und eingrenzen. Insbesondere die Planungsinstrumente wirken häufig nur, weil in der Planung festgesetzte Regelungen ordnungsrechtlich durchgesetzt werden.¹⁴

10 Herausfordernd ist schon die Definition von Lärm. Das BImSchG definiert in Anlehnung an die UmgebungslärmRL (Richtlinie 2002/49/EG vom 25. Juni 2002 über die Bewertung und Bekämpfung von Umgebungslärm): Umgebungslärm sind belästigende oder gesundheitsschädliche Geräusche im Freien, die durch Aktivitäten von Menschen verursacht werden, einschließlich des Lärms, der (neben anderen) von Verkehrsmitteln, Straßenverkehr, Eisenbahnverkehr und Flugverkehr ausgeht, § 47b Nr. 1 BImSchG. Trotz Bemühungen, eine Objektivierung zu erreichen, bleibt die Einordnung von Geräuschen als Lärm im Einzelfall schwierig; M. Klopfer, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, S. 1345.

11 Begriff vgl. M. Fehling, Urbane Verkehrskonzepte der Zukunft – Ökonomische versus ordnungsrechtliche Instrumente, ZUR 2020, 387 (387).

12 Siehe u.a. <https://www.zeit.de/mobilitaet/2019-07/tempo-30-strassenverkehr-luftqualitaet-laerm-unfaelle>.

13 Klopfer (Fn. 10), S. 239; S. Schlacke, Umweltrecht 7. Aufl. 2019, S. 81.

14 E.-K. Lee, Umweltrechtlicher Instrumentenmix und kumulative Grundrechtseinwirkungen, 2013, S. 42 f.

1. Planungsinstrumente

Umweltplanung bedeutet die Bewältigung räumlicher Umweltprobleme mit den Mitteln planerischen Handelns.¹⁵ Planung ist stets ein zukunftszielgerichtetes Instrument: Es soll ausgehend von der bestehenden Lage (dem Ist-Zustand) eine künftige Entwicklung (Soll-Zustand) erreicht werden.¹⁶ Das Instrument der Planung beruht insbesondere auf dem umweltrechtlichen Prinzip der Vorsorge: Gefahren für die Umwelt sollen frühzeitig erkannt und ihnen vorgebeugt werden. Für den urbanen Raum dürfte aber ein anderer Zweck der Umweltplanung interessant sein: Umweltplanung stellt ein Instrument der Koordination bereit, dass es ermöglicht, bestimmte Maßnahmen und Projekte in ein Gesamtkonzept einzubetten und so die Umwelteinwirkungen im Kontext zu steuern.¹⁷

Als ein koordinierendes Instrument ist insbesondere die Lärmminierungsplanung nach §§ 47a ff. BImSchG zu nennen. Die Umsetzung der Umgebungslärm-Richtlinie verpflichtet die Behörden, für Ballungsräume, Hauptverkehrsstraßen und Haupteisenbahnstrecken sowie Großflughäfen Lärmkarten¹⁸ und auf deren Grundlage sogenannte Lärmaktionspläne¹⁹ zu erstellen. Die Richtlinie setzt jedoch keine verbindlichen Grenzwerte fest. Zwar wurde bei der Umsetzung die Möglichkeit einer Festlegung durch Rechtsverordnung geschaffen.²⁰ Verbindliche Grenzwerte für den Gesundheitsschutz hat die Bundesregierung jedoch bis heute nicht erlassen.²¹ Darüber hinaus ist der zuständigen Behörde bei der Auswahl der Maßnahmen Ermessen eingeräumt worden.²² Schlussendlich bleibt damit den Ländern und Kommunen überlassen, ab welchen Lärmwerten sie bestimmte Maßnahmen für geboten halten.²³ Die Lärmminierungsplanung nach §§ 47a ff. BImSchG stellt damit lediglich einen Grundstein für eine integrative Lösung des (Verkehrs-)Lärmproblems dar.²⁴

15 *Schlacke* (Fn. 13), S. 81.

16 *Kloepfer* (Fn. 10), S. 246.

17 *Schlacke* (Fn. 13), S. 84 f.

18 § 47c BImSchG.

19 § 47d BImSchG.

20 § 47f I BImSchG.

21 *P. Wysk*, in: L. Giesberts/M. Reinhardt (Hrsg.), BeckOK Umweltrecht, 62. Ed. 2022, BImSchG § 47f Rn. 9b.

22 Ob dies mit Art. 8 I der UmgebungslärmRL vereinbar ist, ist umstritten, *Kloepfer* (Fn. 10), S. 1427.

23 *Kloepfer* (Fn. 10), S. 1427.

24 *A. Saip*, Lärmschutz durch Lärmaktionsplanung, 2019, S. 284.

In der Bauleitplanung wird Lärm insbesondere unter § 1 Nr. 7 lit. c BauGB berücksichtigt, namentlich als Belang des Umweltschutzes, sowie nach Nr. 9 bei der Vermeidung und Verringerung von Verkehr. Diese Belange sind damit stets abwägungserheblich bei der Aufstellung von Bauleitplänen.²⁵ Soweit nach Landesrecht²⁶ eine Planfeststellung der jeweiligen Straßen bzw. Wege erfolgt, sind nach § 50 BImSchG die schädlichen Umwelteinwirkungen auf umliegende (Wohn-)Bebauung in die Abwägung einzubeziehen.²⁷ Lässt sich Verkehrslärm nach dem Stand der Technik so nicht vermeiden, verlangt § 41 BImSchG den Bau aktiver Lärmschutzmaßnahmen.²⁸ Weitere zentrale Vorschriften und insbesondere Immissionsgrenzwerte enthält die Verkehrslärmschutzverordnung (16. BImSchV)²⁹. Sie entfaltet Geltung bei Bau und wesentlicher Änderung von Straßen und Schienenwegen.³⁰

2. Direkte Verhaltenssteuerung

Direkte Verhaltenssteuerung ist gegeben, wenn einer Person ein Ge- oder Verbot durch eine Rechtsnorm oder andere hoheitliche Maßnahme vorgeschrieben wird und mit Zwang durchsetzbar ist.³¹ Diese Art von Lärmschutzmaßnahmen sind in unterschiedlichen Gesetzen und Normen verankert und lassen sich grob in zwei Untergruppen unterteilen: Regelungen, die an die Verkehrsdurchführung anknüpfen, sowie solche, bei denen Regulationsgegenstand das Verkehrsmittel ist.³²

In Hinblick auf die Straße ist die Vermeidung von Lärm wesentlicher Bestandteil der Führerscheinprüfung. So regelt § 30 I 1 StVO, dass bei der Benutzung von Fahrzeugen unnötiger Lärm verboten ist. Das gilt insbesondere für das Laufenlassen von Motoren und unnötiges Hin- und Herfahren. Außerdem ermöglicht § 45 I StVO der zuständigen Straßenverkehrsbehörde, die Benutzung bestimmter Straßen und Strecken zwecks Lärmschutzes

25 M. Knauff, Mobilität und menschliche Gesundheit, in: M. Kment/M. Rossi (Hrsg.), *Urbane Mobilität*, 2021, S. 25 (28 f.).

26 Für Hamburg z.B. § 15 HWG.

27 Klopfer (Fn. 10), S. 1427 f.

28 Dies können etwa Lärmschutzwälle oder -tunnel sein, M. Klopfer (Fn. 10), S. 1428.

29 Sechzehnte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (Verkehrslärmschutzverordnung – 16. BImSchV).

30 § 1 I der 16. BImSchV.

31 Schlacke (Fn. 13), S. 87.

32 Unterteilung in Anlehnung an Knauff (Fn. 25).

zu beschränken.³³ Soweit Straßenbahnen am allgemeinen Straßenverkehr teilnehmen, unterfallen sie der StVO.³⁴ Im Übrigen sei auf das Schienenlärmschutzgesetz³⁵ verwiesen, was unter anderem den Betrieb lauter Güterwagen verbietet.³⁶

Hinsichtlich der Verkehrsmittel befindet sich eine der zentralen Vorschriften im BImSchG: Nach § 38 BImSchG müssen Fahrzeuge³⁷ so beschaffen sein, dass bei bestimmungsgemäßem Betrieb die einzuhaltenden Grenzwerte nicht überschritten werden. Die Norm ist jedoch nicht abschließend.³⁸ Daneben bestehen verkehrsmittelspezifische Regelungen wie etwa in der Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung.³⁹

3. Indirekte Verhaltenssteuerung

Anders als Ge- und Verbote lassen Instrumente der indirekten Verhaltenssteuerung dem Adressaten die Freiheit, sich zwischen verschiedenen Verhaltensweisen zu entscheiden. Als indirekt verhaltenslenkende Instrumente sind vor allem ökonomischer Anreize oder Informationen zu nennen.⁴⁰ In Hinblick auf (urbanen) Verkehrslärm spielen diese Instrumente eine eher untergeordnete Rolle.

Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung lassen sich in Bezug auf allgemeine Verkehrsverringerung ausmachen.⁴¹ Ein Instrument indirekter Verhaltenssteuerung liegt darin, Straßennutzung für kostenpflichtig zu erklären. Bei der LKW-Maut werden bereits Lärmbelastungskosten erhoben⁴², auch wenn diese im Bereich des urbanen Verkehrs eine eher gerin-

33 So können insbesondere Tempo-30-Zonen zum Lärmschutz eingeführt werden, s. E. Friedemann, Tempo 30 in den Städten?!, JuWissBlog Nr. 50/2021 v. 12.5.2021, abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/50-2021>.

34 Knauff (Fn. 25), S. 40, vgl. auch R. Heß, in: M. Baumann et al. (Hrsg.), Straßenverkehrsrecht, 27. Aufl. 2022, StVO § 2 Rn. 3.

35 Schienenlärmschutzgesetz vom 20. Juli 2017, BGBl. I S. 2804 (SchlärmschG).

36 § 3 I SchlärmschG.

37 Dies schließt u.a. Kraftfahrzeuge sowie auch Schienen-, Luft- und Wasserfahrzeuge ein, § 38 I 1 BImSchG.

38 Kloepfer (Fn. 10), S. 1420.

39 U.a. §§ 38b, 49, 55 II StVZO, s. Kloepfer (Fn. 10), S. 1421.

40 Schlacke (Fn. 13), S. 115.

41 Übersicht zu Instrumenten der Raumordnung bei M. Sauthoff, Klimaschutz in der Raumordnung, ZUR 2021, 140 (142).

42 § 3 I Nr. 3 Bundesfernstraßenmautgesetz (BFStrMG) vom 12. Juli 2011 (BGBl. I S. 1378).

ge Rolle spielen dürften.⁴³ Allgemein begegnet dieses Instrument jedoch Bedenken, da Benutzungsgebühren im Widerspruch zum straßenrechtlich verankerten Gemeingebrauch stehen. Im Bereich der Schiene findet sich ein Instrument der indirekten Verhaltenssteuerung bei der Berechnung von Wegeentgelte: Hier sind Boni und Mali für besonders geräuscharme bzw. -intensive Züge vorgesehen.⁴⁴

Neben ökonomisch wirkenden Instrumenten zählen auch informationelle Instrumente zur indirekten Verhaltenssteuerung.⁴⁵ Hier sind Umweltsiegel zu nennen, insbesondere der sogenannte Blaue Engel.⁴⁶

II. Lärmschutzzinstrumentarium im Recht der bemannten Luftfahrt

Im Bereich der bemannten Luftfahrt verpflichtet § 29b LuftVG Flugplatzunternehmer sowie Luftfahrzeughalter als auch -führer, Lärm zu vermeiden. Auch Luftfahrtbehörden und Flugsicherung sollen auf den Schutz der Bevölkerung vor unzumutbaren Fluglärm hinwirken. Die Vorschrift entwickelt Relevanz für unterschiedliche Instrumente zur Lärminderung: So können betriebsbezogene Regelungen nach § 8 IV LuftVG Gegenstand der Planfeststellung sein. Aber auch nach Inbetriebnahme eines Flughafens können in einer gesonderten Entscheidung betriebsbezogene Regelungen erlassen werden.⁴⁷ Im Rahmen dieser Entscheidung stellt § 29b LuftVG eine Gewichtungsvorgabe im Rahmen des vorzunehmenden Abwägungsprozesses dar.⁴⁸

43 Die Mautpflicht gilt in Deutschland auf Bundesautobahnen sowie Bundesstraßen, auch innerorts, § 1 I BFStrMG.

44 Art. 4 ff. Durchführungsverordnung (EU) 2015/429 zur Festlegung der Modalitäten für die Anlastung der Kosten von Lärmauswirkungen, ABl. L 70 v. 14.3.2015, S. 36.

45 *Schlacke* (Fn. 13), S. 115.

46 Ein derartiges Siegel gibt es bereits für Omnibusse, Kommunalfahrzeuge und sonstige Verkehrsangebote wie Carsharing, abrufbar unter: <https://www.blauer-engel.de/de/produktwelt>; *Kloepfer*, *Leben Mit Lärm?* (2006), S. 440. Vergabekriterien des Blauen Engels für Car Sharing Anbieter sind etwa der Einsatz elektrischer oder besonders emissionsarmer Fahrzeuge sowie eine Reduktion der Luftschadstoffbelastung, abrufbar unter <https://produktinfo.blauer-engel.de/uploads/criteriafile/de/DE-UZ%20100-201801-de-Kriterien-V4.pdf>.

47 A. Jannasch, in: E. Grabherr/O. Reidt/P. Wysk (Hrsg.), *Luftverkehrsgesetz*, 20. EGL 2018, § 29b Rn. 22 f.

48 BVerwGE 125, 116 (199 f.).

1. Planungsinstrumente

Fluglärm gilt gemeinhin als besonders störend. Daher verwundert es nicht, dass das Flughafenplanungsrecht ein besonders umfassendes Instrumentarium zur Lärmsteuerung bereithält. Zum einen betrifft dies den Flugplatz⁴⁹ selbst. Zum anderen können bei der Festlegung von Flugverfahren Maßnahmen zur Lärminderung getroffen werden.

Nach § 8 I 1 LuftVG ist vor der Anlegung von Flughäfen und bestimmten Landeplätzen eine Planfeststellung nach § 17 LuftVG durchzuführen. Die Rechtsstreitigkeiten um die Planfeststellung von (Verkehrs-)Flughäfen sind gemeinhin bekannt.⁵⁰ Nicht selten werden Planfeststellungsbeschlüsse unter Lärmschutzgesichtspunkten beanstandet.⁵¹ Nicht nur der Flugplatz hat aber auf eine bestehende oder geplante Bebauung in der Umgebung Rücksicht zu nehmen, sondern umgekehrt haben auch Bauleitplanung und Raumordnung der umliegenden Gebiete den Flugplatz zu beachten.⁵² Unabhängig von einer Planfeststellung können bei der Genehmigung von Flugplätzen Betriebsbeschränkungen, insbesondere Nachtflugverbote, festgelegt werden⁵³.

Im Gegensatz zu anderen Verkehrsbereichen hat der Gesetzgeber versucht, Vorschriften und Instrumente zur Lärminderung im Bereich des Fluglärms zu vereinheitlichen. Das so entstandene Fluglärmgesetz⁵⁴ enthält unterschiedliche, nicht nur planungsrechtliche, Instrumente zur Minderung der Lärmbelastung. Insbesondere enthält es aber Vorschriften über

49 Das LuftVG spricht in § 6 I von Flugplätzen als Oberbegriff, darunter fallen Flughäfen, Landeplätze und Segelfluggelände. Diese werden in der LuftVZO näher definiert: Flughäfen sind Flugplätze, die nach Art und Umfang des vorgesehenen Flugbetriebs einer Sicherung durch einen Bauschutzbereich nach § 12 LuftVG bedürfen, § 38 I LuftVZO. Landeplätze sind Flugplätze, die nach Art und Umfang des vorgesehenen Flugbetriebs einer Sicherung durch einen Bauschutzbereich nach § 12 LuftVG nicht bedürfen und nicht nur als Segelfluggelände dienen, § 49 I LuftVZO. Segelfluggelände sind schließlich Flugplätze, die für die Benutzung durch Segelflugzeuge und nicht selbststartende Motorsegler bestimmt sind, § 54 I LuftVZO.

50 Zuletzt etwa um den Flughafen Berlin-Brandenburg International, Überblick bei J. Buchheister, Aktuelle Probleme der Planung und Realisierung des Flughafens BER, UPR 2016, 401 (401).

51 M. Schladebach, Luftrecht, 2018, S. 136.

52 W. Schwenk/E. Giemulla, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 2019, S. 813.

53 E. M. Giemulla/U. Rathgeb, in: E. Giemulla/R. Schmid/H.-G. Bollweg/W. Müller-Rostin/H. van Schyndel (Hrsg.), Luftverkehrsgesetz, 59. EGL 2010, § 6 Rn. 15c.

54 Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Oktober 2007, BGBl. I S. 2550 (FluLärmG).

den passiven Schallschutz und über Siedlungsbeschränkungen im Umland von Flugplätzen.⁵⁵

Auch auf Seiten der Exekutive wurden Zuständigkeiten und Gremien zur Koordination des Fluglärmschutzes bestellt. Bei Verkehrsflughäfen ist gemäß § 32b I 1 LuftVG eine Lärmschutzkommission zu bilden. Diese soll Genehmigungsbehörden und das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung (BAF) zu Lärmschutzmaßnahmen beraten und besteht u.a. aus Vertreter*innen betroffener Gemeinden, verschiedener Behörden und der Bundesvereinigung gegen Fluglärm.

2. Direkte Verhaltenssteuerung

Ähnlich wie im bodengebundenen Verkehr lassen sich direkt verhaltenslenkende Instrumente zur Lärminderung in Maßnahmen bezüglich der Verkehrsdurchführung sowie des Verkehrsmittels unterscheiden.

Im Mittelpunkt der Luftverkehrsdurchführung stehen die sogenannten Flugverfahren.⁵⁶ Umgangssprachlich auch als Flugrouten bezeichnet, sind sie keine virtuellen Wege durch den Luftraum, sondern Verhaltensanweisungen an Luftfahrzeugführer*innen im Rahmen der Flugverkehrskontrolle.⁵⁷ Durch Vorgabe von Wegpunkten, Kursen und Flughöhen für die Luftfahrzeuge wird eine konkrete Linie im Raum fixiert, auf der sie sich zu bewegen haben.⁵⁸ Flugverfahren kommen insbesondere bei An- und Abflügen zu Flugplätzen mit Flugverkehrskontrollstellen, u.a. Verkehrsflughäfen, zur Anwendung⁵⁹ und sind daher von besonderer Relevanz für urbane Räume, die sich durch Nähe zu einem Verkehrsflughafen und damit vielen tiefen Flugbewegungen auszeichnen.

Flugverfahren setzt das BAF in Form von Rechtsverordnungen fest. Sie enthalten daher auch planerische Elemente.⁶⁰ Sie sind – trotz faktischer

55 Sogenannte Lärmschutzbereiche, §§ 5 ff. FluLärmG.

56 Sie stellen allerdings nur eine Art von Luftverkehrslenkung dar. Auch im Übrigen gibt es lärmschützende Maßnahmen wie Mindestflughöhen, *Schwenk/Giemulla* (Fn. 52), S. 808.

57 *M. Deutsch*, "Flugrouten" - Verfahren, Maßstäbe, Rechtsfragen, in: J. Ziekow (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Luftverkehrs-, Planfeststellungs- und Umweltrechts 2011, 2012, S. 61 (62 f.).

58 *H. Wöckel*, Schutz vor Fluglärm bei der Festlegung von Flugverfahren, NVwZ 2016, 347 (347 f.).

59 § 33 I LuftVG.

60 § 32 IVc I LuftVG i.V.m. § 33 II LuftVO.

Zusammenhänge – rechtlich von der Planfeststellung des jeweiligen Flugplatzes getrennt.⁶¹ Bei der Festlegung der Verfahren ist insbesondere § 29b LuftVG mit seinem bereits dargestellten Optimierungsgebot zu berücksichtigen.⁶² Neben der Streckenführung kann ein Flugverfahren auch in zeitlicher Hinsicht bestimmt werden.⁶³

Auch bzw. gerade für Luftverkehrsmittel gelten eine Vielzahl an Anforderungen, um die Lärmbelastung zu reduzieren. Diese richten sich zum Teil nach dem Stand der Technik. Im Fall des § 2 I 2 Nr. 4 LuftVG gelten die durch das Luftfahrtbundesamt festgelegten Grenzwerte⁶⁴, die ihrerseits auf das Übereinkommen über die Zivilluftfahrt⁶⁵ zurückgehen. Die Vorschrift ist damit nur bedingt flexibel.⁶⁶

3. Indirekte Verhaltenssteuerung

Ähnlich wie die Wegeentgelte im Schienennetz bestehen im Luftverkehr Flughafenentgelte, die jedenfalls für die Nutzung von Verkehrsflughäfen zu entrichten sind. Die Berechnung dieser Entgelte ist durch den Gesetzgeber näher bestimmt. Dabei hat der Flughafenbetreiber in der jeweiligen Entgeltordnung eine Differenzierung nach Lärmschutz Gesichtspunkten vorzunehmen.⁶⁷

III. Lärmsteuerung im unbemannten Luftverkehr

Mit der *Urban Air Mobility* (UAM) erobert der urbane Verkehr eine neue Dimension: Durch Fernpiloten oder autonom fliegende *Unmanned Aircraft Systems* (UAS)⁶⁸ werden möglicherweise schon in wenigen Jahren den urbanen Himmel prägen. In Deutschland haben sich mit Hamburg, Ingolstadt, Aachen und der Region Nordhessen bereits vier Modellstädte

61 Ausführlich Wöckel (Fn. 58), 348 f.

62 S. Schlacke/D. Römling/D. Schnittker, Gesetzgeberische Handlungsspielräume zur Stärkung des aktiven Schallschutzes im Luftverkehrsrecht, 2021, S. 66 f.

63 F. Heß, Flugverfahren im luftrechtlichen Mehrebenensystem, 2019, S. 370.

64 § 3 III LuftVZO.

65 Übereinkommen über die internationale Zivilluftfahrt vom 7.12.1944, Annex 16.

66 Kritisiert wird die Regelung auch von Kloepper (Fn. 10), S. 1434.

67 § 19b I 6 LuftVG.

68 Umgangssprachlich Drohnen, wobei UAS die Fernsteuerung einbezieht und nicht nur das Fluggerät an sich meint.

bzw. -regionen zu einem Innovationsnetzwerk zusammengefunden mit dem Ziel, die Entwicklung der urbanen Luftmobilität zu fördern.⁶⁹ UAM kennzeichnet eine größere Vielfalt von Anwendungen als den bemannten Flugverkehr im urbanen Raum, die klassischen Güter- und in fernerer Zukunft auch Personenverkehr umfassen könnte.⁷⁰ Dabei spielen unbemannte Luftverkehrsmittel eine besondere Rolle. Verglichen mit der bisherigen bemannten Luftfahrt ist unter anderem eine niedrigere Flughöhe vorgesehen, aber auch ein Ausbau der Start- und Landeflächen⁷¹ notwendig.⁷²

Das Recht der unbemannten Luftfahrt befindet sich derzeit im Aufbau und ist durch Unionsrecht geprägt.⁷³ In Hinblick auf Umweltaspekte und speziell Lärmschutz trifft das bisherige Recht der unbemannten Luftfahrt nur wenige Regelungen. Auch ist das Recht der bemannten Luftfahrt nur eingeschränkt anwendbar oder übertragbar.⁷⁴

1. Planungsinstrumente

Im Bereich der bemannten Luftfahrt ließen sich die Planungsinstrumente zwischen bodengebundener Infrastruktur und dem Luftraum als Regelungsobjekte unterscheiden. Bei der unbemannten Luftfahrt fällt dies schwerer. Grund dafür ist, dass jedenfalls kleinere UAS nach wohl vorherrschender Meinung nicht unter den sogenannten Flugplatzzwang fallen, zum Start und Landen also weder technisch noch rechtlich auf eine entsprechende Infrastruktur angewiesen sind.⁷⁵ Die entsprechenden Vorschriften zur Flughafenplanung sind dementsprechend nur bedingt anwendbar.

69 Memorandum für smarte Städte und Regionen zwischen den deutschen Modellstädten und -regionen für Urban Air Mobility (UIC²-DE) Stadt Aachen, Freie und Hansestadt Hamburg, Stadt Ingolstadt und Region Nordhessen sowie dem Bundesministerium für Verkehr und Digitale Infrastruktur (BMVI) vom 28.6.2021.

70 Vgl. u.a. die Definition der US-amerikanischen Luftfahrtbehörde, abrufbar unter: https://www.faa.gov/uas/advanced_operations/urban_air_mobility.

71 Sogenannte Vertiports.

72 So hat eine Studie drei dominierende Anwendungszwecke für Flugtaxen definiert: Die Verwendung als City-Taxi, als Airport-Shuttle sowie als Inter-City Verkehr, Roland Berger GmbH, Urban Air Mobility, November 2020, S. 9.

73 C. Worpenberg/D.-S. Valentiner/J. Johannsen/K. Goldberg, Verwaltungsrechtliche Fragen des unbemannten Luftverkehrs, NVwZ-Extra 10/2022, 1 (1 ff.).

74 Das FlulärmG dürfte aufgrund der Anknüpfung an bestimmte Arten von Flugplätzen (§ 4 I FlulärmG) nicht anwendbar sein, s. F. Kilian, Die Rechtsquellen der unbemannten Luftfahrt – Teil 2, ZLW 2020, 415 (420).

75 So werden als vage Voraussetzung zum Start eines Multicopters etwa genannt, dass das Start- und Landegebiet ausreichend eben sowie staub- und steinfrei beschaffen

Der Einsatz kleinerer UAS, die im urbanen Raum zunächst eingesetzt werden dürften, ist für die Raum- und Bauleitplanung derzeit nicht vorhersehbar und daher auch kaum abwägungserheblich.

Die neueste Entwicklung im Recht der unbemannten Luftfahrt ist der U-Space, ein speziell für UAS ausgewiesener Luftraum. In diesem Luftraum soll das Flugverkehrsmanagement nicht mehr durch Flugsicherungsbehörden, sondern durch Private in einem wettbewerblichen Ökosystem erbracht werden.⁷⁶ Als planerisches Instrument steht der U-Space ab 2023 zur Verfügung. Die U-Space-Verordnung⁷⁷ enthält keine spezifischen Lärmschutzvorschriften.⁷⁸ Jedoch können nach Art. 3 I U-Space-VO U-Spaces zum Schutze der Umwelt ausgewiesen werden.⁷⁹ Davon dürfte auch Lärmschutz erfasst sein. Die zuständige Behörde⁸⁰ dürfte einen U-Space folglich in lärmsensiblen Gebieten zum Zweck des Lärmschutzes ausweisen können. Innerhalb eines U-Space können Betriebsbedingungen und Luftraumbeschränkungen durch die Mitgliedstaaten festgelegt werden.⁸¹ Umweltbelange und insbesondere Lärm werden jedoch nicht unter den Kriterien für die Festlegung aufgeführt.⁸²

Unabhängig von den U-Space-Lufträumen können Mitgliedstaaten nach Unionsrecht sogenannte UAS-Gebiete festlegen, in welchen sie den Betrieb von UAS unter spezifischen, auch umweltbezogenen Auflagen ermöglichen können.⁸³ Insbesondere der kann Betrieb über Wohngebäuden eingeschränkt werden, wohl auch mit dem Ziel der Minderung von Lärmbelastungen.⁸⁴

ist, dass der Anflug hindernisfrei möglich ist und der Radius dieses Ortes 2 bis 5 m beträgt, U. Dieckert/S. Eich, *Drohnen – Technik und Recht*, 2018, S. 289.

76 Vertiefung bei R. M. Schnitker/D. h. van Kaar, *Drone Law and Policy*, 2021, S. 185 ff.

77 Durchführungsverordnung (EU) 2021/664 vom 22. April 2021.

78 Vgl. auch zu einem fehlenden Noise Modelling System: T. Langen/V. Nunavath/O. H. Dahle, A Conceptual Framework Proposal for a Noise Modelling Service for Drones in U-Space Architecture, *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2022, 223 (223).

79 Dies wird auch ein Erwägungsgrund (2) verdeutlicht.

80 Art. 18 lit. f U-Space-VO. Welche Behörde diese Ausweisung auf nationaler Ebene übernimmt, ist noch offen.

81 Art. 3 IV lit. c U-Space-VO.

82 Anhang I C. zur U-Space-VO.

83 So ermöglicht Art. 15 I lit. b Durchführungsverordnung 2019/947 vom 24. Mai 2019 die Festlegung bestimmter Umweltauflagen.

84 § 21h III Nr. 7 LuftVO, Umweltbundesamt, *Lärmauswirkungen des Einsatzes von Drohnen auf die Umwelt*, September 2021, S. 97 f.

2. Direkte Verhaltenssteuerung

Direkt verhaltenslenkende Instrumente sind wie in anderen Verkehrsbereichen in zweierlei Hinsicht auszumachen: einerseits die Verkehrsdurchführung betreffend, andererseits das Verkehrsmittel.

Bei der Durchführung vom unbemannten Luftverkehr ist das UAS in eine von drei Kategorien einzuordnen, die sich maßgeblich an den Risiken der jeweiligen Technologie orientiert.⁸⁵ In der strengsten und deshalb zulassungspflichtigen Kategorie findet das Recht der bemannten Luftfahrt weitestgehend Anwendung.⁸⁶ In der speziellen Kategorie ist für jeden Betrieb von UAS eine Betriebsgenehmigung erforderlich, die im allgemeinen voraussetzt, dass sich der jeweilige Betreiber an Umweltschutzvorschriften hält. Dazu dürften auch Vorschriften zum Lärmschutz zählen, die in dem jeweiligen UAS-Gebiet der bezüglich des UAS selbst festgelegt sind.⁸⁷

Hinsichtlich des Verkehrsmittels ist grundsätzlich § 38 BImSchG anwendbar, wird jedoch praktisch von den unionsrechtlichen Vorschriften zur Zulassung des UAS überlagert.⁸⁸

3. Indirekte Verhaltenssteuerung

Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung mit dem Ziel der Lärmminde- rung sind im unbemannten Luftverkehr (noch) nicht ersichtlich. Dies dürfte sich vor allem dadurch erklären, dass sich das Recht der unbemannten Luftfahrt insgesamt noch im Aufbau befindet und derzeit vor allem die Regulierung von Sicherheitsrisiken im Vordergrund steht.

C. Gründe für und Anforderungen an einen Instrumentenmix

Die Implementierung von Lärmschutzvorschriften in das Recht der unbemannten Luftfahrt steht noch am Anfang. Dennoch lässt sich schon jetzt ein Fokus auf ordnungsrechtliche Instrumente, also Instrumente direkter

85 Art. 3 DVO 2019/947.

86 § 21c II LuftVO.

87 Umweltbundesamt (Fn. 84), S. 90.

88 Umweltbundesamt (Fn. 84), S. 99; H. Jarass, Bundes-Immissionsschutzgesetz, 13. Aufl. 2020, § 38 Rn. 3. Siehe zu Lärmgrenzwerten Anhang Teil 15 Delegierte Verordnung (EU) 2019/945 vom 12. März 2019.

Verhaltenssteuerung ausmachen. Dabei gibt es gute Gründe für einen Instrumentenmix.⁸⁹

I. Gründe für einen Instrumentenmix

Das Umweltrecht entwickelte sich in den letzten dreißig Jahren unter Abkehr von den klassischen, administrativen ordnungsrechtlichen Instrumenten zu einem „modernen Umweltverfahrensrecht“.⁹⁰ Dieses kennzeichnen insbesondere das Konzept der informierten Öffentlichkeit, das Prinzip des integrierten Umweltschutzes und das Konzept der Verfahrensprivatisierung. Ziele sind die Steigerung der Effizienz des Verwaltungsverfahrens und das Ermöglichen von Kommunikations- und Lernprozessen. Instrumente sollen nicht mehr in bestimmte Formen gegossen, sondern intelligent kombiniert werden.⁹¹

Aufgrund der staatlich zu garantierenden Gefahrenabwehr ist ein Minimum an Umweltschutz weiterhin durch ordnungsrechtliche Instrumente zu gewährleisten.⁹² Allerdings schränken direkte Verhaltenssteuerungsinstrumente lärmrelevantes Verhalten in einem hohen Maße ein.⁹³ In Hinblick auf unbemannte Luftfahrt ist hier insbesondere an die Grundrechte der Betreiber*innen zu denken, namentlich an die in § 1 I LuftVG definierte Freiheit der Benutzung des Luftraums als Konkretisierung der allgemeinen Handlungsfreiheit.⁹⁴ Gleichzeitig sind indirekt wirkende, etwa ökonomische Instrumente, nicht pauschal das mildere Mittel und dem Ordnungsrecht auf Ebene der Erforderlichkeit nicht immer vorzuziehen: Denn der Erfolg der Maßnahmen hängt von der Entscheidung der Adressat*innen, ihrer Informiertheit und vor allem ihrer ökonomischen Rationalität ab.⁹⁵ Trügerisch scheint auch der Eindruck, dass ein Abbau von ordnungsrechtlichen Mitteln und eine Zunahme indirekter Verhaltenssteuerung automa-

89 Zum Begriff des Instrumentenmix s. L. Michael, § 41 Formen- und Instrumentenmix, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl. 2012, S. 1639 (1644 ff.).

90 K. Meßerschmidt, § 45 Instrumente des Umweltrechts, in: D. Ehlers/M. Fehling/H. Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2020, Rn. 4.

91 Meßerschmidt (Fn. 90), Rn. 4.

92 Meßerschmidt (Fn. 90), Rn. 6.

93 Lee (Fn. 14), S. 50.

94 BGH NJW 1977, 1875 (1875).

95 Fehling (Fn. 11), 388.

tisch zu einem Bürokratieabbau führen würden. Vielmehr dürfte eine Zunahme von unterschiedlich wirkenden Maßnahmen und damit Koordinationsaufwand eher zu mehr Verwaltungsaufwand führen.⁹⁶ Im Rahmen des Rechts der unbemannten Luftfahrt bietet sich hier eine Chance, da der Unionsgesetzgeber im U-Space die Überprüfung der Einhaltung geltenden Rechts Privaten, namentlich den U-Space-Service-Providern, überträgt.⁹⁷

Beim Thema Lärm mit seinen gesundheitlichen Beeinträchtigungen liegt auf den ersten Blick außerdem die Diskussion einer Schutzpflicht aus Art. 2 II GG nahe.⁹⁸ Allerdings dürfte daraus noch keine zwingende Wahl für das effizienteste Lärmschutzinstrument bzw. -mix entstehen. Vielmehr steht dem Gesetzgeber grundsätzlich ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Eine Verletzung der Schutzpflicht ist nach der Rechtsprechung erst dann anzunehmen, wenn die öffentliche Gewalt keine Schutzvorkehrungen getroffen hat oder die getroffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet sind.⁹⁹

Für einen Instrumentenmix spricht auch das besondere Innovationspotential.¹⁰⁰ Besonders die Komplementarität von ordnungsrechtlichen und marktbasierten Instrumenten wird in diesem Zusammenhang betont. Nach der Innovationsforschung soll eine spezifische, regulative Detailsteuerung durch ordnungsrechtliche Instrumente den regulativen Kern darstellen. Jenseits der Gefahrenschwelle kann dem Vorsorgeprinzip durch ökonomische Instrumente Rechnung getragen werden.¹⁰¹ Als Beispiel kann das sogenannte Technology-Forcing angeführt werden.¹⁰² Kennzeichnend dafür sind nach aktuellem Stand unerfüllbare Anforderungen, die der Gesetzgeber mit einer längeren Umsetzungsfrist aufstellt und so die Entwicklung einer bestimmten Technologie erzwingt und gleichzeitig – etwa im Rah-

96 Kloepper (Fn. 10), S. 365.

97 Art. 13 U-Space-VO.

98 C. Starck, in: H. von Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 193.

99 So zum Fluglärm: BVerwG, Urteil vom 13.10.2011, Az. 4 A 4000/09 – Juris Rn. 172.

100 M. Rodi, Innovationsförderung durch ökonomische Instrumente der Umweltpolitik, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und Recht, Bd. II, 2009, S. 147 (166).

101 M. Rodi, Instrumentenvielfalt und Instrumentenverbund im Umweltrecht, ZG 2000, 231 (244).

102 M. Jänicke/S. Lindemann, Innovationsfördernde Umweltpolitik, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und Recht II, S. 171 (178).

men von Forschungsförderung – unterstützt.¹⁰³ Dies soll mit ökonomischen Anreizen als unterstützende Instrumenten kombiniert werden.¹⁰⁴ Dazu zählt etwa die staatliche Beschaffung.¹⁰⁵ Bezogen auf den Drohnenmarkt ist dies von besonderer Bedeutung, da UAS häufig von Sicherheitsbehörden beschafft und genutzt werden.

II. Integration und Koordination von Lärmschutzinstrumenten

Nachteil des Instrumentenmix ist es, dass Belastungen kumuliert auftreten können.¹⁰⁶ Das gilt insbesondere, wenn unterschiedliche umweltpolitische Akteure tätig werden¹⁰⁷, wie es beim Lärmschutz der Fall ist. Allerdings kann ein Instrumentenmix auch Belastungen entschärfen, wenn Belastungen mit Begünstigungen korrelieren und jene damit abgemildert werden: Ein Instrumentenmix kann so in der Gesamtschau rechtsstaatlich relevante Belastungen verringern.¹⁰⁸

Die Nachteile des Instrumentenmix treten folglich vor allem ein, wenn Maßnahmen unabgestimmt eingesetzt werden.¹⁰⁹ Das klassische Verwaltungsrecht ist weitgehend in der Annahme konzipiert worden, dass jede staatliche Maßnahme für sich auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden kann. Auf die durch einen Instrumentenmix eintretenden Summationseffekte ist das Verwaltungsrecht bisher kaum vorbereitet.¹¹⁰ Umso wichtiger ist die Koordinierung unterschiedlicher Instrumente durch den Gesetzgeber und die Regulierungsbehörden. Jedenfalls sich widersprechende Steuerungswirkungen müssen vermieden werden. Darüber hinaus sind die Gebote der Willkürfreiheit, Widerspruchsfreiheit und Systemgerechtigkeit zu

103 J. Mekhelfia, Möglichkeiten und Grenzen von Technology-Forcing zur Förderung der Elektromobilität, DÖV 2018, 936 (937).

104 Jänicke/Lindemann (Fn. 102), S. 180.

105 Überblick bei M. Fehling, Innovationsförderung durch staatliche Nachfragemacht: Potentiale des Vergaberechts, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und Recht II, S. 119 (119 ff.).

106 Michael (Fn. 89), S. 1678; Lee (Fn. 14), S. 79.

107 Rodi (Fn. 99), S. 235.

108 Michael (Fn. 89), S. 1681.

109 So schon Kloepfer, Zu den neuen umweltrechtlichen Handlungsformen des Staates, JZ 1991, 737 (744).

110 W. Hoffmann-Riem, Verwaltungsrechtsreform - Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes, in: W. Hoffmann-Riem/G.-F. Schuppert/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 115 (143).

berücksichtigen. Im Sinne guter Regulierungspraxis, möglicherweise auch aus der Verfassung herrührend, sind Systemwidrigkeiten und Wertungswidersprüche zu vermeiden.¹¹¹

Das Recht der Lärminderung leidet im Ergebnis an einer Zersplitterung. Die Rechtsanwendung und auch der Rechtsschutz werden durch Unübersichtlichkeit und ungeklärten Kollisionslagen erschwert. Immissionsschutz im Allgemeinen und Lärmschutz im Besonderen ist jedoch eine Querschnittsaufgabe, weshalb die Forderung, die Regeln in einem Gesetz zu konzentrieren, nicht zielführend ist.¹¹² Denn dies könnte nur gelingen, wenn gleichzeitig andere Regelungsbereiche getrennt würden, etwa die technischen Bestimmungen für unbemannte Luftfahrzeuge.¹¹³

D. Anpassungsbedarf und -möglichkeiten

Aus der Bestandsaufnahme des geltenden Lärmschutzrechts ergeben sich Chancen und Potentiale für das neu entstehende Recht der unbemannten Luftfahrt. Doch ist ein Instrumentenmix bisher kaum auszumachen. Es überwiegen ordnungsrechtliche Steuerungsinstrumente. Unter der Prämisse, dass ein Verbund unterschiedlicher Instrumente am effektivsten für die Lärminderung wirkt, besteht hier Handlungsbedarf. Im Folgenden sollen einige Ideen für eine Erweiterung des Lärmschutzinstrumentariums im unbemannten Luftverkehr sowie für eine Koordination der Lärmschutzmaßnahmen im urbanen Raum insgesamt gegeben werden.

I. Erweiterung des Instrumentenkastens

Die ordnungsrechtlichen Instrumente des Rechts der unbemannten Luftfahrt dürften nicht ausreichen, um die Lärminderungspotentiale der neuen Technologie auszuschöpfen.

Vor allem der U-Space dürfte Potential für zusätzliche indirekte Verhaltenssteuerung bieten. Analog den Wegeentgelten im Schienenverkehr sowie den Start- und Landeentgelten in der bemannten Luftfahrt könnte die

111 *Kloepfer* (Fn. 10), S. 365.

112 *Rodi* (Fn. 101), 235.

113 *Kloepfer* (Fn. 10), S. 1337.

Gegenleistung für die U-Space-Betriebsgenehmigung¹¹⁴ nach Umweltauswirkungen des jeweiligen Flugs gestaffelt werden, insbesondere nach den Lärmemissionen: Beispielsweise könnte so ein Anreiz gesetzt werden, das Überfliegen von Wohngebieten aufgrund hoher Gebühren zu vermeiden. Dasselbe gilt für den Flugbetrieb zu bestimmten Tages- und Nachtzeiten. Insofern könnte an die Diskussion um eine Lärmabgabe für Fluglärm angeknüpft werden, um die Kosten des Fluglärms zu internalisieren.¹¹⁵

Die Entwicklung lärmarmen Drohnen lässt sich durch weitere, indirekt wirkende Maßnahmen fördern. Der Bereich der unbemannten Luftfahrt ist von Innovationen geprägt. Hier könnten staatliche Beschaffungen mit einem Fokus auf lärmarme Drohnen Anreize setzen. Nach § 58 II 2 Nr. 1 VgV können insbesondere auch umweltbezogene und innovative Eigenschaften als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Schließlich könnte als gemischtes Instrument ein Technology Forcing bezüglich der Lärmemissionsgrenzwerte von UAS eingesetzt werden.

Auch bei den Umweltinformationen besteht Nachholbedarf. Analog zum bodengebundenen Verkehr könnte auch für Drohnen ein Umweltsiegel eingeführt werden, dass besonders geräuscharme Drohnen erhalten könnten.

Größere Schwierigkeiten beinhaltet die planungsrechtliche Erfassung des UAS-Verkehrs. Auch hier ist der U-Space mit seiner Ausweisung bzw. Berücksichtigung bei anderen Planungen eine Chance, die Lärmauswirkungen des Drohnenverkehrs insbesondere in die Bauleitplanung einzubeziehen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass voraussichtlich nicht jeder urbane Raum von einem U-Space überspannt werden und auch außerhalb des U-Space Drohnenverkehr stattfinden wird. Jedenfalls aber für Bereiche mit erhöhtem Drohnenverkehr sollte die ausweisende Behörde von einer Ausweisung zum Zweck des Umweltschutzes Gebrauch machen.

Darüber hinaus könnte über eine Flugplatzpflicht für lärmintensive UAS nachzudenken sein. Die Vor- und Nachteile dieser Maßnahme sind jedoch genau abzuwägen, da der Vorteil der Technologie, Luftmobilität sehr flexibel zu gestalten, dadurch konterkariert werden könnte.

114 Wobei ob und wie der Gegenleistung von der U-Space-Verordnung offengelassen ist. Da die U-Space-Dienste in einem wettbewerblichen Ökosystem erbracht werden sollen, ist jedoch von der Einführung der Dienste gegen eine Gebühr o.Ä. auszugehen.

115 Überblick bei Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Rechtlicher Rahmen für die Internalisierung von Lärmkosten des Luftverkehrs, 31.5.2017.

II. Koordination mit anderen Instrumenten und Verkehren

Die genannten Probleme von UAM in Hinblick auf Lärm bestehen auch im Verbund mit den übrigen Lärmschutzinstrumenten.

Die Lärmaktionsplanung, die als koordinierendes Mittel vorgesehen war, gerät im Bereich der UAS an ihre Grenzen, da flexibler Drohnenverkehr nur bedingt vorhergesagt werden kann. Außerdem fehlt es an konkreten Grenzwerten und Maßnahmenvorgaben. Mit Einführung von U-Spaces und UAS-Gebieten sind zwar bestimmte dreidimensionale Räume potentiell von Lärmemissionen betroffen. Der tatsächliche Verkehr kann jedoch bisher kaum vorhergesagt werden.

Ein weiteres koordinierendes Instrument sind die Lärmschutzkommissionen des bemannten Luftverkehrs. Sind diese bisher an Verkehrsflughäfen angesiedelt, könnten in Zukunft Lärmschutzkommissionen die Maßnahmen im unbemannten Luftverkehr koordinieren und evaluieren.

Schließlich könnte der U-Space als Vorbild für die Steuerung anderer autonomer, bodengebundener Verkehrssysteme dienen. Auch hier sind in Zukunft Anreize zur Vermeidung von Lärm und sogar die Steuerung von Verkehrslärm in Abstimmung zwischen den unterschiedlichen Verkehrsmitteln denkbar. Die Chance, die Lärminderungspotentiale des U-Space jedenfalls testweise auszureizen, sollte sich der Gesetzgeber nicht entgehen lassen.

E. Fazit

Das Instrumentarium zum Schutz und zur Minderung von Verkehrslärm setzt auf einen bunten Instrumentenmix. Wesentliches verbindendes Glied soll die Lärmaktionsplanung nach §§ 47a ff. BImSchG sein, die jedoch nur einen Grundstein für weitere Maßnahmen legt.

Das Recht der unbemannten Luftfahrt bildet hier – wohl auch aufgrund des innovativen Charakters – (noch) eine Ausnahme. Es wird vor allem auf Grenzwerte bei den Emissionen an dem Verkehrsmittel, also dem UAS, gesetzt. Angesichts der Gründe, die gegen ein rein ordnungsrechtliches Lärmschutzregime sprechen, sollte der Gesetzgeber tätig werden und weitere Planungs- und indirekt verhaltenslenkende Instrumente einsetzen. Dabei kann sich an anderen Verkehrssektoren orientiert werden.

Das Recht der unbemannten Luftfahrt birgt zugleich für den Gesetzgeber einen guten Anlass, die bisherige Lärmschutzregulierung im urbanen

Raum auf einen Prüfstand zu stellen. Aus der Integration von UAM in den urbanen Verkehr ergeben sich Chancen, bisher allein luftverkehrsrechtliche Lärmschutzinstrumente mit den bodengebundenen Infrastrukturen zu verknüpfen. Dies gilt insbesondere für planungsrechtliche Instrumente. Zentralen Bedenken bei der Einführung urbaner Luftmobilität kann so begegnet werden und Ingenieur*innen können durch eine möglichst innovationsförderndes Lärmschutzinstrumentarium ihr Genie bei der Lärm-minderung beweisen.

Die urbane Wärmewende – Wie können Städte und Gemeinden unabhängiger von fossiler Gasversorgung werden?

Julian Senders

Inhaltsübersicht

A.	Klimaziele und Ordnungsrecht: Verschiedene Ansätze für die Wärmewende	212
I.	Klimaziele als Grundlage	212
II.	Ordnungsrecht: Bestehende und geplante Vorgaben im Gebäudeenergiegesetz	213
III.	Zielkonflikt	214
B.	Kommunale Wärmeplanung als neuer Lösungsansatz	214
I.	Ausgestaltung am Beispiel Baden-Württembergs	215
II.	Rechtsnatur einer solchen Planung	216
C.	Planmaßnahme: Lokaler Ausstieg von den Gasverteilnetzen?	218
I.	Umsetzung im kommunalen Wärmeplan	218
II.	Hemmnisse im nationalen Energierecht	219
1.	Verpflichtung zum bedarfsgerechten Netzausbau (§ 11 EnWG)	219
2.	Anspruch auf Netzanschluss und -zugang (§§ 17, 20 EnWG)	221
3.	Recht der Konzessionsvergabe (§§ 46 ff. EnWG)	222
III.	Verfassungsrechtliche Fragen	223
1.	Daseinsvorsorge/Gewährleistungsverantwortung	223
2.	Verletzung des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 GG)	225
D.	Zusammenfassung und Ausblick	226

Oft werden mit dem Begriff der Energiewende vor allem die wind- und sonnenbasierte Erzeugung von Strom sowie die neuesten Entwicklungen bei der E-Mobilität verbunden. Durch den russischen Angriffskrieg gegen die Ukraine ist die Dekarbonisierung der Wärmeversorgung aus den Fachkreisen in den Fokus der öffentlichen Debatte gelangt. Dabei wird gerade der Wärmesektor im Hinblick auf sein Potenzial bei der Treibhausgas einsparung gelegentlich als „schlafender Riese“ bezeichnet.¹

1 Bundesverband Erneuerbare Energie e.V., Erneuerbare Energien im Wärmesektor, abrufbar unter: <https://www.bee-ev.de/unsere-argumente/erneuerbare-energien-im-waermesektor>; Bundesverband der Deutschen Heizungsindustrie, Pressemitteilung vom 30.08.2017.

Nachfolgend ist von Interesse, welcher Instrumente sich das Recht zur Förderung der Energiewende im Wärmebereich und insbesondere im Gebäudesektor bedient (A.), was das neue Instrument der kommunalen Wärmeplanung im Zusammenhang damit bei der Dekarbonisierung der Wärmeversorgung leisten kann (B.), welche Hemmnisse *de lege lata* für einen lokalen Ausstieg von der netzgebundenen Gasversorgung bestehen (C.) und welche Perspektiven für die Zukunft bestehen (D.).

A. Klimaziele und Ordnungsrecht: Verschiedene Ansätze für die Wärmewende

I. Klimaziele als Grundlage

Mit dem infolge des sogenannten Klimabeschlusses des Bundesverfassungsgerichts² novellierten Bundes-Klimaschutzgesetz³ (KSG) legt der Gesetzgeber sowohl sektorenübergreifende Klimaziele als auch auf einzelne Sektoren bezogene Ziele zur Einsparung von Treibhausgasemissionen fest.

In § 3 Abs. 2 Satz 1 KSG ist dabei das allgemeine Ziel der Treibhausgasneutralität bis 2045 festgeschrieben. Da diese in § 2 Nr. 9 KSG als Gleichgewicht zwischen anthropogenen Emissionen und dem Abbau von Treibhausgasen definiert wird, geht der Gesetzgeber von einer Gesamtminierungsquote von mindestens 97 % gegenüber 1990 bis 2045 aus.⁴ Während infolge des Klimabeschlusses des Bundesverfassungsgerichts in Anlage 3 KSG prozentual gegenüber 1990 definierte sektorenübergreifende Einsparungsziele über 2030 hinaus (bis 2040) festgelegt worden sind, legt Anlage 2 KSG sektorspezifische Ziele weiterhin nur bis 2030 fest.

Für den Gebäudesektor ist demnach für 2030 ein jährlicher Ausstoß in Höhe von 67 Mio. Tonnen CO₂-Äquivalent zu erreichen, während die erlaubte Jahresemissionsmenge im laufenden Jahr 2022 noch bei 108 Mio. t CO₂-Äquivalent liegt. Der Gebäudesektor ist von besonderer Relevanz, da mehr als die Hälfte der gesamten Endenergie in Deutschland im Wärme-

2 BVerfG NJW 2021, 1723.

3 Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3905) geändert worden ist.

4 BT-Drs. 19/30230, S. 18. Oftmals wird stattdessen auch – etwa in den Landesgesetzen – eine Reduktion auf 95 % verlangt, vgl. etwa § 3 Abs. 1 Satz 1 Berliner Klimaschutz- und Energiewendegesetz; § 3 Abs. 1 Satz 1 Thüringer Klimagesetz, wobei beide dieses 95 %-Ziel nicht als Netto-Treibhausgasneutralität legal definieren.

sektor verbraucht wird und die erzeugte Wärme zugleich nach wie vor weit überwiegend aus fossilen Energieträgern stammt.⁵ Fest steht damit aber auch, dass für den Gebäudesektor 2045 und in den Jahren davor kaum noch die Möglichkeit zum Ausstoß von Treibhausgasen bestehen wird, so dass insoweit weitere konkrete Maßnahmen zu ergreifen sind.

II. Ordnungsrecht: Bestehende und geplante Vorgaben im Gebäudeenergiegesetz

Zentrale Vorschrift für die ordnungsrechtliche Flankierung der Wärmewende im Gebäudebereich ist das Gebäudeenergiegesetz (GEG⁶). Die Fokussierung auf die Gebäudeseite und damit auf die Verbrauchsseite bringt es konsequenterweise mit sich, dass sich das Gesetz auf die Gebäudedämmung sowie die eigentlichen Verbrauchsgeräte – Heizungen – fokussiert.

Bereits im Koalitionsvertrag der Ampelkoalition von September 2021 einigten sich die Regierungsfractionen darauf, ab dem 1.1.2025 nur noch solche Heizungen in Gebäuden zum Neueinbau zuzulassen, die mit mindestens 65 % erneuerbarer Energie betrieben sein würden.⁷ Dies wurde auch in der sogenannten Eröffnungsbilanz Klimaschutz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz wieder aufgegriffen.⁸ Unter dem Eindruck des russischen Angriffskriegs in der Ukraine und auch der Bereitschaft Russlands, Energieversorgungssicherheit als politisches Druckmittel gegen Deutschland einzusetzen, wurde im März 2022 ein Entlastungspaket beschlossen, in dessen Zuge das De-Facto-Einbauverbot für konventionelle Erdgasheizungen auf den 1.1.2024 vorgezogen werden sollte.⁹

Zum jetzigen Stand wurde die öffentliche Konsultation hierzu abgeschlossen und deren Ergebnis bei der Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz sowie das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen berück-

5 O. Düper, Die Wärmewende findet auf lokaler Ebene statt – oder gar nicht, EnWZ 2019, 97 (97).

6 Gebäudeenergiegesetz vom 8. August 2020 (BGBl. I S. 1728), das durch Artikel 18a des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1237) geändert worden ist.

7 Koalitionsvertrag zwischen der SPD, B90/Die Grünen und der FDP für 2021-2025, S. 90.

8 BMWK, Eröffnungsbilanz Klimaschutz, S. 28.

9 Bundesregierung, Maßnahmenpaket des Bundes zum Umgang mit den hohen Energiekosten, 23.3.2022, S. 4.

sichtigt. Der Referentenentwurf befindet sich derzeit in der Ressortabstimmung.

III. Zielkonflikt

Aus diesem Zusammenwirken von zielorientierten und ordnungsrechtlichen Instrumenten ergibt sich ein gewisses Problempotenzial für die Erreichung der Klimaziele. Aus dem geplanten Einbauverbot zum 1.1.2024 folgt nämlich auch, dass bis zu diesem Zeitpunkt noch Anlagen eingebaut werden können, die über lange Zeiträume und durchaus auch über 20 Jahre mit fossilen Energieträgern in Betrieb sein können, obwohl die Treibhausgasemissionen auch im Gebäudesektor stufenweise bis 2045 abgebaut werden sollen und nicht erst „auf einen Schlag“: die Zwischenziele einschließlich der sektorbezogenen Zielvorgabe für 2030 in Anlage 2 KSG sind ebenfalls verbindlich.

B. Kommunale Wärmeplanung als neuer Lösungsansatz

Diesem Zielkonflikt könnte vor allem dadurch begegnet werden, dass eine regional differenzierte und auf die konkreten örtlichen Belange besser eingehende, koordinierende Steuerung ermöglicht wird. Der hier hervortretende Gedanke der Wärmeplanung stellt streng genommen kein Novum dar, wenn man bedenkt, dass es schon in der DDR eine koordinierte staatliche Planung des Wärmenetzausbaus gab. In den letzten Jahrzehnten ist die Planung von Wärminfrastrukturen angesichts von Privatisierungs- und Liberalisierungstendenzen jedoch weitgehend als Instrument aus der Fachdiskussion verschwunden.¹⁰

Allerdings gab und gibt es im europäischen Ausland¹¹ Vorschriften über Wärme- und Energieplanungen und -konzepte. In den letzten Jahren wurde eine solche kommunalen Wärmeplanung sodann auch in einigen

10 C. Maaß, Wärmeplanung: Grundlagen einer neuen Fachplanung, ZUR 2020, 22 (24 f.).

11 Vgl. etwa §§ 4 ff. Energiegesetz Kanton Zürich (EnerG ZH); §§ 6 ff. Kantonales Energiegesetz Bern (KE nG BE); §§ 4 ff. Kantonales Energiegesetz Luzern (KE nG LU). Im Kanton Zürich dient die Energieplanung den Gemeinden ausdrücklich als Grundlage für ihre eigene Energieplanung, § 4 Abs. 3 EnerG ZH.

deutschen Bundesländern in verschiedenen Ausformungen¹² auf den Weg gebracht. Seit neuestem besteht – der Ankündigung im Koalitionsvertrag¹³ entsprechend – auch auf Bundesebene die Ambition, eine verpflichtende kommunale Wärmeplanung zu normieren. Derzeit kursiert hierzu ein Diskussionspapier mit teilweise konkret ausformulierten Vorschlägen.¹⁴

I. Ausgestaltung am Beispiel Baden-Württembergs

Innerhalb Deutschlands muss die Ausgestaltung der Wärmeplanung in Baden-Württemberg als die fortgeschrittenste angesehen werden, zumal sie auch ab einer bestimmten Gemeindegröße – nämlich für Große Kreisstädte sowie Stadtkreise – verpflichtend ist (§ 7d Abs. 1 Satz 1 Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg – KSG BW¹⁵). Daher sollen die Regelungen in Baden-Württemberg hier als Referenzbeispiel dienen. Hiernach sind durch die verpflichteten Gemeinden bis zum 31.12.2023 Pläne zu erstellen und ab 2024 spätestens alle sieben Jahre fortzuschreiben (§ 7d Abs. 1 Sätze 1, 2 KSG BW). Das übergeordnete Ziel dieser Wärmeplanung wird in § 7c Abs. 1 KSG BW genannt – bis 2040 ist ein klimaneutraler Gebäudebestand zu erreichen.

Die Planung selbst erfolgt in notwendigerweise aufeinander aufbauenden Stufen, die in § 7c Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 3 KSG BW dargestellt werden. Sie gliedert sich in eine Bestandsanalyse, bei der Wärmebedarf und -verbrauch, die Gebäudetypen und Baualtersklassen sowie die Versorgungsstruktur systematisch ermittelt werden.¹⁶ Hierauf folgt eine Analyse der Einsparungspotenziale für die einzelnen Sektoren und sodann – als zentraler Bestandteil der Planung – die Darstellung eines klimaneutralen Szenarios für 2040 mit Zwischenzielen für 2030, einschließlich einer flächende-

12 Vgl. etwa §§ 7c f. Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg; § 7 Energiewende- und Klimaschutzgesetz Schleswig-Holstein; § 25 Hamburgisches Klimaschutzgesetz.

13 Koalitionsvertrag zwischen der SPD, B90/Die Grünen und der FDP für 2021-2025, S. 58.

14 BMWK, Diskussionspapier: Konzept für die Umsetzung einer flächendeckenden kommunalen Wärmeplanung als zentrales Koordinierungsinstrument für lokale, effiziente Wärmenutzung, Stand 28.7.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/diskussionspapier-waermeplanung.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

15 Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg vom 23. Juli 2013 (GBl. S. 229) in der Fassung des Gesetzes vom 12. Oktober 2021 (GBl. S. 837).

16 Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft des Landes Baden-Württemberg (MUKE BW), Kommunale Wärmeplanung – Handlungsleitfaden, Dez. 2020, S. 10.

ckenden Darstellung der zu diesem Zweck angedachten Versorgungsstruktur.

Den Abschluss – und wohl aus rechtlicher Sicht spannendsten Teil – bildet die Maßnahmenplanung, wobei explizit fünf Maßnahmen benannt werden müssen, mit deren Umsetzung innerhalb der kommenden fünf Jahre begonnen werden soll (§ 7c Abs. 2 Sätze 2 und 3 KSG BW). Eine Pflicht zur Umsetzung dieser Maßnahmen sieht das Gesetz wiederum nicht vor. Dies wurde im Rahmen der Verbändeanhörungen kritisiert.¹⁷

Die kommunale Wärmeplanung, der zwar schon aus kompetenzrechtlichen Gründen – nicht zuletzt mit Blick auf das GEG – ein strukturell ordnungsrechtlicher Zugriff verwehrt ist, vereint in sich somit sowohl Elemente der aus dem Bundes-KSG bekannten Zielorientierung als auch der konkreten Maßnahmenplanung, wie sie aus anderen Planungsvorschriften im Umweltrecht bekannt ist.

II. Rechtsnatur einer solchen Planung

Vor diesem Hintergrund stellt sich auch die Frage nach der Rechtsnatur und konkret nach der Reichweite der Bindungswirkung einer so ausgestalteten kommunalen Wärmeplanung. In der Verwaltungsrechtswissenschaft wird gemeinhin zwischen verschiedenen Formen der Planung differenziert, so etwa zwischen der räumlichen Gesamtplanung sowie der Fachplanung, welche zwar ebenfalls oft räumliche Bezüge aufweist, aber einen bestimmten Sachzweck beziehungsweise eine sektorale Aufgabe in den Vordergrund stellt.¹⁸ Dabei wird es sich oftmals um umweltspezifische oder jedenfalls umweltrelevante Belange handeln.¹⁹ Zum Teil wird zwischen Raumordnung/Bauleitplanung, raumrelevanter Fachplanung und spezifisch umweltrechtlichen Fachplanungen differenziert,²⁰ wobei diese Art der Aufteilung

17 LT BW-Drs. 16/8570, S. 46.

18 M. Kloepfer, Umweltrecht, 4. Aufl. 2016, § 5 Rn. 108 ff.; W. Hoppe, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, § 77 Rn. 27; W. Köck, in: A. Voßkuhle/M. Eifert/C. Möllers, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 3. Aufl. 2022, § 36 Rn. 44 f.

19 W. Kahl/K. Gärditz, Umweltrecht, 12. Aufl. 2021, § 4 Rn. 51; S. Schlacke, Umweltrecht, 8. Aufl. 2021, § 5 Rn. 16 f.

20 U. Ramsauer, in: H.-J. Koch/E. Hofmann/M. Reese, Umweltrecht, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 66.

lediglich eine von vielen darstellt.²¹ Nicht zuletzt auch angesichts der Dynamik des Planungsrechts²² lässt sich konstatieren, dass es eine allgemein anerkannte Aufteilung der Planungsarten im Umweltrecht nicht gibt. Dies ist der Vielfalt der bestehenden Instrumente geschuldet, muss aber auch nicht daran hindern, einige Gemeinsamkeiten mit zuvor bestehenden Instrumenten aufzuzeigen.

So bildet etwa die fehlende Umsetzungsverpflichtung bei der bisherigen Konzeption der kommunalen Wärmeplanung den entscheidenden Unterschied zu den meisten Umweltfachplanungen²³ sowie den Energienetzbedarfsplanungen²⁴. Zugleich ähnelt aber die Anforderung, bestimmte Maßnahmen festzulegen, deutlich der Luftqualitätsplanung – die eine umweltspezifische Fachplanung darstellt – und steht im deutlichen Gegensatz zu einer räumlichen Gesamtplanung wie der Bauleitplanung.

Dass eine Umsetzungspflicht nicht vorgesehen ist, folgt den spezifischen Sachzwängen, denen die kommunale Verwaltung und die mit ihr eng verbundene²⁵ Kommunalpolitik unterworfen sind.²⁶ Der Gesetzgeber verweist auf das Recht auf kommunale Selbstverwaltung, in welches durch eine Umsetzungspflicht eingegriffen würde.²⁷ Abgesehen davon ist die Befürchtung plausibel, dass im Falle einer allzu strikten Bindung der Verwaltungsträger aufseiten der Maßnahmenplanung nur „schwache“ Maßnahmen den Vorzug bekommen würden.²⁸

-
- 21 Vgl. etwa bei *Kloepfer* (Fn. 18) § 5 Rn. 71 ff. („Holistische, integrierte und additive Umweltplanung“) sowie § 5 Rn. 104 ff. („Umweltspezifische und umweltrelevante Planung“).
 - 22 Hierzu *C. Franzius*, Infrastrukturen zwischen Regulierung und Planung, *EnWZ* 2022, 302 (304).
 - 23 Vgl. etwa die eindeutige Vorgabe für Luftreinhaltepläne in § 47 Abs. 6 BImSchG.
 - 24 Hier kann die BNetzA einen Netzentwicklungsplan der Übertragungsnetzbetreiber sogar im Wege der Ersatz-vornahme durchsetzen, vgl. § 65 Abs. 2a EnWG. Zu Energienetzbedarfsplanungen allgemein *J. Senders/N. Wegner*, Die Bedarfsplanung von Energienetzinfrastrukturen, *EnWZ* 2021, 243.
 - 25 Kommunale Verwaltung und Kommunalpolitik sind in Deutschland gerade nicht getrennt, vgl. etwa § 28 Abs. 1 der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen: Der Gemeinderat ist ein Organ der Gemeinde.
 - 26 Zugleich wird aber im Leitfaden des Ministeriums empfohlen, über den Wärmeplan einen Gemeinderatsbeschluss herbeizuführen, um eine gewisse Verbindlichkeit auch mit Blick auf die Umsetzung der Maßnahmen zu schaffen, vgl. *MUKE BW* (Fn. 16), S. 84.
 - 27 LT BW-Drs. 16/8570, S. 48.
 - 28 Auf die negative Anreizfunktion einer strikt bindenden Planung auch aufmerksam machend *W. Kahl/M. Schmidchen*, Kommunale Wärme- und Klimaaktionspläne, *EurUP* 2013, 184 (191).

In erster Linie dürfte die kommunale Wärmeplanung daher in der hier gezeigten Ausgestaltung eine informelle Planungsgrundlage im Sinne eines verwaltungsinternen Programms darstellen, mit der die Klimaziele auf Landesebene, die wiederum nationale Klimaziele zur Grundlage haben, einer lokalen Konkretisierung zugeführt werden. Dennoch spricht einiges dafür, dass es eine beschränkte Bindungswirkung jedenfalls dann haben kann, wenn etwa – wie in § 11 Abs. 3 KSG BW – allgemeine Berücksichtigungspflichten geregelt sind. Ferner schiene es widersprüchlich, wenn eine kommunale Behörde nach ihrem Ermessen eine bestimmte Entscheidung treffen würde, die eindeutig den im Rahmen der Wärmeplanung genannten Maßnahmen entgegenstünde. Somit kann hier eine vor allem auf widersprüchliches Verhalten begrenzte Bindungswirkung im Rahmen des behördlichen Ermessens bei anderen Maßnahmen angenommen werden.²⁹

C. Planmaßnahme: Lokaler Ausstieg von den Gasverteilnetzen?

I. Umsetzung im kommunalen Wärmeplan

Eine mögliche und seitens des Gesetzgebers auch explizit hervorgehobene Maßnahme im Rahmen einer solchen kommunalen Wärmeplanung ist der Ausbau und die Dekarbonisierung von Fernwärmenetzen, die ihrerseits notwendigerweise in Konkurrenz zu den Gasverteilernetzen gelangen. Ein Nebeneinander von Fernwärme- und Gasnetzen wird als wenig sinnvoll angesehen und ein „Rückzug von Gasverteilernetzen“ als mögliches Ziel-szenario einer kommunalen Wärmeplanung angesehen.³⁰ Nicht uninteressant ist dabei die in Regierungskreisen beabsichtigte Verknüpfung von Wärmenetzausbau und GEG dergestalt, dass bei einem absehbaren Anschluss an ein Wärmenetz eine Ausnahme vom geplanten Einbauverbot für Gasheizungen, die nicht mindestens mit 65 % erneuerbaren Energieträgern betrieben werden, geschaffen wird.³¹

Dabei stellt sich zunächst die Frage, wie genau ein solcher lokaler Gasnetzausstieg – der auch aufgrund der aktuellen geopolitischen Entwick-

29 Vgl. hierzu schon J. Senders, Wärmeplanung und Gaskonzessionen, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht, Nr. 27, März 2022, S. 5.

30 MUKE BW (Fn. 16), S. 17 f., 76.

31 BMWK/BMWBSB, 65 % erneuerbare Energien beim Einbau von neuen Heizungen ab 2024, Stand: 14.7.2022, abrufbar unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/65-prozent-erneuerbare-energien-beim-einbau-von-neuen-heizungen-ab-2024.pdf?__blob=publicationFile&v=6, S. 10.

lungen notwendiger erscheint denn je – in einer kommunalen Wärmeplanung als Maßnahme umschrieben werden kann. Denkbar ist zum einen die Festlegung, dass in einem bestimmten Gebiet ab einem bestimmten Datum, ggf. mit Übergangsfristen, nur noch der Einbau/der Betrieb von Heizungsanlagen erlaubt ist, die nicht mit fossilen Brennstoffen bzw. Erdgas betrieben werden. Eine solche Regelung dürfte allerdings faktisch im Widerspruch zur bundesrechtlichen Regelung im GEG stehen, die diese grundrechtsrelevante Frage bereits abschließend regelt. Deswegen bietet sich alternativ noch an, im Plan die Maßnahme aufzunehmen, in einem bestimmten Gebiet die netzgebundene Versorgung mit Erdgas einzustellen bzw. hierauf hinzuwirken. Rechtlich ist dies, da der Netzbetrieb grundsätzlich und jedenfalls formal privatwirtschaftlich organisierten Akteuren obliegt, allerdings nur durch Handeln ebendieses Netzbetreibers möglich.

II. Hemmnisse im nationalen Energierecht

Wird nun angenommen, dass ein lokaler Gasnetzbetreiber ebenso ein wirtschaftliches Interesse hat, den Gasverteilernetzbetrieb zurückzufahren, so stellen sich für das weitere Vorgehen konkrete Fragen der Vereinbarkeit mit dem nationalen Energierecht.

1. Verpflichtung zum bedarfsgerechten Netzausbau (§ 11 EnWG)

Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Energiewirtschaftsgesetz³² (EnWG) haben die Betreiber von Energieversorgungsnetzen (worunter zunächst sämtliche Ebenen von Strom- und Gasnetzen zählen, § 3 Nr. 16 EnWG) ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Netz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit dies wirtschaftlich zumutbar ist. Eine trennscharfe Abgrenzung von Ausbau, Verstärkung und Optimierung ist dabei nicht möglich, aber auch nicht notwendig.³³

32 Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1325) geändert worden ist.

33 J. Sötebier, in: G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 11 EnWG Rn. 56 f., 59. Zumal das NOVA-Prinzip („Netzoptimierung vor -verstärkung vor -ausbau“) keineswegs Rechtsverbindlichkeit aufweist, vgl. BT-Drs. 16/10491, 18; BVerwG

Zentraler Begriff ist hier vielmehr die Bedarfsgerechtigkeit³⁴ und der damit verbundene Fokus: Die Gasnetzbetreiber müssen eine Bedarfsprognose vornehmen, für die wiederum die voraussichtliche, auf gewisse Dauer angelegte Nachfrage der verschiedenen Netznutzer maßgeblich ist.³⁵ Auch wenn hierdurch – anders als in § 12 Abs. 1 EEG 2021³⁶ – keine individuellen Ansprüche geschaffen werden, wird eine gewisse Perspektive deutlich, aus der die Gesetzgebung bislang auf die Netze und auch die Gasnetze geschaut hat. Der Netzausbau – zumal auf lokaler Ebene³⁷ – erfolgt grundsätzlich in Abhängigkeit von der Nachfragesituation, ohne dass es insoweit klima- oder energiepolitisch motivierte Steuerungsmöglichkeiten seitens staatlicher oder gemeindlicher Stellen gibt.

Auch dem Netzbetreiber ist eine freie Entscheidung über die Stilllegung von Netzbereichen verwehrt, ein Netzausbau kann erst dann unterbleiben, wenn dieser wirtschaftlich unzumutbar ist. Dies ist aber nur der Fall, wenn im Rahmen einer einzelfallorientierten Kosten-Nutzen-Analyse auf Grundlage einer langfristigen Betrachtung³⁸ nachgewiesen ist, dass sich trotz der Möglichkeit einer Umlegung der Netzausbaukosten auf die Netzentgelte eine jedenfalls mehr als erhebliche bzw. besondere Belastung für den Netzbetreiber ergibt.³⁹ Jedenfalls bei einer Existenzgefährdung des Unternehmens wird diese Grenze als erreicht angesehen.⁴⁰

Insgesamt bietet eine Argumentation mit der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit aufgrund ihrer sehr hohen Hürden kein geeignetes Mittel, einen ggf. auch aus wirtschaftlicher Sicht nicht mehr gewünschten Netzausbau zu unterlassen. Aus der Perspektive der Kombination der staatlichen Gewährleistungsverantwortung mit einer rein nachfrageorientierten Entwicklung

ZUR 2012, 499 (502); F. Sailer, Die allgemeine Netzausbaupflicht aus § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG – Überblick und aktuelle Fragestellungen, RdE 2016, 444 (450).

34 Zum bedarfsgerechten Netzausbau nach § 11 EnWG vgl. Sailer (Fn. 33), 444 ff.; zur Bedarfsplanung der Netze vgl. Senders/Wegner (Fn. 24), 243 ff.

35 C. Theobald, in: C. Theobald/J. Kühling, Energierecht, 116. EL, Mai 2022, § 11 EnWG, Rn. 24.

36 Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353) geändert worden ist.

37 Durchaus sieht die formalisierte Bedarfsplanung für die Übertragungs- und Fernleitungsnetze im Rahmen der Erstellung von Szenariorahmen die Berücksichtigung der klima- und energiepolitischen Ziele der Bundesregierung vor (§§ 12a Abs. 1 Satz 2, 15a Abs. 1 Satz 4 EnWG). Steuerungsmöglichkeiten für den Netzausbau auf lokaler Ebene gibt es dagegen nicht.

38 Theobald (Fn. 35), § 11 EnWG Rn. 6.

39 Sötebier (Fn. 33), § 11 Rn. 86 ff.

40 Sötebier (Fn. 33), § 11 Rn. 86.

des Netzes ist diese Ausgestaltung konsequent. Den Fall, dass der Netzbetreiber trotz bestehenden Bedarfs eine Stilllegung des Netzes durchführen möchte, obwohl ihm der Netzbetrieb an dieser Stelle wirtschaftlich zumutbar ist, sieht das geltende Recht schlicht nicht vor.

2. Anspruch auf Netzanschluss und -zugang (§§ 17, 20 EnWG)

Aus § 17 Abs. 1 Satz 1 EnWG ergibt sich ein Anspruch von Letztverbraucher, Erzeugungs- und Verbrauchsanlagen sowie Speichern und nachgelagerten Netzen auf Netzanschluss. Damit korrespondiert der in § 20 EnWG normierte Anspruch von „jedermann“ auf Netzzugang. Die Trennung zwischen Netzanschluss und Netzzugang hängt mit der Liberalisierung des Energiesektors und der damit verbundenen Entflechtung des Netzbetriebs von den übrigen Schritten der energiewirtschaftlichen Wertschöpfungskette (insbesondere Erzeugung und Vertrieb) zusammen.⁴¹ Während der Anschluss die rein technische Verbindung mit der jeweiligen Netzebene meint, regelt der Netzzugang – mit einem wettbewerblichen Fokus – das Recht zur Nutzung des gesamten Netzsystems für den Energietransport.⁴²

Zwar können Netzanschluss- und Netzzugangsansprüche auf den ersten Blick einer Stilllegung von Netzen oder Netzteilen schon deswegen nicht entgegenstehen, weil auch zum heutigen Zeitpunkt faktisch keineswegs eine flächendeckende netzgebundene Gasversorgung in Deutschland besteht. Dennoch fragt sich, ob nicht ein Letztverbraucher Netzanschluss und -zugang verlangen könnte, zumal er nach dem allgemeinen Verursachungsprinzip, dem Wortlaut des § 17 EnWG („zu angemessenen wirtschaftlichen Bedingungen“) sowie auch ausweislich der hierzu bestehenden Spezialregelungen⁴³ grundsätzlich die Netzanschlusskosten trägt.⁴⁴ § 17 EnWG sieht jedenfalls seinem Wortlaut nach eine längen- oder kostenmäßige Beschränkung des Anschlusses nicht vor, obschon eine solche Konstellation aufgrund der hohen, vom Netzanschlusspetenten zu zahlenden Kosten als unrealistisch anzusehen ist.

41 K. Bourwieg, in: G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 17 Rn. 2.

42 T. C. Hartmann/F. Wagner, in: C. Theobald/J. Kühling, Energierecht, 116. EL Mai 2022, § 17 EnWG, Rn. 20 f.

43 Zu nennen sind hier § 9 NAV/NDAV für den Bereich Niederspannung (Strom) und Niederdruck (Gas), zudem die Möglichkeit zur Erhebung eines Baukostenzuschusses (§ 11 NAV/NDAV) sowie § 8 KraftNAV und § 16 Abs. 1 EEG.

44 Hartmann/Wagner (Fn. 42), § 17 EnWG, Rn. 110 f.

Gemäß § 17 Abs. 2 EnWG kann ein Netzanschluss verweigert werden, soweit die Gewährung aus betriebsbedingten oder sonstigen wirtschaftlichen oder technischen Gründen (unter Berücksichtigung der Zwecke aus § 1 EnWG) nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Somit könnte die Frage aufgeworfen werden, ob ein (geplanter) Rückbau des Netzes etwaigen Netzanschlussbegehren als betriebsbedingter Grund im Sinne dieser Vorschrift entgegengehalten werden könnte. Technische Mängel oder nicht ausreichende Netzkapazitäten werden allenfalls als vorübergehende Gründe einer Anschlussverweigerung angesehen.⁴⁵

Damit besteht aus einer rein rechtlichen Sicht insoweit eine Unklarheit des Rechtsrahmens. Sie wird auch in der Literatur gesehen: Zwar gibt es ältere Rechtsprechung, wonach ein Netzanschluss im Einzelfall wirtschaftlich unzumutbar sein könne, wenn etwa auf einem abgelegenen Gebiet Anschluss begehrt wird.⁴⁶ Allerdings würden die meisten Unzumutbarkeiten aufgrund der Kostentragsregeln zulasten des Anschlusspetenten entfallen.⁴⁷ Zudem lässt sich diese Unklarheit auch vom Gesamtsystem her erklären: Das Gesetz sieht in § 11 Abs. 1 EnWG vor, dass bei einer Nachfrage, der das Netz nicht hinterherkommt, mittelfristig ohnehin ein Netzausbau erfolgen muss.⁴⁸

3. Recht der Konzessionsvergabe (§§ 46 ff. EnWG)

Das Recht der Konzessionsvergabe könnte eine weitere Hürde für die Beendigung des Gasnetzbetriebs darstellen. Gemäß § 46 Abs. 1 EnWG hat die Gemeinde ihre öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen zur Verfügung zu stellen. Prinzipiell ergibt sich aus diesem Rechtsrahmen dann kein Problem, wenn es keine Interessenten gibt, die das kommunale Netz betreiben wollen. Allerdings würde dann die Gemeinde selbst den Netzbetrieb übernehmen müssen, sodass sich wiederum die obigen Fragen (Netzausbau, Netzanschluss- und Netzzugangsanspruch) stellen würden, die aber vom Konzessionsrecht unabhängig sind. Aus einer rein faktischen Perspektive könnte das Konzessionsrecht aller-

45 F. J. Säcker/K. V. Boesche, in: F. J. Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 17 EnWG, Rn. 56 ff.

46 OLG Dresden NJW-RR 2000, 1083; OLG Köln RdE 1985, 80.

47 Säcker/Boesche (Fn. 45), § 17 EnWG, Rn. 79; so auch Hartmann/Wagner (Fn. 42), § 17 EnWG, Rn. 153 f.

48 Hierauf machen auch Säcker/Boesche (Fn. 45), § 17 EnWG, Rn. 60, aufmerksam.

dings insoweit ein Hindernis für die zügige Stilllegung von Netzen darstellen, als dass in diesen in aller Regel für 20 Jahre (Maximallaufzeit gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG) das Recht verliehen wird, das Netz zu betreiben. Diese laufenden Verträge können in aller Regel nicht ohne weiteres angepasst werden, zumal wesentliche Anpassungsklauseln und Änderungen ohnehin wiederum der Ausschreibungspflicht unterliegen würden.⁴⁹ Allerdings gilt auch hier, dass eine Stilllegung des Netzes *de lege lata* ohnehin nur durch Handeln des Netzbetreibers und mangels Rechtsgrundlagen nicht durch staatliches oder kommunales Handeln erfolgen kann. Insofern ist auch hier eine Einigung denkbar, sodass das Recht der Gaskonzessionsvergabe im Ergebnis keine echte Hürde darstellt. Anders ist die Rolle des Konzessionsrechts zu beurteilen, wenn es darum geht, wie das Gaskonzessionsrecht in allen anderen Belangen abgesehen von einer Netzstilllegung mit der kommunalen Wärmeplanung im Konflikt steht. Dies betrifft vor allem die stärkere Implementierung klimaschutzbezogener Aspekte des Netzbetriebs sowie Anwendungen der Sektorenkopplung.⁵⁰

III. Verfassungsrechtliche Fragen

Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht und insbesondere aus der Perspektive der Grundrechte bestehen offene Fragen eines kommunalen Gasanstiegs.

1. Daseinsvorsorge/Gewährleistungsverantwortung

Auf Ebene des nationalen Energierechts besteht neben der Pflicht zum bedarfsgerechten Netzausbau (§ 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG) zudem auf Ebene der Versorgung eine sog. Grundversorgungspflicht (§ 36 EnWG), die sich auf Strom und Gas bezieht. Für den Stromsektor ist diese Grundversorgungspflicht auch in Art. 27 Strombinnenmarkttrichtlinie⁵¹ unionsrechtlich vorge-

49 A. Katz, Kommunales Konzessionierungsverfahren – am Beispiel der Strom-/Gas- und Wasserkonzessionsverträge, KommJur 2018, 1 (3).

50 Zu allem vgl. Senders (Fn. 29), S. 14 ff.

51 Richtlinie 2019/944/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU (ABl. L 158/125).

geben, für den Gassektor fehlt in der Gasbinnenmarktrichtlinie⁵² eine vergleichbare Regelung.⁵³ Auf Ebene des deutschen Verfassungsrechts besteht zwar keine klare Regelung. Traditionell wird – unabhängig von einer verfassungsrechtlichen Einordnung – die Versorgung mit Strom und Gas in Deutschland aber als Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge angesehen,⁵⁴ die je nach Lesart eine (Letzt-) Verantwortung⁵⁵ oder Gewährleistungsverantwortung⁵⁶ für die Erbringung der jeweiligen Leistung darstellt.

Das Bundesverfassungsgericht sieht die Energieversorgung insgesamt als „eine Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“⁵⁷. In dieser Formulierung ist ein gewisser Bezug zum Sozialstaatsprinzip auszumachen. In einer anderen Entscheidung wird die kommunale Energieversorgung als ein in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnder Belang der Daseinsvorsorge charakterisiert und in der Konsequenz dem Schutz von Art. 28 Abs. 2 GG unterstellt.⁵⁸

Abgesehen von der Perspektive der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist der rechtliche Gehalt einer solchen Einordnung als Gegenstand der Daseinsvorsorge überaus zweifelhaft.⁵⁹ Die hier betrachtete Schutzrichtung ist eher diejenige, ob ein Gemeindebewohner hieraus Rechte herleiten kann, was sich eher aus der sozialstaatlich motivierten Formulierung des BVerfG⁶⁰ herleiten ließe. Eine Entscheidung kann allerdings aus einer anderen Überlegung heraus offenbleiben: Während *Forsthoff* noch von einem

52 Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (ABl. L 211/94).

53 Art. 3 Abs. 3 Gasbinnenmarktrichtlinie ist weniger verbindlich und bezieht die Gewährleistung auf den Verbraucherschutz, vgl. *M. Fleckenstein*, in: C. Kermel, *Praxis-Handbuch der Konzessionsverträge und Konzessionsabgaben*, 2012, Kap. 6 Rn. 220.

54 BVerfG NJW 1984, 1872 (1873); *P. Ehring*, in: M. E. Elspas/N. Graßmann/W. Rasbach, *EnWG*, § 36 Rn. 2; *W. Rasbach*, in: M. Kment, *EnWG*, 2. Aufl. 2019, § 36 Rn. 6; für Strom auch LG Baden-Baden RdE 2006, 126 (127); grundlegend *E. Forsthoff*, *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen*, 1958, S. 14 ff.

55 *M. Schmidt-Preuß*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Band IV, 3. Aufl. 2014, § 93 Rn. 48; *ders.*, in: F. J. Sacker, *Berliner Kommentar zum Energierecht*, 4. Aufl. 2019, Kap. 1 Abschnitt C., Rn. 18, 114.

56 *G. Hermes*, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 152 ff., 323 ff.; *C. König*, in: F. J. Sacker, *Berliner Kommentar zum Energierecht*, 4. Aufl. 2019, § 11 EnWG, Rn. 67.

57 BVerfGE 66, 248 (258); zuvor schon andeutend BVerfGE 38, 258 (270 f.); VG Berlin RdE 1995, 158 (159).

58 BVerfG LKV 1996, 23 (23).

59 *J. Hellermann*, in: G. Britz/J. Hellermann/G. Hermes, *EnWG*, 3. Aufl. 2015, § 36 Rn. 3.

60 BVerfGE 66, 248 (258).

Recht auf Versorgung mit Strom und Gas ausging⁶¹ und davon angesichts der Modalitäten der Energieversorgung in seiner Zeit auch zwangsläufig ausgehen musste, hat das BVerfG bereits den offeneren Begriff der Energieversorgung gewählt.⁶² Hieraus kann geschlossen werden, dass es nicht um die Versorgung mit einem bestimmten Energieträger geht, sondern um die Versorgung dergestalt, dass die gewöhnlichen Anwendungen im Haushalt (und damit letztlich das Heizen, Kochen und Waschen) oder in der Industrie möglich sein müssen. Ob dies über Strom oder Gas oder einen anderen Energieträger realisiert wird, dürfte verfassungsrechtlich dagegen ohne Belang sein.

2. Verletzung des Eigentumsgrundrechts (Art. 14 GG)

Durch eine Entscheidung zum Gas(netz)ausstieg im Rahmen einer kommunalen Wärmeplanung könnte das Eigentum an entsprechenden Gasverbrauchsanlagen beeinträchtigt sein. Hier ist die Rechtsnatur der kommunalen Wärmeplanung als Vorfrage von Relevanz: Handelt es sich mangels Umsetzungspflicht in erster Linie um eine informelle Planungsgrundlage mit (Selbst-) Bindungswirkungen ausschließlich gegenüber den eigenen gemeindlichen Behörden im Einzelfall, kann schwerlich bereits die kommunale Wärmeplanung an sich einen Eingriff in Grundrechte darstellen. Infrage kommt aber faktisches Handeln der Gemeinde – etwa durch Abschluss eines Vertrags mit dem Gasnetzbetreiber über die Stilllegung eines Netzbereichs – welches auch grundrechtlich relevante Wirkung haben und ggf. als Eingriff angesehen werden kann.⁶³

Dabei ist grundsätzlich bereits jede Beschränkung der Nutzung als Eingriff in den – hier eröffneten – Schutzbereich von Art. 14 GG anzusehen.⁶⁴ Mit der hier in Frage stehenden Stilllegung des Gasnetzes in einer Gemeinde oder einem Gemeindeteil wird die Nutzungsmöglichkeit von Gasthermen und weiteren Anlagen, die Gas zu Haushaltszwecken verbrauchen, beeinträchtigt. Hierin liegt ein Eingriff. Da der Begriff der Enteignung seit der Ent-

61 Forsthoff (Rn. 54), S. 14 ff.

62 BVerfGE 66, 248 (258); BVerfG LKV 1996, 23 (23).

63 BVerfGE 149, 86 Rn. 75 f.; BVerwG NJW 1985, 1481; NJW 1987, 2884 (2885); R. Wendt, in: M. Sachs, Grundgesetz: GG - Kommentar, 9. Aufl. 2021, Art. 14 Rn. 52; H. D. Jarass, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 14 Rn. 25.

64 P. Axer, in: V. Epping/C. Hillgruber, BeckOK-Grundgesetz, 52. Ed., 15.08.2022, Art. 14 Rn. 69.

scheidung des BVerfG zur 13. Atomgesetz-Novelle einen staatlichen Güterbeschaffungsvorgang voraussetzt⁶⁵ und ein solcher offenkundig nicht gegeben ist, ist von einer Inhalts- und Schrankenbestimmung auszugehen. Fraglich ist nun, ob und inwieweit eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung erfolgen kann. Insbesondere muss jede Inhalts- und Schrankenbestimmung dabei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.⁶⁶

Insoweit kann eine Parallele zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu Verkehrsverboten für Dieselmotorkraftfahrzeuge in Luftreinhalteplänen gezogen werden: Durch die Anordnung insbesondere von zonalen Verkehrsverboten für bestimmte Dieselmotorkraftfahrzeuge sei die Nutzungsmöglichkeit am Eigentum insbesondere für diejenigen Fahrzeughalter entwertet, die in der vom Verkehrsverbot betroffenen Zone leben. Dennoch könne die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne dadurch sichergestellt werden, dass – abgesehen von sachlichen Ausnahmen von Verkehrsverboten, die hier nicht übertragbar sind – für ihre Einführung ausreichende Übergangsfristen unter Berücksichtigung der Entwicklung des Wertverlusts dieser Fahrzeuge gewährt werden.⁶⁷ Auch bei der kommunalen Wärmeplanung und der damit verbundenen Entscheidung über die Einstellung des Gasnetzbetriebs kann, jedenfalls wenn eine Stilllegung nicht in ganzen Netzbereichen, sondern schrittweise nach Anschlüssen vorgesehen wird, eine solche Berücksichtigung der Entwicklung des Wertverlusts der angeschlossenen Anlagen gewährt werden. Hierdurch könnte die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in das Eigentum an Gasverbrauchsanlagen gesichert werden.

D. Zusammenfassung und Ausblick

Fest steht nach der Darstellung der bestehenden Instrumente zunächst, dass es im Zusammenwirken zwischen Klimaschutzzielen und den bestehenden und geplanten ordnungsrechtlichen Vorgaben zu Friktionen kommen dürfte: Die bestehenden und geplanten ordnungsrechtlichen Vorgaben reichen für sich genommen noch nicht aus, um die klimaschutzrechtlichen sektorbezogenen und sektorenübergreifenden Ziele zu erreichen. Die kommunale Wärmeplanung, die in einigen Bundesländern bereits existiert

65 BVerfGE 143, 246.

66 BVerfGE 75, 78 (97 f.); BVerfGE 110, 1 (28); Jarass (Fn. 63), Art. 14 Rn. 36.

67 BVerwG NVwZ 2018, 883 (887).

und auch auf Bundesebene geplant ist, ist hier ein vielversprechender Ansatz.

So erscheint zunächst ein kommunaler Gasausstieg auf Grundlage einer kommunalen Wärmeplanung möglich. Bislang ist dieser allerdings von einer hohen Kooperationsbereitschaft des Gasnetzbetreibers abhängig. Insofern würde eine weitergehende Möglichkeit der Gemeinde zur Durchführung eines Gasnetzausstiegs eine weitreichende Ergänzung des EnWG voraussetzen, die erhebliche Durchgriffsrechte gegenüber den Gasnetzbetreibern verleihen würde. Dies wiederum wirft die Frage nach der unionsrechtlichen Vereinbarkeit auf, welche jedenfalls einer eingehenden Prüfung bedürfte.

Doch auch bei einer vorhandenen Kooperationsbereitschaft des Gasnetzbetreibers ist das nationale Energierecht bislang nicht auf eine aus klima- bzw. energiepolitischen Motiven erfolgende Stilllegung von fossilen Infrastrukturen – unterhalb der sehr hohen Schwelle einer wirtschaftlichen Unzumutbarkeit – ausgelegt. Die geplante Novelle des GEG, durch die fossil betriebene Heizungen weitestgehend verboten werden, wird daher einen wichtigen Zwischenschritt bei der kommunalen Wärmewende darstellen. Wärmewendebedingte Anpassungen im allgemeinen Energierecht – insbesondere eine konzeptionelle Relativierung der Ausbau-, Anschluss- und Zugangsgewährungspflicht in §§ 11 Abs. 1, 17 und 20 EnWG – wird der Gesetzgeber mittelfristig dennoch nicht vermeiden können.

Commons Public Partnerships als Instrument des städtischen Klimaschutzes

Katja Schubel/Tim Schilderoth

Inhaltsübersicht

A. Einführung	229
B. Begriff der Commons Public Partnerships im urbanen Kontext	230
I. Von „Common pool resources“ zu urbanen Commons-Ressourcen	231
II. Verwaltung von urbanen Commons-Ressourcen im Rahmen von Commons Public Partnerships	233
III. Commons Public Partnerships	235
IV. Städtischer Klimaschutz durch Commons Public Partnerships	236
C. Aus der Rechtspraxis: Commons Public Partnerships in italienischen Städten	237
I. Gemeingut oder nur Theater?	238
II. Bolognas Pakte der Kollaboration	240
III. Neapel – radikal (oder) demokratisch?	242
D. Schluss	247

A. Einführung

Tradierte Rechtsinstrumente begegnen den Herausforderungen des Klimawandels nicht wirkungsvoll genug. Im Einklang damit steht die Zielsetzung des JuWissDay 2022 „innovative Impulse zu der aktuellen Debatte um Klima im Recht [zu] leisten“.¹ Einen solchen Impuls wollen wir mit diesem Beitrag setzen und dafür Commons Public Partnerships als Konzept gemeinschaftlicher Ressourcenverwaltung im städtischen Raum vorstellen. Solche Partnerschaften können ein „innovatives“ Element einer sozial-ökologischen Transformation von Städten sein, da sie sowohl demokratisierendes als auch klimaschützendes Potential aufweisen. Diese Charakteristika erläutern wir aus zwei Perspektiven: Im ersten Teil des Beitrags systematisieren und definieren wir auf einer konzeptuellen Ebene die Begriffe Commons und Commons Public Partnerships. Im zweiten Teil betrachten wir

¹ <https://www.juwiss.de/juwissday2022/>.

anhand von drei Beispielen aus Italien die in diesem Bereich im europäischen Vergleich fortschrittlichsten Entwicklungen der Rechtspraxis.

B. Begriff der Commons Public Partnerships im urbanen Kontext

Commons Public Partnership sind eine spezifische Ausprägung von Commons. Wir konzeptualisieren Commons hier als gemeinwohlorientierte institutionalisierte demokratische Verwaltung gemeinschaftlich nutzbarer Ressourcen (Commons-Ressourcen). Bei Commons Public Partnerships erfolgt die Ressourcenverwaltung in Kooperation mit staatlichen Akteuren. Mit diesem Begriffsverständnis versuchen wir den diversen Zugriffen auf Commons und Commons Public Partnerships gerecht zu werden: Der Begriff Commons kann wirtschaftstheoretisch verstanden werden², im Kontext des internationalen Rechts der „Global Commons“³, als „Digital Commons“⁴, als sozialer Prozess⁵ oder als soziale Beziehung⁶. „Commons Public Partnerships“ werden bezeichnet als „eine Vereinbarung über die langfristige Zusammenarbeit zwischen Commoners und staatlichen Institutionen, um spezifische Probleme zu lösen“.⁷ Andere begreifen unter der Bezeichnung „Public-Common Partnership“ auch „models of joint ownership and governance, in which the two principal parties are a state agent (such as a municipal council) and a Common Association (such as a mixed cooperative or community interest company)“.⁸ Sie seien eine Methode „for ‚taking back control‘ of the infrastructures and resources that underpin our collective well-being – from food markets to water basins – while

2 E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, 2015.

3 Vgl. I. Feichtner/S. Ranganathan, *International Law and Economic Exploitation in the Global Commons: Introduction*, *European Journal of International Law*, 2019, 541 ff.

4 Wikipedia, *Digital Commons (economics)*, abrufbar unter: [https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_commons_\(economics\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Digital_commons_(economics)).

5 Vgl. S. Helfrich/D. Bollier, *Frei, fair und lebendig – Die Macht der Commons*, 2019, S. 73.

6 D. Harvey, *Rebel Cities: from the Right to the City to the Urban Revolution*, 2012, S. 73.

7 Helfrich/Bollier (Fn. 5), S. 73; vgl. auch P. Jerchel/J. Pape, *Commons-Public Partnerships. Neue Kooperationsformen für die sozialökologische Transformation*. IASS Discussion Paper, September 2022, abrufbar unter: https://publications.iass-potsdam.de/rest/items/item_6002376_3/component/file_6002391/content.

8 B. Russel/K. Milburn/K. Heron, *Strategies for a new municipalism: Public-common partnerships against the new enclosures*, *Urban Studies* 2022, 1 (5).

increasing our collective ability to fight for wider changes in our society and economy that are so urgently needed“.⁹ Weiter werden „Public Common Partnerships“ als ein gemischtes Governance-Modell eingeordnet, in dessen Rahmen öffentliche Institutionen und Bürger*innen zusammenarbeiten, um das Gemeinwesen zu stärken.¹⁰

Zur Erläuterung des Commons-Begriffs unterscheiden wir zwei Dimensionen: Zuerst erklären wir die Bedeutung der Commons-Ressourcen als gemeinschaftlich nutzbare Ressourcen (I.) und dann die Verwaltungsdimension der Commons (II.). Diese Differenzierung ermöglicht es, Commons Public Partnerships als eine Ausprägung der Verwaltungsdimension der Commons zu begreifen und darzustellen (III.). Im Anschluss daran beleuchten wir die Potentiale solcher Partnerschaften für den städtischen Klimaschutz (IV.). Grundlage unserer Ausführungen sind dabei die Arbeiten von *Elinor* und *Vincent Ostrom*¹¹ sowie deren Weiterentwicklung spezifisch für den städtischen Raum durch *Sheila R. Foster* und *Christiane Iaione*¹².

I. Von „Common pool resources“ zu urbanen Commons-Ressourcen

Dem Begriff der Commons-Ressource *Elinor Ostroms* ging der Begriff der „Common pool resource“ voraus. Damit beschrieben *Elinor* und *Vincent Ostrom* eines von vier Gütersystemen, die sie anhand der Maßga-

9 K. Milburn/B. Russel, Public-Common Partnerships: Building New Circuits of Collective Ownership, 2019, Common Wealth Report, S. 3, abrufbar unter: <https://www.common-wealth.co.uk/reports/public-common-partnerships-building-new-circuits-of-collective-ownership>.

10 S. Gruber, Über die Möglichkeit von Public-Commons-Partnerschaften – Wiens Koproduktion von Wohnraum und das politische Projekt der Stadt, ARCH+ 244, 160 (165).

11 V. Ostrom/E. Ostrom, Public Goods and Public Choices – Workshop in Political Theory and Policy Analysis, Indiana University, abrufbar unter: http://spia.uga.edu/faculty_pages/tyler.scott/teaching/PADP6950_Fall2016_Thursday/readings/Ostrom_Ostrom_1977.pdf; *Elinor Ostrom* wurde 2009 „for her analysis of economic governance, especially the commons“ mit dem Wirtschaftsnobelpreis ausgezeichnet, abrufbar unter: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/2009/ostrom/facts/>.

12 S. R. Foster/C. Iaione, The City as a Commons, Yale Law & Policy Review, 2016, 282 (282 ff.).

ben „Subtractability“ und „Excludability“ unterschieden.¹³ „Excludability“ beschreibt die Schwierigkeit Individuen von der Nutzung der Ressource auszuschließen.¹⁴ „Subtractability“ beschreibt, wie sehr die Nutzbarkeit einer Ressource durch die Nutzung eines Individuums abnimmt.¹⁵ Diese Maßgaben lassen sich in folgender Matrix abbilden¹⁶:

Excludability	Subtractability		
		Low	High
	High	Toll goods	Private goods
	Low	Public goods	Common pool resources

„Toll goods“ und „Private goods“ sind Gütersysteme, bei denen es besonders leicht ist, Individuen von der Nutzung auszuschließen.¹⁷ Ein Beispiel ist ein Privatclub, der nur durch Leistung eines Preises zugänglich ist (hohe „Excludability“). Gleichzeitig verringert sich die Nutzbarkeit eines „Toll goods“ kaum durch individuelle Nutzung (geringe „Subtractability“).¹⁸ Die Nutzung eines „Private good“ hingegen verringert die Nutzbarkeit für andere Nutzer*innen erheblich – etwa bei Nahrungsmitteln. „Public goods“ und „Common pool resources“ sind Gütersysteme, bei denen es sehr schwierig ist, Nutzer*innen auszuschließen.¹⁹ Exemplarisch ist die nationale Sicherheit (Public good) und ein (hypothetisch) freier Zugang zu den Fischbeständen des Meeres (Common pool resource). Bei „Public goods“ verringert sich die Nutzbarkeit durch jede individuelle Nutzung nicht – im Gegensatz zu „Common pool resources“: Jeder durch eine Fischer*in gefischter Fisch steht einer anderen Nutzer*in nicht zur Verfügung.²⁰ Diese Gütersysteme können dabei natürlich oder menschengemacht sein.²¹ Auch die Treibhausgaskapazität der Atmosphäre lässt sich als „Common pool

13 E. Ostrom, *Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic, Prize Lecture 2009*, 408 (412 f.); abrufbar unter: https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/ostrom_lecture.pdf.

14 E. Ostrom, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton: Princeton University Press 2005, S. 23 ff.

15 Ostrom (Fn. 14), S. 23 ff.

16 Ostrom (Fn. 14), S. 24; vgl. auch Ostrom (Fn. 13), 412 f.

17 Ostrom (Fn. 13), 412 f.

18 Ostrom (Fn. 13), 412 f.

19 Ostrom (Fn. 14), 412 f.

20 Ostrom (Fn. 13), 412 f.

21 Ostrom (Fn. 2), S. 30.

resource“ in diesem Sinne einordnen.²² Ausgehend von dieser grundlegenden Kategorisierung fand *Elinor Ostrom* im Laufe ihrer Forschung den Begriff der Commons-Ressource. Anders als das Gütersystem „Common pool resource“ umfasst der Begriff Commons-Ressource auch „nonsubtractable“ Ressourcen wie „knowledge commons“.²³ Gemeinsames Merkmal der Commons-Ressourcen sei, dass sie gemeinsam genutzt werden können und von der Gruppe der Nutzer*innen verwaltet werden.²⁴ Entscheidendes Charakteristikum des Commons-Begriffs nach *Elinor Ostrom* ist damit nicht die „Subtractability“ der zugrundeliegenden Ressource, sondern der Verwaltungsmodus durch die Nutzer*innen selbst.

Urbane Commons-Ressourcen sind demnach Ressourcen der Stadt, die gemeinsam nutzbar und der gemeinsamen Verwaltung zugänglich sind. Dabei unterscheiden wir drei Betrachtungsebenen: Einerseits können einzelne städtische Räume, Flächen und Einrichtungen als Commons-Ressourcen fungieren. Auf der zweiten Ebene kann aber auch die Stadt als Ganzes als System von Commons-Ressourcen konzeptualisiert werden.²⁵ Drittens stehen die urbanen Commons-Ressourcen in Beziehung zur Treibhausgaskapazität der Atmosphäre. Denn die Nutzung städtischer Ressourcen ist auch eine Nutzung der Treibhausgaskapazität, etwa durch emitierenden Verkehr oder städtische Industrie.

II. Verwaltung von urbanen Commons-Ressourcen im Rahmen von Commons Public Partnerships

Die Verwaltung von Commons-Ressourcen steht ungerechtfertigterweise im Schatten der These der „Tragedy of the commons“, die von *Garret*

22 *J. Paavola*, Climate Change – The Ultimate Tragedy of the Commons?, in: D. H. Cole/E. Ostrom (Hrsg.), *Property in Land and other Resources*, 2012, S. 417 ff.; *J. Paavola*, Climate as a commons, in: B. Hudson/J. Rosenbloom/D. Cole (Hrsg.), *Routledge Handbook of the Study of the Commons*, 2019, S. 188 ff.

23 *C. Hess/E. Ostrom*, Introduction: An Overview of the Knowledge Commons, in: C. Hess/E. Ostrom (Hrsg.), *Understanding Knowledge as a Commons – From Theory to Practice*, 2007, S. 3 (3 ff.).

24 *Hess/Ostrom* (Fn. 23), S. 5.

25 Vgl. *M. R. Marella*, The Commons as a Legal Concept, *Law Critique* 2017, 61 (68 ff.); für Urban Commons als Wohnraum vgl. *Gruber* (Fn. 10), 160 ff.; *Harvey* (Fn. 6), S. 72 f.

Hardin prominent vertreten wurde.²⁶ Danach würde eine unbeschränkte Nutzung einer Commons-Ressource durch eine Vielzahl von Nutzer*innen unaufhaltsam zu ihrer Zerstörung führen. *Hardin* bemüht das Bild einer öffentlich zugänglichen Weide, die von verschiedenen unabhängig voneinander tätigen Landwirt*innen zur Beweidung durch die jeweiligen Kühe genutzt wird. Laut *Hardin* würde jede Landwirt*in versuchen, ihren Nutzen zu maximieren, was dazu führe, dass die Weide übernutzt und damit zerstört würde.²⁷ Eine solche Übernutzung urbaner Commons-Ressourcen wären etwa die Zerstörung offener Flächen durch ungebremsste Bebauung, Luftverschmutzung durch industrielle Nutzung, Übernutzung von Infrastruktur, Zerstörung von Parks und öffentlichen Räumen durch Vandalismus und „Vermüllung“.²⁸ Als Lösung gilt üblicherweise entweder eine staatliche Regulierung der Ressource oder eine Privatisierung, die der Öffentlichkeit die Commons-Ressource entzieht.²⁹ *Elinor Ostrom* widerlegte die These der „Tragedy of the Commons“ durch Feldstudien³⁰ – u. a. durch die Untersuchung gemeinschaftlich verwalteter Bewässerungssysteme und Fischereibestände.³¹ Dabei stellte sie fest, dass eine nachhaltige gemeinschaftliche Verwaltung der Commons-Ressourcen durch die Nutzer*innen selbst möglich ist.³² Sie identifizierte acht Designprinzipien, die eine funktionierende Commons-Verwaltung charakterisieren.³³ Die Gemeinschaft dieser Nutzer*innen bezeichnen wir als „Commons-Institution“³⁴ und die Nutzer*innen als „Commoners“³⁵. Den Akt der Verwaltung bezeichnen wir als „Commoning“ verstanden als demokratische Praktiken, die auf die Verwaltung und Pflege gemeinsamer Ressourcen abzielen, aber auch auf die kollektive, demokratische und kooperative Organisation der

26 *G. Hardin*, *The Tragedy of the Commons*, Science 1968, 1243 (1243 ff.); vgl. *Ostrom* (Fn. 2), S. 2 ff.

27 *Hardin* (Fn. 26), 1244.

28 Vgl. *Foster/Iaione* (Fn. 12), 295 ff.

29 *Ostrom* (Fn. 2), S. 2 ff.

30 Vgl. *Ostrom* (Fn. 2), S. 2 ff.

31 Vgl. *Ostrom* (Fn. 13), S. 418.

32 Vgl. *Ostrom* (Fn. 2), S. 2 ff.; *M. Cox/G. Arnold/S. V. Tomás*, *A Review of Design Principles for Community-based Natural Resource Management*, Ecology and Society 2010, 38 (38 ff.).

33 *Ostrom* Nobelpreisrede S. 422.

34 Vgl. *Ostrom* (Fn. 13), 421.

35 Vgl. *Helfrich/Bollier* (Fn. 7), S. 72 f.

Produktion, Verwaltung und Verteilung von Gütern zur Befriedigung der Bedürfnisse und Wünsche der Gemeinschaften und ihrer Mitglieder.³⁶

Auf den Designprinzipien *Ostroms* aufbauend entwickelten *Foster* und *Iaione* drei demokratische Designprinzipien für *Urban Commons*: „Horizontale Subsidiarität“, „Kollaboration“ und „Polyzentrismus“.³⁷ Sie dienen als Modell sowohl für einzelne *Urban Commons* aber auch für eine als Commons organisierte Stadt.³⁸ Unter Rückgriff auf die italienische Verfassungsreform von 2001 begreifen sie „Horizontale Subsidiarität“ als Gebot, Gestaltungsbefugnisse anhand des lokalen Bezugs und der Fähigkeiten der jeweiligen Akteure zuzuordnen.³⁹ „Kollaboration“ ist ein konsensorientierter Entscheidungsprozess von Akteuren mit verschiedenen Interessen, unabhängig von ihrem wirtschaftlichen oder ökonomischen Status. Das Prinzip stellt einen Gegensatz zu wettbewerblichen, hierarchischen Entscheidungsprozessen dar.⁴⁰ „Polyzentrismus“ beschreibt das Verhältnis verschiedener Entscheidungszentren zueinander. Das können verschiedene Commons sein oder auch das Verhältnis eines Commons zu einem allein staatlichen Entscheidungszentrum. Grundlegend für eine polyzentrischen Verwaltung ist die prinzipielle Unabhängigkeit dieser Entscheidungszentren. Davon ausgehend können sie aber interagieren, kooperieren und gemeinsame Konfliktlösungsmechanismen entwickeln.⁴¹

III. Commons Public Partnerships

Diese Designprinzipien werden durch Commons Public Partnerships verwirklicht. Sie sind eine gemeinwohlorientierte institutionalisierte Kooperation einer Commons-Institution mit einem staatlichen Akteur zur Verwaltung von Commons-Ressourcen. Der Beitrag der staatlichen Akteure liegt insbesondere im Zurverfügungstellen von Ressourcen, finanzieller Mittel, Expertise und erforderlichenfalls in der Leistung verwaltungsrechtlicher Genehmigungen. Entsprechend den Prinzipien der „Horizontalen

36 I. Feichtner/J. Gordon, *Constitutions of Value An Introduction*, in: I. Feichtner/J. Gordon (Hrsg.), *Constitutions of Value – Law, Governance, and Political Ecology*, 1 (16 ff.), vgl. *Helfrich/Bollier* (Fn. 7), S. 73.

37 *Foster/Iaione* (Fn. 12), 326 ff.

38 *Foster/Iaione* (Fn. 12), 326.

39 *Foster/Iaione* (Fn. 12), 328.

40 *Foster/Iaione* (Fn. 12), 329–332.

41 D. H. Cole, *From global to polycentric climate governance*, *Climate Law* 2011, 395 (404).

Subsidiarität“ und „Kollaboration“ werden die Entscheidungen der Nutzer*innen gleichberechtigt mit den kooperierenden staatlichen Akteuren getroffen. Denkbar sind die Vereinbarung von Rahmenabkommen und die Einrichtung von Entscheidungsgremien. Ein Commons Public Partnerships ist durch die Verknüpfung mit staatlichen Akteuren Ausdruck einer polyzentrischen Verwaltungsstruktur. Es agiert als unabhängiges Entscheidungszentrum, das mit kommunalen Entscheidungszentren wie etwa dem Gemeinderat in interaktivem Austausch steht.

Viele potenziell als Commons nutzbare Ressourcen sind durch Privatisierung der Gemeinnutzung entzogen oder werden staatlich verwaltet. Ein Commons ohne staatliche Kooperation zu etablieren, begegnet deswegen vielen faktischen und rechtlichen Hindernissen. Demgegenüber schaffen Commons Public Partnerships die Möglichkeiten staatliche und private Ressourcen als Commons nutzbar zu machen und so den Herausforderungen der Praxis zu begegnen.

IV. Städtischer Klimaschutz durch Commons Public Partnerships

Commons im Sinne von *Elinor Ostroms Forschung* und *Urban Commons* nach *Foster* und *Iaione* sind ein Gegensatz zur Übernutzung, sie verhindern diese. Damit sind Commons Public Partnerships inhärent nachhaltig und können als Klimaschutzinstrument operationalisiert werden. Eine kollaborative, konsensorientierte – demokratische – Verwaltung städtischer Ressourcen erfordert und ermöglicht die aktive Mitbestimmung der Nutzer*innen. Der Nexus von Nutzung und Verwaltung begünstigt ein bewussteres, verantwortungsvolleres und damit klimaschützendes Verhalten der Nutzer*innen. Die Kooperation ermöglicht es, die Erfahrungen sowie Kompetenzen der Akteur*innen und Nutzer*innen zu integrieren und die jeweiligen Interessen in Ausgleich zu bringen. Dadurch kann nicht zuletzt die Akzeptanz für klimaschützende Vorhaben gestärkt werden – wie etwa das Errichten erneuerbarer Energien Anlagen. Indem ein Commons Public Partnership außerhalb des Marktes organisiert wird, muss es nur in geringem Maße marktlichen Mechanismen folgen. Im Gegensatz zu Private Public Partnerships bezwecken Commons Public Partnerships nicht primär Kosteneffizienz, sondern eine demokratische, sozial und ökologisch nachhaltige Verwaltung einer Commons-Ressource. Im Rahmen eines Commons Public Partnerships können mithin auch Projekte verwirklicht werden, die klimaschützend sind, aber für die es sonst an einem

Geschäftsmodell fehlen würde. Exemplarisch stehen dafür kollaboratives „Urban Gardening“ oder eine „Solidarische Landwirtschaft“.

C. Aus der Rechtspraxis: Commons Public Partnerships in italienischen Städten

Der zweite Teil des Beitrags widmet sich einer Vorstellung von innovativen Stadtentwicklungsprozessen in den italienischen Städten Bologna und Neapel. Die dort existierenden Modelle von Commons Public Partnerships übersetzen nicht nur die demokratischen Designprinzipien von *Iaione/Foster* in rechtliche Strukturen, sie konkretisieren auch die abstrakten Formulierungen der *Neuen Leipzig Charta*. Diese wurde von den zuständigen europäischen Minister*innen auf einem informellen Treffen im Jahr 2020 verabschiedet. In diesem Soft-Law-Dokument heißt es:

„Die Notwendigkeit einer nachhaltigen Transformation wird durch die Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung, insbesondere mit ihrem Nachhaltigkeitsziel 11 (Städte und Siedlungen inklusiv, sicher, widerstandsfähig und nachhaltig gestalten), die New Urban Agenda, das Übereinkommen von Paris und den Green Deal der Europäischen Kommission unterstrichen. [...]“⁴²

Zur Umsetzung der genannten Abkommen soll die *Charta* einen politischen Rahmen bieten. Die Konzepte der Commons und Commons Public Partnership adressiert dieses Leitdokument für gemeinwohlorientierte Stadtentwicklung nicht. Als zielführend für die „transformative Kraft der Städte“ wird allerdings das Bilden von Partnerschaften beschrieben, die im integrierenden Verfahren erarbeitet werden und einem ortsbezogenen Mehrebenenansatz⁴³ entsprechen. In Italien haben solche Kollaborationsformen bereits eine einfachrechtliche Fassade erhalten. Die Geschehnisse dort sind eng verknüpft mit der *Beni-Comuni-Bewegung* und der eingehenden Beschäftigung von Rechtswissenschaftler*innen mit (*Urban*) *Commons*.

42 Die Neue Leipzig Charta (NLC), 2020, S. 6 f.

43 NLC (Fn. 42), S. 7 f.

I. Gemeingut oder nur Theater?

Für die rechtspolitische Debatte Italiens rund um Commons war die Besetzung des Teatro Valle in Rom von großer Relevanz.⁴⁴ Am 14.06.2011 wurde das älteste Theaterhaus der Stadt zum Schauplatz eines Dramas, das von der drohenden eigenen Privatisierung handelt.⁴⁵ Das Kollektiv aus Kunstschaffenden, das es besetzte, forderte es als kulturelles Gemeingut („*Urban Common*“) ein.⁴⁶ In den Folgejahren wurde der Ort zur Bühne eines Kampfes rund um das Recht auf Stadt, mit Symbolkraft für die gesamte italienische *Beni-Comuni*⁴⁷-Bewegung.⁴⁸ Wegbereitend war ein nationales „Wasserreferendum“ am Tag vor der Aktion.⁴⁹ Der Art. 75 der italienischen Verfassung ermöglicht solche „aufhebenden Referenden“.⁵⁰ Eine Voraussetzung ist nach Abs. 1 Var. 1 letzter Hs. das Einholen der Unterschriften von 500.000 Wahlberechtigten. Dem italienischen Forum für Wasseraktivismus gelang dies; in nur drei Monaten generierte es online ca. 1,5 Millionen Unterschriften.⁵¹ An der Abstimmung selbst nahmen 54,8 % der Wahlberechtigten teil und etwa 95 % von ihnen stimmten gegen die Renditeorientierung sowie das Privatisierungsgebot in der Wasserversorgung: Beide Gesetze wurden sodann aufgehoben.⁵² Zu diesem Erfolg verhalf auch ihr Slogan „Ja für Wasser als Gemeingut“⁵³, der sich inhaltlich u. a. auf die sog. Ro-

44 D. Gentili/A. Mura, Ein Theater-Commons kommt zur Welt. Die Stiftung Teatro Valle Bene Comune, in: S. Helfrich/D. Bollier/Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), Die Welt der Commons – Muster gemeinsamen Handelns, 2015, S. 132 (132 f.).

45 Gentili/Mura (Fn. 44), S. 132 f.

46 G. Micciarelli, Path for New Institutions and Urban Commons, 2021 S. 10 ff.; S. Helfrich, Recent Landmarks in the Growing Commons Movement, Commonsblog, 17.01.2021, abrufbar unter: <http://commonsblog.wordpress.com/2014/01/17/recent-landmarks-in-the-growing-commons-movement/>.

47 Engl.: common goods; Dt.: Gemeingüter.

48 Gentili/Mura (Fn. 44), S. 132.

49 Gentili/Mura (Fn. 44), S. 132.

50 Abrufbar unter: https://www.landtag-bz.org/download/Verfassung_Italien.pdf.

51 L. Faenti, Facebook, i ragazzi, i referendum, Linkiesta, 5.8.2011, abrufbar unter: <https://www.linkiesta.it/blog/2011/08/facebook-i-ragazzi-i-referendum/>.

52 N. Wagner, Volksabstimmungen in Italien. Eine Übersicht, Mehr Demokratie e. V. (Hrsg.), 2016, S. 8, abrufbar unter: https://www.mehr-demokratie.de/fileadmin/pdf/volksabstimmungen_in_italien.pdf; U. Mattei/S. Bailey, Social Movements as Constituent Power – The Italian Struggle for the Commons, Indiana Journal of Global Legal Studies 2013, 965 (965 ff.).

53 Micciarelli (Fn. 46), S. 10; Gentili/Mura (Fn. 44), S. 132.

dotà-Kommission stützte.⁵⁴ Diese Kommission wurde im Auftrag des italienischen Justizministers eingesetzt, um den Abschnitt zum öffentlichen Eigentum des dritten Buches des Zivilrechtsgesetzes zu überarbeiten.⁵⁵ Sie legte 2008 einen Reformvorschlag vor, der eine regulatorische Innovation enthielt: „*Beni Comuni*“ – als Bezeichnung für eine Güterkategorie, die über eine Trennung in öffentlich und privat hinausgeht.⁵⁶ Solche Güter kennzeichne, dass sie unabhängig von den Eigentumsverhältnissen funktional für die Wahrnehmung fundamentaler Rechte und daher auch im Hinblick auf zukünftige Generationen zu schützen seien.⁵⁷ Die Verwaltung dieser Gemeingüter – etwa Wasser, Wälder oder kulturelle Güter – müsse daher ökologisch ausgerichtet werden, so der Kommissionsentwurf.⁵⁸ Obwohl das italienische Parlament (auch aufgrund eines Regierungswechsels) diesen Gesetzesentwurf weitestgehend ignorierte,⁵⁹ beeinflusste er die nationale Rechtsprechung⁶⁰ und Debatte.⁶¹ Etwa in Rom, wo in voll besetzten Theatern die Rolle des Rechts neu verhandelt wurde: *Mattei/Bailey* erkennen dies als die „konstituierende Kraft“ der sozialen Bewegung – besonders im Hinblick auf das Ausfüllen der Art. 3, 42 und 43 der italienischen Verfassung.⁶² Art. 3 ruft die Republik dazu auf, alle sozio-ökonomischen Hürden abzubauen, die politische Teilhabe behindern. Art. 42 postuliert die „soziale Funktion“ von Privateigentum. Der Art. 43 wiederum statet u. a. „Gemeinschaften von Arbeiter*innen und Nutzer*innen“ mit dem Recht aus, an der Verwaltung strategischer Ressourcen von öffentlichem Interesse teilzunehmen. Insgesamt versucht(e) die *Beni-Comuni-Bewegung*, politische Kämpfe nicht (nur) gegen, sondern durch Recht zu führen.⁶³ So

54 Commissione Rodotà – per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (14 giugno 2007) – Relazione, Ministero della Giustizia, abrufbar unter: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?facetNode_1=3_1&facetNode_3=0_10_21&facetNode_2=0_10&previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47617#; M. Cernison, *Social Media Activism: Water as a Common Good*, 2019.

55 Commissione Rodotà (Fn. 54).

56 Ministero della Giustizia (Fn. 54).

57 *Marella* (Fn. 25), S. 67.

58 *Marella* (Fn. 25), S. 67.

59 *Marella* (Fn. 25), S. 67.

60 Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 14-02-2011, n. 3665, abrufbar unter: <https://www.demanio.civico.it/public/public/886.pdf>; *Marella* (Fn. 25), S. 67.

61 M. R. *Marella*, *The constituent assembly of the commons (CAC)*, 28.02.2014, open-Democracy, abrufbar unter: <https://www.opendemocracy.net/en/can-europe-make-it/constituent-assembly-of-commons-cac/>.

62 *Mattei/Bailey* (Fn. 52), S. 980 f.

63 *Gentili/Mura* (Fn. 44), S. 132.

konnte sie im Einklang mit der Verfassung Kunsträume vor Kommodifizierung bewahren – und aktiv deren nachhaltige Zukunft mitgestalten.

II. Bolognas Pakte der Kollaboration

Bologna ist eine Stadt, in der Partizipation – verstanden als möglichst direkter Beteiligung von Bürger*innen bei der Entscheidungsfindung – Tradition hat.⁶⁴ Im Jahr 2011 wurden hier jedoch Nachwirkungen der Finanzkrise und damit einhergehend die Reduktion wohlfahrtstaatlicher Elemente bemerkbar: Unzufriedenheit und mangelndes Vertrauen in die Politik wuchs.⁶⁵ In diesem Klima initiierte der Rechtswissenschaftler *Iaione* ein Projekt, das den Weg hin zur kollaborativen Stadt untersucht: den *Co-Bologna-Prozess*⁶⁶. Zwei Jahre lang werden Feldexperimente in drei Stadtteilen durchgeführt – in sog. „Urban Commons Governance Labs“ (LabGovs). Interdisziplinär – und inspiriert von *Ostroms* Werk – wird sich dort Fragen der Verwaltung gemeinsam genutzter urbaner Ressourcen gewidmet.⁶⁷ Via dieser Co-Design-Methode sollten neue Strukturen städtischer Governance konzeptualisiert werden.⁶⁸ Dieses Vorgehen sei geeignet, so *Foster*, das Recht auf Stadt juristisch einzukleiden; definiert als ein Recht der Bewohner*innen auf Stadtgestaltung und Involviertheit bei Entscheidungsprozessen, insbesondere bezogen auf kollektive Ressourcen⁶⁹. Im Jahr 2014 verabschiedete der Stadtrat Bolognas schließlich die „Verordnung über Kollaborationen zwischen Bürger*innen und der öffentlichen Verwaltung rund um Aktivitäten, die auf Pflege und Regeneration von *Urban Commons* zielen“.⁷⁰ Diese Art Handbuch für eine verbesserte zivilge-

64 *L. Polyak*, Regulating the Urban Commons – what we can learn from Italian experiences, 17.11.2017, cooperative city magazine, abrufbar unter: <https://cooperativecity.org/2017/11/21/urban-commons-learning-from-italy/>.

65 *Polyak* (Fn. 64).

66 Vgl. LabGov.City, abrufbar unter: <https://labgov.city/explore-by-lab/bolognalab/>.

67 Vgl. LabGov.City (Fn. 66).

68 *S. Foster*, Law and the Urban Commons, Co-Cities Open Book 2019, S. 5, abrufbar unter: <http://commoning.city/wp-content/uploads/sites/18/2019/08/Sheila-Foster.pdf>.

69 *Foster* (Fn. 68); zum Kollektivrecht auf Stadt näher in: *C. Iaione*, The Right to the Co-City, Italian Journal of Public Law 2017, 80 (140).

70 Titel ins Deutsche übersetzt aus dem Englischen, offizielle englische Version abrufbar unter: <http://www.comune.bologna.it/media/files/bolognaregulation.pdf>.

sellschaftlich-öffentliche Zusammenarbeit⁷¹ erleichtert Partnerschaften, wie sie auch die *Neue Leipzig Charta* fordert.⁷² Die Verordnung wurde zur Vorlage für ähnliche Regulationen – nicht nur in anderen italienischen Städten, sondern weltweit.⁷³

Das Kerninstrument dieses 30 Seiten langen Regulierungsrahmens für *Urban Commons* sind Pakte der Kollaboration⁷⁴ nach § 5 Abs. 1: „*The Collaboration agreement is the instrument by which the City [§ 2b] and active citizens [§ 2c] agree upon everything is necessary in order to realize interventions of care and regeneration of the commons.*“⁷⁵ „Active citizens“ sind gemäß § 2c alle Subjekte, die einzeln oder in jeglicher sozialen Formierung (ob zu unternehmerischen Zwecken oder einer sozialen Berufung folgend) aktiv werden. Dem zugrunde liegt eine Philosophie, nach der Bürger*innen neben staatlich gewährten Rechten auch Verantwortlichkeiten gegenüber der Gesellschaft haben.⁷⁶ Ausdruck verleiht dem auch die Definition der *Urban Commons* nach § 2a:

„[...] the goods, tangible, intangible and digital, that citizens and the Administration, also through participative and deliberative procedures, recognize to be functional to the individual and collective wellbeing, activating consequently towards them, pursuant to article 118, par. 4, of the Italian Constitution, to share the responsibility with the Administration of their care or regeneration in order to improve the collective enjoyment.“⁷⁷

Die Bezugnahme auf die italienischen Verfassung verdeutlicht das zentrale Vorhaben des LabGovs, das Prinzip der horizontalen Subsidiarität zu verwirklichen.⁷⁸ Seit einer Verfassungsänderung von 2001 lautet der Art. 118 IV: „*Staat, Regionen, Großstädte mit besonderem Status, Provinzen und Gemeinden fördern aufgrund des Subsidiaritätsprinzips die autonome Initiative sowohl einzelner Bürger als auch von Vereinigungen bei der Wahrnehmung*

71 Foster/Iaione (Fn. 12), S. 347.

72 NLC (Fn. 42), S. 28.

73 Website „About LabGov“, abrufbar unter: <https://labgov.luiss.it/about-labgov/>.

74 Diese sind online einsehbar, abrufbar unter: <http://partecipa.comune.bologna.it/beni-comuni>.

75 Übersetzt aus dem Englischen, § 5 Abs. 1 Bologna Regulation.

76 Marella (Fn. 25), S. 81.

77 Übersetzt aus dem Englischen, § 2a Bologna Regulation.

78 Vgl. Labsus, Cos'è il Regolamento per l'Amministrazione condivisa dei beni comuni?, abrufbar unter: <https://www.labsus.org/cose-il-regolamento-per-lamministrazione-condivisa-dei-beni-comuni/>.

von Tätigkeiten im allgemeinen Interesse.“⁷⁹ Erforderlich ist dafür, Bürger*innen in die Verwaltung der öffentlichen Güter auf Augenhöhe miteinzubeziehen.⁸⁰ Pakte, in denen die Parteien gemeinsam Kooperationsbedingungen festsetzen, ermöglichen dies.⁸¹ Es handelt sich um eine Form von Commons Public Partnerships.

Die staatliche Seite nimmt die Rolle des „enabling states“ ein, um Stadtgestaltung zu ermöglichen.⁸² Die Motivation hierzu sollen Vorschriften wie jene zur „urbanen Kreativität“ und „digitalen Innovation“ normativ stärken – laut *Iaione* und *Foster* das Herzstück der Governance einer „kollaborativen Stadt“⁸³ – mit Potential für den Klimaschutz.⁸⁴

III. Neapel – radikal (oder) demokratisch?

In Neapel stehen Bottom-Up-Prozesse rund um *Urban Commons* im Vordergrund der Entwicklungen eines ebenfalls auf Kollaboration ausgerichteten Rechtsrahmens⁸⁵. Wie in Rom begann hier alles mit einem „Rechtsbruch“⁸⁶ – der Besetzung eines Gebäudes in der historischen Altstadt im Jahr 2012.⁸⁷ Das ehemalige Kloster hatte Gräfin *Filangieri* der Stadt gestiftet⁸⁸, es wurde nach dem zweiten Weltkrieg als Kinderheim (ital.: *Asilo*) genutzt, im Jahr 1980 von einem Erdbeben zerstört und stand anschließend jahrelang leer.⁸⁹ Frisch renoviert wurde es – bekannt unter dem

79 Abrufbar unter: http://lexbrowser.provinz.bz.it/doc/de/cdri-1948§1280§1320§1370/verfassung_der_republik_italien/ii_abschnitt_bestimmungen_ber_die_rechtsprechung/v_titel_die_regionen_die_provinzen_und_die_gemeinden/art_118.aspx.

80 Vgl. *Foster/Iaione* (Fn. 12), S. 326 f.; *G. Arena*, Dalla resistenza ai cittadini attivi un discorso che prosegue, 25.04.2017, abrufbar unter: <https://www.labsus.org/2017/04/dalla-resistenza-ai-cittadini-attivi-un-discorso-che-prosegue/>.

81 *Polyak* (Fn. 64).

82 *Foster/Iaione* (Fn. 12), S. 290, 347; dazu etwa §§ 20 ff. der Verordnung.

83 *Foster/Iaione* (Fn. 12), S. 349.

84 In diesem Beitrag, unter B.3.

85 *G. Micciarelli*, Urban commons and urban commoning: political-legal practices from Naples, Bologna and Turin, 2022, S. 5, abrufbar unter: <https://gold.uclg.org/reports/gold-vi?qt-reports=2>.

86 Zu den Anführungszeichen: *C. Volk*, Ziviler Ungehorsam in modernen Demokratien – Eine Nachlese in demokratietheoretischer Absicht, sub\urban (2014), Band 2, Heft 2, S. 137 (137).

87 *Micciarelli* (Fn. 46), S. 9.

88 *Micciarelli* (Fn. 46), S. 9.

89 *Micciarelli* (Fn. 46), S. 9.

Namen ex-Asilo Filangieri – 2011 von der Stadtverwaltung einer Stiftung zugesprochen, die mit der Leitung eines UNESCO-Kulturprojektes betraut wurde.⁹⁰ Die lokalen Künstler*innenszene fühlte sich übergangen: Für ihre Arbeit benötigten die Künstler*innen finanzielle Unterstützung und (diese) Räumlichkeiten.⁹¹ Ihre Situation illustriert dabei die zu diesem Zeitpunkt landesweit prekären Arbeits- und Lebensbedingungen von Kunstschaffenden in Italien: geprägt von wenig staatlicher Investition, praktisch keine Fördermaßnahmen bei Arbeitslosigkeit.⁹² Dass ein Großteil der Aktivist*innen im Kultursektor tätig war, ist mithin keine zufällige Parallele zum *Teatro Valle*; sondern charakteristisch für die *Beni-Comuni-Bewegung*.⁹³

Doch die Situation in Neapel schien besonders widersprüchlich, gerade im Hinblick auf einen im Anschluss an das nationale Wasserreferendum erlassenen Stadtratsbeschluss.⁹⁴ In diesem wurde die Ergänzung des Art. 3 (Titel: Ziele und grundlegende Werte) beschlossen, dahingehend, dass die Gemeinde Neapel Beni-Comuni als funktional für die Ausübung der grundlegenden Menschenrechte auch der künftigen Generationen anerkenne und deren uneingeschränkte Nutzung im Rahmen der kommunalen Zuständigkeiten garantiere.⁹⁵ Die Anerkennung der Rechtskategorie „Beni-Comuni“ und der Einordnung auch der Kultur als solch ein Gemeingut kritisierten die Künstler*innen mittels zivilen Ungehorsams als reinste Symbolik und ihre Besetzung eröffnete eine stadtweite Debatte rund um die Zukunft des Gebäudes.⁹⁶

Trotz parallelen Auftaktes der Entwicklungen – in beiden Fällen mittels Besetzung eines kulturell bedeutsamen Ortes – unterscheidet sich der rechtlichen Rahmen für *Urban Commons* in Neapel grundlegend von jenem in Rom. Dort wurde zur Legalisierung der Besetzung und damit zur Ermöglichung der selbst organisierten Nutzung des öffentlichen Ortes *Teatro Valle* ein privatrechtliches Fundament, eine Stiftung sui generis, ge-

90 Micciarelli (Fn. 46), S. 10; C. Iaione, The Promotion of the Commons in Naples: From Self-Organisation to Co-Governance, 31.8.2021, cooperative city magazine, abrufbar unter: <https://cooperativecity.org/2021/08/31/the-promotion-of-the-commons-in-naples/>.

91 Micciarelli (Fn. 46), S. 10; Iaione (Fn. 90).

92 Micciarelli (Fn. 46), S. 10.

93 Mattei/Bailey (Fn. 52), S. 99 Fn. 115.

94 Deliberation of the City Council n. 24 of 22.09.2011, abrufbar unter: <https://www.comune.napoli.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/16783>; Micciarelli (Fn. 46), S. 9, dort auch zum Folgenden.

95 Aus dem Italienischen ins Deutsche übersetzt.

96 Micciarelli (Fn. 46), S. 6.

schaffen.⁹⁷ Auch steht der oben bereits vorgestellte öffentlich-rechtliche Rahmen Bolognas im Kontrast zu Neapels Modell. Letzteres verdeutlicht das transformative Potenzial der Commons gerade auch für das Recht in besonderem Maße. Zentral war dort von Beginn an die Forderung nach Selbstverwaltung.⁹⁸ Die Commoner des l'asilos visionierten „a model of management of public goods reviving their social function, guaranteeing accessibility, impartiality and inclusiveness in the use of both spaces and instruments of production. Those who use public goods recognized as Common are the ones entitled to manage them, through democratic and horizontal decisions. We propose, therefore, a model of 'civic use' by re-thinking the very concept of sovereignty and transferring it to new, radically democratic institutions“.⁹⁹ Die Möglichkeit zur Selbstorganisation ist Voraussetzung für kollektive Selbstbestimmtheit. Der oben zitierte Art. 118 Abs. 4 der italienischen Verfassung spricht von „autonomen Initiativen von [...] Vereinigungen“, die vom Staat zu unterstützen seien. Für ein langfristiges Funktionieren von Commons Public Partnership-Konstellationen ist eine gewisse Autonomie einer Commons-Institution grundlegend, die für Gleichrangigkeit der Beziehungen¹⁰⁰ und damit auch deren Bestandskraft sorgt. Die folgenden Ausführungen fokussieren sich daher auf die Genese eines Selbstverwaltungsinstrumentes, das dem Subsidiaritätsprinzip eine – nach *Elinor Ostrom* notwendige – authentische Dimension verleiht.

Das Gewohnheitsrechtsregime des „*uso civico*“ gewährt seit Jahrhunderten lokalen Gemeinschaften den Zugang zum und die Nutzung von Land – in der Regel, aber nicht ausschließlich, für Weideflächen und Holz.¹⁰¹ Es handelt sich um Rechte, die einer in einem Gebiet ansässigen, organisierten Gemeinschaft insgesamt (*uti cives*) als auch jedem einzelnen ihrer Mitglieder (*uti singuli*) zustehen; wobei sich ihr Inhalt nicht nur auf die *uti*, sondern auch auf die *frui* (die Früchte) des Nutzens eines gemeinsamen Grundstücks erstreckt.¹⁰² *Micciarelli* erklärt die Idee, diesen aus dem Mittelalter stammenden Rechtsgrundsatz in weiter Auslegung auf *Urban Commons* zu übertragen, wie folgt: Sowohl bei Systemen kollektiver Landbewirtschaftung als auch der Gemeingüter solle nicht die Frage nach der

97 *Gentili/Mura* (Fn. 44), S. 132.

98 *Micciarelli* (Fn. 46), S. 11.

99 *Micciarelli* (Fn. 46), S. 11.

100 An Bolognas Verordnung kann dieser Aspekt kritisiert werden, dazu: *Micciarelli* (Fn. 85), S. 5.

101 *Marella* (Fn. 25), S. 80.

102 *Micciarelli* (Fn. 46), S. 8.

Verleihung von Governance-Befugnissen an ein Rechtssubjekt im Vordergrund stehen, sondern vielmehr die Frage, wie ein Governance-System für die Gesamtheit der Nutzer*innen aussehen kann.¹⁰³

Mittels rechtlicher Schablone des *usi civici* sollte die kollektive Alltagspraxis eingefangen; Leben, Normen und Aktivitäten der Commoner in reflexive Regeln übersetzt werden.¹⁰⁴ Diesem Vorhaben verleiht schließlich ein Stadtratsbeschluss vom Mai 2012 eine rechtliche Grundlage.¹⁰⁵ Darin wird die Nutzung zum Zwecke des „[...] *development of paths, cultural processes, meetings, conventions, events and other artistic-cultural expressions through which, in line with Article 3 of the Statute, the issue of the recognition of culture as a common good is affirmed, to be realised in a shared and participated manner between public institutions, the community of reference, the local community and active citizenship, as well as an element of revitalisation of the territory, within a process of social and cultural development of the city*“ vorerst garantiert. Daraufhin etablierten die einstig Besetzenden, die nun zu legal Nutzenden geworden waren, einen offenen Arbeitstisch. Bis zum Dezember 2015 tagten sie hieran regelmäßig und formulierten die „*Dichiarazione di uso civico e collettivo urbano*“.¹⁰⁶ In deren 23 Artikeln wird die Infrastruktur der Gebäudenutzung bestimmt, festgelegt, wie Entscheidungen getroffen werden, welche Werte die Gemeinschaft teilt und wie ihre Grenzen beschaffen sind. Denn anders als beim traditionellen Grundsatz ist das Gemeinschaftselement des „*usi civici urbano*“ weniger eng umrissen, vielmehr gegenteilig als „inclusive, heterogeneous, and ever-changing“ definiert.¹⁰⁷ Das erfüllt die demokratische Notwendigkeit, Mitgestaltung und damit Wahrnehmung des Kollektivrechtes auf Stadt¹⁰⁸ grundsätzlich allen Bewohner*innen zu ermöglichen. Diese Chancengleichheit bei Zugang und Nutzung zu gewähren, ist Ausdruck der Achtung des Prinzips substanzieller Gleichheit gemäß Art. 3 Abs. 2 der italienischen Verfassung.¹⁰⁹

103 Micciarelli (Fn. 46), S. 5.

104 A. Kioupkiolis, *Heteropolitics – Refiguring the Common and the Political*, ERC COG 2016, Juli 2020, S. 260.

105 *Deliberation of City Government* (Fn. 94), Micciarelli (Fn. 46), S. 14, dort auch zum Folgenden.

106 Abrufbar unter: <http://www.exasilofilangieri.it/dichiarazione-duso-civico/>.

107 M. F. De Tullio, *Commons towards New Participatory Institutions: The Neapolitan Experience*, 2020, URBACT.

108 Näher dazu: *Iaione* (Fn. 69).

109 *De Tullio* (Fn. 107); zu dessen Bedeutung für eine Finanzierung der Commons-Institution durch den Staat: Micciarelli (Fn. 46), S. 7.

Die „rechtliche Kodierung“ der Erklärung übernahmen die Aktivist*innen zusammen mit Jurist*innen, die sich als „organische Intellektuelle“ und mithin Teil der Gemeinschaft verstanden.¹¹⁰ Gemeinsam wurden Praxiserfahrungen analysiert, Abläufe erprobt, formuliert und neu geschrieben¹¹¹: Sie behandelten das Recht selbst als Commons. Erwartbar reagierte die Stadtverwaltung, der das Ergebnis als verbindliches Dokument für die Gebäudeverwaltung vorlegt wurde, zunächst skeptisch.¹¹² Doch im Dialog änderte sich das; ein Stadtratsbeschluss von 2015 schließlich erkannte das Recht der Commoner zur kollektiven Nutzung nach dem *usi-civici-Grundsatz* und die Commons-Institution als partizipatorisches Organ an.¹¹³ Als solches könne es die Regeln zur Nutzung und Verwaltung – vorbehaltlich einer Überprüfung ihrer demokratischen Eignung durch die Stadtverwaltung – autonom verfassen.¹¹⁴ Die Nutzungserklärung wurde zum integralen Part dieses Stadtratsbeschlusses, mithin zum rechtlich bindenden Instrument.¹¹⁵ Aus gemeinschaftlicher Selbstreflexion¹¹⁶ wurde Bottom-Up-Rechtssetzung.¹¹⁷

Bezeichnend für das Geschehen in Neapel ist der lösungsorientierte, wohlwollende und respektvolle Umgang der Gemeinde¹¹⁸, besonders des Bürgermeister¹¹⁹, mit der Besetzung und dem dahinter stehendem Anliegen. Sukzessiv und über Jahre hinweg erlassen, sorgte die Kumulation von Stadtratsbeschlüssen für eine Umgebung, in der die Nutzungserklärung zum Bestandteil der rechtspolitischen Stadtarchitektur werden konnte: Vom europäischen Förderprogramm URBACT erhielt sie dafür die Auszeichnung Good-Practice nachhaltiger Stadtentwicklung.¹²⁰ Daran wird

110 *Kioupkiolis* (Fn. 104), S. 260.

111 *C. Iaione*, Pooling urban commons: the Civic eState, 2019, URBACT, abrufbar unter: <https://labgov.city/theurbanmedialab/pooling-urban-commons-the-civic-estate/>.

112 *Micciarelli* (Fn. 46), S. 23.

113 Deliberation of City Government n. 893 of 27.12.2015, abrufbar unter: <https://www.comune.napoli.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/16783>, *Micciarelli* (Fn. 46), S. 24.

114 Deliberation of City Government (Fn. 113); *Micciarelli* (Fn. 46), S. 24.

115 *Marella* (Fn. 25), S. 80.

116 *Micciarelli* (Fn. 46), S. 39.

117 *Marella* (Fn. 61).

118 *Micciarelli* (Fn. 46), S. 31.

119 *A. Stuparu*, Luigi de Magistris on Commons in Naples – these are not occupied but liberated spaces, 2017, abrufbar unter: <https://ourcommons.org/act/luigi-de-magistris-on-commons-in-naples-these-are-not-occupied-but-liberated-spaces/>.

120 *Iaione* (Fn. 69).

deutlich: Wichtig für polyzentrische städtische Co-Creation war und ist intensive Kommunikation auf gleicher Ebene.¹²¹ Zu diesem Zweck und auf Forderung der Commoner wurde daher eine gänzlich neuartige Partizipationsinstitution eingerichtet, durch Verfügung des Bürgermeisters von 2013 – das „Observatory of the commons“.¹²² Diese soll Commons-Institutionen unterstützen – ohne zu bevormunden. Ein Stadtratsbeschluss von 2018 änderte dessen Zusammensetzung und legte die Aufgaben neu fest¹²³, wie etwa: leerstehende Orte als potentielle Commons identifizieren, dem Ausarbeiten von *usi-civici*-Erklärungen beistehen oder Protagonist*innen der Stadtgestaltung vernetzen.¹²⁴ Die Institution ist wesentlich für eine gesamte Stadt als Commons. Sie ermöglicht partnerschaftliches Agieren und stabilisiert damit die Beziehungen innerhalb von Commons Public Partnerships, indem sie selbstbestimmte Partizipation in Form des Commoning unterstützt. Acht weitere vorher unbelebte öffentliche Orte half sie seither zu reaktivieren.¹²⁵

Zuletzt sei noch der Art. 23 der Nutzungserklärung des l’asilos hervorgehoben, wonach die Aktivitäten der Gemeinschaft an die „Grundsätze der Energieeinsparung und Energierationalisierung, minimale Abfallproduktion, Wiederverwendung und Recycling von Materialien, Pflege von Grünflächen“ gebunden sind.¹²⁶ Denn dieser unterstreicht, wie eingangs dargestellt, dass Klimaschutz und Commons Public Partnerships füreinander förderlich sind.

D. Schluss

Eine gemeinwohlorientierte Stadt im Sinne des Transformationsanspruchs der *Neuen Leipzig Charta* soll grün, gerecht und produktiv sein. Wir haben in diesem Beitrag gezeigt, dass sich dieser Anspruch durch Commons in der Form von Commons Public Partnerships erfüllen lässt. Durch Designprinzipien der „horizontalen Subsidiarität“, „Kollaboration“ und des

121 Micciarelli (Fn. 46), S. 32 ff.

122 Dekret Nr. 314 des Bürgermeisters vom 24.06.2013.

123 Zur Kritik an der vorherigen Besetzung und näher zur Aufgabenänderung: Micciarelli (Fn. 46); Dekret Nr. 55 vom 08.03.2018, abrufbar unter: <https://www.comune.napoli.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/38205>.

124 Micciarelli (Fn. 46), S. 33.

125 Micciarelli (Fn. 85), S. 6.

126 Vgl. Kioupkiolis (Fn. 104).

„Polyzentrismus“ können urbane Räume zu Commons werden, die demokratisierende Wirkung haben. Die Kooperation mit staatlichen Akteuren in Form von Commons Public Partnerships ermöglicht eine breite praktische Beteiligung. In der italienischen Rechtspraxis bestätigen sich die konzeptuellen Überlegungen: etwa anhand der Bologna-Verordnung oder der *„Dichiarazione di uso civico e collettivo urbano“* des l’asilos. Auch in Deutschland erhalten Commons Public Partnerships erste Konturen mit Initiativen wie dem Transformationszentrum am Tempelhofer Feld „Transformation Haus und Feld“ und dem „Hansa-Forum Münster“.¹²⁷ Als demokratische Experimente können sie ein Element der sozio-ökologischen Transformation zu einer nachhaltigen Gesellschaft sein.

127 Informationen zu den Initiativen abrufbar unter: <https://transformation-haus-feld.de>; <https://hansaforum-muenster.de>; <https://www.berlin.de/rathausblock-fk/>; <https://hausderstatistik.org/initiative/>.

Klimaschutz nach Maß – Zur möglichen Ausgestaltung rechtlicher Rahmenbedingungen für verpflichtende kommunale Treibhausgasmessung

Judith Kärn

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	249
B. Status quo von Treibhausgasmessung in Deutschland und der Mehrwert einer kommunalen Verpflichtung zur Treibhausgasmessung	251
C. Rechtsrahmen für kommunale Klimaschutzmessung	254
I. Status quo: weiche Instrumente	254
II. Erste Vorstöße im Landesrecht für ordnungsrechtliche Instrumente	255
III. Ein geeigneter Rechtsrahmen für kommunale Treibhausgasmessung	255
1. Möglichkeit der bundesgesetzlichen Regelung?	256
2. Möglichkeit der landesgesetzlichen Regelung?	256
3. Überlegungen zur konkreten gesetzlichen Ausgestaltung	260
D. Conclusio, Limitationen und Ausblick	266

A. Einleitung

Für den Klimaschutz ist es kurz vor zwölf. Ob die Bundes-Klimaschutzziele für 2030 erreicht werden können, ist zweifelhaft¹. Im Zeitpunkt der verschärften Klimaschutzgesetzgebung von 2021 war die derzeitige Energiekrise zudem noch nicht absehbar. So besteht die Möglichkeit, dass sich die Energiekrise negativ auf das Erreichen der Klimaschutzziele auswirken

1 S. Gores/L. Moosmann, Öko-Institut Working Paper 5/2018 – Entwicklung der Effort Sharing Emissionen nach Sektoren in Deutschland, abrufbar unter: <https://www.eko.de/fileadmin/oekodoc/WP-ESD-Trends.pdf>; R. Harthan et al., Treibhausgasminderwirkung des Klimaschutzprogramms 2030 (Kurzbericht). Teilbericht des Projektes „THG-Projektion: Weiterentwicklung der Methoden und Umsetzung der EU Effort Sharing Decision im Projektionsbericht 2019 (Politiksznarien IX)“, 2019, abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/projektionsbericht-2019-fuer-deutschland>; vgl. zu Zweifeln am Erreichen der Klimaschutzziele auch S. Schlacke, Klimaschutz im Mehrebenensystem, EnWZ 2020, 355 (363).

könnte². Umso dringlicher erscheint es daher, alle Akteure im Multi-Level-Governance-Geflecht, die einen Beitrag zum Erreichen der nationalen Klimaschutzziele leisten können, mit ins Boot zu holen. Kommunen und Städte sind relevante Akteurinnen im Klimaschutz. So geht das Umweltbundesamt davon aus, dass Kommunen etwa ein Siebtel der Treibhausgas-Emissionen in Deutschland (bezogen auf das Jahr 2020) durch das Ergreifen bestimmter Maßnahmen beeinflussen könnten³. Dennoch sind die verschiedenen Ebenen des Multi-Level-Governance-Systems bislang im Kontext Klimaschutz unzureichend integriert⁴: So werden aus den auf Bundes- und Landesebene festgesetzten Klimaschutzzielen keine spezifischen Anforderungen für untergeordnete Ebenen⁵ wie die lokale Ebene abgeleitet.

In diesem Beitrag wird vertreten, dass eine ordnungsrechtliche Verpflichtung⁶ von Kommunen zur Treibhausgasemissionsbilanzierung einen wesentlichen Beitrag dazu leisten kann, die Klimaschutzziele des Bundes und der Länder auf die lokale Ebene herunterzubrechen und tatsächlich zu erreichen. Allerdings besteht bislang noch eine Forschungslücke, wie genau ein geeigneter Rechtsrahmen für eine solche ordnungsrechtliche Verpflichtung aussehen könnte. Dies in zweierlei Hinsicht: So ist zunächst aus übergeordneter rechtsdogmatischer Perspektive zu untersuchen, welchem Verband im Bundesstaat die Kompetenz für eine solche Regelung zukommen kann und wie eine solche Regelung aus Sicht des Kompetenzgefüges zu bewerten ist. In einem zweiten Schritt werden in diesem Beitrag erste Vorschläge für das konkrete gesetzliche Design einer ordnungsrechtlichen Verpflichtung von Kommunen gemacht.

Entsprechend geht der Beitrag methodisch interdisziplinär vor. So wird einerseits rechtsdogmatisch untersucht, wie ein entsprechender Rechtsrah-

2 *Climate Action Tracker*, Global reaction to energy crisis risks zero carbon transition, 2022, abrufbar unter: <https://climateactiontracker.org/publications/global-reaction-to-energy-crisis-risks-zero-carbon-transition/>.

3 *Umweltbundesamt*, Klimaschutzpotenziale in Kommunen, 2022, abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/klima-energie/klimaschutz-energiepolitik-in-deutschland/kommunaler-klimaschutz/klimaschutzpotenziale-in-kommunen>.

4 *H. Fuhr/T. Hickmann/K. Kern*, The Role of Cities in Multi-Level Climate Governance: Local Climate Policies and the 1.5 C Target, *Current Opinion in Environmental Sustainability* 2018, 1 (1); *M. Knauff*, Stand und Perspektiven des Landesklimaschutzrechts, *KlimR* 2022, 47 (50).

5 Vgl. *W. Köck/L. Kohlrausch* zur Bundesebene, Klimaschutzgesetzgebung im Bundesstaat – Zur Zukunft der Landesklimaschutzgesetze, *ZUR* 2021, 610 (612).

6 Vgl. auch *S. Schlacke*, Klimaschutz im Mehrebenensystem, *EnWZ* 2020, 355 (363) als Befürworterin weiterer ordnungsrechtlicher Regulierung.

men gestaltet werden könnte und welche Probleme sich aus rechtsdogmatischer Sicht hinsichtlich einer kommunalen Verpflichtung zur Treibhausgasbilanzierung ergeben könnten. In einem zweiten Schritt wird basierend auf sozialwissenschaftlichen Methoden (qualitative Leitfadenbefragungen von Experten aus der Praxis)⁷ untersucht, wie das gesetzliche Design einer Bilanzierungsverpflichtung konkret ausgestaltet werden sollte. Die Experten aus der Praxis wurden darüber hinaus dazu befragt, inwieweit sie es für möglich und sinnvoll halten, Klimaschutzziele übergeordneter Governanceebenen auf die lokale Ebene herunterzubringen, worauf im folgenden Abschnitt detaillierter eingegangen wird.

B. Status quo von Treibhausgasmessung in Deutschland und der Mehrwert einer kommunalen Verpflichtung zur Treibhausgasmessung

Für die Messung des Treibhausgasausstoßes und die Überwachung der Einhaltung der in den Klimaschutzgesetzen definierten Minderungsziele ist derzeit das Umweltbundesamt zuständig. Dieses nimmt jedoch keine Messungen vor, sondern ermittelt den Treibhausgasausstoß durch Bilanzierungsberechnungen auf Basis von statistischen Erhebungen⁸.

Auf kommunaler Ebene gibt es bereits Kommunen, die im Rahmen ihrer Selbstverwaltung freiwillig Energie- und CO₂-Bilanzierungen erstellt haben. 2020 waren dies rund 1.600 von rund 11.000 Kommunen in Deutschland, also etwa 15 %⁹. Welchen Beitrag kommunale Emissionsbilanzierung zum kommunalen, ebenso wie zum Multi-Level-Klimaschutzmonitoring

7 Die Interviews wurden nach sozialwissenschaftlichen Standards aufgezeichnet und dokumentiert. Kontaktiert wurden insgesamt sieben Personen im September/Oktober 2022, von denen für fünf Personen ein (jedenfalls teilweiser) Rücklauf (schriftlich oder telefonisch) erzielt werden konnte. Den Befragten wurde Anonymität zugesichert, sodass die Experten*innen im Folgenden durchnummeriert wurden und das generische Maskulinum verwendet wird; insbesondere Experte 4 verwies bei vielen Fragen auf politische Unzuständigkeit, sodass nur wenige Fragen beantwortet wurden, weshalb Experte 4 im Text nur selten zitiert werden kann. Als Experten wurden Personen von wissenschaftlichen Einrichtungen, NGOs und aus der Verwaltung angefragt, die sich bereits jetzt mit kommunaler Treibhausgasbilanzierung bzw. Treibhausgasbilanzierung im Multi-Level-Governance-System befassen.

8 Vgl. C. Hecking, Klimaschutz und die Wirtschaft: Wie misst man CO₂?, 2020, abrufbar unter: <https://www.capital.de/wirtschaft-politik/wie-misst-man-co2>.

9 B. Gugel/H. Hertle/F. Dünnebeil/V. Herhoffer, Weiterentwicklung des kommunalen Bilanzierungsstandards für THG-Emissionen [:] Bilanzierungssystematik kommunal – BISCO Abschlussbericht, 2020, S. 15, abrufbar unter: <https://www.umweltbundesamt.d>

leisten kann, ist umstritten: So brachte einer der für diesen Beitrag befragten Experten (Experte 3) insgesamt zum Ausdruck, dass er eine Bilanzierungsverpflichtung nicht für sinnvoll halte. Er vertrat den Standpunkt, dass kommunale Bilanzierung keinen Beitrag zum Monitoring von Klimaschutzziele übergeordneter Ebenen leisten könne: Insgesamt müssten die Kommunen ohnehin langfristig auf einen CO-Ausstoß von Null kommen und alle Bereiche dekarbonisiert werden, weshalb er es für falsch halte, da „so viel Energie hineinzustecken“. Konkrete Maßnahmen seien wichtiger als Instrumente zur Erfassung des Ist-Zustandes.

Hertle et al.¹⁰ gehen dagegen davon aus, dass durch Bilanzierung Handlungsschwerpunkte für Kommunen identifizierbar sind. Auch im Multi-Level-Governance-Kontext gehen drei der befragten Experten (Experte 1, 2 und 5) davon aus, dass kommunale Bilanzen hier einen Beitrag leisten können. Experte 2 vertrat etwa die Ansicht, dass „man das [gemeint sind übergeordnete Klimaschutzziele] sektoral herunterbrechen muss“, um auf kommunale Spezifika (z.B. Betonherstellung oder Stahlherstellung) eingehen zu können. So könnten konkrete Vorgaben im Hinblick auf Restemissionen, die noch emittiert werden dürfen, für konkrete Betriebe vor Ort abgeleitet werden. Diese Experten (1, 2 und 5) meinten, dass kommunale Bilanzierungen aufzeigen könnten, ob Verbräuche und die damit verbundenen Treibhausgasemissionen in der Kommune sinken. Im Kontext einer Integration der kommunalen Ebene in das Multi-Level-Governance-System ging Experte 1 davon aus, dass kommunale Bilanzierungen aufzeigen können, „ob die von oben vorgegebenen Ziele erreicht werden“. Experte 2 stützte diese Ansicht: Kommunale Bilanzierung zeige die „Differenz zwischen dem Ziel und dem, was erreicht wurde“ auf und ermögliche dann eine „zeitnahe Nachsteuerung“. Experte 5 merkte weiter an, dass Bilanzierungen einzelner Kommunen jedenfalls auch dazu beitragen könnten, Regionen als übergeordnete Einheit klimaneutral zu machen: Schließlich sei es für einzelne Städte (z.B. mit CO₂-intensivem Gewerbe) mitunter schwierig, klimaneutral zu werden. Im Kontext einer übergeordneten Regionenbetrachtung könnte es einfacher gelingen, die übergeordnete Region treibhausgasneutral zu machen.

e/sites/default/files/medien/479/publikationen/cc_19-2020_endbericht_sv-gutachten_bisko.pdf.

10 H. Hertle/F. Dünnebeil/C. Gebauer/B. Gugel/C. Heuer/F. Kutzner/R. Vogt, Empfehlungen zur Methodik der kommunalen Treibhausgasbilanzierung für den Energie- und Verkehrssektor in Deutschland Im Rahmen des Vorhabens „Klimaschutz-Planer – Kommunalen Planungsassistent für Energie und Klimaschutz“, 2014, 1 (19).

Aufgrund dieser von den befragten Experten angestellten Erwägungen wird in diesem Beitrag davon ausgegangen, dass kommunale Treibhausgasbilanzierung einen Beitrag dazu leisten kann, ein präziseres Monitoring von Klimaschutzzielen übergeordneter Ebenen zu ermöglichen: Kommunale Treibhausgasbilanzierung kann es wahrscheinlicher machen, die Bundes- und Landesklimaschutzziele tatsächlich zu erreichen. Durch ein ordnungsrechtliches Instrument kann zudem eine vereinheitlichte Anwendung eines Bilanzierungsstandards gewährleistet werden, sodass kommunale Klimaschutzbilanzierung landes- und – im besten Fall – deutschlandweit vergleichbar wird. So hat sich bislang kein einheitlicher Standard für kommunale Treibhausgasbilanzierung herausentwickelt¹¹.

Eine Verpflichtung zur Bilanzierung könnte Kommunen, die bislang weniger aktiv im Klimaschutz sind, auch dazu anhalten, mehr Klimaschutzmaßnahmen zu ergreifen, wenn z.B. bei unterdurchschnittlichen Bilanzen Druck durch die Gemeindebevölkerung aufgebaut wird. Eine umfangreiche Datenverfügbarkeit ermöglichte es Kommunen zudem, kommunalen internen Prozessabläufe im Klimaschutz besser zu kontrollieren und zu optimieren. Durch eine so erzielte Datenverfügbarkeit, die auf einer vereinheitlichten Bilanzierungsstrategie beruht, hätten nach Einschätzung eines der befragten Experten (Experte 1) die Länder einen Überblick, „wo im Land besonders hohe Treibhausgas-Dichten“ sind und „könnten Klimaschutz gezielt entsprechend fördern“. Ebenso können nach Ansicht der Autorin Kommunen identifiziert werden, die im Bereich der Treibhausgasreduzierung besonders erfolgreich sind. Hier kann eingehender analysiert werden, worin diese Erfolgsfaktoren begründet liegen und es können Best Practices abgeleitet werden. So ermöglicht eine bessere Datenverfügbarkeit von Treibhausgasausstoß und -reduktion auch, diese Daten wissenschaftlich zu nutzen, um insgesamt relevante Faktoren für kommunalen Klimaschutz identifizieren zu können.

Städte und Kommunen zeichnen sich im Verhältnis zu den übergeordneten Ebenen zudem durch besondere Bürgernähe aus, sodass ihr Handeln möglicherweise besonders geeignet ist, individuelles Verhalten zu beeinflussen. So könnten sich intensivierte kommunale Klimaschutzbemühungen positiv auf das Bürgerbewusstsein auswirken: Kommunale Erfolge werden ebenso wie Defizite vor Ort direkt nachvollziehbar. Kritisch ange-

11 G. Chen/Y. Shan/Y. Hu/K. Tong/T. Wiedmann/A. Ramaswami/D. Guan/L. Shi/Y. Wang, Review on City-Level Carbon Accounting, *Environmental Science and Technology*, 2019, 5545 (5545 ff.); Gugel et al. (Fn. 9), 15.

merkt wurde dagegen von Experte 3, dass Kommunen auf „viele Dinge [...] keinen Einfluss“ hätten, sodass z.B. die Konzentration auf Maßnahmen, auf die Kommunen unmittelbaren Einfluss haben (z.B. im eigenen Gebäudebestand, in der Bauleitplanung, in der kommunalen Wärme- und Mobilitätsplanung) für sinnvoller als Bilanzierungsmaßnahmen erachtet wurde.

Eine Verpflichtung von Kommunen kann zudem einen ersten Schritt darstellen, weitere ordnungsrechtliche Regulierung wie z.B. eine kommunale Verpflichtung zur Erstellung von kommunalen Klimaschutzplänen und/oder zur Definition von Klimaschutzzielen vorzubereiten. So macht aus Sicht von Experte 2 eine reine Bilanzierungsverpflichtung wenig Sinn, wenn sie nicht von weiteren Maßnahmen flankiert wird. Ebenfalls wurden seitens Experte 1 und Experte 5 Bedenken geäußert, dass „Kommunen nicht auf Basis ihrer Bilanz alleine gelassen werden sollten“ (Experte 1). Wenn jede Kommune ihre eigenen Klimaschutzziele stecke, komme nach Ansicht von Experte 1 „am Ende vielleicht nicht das Ergebnis in der Gesamtheit raus“, das es brauche.

C. Rechtsrahmen für kommunale Klimaschutzmessung

I. Status quo: weiche Instrumente

Bislang stehen im Wesentlichen weiche Instrumente zur Verfügung, um kommunale Klimaschutzbilanzierung zu befördern. So werden positive Anreize durch Fördermittelbereitstellung (z.B. Kommunalrichtlinie auf Bundesebene, verschiedene Programme auf Landesebene¹²) gesetzt. Zudem vermittelt die Mitgliedschaft von Kommunen in Klimaschutznetzwerken positive Anreize zur kommunalen Bilanzierung, indem etwa das entsprechende Know-How vermittelt wird oder eine Netzwerkmitgliedschaft explizit eine Selbstverpflichtung zur Bilanzierung voraussetzt¹³. So zeigen sozialwissenschaftliche Studien, dass sich die Mitgliedschaft in Klimaschutznetzwerken positiv auf kommunales Klimaschutzengagement auswirkt¹⁴. Dennoch bi-

12 Z.B. Klimaschutz-Plus Förderprogramm in Baden-Württemberg.

13 Z.B. *Covenant of Mayors*, The Covenant of Mayors for Climate and Energy Reporting Guidelines, 2016, abrufbar unter: https://www.covenantofmayors.eu/IMG/pdf/Covenant_ReportingGuidelines.pdf.

14 Z.B. J. Kemmerzell, Innovations in European Climate Governance and Their Impact on Local Climate Policy: An Analysis of German Major Cities, in: S. Hughes/E. K. Chu/S. G. Mason (Hrsg.), *Climate Change in Cities*. Cham: Springer, 2018, S. 39

lanzieren bislang nur rund 15 % der deutschen Kommunen. Damit erscheinen die bislang zur Verfügung stehenden weichen Instrumente als nicht ausreichend, um Kommunen flächendeckend zur Bilanzierung anzuhalten, was eine ordnungsrechtliche Regelung sinnvoll erscheinen lässt.

II. Erste Vorstöße im Landesrecht für ordnungsrechtliche Instrumente

Im Landesrecht können bereits erste Vorbilder für ordnungsrechtliche Instrumente gefunden werden, um Kommunen zu klimaschutzrelevanten Messungen und Bilanzierungen zu verpflichten. Als Vorreiterin dieser Entwicklungen kann die Novellierung des baden-württembergischen Landesklimaschutzgesetzes aus dem Jahr 2020 gelten. Durch § 7d KSG BW werden größere Gemeinden dazu verpflichtet, kommunale Wärmepläne zu erstellen. § 7b KSG BW schreibt darüber hinaus vor, dass der Energieverbrauch von Gemeinden und Kommunen zu erfassen ist. Allerdings ist diese Erfassung ähnlich wie bei § 17 Niedersächsisches KSG, der zur Erstellung von Energieberichten verpflichtet, im Wesentlichen auf öffentliche Liegenschaften und Gebäude beschränkt. Damit kann sich folglich kein umfassendes Gesamtbild des Energieverbrauchs in Kommunen unter Einbeziehung von Privathaushalten, Industrie und Unternehmen ergeben. Immerhin weitet § 18 des Novellierungsvorschlags des KSG BW 2022 die Erfassungspflicht des § 7b KSG BW auf Unternehmen, für die die Kommune die Mehrheit der Anteile hält, aus.

III. Ein geeigneter Rechtsrahmen für kommunale Treibhausgasmessung

Weder aus dem Staatsziel des Art. 20a GG¹⁵ noch aus dem Bundesklimaschutzgesetz (§ 3)¹⁶ dürfte sich durch die Vorgabe nationaler Klimaschutzziele eine unmittelbare Verpflichtung von Kommunen zur Treibhausgasbilanzierung ableiten lassen¹⁷. Auch für die Länder dürfte sich weder aus die-

(54); T. Lee/C. Koski, Multilevel Governance and Urban Climate Change Mitigation, in: Environment and Planning C: Government and Policy, 2015, S. 1501 (1511).

15 Vgl. M. Rodi, Kommunale Handlungsmöglichkeiten in der Energie- und Klimaschutzpolitik – Status quo und Reformansätze, IR 2012, 242 (243).

16 Vgl. Köck/Kohlrausch (Fn. 5), 612.

17 Vgl. Köck/Kohlrausch (Fn. 5), 612.

sen Normen noch aus dem Grundsatz der Bundestreue¹⁸ eine direkte Verpflichtung zum Ergreifen von *konkreten* (Bilanzierungs-)Maßnahmen ableiten lassen. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, wie ein ordnungsrechtliches Instrument zur verpflichtenden kommunalen Treibhausgasmessung ausgestaltet werden könnte.

1. Möglichkeit der bundesgesetzlichen Regelung?

Der Sache nach geht es bei der Verpflichtung von Kommunen zur Treibhausgasmessung schwerpunktmäßig um eine vorbereitende Maßnahme zum Klimaschutz im Sinne der Luftreinhaltung. Die Gesetzgebungskompetenz für Luftreinhaltung liegt gemäß Art. 74 I Nr. 24 GG konkurrierend beim Bund und den Ländern. Will man Art. 74 I Nr. 24 GG nicht für direkt einschlägig halten, weil die Emissionsbilanzierung eine Vorstufe im Kontext der Luftreinhaltung darstellt, so kann jedenfalls von einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs ausgegangen werden¹⁹. Einer Verankerung einer Verpflichtung für Kommunen z.B. im Bundesklimaschutzgesetz steht jedoch das in Art. 84 I S. 7 GG niedergelegte Aufgabenübertragungsverbot²⁰ entgegen, wonach Gemeinden und Gemeindeverbänden durch Bundesgesetz keine Aufgaben übertragen werden dürfen.

2. Möglichkeit der landesgesetzlichen Regelung?

Damit verbleibt die Möglichkeit einer landesgesetzlichen Regelung. Hier ergeben sich jedoch aus rechtsdogmatischer Sicht mehrere Probleme. Zunächst ist zu überlegen, ob die bundesgesetzliche Regelung der Emissionsbilanzierung bereits als abschließende Regelung zu betrachten ist, sodass kein Spielraum für eine ergänzende Landesgesetzgebung verbleibt. Dafür könnte sprechen, dass gemäß § 5 I des Bundesklimaschutzgesetzes das Umweltbundesamt die Daten der Treibhausgasemissionen in den im Bundesklimaschutzgesetz definierten Sektoren erstellt, womit möglicherweise eine alleinige Zuständigkeit des Umweltbundesamtes definiert wird. Dagegen spricht jedoch, dass das Bundesklimaschutzgesetz in § 14 I und II eine Öff-

18 Köck/Kohlrausch (Fn. 5), 612, 613.

19 Vgl. M. Herold, 5. Kapitel. Kompetenz- und Verfahrensvorschriften des Grundgesetzes, in: V. Chiofalo/J. Kohal/L. Linke (Hrsg.), 1. Aufl. Staatsorganisationsrecht, 2022, S. 369 (380 f.).

20 Köck/Kohlrausch (Fn. 5), 614; Rodi (Fn. 15), 245.

nungsklausel vorsieht, die den Ländern die Möglichkeit belässt, eigene Klimaschutzgesetze zu erlassen, soweit diese mit Bundesrecht vereinbar sind. Zudem gelten die bereits bestehenden Landeklimaschutzgesetze unbeschadet der Vereinbarkeit mit Bundesrecht fort (§ 14 I S. 2). Versteht man daher eine Verpflichtung zur kommunalen Treibhausgasbilanzierung als Ergänzung und nicht als Substitution der Bilanzierung durch das Umweltbundesamt, erscheint eine ordnungsrechtliche Verpflichtung der Kommunen durch Landesgesetzgebung möglich. So kann in einer solchen Verpflichtung bei entsprechender Ausgestaltung zudem eine Maßnahme der Länder gesehen werden, um die Ziele des Bundesklimaschutzgesetzes zu erreichen, was § 14 II BKSG explizit gutheißt.

Entsprechend erscheint eine landesrechtliche Verpflichtung von Kommunen zur Emissionsbilanzierung möglich. Hier wäre eine „Copy-Paste“-Gesetzgebung anzudenken, um zu gewährleisten, dass einheitliche Bilanzierungsstandards und Berichtspflichten verankert werden und die Bilanzierung einen Beitrag zur Erreichung der Landes- und insbesondere auch der Bundesklimaschutzgesetze im Sinne eines verbesserten Monitorings leisten kann. Dann wäre aber fraglich, ob in einer solchen bewussten „Copy-Paste“-Gesetzgebung eine möglicherweise unzulässige Umgehung sowohl der Bundeskompetenz zur Luftreinhaltung als auch des Aufgabenübertragungsverbots, das für den Bund besteht, liegen würde. Das ist jedoch mit der oben bereits geführten Argumentation, die entsprechend herangezogen werden kann, abzulehnen: Wenn den Bundesländern grundsätzlich ein Spielraum für eine solche ordnungsrechtliche Verpflichtung von Kommunen zusteht, dann steht ihnen auch die Entscheidung über die Art, wie genau sie gesetzgeberisch tätig werden wollen, zu. So ist es auch im Kontext anderer Regelungsmaterien (z.B. im Polizeirecht) zur Vereinheitlichung des Rechts zu gemeinsamen Musterentwürfen für Gesetze der Länder²¹ gekommen, die als „Copy-Paste“-Gesetze ausgestaltet wurden. Entsprechend hebt ein solches Vorgehen auch nicht die Landeskompetenz aus, solange sich die Länder auf freiwilliger Basis zu einer solchen Kooperation im Gesetzgebungsprozess entscheiden, auch wenn sie dabei (jedenfalls auch) die Erreichung nationaler Klimaschutzziele im Blick haben.

21 Vgl. K.-H. Friauf, Dritter Abschnitt. Polizei- und Ordnungsrecht, in: I. Münch/P. Badura (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2020, S. 191 (239).

Weiter könnte einer landesrechtlichen Regelung die in Art. 28 II GG niedergelegte Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen entgegenstehen. Gemäß Art. 28 II GG muss für die Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. In der Wendung „im Rahmen der Gesetze“ wird dabei überwiegend ein Gesetzesvorbehalt gesehen.²² Grundsätzlich können die Länder folglich den Gemeinden Aufgaben durch Gesetz zuweisen, wobei aber der „Wesensgehalt der gemeindlichen Selbstverwaltung nicht ausgehöhlt werden“²³ darf. Im Hinblick auf eine ordnungsrechtliche Verpflichtung der Kommunen zur Bilanzierung wäre zunächst fraglich, ob Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft überhaupt betroffen wären. „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ werden vom Bundesverfassungsgericht definiert als „diejenigen Bedürfnisse, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen speziellen Bezug haben [...], die also den Gemeindeeinwohnern gerade als solchen gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“²⁴. Dafür, kommunale Emissionsbilanzierung unter den Begriff der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu subsumieren, könnte folgende Überlegung sprechen: Kommunale Bilanzierung wurzelt insofern in der örtlichen Gemeinschaft, als dass das Ziel der Bilanzierung darin besteht, lokale Emissionen zunächst zu erfassen und in einem weiteren Schritt Potenziale für Emissionsreduktionen im kommunalen Bereich identifizieren zu können. Da es für lokale Treibhausgasreduktionsmaßnahmen eine Vielzahl an Alternativen geben kann, die der politischen Auseinandersetzung der Gemeindeeinwohner*innen unterliegt und die Bilanzierung hierfür eine relevante Vorstufe darstellt, könnte vertreten werden, dass eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft vorliegt²⁵. Ebenso kann argumentiert werden, dass auch die Entscheidung darüber, für welche Sektoren in der Kommune bilanziert werden soll, bereits eine politische Entscheidung der Gemeinde darstellt. Dem steht allerdings entgegen, dass es sich bei der Aufgabe des Klimaschutzes und der Emissionsreduktion bereits rein denklogisch um eine Aufgabe übergeordneter Ebenen

22 Vgl. C. Zengerling, § 13 Kommunale Klimaschutzplanung, in: M. Rodi (Hrsg.), Handbuch Klimaschutzrecht, 2022, S. 235 (246); BVerfGE 79, 127 (143).

23 BVerfGE 79, 127 (146).

24 BVerfGE 79, 127 (151 f.).

25 So wohl auch Rodi (Fn. 15), 243.

bis hin zur Weltgemeinschaft handelt²⁶, sodass es sich bei der ordnungsrechtlichen Verpflichtung von Kommunen zur Bilanzierung nur um ein „Herunterbrechen“ im Kontext des Erreichens von z.B. bundes- und landesrechtlich gesetzten Klimaschutzstandards handelt. Folgt man dieser Argumentation, sind schon im Grundsatz gar keine Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft tangiert.

Insofern die Emissionsbilanzierung jedenfalls nicht dem Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung zuzuordnen ist, dürfte der Gesetzgeber, selbst wenn man in der kommunalen Bilanzierung eine „Aufgabe mit relevantem örtlichem Charakter“ sehen wollte, diese Aufgabe jedenfalls „aus Gründen des Gemeininteresses“²⁷ am Klimaschutz und an einer Vereinheitlichung von Bilanzierungsstrategien zur Verbesserung des Klimaschutzmonitorings regulieren. In der Regel ist ein Eingreifen übergeordneter Ebenen „vor allem“ dann möglich, „wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre“²⁸. Hier ergibt sich die Problematik, dass bereits eine Bilanzierung auf Bundesebene erfolgt, die als ausreichend betrachtet werden könnte. Allerdings erweist sich die Bilanzierung auf Bundesebene gerade nicht als ausreichend, weil bereits jetzt absehbar ist, dass nationale Klimaschutzziele, die auch für die Länder verbindlich sind, voraussichtlich nicht erreicht werden²⁹ und die lokale Ebene im Kontext des Klimaschutzes im Multi-Level-Emissionsmonitoring unzureichend integriert ist. Zudem weist das Bundesverfassungsgericht dem Kriterium durch den Wortlaut „vor allem“ nur Indizwirkung zu, womit dem Gemeinwohlbelang des Klimaschutzes nach hier vertretener Ansicht Vorrang gegenüber dem Grundsatz der dezentralen Verwaltung³⁰ selbst bei Annahme einer Tangierung des Art 28 II GG einzuräumen ist. Im Ergebnis wird hier also davon ausgegangen, dass eine ordnungsrechtliche Regulierung einer Verpflichtung von Kommunen zur lokalen Treibhausgasbilanzierung mit dem in Art. 28 II GG niedergelegten kommunalen Selbstverwaltungsrecht vereinbar ist.

26 Diese Erwägungen finden sich ebenfalls bei *Rodi* (Fn. 15), 243.

27 So hat das Bundesverfassungsgericht im Fall *Rastede* z.B. eine Regulierung der Abfallwirtschaft durch übergeordnete Ebenen aus Gründen des Umweltschutzes als ausreichendes „Gemeininteresse von hoher Bedeutung“ qualifiziert, BVerfGE 79, 127 (153); a.A. wegen Bedenken, inwieweit das Erreichen von Klimaschutzzielen der Länder (und auch des Bundes) tatsächlich einen Einfluss auf die Verhinderung gefährlicher Klimaerwärmungsszenarien aus globaler Perspektive haben kann, sicher vertretbar.

28 BVerfGE 79, 127 (153).

29 Vgl. Fn. 1.

30 C. Bumke/A. Voßkuhle, *Casebook Verfassungsrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 441.

Eine ordnungsrechtliche Verpflichtung von Kommunen zur Treibhausgasemissionsbilanzierung kann also auf landesrechtlicher Ebene erfolgen. Zur Finanzierung ist dabei auf das Konnexitätsprinzip³¹ des Art. 104a GG zurückzugreifen, sodass die entsprechenden Mittel durch die Länder beitzustellen sind.

3. Überlegungen zur konkreten gesetzlichen Ausgestaltung

Zentral für das Erreichen übergeordneter Klimaschutzziele ist eine Vereinheitlichung von Messstandards für kommunale Treibhausgasbilanzierung. Eine erste deutschlandweite Initiative für die Entwicklung solcher Standards bieten die BIKSO-Standards des Instituts für Energie- und Umweltforschung Heidelberg³². Im Grundsatz unterschieden werden können ein quellenbasierter Bilanzierungsansatz und ein verbrauchsbasierter Bilanzierungsansatz. Während sich der quellenbasierte Ansatz dadurch auszeichnet, dass Emissionsquellen, die innerhalb des Territoriums liegen (*Zengerling* nennt etwa beispielhaft Quellen der lokalen Stromproduktion, Mobilität oder Industrie³³) auf Grundlage des *Primärenergieverbrauchs* ermittelt werden, zeichnet sich der verbrauchsbasierte Bilanzierungsansatz dadurch aus, dass der lokale *Endenergieverbrauch* ermittelt wird. Während das Umweltbundesamt für die Bundesebene zum Erreichen der Klimaschutzziele eine quellbasierte Bilanz führt, führen die Länder sowohl quell- als auch verbrauchsbasierte Bilanzen³⁴. Derzeitige kommunale Bilanzierungsstandards sind im Wesentlichen als verbrauchsbasierte Territorialbilanzierungen ausgestaltet. Sie erfassen dabei nicht nur die Treibhausgasemissionen, die durch die Kommunen selbst verursacht werden, sondern auch diejenigen von Industrie und Privathaushalten³⁵. Möchte man kommunale Emissionsdaten zu übergeordneten Bilanzierungen (insbesondere der Bundesbilanz) in Beziehung setzen, erweist sich dies folglich als problematisch. Es wäre aber nach Einschätzung der Mehrzahl der befragten Experten (Experte 1, 2 und 5) durchaus möglich: So wäre – wenn alle Kommunen in

31 Vgl. C. Brüning/A. Yasin, Gestaltungskompetenz der Länder zum Klimaschutz, NordÖR 2022, 53 (57).

32 H. Hertle/F. Dünnebeil/B. Gugel/E. Rechsteiner/C. Reinhard, BIKSO Bilanzierungs-Systematik Kommunal, 2019, abrufbar unter: <https://www.ifeu.de/publikation/bisko-bilanzierungs-systematik-kommunal/>.

33 Zengerling (Fn. 22), 244.

34 Zengerling (Fn. 22), 244.

35 H. Hertle et al. (Fn. 10), 9.

Deutschland bilanzieren würden – eine Aggregation von Kommunen-Daten nach gewissen Modifikationen möglich, die dann „im Idealfall die deutsche THG-Bilanzierung wieder abbilden“ würde (Experte 1). Bereits heute sei es nach Ansicht von Experte 2 theoretisch möglich, die Daten für bestimmte Sektoren „bis auf einige Randbereiche“ zu aggregieren. Allerdings schränkte Experte 1 diese Einschätzung insofern ein, als dass sich bereits derzeit Abweichungen für auf Landkreisebene erhobenen Bilanzierungen ergeben, wenn diese aggregierten Bilanzierungen, die auf Kommunenebene gewonnen wurden, gegenübergestellt wurden. Damit kann folglich allenfalls eine Annäherung aggregierter Bilanzierungen an Bilanzierungen übergeordneter Ebenen erfolgen, was auch durch Experte 5 bestätigt wurde.

Hier muss nach Einschätzung der Experten 2 und 5 eine einheitliche Treibhausgasbilanzierungsmethodik gefunden werden, um Bilanzierungen auf kommunaler Ebene mit Bilanzierungen übergeordneter Ebenen kompatibel zu machen. Die NGO „LocalZero“ macht etwa einen Vorschlag³⁶, die Bundesreduktionsziele im Wesentlichen quellbasiert auf die Kommunen herunterzuberechnen, wobei für den Sektor Energiewirtschaft zusätzlich eine Verbrauchsbilanz geführt wird. Dies wird jedoch nach Einschätzung von Experte 1 kritisch betrachtet: So mache es wenig Sinn, den Bundessektor der Energiewirtschaft auf die lokale Ebene herunterzuberechnen, weil dieser Sektor am besten im Kontext des Quellenprinzips von Bundeshand gesteuert werden könne. Weiter sei es nach Ansicht von Experte 1 schwierig, den jeweiligen spezifischen Herausforderungen (z.B. Kommunen mit energieintensiven Betrieben wie z.B. einem Stahlwerk) von Kommunen bei einem reinen Herunterbrechen von übergeordneten Sektorzielen gerecht zu werden. Insgesamt verwies Experte 5 auf die Möglichkeit einer „Einflussbilanz“, also die Art der Bilanzierung danach zu beurteilen, wo Einflussmöglichkeiten zur Reduktion bestehen.

Zur Lösung des Kompatibilitätsproblems von kommunaler und übergeordneter Bilanzierungsmethodik wurde von Experte 1 vorgeschlagen, dass der Bund „im Grunde seine Klimaschutzziele auf die Länder aufteilen“ müsse, welche wiederum den „Landkreise[n]/Kommunen Ziele im Rahmen ihrer Bilanzierungsmethodik vorgeben“ könnten. So könnten die Länder, die ohnehin zumeist quell- und verbrauchs basiert bilanzieren, den nötigen *missing link* zur Integration verbrauchsbasierter kommunaler Klimaschutzbilanzierung in das Multi-Level-Governancesystem herstellen.

36 LocalZero, 2022, abrufbar unter: <https://localzero-generator.readthedocs.io/de/latest>.

Alternativ käme aus Sicht von Experte 1 in Betracht, Komponenten des verbrauchsbasierten Ansatzes weiter mit Komponenten des quellbasier-ten Ansatzes zu kombinieren (Integration von nicht-energetischen THG-Emissionen aus der Landwirtschaft und Abfallwirtschaft in kommunale Bilanzen), um z.B. eine bessere Vergleichbarkeit mit den (aggregierten) Sektorzielen auf Bundesebene zu erreichen³⁷. Diesbezüglich wurde seitens Experte 2 angemerkt, dass es ausreichend sei, die kommunale Bilanzierung insoweit auf Sektoren zu beschränken, für die im Anschluss auch „kommunenspezifische“ Maßnahmen abgeleitet werden können. Da oben vertreten wurde, dass die kommunale Bilanzierung keine Substitution der Bilanzierung durch das Umweltbundesamt darstellt (die aus rechtsdogmatischer Sicht wohl ohnehin als unzulässig zu betrachten wäre), sondern lediglich eine Ergänzung, kann aus der bundesgesetzlichen Entscheidung für einen (quellbasierten) Sektoransatz insgesamt keine Verpflichtung zur Übernahme dieses Sektoransatzes für ergänzende Bilanzierungen von Kommunen gefolgert werden. Dementsprechend ist eine Kombination von quell- und verbrauchsbasiertem Ansatz möglich. Allerdings zeigte sich Experte 3 besorgt, inwieweit es gelingen könne, für die Einzelkommunen eine *gerechte* Bilanzierung zu erstellen, insbesondere wenn es um die Frage geht, ob die Emission quellenbasiert einer Kommune zugerechnet werden soll, oder verbrauchsbedingt der anderen. Der Idee³⁸, dass Kommunen insgesamt eine quellen- und zusätzlich auch eine verbrauchsorientierte Bilanz erstellen könnten, da sich je nach Erhebungsmethode erhebliche Unterschiede für einzelne Kommunen (insbesondere für solche mit erheblichen Emissionsquellen) ergeben können³⁹, wurde sowohl von Experte 1 ebenso wie von Experte 5 nicht gefolgt. Die Idee wäre wohl auch aus finanzpolitischer Sicht nur schwierig umzusetzen. So wies Experte 1 auf eine mögliche Überforderung der Kommunen hin (auch Experte 3 zeigte sich diesbezüglich besorgt).

Im Kontext einer möglichen Neuentwicklung eines Instruments hielten sowohl Experte 1 als auch die Experten 2 und 5 es nicht für sinnvoll, auch ein Erhebungsinstrument für „graue Energie“⁴⁰, also Emissionen, die durch Produktkonsum (etwa durch Einfuhr von Gütern aus dem Ausland) entstehen, in die Bilanzierung einzubeziehen. Hierfür wird z.B. auch nicht

37 So wohl auch Gugel et al. (Fn. 9), 20.

38 Zengerling (Fn. 22), 245.

39 Zengerling (Fn. 22), 244.

40 Gugel et al. (Fn. 9), 19.

auf den übergeordneten Ebenen bilanziert. Experte 5 wies allerdings darauf hin, dass für alle relevanten Arten von Treibhausgasen umfassend bilanziert werden sollte. So sollten jedenfalls alle im Bundesklimaschutzgesetz genannten Treibhausgase auch auf kommunaler Ebene erfasst werden.

Zengerling⁴¹ geht davon aus, dass auf Basis derzeitig verfügbarer Bilanzierungsstandards „Effekte kleinteiliger städtischer Maßnahmen“ schlecht abbildbar seien. Für größere Städte rät sie daher eine „maßnahmenscharfe“⁴² Bilanzierung an, die den Erfolg kommunaler Klimaschutzmaßnahmen evaluiert. Im Kontext einer „maßnahmenscharfen“ Bilanzierung stellte sich jedoch – sofern man das kommunale Selbstverwaltungsrecht als durch eine Verpflichtung zur Bilanzierung tangiert betrachten wollte – wieder die Frage der Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG. Die Frage kann hier dahinstehen. Schließlich trüge eine solche maßnahmenscharfe Bilanzierungsstrategie wenig zum Ziel der Datenvergleichbarkeit bei und würde im Kontext einer ordnungsrechtlichen Verpflichtung mangels Standardisierungsmöglichkeit nur schwer bezifferbare Kosten verursachen.

Um kleine Kommunen nicht übermäßig zu belasten, könnte es sinnvoll sein, die Verpflichtung zur Bilanzierung auf Kommunen ab einer Einwohnerzahl von 5.000 Einwohner*innen zu begrenzen, was einem Bevölkerungsanteil von 86%⁴³ entsprechen würde. Andererseits wurde von den Experten 2 und 5 vertreten, dass durchaus auch eine Verpflichtung aller Kommunen anvisiert werden könnte, weil z.B. auch kleine Kommunen durch spezifische Charakteristika (z.B. Flächennutzung) hohe Relevanz für Treibhausgasreduktion hätten. Alternativ käme für kleinere Kommunen eine Bilanzierung auf Landkreisebene in Betracht.

Um ein besseres Monitoring im Hinblick auf Landesklimaschutzziele bzw. die für die Länder verbindlichen Bundesklimaschutzziele zu erreichen, erscheint es zudem erforderlich, im Design der gesetzlichen Regelung jährliche Berichtspflichten der Kommunen zu definieren, die gegenüber dem jeweiligen Land zu erfüllen sind. Die aggregierten Kommunendaten könnten dann auch unter Nennung des Kommunennamens auf den Sei-

41 Zengerling (Fn. 22), 244.

42 Zengerling (Fn. 22), 245.

43 Eigene Berechnung, basierend auf *Statistisches Bundesamt*, Gemeinden nach Bundesländern und Einwohnergrößenklassen, 2020, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Laender-Regionen/Regionales/Gemeindeverzeichnis/Administrativ/08-gemeinden-einwohner-groessen.html>.

ten der statistischen Landesämter veröffentlicht werden, wobei sich allerdings – wie in der Befragung von Experte 4 deutlich wurde – Konflikte im Kontext von Geheimhaltung (insbesondere von Unternehmensdaten) ergeben können⁴⁴. Durch eine Aufnahme der Daten in eine zentrale Landesdatenbank kann (so Experte 2) jedenfalls überprüft werden, ob Angaben vergleichbarer Kommunen realistisch sind. Die Länder sollten zudem regeln, dass die Kommunen die für ihr Territorium relevanten aggregierten Daten unter dem entsprechenden Kommunennamen als *Open Data* zugänglich machen müssen⁴⁵, beziehungsweise darauf hinarbeiten, dass Kommunen diese freiwillig veröffentlichen⁴⁶. Dies ermöglichte eine direkte Vergleichbarkeit von Kommunen für ihre Bürger*innen und kann kommunenintern Prozesse in Gang setzen, um besseren Klimaschutz zu erzielen. Für eine weitergehende Zusammenarbeit und Aggregation der Daten auf Bundesebene sollte eine freiwillige Arbeitsgemeinschaft eingerichtet werden. Hier kommt etwa die bereits bestehende Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft „Klima-Energie-Mobilität-Nachhaltigkeit“ in Betracht⁴⁷. Dies könnte dem bislang fehlenden „Abstimmungsmechanismus“⁴⁸ zwischen Bund und Ländern entgegenwirken.

Um mit der Bilanz für Kommunen spezifisch relevante Handlungsfelder identifizieren zu können, ist es nach Einschätzung von Experte 1 relevant, eine detaillierte Bilanz zu erstellen, also keine bundesweiten Kennzahlen als Datenstellvertreter zu verwenden, sondern Daten kommunenspezifisch z.B. von lokalen Energieversorgern und Schornsteinfegern zu erheben. Datenverfügbarkeit auf lokaler Ebene stellt derzeit aus Sicht dieses Experten noch ein erhebliches Problem dar. Hier müssen flankierende (eventuell auch gesetzgeberische) Maßnahmen ergriffen werden. Allerdings wurde seitens Experte 3 kritisch angemerkt, dass eigene Erhebungen einen erheblichen Aufwand machten. Es erscheint daher notwendig, genauer zu definieren, für welche Daten sich bei einer lokalen Erhebung ein sinnvoller Mehrwert ergeben kann. So schlug Experte 5 etwa vor, sich hier auf Daten zu be-

44 Vgl. F. Knoll, § 20 Daten und Datenzugang im Lichte des Klimaschutzes, in: M. Rodi (Hrsg.), Handbuch Klimaschutzrecht, 2022, S. 387 (393, Rn. 22).

45 Hier wäre eingehender zu untersuchen, inwieweit Art. 28 GG dem entgegenstehen könnte, was aus Platzgründen unterbleiben muss.

46 Bislang existieren für Kommunen keine solchen proaktiven Offenlegungspflichten, vgl. C. Hoffmann/S. E. Schulz: Open Data für Kommunen, KommJur 2014, 126 (126 ff.). In diesem Kontext stellt sich dieselbe Frage wie bereits in der vorigen Fn.

47 Köck/Kohlrausch (Fn. 5), 616.

48 Köck/Kohlrausch (Fn. 5), 616.

schränken, auf die vor Ort in hohem Maß Einfluss genommen werden kann (z.B. Abfallaufkommen, Flächennutzung, Viehbestände). Vorschriften zur standardisierten Erhebung könnten hier zudem nach Ansicht des Experten 5 helfen, eine Überforderung von Kommunen zu vermeiden.

Insgesamt wurde seitens der Experten 1, 2 und 5 kritisch angemerkt, dass eine reine Bilanzierungsverpflichtung nicht mit erfolgreichem Klimaschutz gleichzusetzen sei. Aus Sicht der Experten 1 und 2 sei eine Bilanzierung nur im Kontext weiterer kommunaler Verpflichtungen sinnvoll. So kann eine Bilanzierungsverpflichtung als Ausgang für weitere ordnungsrechtliche Regulierung (Verpflichtung von Kommunen zur Erstellung von Klimaschutzplänen auf Basis der Bilanzierungsergebnisse, Definition spezifischer Treibhausgasreduktionsziele) dienen. Experte 5 schlug zudem vor, auf Basis der Bilanzierungen standardisierte Monitoring-Prozessoptimierungsstrategien für kommunalen Klimaschutz zu definieren. Solche standardisierten Klimaschutzmonitoring-Optimierungsstrategien könnten Eingang in eine gesetzliche Regulierung finden.

Im Hinblick auf einen erheblichen Kostenaufwand für die kommunale Emissionsbilanzierung muss zur Wahrung des Konnexitätsprinzips sichergestellt werden, dass durch die Länder ausreichend Fördermittel für die Erstellung der Bilanzierungen bereitstehen. Entsprechend dem bereits durch Kommunen auf freiwilliger Basis einsetzbaren Klimaschutzmanager, der über Fördermittel finanziert wird, kann für das Design einer erweiterten ordnungsrechtlichen Regulierung (Bilanzierungsverpflichtung flankiert von weiteren Verpflichtungen) über einen verpflichtenden Einsatz eines Klimaschutzmanagers nachgedacht werden. Hier könnte jedoch die durch das kommunale Selbstverwaltungsrecht garantierte kommunale Organisationshoheit betroffen sein. Entsprechend der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts im Falle der Verpflichtung zur Beschäftigung von Gleichstellungsbeauftragten ließe sich hier aber argumentieren, dass den Gemeinden auch bei einer Verpflichtung zur Einsetzung eines Klimaschutzbeauftragten genügend „organisatorische Befugnisse für eine selbst gestaltete Aufgabenwahrnehmung“⁴⁹ im Bereich Klimaschutz und Emissionsreduzierung verbleiben, sodass die Grenze, die durch den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie gesetzt ist⁵⁰, nicht überschritten wäre. Schließlich kann auch in diesem Kontext das Gemeinwohlinteresse an der Reduzierung von Treibhausgasemissionen angeführt werden.

49 BVerfGE 91, 228 (238).

50 *Bumke/Voßkuhle* (Fn. 30), S. 448.

In einem letzten Schritt ist zu untersuchen, inwieweit Sanktionsmöglichkeiten definiert werden sollten, wenn Kommunen ihrer Bilanzierungsverpflichtung nicht nachkommen. So berichtete etwa Experte 2, dass Kommunen bereits jetzt bestehenden Berichtspflichten im Klimaschutzkontext nicht nachgekommen seien. Eine monetäre Sanktionierung erscheint wenig sinnvoll, da sich dies negativ auf das Ergreifen von Klimaschutzmaßnahmen auswirken könnte, insofern viele Kommunen bereits jetzt unterfinanziert sind⁵¹. Auch eine Sanktionierung im Kontext der Ausgabe von Brennstoffemissionshandelszertifikaten⁵² kommt nicht in Betracht, da Kommunen, die hier z.B. über Stadtwerke Anteile halten, gegenüber Unternehmen unzulässig ungleich behandelt würden.

Allerdings berichtete Experte 2, dass der Verstoß gegen Berichtspflichten aus seiner Sicht zumeist daran gelegen habe, dass viele Kommunen „personal- oder tool-mäßig“ nicht in der Lage gewesen seien, die Berichtspflicht zu erfüllen, es also an den entsprechenden Kompetenzen und Ressourcen gefehlt habe. Insofern sollten die Länder insgesamt auf eine Befähigung der Kommunen, ihren Bilanzierungsverpflichtungen nachzukommen (z.B. durch entsprechende Trainings) hinarbeiten.

Kommunen, die ihrer Bilanzierungsverpflichtung dennoch nicht nachkommen, könnte eine weitere Verpflichtung zur Erstellung eines Aktionsplans, wie sie ihre Pflicht binnen sechs Monaten erfüllen wollen, auferlegt werden. Hier könnte auch vorgesehen werden, dass die Kommunen diesen Aktionsplan zusammen mit Zentralstellen entwickeln müssen.

D. Conclusio, Limitationen und Ausblick

Eine ordnungsrechtliche Verpflichtung zur kommunalen Klimaschutzmessung kann helfen, Klimaschutzaktivitäten im Multi-Level-Governance-System zu integrieren und einen Beitrag dazu leisten, die auf Landes- und Bundesebene gesetzten Klimaschutzziele zu erreichen. Sie ist nach hier vertratener Auffassung auch rechtlich zulässig. Allerdings wurde durch den Beitrag deutlich, dass die grundgesetzlich vorgeschriebene Zuständigkeits-

51 Statistisches Bundesamt, Kommunen schließen das 1. Halbjahr 2021 mit Finanzierungsdefizit von 5,7 Milliarden Euro ab, 2021, abrufbar unter: https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/10/PD21_467_71137.html.

52 Vgl. zu dieser Idee Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Kurzinformation Sanktionsmöglichkeiten bei Klimaschutzabkommen, 2018, I (1).

verteilung zwischen Bund, Ländern und Kommunen eine „Copy-Paste“-Gesetzgebung auf Landesebene erforderlich machen würde, die aus dogmatischer Sicht durchaus angreifbar ist. Es stellt sich daher insgesamt die Frage, inwieweit die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes im Kontext von Multi-Level-Governance-Problemen wie dem Klimaschutz noch zeitgemäß ist. Hilfreich wäre in diesem Kontext auch, wenn der Bund seine Bilanzierungsstrategie insgesamt überdächte (z.B. Hinwendung zur Aggregation von Daten von untergeordneten Verwaltungsebenen, Abkehr von der Sektorenbilanzierung durch das Umweltbundesamt; Entwicklung von Vorgaben, wie Daten untergeordneter Ebenen mit der Bundesbilanzierung kompatibel gemacht werden können), was sich auch im Bundesklimaschutzgesetz niederschlagen könnte. Weiter stellt sich auch die Frage, inwieweit die Länder politisch bereit sein werden, die Ausgaben für eine verpflichtende kommunale Bilanzierung allein ohne Beteiligung des Bundes zu tragen, wenn inhaltlich jedenfalls auch ein Beitrag dazu geleistet werden soll, die Bundesklimaschutzziele zu erreichen. Derzeit ist eine finanzielle Beteiligung des Bundes nicht möglich, da das Grundgesetz im Rahmen der gegenwärtigen Finanzverfassung hierzu weder in den Art. 91a ff. GG noch in den Art. 104b ff. GG eine Möglichkeit eröffnet⁵³. Entsprechend wäre zu überlegen, den Art. 91a I GG um eine Nummer 3 „Verbesserung des Klimaschutzes“ zu erweitern. Auch ist fraglich, inwieweit die Länder den politi-

53 *Bundesministerium der Finanzen*, Bund-Länder-Finanzbeziehungen auf der Grundlage der Finanzverfassung, 2021, abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Broschueren_Bestellservice/bund-laender-finanbeziehungen-2021.html, 10 ff.

Nachgedacht werden könnte zwar über ein Geldleistungsgesetz i.S. des Art 104a III oder IV auf Basis des Kompetenztitels der Luftreinhaltung, wonach der Bund den Kommunen direkt (III) oder den Ländern zur Förderung von kommunalen Emissionsbilanzierungen (IV) Mittel zukommen lassen könnte. Zweifelhaft wäre jedoch, ob es sich bei Kommunen wegen ihrer Staatszugehörigkeit um Anspruchsberechtigte im Sinne des III bzw. Dritte im Sinne des IV handeln kann (abgelehnt etwa von W. Heun, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 26, prototypisch gemeint dürften vom Gesetz jedenfalls Leistungen an Bürger*innen sein). Auch käme Art. 104b I S. 2 in Betracht, wonach der Bund „in außergewöhnlichen Notsituationen“ Finanzhilfen gewähren darf. So wurde etwa die Finanzkrise 2008 als solche Notsituation eingeordnet (vgl. W. Hein/A. Thiele, in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 104b Rn. 26). In der „Klimakrise“ gleichfalls eine solche außergewöhnliche Notsituation zu sehen, wäre zum derzeitigen Zeitpunkt aber wohl eher schwer vertretbar. Wegen erheblicher rechtlicher Unsicherheiten solcher hier nur kurz angerissenen möglichen Argumentationen wird hier im Ergebnis davon ausgegangen, dass dem Bund keine Möglichkeiten zur Co-Finanzierung offenstehen.

schen Willen zu einer Vereinheitlichung der Bilanzierung aufbringen würden oder dies an Alleingängen scheitern könnte. Zudem ist festzustellen, dass eine Vereinheitlichung von Bilanzierungsstandards sorgfältig durch wissenschaftliche *Think Tanks* begleitet werden muss, da sich hier *Lock-In*-Effekte ergeben und schwierig von einem einmal festgelegten Bilanzierungssystem abgewichen werden kann. Eine wesentliche Voraussetzung für eine bessere Integration von kommunalem Klimaschutz in das Multi-Level-Governance-System wird zudem sein, dass auch die Klimaschutzgesetzgebung der Länder besser in den nationalen Klimaschutz integriert wird. So besteht derzeit (noch) keine Konformität von Bundes- und Landesgesetzgebung⁵⁴. Auch auf eine sorgfältige Flankierung einer ordnungsrechtlichen Verpflichtung von Kommunen zur Bilanzierung mit den dies ermöglichenden Anpassungen im Daten(schutz)recht und in den entsprechenden Statistikgesetzen wird zu achten sein, wobei hier eine vertretbare Interessenabwägung erfolgen muss. Im Beitrag wurde zudem deutlich, dass eine Bilanzierungsverpflichtung nach Experteneinschätzung um weitere ordnungsrechtliche Verpflichtungen von Kommunen, z.B. zur Erstellung eines Klimaschutzplanes oder der Definition von konkreten Reduktionszielen, ergänzt werden sollte. Die rechtliche Möglichkeit zu erweiterten Verpflichtungen von Kommunen ist noch eingehender zu untersuchen. Als Ausblick für weitere Governance-Forschung wäre auch eine Studie im Hinblick auf die Rolle von kommunaler Klimaschutzbilanzierung im noch weiter aufgespannten Multi-Level-Governance-System (europarechtliche Ebene, globale Ebene) wünschenswert. Aus sozialwissenschaftlicher Sicht wäre zudem interessant zu untersuchen, welchen Beitrag kommunale Bilanzierungsdaten im Kontext der Treibhausgasreduzierung Dritter (Unternehmen/Bürger*innen) leisten können, bzw. inwieweit die Verpflichtung von Kommunen zur Bilanzierung als Vorbild für eine intensivere Beschäftigung von Dritten wie Unternehmen und Bürger*innen mit Klimaschutzthemen einhergehen kann. Eine solche Analyse könnte sich auch in eine breitere Untersuchung einfügen, ob oder inwieweit eine gesetzlich behauptete „Vorbildfunktion der öffentlichen Verwaltung“ (z.B. Abschnitt 5 Bundesklimaschutzgesetz, § 7 Klimaschutzgesetz BW) beobachtbar ist.

54 Köck/Kohlrausch (Fn. 5), 617.

Autor*innenverzeichnis

Dr. Svenja Behrendt ist Postdoktorandin in der Exzellenzinitiative „Human | Data | Society: Der Mensch in der Datengesellschaft“ an der Universität Konstanz. Sie arbeitet an ihrer öffentlich-rechtlichen Habilitationsschrift.

Antonia Boehl ist Doktorandin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verfassungsrecht, und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Christoph Möllers, LL.M.) an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Jakob Feldkamp ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. Frauke Rostalski an der Universität zu Köln. Dort arbeitet er in einem Projekt zur Zertifizierung von Künstlicher Intelligenz.

Charlotte Heppner, LL.B. (Köln / Paris I), Maîtrise en droit, ist Doktorandin an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Josina Johannsen, LL.B. ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr bei Prof. Dr. Margarete Schuler-Harms.

Judith Kärn ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Interdisziplinären Forschungszentrum für den Ostseeraum der Universität Greifswald. Ihre Dissertation verfasst sie zur Rolle von Rechtsdiskursen im politischen Prozess.

Dr. Michael von Landenberg-Roberg, LL.M. (Cambridge) ist wissenschaftlicher Assistent und Habilitand am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht (Prof. Dr. Martin Eifert LL.M.), an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Er arbeitet an seiner Habilitationsschrift zum Klimarecht als Transformationsrecht.

Emanuele Leonetti ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei dem Verband Deutscher Verkehrsunternehmen e.V. (VDV). Dort hat er in verschiedenen Projekten an regulatorischen Fragestellungen zum Autonomes Fahren im ÖPNV gearbeitet und promoviert hierzu am Lehrstuhl für Öffentliches

Recht, insb. Verwaltungsrecht (Prof. Dr. Thomas Mann) an der Georg-August-Universität Göttingen.

Julian Senders ist Referendar beim Kammergericht und war wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Stiftung Umweltenergierecht in Würzburg mit Schwerpunkt im Bereich der Energieinfrastrukturen.

Tim Schilderoth ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Öffentliches Recht und Wirtschaftsvölkerrecht von Prof. Dr. Isabel Feichtner LL.M. an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

Prof. Dr. Sabine Schlacke ist Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungs- und Umweltrecht und Direktorin des Instituts für Umwelt-, Energie- und Seerecht (IfEUS) der Universität Greifswald.

Katja Schubel ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Professur für Öffentliches Recht und Wirtschaftsvölkerrecht von Prof. Dr. Isabel Feichtner LL.M. an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

Prof. Dr. Dana-Sophia Valentiner ist Juniorprofessorin für Öffentliches Recht an der Universität Rostock. Sie arbeitet an ihrer Habilitationsschrift zum Recht der Verkehrswende.

Sven Kühn geb. Wähner, LL.B. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl Öffentliches Recht III – Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley) an der Bucerius Law School Hamburg.