

# Begründung zum Gesetzentwurf „Tschüss Kohle“

21. Februar 2018

Begründung gemäß § 2 Absatz 2, Satz 1 Volksabstimmungsgesetz – VabstG

## 1. Allgemeines

Im Klimaschutzabkommen von Paris vom Dezember 2015 ist vereinbart worden, die Erderwärmung auf deutlich unter 2° und möglichst auf 1,5° C zu begrenzen. Deutschland hat sich zu dem Ziel des Pariser Klimaabkommens bekannt. Dazu müssen sehr schnell lokal, regional, national und international alle geeigneten und vertretbaren Maßnahmen ergriffen werden, um die Emissionen von Treibhausgasen massiv zu begrenzen.

Nach Berechnungen des New Climate Institute und anderer (u. a. Umweltbundesamts) ist dies nur möglich, wenn wir bereits 2035 den Anteil Erneuerbarer Energien auf 100% steigern und CO<sub>2</sub>-Emissionen im Energiesektor vollständig vermeiden

([https://www.greenpeace.de/files/publications/160222 klimaschutz\\_paris\\_studie\\_02\\_2016\\_fin\\_neu.pdf](https://www.greenpeace.de/files/publications/160222_klimaschutz_paris_studie_02_2016_fin_neu.pdf) S.1 Kernaussagen). Ein entscheidender Beitrag dazu ist das möglichst schnelle Ende der Energieversorgung aus Stein- und Braunkohle (Kohleausstieg). Jetzt schon „verstopft“ Strom aus Kohlekraftwerken die Übertragungsnetze, so dass Strom aus Erneuerbaren Quellen teilweise nicht eingespeist werden kann. Laut der Energieökonomin Claudia Kemfert verantworten im Netzgebiet von Tennet vor allem die Kohlekraftwerke im Nordwesten sowie das Hamburger Kohlekraftwerk Moorburg die Netz-Engpässe ( <http://www.klimaretter.info/energie/hintergrund/24104-windstrom-kommt-nicht-durch.de> ). Einhergehend mit dem Kohleausstieg werden außerdem die Emissionen zahlreicher Umweltschadstoffe wie Quecksilber, Blei, Nickel, Arsen, Cadmium und andere, die in dem Brennstoff Kohle enthalten sind, vermieden.

2016 wurden in Hamburg noch 60% der Fernwärme (<http://docplayer.org/40459949-Erneuerbare-energien-im-fernwaermenetz-hamburg-teil-1-handlungsoptionen-fuer-einen-kurzfristigen-ersatz-des-kraftwerks-wedel.html> , s 16) und 85% des in Hamburg produzierten Stroms aus Steinkohle erzeugt ([https://www.statistik-nord.de/fileadmin/Dokumente/Presseinformationen/SI17\\_136.pdf](https://www.statistik-nord.de/fileadmin/Dokumente/Presseinformationen/SI17_136.pdf) ). Im Rahmen des Masterplans Klimaschutz hat Hamburg sich zum Ziel gesetzt, seine CO<sub>2</sub> Emissionen bis 2030 um 50% zu reduzieren.

Das von der Volksinitiative „Tschüss Kohle“ zur Abstimmung vorgeschlagene Gesetz soll dafür sorgen, dass die Freie und Hansestadt Hamburg (FHH) einen erheblichen Beitrag zur Erreichung der Pariser Klimaschutzziele leistet. Der Senat soll im Rahmen seiner Möglichkeiten dafür sorgen, dass bis spätestens 2030 die Kohlekraftwerke Wedel, Tiefstack und Moorburg abgeschaltet werden. Das Kohlekraftwerk Wedel steht zwar auf dem Gebiet des Landes Schleswig-Holstein, speist die Wärme allerdings ins Hamburger Fernwärmenetz ein. Laut einer Studie von Greenpeace ist

die Abschaltung des Kohlekraftwerks Moorburg sogar bereits 2028/2029 möglich (<https://www.greenpeace.de/sites/www.greenpeace.de/files/publications/20170628-greenpeace-studie-klimaschutz-kohleausstieg.pdf>, S.6 f.).

Als besondere Maßnahmen soll die FHH dafür sorgen, dass nach 2025 keine Wärme aus Kohlekraftwerken mehr in Fernwärmenetze eingespeist wird, die der FHH, einem der FHH gehörenden Unternehmen oder einem Beteiligungsunternehmen der FHH gehören. Im Basisgutachten zum Masterplan Klimaschutz der Stadt Hamburg heißt es „Die Ablösung der Steinkohle in der Fernwärmeversorgung ist einer der wichtigsten Beiträge zur Verringerung der CO<sub>2</sub>-Emissionen in Hamburg“ (<http://www.hamburg.de/contentblob/4312988/d35ac390ff234478e818023286d2a2b4/data/basisgutachten-masterplan-klimaschutz.pdf>, S.73).

Unter der Voraussetzung, dass die FHH die zentrale Hamburger Fernwärmeversorgung vollständig von Vattenfall zurückkauft, wie 2013 durch den Volksentscheid UNSER HAMBURG – UNSER NETZ beschlossen, würde aus diesem Gesetz im Regelfall die Pflicht folgen, dass ab dem 1. Januar 2026 keine Wärme aus den Kohlekraftwerken Wedel und Tiefstack, die zum zu übernehmenden Fernwärmunternehmen gehören, oder Moorburg in das Fernwärmenetz eingespeist wird. Wird die FHH nicht Eigentümerin des Fernwärmenetzes, ist sie verpflichtet, die Sperrminorität an der Vattenfall Wärme Hamburg GmbH (VWH), der jetzigen Eigentümerin des Fernwärmenetzes, zu nutzen, um eine Investitionsentscheidung für eine Anbindung des Kohlekraftwerks Moorburg oder anderer Kohleverbrennung an das Fernwärmenetz zu unterbinden. Davon dürfte sie nur im Ausnahmefall abweichen.

Weiterhin sollen ab Gültigkeit dieses Gesetzes öffentliche Flächen wie Parks oder Sportplätze nicht mehr für den Bau von Wärmeleitungen oder -netzen zur Verfügung gestellt werden, wenn in diese Leitungen Wärme aus Kohleverbrennung eingespeist werden soll. Bei der Vergabe von wegerechtlichen Sondernutzungserlaubnissen für neue Wärmeleitungen oder -netze soll der Klimaschutz als besonderes Prüfkriterium eingeführt werden. Eine Genehmigung der Neu-Anbindung des Kraftwerks Moorburg oder anderer Kohleverbrennungsanlagen an das Fernwärmenetz wäre damit ab Inkrafttreten des Gesetzes nahezu ausgeschlossen.

Eine direkte Stilllegung bestehender genehmigter Kohleverbrennungsanlagen, die nicht der FHH oder einem Unternehmen der FHH gehören, kann mit diesem Gesetz nicht erreicht werden.

Die Initiator\*innen dieser Volksinitiative halten es für sehr wichtig, dass es keine neuen Wärmeauskopplungen aus Kohleverbrennungsanlagen mehr gibt. Denn das würde neue Abhängigkeiten seitens der Wärmeabnehmer und Fernwärmekund\*innen von der Kohleverbrennung sowie neue Einnahmequellen für die Betreiber schaffen, was eine möglichst frühzeitige Abschaltung der Anlagen mit hoher Wahrscheinlichkeit verhindern würde. Würde das Kohlekraftwerk Moorburg das Kohlekraftwerk Wedel in der Fernwärmeversorgung ersetzen, würden die spezifischen CO<sub>2</sub> Emissionen der Fernwärme nach Berechnungen des arrhenius Instituts annähernd gleich bleiben

<http://www.hamburg.de/contentblob/4312988/d35ac390ff234478e818023286d2a2b4/data/basisgutachten-masterplan-klimaschutz.pdf> , S.71).

Die Hamburger Behörde für Umwelt und Energie (BUE) hat am 2. November 2017 Planungen für den Ersatz der Kohlekraftwerke Wedel und Tiefstack bis 2025 in der Wärmeversorgung veröffentlicht

<http://www.hamburg.de/contentblob/9814394/ad7258a379c1c4562623414dd30c1faa/data/d-top-6-ern-waerme-fuer-hamburg.pdf>, 15.2.2018 ). Dieser Gesetzentwurf soll dafür sorgen, dass die Zielsetzung nicht nur politische Absicht bleibt, sondern verbindlich und über die nächste Bürgerschaftswahl hinaus gilt. Der Gesetzentwurf soll bestmöglich sicherstellen, dass der Ersatz der Kohlekraftwerke Wedel und Tiefstack ohne den Wärmeeinsatz aus anderen Kohleverbrennungsanlagen erfolgt.

Bürger, Unternehmen und öffentliche Verwaltung erhalten durch die Gesetzesänderung die notwendige Planungs- und Rechtssicherheit, um sich auf die veränderten Bedingungen rechtzeitig einstellen zu können.

In Hamburg sind je nach Abgrenzung etwa 400 - 800 Arbeitsplätze von den Kohlekraftwerken abhängig. Dies sind weniger als 0,1 Prozent der Arbeitsplätze in der Stadt und unter 0,03 Prozent der Arbeitsplätze in der Metropolregion. Alternative Technologien benötigen in der Regel einen höheren Arbeitskräfteeinsatz, sodass insgesamt nicht mit Arbeitsplatzverlusten zu rechnen ist. Da die Umstrukturierung der Energieerzeugung auf lange Sicht geplant wird, können auch die Auswirkungen auf die Arbeitnehmer\*innen frühzeitig abgefedert werden, wie dies in Hamburg bei betrieblichen Veränderungen durch politische Entscheidungen üblich ist.

## 2. Einzelbegründungen

### 2.1. Zu § 1 Abs. 1 HmbKliSchG:

Wortlaut der geänderten Fassung:

*„Ziel dieses Gesetzes ist es, zum Schutz des Klimas und zur Sicherung der Erreichung der Ziele des Klimaabkommens von Paris von 2015 beizutragen. Dies soll im Rahmen der Möglichkeiten und Zuständigkeiten der Freien und Hansestadt Hamburg erreicht werden unter anderem durch eine möglichst sparsame, rationelle und ressourcenschonende sowie umwelt- und gesundheitsverträgliche und risikoarme Erzeugung, Verteilung und Verwendung von Energie im Rahmen des wirtschaftlich Vertretbaren. Der Senat soll darauf hinwirken, dass in der Freien und Hansestadt Hamburg bis zum 31.12.2030 die Beendigung der Energieerzeugung aus Stein- und Braunkohle (Kohleausstieg) erfolgt.“*

Der bisherige Absatz 1 des § 1 wird neu gefasst, um das HmbKliSchG auf eine Sicherung der Erreichung der Pariser Klimaschutzziele auszurichten. Hierzu wird ein neuer Satz 1 dem bisherigen Satz 1, welcher in abgewandelter Form als Satz 2 weiterbesteht, vorangestellt.

Der dritte Satz des neuen § 1 Abs. 1 bestimmt zur Wahrung der Klimaschutzvorgaben ein Enddatum des Einsatzes von Kohle in der Energieerzeugung (31.12.2030). Außerdem formuliert er eine konkrete Pflicht des Senats, wonach dieser alle ihm möglichen, zulässigen und erforderlichen Maßnahmen ergreifen soll, um das Ziel bis zum Jahre 2030 zu erreichen. Verwendet ein Gesetz das Wort „soll“, wird für den Regelfall eine Bindung vorgesehen. Daraus folgt, dass der Senat bei allen Handlungen, die ihm obliegen, den Kohleausstieg bis 2030 voranzubringen hat, wenn nicht im Einzelfall verbindlich abgesicherte Rechtspositionen oder andere unüberwindbare Hindernisse, die dem entgegenstehen, das verbieten. Nur aus wichtigem Grund oder in atypischen Fällen kann der Senat von der Vorgabe des Gesetzes abweichen.

Dadurch soll effektiv abgesichert werden, dass spätestens zum Jahr 2030 nicht nur eine Stilllegung aller Kohlekraftwerke in Hamburg erfolgt sein wird, sondern auch, dass der Senat ab Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung darauf hinwirkt, dass bis spätestens 2025 keine aus Kohle produzierte Wärme mehr in das Fernwärmenetz in Hamburg eingespeist wird, wie es im Moment mit der Wärme aus den Kraftwerken Wedel und Tiefstack geschieht. Der Senat muss dementsprechend unverzüglich mit entsprechenden Maßnahmen beginnen, um diese verbindliche Frist zum Kohleausstieg zu wahren (stufenweises Vorgehen).

Außerdem enthält der neue § 1 Abs. 1 Satz 3 eine Legaldefinition des Begriffs „Kohleausstieg“.

Die Kompetenzordnung zwischen Bund und Ländern bleibt unberührt und bundesrechtliche Vorschriften sind zu beachten und anzuwenden. Die direkte Stilllegung einer Kohleverbrennungsanlage mit bestandskräftiger immissionsschutzrechtlicher Genehmigung, die nicht der FHH oder einem Unternehmen der FHH gehört, kann mit diesem Satz 3 nicht erreicht werden. Das Gesetz enthält keine anlagenbezogenen Regelungen für dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) unterliegende Anlagen.

Die Auswahl der möglichen und zulässigen Maßnahmen zur Erreichung dieser Zielvorgaben obliegt dem Senat. Dies können zum Beispiel Verhandlungen mit den Betreibern der Kohlekraftwerke und der Abschluss entsprechender Verträge sein, sowie Maßnahmen von Energieversorgungsunternehmen, die im Eigentum der FHH oder eines Unternehmens der FHH stehen.

Der Textteil „im Rahmen des wirtschaftlich Vertretbaren“ in Satz 2 ist im Zusammenhang mit der Erreichung der Pariser Klimaschutzziele auszulegen. Da die Ziele ohne den zügigen Kohleausstieg nicht erreicht werden können, sollte der Kohleausstieg als gesetzt gelten. In der Bewertung, wie der Kohleausstieg wirtschaftlich vertretbar umgesetzt werden kann, sind nicht nur betriebswirtschaftliche Aspekte der FHH, der Energieversorger und ihrer Kunden, sondern auch die bisher nicht betriebswirtschaftlich erfassten Umweltkosten und Folgekosten des Klimawandels heute und für zukünftige Generationen, einzurechnen. Die maßgebliche Frage, die bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung zu stellen ist, lautet: Was ist heute wirtschaftlich vertretbar, um die Erde und die Menschen vor der Erderwärmung zu schützen? Wie können ggf. heutige Mehrkosten der

Energieversorgung gegenüber einem „Weiter so“ gerecht und solidarisch von der Gesellschaft getragen werden?

## **2.2. Zu § 1 Abs. 2 Ziffer 4 HmbKliSchG:**

Wortlaut der neuen Fassung:

*„Die Wärmeversorgung von Gebäuden und Anlagen soll vorrangig aus Kraft-Wärme-Kopplung ohne Einsatz von Stein- oder Braunkohle, aus Abwärmennutzung oder aus erneuerbaren Energien erfolgen.“*

Durch die Einfügung der Worte „ohne Einsatz von Stein- oder Braunkohle“ in die Aufzählung der technischen Lösungen, mit denen die Klimaziele erreicht werden sollen, wird klargestellt, dass die Technologie Kraft-Wärme-Kopplung nur dann vorrangig zur Wärmegewinnung zum Einsatz kommen soll, wenn dabei keine Stein- oder Braunkohle als Brennstoff eingesetzt wird. Weiterhin Vorrang genießen z.B. mit Erdgas betriebene Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen. Die uneingeschränkt von der aktuellen Fassung der Gesetzesstelle übernommenen Formulierungen „soll“ und „vorrangig“ enthalten kein absolutes Verbot, sondern eine ermessensleitende Vorschrift. Der Vorrang von Wärme aus Kraft-Wärme-Kopplung ohne Einsatz von Stein- oder Braunkohle ist in gleicher Weise zu bewerten wie in der aktuell gültigen Fassung des Gesetzes der Vorrang von Wärme aus Kraft-Wärme-Kopplung usw. gegenüber sonstigen Arten der Wärmebereitstellung. Anlagen mit bestandskräftiger immissionsschutzrechtlicher Genehmigung können durch Anwendung dieser Regel nicht stillgelegt werden.

§ 1 Abs. 2 zählt beispielhaft vier Vorgehensweisen auf, die „zur Erreichung dieses Gesetzesziels“ eingesetzt werden. Die Änderung der Ziffer 4 in der vorgesehenen Weise stellt klar, dass der Einsatz von Kraft-Wärme-Kopplung auf Stein- oder Braunkohlebasis kein Mittel ist, um das Gesetzesziel zu erreichen. Das Gesetzesziel wird dadurch erreicht, dass Kohleanlagen stillgelegt werden. Dass dies angestrebt wird, bedeutet nicht, dass es verboten ist, Kohleanlagen zu betreiben und die dabei entstehende Wärme zu nutzen. Solche das Überleben von Kohleanlagen sichernden Maßnahmen werden mit dem Gesetz aber nicht angestrebt.

## **2.3. Neuer Absatz 3 in § 2 HmbKliSchG:**

Neuer Wortlaut:

*„Wärmenetze sind Einrichtungen zur leitungsgebundenen Versorgung mit Wärme, die eine horizontale Ausdehnung über die Grenze eines Grundstücks hinaus haben.“*

§ 2 des HmbKliSchG enthält die Definition von Begriffen, die im Gesetz verwendet werden und deren Bedeutung eindeutig festgelegt werden muss. Der Begriff des „Wärmenetzes“ ist ein zentraler Begriff, weil sich viele der neuen Regelungen auf ihn beziehen. Darunter wird nach der Definition nicht nur ein weit verzweigtes Geflecht von Wärmeleitungen verstanden, sondern schon jede Wärmeleitung, die über die Grenze eines Grundstücks hinausgeht. Dieser weite Begriff wird verwendet, weil jede

andere Größenabgrenzung willkürlich wäre. Die Definition stellt klar, dass das Wärmeleitungsnetz in einem Haus auf einem Grundstück kein Wärmenetz im Sinne des Gesetzes ist.

Durch die Einfügung des neuen Absatzes 3 verschiebt sich der bisherige Absatz 3 nach hinten und wird Absatz 4.

## **2.4 Neue Überschrift für den Zweiten Teil des Gesetzes**

Neuer Wortlaut: ***"Maßnahmen zur klimaverträglichen Verwendung von Energie"***

Die bisherige Überschrift, die nur auf das Energiesparen abstellt, greift zu kurz. In Anbetracht der Dringlichkeit von Fortschritten beim Klimaschutz, greifen Maßnahmen zum sparsamen Umgang mit Energie zu kurz. Der sparsame Umgang mit Energien ist dringender denn je, aber er reicht nicht aus. Es muss zusätzlich eine Einsatzbegrenzung auf klimaschonende Energieträger erfolgen. Das bringt die neue Überschrift, die den sparsamen Einsatz und die Verwendung klimaschonender Energieträger umfasst, zum Ausdruck.

## **2.5 Neuer § 3 als erster Paragraph im zweiten Teil des HmbKliSchG:**

*„§3 Wärme aus Kohleverbrennung in Wärmenetzen*

*(1) Wärme, welche aus der Verbrennung von Stein- oder Braunkohle gewonnen wird, soll spätestens nach dem 31. Dezember 2025 nicht mehr in Wärmenetzen, die im Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg stehen und/oder von ihr betrieben werden, eingespeist oder durch diese durchgeleitet werden. Ist die Freie und Hansestadt Hamburg oder eine Tochtergesellschaft der Freien und Hansestadt Hamburg an einem Unternehmen beteiligt, in dessen Eigentum ein Wärmenetz steht und/oder das ein Wärmenetz betreibt und/oder das Fernwärmekunden beliefert, so setzt der Senat das Ziel des Satzes 1 durch, soweit es der Freien und Hansestadt Hamburg im Rahmen ihrer Beteiligung an dem Unternehmen möglich ist.*

*(2) Im Eigentum der Freien und Hansestadt Hamburg stehende Flächen, für die das Hamburgische Wegegesetz nicht gilt, werden für die Verlegung von neuen Wärmenetzen nicht zur Verfügung gestellt, wenn diese für den Transport von Wärme, bei deren Erzeugung Stein- oder Braunkohle als Energieträger eingesetzt wird, verwendet werden sollen.“*

Mit dem neuen Paragraph 3 werden konkrete Maßnahmen genannt, mit denen der Kohleausstieg bei der Wärmeversorgung erreicht werden soll.

### 2.5.1. Zu Absatz 1 des § 3 (Vorgaben an Wärmenetze und –leitungen)

Abs. 1 benennt einen ersten konkreten Umsetzungsakt des Kohleausstiegs. Danach besteht die Verpflichtung der Freien und Hansestadt Hamburg, ab Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung dafür zu sorgen, dass im Regelfall spätestens Ende 2025 die Einspeisung und Durchleitung von solcher Wärme, die aus der Verbrennung von Steinkohle oder Braunkohle gewonnen wird, in ihre Wärmenetze und -leitungen beendet sein wird. Es sind zwei Fälle erfasst: Zum einen wird damit geregelt, dass das Unternehmen, das das Fernwärmenetz betreibt, keine Wärme aus Kohle mehr einkauft oder erzeugt und zur Belieferung der Kunden verwendet. Zum anderen wird der Fall geregelt, dass ein anderes Unternehmen Wärme aus Kohle erzeugt und das Fernwärmenetz zur Durchleitung zu Kunden nutzen will, die es als Kunde von Kohlewärme neu gewonnen hat. Ob in einem solchen Fall überhaupt Anspruch auf Nutzung des Fernwärmenetzes besteht, ist eine rechtlich umstrittene Frage. Wenn der Anspruch besteht, wird er aber im Regelfall durch die neue Regelung auf Wärme ohne Kohle beschränkt.

Auch hier führt die Verwendung des Wortes „soll“ dazu, dass als Regelfall die Einspeisung oder Durchleitung nicht erfolgt. In allen erdenklichen Fällen hat aufgrund der hier gewählten Regelungen die Nutzung des Fernwärmenetzes für andere Wärme als Kohlewärme immer Vorrang. Nur aus wichtigem Grund oder in atypischen Fällen kann der Senat von der Vorgabe des Gesetzes abweichen. Verlangt ein Anbieter, der Wärme aus Kohle erzeugt, ein Recht zur Durchleitung, so ist ihm dies im Regelfall zu verweigern. Berufet er sich auf das Vorliegen eines atypischen Falles oder einen wichtigen Grund, den die FHH nicht sieht, müsste der Anbieter einen Anspruch auf Durchleitung per Klage geltend machen.

Aus heutiger Sicht führt dies zur Beendigung der Wärmeeinspeisung aus den Kohlekraftwerken Wedel und Tiefstack, die jetzt noch Wärme in das zentrale Fernwärmenetz liefern, wenn die FHH das Wärmenetz kauft und selbst oder durch eine ihr gehörende Gesellschaft im Eigentum hat. Ein neuer Anschluss von Erzeugern von Kohlewärme (z.B. des Kohlekraftwerks Moorburg) an das der Stadt gehörende Fernwärmenetz hätte im Regelfall zu unterbleiben. Wenn er überhaupt gewährt werden müsste, dann unter dem Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs für den Fall, dass das Netz für klimafreundlicher erzeugte Wärme benötigt wird.

Durch die Beendigung der Einspeisung (und Durchleitung) von Wärme aus der Verbrennung von Kohle bis Ende 2025 kann eine signifikante Senkung der CO<sub>2</sub>-Emissionen erreicht und somit ein Beitrag zur Erreichung der Hamburger Klimaschutzziele geleistet werden. Die Behörde für Umwelt und Energie rechnet in ihrem im November 2017 vorgelegtem Kohleausstiegsszenario in der Fernwärmeversorgung mit knapp 50% CO<sub>2</sub> Reduktion bis 2025

(<http://www.hamburg.de/contentblob/10014468/39182e486f8e921d6d901ee11c094160/data/d-bericht-bue-zu-ergebnissen-projekt-ern-waerme-fuer-hamburg.pdf>, hier insbesondere S.11,18 und 19).

In Satz 1 des Absatz 1 wird dabei der Fall normiert, dass die Freie und Hansestadt Hamburg Eigentümerin des Wärmenetzes ist, während der Satz 2 sich auf den Fall bezieht, dass die Freie und Hansestadt Hamburg zwar nicht Eigentümerin, aber Gesellschafterin der Betriebs- bzw. Eigentümergesellschaft des Netzes ist. Auch in

diesem Fall soll der Senat dazu verpflichtet sein, alle ihm (gesellschafts-)rechtlich zulässigen Möglichkeiten zur Beendigung oder Verhinderung einer Einspeisung oder Durchleitung von kohlebasierter Wärme auszuschöpfen. Aktuell ist ein Unternehmen der FHH mit 25,1% an der VWH, der Eigentümerin und Betreiberin des zentralen Fernwärmenetzes, beteiligt. Nach dem Volksentscheid UNSER HAMBURG – UNSER NETZ vom Jahr 2013, bei dem die Übernahme der Hamburger Strom-, Gas- und Fernwärmenetze in die Öffentliche Hand beschlossen wurde, hat der Senat einen Vorkaufvertrag mit Vattenfall geschlossen, der die Entscheidung der Stadt über den Rückkauf der Fernwärmenetze in dieses Jahr 2018 gelegt hat. Bis zum Jahr 2019 entscheidet sich also, ob die FHH alleinige Eigentümerin des zentralen Fernwärmenetzes und der daran angeschlossenen Kohlekraftwerke Wedel und Tiefstack sein wird oder ob sie weiterhin Minderheitsbeteiligte der VWH mit einer Sperrminorität, mit der sie klimaschädigende Investitionsentscheidungen unterbinden kann, bleibt.

Selbst wenn man im Grundsatz annimmt, dass andere Unternehmen einen kartellrechtlichen Anspruch darauf haben, das vorhandene Fernwärmenetz für die Durchleitung von Wärme aus einem eigenen Kraftwerk zu bestimmten Kunden nutzen zu können, so kann dieser kartellrechtliche Netznutzungsanspruch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aus Gemeinwohlgründen, hier durch den Klimaschutz, eingeschränkt werden (BGH, Urt. v. 11. November 2008 – KZR 43/07). Nur die Durchleitung von Kohlewärme ist ausgeschlossen. Wärme aus Abwärmequellen, erdgasbetriebenen KWK-Anlagen oder regenerativ betriebenen Anlagen ist von dem Ausschluss nicht betroffen. Der Ausschluss gilt auch nicht nur für andere Unternehmen, sondern auch für das Fernwärmeunternehmen selbst, welches das Fernwärmenetz betreibt. Der Betreiber des Fernwärmenetzes kann sich also keine Wettbewerbsvorteile dadurch verschaffen, dass er Kohlewärme anderer Unternehmen aus dem Netz fernhält, selbst aber solche erzeugt und vertreibt.

Bestätigt wird die Zulässigkeit von qualitativen Anforderungen an Wärmenetze auch dadurch, dass § 16 EEWärmeG den Gemeinden gestattet, aus Gründen des Klimaschutzes einen Anschluss- und Benutzungszwang an Fernwärmenetze anzuordnen. Der ist natürlich nur dann gerechtfertigt, wenn die aus einem solchen Fernwärmenetz gelieferte Wärme selbst klimaschonend erzeugt wird.

Das Bundeskartellamt äußert sich im Abschlussbericht der Sektoruntersuchung Fernwärme skeptisch dazu, in der wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Durchleitungsansprüchen Umweltaspekte zu berücksichtigen, weil dies die Kartellbehörden und Gerichte überfordert, und verlangt deshalb, dass solch eine Berücksichtigung vom Gesetzgeber angeordnet werden sollte (Abschlussbericht gemäß § 32e GWB - August 2012, Randnummer 235). Genau das geschieht durch die Regelung in § 3, die den klaren gesetzgeberischen Willen zum Ausschluss von Kohle aus Wärmenetzen zum Ausdruck bringt.

Auch gegen die Konsequenz, dass das Fernwärmeunternehmen, welches das Netz betreibt, keine Kohlewärme mehr einkauft, ist kartellrechtlich nichts einzuwenden. In den im GWB enthaltenen vergaberechtlichen Vorschriften heißt es in § 97 Abs. 3 GWB ausdrücklich: „Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie



soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.“ Es gibt im GWB also eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung, bei der Beschaffung umweltbezogene Aspekte zu berücksichtigen.

### **2.5.2 Zu Absatz 2 des § 3 (Nutzung öffentlicher Flächen, die nicht Wege sind, für Wärmeleitungen)**

Absatz 2 regelt den Fall, dass eine der Freien und Hansestadt Hamburg gehörende Fläche, die keinen öffentlichen Weg darstellt bzw. kein Bestandteil eines öffentlichen Weges im Sinne des § 2 HWG ist, durch eine Wärmeleitung oder das Wärmenetz genutzt werden soll. Dazu gehören alle öffentlichen Grün- und Erholungsanlagen, z.B. ein Sportplatz. In solchen Fällen besteht auch jetzt kein uneingeschränkter Anspruch auf Nutzung für den Bau von Wärmeleitungen oder -netzen. Wenn die Nutzung zur Errichtung einer neuen Leitung trotzdem gestattet wird, dann darf dies zukünftig dann geschehen, wenn die Leitung nicht dem Transport von Wärme aus einer Kohleverbrennungsanlage dient. Es ist kartellrechtlich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zulässig, dass die Nutzung städtischen Eigentums aus Gemeinwohlgründen für bestimmte gemeinwohlschädliche Arten der Nutzung, hier den Transport klimaschädlich produzierter Wärme, ausgeschlossen wird (BGH, Urt. v. 13. November 2007, KZR 22/06).

Auch aus dem Immissionsschutzrecht folgt keine rechtliche Pflicht, öffentliche Flächen für Wärmenetze mit Kohlewärme zur Verfügung zu stellen.

§ 5 Abs. 1 BImSchG enthält allgemeine Betreiberpflichten, u.a. den Vorsorgegrundsatz und in Nr. 4 das Gebot der effizienten Energieverwendung. Diesen ausgestalten soll die KWK Prüfungspflicht in § 12 der 13. BImSchV:

*„1Der Betreiber hat bei der Errichtung oder der wesentlichen Änderung einer Anlage Maßnahmen zur Kraft-Wärme-Kopplung durchzuführen, es sei denn, dies ist technisch nicht möglich oder unverhältnismäßig. 2Der Betreiber hat der zuständigen Behörde diesen Umstand gemäß Satz 1 anzuzeigen.“*

Ausweislich der Verordnungsbegründung (BT-Drs. 15/3420, 25) geht es dem Verordnungsgeber insbesondere um die Vermeidung von CO<sub>2</sub>-Emissionen. Es ist vorliegend schon fraglich, ob eine Kollision überhaupt vorliegen kann, denn technisch möglich sind Maßnahmen zur Nutzung der Wärme beispielsweise dann nicht, wenn kein Abnehmer für Wärme (Fernwärmenetz oder andere Industrieanlagen) vorhanden ist.

Eine unionsrechtliche oder nationale absolute Verpflichtung zur Wärmenutzung in Großfeuerungsanlagen jedenfalls besteht nicht. § 9 KNV-V (Verordnung über den Vergleich von Kosten und Nutzen der Kraft-Wärme-Kopplung und der Rückführung industrieller Abwärme bei der Wärme- und Kälteversorgung - KWK-Kosten-Nutzen-Vergleich-Verordnung) lässt diese Prüfungspflicht ausdrücklich unberührt.

§ 12 der 13. BImSchV ist in der Vergangenheit von Umweltschützern und Anwohnern in Ansatz gebracht worden, um eine absolute Pflicht zur KWK Nutzung zu verankern. Dies wurde von den Genehmigungsbehörden grundlegend abgelehnt (eine Rechtsprechung hierzu gibt es nicht, weil Aspekte der Vorsorge bis zur Novelle des

UmwRG grundsätzlich nicht einklagbar waren) mit dem im BImSchG seit 2003 selbst angelegten Argument, dass anlagenbezogene Pflichten zur Vermeidung von Treibhausgasen unzulässig sind nach § 5 Abs. 2:

*„Soweit genehmigungsbedürftige Anlagen dem Anwendungsbereich des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes unterliegen, sind Anforderungen zur Begrenzung von Emissionen von Treibhausgasen nur zulässig, um zur Erfüllung der Pflichten nach Absatz 1 Nummer 1 sicherzustellen, dass im Einwirkungsbereich der Anlage keine schädlichen Umwelteinwirkungen entstehen; dies gilt nur für Treibhausgase, die für die betreffende Tätigkeit nach Anhang 1 des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes umfasst sind. 2 Bei diesen Anlagen dürfen zur Erfüllung der Pflicht zur effizienten Verwendung von Energie in Bezug auf die Emissionen von Kohlendioxid, die auf Verbrennungs- oder anderen Prozessen der Anlage beruhen, keine Anforderungen gestellt werden, die über die Pflichten hinausgehen, welche das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz begründet.“*

Konkretisiert § 12 der 13. BImSchV also die Vorsorgepflicht, so wäre er mit § 5 Abs. 2 BImSchG nicht vereinbar (strittig, vgl. Landmann/Rohmer UmweltR/Ohms 13. BImSchV § 12 Rn. 4-6, beck-online).

Anlagenbezogene Regelungen trifft der Gesetzesentwurf aber nicht. Er regelt mittelbar den Absatz bzw. die Verteilung von Wärme aus Anlagen, die unter Einsatz von Kohle als Energieträger hergestellt wurde. Der Gemeinde ist es nicht verwehrt, über die fiskalische Nutzung ihrer Grundstücke aus Allgemeinwohlaspekten heraus zu entscheiden. Hiergegen spricht u.a. auch gerade nicht die aktuelle Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Bauleitplanungsrecht (BVerwG 4. Senat, Urteil vom 14.09.2017 - 4 CN 6/16). In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte die Gemeinde auf Grundlage des BauGB anlagenbezogene Regelungen gemacht:

*„Der Gemeinde ist es verwehrt, die Verwendung fossiler Brennstoffe in Anlagen, die dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz unterliegen, im Bebauungsplan davon abhängig zu machen, dass die eingesetzten Stoffe bestimmte CO<sub>2</sub>-Emissionsfaktoren nicht überschreiten. Eine solche Festsetzung widerspricht dem Regelungskonzept des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, das der Regelung in § 5 Abs. 2 BImSchG zugrunde liegt und auch bei der Auslegung der Ermächtigung in § 9 Abs. 1 Nr. 23 Buchst. a BauGB zu beachten ist.“*

Eine solche Regelung liegt hier gerade nicht vor. Vielmehr entscheidet die Freie und Hansestadt Hamburg über die Nutzung eigener Grundstücke im Rahmen der allgemeinen Grundrechtsbindung und aufgrund zulässiger, weil allgemeinwohlbezogener Differenzierungskriterien.

Solche Differenzierungen hat auch der Bundesgesetzgeber bereits genutzt: Mit der Neufassung des KWKG Gesetzes vom 21. 12. 2015 (BGBl. I 2498) wurden Braun- und Steinkohle-KWK-Anlagen aus Klimaschutzgründen von der Förderung ausgeschlossen (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3). Wenn die Förderung nach dem KWKG, die auf den Klimaschutz abzielt, Kohleanlagen ausschließt, dann ist es weder kartellrechtlich noch immissionschutzrechtlich gefordert, KWK-Anlagen auf Kohlebasis einen Anspruch auf Nutzung städtischer Flächen für die Verlegung von Wärmeleitungen zuzusprechen.

Bestehende Nutzungen öffentlicher Flächen werden von dieser Vorgabe nicht erfasst.

## **2.6 Zu § 19 Abs. 1a Hamburgisches Wegegesetz (Vorgaben an die Nutzung von Wegen und Flächen)**

Neuer Gesetzeswortlaut

*: „(1a) Bei Entscheidungen über die Erteilung der Erlaubnis für die Verlegung und Nutzung von Wärmenetzen im Sinne des § 2 Absatz 3 des Hamburgischen Klimaschutzgesetzes ist der Klimaschutz als besonderes öffentliches Interesse zu berücksichtigen, wobei jeder Treibhausgas-Emissionsbeitrag im Interesse der Erreichung der Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens möglichst zu vermeiden ist.“*

Die Gesetzesänderungen zielen darauf ab, dass der Bau von Wärmenetzen zum Transport von Kohlewärme auf allen der Stadt gehörenden Grundstücken verhindert wird. § 3 Absatz 2 regelt den Fall, dass die städtischen Grundstücke keine Wege im Sinne des Hamburgischen Wegegesetzes sind. Weil für die Nutzung von öffentlichen Wegen besondere Regeln gelten, kann die Wegenutzung nicht in § 3 des HmbKliSchG geregelt werden, sondern muss im Wegegesetz in einer eigenen Regelung erfasst werden. Nur mit dieser Regelung ist sichergestellt, dass alle mit Wärmenetzen in Zusammenhang stehenden Fragen konsequent geregelt sind. Der neue Abs. 1a bestimmt deshalb, dass bei allen Entscheidungen über die Gestattung der Nutzung von Flächen und Wegen der Freien und Hansestadt Hamburg durch Wärmeleitungen oder -netze dem Klimaschutz ein besonderes Gewicht zukommt.

Die Verlegung von Leitungen in Straßen und Wegen ist eine Sondernutzung im Sinne von § 19 Hamburgisches Wegegesetz. Dafür ist eine Sondernutzungserlaubnis erforderlich. Die Entscheidung darüber steht im pflichtgemäßen Ermessen der Freien und Hansestadt Hamburg. Mit dem neuen Abs. 1a wird für die Entscheidung über die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis nach § 19 Hamburgisches Wegegesetz (HWG) für Wärmeleitungen/Wärmenetze ein neues Abwägungskriterium geschaffen werden. Bei der Interessensabwägung ist insbesondere zu berücksichtigen, dass zur Erreichung der Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens jeder Treibhausgas-Emissionsbeitrag möglichst zu vermeiden ist. Die Vorschrift ist ohne einen bestimmten CO<sub>2</sub>-Grenzwert formuliert, damit die für eine Entscheidung über eine Sondernutzung vorgesehenen Ermessens- und Abwägungsspielräume offen bleiben.

Praktisch bewirkt dies, dass bei Wärmeleitungen ab Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung wegerechtlich zu differenzieren sein wird: Stammt die Wärme in der Wärmeleitung/dem Wärmenetz aus einem Kohlekraftwerk, steht der Gewährung der Sondernutzungserlaubnis das Emissionsvermeidungsgebot im Sinne des Klimaschutzes entgegen. Für eine Wärmeleitung von einem Kohlekraftwerk zu einem Wärmeabnehmer würde nach aller Voraussicht also keine Sondernutzungserlaubnis erteilt werden. Stammt die Wärme hingegen etwa aus einem Biomasseheizkraftwerk oder einer Solarthermieranlage, spricht der Belang des Klimaschutzes als besonderer öffentlicher Belang für die Gewährung der Sondernutzungserlaubnis. Die Sondernutzungserlaubnis kann dann mit der Nebenbestimmung versehen werden, dass es nicht zulässig ist, anders erzeugte Wärme durch die Leitung zu transportieren. Alle Straßen- und Wegegesetze der einzelnen Bundesländer regeln, dass eine

Sondernutzungserlaubnis aus Gründen des öffentlichen Interesses versagt werden kann. Unter Berufung darauf (§ 11 Abs. 2 S.1 BerlStrG) versagte die Berliner Straßenbehörde die Sondernutzungserlaubnis für das Aufstellen von Gasheizpilzen erfolgreich unter Hinweis auf den Klimaschutz als besonderes öffentliches Interesse (OVG Bln-Bbg, NvwZ-RR, 217 (218)). Folgt man dieser Rechtsprechung, dürfte auch schon ohne die Neuregelung in § 19 Abs. 1a HWG in Hamburg eine Versagung der wegerechtlichen Sondernutzungserlaubnis auf den Klimaschutz als besonderes öffentliches Interesse gestützt werden. Um eine eindeutige und sichere Grundlage für solche Entscheidungen zu schaffen, ist die Ergänzung des § 19 HWG um den Absatz 1a sinnvoll.

Gegen eine solche Differenzierung können auch keine kartellrechtlichen Gründe angeführt werden. Der Bundesgerichtshof hat in einer kartellrechtlichen Auseinandersetzung über Wegenutzungsrechte für Energieleitungen ausdrücklich gefordert, dass bei der kartellrechtlichen Bewertung eines Nutzungsanspruchs andere gesetzliche Vorgaben für den Energiesektor mit zu berücksichtigen sind (BGH, Urt. v. 11. November 2008 – KZR 43/07).

Bestätigt wird dies auch durch die recht neue Vorschrift in § 152 GWB zur Konzessionsvergabe. Auch wenn die Vergabe eines Wegenutzungsrechts nach dem HWG wohl keine Konzession im Sinne des § 152 GWB ist, verdeutlicht die Regelung, dass die öffentliche Hand bei der Zurverfügungstellung ihrer Anlagen und Grundstücke Umweltaspekte als Kriterien verwenden darf:

„§ 152 Anforderungen im Konzessionsvergabeverfahren

(1) Zur Leistungsbeschreibung ist § 121 Absatz 1 und 3 entsprechend anzuwenden.

(2) Konzessionen werden an geeignete Unternehmen im Sinne des § 122 vergeben.

(3) 1Der Zuschlag wird auf der Grundlage objektiver Kriterien erteilt, die sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden, sodass ein wirtschaftlicher Gesamtvorteil für den Konzessionsgeber ermittelt werden kann. 2Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Konzessionsgegenstand in Verbindung stehen und dürfen dem Konzessionsgeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit einräumen. 3Sie können qualitative, umweltbezogene oder soziale Belange umfassen. 4Die Zuschlagskriterien müssen mit einer Beschreibung einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

...“

Es ist also zulässig und aus Gründen des Klimaschutzes dringend geboten, die zukünftige Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen für die Verlegung von Wärmeleitungen zum Transport von Kohlewärme in öffentlichen Wegen möglichst weitgehend zu verhindern.