

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

Behörde für Umwelt, Klima, Energie
und Agrarwirtschaft
Amt für Energie und Klima
Abteilung für Energie -E1-
Neuenfelder Straße 19
22222 Hamburg

Michael Günther *
Hans-Gerd Heidel * (bis 30.06.2020)
Dr. Ulrich Wollenteit *¹
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *¹
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
Dr. Davina Bruhn *
André Horenburg
John Peters

¹ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

14.02.2022
00498/21 /L /vg
Mitarbeiterin: Birgit Westphal
Durchwahl: 040-278494-21
Email: westphal@rae-guenther.de

- Gutachterliche Stellungnahme -

Ausnahmen vom Stromdirektheizungsverbot nach
§ 11 Abs. 3 HmbKliSchG

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

Inhaltsverzeichnis

A. AUFTRAGSGEGENSTAND	3
B. ANWENDUNGSBEREICH DES VERBOTS NACH § 11	9
I. PERSÖNLICHER ANWENDUNGSBEREICH	9
II. TATBESTAND.....	9
1. Begriff der Stromdirektheizung	9
a) Wortlaut	9
b) Sinn und Zweck	19
2. Tatbestand des Abs. 2.....	21
III. ZEITLICHER ANWENDUNGSBEREICH.....	25
C. AUSLEGUNG DER EINZELNEN TATBESTANDSMERKMALE DES § 11 ABS. 3	26
I. AUSLEGUNGSMETHODE	26
1. Grundsätze der Auslegung	26
2. Vergleich mit Normen innerhalb des HmbKliSchG	29
3. Vergleich mit Normen außerhalb des HmbKliSchG.....	31
II. TECHNISCHE UNMÖGLICHKEIT (ABS. 3 ALT. 1).....	38
1. Begriff.....	38
2. Technische Unmöglichkeit in den Fällen des Abs. 1	39
3. Technische Unmöglichkeit in den Fällen des Abs. 2	41
III. UNZUMUTBARE HÄRTE IM EINZELFALL (ABS. 3 ALT. 2)	41
1. Unzumutbare Härte.....	41
a) wegen unangemessenem Aufwands	43
b) in sonstiger Weise	47
(aa) HmbDSchG	48
(bb) WEG, Arbeitsschutz, Hygienevorschriften.....	51
2. Fallgruppen	52
a) Fallbeispiele unzumutbarer Härte in den Fällen des Abs. 2 (Bestand).....	53
(aa) Personenbezogene Härtefälle.....	53
(bb) Objekt- und anlagenbezogene Härtefälle.....	55
(cc) Kombinationen (kumulative Belastung).....	58
b) Fallbeispiele unzumutbarer Härte in den Fällen des Abs. 1 (regelmäßig Neubau).....	58
(aa) Personenbezogene Härtefälle.....	59
(bb) Objekt- und anlagenbezogene Härtefälle.....	59
(cc) Kumulative Belastung in den Fällen des § 11 Abs. 1	61
IV. DARLEGUNGSLAST	61
D. ERGEBNIS UND ZUSAMMENFASSUNG	62

A. Auftragsgegenstand

Gegenstand dieser gutachterlichen Stellungnahme ist die juristische Auslegung der technisch sehr komplexen Regelung des § 11 aus dem Hamburgischen Klimaschutzgesetz (HmbKliSchG¹). Hierbei handelt sich um ein generelles Verbot von Stromdirektheizungen.

Nach § 11 Abs. 1 ist der Neuanschluss fest installierter Stromdirektheizungen zur Erzeugung von Raumwärme mit mehr als zwei Kilowatt Leistung für jede Wohnungs-, Betriebs- oder sonstige Nutzungseinheit in Hamburg unzulässig. Nach § 11 Abs. 2 gilt dieses Verbot zudem auch für den Austausch und Ersatz von Stromdirektheizungen nach dem 31. Dezember 2025. Das Zentrum dieses Gutachtens bildet die Härtefallklausel in § 11 Abs. 3. Diese regelt die Voraussetzungen dafür, ausnahmsweise nicht nach § 11 Abs. 1 und 2 verpflichtet zu sein.

§ 11 lautet wie folgt:

§ 11

Beschränkungen für den Neuanschluss und Ersatz elektrischer Heizungen

(1) Der Neuanschluss fest installierter Stromdirektheizungen zur Erzeugung von Raumwärme mit mehr als zwei Kilowatt Leistung für jede Wohnungs-, Betriebs- oder sonstige Nutzungseinheit ist unzulässig.

(2) Das Verbot nach Absatz 1 gilt auch für den Austausch und Ersatz von Stromdirektheizungen nach dem 31. Dezember 2025.

(3) Das Verbot nach den Absätzen 1 und 2 gilt nicht, wenn der Verzicht auf den Neuanschluss oder der Austausch und Ersatz von fest installierten Stromdirektheizungen im Einzelfall technisch unmöglich ist oder soweit er im Einzelfall wegen besonderer Umstände durch einen unangemessenen Aufwand oder in sonstiger Weise zu einer unzumutbaren Härte führen würde.

¹ Alle im Folgenden nicht anders bezeichneten §§ sind solche des HmbKliSchG.

Insbesondere auf die Ausnahmenorm des § 11 Abs. 3 und die darin genutzten beiden unbestimmten Rechtsbegriffe („technische Unmöglichkeit“ und „unzumutbare Härte“) sowie die weiteren Randbedingungen und etwaigen Hinderungsgründe bezieht sich dementsprechend unsere gutachterliche Stellungnahme. Dies ist auftragsgemäß der Schwerpunkt der Untersuchung (im Folgenden unter C.). Hierbei werden die überwiegend unbestimmten, also auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe, sowie deren Inhalte mittels der herkömmlichen Auslegungsregeln (Wortlaut, Telos, Historie und Systematik des Gesetzes) bestimmt.

Vor dem Hintergrund, dass zur ursprünglichen Fassung des § 11 (§ 3 HmbKliSchG a. F. (1997)) keine erwähnenswerte Verwaltungspraxis dokumentiert ist und dass dieser – soweit ersichtlich – auch nicht entscheidungserheblicher Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen war, ist eine umfassende Einordnung auch der Absätze 1 und 2 indes zur Umgrenzung des Abs. 3 erforderlich und wird daher im Folgenden (unter B.) vorangestellt. Darüber hinaus ist es unseres Erachtens geboten, den klima- und energiepolitischen Hintergrund einer inhaltlichen Auslegung voranzustellen, da dieser – wie zu zeigen sein wird – nicht unerheblichen Einfluss auf die Umsetzung und Auslegung des § 11 hat:

Exkurs: Energiepolitischer Hintergrund der Regelung

Stromdirektheizsysteme haben gemein, dass der Wirkungsgrad der gesamten Systemkette sehr niedrig ist. Die Umwandlung elektrischer Energie in thermische Energie erfolgt in einer Elektroheizung zwar mit nahezu 100 % Wirkungsgrad, jedoch ist die Stromerzeugung (außer bei Photovoltaik und Wind) mit großen Energieverlusten verbunden, da typische Kondensationskraftwerke die im Prozess anfallende Wärme nicht nutzen können. Die Stromerzeugung in Braunkohlekraftwerken erfolgt bei typischen Kraftwerkswirkungsgraden der Bruttostromerzeugung um 38 %, bei modernen Gas-und-Dampf-Kombi-Kraftwerken (GuD) bis zu 58 %.

Stromerzeugung mit Photovoltaik (PV) und Wind kann für den Vergleich mit 100 % Kraftwerkswirkungsgrad angesetzt werden, da kein Aufwand für die Einsatzenergie erfolgt. Bei diesen fallen auch keine Schadstoffe an, sodass für die anzustellende Betrachtung der Maschinennutzungsgrad deswegen nicht relevant ist. Die Netzverluste im Über-

tragungs- und Verteilnetz belaufen sich derzeit um die 8,5 %, bezogen auf die Bruttostromerzeugung.

Unter der vereinfachenden Annahme, dass die Stromdirektheizung die Einsatzenergie von Strom zu 100 % in nutzbare Wärme umwandelt, ergeben sich für verschiedene Systeme die folgenden Systemwirkungsgrade (ohne KWK-Anlagen und Pumpspeicherwerke):

Einsatzenergie	Kraftwerkssystem	η_{brutto}	Netzverlust	η_{System}
Erdgas	Gasturbine	38%	8,5%	34,8%
Erdgas	Gas- & Dampfturbine	58%	8,5%	53,1%
Erdgas	Motor, zentral	48%	8,5%	43,9%
Braunkohle	Kraftwerk	43%	8,5%	39,3%
Steinkohle	Kraftwerk	45%	8,5%	41,2%
Wind	Windrad	100%	8,5%	91,5%
PV	Photovoltaik	100%	8,5%	91,5%
Biogas	Biogasmotor, dezentral	38%	8,5%	34,8%

Quellen:

Daten für 2020, Quellen Destatis; BMWi; BDEW; ZSW; Statistik der Kohlenwirtschaft e.V.; AG Energiebilanzen, zitiert nach BDEW 22.03.2021; DEBRIV Deutscher Braunkohlen-Industrie-Verein e.V., <https://braunkohle.de/glossareintrag/wirkungsgrad/>, abgerufen am 06.01.2022; Bayerisches Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten, Abschlussbericht "Verlauf des elektrischen Wirkungsgrades Biogas betriebener BHKW über die Betriebsdauer", ergänzt um eigene Recherchen bei Betreibern.

In dieser Übersicht sind Wärmepumpen (Erdwärmepumpen, Luftwärmepumpen) explizit nicht enthalten, deren Wirkungsgrade wurden bereits anderweitig untersucht.² Wärmepumpen arbeiten am effizientesten, wenn sie das Temperaturniveau der aus der Umwelt aufgenommenen Wärme nur um wenige Grad anheben müssen. Daher ist neben der Temperatur der Wärmequelle vor allem auch die Vorlauftemperatur im Wärmesystem entscheidend für die Wärmepumpen-Effizienz. Auf die sich in diesem Zusammenhang

² vgl. dazu im Einzelnen z.B.: Wärmepumpen in Bestandsgebäuden: Ergebnisse aus dem Forschungsprojekt »WPsmart im Bestand« (Abschlussbericht), Fraunhofer ISE, Freiburg 2020; hierin wird das Ergebnis erzielt, dass die Jahresarbeitszahl (JAZ) von Luftwärmepumpen im Bestand bei ~ 3,1, bei Erdwärmepumpen bei ~4,1 liegt.

stellenden Fragestellungen kann indes im Rahmen dieser Untersuchung nicht näher eingegangen werden.³

Aus der vorstehenden Übersicht ist jedenfalls ersichtlich, dass nur die Werte für PV- und Windstrom im Systemwirkungsgrad mit modernen Heizkesseln – auch unter Berücksichtigung des Transportweges für den Brennstoff – mithalten können, wenn man bei diesen von einem Wirkungsgrad in Höhe von mind. 90 % ausgeht. Im Ergebnis bedeutet dies, dass Stromdirektheizungen meist hochwertige elektrische Energie in einem irreversiblen Prozess in nur noch für Heizzwecke nutzbare Niedertemperaturwärme umwandeln. Zudem beziehen Stromdirektheizungen ihren Strom noch auf längere Sicht faktisch häufig aus Kohle- und Gaskraftwerken, da diese als Residualkraftwerke in den kalten Zeiten des Jahres (und nachts) zuliefern müssen. Photovoltaik produziert hingegen am meisten Strom zu Zeiten mit dem geringsten Heizwärmebedarf. Windenergie ist in Mitteleuropa zwar besser geeignet, aber kann nicht gezielt entsprechend dem Wärmebedarf abgerufen werden. Überdies müsste hier dann auch noch der Wirkungsgrad der dann erforderlichen Speichersysteme noch berücksichtigt werden, um einen „ehrlichen“ Vergleich zu haben. Auch Atomkraftwerke als typische Grundlastkraftwerke sind nicht für den gezielten Einsatz geeignet, da sie systembedingt ganzjährig mit hoher Auslastung betrieben werden und überdies ab 2023 in Deutschland gänzlich abgeschaltet sein werden.

Eine umweltfreundliche und praktikable Methode der Stromerzeugung für Stromheizungen gäbe es also nur, wenn große saisonale Speicher für den langfristigen Ausgleich von Erzeugung und Bedarf zur Verfügung stünden und diese nicht anderweitig benötigt würden.

Noch komplexer wird das Bild, wenn der Strom aus Kraftwerken kommt, die als KWK-Anlagen die anfallende Wärme nutzen. In diesen Fällen kann vereinfachend anstelle des nur auf die Stromerzeugung bezogenen Bruttowirkungsgrades der Gesamtwirkungsgrad in Ansatz gebracht und die vorstehende Übersicht (in der Kohlekraftwerke nicht mehr aufgeführt sind, da der Kohleausstieg beschlossen ist) wie folgt ergänzt werden:

³ vgl. dazu z.B. Holger Born, Rolf Bracke, Timm Eicker, Michael Rath, Fraunhofer IEG, Erdwärmepumpen für die Energiewende – Potenziale, Hemmnisse und Handlungsempfehlungen (2022), <https://doi.org/10.24406/publica-70>

Einsatzenergie	Kraftwerkssystem	$\eta_{\text{Gesamt, brutto}}$	Netzverlust	η_{System}
Erdgas	Gasturbine	85%	8,5%	77,8%
Erdgas	Gas- & Dampfturbine	92%	8,5%	84,2%
Erdgas	Motor, zentral	92%	8,5%	84,2%
Biogas	Biogasmotor, dezentral	85%	8,5%	77,8%

Quellen: wie vor, jedoch ergänzt um eigene Messergebnisse aus der gutachterlichen Tätigkeit Brosziewski

Diese zusätzlichen Ergebnisse zeigen, dass die nach Bedarf steuerbaren KWK-Anlagen vom Systemwirkungsgrad her sich grundsätzlich mit sehr guten Brennwertkesseln messen können. Auch wenn der Wert auf den ersten Blick immer noch niedriger ist, so darf die Beurteilung nicht ohne die Berücksichtigung des Umstands erfolgen, dass ohne genügend geeignete Stromspeichersysteme zur Aufrechterhaltung eines bei jeder Wetterlage gesicherten Netzbetriebs steuerbare Residualstromerzeugung benötigt werden wird. Da diese nach heutigem Kenntnisstand in Turbinen und Motoren erfolgen wird – mit dann hoffentlich „grünen“ Brennstoffen (und Brennstoffzellen, die nach heute bekannter Technik keine schnelle Regelbarkeit aufweisen) – ist die Weiterverfolgung eines Verbots von Stromdirektheizungen vertretbar.

Unseres Erachtens scheint nach alledem der Aspekt, dass Strom auch in einem zu 100 % regenerativen System immer zu „wertvoll“ bleiben wird, als „einfach nur direkt verheizt“ zu werden, weiterhin zu berücksichtigen zu sein.

Auch Stromanwendungen zu Direktheizzwecken aus ausschließlich PV, Wind und Wasser (mit entsprechenden Speichersystemen und ohne jegliche sonstige Residualstromerzeugungstechnik mit Turbinen und Motoren) können im Ergebnis nicht ohne Berücksichtigung anderer Werte betrachtet und bewertet werden: Hierbei ist namentlich zu beachten, dass jede PV-, Wind- und Wasserkraftanlage auch eine Flächenbelastung bedeutet. Rein aus deren Stromerzeugung verheizter Strom steht dann anderen (effizienteren) Anwendungen, für die es kaum Alternativen gibt (wie z.B. die klassischen Stromanwen-

dungen, aber auch E-Mobilität), bei Verwendung in einer Stromdirektheizung nicht mehr zur Verfügung.

Diese Betrachtungen zeigen unseres Erachtens, dass der Sinn und Zweck des Verbots von Stromdirektheizungen selbst dann noch vertretbar bestünde, wenn der Ursprungsenergeträger für die Stromdirektheizung 100 % erneuerbar wäre und rein dezentral bezogen würde. Eine andere Frage ist freilich, ob dieser Umstand im Rahmen des Abs. 3 zu berücksichtigen ist (vgl. dazu S. 31 f.)

B. Anwendungsbereich des Verbots nach § 11

Zu prüfen ist zunächst, für wen die Verbotstatbestände nach § 11 Abs. 1 und 2 gelten und welche Sachverhalte *tatbestandlich* erfasst sind. Räumlich gilt § 11 auf dem Staatsgebiet der Freien und Hansestadt Hamburg (im Folgenden FHH).

I. Persönlicher Anwendungsbereich

In persönlicher Hinsicht ist der Anwendungsbereich des § 11 nicht eingegrenzt. Er verpflichtet grundsätzlich den Verfügungsberechtigten einer unbeweglichen Sache, die pro Nutzungseinheit oder zumindest insgesamt durch ein eigenes Heizsystem beheizt wird. Verfügungsberechtigt ist regelmäßig der Eigentümer (§ 903 S. 1 BGB).⁴ Verfügungsberechtigte einer Wohnungseigentümergeinschaft ist gemäß § 20 Abs. 1 Alt. 1 WEG die Gemeinschaft, die gemäß § 9b WEG durch den Verwalter vertreten wird.

§ 11 ist nicht nur auf Wohnbebauung, sondern auch auf landwirtschaftlich oder gewerblich genutzte Gebäude anzuwenden. Es besteht kein Anlass, den Anwendungsbereich in persönlicher Hinsicht mittels teleologischer Reduktion von vorneherein einzuschränken. Eine hinreichende Abgrenzung kann auf tatbestandlicher Ebene erfolgen (II).

II. Tatbestand

§ 11 i. V. m. § 3 Nr. 7 enthalten verschiedene insbesondere technische Tatbestandsmerkmale. Diese sind, um eine systematische Bestimmung der Ausnahmetatbestände in § 11 Abs. 3 zu ermöglichen, zunächst möglichst eindeutig auszulegen.

1. Begriff der Stromdirektheizung

Zu prüfen ist also, welche Heizsysteme von § 11 tatbestandlich erfasst sind. Ausgangspunkt zur Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs bzw. der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale ist der Wortlaut (a), wobei dieser sodann mit Blick auf den Sinn und Zweck der Norm zu untersuchen ist (b).

a) Wortlaut

Gemäß § 3 Nr. 7 sind Stromdirektheizungen Geräte zur direkten Erzeugung von Raumwärme (1) durch Ausnutzung des elektrischen Widerstands (2) auch in Verbindung mit

⁴ Im Falle eines bestehenden Erbbaurechts ist dies der Erbbauberechtigte, vgl. § 1 Abs. 1 u. 4 ErbbauRG.

Festkörper-Wärmespeichern (3). Die Definition enthält im Wesentlichen drei Tatbestandsmerkmale, die den Anwendungsbereich eingrenzen. Darüber hinaus enthält § 11 weitere tatbestandliche Eingrenzungen (4).

(1) „zur direkten Erzeugung von Raumwärme“

Ein wichtiges Abgrenzungskriterium ist zunächst die Begrenzung auf Systeme, die (auch) zur *Erzeugung von Raumwärme* bestimmt sind.

Geräte, die nur der Erwärmung von Trinkwarmwasser (TWW) oder Warmwasser (WW) dienen, sind damit explizit nicht erfasst und auch nicht vom Verbot des § 11 betroffen. Der Tatbestand ist mithin zunächst über die *Zweckbestimmung* des in Betracht kommenden Geräts eingegrenzt.

(aa)

Zur Einordnung des Begriffs der *Raumwärme* ist zu beachten, dass diese eine spezielle Form der Nutzwärme ist und als solche Wärme verstanden wird, die zum Zwecke der Beheizung von Gebäuden genutzt wird. Als Nutzwärme wird dabei wiederum generell jede Art von Wärme verstanden, die vom Menschen zu einem bestimmten Zweck genutzt werden kann.⁵ Sie wird zudem in die vier technisch *bekannt*en Nutzungszwecke (Raumheizung, Warmwasserbereitung, Kälteerzeugung und Prozesswärme) unterteilt. Diese Unterteilung ist indes nicht abschließend.

Die im Rahmen dieser Untersuchung relevante Raumwärme ist mithin solche Wärme, die *zur Beheizung von Gebäuden* genutzt wird. Dies gilt unabhängig von der Art des Gebäudes.⁶ In Betracht kommen Wohn- und Geschäftshäuser, Fabriken, Ställe und Gewächshäuser.⁷ Für die letztgenannten hat eine Abgrenzung sodann anhand des Nutzungszwecks zu erfolgen: Wird ein Gewächshaus beheizt, um beispielsweise das Pflanzenwachstum zu fördern, handelt es sich um Prozesswärme; wird hingegen eine Verkaufsstelle für das Personal temperiert, handelt es sich um Raumwärme (dazu unter (cc)).

⁵ Fricke in Säcker, BK Energierecht Band 5, 4. Auflage, KWKG, § 2 Rn. 189.

⁶ Ebd.

⁷ Fricke in Säcker, BK Energierecht Band 5, 4. Auflage, KWKG, § 2 Rn. 190 f.

(bb)

In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob *Strahlungsheizungen* tatbestandlich von diesem Raumwärme-Verständnis überhaupt erfasst sind. Denn Strahlungsheizungen übertragen Wärme durch kurzwellige Strahlung, die das durchstrahlte Medium selbst (fast) nicht erwärmt. Wärme entsteht dabei erst beim Auftreffen der Strahlung auf einen Körper. Dieser erwärmt sich und gibt dann seine Wärme wiederum durch Konvektion an die umgebende Luft ab.

Daraus folgt, dass beispielsweise Deckenstrahler zwar die sich im Raum befindlichen Menschen und Gegenstände erwärmen, nicht oder jedenfalls unwesentlich hingegen die Luft im Raum. Einen Anknüpfungspunkt für eine Auslegung, die Strahlungsheizungen vom Tatbestand des § 11 nicht erfasst, bietet der Wortlaut des § 3 Nr. 7. Danach sind Stromdirektheizungen nur solche Geräte, die zur *direkten* Erzeugung von Raumwärme bestimmt sind. Nach dieser Formulierung ist es jedenfalls vertretbar, Strahlungsheizungen, die ein Gebäude in der beschriebenen Weise nur *indirekt* erwärmen, nicht in den Tatbestand einzubeziehen.

Allerdings ist diese sehr technische Abgrenzung auch nach dem Wortlaut nicht zwingend. Denn Strahlungsheizungen erzeugen, wie ausgeführt, jedenfalls auch Raumwärme und werden ganz regelmäßig mit der gleichen *Zweckrichtung* wie Konvektionsheizungen eingesetzt. Sie sind beispielsweise in der Wohnbebauung gleichfalls dazu bestimmt, Menschen einen längeren Aufenthalt in einem bestimmten Gebäude bzw. Raum zu ermöglichen, ohne dass diese frieren.⁸

Unseres Erachtens ist es daher und mit Blick auf den Regelungszweck mit besseren Argumenten vertretbar, auch Strahlungsheizungen in die Definition des § 3 Nr. 7 einzubeziehen. Denn auch der (großräumige) Einsatz von strombetriebenen Strahlungsheizungen ist aus denselben Gründen, die das Verbot von Stromdirektheizungen insgesamt rechtfertigen⁹, klimaschädlich und nicht ressourcenschonend.

⁸ Soweit Strahlungsheizungen in der Landwirtschaft (z. B. in Ställen) eingesetzt werden, sind diese ganz regelmäßig nicht von § 11 betroffen, da diese dann der Erzeugung von Prozesswärme dienen.

⁹ Vgl. dazu den obigen Exkurs zum energiepolitischen Hintergrund.

Nach der hier vertretenen Auffassung sind Strahlungsheizungen mithin tatbestandlich von § 11 Abs. 1 erfasst. Demnach kommt eine ausnahmsweise Befreiung auch für diese nur gemäß § 11 Abs. 3 in Betracht.

(cc)

Schließlich ist der Begriff der *Prozesswärme* von demjenigen der Raumwärme abzugrenzen. Der Begriff ist (bisher) nicht legal definiert. Nach allgemeinem Verständnis ist Prozesswärme solche Wärme, die für gewerbliche oder industrielle Produktionsprozesse genutzt wird. Ihr Nutzen besteht also nicht in der Beheizung eines Gebäudes um sich dort über einen längeren Zeitraum aufhalten zu können, ohne zu frieren. Ihr Nutzen ist vielmehr auf einen anderen Zweck gerichtet, wobei die Abgrenzung im Einzelnen umstritten ist.

Teilweise wird vertreten, dass mit Prozesswärme lediglich Wärme gemeint ist, die für *industrielle* Produktionsprozesse genutzt wird.¹⁰ Richtiger Weise kommt es aber nicht darauf an, für welche Produktionsprozesse die Wärme genutzt wird, sondern dass sie überhaupt in Produktionsprozessen genutzt wird. Unter Produktion in diesem Sinne ist nicht nur die Herstellung und Verarbeitung von Gütern zu verstehen.

So ist beispielsweise die Kühlung eines OP-Saals in einem Krankenhaus als Prozesskälte, die Klimatisierung von Krankenzimmern hingegen als Raumwärme / -wärme zu subsumieren. Eine entsprechende Abgrenzung hat für Fälle in der Landwirtschaft (Urproduktion) zu erfolgen: Stallheizungen, die Tieren angenehme Temperaturen bereiten sollen, dienen der Erzeugung von Prozesswärme und sind somit nicht von § 11 betroffen.

¹⁰ Rosin/Bürmeister in Bührenbender/Rosin, § 3 KWKG Rn. 120.

(dd)

Wiederum ein anderer von Raum- und Nutzwärme zu unterscheidender Wärmebegriff ist derjenige der *Abwärme*, also die Wärme, die zunächst als „Abfallprodukt“ aus einem (industriellen) Prozess entsteht bzw. verbleibt und dann erst gegebenenfalls einer anderen Nutzung zugeführt wird (vgl. § 3 Nr. 16).

Abwärme ist damit letztendlich eine Ressource oder eingesetzte Primärenergie bzw. eingesetzte Endenergie wie z.B. die Sonne (solare Wärme), die Umweltwärme (Geothermie, Wärmepumpe) oder Erdgas. Sie kann, ebenso wie diese anderen Primärenergien zur Erzeugung von Nutzwärme, auch in Form der Raumwärme, genutzt werden.

(ee)

Im Ergebnis kommt es hier mithin nur darauf an, ob das (strombetriebene) Gerät auch dazu *bestimmt* ist, *Raumwärme* zu erzeugen und tatsächlich auch entsprechend *genutzt* wird.

(2) „durch Ausnutzung des elektrischen Widerstands“

Gemäß § 3 Nr. 7 erzeugen Stromdirektheizungen Raumwärme „durch Ausnutzung des elektrischen Widerstands“.

Dieses Tatbestandsmerkmal hat für die Einzelfallabgrenzung geringe Bedeutung. Denn Stromheizungen nutzen als eingesetzte Endenergie elektrischen Strom und unterscheiden sich so von z.B. Gas-, Öl- oder Holzheizungen (und weiteren). Sie erzeugen Wärme dadurch, dass widerstandsbehaftete Leiter von elektrischem Strom durchflossen und dabei (direkt) erhitzt werden. Um die Überhitzung und das mögliche Schmelzen des Leiters zu verhindern, wird die Wärme dabei an ein zu erhitzenes Medium abgegeben, das aus Sicht des Heizleiters als Kühlmedium dient. Die konstruktive Zweckbestimmung dient hingegen allein der Erhitzung.

**Typische Systeme für die Nutzung elektrischen Widerstands zur Wärme-
erzeugung¹¹ sind:**

System	"Kühlmedium"	zu erheizendes Medium	Ausführungsart, Einsatzorte
Lufterhitzer, auch sog. "Türschleier"	Luft	Raumluft	Ventilatorgebläse, i.d.R. über Toren, Ladentüren u. ä. instal- liert, aber auch Bauheizungen
Festheizkörper	Luft	Raumluft	oft in Bodenrinnen vor Fenstern o.ä. installiert
Festheizkörper	Thermalöl, Heizwasser ¹²	Raumluft	wie klassische Heizkörper, oft dort, wo die Zentralheizung aus Aufwandsgründen nicht hingen- geführt wird (Räume "abseits")
"Handtuchrockner"	Luft	Raumluft	Badezimmer, als Zusatzheizkör- per zu NT-Systemen
Deckenstrahler	Luft	siehe Fn. 13	als Direktstrahler in Messe-, Montage- & Lagerhallen
Heizstrahler	Luft	siehe Fn. 13	als Direktstrahler, oft in Funkti- onsräumen (u.a. Infocenter in Bahnhöfen usw.), aber auch im Außenbereich der Gastronomie
Strombetriebene Heizpilze ¹⁴	Luft	siehe Fn. 14	als Rundumstrahler, i.d.R. aber nicht in Gebäuden, sondern im gastronomischen Außenbereich (siehe Fn. 12)

¹¹ Weil Wärmepumpen nicht (direkt) aus Strom Wärme erzeugen, sondern zunächst ein Fluid erhitzen (dazu bereits oben), sind sie dementsprechend in der folgenden Übersicht nicht mit dargestellt.

¹² Soweit dieses auch als einziges Speichermedium dienen, sind diese Geräte nicht von § 11 erfasst, dazu unter (3).

¹³ Strahlungsheizungen sind von Konvektionsheizungen zu unterscheiden, vgl. S. 10.

¹⁴ Heizpilze werden in der Regel nicht zur Erzeugung von Raumwärme, sondern unter freiem Himmel eingesetzt. Insoweit sind sie tatbestandlich nicht von § 11 erfasst. Soweit sie *fest installiert* (vgl. S. 14) sind und in Innenräumen eingesetzt werden, dürften auch die übrigen Tatbestandsmerkmale erfüllt sein, sodass *ein solcher Einsatz* nach § 11 unzulässig ist.

(3) „auch in Verbindung mit Festkörper-Wärmespeichern“

Stromheizungen müssen gemäß der Definition von *Stromdirektheizungen* in § 3 Nr. 7 nach dem Medium, an welches der Heizleiter die erzeugte Wärme (zunächst) abgibt, unterschieden werden. *Stromspeicherheizungen* geben die erzeugte Wärme zunächst an einen Festkörper oder ein Fluid ab, welche so ausgelegt sind, dass die Wärme über einen längeren Zeitraum gespeichert werden kann und erst bei Bedarf über ein Transportmedium (Luft, Wasser u.a.) dem Raum zugeführt wird. *Stromdirektheizungen* geben die Wärme direkt an die Luft ab, je nach Bauart kann ein Medium, das jedoch primär keine Speicherfunktion erfüllt, zwischengeschaltet sein.

Eine technisch (und juristisch) eindeutige Abgrenzung (zwischen Speicher- und Direkt-Heizungen) ist hierbei unseres Erachtens nicht möglich, da auch *Stromdirektheizungen* teilweise ihre Wärme an Gegenstände abgeben, die als *Wärmespeicher* fungieren (sollen). Dieser Unschärfe trägt die Definition des § 3 Nr. 7 Rechnung, indem dort auch Systeme genannt sind, die *auch* über einen Festkörper-Wärmespeicher ihre Wärme abgeben (z.B. die Nachtspeicherheizung).

Die gesetzliche Definition begrenzt den Anwendungsbereich dabei mithin auf Festkörper-Wärmespeicher, so dass Heizsysteme, die ausschließlich flüssige (oder gasförmige) Wärmespeicher erhitzen, nicht betroffen sind.

(4) Sonstige Tatbestandsmerkmale des § 11 Abs. 1

(aa)

Gemäß § 11 Abs. 1 gilt das Verbot nur für fest installierte *Stromdirektheizungen*. Nicht eindeutig ist, ob sich das Merkmal „*fest installiert*“ auf die mechanische Anbringung des Geräts bezieht oder auch bzw. nur auf die elektrische Installation. Der typische elektrische Heizkörper, wie er oft in sogenannten Nachinstallationen verwendet wird, ist mechanisch fest mit der Wand des Raums verbunden (festgeschraubt), elektrisch jedoch per Steckvorrichtung ohne jeglichen Werkzeugeinsatz von jedem Laien vom Stromnetz trennbar. Er kann jedoch auch elektrisch dauerhaft mit der Kundenanlage verbunden sein, z.B. in einer sogenannten Anschlussdose.

Nicht fest mit dem Gebäude verschraubte Geräte wiederum dürfen, außer in bestimmten Fällen, nur über werkzeuglos bedienbare Steckverbindungen mit der Kundenanlage verbunden werden, sie sind also sowohl mechanisch als auch elektrisch nicht fest installiert.

Beispielhaft sei hier ein Elektrostandherd aufgeführt: Der Herd selbst ist nicht mit dem Gebäude verschraubt, die flexible Anschlussleitung jedoch in einer Klemmdose an der Wand unter einer verschraubten Schutzkappe fest verdrahtet. Bei hinreichender Länge der flexiblen Leitung lässt sich der Herd im Kleinen bewegen, jedoch kann der feste Stromanschluss nur mit Werkzeug gelöst werden, was elektrotechnische Laien nicht dürfen (DIN VDE 0105 - 100).

Die Auslegung des Begriffs „fest installiert“ sollte daher im Ergebnis vor dem Hintergrund des Regelungszwecks erfolgen und *an die feste Verdrahtung, die nur von Fachkräften mit Werkzeug zu lösen ist*, anknüpfen.¹⁵ Denn der Regelungszweck richtet sich nicht nur auf bestimmte Gerätetypen, sondern mit Blick auf den klimapolitischen Hintergrund gegen deren ständige Verwendung als Raumheizung.

Zwar wäre auch denkbar, zur Bestimmung dieses Tatbestandsmerkmals die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Abgrenzung von wesentlichen Bestandteilen (§ 93 BGB) zu Scheinbestandteilen (§ 95 BGB) entwickelten Grundsätze zu Grunde zu legen.¹⁶ Danach sind nur Bestandteile, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zerstört oder in seinem Wesen verändert wird, wesentliche Bestandteile und können nach § 93 BGB nicht Gegenstand besonderer Rechte sei. Auch ist ein Bestandteil einer Sache nicht schon dann als wesentlich anzusehen, weil seine Abtrennung mit einem hohen Aufwand verbunden ist, die Kosten der Abtrennung müssen vielmehr im Vergleich zu dem Wert des abzutrennenden Bestandteils unverhältnismäßig sein.

¹⁵ Für Geräte, die mittels Schuko-Stecker angeschlossen sind, ist die nutzbare Leistung mit Blick auf die haushaltsüblichen 16 Ampere-Sicherung auch technisch begrenzt (regelmäßig < 3,5 kW), wobei die Bagatellgrenze von 2 kW auch durch entsprechende Geräte überschritten sein kann.

¹⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2011 - V ZR 231/10.

Dieser Maßstab ist vorliegend nach der hier vertretenen Auffassung jedoch *nicht zweckmäßig* und folgt nicht der gesetzgeberischen Wertung in § 11, da er insbesondere vor dem Hintergrund sachenrechtlicher Folgen entwickelt wurde, mithin zivilrechtlichen Interessen dient und nicht pauschal auf die Auslegung einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift übertragen werden kann.

(bb)

Das Verbot ist schließlich auf Heizungen mit mehr als zwei Kilowatt Leistung je Wohnungs-, Betriebs-, oder Nutzungseinheit beschränkt. Diese **Zwei-Kilowatt-Grenze** geht von einer zur gewöhnlichen Beheizung erforderlichen Leistung von 0,1 KW pro m² aus (so ermittelt für Gebäude, mit dem Baujahr 1980 und durchschnittlicher Deckenhöhe). Es handelt es sich dabei um eine bloße Bagatellgrenze, die Heizsysteme von der Regelung ausnimmt, die – so die Gesetzesbegründung – regelmäßig nur 20 m² beheizen und deswegen vernachlässigt werden könnten.¹⁷

Für die Bestimmung der Zwei-Kilowatt-Grenze unerheblich ist, ob eine Wohn-, Gewerbe- oder Nutzungseinheit mit mehreren Geräten beheizt wird, deren Leistung jeweils unterhalb dieser Schwelle liegt. Maßgeblich ist die Heizleistung je Einheit (sei es eine Wohnungs-, Betriebs- oder sonstige Nutzungseinheit).

Diese gesetzgeberische Wertung ist auch ungeachtet der seit einigen Jahren bestehenden weit höheren Effizienz moderner Systeme maßgeblich (tatsächlich können moderne Systeme mit entsprechender Leistung von zwei Kilowatt heutzutage *cft gar die doppelte Raumgröße* beheizen).¹⁸ Darauf kommt es indes bei der Frage, ob das Verbot des § 11 greift bzw. dann schon ab einer geringeren Leistung greifen müsste, de lege lata nicht an. Der Wortlaut ist insoweit eindeutig.

(cc)

Unter einer **Wohnungseinheit** ist die räumlich abgeschlossene Wohnung bzw. der gesamte begrenzte Bereich dieser Wohnung zu verstehen, der jeweils als Einheit in der

¹⁷ Drs.-HmbB. 15/6748, S. 7.

¹⁸ Legte man beispielsweise einen „U-Wert“ von höchstens 0,24 Watt pro Quadratmeter und Kelvin (vgl. § 47 Abs. 1 GEG) zu Grunde, erscheint heute eine Bagatellgrenze von 1,5 kW angemessen, wenn Systeme erfasst sein sollen, die ca. 20 qm Wohnfläche beheizen können (Deckenhöhe < 3 m.)

Regel mit einem eigenen separaten Wohnungseingang versehen ist. Eine Betriebseinheit ist eine von einem Betrieb insgesamt genutzte, beheizbare bauliche Anlage. Nutzungseinheiten sind alle anderen für eine selbständige Nutzung bestimmten Räume.¹⁹

Wohnungs-, Betriebs-, und Nutzungseinheiten können sich über ein gesamtes Gebäude erstrecken und sind zumindest ein Teil einer baulichen Anlage. Der Begriff der baulichen Anlage wiederum ist in § 2 HBauO legal definiert. Diese Definition kann hier unseres Erachtens herangezogen werden, da das HmbKliSchG keine eigenständige Definition enthält und der Regelungsgegenstand hinreichend vergleichbar ist.

Daraus folgt hier, dass Wohnungs-, Betriebs-, oder sonstige Nutzungseinheiten auch *fliegende Bauten* sein können, die nur auf Grund ihres Eigengewichts fest mit dem Erdboden verbunden sind. Tatbestandlich sind damit beispielsweise auch *Baucontainer* betroffen und vom Anwendungsbereich des § 11 erfasst. Diesbezüglich sei allerdings bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass bei fehlenden (wirtschaftlich zumutbaren) Alternativlösungen für die Beheizung vorübergehend aufgestellter Baucontainer die Voraussetzungen des § 11 Abs. 3 regelmäßig vorliegen dürften.

(5) Beispiele

Nach alledem sind von § 11 Abs. 1 tatbestandlich *regelmäßig erfasst*: Strombetriebene (Bad-)Heizkörper („Handtuchtrockner“), fest installierte Heizlüfter, elektrische oberflächennahe Flächenheizungen für Boden, Wand oder Decke, Heizstrahler oder Infrarotlampen. Denn all diese Systeme sind dazu bestimmt, jedenfalls auch einen Raum zu erwärmen, damit dieser von Menschen bei angenehmer Temperatur genutzt werden kann. Zugleich nutzen sie elektrischen Widerstand zur Erzeugung von Raumwärme, sind regelmäßig fest installiert und überschreiten regelmäßig die Bagatellgrenze von 2 kW je Wohn-, Betriebs-, oder sonstiger Nutzungseinheit.

Nicht erfasst sind hingegen beispielsweise Stromheizungen, die ausschließlich der Warmwasserbereitung dienen oder solche, die ausschließlich *ein Fluid* als Speichermedium erhitzen. Das gleiche gilt für elektrisch betriebene Wärmepumpenheizungen und Heizstäbe, die zunächst ein Fluid erhitzen. Auch mobile Geräte, die mittels Schuko-

¹⁹ Drs.-HmbB. 15/6748, S. 7.

Stecker angeschlossen werden können, sind nicht erfasst, da diese nicht „fest installiert“ sind. Ebenfalls nicht betroffen sind Saunen, Wärmelampen in Gärtnereien oder in der Landwirtschaft genutzte Dunkelstrahler. Denn dabei handelt es sich um Systeme, die Prozesswärme erzeugen. Der Raum einer Sauna wird nicht erwärmt, damit man sich darin bei „Raumtemperatur“ über einen beliebigen Zeitraum aufhalten kann, ohne zu frieren. Vielmehr dient die Erwärmung der Sauna einem „medizinischen“ oder „freizeitlichen“ anderen Zweck (Schwitzen). Solche Systeme, die ausschließlich zur Erzeugung von Prozesswärme konstruiert sind, sind auch nicht deshalb von § 11 Abs. 1 und 2 erfasst, weil in der Folge ihrer Nutzung sich auch der Raum einer ganzen Wohn-, Betriebs- oder Nutzungseinheit erwärmt. Diese mittelbare erzeugte Raumwärme ist für die Anwendbarkeit des § 11 unerheblich, denn beispielsweise hat in Wohnungen genutzte Prozesswärme (z. B. Backofen) regelmäßig auch Einfluss auf die Raumtemperatur.

b) Sinn und Zweck

In der Gesetzesbegründung wird hinsichtlich des Regelungszwecks im Wesentlichen auf das besonders ungünstige Verhältnis der eingesetzten Primärenergie zur Nutzungsenergie (rund 30 % Wirkungsgrad) verwiesen.²⁰ Darin heißt es wörtlich:

„Die direkte Umwandlung von Strom in Wärme ist mit Blick auf die Gesamtenergieeffizienz, d.h. die eingesetzte Primärenergie, weiterhin nicht zielführend. Denn bei der Bewertung muss zusätzlich die „Vorkette“ der Stromerzeugung berücksichtigt werden, die trotz der ansteigenden erneuerbaren Energieanteile noch relativ hohe CO₂-Emissionen bewirkt. Es stehen darüber hinaus wesentlich effizientere Technologien zur Verfügung.“

Bereits dies lässt erkennen, dass die Norm eine zwar sukzessive, aber vollständige Verdrängung von Stromdirektheizungen bezwecken soll. Bei der Interpretation der Gesetzesbegründung ist hier indes beachtlich, dass diese im Wesentlichen der ursprünglichen Begründung des § 3 HmbKliSchG a. F. (1997) entspricht, der bereits ein Verbot von Stromdirektheizungen enthielt. Insbesondere mit Blick auf die in § 2 Abs. 1 formulierten Ziele des HmbKliSchG besteht der objektive Regelungszweck des § 11 indes nunmehr auch in der Verbesserung der CO₂-Bilanz und der Energieeinsparung insgesamt. Denn nach § 2 Abs. 1 ist das Ziel des HmbKliSchG, das Klima zu schützen und einen Beitrag

²⁰ Vgl. Drs.-HmbB. 15/6748 S. 6 und 7.

zur Sicherung der Erreichung der Ziele des Übereinkommens von Paris vom 12. Dezember 2015 zu leisten. Dies soll „[...] unter anderem durch eine möglichst sparsame, rationelle und ressourcenschonende sowie eine umwelt- und gesundheitsverträgliche Erzeugung, Verteilung und Verwendung von Energie [erreicht] werden [...]“. Der Zweck des Stromdirektheizungsverbots ist es damit auch, dem Mangel an Speichermöglichkeiten sowie dem in Zukunft erheblich steigenden Strombedarf Rechnung zu tragen. Wärmepumpen sind dabei, wie oben aufgezeigt, nicht von diesem Stromdirektheizungsverbot umfasst.

Die ursprüngliche Fassung des § 11 (§ 3 HambKliSchG a. F. (1997)) war wie folgt formuliert:

§ 3

Beschränkungen für den Neuanschluß elektrischer Heizungen

Der Neuanschluß fest installierter elektrischer Direktheizungen und Nachtstromspeicherheizungen zur Erzeugung von Raumwärme mit mehr als 2 kW Leistung für jede Wohnungs-, Betriebs- oder sonstige Nutzungseinheit ist grundsätzlich unzulässig. Dies gilt nicht, wenn andere Arten der Raumheizung technisch nicht möglich oder wirtschaftlich unvertretbar sind. Wirtschaftlich unvertretbar ist eine andere Art der Raumheizung, wenn die Summe aus den Kapitalkosten, Energiekosten und sonstigen Betriebskosten für diese andere Raumheizungsart zu mehr als 20 vom Hundert über der Kostensumme für die Raumheizung nach Satz 1 liegt.

Gegenüber § 11 ließ die Formulierung des § 3 HmbKliSchG a. F (1997) dem Rechtsanwender wesentlich mehr Spielraum, da dieser nur eine „**grundsätzliche Unzulässigkeit**“ normierte und der Ausnahmetatbestand als Rahmen ausdrücklich einen engen, die Amortisierung in den Blick nehmenden Wirtschaftlichkeitsbegriff vorsah.²¹ Im Umkehr-

²¹ § 2 Abs. 3 S. 2 HmbKliSchG in seiner alten Fassung definierte Wirtschaftlichkeit mit Blick auf die Höhe der zusätzlich veranlassenden Kosten. Diese sollten, um dem Begriff der Wirtschaftlichkeit zu genügen, die voraussichtlich erzielbaren Einsparungen während der üblichen Nutzungsdauer decken. Das Streichen dieser Formulierung bedeutet zwar nicht unmittelbar, dass der Gesetzgeber mit der Neuformulierung des „wirtschaftlich Vertretbaren“ einen weniger strengen (betriebs-) wirtschaftlichen Maßstab normieren wollte. Ein anlagenbezogener (nur die Amortisierung in den Blick nehmender) Wirtschaftlichkeitsbegriff kann aber unseres Erachtens für das HmbKliSchG wegen der überragenden Bedeutung für zukünftige Generationen des Klimaschutzes nicht zu Grunde gelegt werden; vgl. zu diesem Wirtschaftlichkeitsbegriff: Halbig/Antoni in EnWZ 2018, 259; zum Wirtschaftlichkeitsbegriff des HmbKliSchG sei auf unsere

schluss folgt daraus, dass bei der Auslegung der Neufassung, die diesen Maßstab eben explizit nicht mehr enthält, dieser (alte) Maßstab aus § 3 HmbKliSchG a. F. (1997) auch nicht mehr zu Grunde gelegt werden kann.²² Gleichwohl ist in § 2 Abs. 1 die „wirtschaftliche Vertretbarkeit“ als Rahmen aller Maßnahmen nach dem HmbKliSchG genannt. Gänzlich außer Acht gelassen darf die wirtschaftliche Belastung des Betroffenen somit nicht, denn in ihr ist auch die Grenze der Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG zu sehen (dazu C. III.).

2. Tatbestand des Abs. 2

Gemäß § 11 Abs. 2 gilt das Verbot nach Absatz 1 auch für den Austausch und Ersatz von Stromdirektheizungen nach dem 31. Dezember 2025.

Vorab sei darauf hingewiesen, dass im deutschen Energierecht (anders als beispielsweise im Atomrecht) eine elektrotechnische Anlage wegen eines im Laufe der Jahre eintretenden Verstoßes gegen eine (neue oder geänderte) allgemein anerkannte Regel der Technik (z.B. eine geänderte TAR oder neue VDE-Regeln) nicht ohne Weiteres oder quasi automatisch als „rechtswidrig betrieben“ eingeordnet wird. Nur das würde aber eine *Austauschpflicht* auslösen. Entscheidend ist im Einzelfall, ob die elektrotechnische Sicherheit noch gegeben ist, d.h. dass solange auch noch keine Austauschpflicht und damit regelmäßig auch kein Bedürfnis für einen Austausch besteht. Zunächst hat es also der Verfügungsberechtigte in der Hand, eine veraltete Anlage weit über den in § 11 Abs. 2 genannten Zeitpunkt weiter zu betreiben.

Der von § 11 Abs. 2 somit typischerweise erfasste Fall, also die Situation, dass eine Stromdirektheizung auf Veranlassung des Verfügungsberechtigten ausgebaut und an deren Stelle ein entsprechendes oder anderes strombetriebenes Heizsystem installiert werden soll, ist für den Rechtsanwender voraussichtlich ohne Weiteres zu subsumieren:

Austausch oder Ersatz i. S. d. § 11 Abs. 2 liegt vor, wenn eine Bestandsanlage vollständig durch ein neues Heizsystem ersetzt wird, um dieselbe Funktion („Erzeugung von

diesbezügliche Stellungnahme hingewiesen, veröffentlicht auf <https://www.energienetz-hamburg.de/wp-content/uploads/2021/11/RechtI-Stellungnahme-Kohleeinsatz-Reduktionsverpflichtung-15.11.21.pdf>.

22

Die Gesetzesbegründung der Neufassung äußert sich zu dieser Frage nicht.

Raumwärme“) zu erfüllen. § 3 Nr. 10 regelt entsprechend für den Austausch von Heizanlagen mit lokalem Wärmeerzeuger (insb. Brennkessel), dass diese als ausgetauscht gelten, sobald der Kessel ersetzt wird.²³

Fraglich ist aber, *wie mit Grenzfällen umzugehen ist*. Dafür ist ein einheitlich anwendbarer Maßstab zu entwickeln. Namentlich ist zu klären, wie ein Austausch von einer Maßnahme abzugrenzen ist, die lediglich der *Instandsetzung* der Stromdirektheizung dient. Diese Abgrenzung muss dazu geeignet sein, Maßnahmen in den Tatbestand des § 11 Abs. 2 einzubeziehen, die einen eigentlich erforderlichen oder gebotenen Austausch mit dem Ziel hinauszögern sollen, das Verbot nach § 11 zu umgehen. Die Vorschrift würde dann, wenn man Modernisierungsmaßnahmen an Stromdirektheizungen in jeder Weise dulden würde, weitgehend konturlos und eher als erweiterte Effizienzkontrolle wirken. Denn der Verfügungsberechtigte einer Stromdirektheizung wäre dann nicht gehindert, diese durch den sukzessiven Austausch einzelner Teile, über einen erheblichen Zeitraum „am Leben zu erhalten“. Der eigentliche Zweck, nämlich Stromdirektheizungen sukzessive vollständig zu verdrängen, würde so potentiell verzögert.

Im Ergebnis ist eine Modernisierungsmaßnahme nach unserer Auffassung regelmäßig als Austausch oder Ersatz i. S. d. § 11 Abs. 2 zu subsumieren, *wenn ein verständiger Dritter ungeachtet der Rechtsfolgen des § 11 in Kenntnis aller objektiven Umstände vernünftiger Weise die Installation einer neuen vergleichbaren Stromdirektheizung der Reparatur des alten Heizsystems bzw. den Austausch einzelner Teile vorziehen würde*. Wenn die Kosten einer Reparatur die Kosten eines vollständigen Neueinbaus einer vergleichbaren Stromdirektheizung übersteigen oder die Reparatur im technischen Sinne nicht nachhaltig ist, ist das Vorliegen eines Austauschs oder Ersatzes i. S. d. § 11 Abs. 2 jedenfalls indiziert.

Dieser Maßstab ist das Ergebnis folgender Erwägungen:

aa)

Zunächst ist festzuhalten, dass eine rein technische Abgrenzung Umgehungsversuche nicht hinreichend erfasst. So ist beispielsweise nach der DIN EN 13306 und DIN 31051

²³ § 3 Nr. 10 kann insoweit nicht analog angewandt werden, da Stromdirektheizungen ohne einen mit einem Heizkessel vergleichbaren Wärmeerzeuger betrieben werden.

eine Instandsetzung die Kombination aller technischen und administrativen Maßnahmen, sowie Maßnahmen des Managements während des Lebenszyklus eines Objekts, die dem Erhalt oder der Wiederherstellung ihres funktionsfähigen Zustands dient, sodass es die geforderte Funktion erfüllen kann. Der Bezugspunkt dieser Definition ist die einzelne Maßnahme und lässt den dafür erforderlichen (relativen) Aufwand *sowie vorherige und nachfolgende Instandsetzungsmaßnahmen außer Acht*. Bei formaler Anwendung würde auch der sukzessive Austausch durch mehrere nachfolgende Instandsetzungsmaßnahmen als Instandsetzung subsumiert werden müssen, da jede Maßnahme isoliert zu betrachten wäre. Anders ist dies für fossile Heizanlagen zu bewerten, da deren klimapolitische Relevanz an ein bestimmtes Bauteil, nämlich den Brennkessel (Vgl. § 3 Nr. 10), geknüpft werden kann.

bb)

Ebenfalls nicht zielführend ist eine Übertragung derjenigen Maßstäbe, die für eine zumindest vergleichbare Abgrenzungsfrage, die im Rahmen von § 3 Nr. 30 EEG 2021 (§ 3 Nr. 5 EEG 2012) besteht. Für diese Vorschrift wird die Abgrenzung zwischen „Austausch“ und „Neuinbetriebnahme“ diskutiert. Die Begriffe werden dort allerdings in einem von der hier untersuchten Vorschrift abweichenden Zusammenhang verwendet. Daher könnte nur der Auslegungsansatz auf die hier untersuchte Vorschrift übertragen werden.

Dieser liegt nach Auffassung der Clearingstelle EEG / KWKG darin, dass zur Abgrenzung der „sukzessiven Neuerrichtung“ vom „sukzessiven Austausch“ zunächst vom *Leitbild der Austauschregelung* auszugehen sei. Im Rahmen des § 3 Nr. 30 EEG 2021 könne eine Anlagenerneuerung nur dann als (neue) Inbetriebnahme zu bewerten sein, wenn dieser erste Anschein eines Austauschvorgangs hinreichend erschüttert würde. Würden sukzessive mehrere Anlagenbestandteile ausgetauscht, so gelte für jeden dieser Austauschvorgänge zunächst, dass es sich insoweit nicht um einen die Inbetriebnahme berührenden Vorgang handele. Die Abgrenzung der „Neuinbetriebnahme“ vom „sukzessiven Austausch“ habe anhand der äußeren Umstände zu erfolgen: Stellten sich die Austauschschritte als ein in sich geschlossener Vorgang dar, der objektiv auf eine „sukzessive Neuinbetriebnahme“ hinausläuft, so gelte diese nicht als Austausch. Indizien hierfür könnten eine einheitliche Planung der Austauschschritte und eine einheitliche Auftrags-

vergabe sein. Widerstreitende Indizien können dagegen vorliegen, wenn einzelne der Austauschschritte durch Defekte oder andere äußere Anlässe (z. B. behördliche Auflagen) verursacht worden sind.²⁴

Ein entsprechender Auslegungsansatz dient hier jedenfalls nicht dazu, Umgehungen des § 11 Abs. 2 zu verhindern. Denn bei der Klärung der gegebenenfalls im Rahmen des § 11 virulent zu prüfenden Frage, wann die Lebensdauer einer Stromdirektheizung „künstlich“ verlängert wird, kann der für den Austauschbegriff in § 3 Nr. 30 EEG 2021 entwickelte Maßstab unseres Erachtens keine hinreichende Antwort liefern.

cc)

Besser geeignet erscheint mit Blick auf die Maßstabsentwicklung ein Vergleich mit einer ähnlichen Fragestellung im Rahmen des § 255 Abs. 2 S. 1 HGB. Bei dieser Norm hat der Betroffene in der Regel das Interesse, Bau- und Sanierungsmaßnahmen als Instandhaltungsmaßnahme und nicht als Neuherstellung i. S. d. § 255 Abs. 2 HGB zu subsumieren, um eine Sonder-AfA i. H. v. 40 % gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3b, Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 3 Satz 2 Nr. 3 FördG geltend zu machen.²⁵ Dieser Komplex wird vor den Finanzgerichten diskutiert und die Wertungen sind unseres Erachtens auch auf die hier untersuchte Vorschrift abstrakt übertragbar, da auch die Interessenlage vergleichbar ist.²⁶

Nach der Rechtsprechung sei für diese Abgrenzung zu prüfen, ob die bisherige Gebäudesubstanz nach dem Gesamteindruck so tiefgreifend umgestaltet und verändert wird, dass die eingefügten neuen Teile *der Gesamtsache das Gepräge geben und die verwendeten alten Teile bedeutungs- und wertmäßig untergeordnet* sind. Ist dies der Fall, soll eine Herstellung und keine Erhaltung vorliegen.²⁷ Neuherstellung sei dann gegeben, wenn die Maßnahmen zur Instandsetzung und Modernisierung *in ihrer Gesamtheit über eine zeitgemäße substanzerhaltende Bestandteilerneuerung* hinausgehen, den Gebrauchswert des Gebäudes insgesamt deutlich erhöhen und *damit für die Zukunft eine erweiterte Nutzungsmöglichkeit geschaffen* wird. Überdies orientiert sich die zitierte Rechtsprechung an dem Umfang der Werterhöhung der Anlage.

²⁴ Clearingstelle EEG / KWKG, Empfehlung 2012/19, Rn. 139 ff.

²⁵ Vgl. FG Düsseldorf, Urteil vom 24. 8. 2005 - 13 K 5676/01 F.

²⁶ Vgl. von Sanden, in DStR 2020, 958 (959).

²⁷ Ebd.; DStR 2020, 958 (959) m. w. N.

Überträgt man diese Vorgehensweise auf den hier untersuchten Regelungsgegenstand, muss von einem „Austausch oder Ersatz“ i. S. d. § 11 Abs. 2 dann ausgegangen werden, wenn funktionserhebliche Bestandteile mit solchen ersetzt werden, die einen weit höheren Stand der Technik aufweisen und dem Heizsystem dadurch in der Gesamtschau eine über den ursprünglichen Zustand bei Neuinstallation hinausgehende Qualität verleihen. Ein Indikator dafür ist insoweit auch der Vergleich zwischen Modernisierungs- oder Reparaturkosten und den (fiktiven) Austauschkosten²⁸ der betroffenen Stromdirektheizung. *Eine Modernisierungsmaßnahme ist danach regelmäßig als Austausch oder Ersatz i. S. d. § 11 Abs. 2 zu subsumieren, wenn ihre Kosten den vollständigen Neueinbau einer vergleichbaren Stromdirektheizung²⁹ übersteigen oder die Reparatur in technischer Hinsicht nicht nachhaltig wäre.* Denn es entspricht der Verkehrsanschauung in solchen Fällen eine Neuinstallation regelmäßig einer Reparatur oder dem Austausch eines einzelnen Bestandteils vorzuziehen. Mit diesem Maßstab wird also verhindert, dass unwirtschaftliche Reparaturen zur Umgehung des § 11 vorgenommen würden. Im Kern handelt es sich mithin um eine wertende Einzelfallbetrachtung, die nur in Grenzfällen erforderlich ist.

III. Zeitlicher Anwendungsbereich

§ 11 Abs. 1 gilt in zeitlicher Hinsicht uneingeschränkt. Die Ausdehnung des Verbots nach § 11 Abs. 2 auf die Fälle des Austauschs und Ersatzes von Heizsystemen nach dem 31.12.2025 ist als sukzessives generelles Verbot von Stromdirektheizungen zu lesen.

Nach der Gesetzesbegründung soll der „Weiterbetrieb“ der in Hamburg noch bestehenden Stromdirektheizungen nach Ablauf des Jahres 2025 verboten sein.³⁰ Angesichts des Wortlauts der Norm, der an den Austausch und den Ersatz des Heizsystems anknüpft, geht diese Formulierung in der Gesetzesbegründung zu weit. Aus § 11 Abs. 2 folgt nicht, dass Stromdirektheizungen ab dem 31.12.2025 abgeschaltet und ausgebaut werden müssen. Die Pflicht zum Einbau eines alternativen Heizsystems besteht vielmehr nur als

²⁸ Austausch i. S. d. § 11 Abs. 2.

²⁹ Die Kosten eines alternativen und nach § 11 Abs. 1 zulässigen Heizsystems sind hingegen im Rahmen des Abs. 3 („unverhältnismäßiger Aufwand“) zu berücksichtigen. Hier ist nur der Vergleich zwischen den Kosten der „Instandsetzungsmaßnahme“ und dem „Austausch oder Ersatz“ mit demselben Heizsystem zweckmäßig und angemessen.

³⁰ Drs.-HmbB. 21/19200, S. 25.

Folge des Verbots, alte Stromdirektheizungen durch neue zu ersetzen oder andere Heizsysteme mit Stromdirektheizungen auszutauschen. Anders als die Gesetzesbegründung also vermuten lässt, regelt § 11 Abs. 2 keinen echten „Fade Out“ für Stromdirektheizungen im Hoheitsgebiet der FHH.

Im Ergebnis besteht das „Verbot“ des § 11 also immer dann, wenn der Eigentümer sich veranlasst sieht – oder durch eine andere Rechtspflicht veranlasst wird – sein Heizsystem nach dem 31.12.2025 zu „wechseln“ bzw. zu erneuern (i. S. d. unter B. II. 2. dargelegten Maßstabs).

C. Auslegung und Konkretisierung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 11 Abs. 3

Fraglich bleibt, wie die Befreiungstatbestände des § 11 Abs. 3 vor dem Hintergrund der vielfältigen (und hier nur ansatzweise aufgezeigten) Lebenssachverhalte auszulegen sind, die von § 11 Abs. 1 und 2 erfasst sind.

I. Auslegungsmethode

Dafür ist zunächst die Auslegungsmethode zu ermitteln.

1. Grundsätze der Auslegung

Für die Auslegung einer Rechtsnorm sind ihr Wortlaut, ihr Sinn und Zweck, die gesetzliche Systematik und die Entstehungsgeschichte zu untersuchen.³¹ In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Entstehungsgeschichte traditionell den objektiven Auslegungsmethoden untergeordnet.³² Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt zwar erkennen, dass von diesem Grundsatz tendenziell Abkehr genommen wird. Sie beschränkt sich auf das Prinzip, dass die objektive Auslegung der gesetzgeberischen Intention lediglich nicht entgegenstehen darf.³³

³¹ Vgl. BVerfG Urteil vom 21.05.1952, BVerfGE 1, 299 (312) (Leitsatz).

³² BVerfG Beschluss vom 17.05.1960, BVerfGE 11, 126, 129 f.

³³ BVerfG Beschluss 25.01. 2011 - 1 BvR 918/10, Rn. 50 f.

a)

Ausgangspunkt einer objektiven Auslegung ist zunächst die Grammatik einer Vorschrift, anhand derer die Bedeutung der in ihr enthaltenen Begriffe mittels Semantik und Syntax zu ermitteln sind.³⁴ Wie zu zeigen sein wird, handelt es sich bei § 11 Abs. 3 indes um eine Ausnahmegvorschrift zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Für die Auslegung entsprechender Regelungen ist mit Blick auf ihre bewusst offene Formulierung der Regelungszweck der Bezugsvorschrift von übergeordneter Bedeutung.³⁵ Naturgemäß sind Ausnahmegvorschriften regelmäßig auch eng auszulegen und nur in seltenen Fällen analogiefähig.³⁶

Dass diese Dogmatik zweckmäßig ist, zeigt der Versuch den Begriff der „technischen Unmöglichkeit“ allein nach dem Wortlaut zu bestimmen, ohne darin eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu lesen: Bei strenger Wortlautauslegung ist der Austausch einer Stromdirektheizung *technisch* nahezu immer möglich, denn möglich wäre es auch, ein neues Fernwärmenetz zu schaffen oder das betroffene Gebäude neu nach bestem Wärmedämmstandard zu errichten. In der Folge müsste dann die Neuerrichtung der beheizten baulichen Anlage von einer technisch unmöglichen (= unverhältnismäßig aufwändigen) „Neuinstallation“ abgegrenzt werden. Dies würde im Ergebnis wiederum zu einer wenig greifbaren, wertenden Betrachtung führen.

b)

Da es sich bei dem hier untersuchten § 11 Abs. 3 um eine Ausnahmegvorschrift für den Einzelfall handelt, ist mithin der Regelungszweck maßgeblich (teleologische Auslegung). Denn nur vor dessen Hintergrund kann der Dynamik des gesellschaftlichen und technischen Fortschritts angemessen Rechnung getragen werden.³⁷

Der Regelungszweck von entsprechenden Härtefallklauseln besteht in der Gewährleistung des aus Artikel 20 Abs. 3 GG folgenden Verfassungsprinzips der Verhältnismäßig-

³⁴ Wienbracke, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Heidelberg, 2020, Rn. 239 f. m. w. N.

³⁵ BVerfG Beschluss vom 24.01.2012, NVwZ-RR 2012, 257 (259), BVerfG Beschluss vom 31.03.1998, NJW 1998, 1776 (1777).

³⁶ Oebbeke/Lenz in NdsVBl 2017, 33 (34).

³⁷ Vgl. Rütters, Rechtstheorie, 11. Auflage 2020, Rn. 313.

keit.³⁸ Das gilt sowohl für die absolute Grenze der technischen Unmöglichkeit als auch für den Begriff der unzumutbaren Härte. Beiden liegt im Kern eine Abwägung zu Grunde. Diese Abwägung ist an den durch die Bezugsnorm (§ 11 Abs. 1 und 2) geschützten und den durch sie beeinträchtigten Rechtsgütern auszurichten.³⁹

Eine hoheitliche Maßnahme ist verhältnismäßig, wenn sie einem legitimen Zweck mit geeigneten und erforderlichen Mitteln fördert und im engeren Sinne verhältnismäßig ist. Geeignet ist eine Maßnahme, wenn sie die Erreichung des Zwecks kausal bewirkt oder fördert. Erforderlich ist sie, wenn kein anderes Mittel verfügbar ist, das zumindest in gleicher Weise geeignet ist, den Zweck zu erreichen, aber den Betroffenen und die Allgemeinheit weniger belastet. Verhältnismäßig im engeren Sinne ist eine Maßnahme, *wenn die Nachteile, die mit der Maßnahme verbunden sind, nicht völlig außer Verhältnis zu den Vorteilen stehen, die sie bewirkt*. Dabei sind die betroffenen Grundrechte und die Intensität ihrer Beschränkung abzuwägen. Letzteres ist im Wesentlichen die Bestimmung einer Zumutbarkeitsschwelle.

Hier regeln § 11 Abs. 1 und 2 nicht die Verhinderung bestimmter Gefahren für Individualrechtsgüter im Einzelfall (wie beispielsweise im Gefahrenabwehrrecht). Die Vorschriften dienen vielmehr einem übergeordneten Interesse der Allgemeinheit (dem Klimaschutz) und erfassen daher naturgemäß nicht jeden denkbaren Einzelfall auf angemessene Weise.

Der Anwendungsbereich der Abs. 1 und 2 ist – wie oben gezeigt – in rein technischer Hinsicht äußerst weit. Daher ist die Normierung einer Härtefallklausel schon verfassungsrechtlich geboten. Der durch § 11 Abs. 1 und 2 verfolgte Zweck, der darin liegt die Gesamtenergieeffizienz zum Schutz des Klimas zu verbessern und der als solcher erst die Eingriffsbefugnis legitimiert, determiniert also für die Auslegung der Ausnahmeregel des Abs. 3 den Maßstab. Je überragender die Bedeutung des geschützten Rechtsguts, umso mehr Opfer kann dem Einzelnen abverlangt werden.⁴⁰

³⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.11.2021 - 1 BvR 781/21, Rn. 61.

³⁹ BVerfG, Beschluss vom 31.03.1998, NJW 1998, 1776 (1777).

⁴⁰ Vgl. zum Begriff „überragend wichtiger Rechtsgüter“: BVerfG Urteil vom 27.02.2008, Rn. 242f.

Dieser Zusammenhang von Regelungszweck und den üblicherweise betroffenen Rechtsgütern (hier z.B. dem durch Artikel 14 Abs. 1 GG geschützten Eigentum des Gebäudeeigentümers) legt es nahe, sich der Konkretisierung durch einen Vergleich mit ähnlichen Regelungszusammenhängen zu nähern.

Dabei sind die in § 11 Abs. 3 enthaltenen vier Tatbestände möglichst getrennt zu betrachten, auch wenn diese sich evident überschneiden. Folgende Tatbestände können demnach separat betrachtet werden:

- § 11 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Variante 1 (technische Unmöglichkeit bei Neuanschluss, dazu unter II. 2.),
- § 11 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Variante 1 (technische Unmöglichkeit bei Austausch oder Ersatz, dazu unter II. 3.),
- § 11 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Variante 2 und 3 (unzumutbare Härte wegen unangemessenen Aufwands oder in sonstiger Weise bei Neuanschluss, dazu unter III. 1a) und b)) sowie
- § 11 Abs. 2 i. V. m. Abs. 3 Var. 2 und 3 (unzumutbare Härte wegen unangemessenen Aufwands oder in sonstiger Weise bei Austausch oder Ersatz, dazu unter III. 1 a) und b)).

2. Vergleich mit Normen innerhalb des HmbKliSchG

Innerhalb des HmbKliSchG sind in den §§ 12 Abs. 3, 16 Abs. 4 Nr. 1, 2 sowie § 17 Abs. 1, 5 Nr. 2 vergleichbare Härtefallklauseln normiert. Die Vorschriften betreffen das Heizölkesselverbot (§ 12), die Solarpflicht für Neubauten und bei Dacherneuerung (§ 16) und die Nutzungspflicht von erneuerbaren Energien bei der Wärmeversorgung (§ 17). Sie enthalten jeweils an der genannten Stelle eine Befreiung von der jeweiligen Pflicht wegen unbilliger (§§ 15 und 17) oder unzumutbarer (§§ 11 und 12) Härte. Angesichts dieses Formulierungsunterschieds ist zunächst klärungsbedürftig, ob darin eine gesetzgeberische Wertung im Sinne eines Rangverhältnisses zu sehen ist.

Vor dem Hintergrund des oben geschilderten Regelungszwecks von Härtefallklauseln ist dies allerdings zu verneinen. Für die Begriffe der Unzumutbarkeit und der Unbilligkeit finden sich über die Rechtsgebiete hinweg zahlreiche Definitionen, die eine Abgrenzung

nicht erlauben. So definiert der BGH den Begriff der Unzumutbarkeit im zivilrechtlichen Sinne als untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit dem Betroffenen nach Treu und Glauben nicht zumutbaren Zustand.⁴¹ Billigkeit hingegen wird dementsprechend als „dem Einzelfall angemessen“ definiert und orientiert sich daher freilich an den Umständen des jeweiligen Einzelfalls und nicht an einer systematischen Formel.⁴² Diese Formeln sind nicht subsumtionsfähig und machen allenfalls den Ausnahmecharakter deutlich. Sie dienen der Rechtsprechung dazu, eine Abwägung aller Einzelfallumstände vorzunehmen.⁴³ Da sich die Begriffe „Unbilligkeit“ und „Unzumutbarkeit“ hier jeweils auf einen im Einzelfall bestehenden Härtefall beziehen, erscheint eine Abgrenzung oder die Behauptung eines Rangverhältnisses konstruiert. Ein Vergleich auch mit Vorschriften, die von „unbilliger“ Härte sprechen, kommt daher in Betracht.

§ 12 Abs. 3 entspricht seinem Wortlaut § 11 Abs. 3. § 12 bezweckt die Verminderung von CO₂-Ausstoß und enthält ebenfalls eine Übergangsfrist bis zum 21.12.2021. Gemäß der Gesetzesbegründung sollte diese verhindern, dass in bereits in Planung befindliche Objekte eingegriffen wird. Dies ist indes Ausdruck rechtlichen Vertrauensschutzes, welcher ohnehin als Anhaltspunkt für die Bestimmung maßgeblicher Umstände für die Konkretisierung des § 11 Abs. 3 Var. 2 und 3 als Ausnahme zu Abs. 1 herangezogen werden muss.

§ 16 Abs. 4 enthält einen differenzierteren Ausnahmekatalog als § 11 Abs. 3 und § 12 Abs. 3. In diesem sind neben „technischer Unmöglichkeit“ und „unbilliger Härte“ als Ausnahmetatbestand widersprechende öffentlich-rechtliche Pflichten, die wirtschaftliche Vertretbarkeit und bereits installierte solarthermische Anlagen genannt. Einerseits bieten diese Ausnahmetatbestände Anlass, im Umkehrschluss auf die Unerheblichkeit dieser Aspekte für § 11 Abs. 3 zu schließen. Andererseits können diejenigen Rechtsgüter, die durch die Ausnahmetatbestände geschützt sind, nicht der Einzelfallabwägung entzogen werden

⁴¹ BGH, Urteil vom 26.09.1996, BGHZ 133, 316 (321).

⁴² BGH, Urteil vom 30.04.2003, NJW 2003, 3131 (3132).

⁴³ Finkenauer in MK BGB, 8. Auflage 2019 § 313, Rn. 76- 80 m. w. N.

Beispielsweise erwähnt die Gesetzesbegründung das Denkmalschutzrecht als potentiell entgegenstehende öffentlich-rechtliche Pflicht. Es ist aber durch die Nichterwähnung dieses Aspekts in § 11 Abs. 3 nicht ausgeschlossen, dass das Denkmalschutzrecht dem Pflichtigen bereits eine Beschränkung seines Eigentumsrechts abverlangt hat. In der Folge wäre dies bei der Einzelfallabwägung des § 11 Abs. 3 zu berücksichtigen oder es können auch denkmalschutzrechtliche Instandhaltungspflichten § 11 entgegenstehen (dazu unter III 1 b).

Gleiches gilt für den Begriff der wirtschaftlichen Vertretbarkeit. Dieser wird regelmäßig, sofern er – wie hier – anlagenbezogen verwendet wird, mit Blick auf den möglichen Amortisierungszeitraum ausgelegt.⁴⁴ Diese streng wirtschaftliche Betrachtung ist zwar im Umkehrschluss, wie bereits oben aufgezeigt, auf § 11 Abs. 3 nicht anzuwenden (weil er hier im Unterschied zu § 3 HmbKliSchG a. F. (1997)) bewusst nicht mehr erwähnt wird und aus seiner allgemeinen Erwähnung in § 2 Abs. 1 S. 2 kein entsprechend konkreter Maßstab abgeleitet werden kann).

Der finanzielle Aufwand kann aber dennoch ein „unangemessener Aufwand“ i. S. d. § 11 Abs. 3 sein. Lediglich der Bezugspunkt ist ein anderer: die Einzelfallabwägung hat die *Rechte des Einzelnen und eben auch dessen persönlichen Verhältnisse im Blick*, der anlagenbezogene Begriff des „wirtschaftlich Vertretbaren“ (nur) die wirtschaftliche Bilanz einer Anlage.

§ 17 Absatz 5 entspricht – abgesehen von der Erwähnung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit – dem Wortlaut des § 16 Abs. 4 und enthält keine weiteren, hier vergleichend heranzuziehenden Wertungen.

3. Vergleich mit Normen außerhalb des HmbKliSchG

Wie oben bereits dargelegt, ist zur Auslegung des § 11 der Vergleich mit anderen Regelwerken geboten, die dem gleichen oder einem vergleichbaren Rechtsgut (hier insbesondere dem Klimaschutz) dienen. In den Blick genommen werden können hier insbesondere Regelungen des EnEG und der EnEV, welche allerdings mit Wirkung zum

⁴⁴ Vgl. dazu beispielhaft: Drs.-HmbB. 15/6748, S. 7, 8.

01.11.2020 mit dem Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz (EEWärmeG) zum Gebäudeenergiegesetz (GEG) zusammengefasst worden sind. Sodass insbesondere letzteres sodann vergleichend heranzuziehen ist.

(1)

Eine hier beachtliche Wertung enthielt das Energieeinsparungsgesetz (EnEG) in § 4 Abs. 3 Nr. 2 EnEG. Darin war in der vor dem 08.08.2020 geltenden Fassung⁴⁵ eine Verordnungsermächtigung der Bundesregierung geregelt. Danach war die Bundesregierung ermächtigt, zu bestimmen, dass in bestehenden Gebäuden Heizkessel, die bei bestimmungsgemäßer Nutzung wesentlich mehr Energie verbrauchen als andere marktübliche Anlagen und Einrichtungen gleicher Funktion, außer Betrieb zu nehmen sind, wenn weniger belastende Maßnahmen, *wie eine Pflicht zur nachträglichen Anpassung solcher Anlagen und Einrichtungen an den Stand der Technik, nicht zu einer vergleichbaren Energieeinsparung führen*. Weiter hieß es, dass die Maßnahmen (der Erlass einer entsprechenden Verordnung) generell zu einer wesentlichen Verminderung der Energieverluste beitragen müssen, und die Aufwendungen durch die eintretenden Einsparungen innerhalb angemessener Fristen erwirtschaftet werden können müssen.

Hinsichtlich der letzteren Einschränkung gilt das oben zum Begriff der „wirtschaftlichen Vertretbarkeit“ gesagte und ist nicht auf § 11 Abs. 3 übertragbar. Einen Anhaltspunkt für potentiell zu berücksichtigende Umstände bietet aber die Bezugnahme auf den Regelungszweck: die Energieeinsparung. § 4 Abs. 3 Nr. 2 lässt eine Außerbetriebnahme nur zu, wenn die Anpassung der Anlage (also ein milderes Mittel) nicht zu einer vergleichbaren Energieeinsparung führen. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu:

„Die Verpflichtung zur Außerbetriebnahme ist nur dann zulässig, wenn die Eigenschaften der bisherigen Anlagen und Einrichtungen bei bestimmungsgemäßer Nutzung dazu führen, dass mehr Primärenergie verbraucht wird als durch andere marktübliche Anlagen, die auf Grund der technischen Entwicklung zur Verfügung stehen. Dabei müssen die anderen marktüblichen Anlagen, mit denen die bisherige Anlagentechnik verglichen werden soll, auch die gleiche Funktion erfüllen. Beispielweise können elektrische Speicherheizsysteme, die lediglich unterstützende, flankierende Funktion haben, nicht mit

⁴⁵ Das GEG enthält indes keine entsprechende Ermächtigung mehr.

*solchen verglichen werden, die zur kompletten Raumwärme- bzw. Warmwasserbereitstellung genutzt werden.*⁴⁶

Dieser Gedanke, der letztlich auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zum Ausdruck bringt, könnte auf die Regelung des § 11 Abs. 3 übertragen werden. Zwar fehlt es an einer entsprechenden ausdrücklichen Beschränkung, wenn allerdings der Einbau eines alternativen Heizsystems im Ergebnis zu einem *weit höheren* fossilen Primär- bzw. Endenergieverbrauch führt als der Weiterbetrieb, ist dies für eine Einzelfallabwägung zu berücksichtigen.⁴⁷ Denn es ist insbesondere bei atypischen Direktheizungssystemen (wie Infrarotstrahlern) denkbar, dass diese in ein energiesparendes Gesamtkonzept integriert sind. Es bleibt jedoch insgesamt zu beachten, dass die eventuelle Nutzung von schadstofffrei im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang erzeugtem PV- oder Windstrom bei der Abwägung mit Blick auf den Regelungszweck des § 11 nicht pauschal positiv anzuerkennen ist. Global gesehen wird zumindest derzeit Strom, der im Objekt „verheizt“ wird, an anderer Stelle durch fossil erzeugten Strom ersetzt, solange nicht ausschließlich PV- und Windstromsysteme im Netz sind.

Innerhalb der (ebenfalls außer Kraft getretenen) Energieeinsparverordnung kann zudem ein Vergleich mit der Ausnahmegvorschrift zum Nachtspeicherverbot (**§ 10a Abs. 3 EnEV**) gezogen werden. Diese Vorschrift enthielt neben den im Energierecht typischen Ausnahmetatbeständen (entgegenstehende öffentlich-rechtliche Vorschriften, Wirtschaftlichkeit und Vertrauens- bzw. Bestandsschutz) in Buchstabe c) eine Ausnahme, die auf eine alternative Zweckerreichung „durch spätere Änderungen“ abstellt. Dieser Gedanke entspricht dem des § 4 Abs. 3 Nr. 2 EnEV. Eine direkte Übertragung ist mangels entsprechender Formulierungen in § 11 Abs. 3 also fernliegend. Gleichwohl ist im Rahmen der Einzelfallabwägung das *Prinzip der alternativen Zweckerreichung* zu berücksichtigen. Namentlich muss also einbezogen werden, ob der Regelungszweck des § 11 mit der Durchsetzung des Verbots überhaupt noch weiter gefördert wird, wenn es sich *im Einzelfall um eine effiziente und sparsame Stromdirektheizung handelt*,⁴⁸ die z. B. nur zum

⁴⁶ BT-Drs., 16/10290, S. 8 zu Buchstabe c).

⁴⁷ Dabei sind auch die durch das GEG anerkannten Allokationsverfahren (z. B. DIN V 18599-9: 2018-09) einheitlich einzubeziehen.

⁴⁸ Insoweit sei erneut darauf hingewiesen, dass es die Regelungstechnik des § 11 verbietet für diese Bewertung starre Formeln aus anderen (Bundes-) Gesetzen zu übertragen oder pauschal – ohne Einzelfallbe-

temporären oder punktuellen Einsatz genutzt werden soll und dies eine hohe Energieeffizienz bewirkt oder damit dem Pflichtigen oder den Nutzern seiner Wohnungs- / Betriebs- oder Nutzungseinheit erst die Möglichkeit eröffnet wird, dezentral erneuerbare Energien für den Eigenverbrauch zu nutzen. Dieser Aspekt kann auch mit Blick auf § 23 Absatz 4 GEG nicht außer Acht bleiben, denn im deutschen Energierecht gilt der Grundsatz der Technologieoffenheit, der nach der hier vertretenen Auffassung als Konkretisierung des Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG zu verstehen ist. Die Schaffung von Anrechnungs- und Ausgleichsmöglichkeiten, die die Verwendung einer eigentlich ungewollten Technologie zulassen, sind Ausdruck dessen.⁴⁹

(2)

In den Blick zu nehmen ist hier daher auch **§ 23 GEG**. Dieser regelt umfangreich die Anrechnung von Strom aus erneuerbaren Energien und § 23 Abs. 4 GEG bestimmt dabei ausdrücklich für Stromdirektheizungen eine Ausnahme von den Anrechnungsregelungen der Abs. 2 und 3.⁵⁰ § 23 Abs. 4 GEG betrifft dabei Wohn- und Nichtwohngebäude, in denen Strom aus erneuerbaren Energien für Stromdirektheizungen genutzt wird und Nichtwohngebäude, in denen die Nutzung von Strom für Lüftung, Kühlung, Beleuchtung und Warmwasserversorgung die Energienutzung für die Beheizung überwiegt. In der Gesetzesbegründung zu § 23 GEG heißt es:

„Die Neuregelung in § 23 dient zudem der Flexibilisierung, um die Potentiale von gebäudenah erzeugtem Strom aus erneuerbaren Energien besser auszuschöpfen. Gebäudenah erneuerbar erzeugter Strom kann ebenso wie die Solarthermie einen Beitrag zur Wärme- und Kälteversorgung von Gebäuden leisten. Anders als bisher im EE-WärmeG geregelt, wird künftig auch die Nutzung von gebäudenah erneuerbar erzeugtem Strom

trachtung – von vorneherein festzulegen; wann eine bloß temporäre Nutzung beispielsweise im Rahmen des § 11 Abs. 3 zu beachten ist, ist eine Frage des Einzelfalls; zu bedenken ist dabei stets auch, dass der Pflichtige angehalten ist, selbst diejenigen Umstände vorzutragen, die einen Härtefall begründen können (siehe dazu unter IV.).

⁴⁹ Vgl. Schwintowski in EWeRK 2019, 18 (184).

⁵⁰ Die trotz dieser bundesrechtlichen Regelung bestehende landesrechtlichen Gesetzgebungskompetenz für § 11 sei im Folgenden vorausgesetzt, da es sich insoweit um eine bewusste Entscheidung des Landesgesetzgebers handelt und diese Frage nicht Gegenstand dieses Gutachtens ist.

*zur Deckung des Wärme- und Kälteenergiebedarfs als Option zur Erfüllung der Anforderung zur Nutzung erneuerbarer Energien anerkannt.*⁵¹

Dieser Flexibilisierungsgedanke für gebäudenah erzeugten Strom ist – wie bereits dargelegt – im Rahmen des § 11 beachtlich. Zu denken sei nur an eine Stromdirektheizung, die ihre Energie ausschließlich über eine in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang betriebene Kleinwind- oder Solaranlage bezieht. Eine entsprechende Sachlage ist jedenfalls im Rahmen der Subsumtion der Ausnahmetatbestände des § 11 Abs. 3 zu berücksichtigen, da ein übergeordnetes Ziel des § 11, die Reduktion des Primärenergiebedarfs, potentiell bereits gemäß dem Stand der Technik erfüllt ist.⁵²

Der Pflichtige kann sich aber regelmäßig nicht darauf berufen, auf die Anrechnungsmöglichkeit des § 23 Abs. 4 GEG bei der Installation der betroffenen Stromdirektheizung vertraut zu haben, da § 11 (bzw. § 3 HmbKliSchG a. F. (1997)) bereits vor Erlass des § 23 Abs. 4 GEG in Kraft war und das GEG nach der hier vertretenen Auffassung weder nach Art. 72 Abs. 1 GG noch nach Art. 31 GG die Geltung des § 11 berührt. Auch für Bestandsanlagen und -gebäude dürfte der Fall, dass der Pflichtige bei der Installation einer Stromdirektheizung trotzdem auf deren Zulässigkeit vertraut hat, nicht vorkommen.

(3)

Möglich ist auch ein Vergleich mit der Ausnahmeregelung des **§ 55 Abs. 1 GEG**. Diese normiert eine Ausnahme von der in § 52 GEG geregelten Pflicht zur Nutzung von erneuerbaren Energien bei bestehenden öffentlichen Gebäuden. Der Wortlaut des § 55 Abs. 1 S. 1 GEG entspricht weitgehend dem Wortlaut des § 11 Abs. 3. § 55 Abs. 1 S. 2 GEG benennt beispielhaft für einen besonderen „Härtefall“ den Fall, dass jede Maßnahme, mit der die Pflicht nach § 52 Absatz 1 erfüllt werden kann, mit Mehrkosten verbunden ist und diese Mehrkosten auch unter Berücksichtigung der Vorbildfunktion nicht unerheblich sind. § 55 Abs. 1 S. 3 GEG regelt hinsichtlich der Berechnung, dass alle Kosten und Einsparungen zu berücksichtigen sind, und zwar auch solche, die innerhalb der noch zu erwartenden *Nutzungsdauer* der Anlagen oder Gebäudeteile zu erwarten sind.

⁵¹ BT-Drs. 19/16716 S. 125, 3. Absatz.

⁵² Siehe auch Fn. 41.

Nicht übertragbar auf § 11 Abs. 3 ist dabei der Gedanke der Vorbildfunktion, da diese nur Hoheitsträger trifft. Auch genügt es für die Bejahung eines Härtefalls nach § 11 Abs. 3 Var. 2 und 3 keinesfalls, dass dem Pflichtigen erhebliche Mehrkosten entstehen. Der Norm kann aber zumindest entnommen werden, dass der Gesetzgeber nicht nur in besonders krassen Ausnahmefällen von einem „Härtefall“ ausgeht, denn die genannten Fallgruppen liegen nicht nur in seltenen Ausnahmefällen vor.

Die öffentliche Hand trifft zwar die Pflicht zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, gleichwohl entspricht der Wortlaut des § 55 Abs. 1 S. 1 GEG dem des § 11 Abs. 3. Dies zeigt, dass der Begriff des Härtefalls aus sich heraus wenig Anhaltspunkte bietet und es sich damit bei § 11 Abs. 3 um eine äußerst unbestimmt formulierte Ausnahmvorschrift handelt.

Übertragen lässt sich aber die Berücksichtigung der voraussichtlichen Nutzungsdauer des betroffenen Gebäudes. So kann es unverhältnismäßig sein, einem Eigentümer abzuverlangen, ein neues kostenintensives Heizsystem einzubauen, wenn feststeht, dass das Gebäude in naher Zukunft anders genutzt oder sogar abgerissen wird.

(4)

Schließlich sind aus dem Bereich des Energierechts noch **§ 102 Abs. 1 Nr. 2 GEG** und **§ 72 Abs. 4 Nr. 4 und Abs. 5 GEG** vergleichend zu betrachten.

§ 102 Abs. 1 GEG regelt einen allgemeinen Befreiungstatbestand. Danach haben die zuständigen Landesbehörden Eigentümer oder Bauherrn von den Anforderungen des GEG zu befreien, wenn die *Ziele* des GEG durch andere als die im GEG vorgesehenen Maßnahmen *im gleichen Umfang erreicht* werden oder die Anforderungen im Einzelfall wegen besonderer Umstände durch einen unangemessenen Aufwand oder in sonstiger Weise zu einer unbilligen Härte führen. § 102 Abs. 1 S. 2 GEG normiert wiederum ein Regelbeispiel für eine „unbillige Härte“. Danach liegt eine solche insbesondere vor, wenn die erforderlichen Aufwendungen innerhalb der üblichen *Nutzungsdauer*, bei Anforderungen an bestehende Gebäude innerhalb angemessener Frist durch die eintretenden Einsparungen nicht erwirtschaftet werden können. Letzteres ist zwar – wie oben gezeigt – nicht ohne Weiteres auf § 11 Abs. 3 übertragbar, gleichwohl kann als beachtliche

Faktor die *Nutzungsdauer* nicht völlig außer Acht gelassen werden. Zudem ist beachtlich, dass das Gesetz im Rahmen des § 102 Abs. 1 GEG eine wirtschaftliche „unvertretbare“ Maßnahme, unter den Rechtsbegriff der „unbilligen“ Härte subsumiert. Dieses Verständnis lässt sich aber – wie zu zeigen sein wird – nicht auf das HmbKliSchG übertragen.

§ 72 GEG regelt ein Betriebsverbot von Heizölkesseln und enthält in Abs. 4 Nr. 4 eine Voraussetzung dafür, dass ein Heizölkessel ausnahmsweise eingebaut oder aufgestellt werden darf. Diese Ausnahme liegt vor, wenn bei einem bestehenden Gebäude *kein Anschluss* an ein Gasversorgungsnetz oder an ein Fernwärmeverteilungsnetz hergestellt werden kann, weil kein Gasversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung oder kein Verteilungsnetz eines Fernwärmeversorgungsunternehmens am Grundstück anliegt und eine anteilige Deckung des Wärme- und Kälteenergiebedarfs durch erneuerbare Energien *technisch nicht möglich ist oder zu einer unbilligen Härte führt*. § 72 Abs. 5 GEG regelt, dass jegliche Einschränkungen des Abs. 4 nicht anzuwenden sind, wenn die Außerbetriebnahme einer mit Heizöl oder mit festem fossilem Brennstoff betriebenen Heizung und der Einbau einer neuen nicht mit Heizöl oder mit festem fossilem Brennstoff betriebenen Heizung im Einzelfall wegen *besonderer Umstände* durch einen unangemessenen Aufwand oder in sonstiger Weise zu einer unbilligen Härte führen.

Aus § 72 Abs. 4 Nr. 4 GEG kann als maßgeblicher im Rahmen des § 11 Abs. 3 abzuwägender Umstand die Möglichkeit eines Fernwärmenetzanschlusses herangezogen werden. Ist ein solcher Anschluss nicht möglich, sind die jeweiligen Alternativen genau in den Blick zu nehmen, da bereits ein Fall der technischen Unmöglichkeit im Rechtssinne, jedenfalls aber der Fall eines unangemessenen Aufwands in Betracht kommt.

(5)

Wie bereits dargestellt sind gesetzliche Ausnahmegesetze, die auf die Angemessenheit im Einzelfall abstellen, zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in vielen Rechtsgebieten zu finden. Angesichts der für die Auslegung hohen Bedeutung der Schutzrichtung des Bezugsver- oder -gebots, von dem im Ausnahmefall abgewichen werden kann, ist ein abstrakter Vergleich mit all diesen Tatbeständen (z. B. § 306 Abs. 3 BGB, § 555d Abs. 2 BGB, § 574 Abs. 1 BGB § 595 Abs. 7 BGB, § 1315 Abs. 1 BGB,

§ 1565 BGB, § 60 Abs. 1 BImSchG, § 22 Abs. 3 BauGB) nicht zielführend. Vielmehr ist im Rahmen der im Folgenden dargestellten konkreten Bestimmung der einzelnen Tatbestandsmerkmale insbesondere die Rechtsprechung zu den entsprechenden Begriffen auszuwerten.

II. Technische Unmöglichkeit (Abs. 3 Alt. 1)

Gemäß § 11 Abs. 3 Alt. 1 gilt das Verbot nach den Abs. 1 und 2 nicht, wenn der Verzicht auf den Neuanschluss oder der Austausch und Ersatz von fest installierten Stromdirektheizungen im Einzelfall technisch unmöglich ist.

1. Begriff

Der Begriff der technischen Unmöglichkeit dient regelmäßig der Konkretisierung des allgemeinen Unmöglichkeitsbegriffs,⁵³ findet sich aber auch wortwörtlich in anderen Regelungen⁵⁴ und hat hier wegen der zweiten Alternative des Abs. 3, die als besonderen Fall der unzumutbaren Härte einen *unangemessenen Aufwand im Einzelfall* benennt, einen sehr eingeschränkten eigenen Anwendungsbereich. Denn angesichts technischer Entwicklungen werden Fälle echter objektiver (technischer) Unmöglichkeit seltener.⁵⁵ Mit konstruktiven Mitteln ist der Anschluss eines alternativen Heizsystems an eine Wohn-, Betriebs- oder Nutzungseinheit stets möglich, wenn äußere Grenzen (rechtliche Hindernisse oder der erforderliche Aufwand) unbeachtlich bleiben. Im Umkehrschluss aus § 11 Abs. 3 Alt. 2 folgt, dass der Begriff der „technischen Unmöglichkeit“ hier nicht im Sinne einer subjektiven Unmöglichkeit zu lesen ist. Die Grenze zwischen „technischer Unmöglichkeit“ und „wirtschaftlicher Unzumutbarkeit“ verläuft fließend. Eine Abgrenzung kann hier aber wegen der offenen Formulierung des § 11 Abs. 3 Alt. 2 dahinstehen:

Im Bereich des privaten Baurechts zieht die Rechtsprechung die Grenze der „technischen Unmöglichkeit der Nachbesserung“ dort, wo die zur Nachbesserung erforderlichen Mangelbeseitigungsarbeiten die Grundsubstanz oder die Konzeption des Werkes wesentlich

⁵³ Vgl. Dörner, Einführung zum SchRModG, 4 a) aa).

⁵⁴ Z.B. § 17 Abs. 1 S. 2 EnWG, § 20 Abs. 2 S. 2 BW-EWärmeG, § 9 Abs. 3 Nr. 3 KrWG, nur sinngemäß aber in vergleichbarem Zusammenhang: § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. b HeizkostenV.

⁵⁵ Dörner, Einführung zum SchRModG, 4 a) aa).

verändern würden. Bejaht wurde von der Rechtsprechung das Vorliegen technischer Unmöglichkeit beispielsweise in einem Fall, in dem die Nachbesserung das Versetzen einer Säule in einer Tiefgarage erfordert hätte, was eine wesentliche Veränderung der gesamten Statik des gesamten Gebäudes zur Folge gehabt hätte.⁵⁶ Überträgt man diesen Begriff auf die hier untersuchte Vorschrift, käme es darauf an ob die zur Umsetzung erforderlichen Maßnahmen nach der Verkehrsauffassung nicht mehr als bloße Neuinstallation eines Heizsystems verstanden werden könnten, sondern beispielsweise eher eine Neuerrichtung des Gebäudes oder eine vollständige technische Neugestaltung der betroffenen Nutzungseinheit bedeuten. § 11 Abs. 1 Alt. 1 wäre demnach zu bejahen, wenn die Neuinstallation eines Alternativen Heizsystems im Bestand (in den Fällen des Abs. 2) nicht ohne Wesentliche Veränderungen an der betroffenen Immobilie möglich ist.

Im Rahmen von § 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. b HeizkostenV, der für die Pflicht zur Verbrauchserfassung nach §§ 3 – 7 HeizkostenV eine Ausnahme normiert, wird technische Unmöglichkeit als dauerhafte Unmöglichkeit ausgelegt, soll aber auch in Fällen der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit vorliegen und wird in Rechtsprechung und Literatur einzelfallbezogen diskutiert.⁵⁷ Das Gleiche gilt für § 17 Abs. 1 S. 2 EnWG, wobei in diesem Zusammenhang bereits die subjektive Unmöglichkeit des betroffenen Netzbetreibers genügen soll und eine Konkretisierung hier aber auch nur im Einzelfall und regelungsspezifisch erfolgen soll.⁵⁸

Eine entsprechend wertende Abgrenzung kann hier aber mit Blick auf § 11 Abs. 3 Alt. 2 vermieden werden, indem ein streng objektiver Unmöglichkeitsbegriff zu Grunde gelegt wird. Dadurch ist diese Variante nur auf tatsächlich unvorhersehbare Fälle anzuwenden, wobei die übrigen Grenzfälle als „unangemessener Aufwand“ subsumiert werden können.

2. Technische Unmöglichkeit in den Fällen des Abs. 1

Die Fälle des Abs. 1 betreffen in Abgrenzung zu Abs. 2 den Neuanschluss von Stromdirektheizungen zur Beheizung von Neubauten und die Neuinstallation von Stromdirekt-

⁵⁶ Koenen in Beck OK VOB/B, Cramer/Kandel/Preussner, 45. Edition Stand 31.10.2021, Rn. 6 - 7.

⁵⁷ Pfeifer in Beck OK Mietrecht, Schach/Schultz/Schüller, 26. Edition, Stand: 01.11.2021, Rn. 11 - 15.

⁵⁸ Gerstner in Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 2. Auflage 2019, Rn. 48 - 52.

heizungen zur Beheizung von bereits bestehenden Wohnungs-, Betriebs- oder sonstigen Nutzungseinheiten, wenn diese zuvor unbeheizt genutzt oder mit einem anderen Heizsystem beheizt wurden. Die letzteren Fälle dürften derart selten vorkommen, dass für diese eine systematische Untersuchung ohne Einzelfallbezug nicht erfolgen kann und im Folgenden nicht im Einzelnen dargestellt ist.

Für den Neuanschluss formuliert Abs. 3, dass das Verbot nach Abs. 1 nicht gelte, wenn der „Verzicht auf den Neuanschluss [...] technisch nicht möglich“ sei. Der Anwendungsbereich dieser Regelung verengt sich insoweit weiter, da einerseits für Neubauten schwer denkbar ist, dass diese ausschließlich mit Stromdirektheizungen beheizt werden können und andererseits – auch soweit es um den Neuanschluss einer Stromdirektheizung eines zuvor gänzlich unbeheizten Bestandsgebäudes geht – in der Regel einer behördlichen Genehmigung bedürfen (nach § 59 Abs. 1 HBauO bedarf auch die Nutzungsänderung einer Baugenehmigung). In der Regel können somit bereits in der Planungsphase Alternativen entwickelt und aufgezeigt werden können.

Grundsätzlich gilt für Neubauten, dass im Vergleich zu Bestandsanlagen ein wesentlich strengerer Maßstab für das Vorliegen aller Ausnahmetatbestände des Abs. 3 zu fordern ist. Grund dafür ist, dass Art. 14 GG nach traditioneller Sichtweise einen Bestandsschutz baulicher Anlagen und ihrer Nutzung begründet. Denn der Schutz des Vertrauens in die Kontinuität von Recht im Sinne individueller Erwartungssicherheit ist verfassungsrechtlich geboten.⁵⁹ Aus der Eigentumsgarantie folgt nach ganz überwiegender Auffassung für Anlagen, die in materiell legaler Eigentumsnutzung geschaffen wurden, das Recht des Eigentümers, diese auch dann noch halten und nutzen zu dürfen, wenn sie nach inzwischen geänderter Sach- oder Rechtslage materiell illegal geworden ist.⁶⁰

Gleichzeitig folgt aus Art. 14 GG aber kein Anspruch auf die Genehmigung von Bestands- oder Funktionsänderungen, weil das Hinausgreifen über den genehmigten Zustand von den die Eigentümerstellung regelnden Bauvorschriften nicht gedeckt wäre. In

⁵⁹ Grzeszick in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 20, Rn. 69.

⁶⁰ Papier/Shirvani, in Dürig/Herzog/Scholz, GG, 95. EL Juli 2021, Rn. 190-192.

den Fällen des Abs. 1, die regelmäßig jedenfalls eine Nutzungsänderung darstellen, muss regelmäßig etwaiger Vertrauensschutz nicht beachtet werden.⁶¹

3. Technische Unmöglichkeit in den Fällen des Abs. 2

Eine andere Sachlage besteht in den Fällen des § 11 Abs. 2, Abs. 3 Alt. 1, wonach die (Neu-) Installation von Stromdirektheizungen ab 2026 auch für Bestandsgebäude nicht genehmigungsfähig bzw. verboten ist. In diesen Fällen ist das Vorliegen objektiver technischer Unmöglichkeit im engeren Sinne ebenfalls nicht bzw. nur für nicht vorhersehbare Ausnahmefälle denkbar.

III. Unzumutbare Härte im Einzelfall (Abs. 3 Alt. 2)

Gemäß § 11 Abs. 2 Alt. 2 ist das Verbot nach den Abs. 1 und 2 nicht anzuwenden, soweit es im Einzelfall wegen besonderer Umstände durch einen unangemessenen Aufwand oder in sonstiger Weise zu einer unzumutbaren Härte führen würde.

Das entscheidende Merkmal dieses Ausnahmetatbestands ist der Begriff der „unzumutbare Härte“. Keiner näheren Untersuchung bedarf hingegen die Frage, wann „besondere Umstände“ vorliegen. Die Besorgnis einer unzumutbaren Härte stellt im Einzelfall für sich genommen bereits einen besonderen Umstand dar. Mithin ist der Fall nicht denkbar, in dem die Unzumutbarkeit zu bejahen, das Vorliegen besonderer Umstände aber zu verneinen wäre. Durch die Formulierung „soweit“ ist klargestellt, dass der Gesetzgeber im Gegensatz zu den Fällen der „technischen Unmöglichkeit“ von der Möglichkeit einer teilweisen Unzumutbarkeit ausgeht.

1. Unzumutbare Härte

Die oben bereits zitierte Definition des Bundesgerichtshofes (BGH), wonach Unzumutbarkeit vorliegt, wenn ein untragbarer, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarender und damit dem Betroffenen nicht zumutbarer Zustand zu besorgen ist, macht bereits deutlich, dass der Begriff der unzumutbaren Härte sich am Maß der Beeinträchtigung individueller Rechtsgüter orientiert. Diese (zivilrechtliche) Definition ist hier allerdings im Lichte des ohnehin geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu lesen und bietet somit wenig eigene Anknüpfungspunkte. Das Vorliegen einer unzumutbaren Härte

⁶¹ Ebd.

kann sich aus einer besonders intensiven Beeinträchtigung eines bestimmten Rechtsguts oder der Beeinträchtigung besonders vieler Rechtsgüter ergeben.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung differenziert im Rahmen des Bauplanungsrechts (zum Begriff der „offenbar nicht beabsichtigten Härte“ in § 31 Abs. 1 Nr. 2 BauGB) zudem zwischen „persönlicher“ und „grundstücksbezogener“ Härte, wobei z. B. im Rahmen des § 31 BauGB nur letztere erheblich sein soll.⁶² Hier ist dem § 11 indes eine entsprechende Beschränkung des Härtefall-Begriffs nicht zu entnehmen, da die verschiedenen Varianten des § 11 Abs. 3 Alt. 2 auch persönliche Härtefälle erfassen. Der Kompensation erlittener Schicksalsschläge oder erfahrenen Leids darf § 11 Abs. 3 allerdings nicht dienen,⁶³ da eine solche Auslegung zu einer beliebigen und unvorhersehbaren und damit rechtswidrigen Anwendung der Norm führen würde.⁶⁴

Ferner kommt es nicht darauf an, ob ein persönlicher Härtefall für den Pflichtigen oder für die Bewohner oder Nutzer der betroffenen Wohnungs- Gewerbe- oder Nutzungseinheit vorliegt. Begründen personenbezogene Umstände der Bewohner oder Nutzer die Annahme eines Härtefalls, kann dies gleichfalls als mittelbarer Härtefall *für den* Pflichtigen subsumiert werden. Andernfalls würde das Vorliegen eines Härtefalls vom Zufall abhängen, da der typischerweise persönlich Betroffene einer nach § 11 vorzunehmenden Umrüstungsmaßnahme der Bewohner bzw. Nutzer der Wohn-, Gewerbe- oder Nutzungseinheit ist und die Sachlage nicht anders zu bewerten wäre, nur weil insoweit keine Personenidentität besteht.

§ 11 Abs. 3 Alt. 2 differenziert weiter nach der Ursache des Härtefalls, namentlich danach, ob ein Härtefall wegen unangemessenen Aufwands (a) oder in sonstiger Weise (b) vorliegt.

⁶² BVerwG, Urteil vom 18.05.1990 - 4 C 49/89, NVwZ 1991, 264 (265); vgl. auch: Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr BauGB, 15. Auflage 2022, § 31 Rn. 40, 41.

⁶³ Vgl. VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 19.10.2021, 6Z L 1318/21, Rn. 17.

⁶⁴ Vgl. Grzeszick in Maunz/Dürig, GG, 87. EL März 2019, Art. 20 GG Rn. 58.

a) wegen unangemessenem Aufwands

Die erste Variante des § 11 Abs. 3 Alt. 2 betrifft die Fälle, in denen das vom Pflichtigen Geforderte im Vergleich zu seinem Nutzen unangemessen ist. Fraglich ist, wie für dieses Verhältnis ein praktikabler Maßstab entwickelt werden kann.

Denkbar wäre, die bezweckte Primärenergieeinsparung unter anderem dem dafür erforderlichen energetischen Aufwand gegenüberzustellen. Die Bestimmung dieser Faktoren ist jedoch weder durch den Rechtsanwender noch durch den Pflichtigen leistbar. Zudem ist neben dem energetischen Aufwand der zeitliche, wirtschaftliche und rechtliche Aufwand *für den Pflichtigen* in die Abwägung einzubeziehen. Die Abwägung kann dabei zur Vereinfachung nicht a priori auf beispielsweise den finanziellen Aufwand konzentriert werden. Als Indikator kann der erforderliche finanzielle Aufwand in vielen Fällen gleichwohl dienen.

(aa) Geboten ist hier eine nähere Betrachtung mit den für das Denkmalschutzrecht entwickelten Grundsätzen, da die höchstrichterliche und verfassungsrechtliche Rechtsprechung innerhalb dieses Rechtsgebiets wesentliche Fragen zur **Sozialpflichtigkeit des Eigentums** entschieden hat. Für eine Übertragung der Grundsätze in dem Sinne, dass klimaschützende Eingriffsnormen vom Einzelnen *zumindest nicht weniger abverlangen* können, als dies nach geltendem Denkmalschutzrecht zulässig ist, spricht, dass der (öffentliche) Belang des Klimaschutzes insbesondere durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 24.03.2021 (1 BvR 2656 /18) und in tatsächlicher Hinsicht mit seinem Fortschritt an Gewicht gewonnen hat. Der Klimaschutz ist nach richtiger Ansicht dem Denkmalschutz derzeit *abstrakt* übergeordnet.⁶⁵ Ein genereller Vorrang besteht im Einzelfall hingegen nicht.

Vom Denkmaleigentümer wird entsprechend der hier untersuchten Regelung aus übergeordnetem Allgemeininteresse bis zur Zumutbarkeitsschwelle etwas abverlangt (vgl. z. B. § 7 Abs. 1 S. 1 HmbDSchG).⁶⁶ Zwar ist eine unmittelbare Übertragung der Einzelfallrechtsprechung auch wegen der besonderen Abschreibungsmöglichkeit für den Denk-

⁶⁵ Vgl. Abeln / Bringewat, in ZNER 2021 Heft 06, 466 (471 a. E.); diese Wertung spiegelt auch § 9 Abs. 2 S. 2 HmbDSchG wieder, der Maßnahmen zum Ausbau erneuerbarer Energien ausdrücklich als öffentlichen Belang benennt.

⁶⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999 - 1 BvL 7/91 - BVerfGE 100, 226.

maleigentümer nach § 7i EStG nicht möglich. Herangezogen werden kann aber jedenfalls der insoweit entwickelte Maßstab für das, was vom Einzelnen (hier dem Verfügungsberechtigten) „gerade noch gefordert“ werden kann. Unabhängig von dem Bezugspunkt, der hier sowohl im Eigentum an dem betroffenen Grundstück, dem Sondereigentum an der betroffenen Wohnung, dem potentiell gestörten Gewerbe oder dem Eigentum an der jeweiligen Stromdirektheizung selbst gesehen werden kann⁶⁷, handelt es sich bei § 11 jedenfalls um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung, also einen Eingriff in den Schutzbereich Art. 14 GG, die nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) mit Art. 14 Abs. 1 GG unvereinbar sind, *wenn sie unverhältnismäßige Belastungen des Eigentümers nicht ausschließen* und keinerlei Vorkehrungen zur Vermeidung derartiger Eigentumsbeschränkungen enthalten.

Nach dieser Rechtsprechung des BVerfG ist die Zumutbarkeitsgrenze des Denkmaleigentümers jedenfalls dann erreicht, wenn durch die Erfüllung der denkmalrechtlichen Pflichten keine sinnvolle Nutzungsmöglichkeit des Denkmals mehr verbleibt.⁶⁸ Das sei dann nicht der Fall, wenn das Gebäude ausschließlich Denkmal wird, wenn also selbst ein dem Denkmalschutz gegenüber aufgeschlossener Eigentümer von dem Baudenkmal keinen vernünftigen Gebrauch mehr machen und es de facto nicht veräußern könnte. In diesem Fall wäre die Privatnützigkeit nahezu vollständig verdrängt und das *Eigentumsrecht* würde wegen der gesetzlichen Erhaltungspflicht *in eine Eigentumslast übergehen, die der Eigentümer allein im öffentlichen Interesse zu tragen hätte*.

Wo genau die Grenze zur Unzumutbarkeit in solchen Fällen verläuft und wann noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung möglich bleibt, hat das BVerfG zwar offengelassen, da dies eine Frage des Einzelfalls sei, die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zeigt jedoch, dass vom Eigentümer insoweit Erhebliches abverlangt wird.

Beispielhaft sei die Ansicht des Oberverwaltungsgerichts (OVG) Hamburg genannt, welches mit Verweis auf die hier zitierte Rechtsprechung des BVerfG dafür argumentiert, dass Maßnahmen an einer baulichen Anlage nicht schon deshalb wirtschaftlich unzumutbar sind, weil sie den Eigentümer *an einer einträglicheren Nutzung seines*

⁶⁷ Gilt ebenso für Erbbauberechtigte.

⁶⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 02.03.1999 - 1 BvL 7/91 - BVerfGE 100, 226 (Leitsätze).

Grundstücks hindern oder weil dem Eigentümer bei einem Abbruch und anschließendem Neubau geringere Kosten entstehen würden als bei Durchführung der für die Erhaltung notwendigen Maßnahmen. Der Verlust wirtschaftlicher Rentabilität sei gerade nicht unzumutbar.⁶⁹

Überträgt man diese Wertungen auf die hier untersuchte Regelung ergibt sich folgender **abstrakter Maßstab**:

Ein unzumutbarer Härtefall wegen eines unangemessenen Aufwands i. S. d. § 11 Abs. 3 ist nicht an einer einheitlichen Eingriffsschwelle, sondern der im Einzelfall tatsächlichen Belastungsschwelle auszurichten und liegt nicht schon dann vor, wenn der jeweilige Wohnungseigentümer oder der Gewerbetreibende bei Beachtung des Verbots nach § 11 Abs. 1, 2 (vorübergehend) wegen der dafür erforderlichen Investitionen keinen Gewinn erzielen kann. Wie hoch die Schwelle hingegen genau anzusetzen ist, ab welchem Zeitraum die Rentabilität also wieder herstellbar sein muss, kann nicht pauschal beantwortet werden, da dies eine Einzelfallfrage ist,⁷⁰ deren Beantwortung insbesondere auch von *den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Pflichtigen* und auch vom konkreten Nutzen der jeweiligen Maßnahme abhängt. Der konkreten Belastung und Beschränkung des Pflichtigen ist wiederum der klima- bzw. energiepolitische Nutzen gegenüberzustellen. Dieser hängt von der verbrauchten Strommenge, der tatsächlichen Effizienz des jeweiligen Systems und der Art der Stromgewinnen (insbesondere mit Blick auf PV und Wind aus räumlichem Zusammenhang) ab.

(bb) Für die Entwicklung eines auf alle denkbaren Fälle einheitlich anwendbaren Maßstabs müssten hingegen alle ersichtlichen Umstände des Einzelfalls abstrakt einbezogen werden. Zur Entwicklung einer **einheitlichen „Formel“** ist folgendes zu beachten:

Wie oben bereits gezeigt, kann der ursprünglich in § 3 HmbKliSchG a. F. (1997) enthaltene Begriff der „wirtschaftlichen Vertretbarkeit“ hier nicht ohne Weiteres herangezogen werden, da diese Grenze gerade nicht in die Neufassung übernommen wurde und der Gesetzgeber damit zum Ausdruck gebracht hat, dass Stromdirektheizungen nur nach

⁶⁹ Hamb. OVG, Urteil vom 12. Dezember 2007 - 2 Bf 10/02 - ZfBR 2008, 383 (385).

⁷⁰ Vgl. dazu OVG Münster, Beschluss vom 22. 8. 2007 - 10 A 3453/06, Rn. 12.

Maßgabe des § 11 Abs. 3 ausnahmsweise zuzulassen sind. Nach § 3 S. 2 HmbKliSchG a. F. (1997) war eine andere Art der Raumheizung unvertretbar, *wenn die Summe aus den Kapitalkosten, Energiekosten und sonstigen Betriebskosten für die andere Raumheizungsart zu mehr als 20 vom Hundert über der Kostensumme der Stromdirektheizung liegt*. Dieses konkrete Verhältnis ist hier also nicht in die Neufassung hineinzulesen. Gleichwohl benennt § 1 Abs. 1 S. 2 als Rahmen für alle nach dem HmbKliSchG getroffenen Maßnahmen die „wirtschaftliche Vertretbarkeit“, sodass zur Beurteilung der Angemessenheit eines abverlangten Aufwands der Ansatz der alten Fassung nicht gänzlich ohne rechtliche Grundlage wäre.

Denkbar wäre – wenn die sonstigen (persönlichen) Verhältnisse kein anderes Ergebnis rechtfertigen – einen unzumutbaren Aufwand erst anzunehmen, wenn die Summe der Kosten (Summe aus den Kapitalkosten, Energiekosten und sonstigen Betriebskosten) für das alternative Heizsystem die entsprechenden Kosten der Stromdirektheizung innerhalb von 5 Jahren um 100 % Prozent übersteigen und von dem Wechsel des Heizsystems keine besonders hohe Energie und CO₂-Einsparung zu erwarten ist.⁷¹ Dieser Maßstab müsste allerdings vor dem Hintergrund des Regelungszwecks und dem im Energierecht üblichen Prinzip der alternativen Zweckerreichung (siehe S. 31 f.) durch einen nicht unerheblichen Faktor verschoben werden, wenn die betroffene Stromdirektheizung nachweislich ausschließlich mittels erneuerbaren Energien aus unmittelbarem räumlichen Zusammenhang betrieben wird und der Pflichtige dafür bereits finanzielle Aufwendungen getätigt hat.

(cc) Im Ergebnis ist ein pauschaler Maßstab, der insbesondere die persönlichen Verhältnisse nicht in die Angemessenheitsprüfung einbezieht, nach unserer Auffassung schwer mit Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang zu bringen, da es sich bei § 11 Abs. 3 um eine Härtefallklausel *für den Einzelfall* handelt.

Es muss also eine flexible Wirtschaftlichkeitsberechnung angestellt werden und diese vor dem Hintergrund des Regelungszwecks um einen nicht unerheblichen Faktor verschoben

⁷¹ Möglich – aber wesentlich komplexer – wäre es auch, den Maßstab eines unzumutbaren Aufwands an eine (fiktive) Vollkostenrechnung zu knüpfen und die Wirtschaftlichkeitsberechnung an der Richtlinie VDI 2067 zur Berechnung der Wirtschaftlichkeit gebäudetechnischer Anlagen zu orientieren.

werden, wenn der Einzelfall dies erfordert. Wenn also der Pflichtige bereits am Existenzminimum lebt und/oder die betroffene Stromdirektheizung nachweislich ausschließlich mittels erneuerbaren Energien aus unmittelbarem räumlichen Zusammenhang betrieben wird und der Pflichtige dafür bereits finanzielle Aufwendungen getätigt hat, muss dies beachtet werden.

(dd) Erwähnt sei in diesem Zusammenhang auch der Rechtsgedanke des § 21 HmbDSchG. Danach ist für Maßnahmen, die nach dem HmbDSchG zu einer wirtschaftlich unzumutbaren, die Grenzen der Sozialbindung überschreitenden Belastung des Eigentums führen, ein angemessener Ausgleich in Geld zu gewähren, sofern und soweit die Belastung nicht in andere Weise ausgeglichen werden kann. Gegen die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift im Rahmen des HmbKliSchG spricht, dass die Interessenlage der geregelten Sachverhalte nur partiell vergleichbar ist: Das Denkmalschutzrecht verfolgt kein mit dem Klimaschutz vergleichbares übergeordnetes Ziel, das nur durch eine Vielzahl verschiedener kumulativ wirkender Maßnahmen erreicht werden kann, sondern ist am einzelnen Denkmal ausgerichtet. So kann der Erhalt eines auf den ersten Blick unscheinbaren Denkmals nach den Maßstäben des Denkmalschutzes von so überragender Bedeutung sein, dass die Anwendung des § 21 HmbDSchG in diesem Fall geboten, in anderen Fällen aber unangemessen erscheint. Demgegenüber kann die Bedeutung einer Maßnahme für den Klimaschutz recht klar beziffert werden.⁷² Gleichzeitig kann aber aus dem Beschluss des BVerfG vom 24.03.2021 (1 BvR 2656/18) ein gesetzgeberischer Auftrag hergeleitet werden, eine entsprechenden Ausgleichsregelung im Rahmen des HmbKliSchG auch mit Blick auf sonstige Tatbestände mit fortschreitendem Klimawandel zu schaffen.

b) in sonstiger Weise

Schließlich ist nach § 11 Abs. 3 das Verbot nach Abs. 1 im Einzelfall nicht anzuwenden, wenn dies „in sonstiger Weise“ zu einer unzumutbaren Härte führen würde. Dabei handelt es sich um die typische Formulierung eines Auffangtatbestands. Im Rahmen dieser Variante kommt es also ausschließlich auf das Vorliegen einer unzumutbaren Härte im Einzelfall an. Dabei muss sowohl nach dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck des Ausnahmetatbestands die Unzumutbarkeit auch nicht *unmittelbar* für die Person des Pflichtigen bestehen, vielmehr kommt auch in Betracht, dass der Austausch des Heizsys-

⁷² Vgl. dazu BVerfG, Beschluss v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 – Rn. 216.

tems nur für die jeweiligen Bewohner bzw. Nutzer der Wohnungs- oder Nutzungseinheit eine unzumutbare Situation bewirkt.

Unter diesen Ausnahmetatbestand des § 11 Abs. 3 sind – da die Norm an anderer Stelle keinen Anknüpfungspunkt bietet⁷³ – zunächst auch die Fälle (vermeintlich) entgegenstehender anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu subsumieren, wenn dies *für den Betroffenen* einen Härtefall bedeutet. Hinsichtlich der übrigen Fallgruppen sei auf die unten dargestellten Beispielfälle (III. 2.) verwiesen.

(aa) HmbDSchG

In Betracht kommt insbesondere eine praktische Kollision mit denkmalschutzrechtlichen Pflichten. Beide dafür einschlägigen Rechtsquellen (HmbDSchG und HmbKliSchG) sind in der Normenhierarchie als formelles Landesrecht der FHH auf gleicher Ebene. Fraglich ist, ob diese – auch um den hier zweifelhaften Rückgriff auf den Grundsatz *lex posterior derogat legi priori*⁷⁴ zu vermeiden – in Einklang zu bringen sind. Mangels Übergangs- oder Kollisionsregelung innerhalb des HmbKliSchG und insbesondere mit Blick auf § 9 Abs. 2 S. 2 HmbDSchG, der ausdrücklich die Belange des Klimaschutzes als öffentlichen Belang benennt, ist vorrangig davon auszugehen, dass § 11 HmbKliSchG zu keinem Zustand verpflichten soll, der im Widerspruch zum HmbDSchG steht und dieses insoweit verdrängt. Auf der anderen Seite folgt aus der von § 16 Abs. 4 abweichenden Formulierung, der „andere öffentlich-rechtliche Pflichten“ ausdrücklich als Ausnahme zulässt, lediglich, dass der Gesetzgeber in den Fällen des § 11 eine entsprechende Kollision in der Regel nicht gesehen hat. § 16 regelt die Gestaltung der Dachhaut, deren Veränderung bei einem Denkmal stets denkmalschutzrechtliche Relevanz hat. Demgegenüber ist eine Kollision des Denkmalschutzrechts mit § 11 Abs. 1 und 2, wesentlich seltener zu erwarten, da die Umsetzung des Stromdirektheizungsverbots erheblich geringere bauliche Veränderungen erfordert und diese optisch nicht besonders auffällig sind.

Fraglich ist indes, ob die Genehmigungsbedürftigkeit von baulichen Veränderungen nach § 9 Abs. 1 S. 1 HmbDSchG eine Sachlage zur Folge haben kann, die trotzdem einen

⁷³ Vgl. bspw. § 15 Abs. 2, der die Vereinbarkeit mit anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften ausdrücklich fordert.

⁷⁴ Danach hebt das jüngere Gesetz das ältere auf, soweit sie denselben Sachverhalt regeln und in der Normenhierarchie auf einer Stufe stehen.

unzumutbaren Härtefall nach § 11 Abs. 3 begründet. Hier kann nicht für den Einzelfall geklärt werden, wann bauliche Maßnahmen zur Umsetzung des § 11 HmbKliSchG nach § 9 Abs. 1 HmbDSchG genehmigungsbedürftig sind, da dabei darauf abzustellen ist, welche Merkmale die Schutzwürdigkeit des Denkmals konkret begründen.⁷⁵ Dies kann nur anhand eines konkreten Sachverhalts erfolgen. Denkbar sind aber insbesondere zwei Fallgruppen, die im Rahmen des § 11 Abs. 3 beachtlich werden können:

In Betracht kommt zunächst, dass der Pflichtige sich in seinen subjektiven Rechten verletzt sieht, die ihm das Denkmalschutzrecht vermittelt.⁷⁶ Demgegenüber ist auch die Situation denkbar, dass zwischen den jeweils zuständigen Behörden (BKM und BUKEA) Uneinigkeit über die materielle Rechtslage besteht, die eigentlich gebotene Harmonisierung beider Regelwerke also im Einzelfall nicht gelingt.⁷⁷

Der erstgenannte Fall, in dem sich der Pflichtige auf das Denkmalschutzrecht als subjektives Recht auf Erhalt gleichwertiger Denkmalqualität seines Eigentums beruft, stellt in der Regel keinen unzumutbaren Härtefall dar. Diese Konstellation setzt ungeachtet der umstrittenen Frage, ob das Denkmalschutzrecht dem Eigentümer eines Baudenkmals subjektive Rechte überhaupt vermittelt, voraus, dass das Denkmalschutzamt (bzw. die Behörde für Kultur und Medien) die Auffassung des Pflichtigen hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem HmbDSchG nicht teilt: Denn wenn das Denkmalschutzamt selbst zu der Rechtsauffassung gelangt, dass die Durchsetzung von § 11 Abs. 1 und 2 mit dem Denkmalschutzrecht im Einzelfall nicht zu vereinen ist, liegt bereits der zweitgenannte Fall vor. Im ersten Fall hat der Pflichtige es selbst in der Hand seine Einwände unter Berufung auf das Denkmalschutzrecht fallen zu lassen. Würde man diese Fälle als unzumutbaren Härtefall subsumieren, würde das Vorliegen des Abs. 3 allein vom Willen des Pflichtigen abhängen. In diesen Fällen bietet § 80 Abs. 1 VwGO dem Pflichtigen hinreichenden Schutz, da durch die aufschiebende Wirkung eines Widerspruchs / einer An-

⁷⁵ OVG Hamburg, Beschluss vom 22.10.2013 – 2 Bs 283/13 –, Rn. 5.

⁷⁶ Ob das Denkmalschutzrecht subjektive Rechte vermittelt, ist im Einzelnen umstritten, vgl. zum Ganzen: BVerwG, Urteil vom 21. 4. 2009 – 4 C 3/08 –, NVwZ 2009 S. 1231.

⁷⁷ Die Nichterteilung einer nach § 9 Abs. 1 HmbDSchG erforderlichen Genehmigung für eine auf Grund von § 11 Abs. 1 und 2 angeordnete Maßnahme hat noch nicht die Rechtswidrigkeit oder Nichtigkeit der Anordnung zur Folge, sondern hindert zunächst nur die Vollstreckung.

fechtungsklage gegen eine auf Grund von § 11 erlassene Anordnung keine „rechtswidrigen Fakten“ geschaffen werden können.

Hier relevanter ist die zweitgenannte Konstellation, also der Fall, dass der Pflichtige bei Befolgung des § 11 gegen eine Anordnung des Denkmalamts verstoßen würde oder dass dieses die Genehmigung nach § 9 Abs. 1 und 2 HmbDSchG für die Installation einer alternativen Heizung bzw. die dafür erforderlichen baulichen Veränderungen nicht erteilt. Im Folgenden soll dabei die Frage, ob die Verweigerung der Genehmigung im Einzelfall rechtswidrig ist, nicht näher behandelt werden, da diese Prüfung einen konkreten Einzelfall voraussetzt und es darauf für die Prüfung des § 11 Abs. 3 auch nicht ankommt.

Auch wenn nämlich die Nichterteilung einer denkmalschutzrechtlichen Genehmigung rechtswidrig ist, kann diese Frage im Einzelfall nur im Widerspruchsverfahren oder gerichtlich endgültig geklärt werden. Bis zur rechts- oder bestandskräftigen Entscheidung stellt sich dann unabhängig von der Rechtslage das Problem, dass der Pflichtige bei bestehendem Konflikt zwischen den zuständigen Behörden (hier: BKM und BUKEA), die insoweit kein Evokationsrecht haben, in ein Klage- oder Widerspruchsverfahren gedrängt werden könnte. Diese Situation indiziert jedenfalls das Vorliegen eines unzumutbaren Härtefalls in sonstiger Weise, da dem Pflichtigen damit ein zusätzliches und *ihm nicht zurechenbares Prozess- und Kostenrisiko auferlegt würde*. Es handelt sich mithin um einen temporären Härtefall, der nach einer Verständigung oder einer bestands- oder rechtskräftigen Entscheidung entfällt.

Im Ergebnis ist die letztgenannte Konstellation mit fortschreitendem Klimawandel allerdings aus rechtlicher Perspektive nach der hier vertretenen Auffassung von abnehmender Bedeutung, denn insoweit nimmt das relative Gewicht des Art. 20 a GG in Abwägungsentscheidungen stetig zu.⁷⁸ Es würde nämlich einen unverhältnismäßigen Eingriff in Freiheitsgrundrechte zukünftiger Generationen darstellen, wenn der notwendige Transformationsprozess zur Klimaneutralität dadurch verzögert würde, dass der Schutz von Baudenkmalern vor (in der Regel) rein optischen Beeinträchtigungen den Ausbau erneuerbarer Energien und effizienter Systeme verhindern würde.

⁷⁸ BVerfG, Beschluss v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 – Rn. 198.

Spätestens im Rahmen des § 9 Abs. 2 S. 2 HmbDSchG ist die besondere verfassungsrechtliche Bedeutung des Klimaschutzes in der Abwägung *zu beachten* und nicht bloß pauschal zu berücksichtigen. § 9 Abs. 2 S. 2 HmbDSchG normiert für die Rechtsfolgenrechtsseite eine gebundene Entscheidung, deren Voraussetzungen gerichtlich umfassend überprüfbar sind. Das Denkmalschutzamt hat also für die Frage des Gewichts anderer öffentlicher Belange (z. B. den Klimaschutz) keine eigene Einschätzungsprärogative. § 9 Abs. 2 S. 2 HmbDSchG ist verfassungskonform so auszulegen, dass die im BVerfG-Beschluss vom 24.03.2021 1 - BvR 2656/18 - definierten Klimaschutzziele bereits jetzt gefördert und erreicht werden.⁷⁹ Die Untersagung einer rein optischen Beeinträchtigung, die der Erreichung der Klimaschutzziele dient, kann demnach nur mit einer besonders hohen Bedeutung des Denkmals gerechtfertigt werden. Für zeitliche befristete Genehmigungen wird teilweise vertreten, dass angesichts der überragenden Bedeutung des Klimaschutzes für alle Rechtsgüter diesen der Schutz des Denkmals vor rein optischen Beeinträchtigungen nicht mehr entgegengehalten werden kann.⁸⁰ Tatsächlich lassen sich Denkmal- und Klimaschutz schon im Kern nicht „auf eine Linie“ bringen, sodass eine Abwägung stets einzelfallbezogen zu erfolgen hat: Das Denkmalschutzrecht knüpft stets an die Bedeutung eines einzelnen Denkmals bzw. Ensembles an, sodass auch der Schutz nur eines einzigen Denkmals angemessen sein kann. Klimaschützende Maßnahmen sind dagegen nur in der Summe zweckmäßig: Das Verbot beispielsweise einer einzelnen Stromdirektheizung trägt wenig zu Erreichung der Klimaschutzziele bei.

(bb) WEG, Arbeitsschutz, Hygienevorschriften

Weiter kommt in Betracht, dass das ArbSchG, das WEG oder spezielle Hygienevorschriften einer unmittelbaren oder hürdenlosen Durchsetzung des § 11 entgegenstehen; soweit sich öffentlich-rechtliche Pflichten (vermeintlich) widersprechen gelten indes die gleichen Erwägungen wie für (vermeintlich) kollidierendes Denkmalschutzrecht. Ein strengerer Maßstab ist freilich im Bereich des Arbeitsschutzes und für lebensmittelrechtliche Vorgaben anzusetzen, da durch entsprechende Regelungen auch die körperliche Unversehrtheit geschützt wird. Die Fallgestaltungen sind insoweit aber in so erheblicher Weise von Einzelheiten abhängig, dass eine antizipierte Subsumtion nicht zielführend bzw. nicht möglich ist.

⁷⁹ Abeln / Bringewat, in ZNER 2021 Heft 06, 466 (468 f.).

⁸⁰ Ebd.

Im Anwendungsbereich des WEG ist beachtlich, dass die Vollziehung von § 11 Abs. 1 und 2 regelmäßig eine Beschlussfassung nach § 23 WEG vorausgesetzt ist, da dafür in gemeinschaftliches Eigentum eingegriffen werden muss.⁸¹ Verweigert die Gemeinschaft die Beschlussfassung bzw. entscheidet sich gegen die erforderliche bauliche Veränderung, *besteht ein Anspruch des pflichtigen Sondereigentümers auf Beschlussfassung und diesem stünde insoweit auch der Klageweg offen* (vgl. § 44 Abs. 1 S. 2 WEG). Dieser Anspruch richtet sich auf einen Beschluss, der die Umsetzung von § 11 ermöglicht, er ist mithin schon auf den Inhalt des Gemeinschaftsbeschlusses gerichtet.

Beruft sich die Gemeinschaft dabei aber auf zumindest nachvollziehbare Gründe (z. B. die Behauptung technischer Unmöglichkeit oder den Denkmalschutz), kann dies durchaus einen in sonstiger Weise verursachten unzumutbaren Härtefall begründen, wenn *die Behörde es unterlässt die Gemeinschaft selbst hoheitlich zu verpflichten*. Denn auch in diesen Fällen würde dem Pflichtigen dann wiederum ein zusätzliches Prozess- und Kostenrisiko gegen seine WEG auferlegt. Dieses Prozess- und Kostenrisiko ist dem Pflichtigen gerade auf Grund der Möglichkeit der Behörde, einen Verwaltungsakt auch an die WEG zu richten, sich also selbst mit der WEG auseinanderzusetzen, nicht zumutbar.

Dieser Konstellation kann also mittels an die *WEG gerichtete Duldungsanordnung mit zusätzlicher Anordnung zur gestattenden Beschlussfassung* entgegengewirkt werden.⁸²

2. Fallgruppen

Die denkbaren Fallgestaltungen, die die Annahme eines unzumutbaren Härtefalls rechtfertigen, können naturgemäß nicht abschließend antizipiert werden. Im Folgenden sind daher beispielhaft typische (drohende) Rechtsgutsbeeinträchtigungen dargestellt, die regelmäßig die Annahme eines unzumutbaren Härtefalls rechtfertigen können oder den Betroffenen dazu veranlassen können, eine Befreiung nach § 11 Abs. 3 zu beantragen. Grundsätzlich sind dabei alle Rechtsgutsbeeinträchtigungen zu berücksichtigen.

⁸¹ Das ist schon dann der Fall, wenn in die sich hinter dem sichtbaren Putz befindliche Bausubstanz eingegriffen werden soll.

⁸² Der Verwaltungsakt ist dann jedenfalls gegenüber dem Verwalter bekannt zu geben.

a) Fallbeispiele unzumutbarer Härte in den Fällen des Abs. 2 (Bestand)

Vorrangig in den Blick zu nehmen sind hier Sachverhaltskonstellationen des § 11 Abs. 2 (Bestandsanlagen). Denn bereits genehmigte und installierte Anlagen können Vertrauensschutz begründen. Zudem ist im Gegensatz zur *Neuinstallation* der für die *Umrüstung* erforderliche Aufwand regelmäßig größer und die technischen Alternativen weiter eingeschränkt. Demgegenüber müssen Bauherren und -träger bereits seit 1997 das Stromdirektheizungsverbot nach § 3 HmbKliSchG a. F. (1997) und seit dem 29.02.2020 gemäß § 11 beachten und können sich daher regelmäßig nicht darauf berufen, auf die Zulässigkeit des betroffenen Heizsystems während der Planung vertraut zu haben.

(aa) Personenbezogene Härtefälle

Personenbezogene Härtefälle können sich aus Beeinträchtigungen solcher Rechtsgüter ergeben, die den betroffenen (juristischen) Personen oder rechtsfähigen Gemeinschaften unmittelbar anhaften.

(1) Gesundheitlicher Zustand der Bewohner

Denkbar ist zunächst eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit des Pflichtigen bzw. seiner Bewohner oder Nutzer aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Nach überwiegender Auffassung und der höchstrichterlichen Rechtsprechung schützt das Recht auf „körperliche Unversehrtheit“ auch das Freisein von psychischen Krankheiten (im Unterschied zu bloßen Beeinträchtigungen der psychischen Befindlichkeit) und umfasst auch nicht körperliche Einwirkungen, die ihrer Wirkung nach körperlichen Eingriffen gleichzusetzen sind.⁸³

Insbesondere ist denkbar, dass eine zur Umsetzung des § 11 HmbKliSchG geeignete Maßnahme den Auszug von Bewohnern erfordert und dies wegen deren besonders hohen Alters oder besonders schlechten gesundheitlichen Zustands für diese erheblichen Beeinträchtigungen mit sich bringen würde, die in keinem Verhältnis zu dem konkreten Nutzen im Einzelfall stehen. Auch ist die typische Folge eines Heizanlagen austauschs, dass die vorübergehend unbeheizten Räume im Winter während des Umbauzeitraums nicht beheizt werden können. Dies kann bei bestimmten gesundheitlichen Vorbelastungen der

⁸³ BVerfG Beschluss vom 29. Juli 2009 - 1 BvR 1606/08, BVerfGE 56, 54 [75].

Betroffenen die Wohnung vorübergehend unbewohnbar machen und somit einen (temporären) Härtefall begründen..

Zu beachten ist in diesen Fällen die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Härtefallklausel des § 574 Abs. 1 S. 1 BGB. Danach begründet das hohe Alter eines Mieters *nicht ohne weitere Feststellungen zu den sich hieraus ergebenden Folgen* für den betroffenen Mieter im Falle eines erzwungenen Wohnungswechsels grundsätzlich noch keine Härte.⁸⁴

(2) Wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen

Bei Bestandsanlagen können die wirtschaftlichen Verhältnisse des Pflichtigen oder der Gebäudenutzer, ersteren vom Verbot des § 11 Abs. 2 befreien. Dies kommt insbesondere für gewerblich genutzte Gebäude in Betracht, da eine bauliche Maßnahme dann zusätzlich negative Auswirkung auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der gewerblichen Nutzer hätte (insoweit handelt es sich auch um objekt- und anlagenbezogene Umstände). Als Indikator kann dabei eine wie oben (unter III. 1 a) vorgeschlagene Zumutbarkeitsberechnung dienen. In Fällen, in denen *die wirtschaftlichen Verhältnisse des Pflichtigen* die zusätzlichen Kosten auch über einen übermäßig langen Zeitraum⁸⁵ nicht tragen, ist in der Regel von einer unzumutbaren Härte für diesen auszugehen.

Da die insoweit anzusetzenden Kosten⁸⁶ freilich von objektiven Umständen (z. B. fehlende Anschlussmöglichkeit an ein Fernwärme- oder Gasnetz) abhängen, sind die (schlechten) wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen naturgemäß zusätzlich zu anderen Umständen, also als zusätzliche Belastung zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite ist der Maßstab nicht streng objektiv zu verstehen. Wenn beispielsweise nur ein kurzer Zeitraum zwischen einer zulässigen Investition in die Reparatur einer Stromdirektheizung und der aus der Perspektive objektiv nicht zu erwartenden eintretenden Erforderlichkeit eines vollständigen Austauschs i. S. d. § 11 Abs. 2 liegt, ist diese doppelte wirtschaftliche Belastung zu berücksichtigen.

⁸⁴ BGH Urteil vom 03.02.2021, VIII ZR 68/19, Rn. 29.

⁸⁵ Zur Bestimmung des insoweit erheblichen Zeitraums vgl. S. 30 – 34.

⁸⁶ Vgl. S. 30 – 34: es sind dabei nur solche Kosten zu berücksichtigen, die der Pflichtige auch tatsächlich selbst zu tragen hat.

Übermäßige Belastungen persönlicher Vermögen sind nicht mit dem aus Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG abgeleiteten Anspruch auf ein Existenzminimum vereinbar. Die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen sind also immer – und zwar insbesondere bei der Beurteilung der Angemessenheit des erforderlichen Aufwands – beachtlich, können aber auch für sich genommen schon eine unzumutbare Härte begründen. Regelmäßig wäre es mit Art. 14 GG und Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG unvereinbar, dem Pflichtigen eine Maßnahme abzuverlangen, die er wirtschaftlich nur durch die vollständige Veräußerung des betroffenen Objekts tragen könnte.

(bb) Objekt- und anlagenbezogene Härtefälle

Härtefälle können sich auch aus Umständen ergeben, die nicht den betroffenen Personen, sondern dem jeweiligen Gebäude oder der konkreten Heizungsanlage anhaften. Diese bleiben auch bestehen, wenn die Person des Pflichtigen oder der sonst betroffene Personenkreis beispielsweise im Wege der Rechtsnachfolge wechseln würden.

(1) Keine Anschlussmöglichkeit an ein Fernwärme- oder Gasnetz und keine Möglichkeit für die Lagerung fester Biomasse

Insoweit kommt zunächst der Fall in Betracht, dass das betroffene Gebäude nicht an ein bestehendes Fernwärme- oder Gasnetz angeschlossen werden kann und zusätzlich keine Möglichkeit für die Lagerung fester Biomasse (z.B. Pelletsbunker, o.ä.) besteht. Ist dies der Fall, können die im Übrigen möglichen Lösungen⁸⁷ zur Erzeugung von Raumwärme *mit erheblichem Aufwand verbunden* sein, sodass eine Befreiung in diesen Fällen nach § 11 Abs. 3 Alt. 2 sachlich begründet sein kann. So ist auch denkbar, dass das Gebäude über kein funktionsfähiges *Schornsteinsystem* verfügt, dass die Installation eines Gas-Brennwertkessels ohne unangemessenen Aufwand ermöglichen würde.

(2) Erneuerbar betriebene Stromdirektheizungen (z. B. PV-betriebene Infrarotdeckenstrahler)

Fälle, in denen die jeweilige Stromdirektheizung ihre Energie ausschließlich erneuerbar und dezentral bezieht und / oder in ein energiesparendes Gesamtkonzept integriert ist und dazu dient, nur zur temporären und gezielten Beheizung über die Raumgrundtemperatur

⁸⁷ Z. B. Wärmepumpe, Geothermie, Wärmekollektor, Luftwärmepumpe.

hinaus eingesetzt zu werden, können ohne Weiteres *nicht* als „unzumutbare Härtefälle“ subsumiert werden. Für sich kann eine solche Sachlage keine Befreiung nach § 11 Abs. 3 begründen, da sie regelmäßig für den Betroffenen keine Unzumutbarkeit bedeutet. Für einen generellen Maßstab danach, ob die Durchsetzung des Verbots nach § 11 Abs. 1 und 2 in diesen Fällen energetisch und klimapolitisch sinnvoll ist, lässt § 11 Abs. 3 kein Raum. Gleichwohl ist eine solche Sachlage im Rahmen der Beurteilung – wie gezeigt – des *angemessenen* Aufwands zu beachten. Gleiches gilt für einen bereits getätigten erheblichen Aufwand des Pflichtigen in die energetische Sanierung eines mittels Stromdirektheizung beheizten Gebäudes.

(3) Kollision mit anderen öffentlich-rechtlichen Pflichten

Die (vermeintliche) Kollision mit anderen öffentlich-rechtlichen Pflichten kann einen Härtefall begründen, wenn dem Pflichtigen durch die Unklarheit der Rechtslage oder die abweichende Auffassung einer dritten Behörde ein ihm *nicht zurechenbares Prozess- und / oder Kostenrisiko* zugemutet würde. Denkbar ist insbesondere, dass eine zusätzlich erforderliche Genehmigung (z.B. nach dem Denkmalschutzrecht) nicht erteilt wird.

(4) Auswirkung auf gewerbliche oder sonstige Nutzung

Beachtlich sind auch Auswirkungen auf die gewerbliche Nutzbarkeit eines Gebäudes. Wenn Gewinneinbußen über einen längeren Zeitraum zu erwarten sind und der Betroffene diese nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums ausgleichen kann, kann dies einen Härtefall begründen.⁸⁸ *Statische und vom Einzelfall unabhängige Grenzen für das insoweit noch zumutbare Maß können dabei nicht festgesetzt werden.* Indes indiziert eine drohende Zahlungsunfähigkeit des gewerblichen Nutzers regelmäßig das Vorliegen einer unzumutbaren Härte.

Eine weitere im Einzelfall potentiell nach § 11 Abs. 3 Alt. 2 zu befreiende Personen-
gruppe sind Eigentümer bzw. Nutzer von *Baucontainern*, die z. B. mit einer Infrarot-
Heizplatte beheizt werden. In diesen Fällen kollidieren vertragliche Pflichten des Bauun-
ternehmers gegenüber seinen Angestellten und seinen Bauvertragspartnern sowie arbeits-

⁸⁸ Damit ist hier nicht gemeint, für diese Fälle einen Amortisierungstatbestand in § 11 Abs. 3 „hineinzulen“ und „wiederzubeleben“; es ist lediglich zu berücksichtigen, welche finanzielle Leistungsstärke der Pflichtige (der auch eine Gesellschaft sein kann) hat. Denn auch danach richtet sich, welcher Zeitraum für eine wirtschaftliche Kompensation zumutbar ist.

schutzrechtliche Pflichten, wenn durch eine aufwändige Umrüstung Termine verschoben oder arbeitsschutzrechtliche Vorgaben nicht eingehalten werden können, wenn die Container genutzt aber nicht beheizt werden können. In diesen Fällen ist insbesondere ein alternatives Heizsystem häufig nicht wirtschaftlich nutzbar.⁸⁹

(5) Vertrauen auf Anrechnungsmöglichkeit nach § 23 Abs. 4 GEG

Grundsätzlich kann sich der Pflichtige hier nicht darauf berufen, auf die Anrechnungsmöglichkeit des 23 Absatz 4 GEG bei der Installation der betroffenen Stromdirektheizung vertraut zu haben, da § 11 (bzw. § 3 HmbKliSchG a. F. (1997)) bereits vor Erlass des § 23 Absatz 4 GEG in Kraft war und das GEG nach der hier vertretenen Auffassung weder nach Art. 72 Abs. 1 GG, noch nach Art. 31 GG die Geltung des § 11 berührt. Für Bestandsanlagen und -gebäude dürfte der Fall, dass der Pflichtige bei der Installation einer Stromdirektheizung trotzdem auf deren Zulässigkeit vertraut hat, nicht vorkommen. Gleichwohl sind Fälle denkbar in denen auf Grund der abweichenden Rechtslage in der FHH, die bisher aber nicht konsequent durchgesetzt wird, entgegen dem Verbot des § 11 HmbKliSchG vertrauen begründet worden ist. Dabei ist der Einzelfall und insbesondere die (hoheitliche) Zurechenbarkeit der das Vertrauen auslösenden Umstände umfassend zu würdigen. Kein Vertrauen begründet für sich genommen der Umstand, dass § 3 HmbKliSchG a. F. (1997) nicht konsequent kontrolliert und umgesetzt wurde.

(6) Voraussichtliche Nutzungsdauer des Gebäudes

Auch muss im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung die zukünftige Nutzungsdauer des betroffenen Gebäudes prognostiziert werden, um dieser unter anderem den erforderlichen Aufwand gegenüberzustellen. Der Anschluss eines Heizsystems an ein *kurz vor dem Abriss* stehendes Gebäude erfordert regelmäßig einen unverhältnismäßigen Aufwand, der einen unzumutbaren Härtefall begründet.

(7) Havariefälle bei drohender Frostgefahr

Schließlich ist der Fall vorstellbar, dass die Installation alternativer Systeme lange Planungs- und Bauzeiten erfordert und dies in Verbindung mit der derzeitigen Marktsituati-

⁸⁹ Um dies abschließend zu beurteilen, müssten indes zahlreiche Einzelheiten bekannt sein, die der Pflichtige dann vortragen müsste: Wenn ohnehin ein Teil des Containerbestands ungenutzt ist, kann dieser auch ohne erhebliche Einbußen umgerüstet werden; sollte dies nicht der Fall sein, können die gewerblichen Einbußen für Ersatzcontainer oder zeitliche Verzögerungen erheblich sein.

on des Handwerks dazu führt, dass bestimmte Gebäude oder Gebäudeteile *über Monate unbeheizt* wären. Dies kann zu erheblichen Frostschäden führen. In diesen Fällen kann es für den Pflichtigen oder andere Betroffene unzumutbar sein, selbst für zusätzliche Ersatzheizkörper sorgen zu müssen, um diese Schäden zu verhindern.

(cc) Kombinationen (kumulative Belastung)

Die dargestellten Rechtsgutsbeeinträchtigungen, die die Durchsetzung des Stromdirektheizungsverbots nach § 11 mit sich bringen, müssen in ihrer Gesamtheit gewürdigt werden. Denn insbesondere in die auf Kontinuität angelegte Eigentumsfreiheit des Grundeigentümers können mehrere hoheitliche Maßnahmen gleichzeitig eingreifen und belastende Wirkungen für den Eigentümer entfalten. Eine Gesamtwürdigung aller grundrechtsrelevanten Belastungen hat dabei unabhängig davon zu erfolgen, ob die Eingriffe gewollt oder ungewollt zusammenwirken, dasselbe oder unterschiedliche Ziele verfolgen und von einem oder mehreren Hoheitsträgern ausgehen.⁹⁰ Eine Kumulation von Grundrechtseingriffen ist beim Grundeigentum kein seltener Ausnahmefall, kann aber hier einen ausnahmsweisen Härtefall begründen, wenn der Pflichtige beispielsweise durch denkmalschutzrechtliche Pflichten erheblich belastet ist. Zu prüfen wäre in solchen Fällen, ob eine Ausgleichspflicht nach § 21 HmbDSchG (rückwirkend) eintreten kann. § 21 HmbDSchG gewährt allerdings nach seinem Wortlaut Ausgleichsansprüche *nur für Maßnahmen nach dem HmbDSchG*. Ob die Sachlage durch zusätzliche additive Belastungen auf Grund anderer Rechtsgrundlagen für die Vergangenheit neu bewertet werden müsste, ist von der Rechtsprechung bisher nicht abschließend geklärt. Dafür spricht, dass es andernfalls vom Zufall abhinge, nämlich davon, nach welchem Gesetz eine belastende Maßnahme zuerst eine grundrechtsrelevante Wirkung entfaltet, ob der Pflichtige Ausgleich erlangt.

b) Fallbeispiele unzumutbarer Härte in den Fällen des Abs. 1 (regelmäßig Neubau)

Die Fälle des § 11 Abs. 1 betreffen regelmäßig Neubauten. Vom Wortlaut erfasst ist auch die Neuinstallation einer Stromdirektheizung in ein zuvor anderweitig beheiztes Gebäude. Denkbar ist aber auch der Fall, dass die Nutzung einer baulichen Anlage, die zuvor ungeheizt genutzt wurde, geändert und erstmals ein Heizsystem installiert wird bzw. werden soll. In diesen Fällen ist die Annahme eines Härtefalls seltener gerechtfertigt, da

⁹⁰ Kreuter-Kirchhof in NVwZ 2019, 1791 (1797).

regelmäßig noch keine (bestandskräftige) Genehmigung „in der Welt“ ist, die ein schützenswertes Vertrauen begründen würde.

(aa) Personenbezogene Härtefälle

Gleichwohl sind auch in den Fällen des Abs. 1 Sachverhalte denkbar, die einen Härtefall begründen.

(1) Gesundheitlicher Zustand / hohes Alter der Bewohner

Hinsichtlich des gesundheitlichen Zustands der betroffenen Personen gelten abstrakt dieselben Erwägungen wie im Rahmen des Abs. 1. Es sind aber schwerlich Fälle vorstellbar, in denen eine gesundheitlich vorbelastete Person eine bisher ohne Stromdirektheizung (oder gänzlich un-) beheizte Wohnung bewohnt und nur die Neuinstallation einer Stromdirektheizung diese vor einer unzumutbaren Härte schützen würde.

(2) Wirtschaftlichen Verhältnisse

Gleiches gilt für die Fälle einer unzumutbaren wirtschaftlichen Beeinträchtigung. Insoweit kommt nur in Betracht, dass die Neuinstallation einer Stromdirektheizung, die beispielsweise einen nunmehr nach § 72 GEG unzulässigen Ölkessel ersetzen soll, gegenüber anderen Alternativen (Gas-Brennwertkessel, Fernwärme etc.) so erheblich günstiger ist, dass eine andere Lösung dem Pflichtigen nicht zugemutet werden kann. Diese Fälle dürften vor dem Hintergrund, dass der Pflichtige regelmäßig Eigentümer des betroffenen Objekts ist, das gewinnbringend genutzt oder belastet werden kann, selten vorkommen. Zu berücksichtigen sind auch in diesen Fällen alle Umstände des Einzelfalles: z. B. Betriebs-, Wartungskosten, Förderung und Umlagefähigkeit.

(bb) Objekt- und anlagenbezogene Härtefälle

Auch in den Fällen des § 11 Abs. 1 kommen objekt- und anlagenbezogene Härtefälle in Betracht. Dabei ist insbesondere an die Neuinstallation eines Heizsystems an ein zuvor unbeheiztes Gebäude zu denken.

(1) Keine Anschlussmöglichkeit an ein Fernwärme- oder Gasnetz

Auch im Rahmen des Abs. 1 kommt eine Befreiung mangels Anschlussmöglichkeit an ein Fernwärme- oder Gasnetz in Betracht, wenn der Einbau anderer Heizungssysteme einen erheblichen und im Vergleich unangemessenen Aufwand erfordern würde. Nur in

den Fällen der Nutzungsänderung eines *zuvor unbeheizten Gebäudes* ist hingegen die Situation denkbar, dass weder eine Anschlussmöglichkeit an ein Fernwärmenetz noch ein nutzbares Schornsteinsystem besteht.

(2) Erneuerbar betriebene Stromdirektheizungen (z. B. PV- betriebene Infrarotdeckenstrahler)

Für diese Fälle gelten dieselben Erwägungen wie im Rahmen von Abs. 2.

(3) Kollision mit anderen öffentlich-rechtlichen Pflichten

Auch kann die Neuinstallation einer Stromdirektheizung zu einer (vermeintlichen) Kollision mit anderen öffentlich-rechtlichen Pflichten führen und entsprechend einen unzumutbaren Härtefall begründen, wenn dem Pflichtigen ein nicht zurechenbares Prozess- und Kostenrisiko zugemutet würde.

(4) Auswirkung auf gewerbliche oder sonstige Nutzung

Erhebliche negative Auswirkungen auf die gewerbliche Nutzung eines Gebäudes durch Umrüstungsmaßnahmen müssen auch im Rahmen von Abs. 1 gewürdigt werden. Dieser Aspekt kann insbesondere zum Tragen kommen, wenn eine Nutzungsänderung beabsichtigt ist, die die Installation eines Heizsystems erfordert. Zu beachten ist dabei insbesondere der Nutzungszweck. Dient dieser einem übergeordneten Allgemeininteresse, wäre dessen Verhinderung zum Zwecke der Energie- und CO₂-Einsparung unverhältnismäßig. Namentlich ist an Unterkünfte für Asylsuchende oder Obdachlose zu denken, wenn diese nicht hoheitlich getragen werden.

(5) Vertrauen auf Anrechnungsmöglichkeit nach § 23 Abs. 4 GEG

Bei einer geplanten Neuinstallation von Stromdirektheizungen nach § 11 Abs. 1 kann sich der Pflichtige grundsätzlich nicht darauf berufen, auf die Anrechnungsmöglichkeit nach § 23 Abs. 4 GEG während der Planung einer neuen Stromdirektheizung vertraut zu haben. Es gilt insoweit das oben im Rahmen der Fallgruppen des Abs. 2 gesagte.

(6) Voraussichtliche Nutzungsdauer des Gebäudes

Auch in den Fällen der Nutzungsänderung oder der Neuinstallation einer Stromdirektheizung eines zuvor anderweitig beheizten Gebäudes kann eine voraussichtlich nur noch

geringe Nutzungsdauer des betroffenen Gebäudes eine Befreiung von § 11 Abs. 1 rechtfertigen, wenn alternative Lösungen wesentlich aufwändiger sind und das Gebäude sonst völlig ungenutzt bliebe.

(cc) Kumulative Belastung in den Fällen des § 11 Abs. 1

Auch für die Untersagung einer Neuinstallation sind gleichzeitige oder vorherige grundrechtsrelevante Beschränkungen bereits beachtlich. Bei gleichzeitigem Vorliegen verschiedener Fallgruppen sind diese mithin insgesamt zu würdigen.

IV. Darlegungslast

Zu klären bleibt, wer die Tatsachen darlegen und beweisen muss, die einen Härtefall begründen können. Grundsätzlich gilt im Verwaltungsverfahren nach § 24 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) der Untersuchungsgrundsatz. Danach hat eine Behörde einen Sachverhalt zu ermitteln, wenn sie Anlass zur Ermittlung hat.⁹¹ Grundsätzlich gilt dabei, dass die Behörde von typischen Lebenssachverhalten ausgehen darf, die eine Einzelfallprüfung erst erforderlich machen, wenn sich konkrete Anhaltspunkte ergeben. Im Ergebnis führt das in der Regel zu einer Darlegungslast desjenigen, der sich auf die Ausnahmevorschrift des § 11 Abs. 3 beruft. Dabei genügt es allerdings, wenn der Behörde tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die Anlass für weitere Sachverhaltsaufklärung bieten, um den amtlichen Untersuchungsgrundsatz wieder aufleben zu lassen. Beispielsweise ergibt sich die Unmöglichkeit des Anschlusses an ein Fernwärme- oder Gasnetz aus Umständen, die der jeweiligen Behörde bekannt sind, sodass in diesen Fällen eine umfassende Darlegung der den Härtefall begründenden Umstände durch den Pflichtigen nicht erforderlich sein kann und sich dann nur auf die (Un-) Möglichkeit anderer Alternativsysteme beschränkt.

Materiell-rechtlich trägt hingegen derjenige, der sich auf § 11 Abs. 3 beruft, die volle Beweislast für das Vorliegen der darin genannten Voraussetzungen. Die materielle Beweislast betrifft die Frage, welche Partei in einer Situation, in der weder der Tatsachenvortrag der einen noch der anderen Seite bewiesen werden kann (non-liquet Situation),

⁹¹ Kallerhoff/Fellenberg in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG 9. Auflage 2018, § 24 Rn. 25 f.

die Folgen der Ungewissheit eines Sachverhalts gegen sich gelten lassen muss. In dieser Situation ist die Unklarheit der Sachlage trotz der durchgeführten, erschöpfenden Ermittlungen nicht zu beseitigen.

Hier liegen die Tatsachen, die das Vorliegen einer der in § 11 Abs. 3 genannten Ausnahmetatbestände begründen, ganz überwiegend in der Sphäre des Pflichtigen. Überdies handelt es sich um eine typische Ausnahmenvorschrift. Für diese wird vertreten, dass derjenige der sich auf eine solche beruft, die materielle Beweislast dafür trägt.⁹²

Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren sind die unbestimmten Rechtsbegriffe des § 11 Abs. 3 gerichtlich voll kontrollierbar, da der Behörde insoweit kein Ermessen i. S. d. § 114 VwGO eingeräumt wird. Nach § 86 VwGO gilt dann gleichfalls der Untersuchungsgrundsatz.

D. Ergebnis und Zusammenfassung

Die Vorschrift des § 11 dient der Energie- und CO₂-Einsparung, mithin dem Allgemeinwohl. Sie vermittelt dem Einzelnen keine subjektiven Rechte, sodass aus § 11 keine unmittelbaren Ansprüche abgeleitet werden können.

Die Verbotstatbestände der § 11 Abs. 1 und 2 sind im Ergebnis äußerst weit formuliert, sodass die Normierung eines Befreiungstatbestands (in Abs. 3) schon verfassungsrechtlich geboten ist. Eine wesentliche Einschränkung bietet indes die Begrenzung auf solche Stromdirektheizungen, die der Erzeugung von *Raumwärme* dienen. Im Ergebnis kann die gesetzliche Definition, die überwiegend technische Merkmale enthält, indes nicht allen Einzelfällen gerecht werden.

§ 11 Abs. 3 ist als Konkretisierung des aus Art. 20, 28 Abs. 1 GG abgeleiteten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (auch Übermaßverbot) zu lesen und vor diesem Hintergrund nach den herkömmlichen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Telos, Systematik und Entstehungsgeschichte) auszulegen. Nach dieser Auslegung erfassen die Varianten des § 11

⁹² Kallerhoff/Fellenberg in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG 9. Auflage 2018, § 24 Rn. 55.

Abs. 3 die übermäßige Beeinträchtigung *aller Rechtsgüter* der Betroffenen. Anderen Zwecken als der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, etwa der Kompensation erlittener Schicksalsschläge oder erfahrenen Leids, darf § 11 Abs. 3 dabei nicht dienen⁹³, da eine solche Auslegung zu einer beliebigen und unvorhersehbaren und damit rechtswidrigen Anwendung der Norm führen würde.⁹⁴

§ 11 Abs. 3 folgt damit einer typischen Regelungssystematik: Das Gesetz sorgt in abstrakter Erfassung eines Tatbestands für das Allgemeinwohl, Verwaltungsakt und Urteil berücksichtigen hingegen die Interessen des betroffenen Individuums.⁹⁵

Härtefälle können sich hier in vielfältiger Weise ergeben, da die Norm sehr unterschiedliche Lebenssachverhalte erfasst. So ist ein landwirtschaftlicher Betrieb von § 11 Abs. 1 und Abs. 2 *tatbestandlich* genauso betroffen wie Bau- oder Unterkunftscontainer.

Vor diesem Hintergrund können zwar nicht alle denkbaren Konstellationen antizipiert werden, möglich ist aber, zu erwartende Fallgruppen anhand der potentiell beeinträchtigten Rechtsgüter zu bilden. Eine Befreiung wegen „technischer Unmöglichkeit“ ist indes nach der hier vertretenen Auslegung – wenn überhaupt – nur in seltensten Ausnahmefällen vorstellbar.

Dabei ist für Bestandsanlagen und -gebäude nach § 11 Abs. 2 mit Blick auf etwaigen Vertrauens- bzw. Bestandsschutz ein strengerer Maßstab anzusetzen als für die Genehmigung von Neuinstallationen nach § 11 Abs. 1. Denn verfassungsrechtlich ist das Vertrauen des Bürgers in die Kontinuität von Recht im Sinne individueller Erwartungssicherheit grundsätzlich geschützt.⁹⁶

Eine Befreiung von dem Neuinstallationsverbot (§ 11 Abs. 1) und auch von dem Verbotstatbestand für Bestandsanlagen (§ 11 Abs. 2) muss immer vor dem Hintergrund des allgemeinen Regelungszwecks (Energie- und CO₂ Einsparung) und dem *konkreten Nut-*

⁹³ Vgl. VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 19.10.2021, 6Z L 1318/21, Rn. 17.

⁹⁴ Vgl. Grzeszick in Maunz/Dürig, GG, 87. EL März 2019, Art. 20 GG Rn. 58.

⁹⁵ Vgl. Kirchhof in NZS 2019, 641 (642).

⁹⁶ Grzeszick in Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar Werkstand: 95. EL Juli 2021, Art. 20, Rn. 69.

zen im Einzelfall geprüft werden. Zwar kann dem Einzelnen umso mehr abverlangt werden je bedeutender der Zweck einer Regelung für das Allgemeinwohl ist. Gleichwohl darf die abverlangte Beeinträchtigung nicht so erheblich sein, dass der konkrete Nutzen im Einzelfall gegenüber dieser Beeinträchtigung marginal ist. Entsprechend darf der konkrete Nutzen relativ nicht so gering sein, dass der Normvollzug mit Blick auf die erforderliche Beeinträchtigung der Betroffenen lediglich selbstzweckhaft erfolgt.

Hier ist dann das im deutschen Energierecht verbreitete Prinzip der „alternativen Zweckerreichung“ in die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu integrieren. Damit ist die (bundes-)gesetzgeberische Öffnung für verschiedene technische Lösungen gemeint, die einen vergleichbaren Nutzen haben.

Dieser Grundsatz der Technologieoffenheit im Energierecht, der als Konkretisierung des Gleichheitssatzes verstanden wird,⁹⁷ findet im Wortlaut des § 11 zwar keinen Anknüpfungspunkt. Maßnahmen des Pflichtigen zur „alternativen Zweckerreichung“ müssen aber gleichwohl gewürdigt werden. Es ist also im Einzelfall zu prüfen, ob der jeweilige Sachverhalt der typischen Sachlage entspricht, die § 11 regulieren bzw. verbieten will.

Für das Vorliegen eines „unzumutbaren Härtefalls“ müssen aber schon begrifflich *weitere Umstände hinzutreten*, um dessen Annahme zu rechtfertigen. Mithin kann das Vorliegen alternativer Maßnahmen des Pflichtigen zur Energie- und CO₂-Einsparung alleine keinen Härtefall begründen, der anzusetzende Zumutbarkeitsmaßstab verschiebt sich durch einen entsprechenden Sachverhalt allerdings.

Im Ergebnis sind Härtefälle überwiegend im Bereich der gewerblichen Nutzung von baulichen Anlagen zu erwarten, da Umrüstungsmaßnahmen in diesen Fällen erhebliche wirtschaftliche Einbußen bedeuten können (z. B. Baucontainer). Daneben können auch übergeordnete Zwecke (z. B. Beheizung von Containern, die der Unterkunft von Obdachlosen dienen) Härtefälle begründen.

Seltener sind Fälle zu erwarten, in denen der gesundheitliche Zustand der Bewohner eine Umrüstung verbietet, da es sich insoweit um *Extremfälle* handeln muss. Auch die Koll-

⁹⁷ Vgl. Schwintowski in EWeRK 2019, 182.

sion mit anderen Gesetzen ist in der Regel nicht zu erwarten, wenn die verschiedenen zuständigen Behörden nicht gänzlich abweichende Rechtsauffassungen haben.

Insbesondere im Bereich des Denkmalschutzes ist ein Konflikt schon deshalb nicht die Regel, weil die Installation einer Heizungsanlage häufig keine erheblichen optisch entstellenden Umbaumaßnahmen erfordert. Die Sachlage ist insoweit nicht vergleichbar mit § 16, der eine Pflicht zur Installation von PV-Anlagen normiert.

Nicht vorhersehbar ist hingegen, in welchem Umfang Eigentümer und sonstige Verfügungsberechtigte wegen „unangemessenen Aufwands“ nach § 11 Abs. 3 vom Stromdirektheizungsverbot zu befreien sind, da dies ausschließlich einzelfallbezogen zu prüfen ist und sich der erforderliche Aufwand durch vollkommen unvorhersehbare Umstände erheblich steigern kann. Der oben (unter III. 1 a)) vorgeschlagene Maßstab kann in diesen Fällen als gut vertretbare Zumutbarkeitsschwelle herangezogen werden, ist jedoch nicht als statische Grenze zu verstehen, da insbesondere kumulative Belastungen und die *persönlichen Verhältnisse der Betroffenen* diesen Maßstab verschieben können.

Rechtsanwalt
Dr. Dirk Legler

Rechtsanwalt
Victor Görlich

unter Mitarbeit von:
Dipl. – Ing. Heinz-Ullrich Brosziewski

Hamburg, Februar 2022