



# vonBredow Valentin Herz

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

vonBredow Valentin Herz Littenstraße 105 10179 Berlin

Hochschule für Technik und Wirtschaft (HTW) Berlin  
Herr Joseph Bergner  
Gebäude G, Raum 322  
Wilhelminenhofstraße 75a  
12459 Berlin

Rechtsanwälte

Dr. Hartwig von Bredow  
Dr. Florian Valentin  
Dr. Steffen Herz  
Sabine Golz\*  
Dr. Katrin Antonow\*  
Burkhard Hoffmann\*  
Dr. Bettina Hennig\*  
Julia Rawe\*  
Dr. Jörn Bringewat\*  
David Reichwein\*

Datum: 28. November 2018  
Unser Zeichen: 367-18

\*angestellt, nicht Mitglied der Partnerschaft

## Rechtliche Stellungnahme zum Projekt PV2City – Verpflichtende Installation von PV im Neubau? Kreditor-Nr. 10008321 | Bestell Nr. 80031845

Sehr geehrter Herr Bergner,

wir bedanken uns für Ihren Auftrag vom 19. November 2018 auf Ihre Ausschreibung vom 19. Oktober 2018 und unser Angebot vom 9. November 2018. Gerne nehmen wir folgend rechtlich zu den aufgeworfenen Fragen Stellung.

Nachfolgend stellen wir unter **(A.)** die Ausgangslage und Aufgabenstellung dar und fassen unter **(B.)** die wesentlichen Ergebnisse unserer Prüfung im Hinblick auf die Ausgangslage aufgeworfene Rechtsfragen dar. Unter **(C.)** stellen wir die rechtlichen Gründe dar, auf denen unsere Ergebnisse beruhen und unter **(D.)** folgt ein Maßnahmenteil, in dem wir Formulierungsbeispiele darstellen.

### A. Ausgangslage und Aufgabenstellung

Hinsichtlich der Ausgangslage wird im Wesentlichen auf Ihre Ausschreibung vom 19. Oktober 2018 Bezug genommen. Dort werden die folgenden Aufgabenstellungen formuliert:

*1.) Eindeutige Klärung der rechtlichen Möglichkeit der Verpflichtung zum Bau von PV-Anlagen und entsprechender baulicher Maßnahmen (Dachstatik, Leerrohre für Kabel, Platz für Wechselrichter, Netzanschluss etc.) inkl. ggf. notwendiger übergeordneter Abhängigkeiten (z.B. Vorhandensein eines Berliner Klimaschutzkonzepts).*

vonBredow Valentin Herz Littenstraße 105 10179 Berlin

Telefon +49 30 8092482-20 Fax +49 30 8092482-30 E-Mail info@vvh.de

Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung Partnerschaftsregister AG Charlottenburg PR 786

[www.vonbredow-valentin-herz.de](http://www.vonbredow-valentin-herz.de)

z.) Formulierung von Textbausteinen, die PV-Anlagen auf Neubauten verpflichtend vorschreiben und ggf. Größe ( $m^2$  absolut,  $m^2$  als Anteil der Dachfläche, Gesamtleistung in  $kWp$ ), Ertrag (Abschätzung aufgrund von Simulationsrechnung in  $kWh$  pro Jahr) oder Ausgestaltung (Ausrichtung, Modulart, Wirkungsgrade) vorgeben.

Aus den sonstigen Darstellungen in Ihrer Ausschreibung ergibt sich, dass Sie im Wesentlichen die Verpflichtung zum Bau von Photovoltaikanlagen in der Bebauungsplanung in den Blick nehmen. Wir haben in unserer Stellungnahme daher den Fokus auf diese Betrachtung gelegt, setzen uns aber auch mit weiteren und flankierenden Möglichkeiten der Umsetzung von Errichtungsverpflichtungen für Photovoltaikanlagen auseinander. Die Rechtliche Bewertung in (C.) befasst sich mit der Aufgabenstellung (1.), während der Maßnahmenteil in (D.) zur Bewältigung der Aufgabenstellung (2.) dient.

*Einführender Hinweis: Entsprechend der Aufgabenstellung befasst sich die Untersuchung ausschließlich mit der Frage der Errichtungsverpflichtung von stromerzeugenden Photovoltaikanlagen (in der Untersuchung stets „PV-Anlagen“ genannt), nicht mit wärmeerzeugenden Solarthermieanlagen.*

## **B. Zusammenfassung der Ergebnisse**

- 🕒 Die Möglichkeit der Festsetzung von Errichtungsverpflichtungen für PV-Anlagen kann aus dem Bauplanungsrecht abgeleitet werden, nicht aber aus dem Gebäudeenergierecht.
- 🕒 Die verpflichtende Errichtung von PV-Anlagen kann in Bebauungsplänen gemäß § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB festgesetzt werden.
  - Die Aufstellung eines Klimakonzeptes ist dabei nach überwiegender Ansicht in der Literatur und nach Auffassung der Verfasser nicht Voraussetzung für die Zulässigkeit einer entsprechenden Errichtungsverpflichtung. Der (globale) Klimaschutz stellt einen ausreichenden städtebaulichen Grund für die Festsetzung dar.
  - Allerdings sind im Rahmen der Begründung der Festsetzung und der Durchführung der Abwägung die lokalen Verhältnisse, insbesondere das Ortsbild und soziale Aspekte und Belange der Planadressaten angemessen zu berücksichtigen. Bei der Festsetzung konkreter Ausführungsvorgaben müssen ggf. auch Markterkundungen und wirtschaftliche Prognosen erfolgen.
- 🕒 Eine Nutzungsverpflichtung lässt sich auf Grundlage von § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB neben der Errichtungsverpflichtung nicht begründen. Festsetzungen, die eine Nutzung zu ihrem Vollzug zwingend voraussetzen, bspw. ertragsbezogene Festsetzungen, sind damit unzulässig.
- 🕒 Es ist denkbar, unter bestimmten Voraussetzungen die Instrumente des vorhabenbezogenen Bebauungsplans oder der städtebaulichen Verträge zu nutzen, um die Errichtungsverpflichtung für PV-Anlagen zu begründen oder entsprechende Festsetzungen sinnvoll zu flankieren.

## **C. Rechtliche Bewertung**

Für die Beantwortung der aufgeworfenen Fragestellung (Aufgabenstellung 1.) lässt sich in der derzeitigen deutschen Rechtsordnung grundsätzlich an zwei Ansatzpunkte anknüpfen: das öffentliche Bauplanungsrecht (das Bauordnungsrecht bietet aufgrund dessen Sicherheits- und Gestaltungsbezugs keinen ersichtlichen Anknüpfungspunkt) sowie das Gebäudeenergierecht.

In diesem Rahmen ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls welche Vorgaben der Gesetzgeber zur verpflichtenden Errichtung von PV-Anlagen vorgesehen hat.

### **I. Gebäudeenergierecht**

Nach den derzeit geltenden Regelungen des Gesetzes zur Einsparung von Energie in Gebäuden (Energieeinsparungsgesetz - EnEG), der Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden (Energieeinsparverordnung - EnEV) sowie des Gesetzes zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich (Erneuerbare-Energien-Wärme-gesetz - EEWärmeG) findet sich dort keinerlei Verpflichtung zur Errichtung (oder gar Nutzung) von PV-Anlagen. Allein § 5 EnEV ordnet eine Anrechnungsberechtigung an, wonach der in räumlicher Nähe zu einem Gebäude in PV-Anlagen erzeugte und überwiegend dort verbrauchte Strom bei der Ermittlung des Endenergiebedarfs berücksichtigt werden darf. Auch das derzeit im Entwurf befindliche und nach dem geltenden Koalitionsvertrag zu erlassende Gebäudeenergiegesetz (GEG), welches die Inhalte o.g. Gesetze und der EnEV in ein Regelwerk überführt, ändert an diesem Umstand nichts (vgl. § 25 GEG des aktuellen Referententwurfs). Eine Errichtungsverpflichtung oder eine entsprechende Anordnungsermächtigung für PV-Anlagen lässt sich dem Gebäudeenergierecht nicht entnehmen.

### **II. Bauplanungsrecht**

Auch das Bauplanungsrecht hält keine in geltenden Gesetzen kodifizierten unmittelbaren Errichtungsverpflichtungen für PV-Anlagen bereit. Die verpflichtende Anordnung der Errichtung von PV-Anlagen kann allerdings bei Erlass eines Bebauungsplans auf der Grundlage von § 9 Absatz 1 Nummer 23 b Bau-gesetzbuch (BauGB) durch Festsetzung angeordnet werden. Diese Regelung ist insoweit auch abschließend, als „Angebotsbebauungspläne“ betroffen sind. Grundsätzlich bestimmt § 9 einen abschließenden Katalog zulässiger Festsetzungen<sup>1</sup> bei der Aufstellung von Bebauungsplänen im Sinne des § 30 Absatz 1 und 3 BauGB (also mit Ausnahme von vorhabenbezogenen Bebauungsplänen gemäß § 12 BauGB, vgl. unten), die von den Regelungen der gemäß § 9a BauGB erlassenen Baunutzungsverordnung (BauNVO) konkretisiert werden (diese Bebauungspläne im Sinne von § 30 Absatz 1 und 3 BauGB werden folgend nur als „Bebauungspläne“ bezeichnet). § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB ist daher hinsichtlich seines Bedeutungsgehalts exakt zu bestimmen.

---

<sup>1</sup> Spannowsky, in: Spannowsky/Uechtritz, BauGB, 3. Aufl. 2018, § 9 Überblick vor Rn. 1 (S. 275).

## 1. Historie des § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB

§ 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB ist mit dem Europarechtanpassungsgesetz Bau im Jahr 2004<sup>2</sup> eingeführt worden und lautete:

*„Im Bebauungsplan können aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden: Gebiete, in denen bei der Errichtung von Gebäuden bestimmte bauliche Maßnahmen für den Einsatz erneuerbarer Energien wie insbesondere Solarenergie getroffen werden müssen.“*

Diese Festsetzungsmöglichkeit hatte indessen eine eingeschränkte Reichweite: Sie ließ nur bauliche, nicht aber auch technische Maßnahmen zu; sie konnte sich nur auf Gebäude und nicht auch auf sonstige bauliche Anlagen beziehen; sie enthielt keine Konkretisierung der in Betracht kommenden Maßnahmen; sie bezog nicht die Kraft-Wärme-Kopplung mit ein<sup>3</sup>. Um ihren Anwendungsbereich auszuweiten wurde der Wortlaut der Regelung daher mit der Klimaschutznovelle 2011<sup>4</sup> angepasst. Er lautet seitdem:

*„Im Bebauungsplan können aus städtebaulichen Gründen festgesetzt werden: Gebiete, in denen bei der Errichtung von Gebäuden oder bestimmten sonstigen baulichen Anlagen bestimmte bauliche und sonstige technische Maßnahmen für die Erzeugung, Nutzung oder Speicherung von Strom, Wärme oder Kälte aus erneuerbaren Energien oder Kraft-Wärme-Kopplung getroffen werden müssen.“*

Hintergrund der Änderung war das Ziel der Auflösung des entstandenen akademischen Streits über die Vorgängerregelung, ob diese auch technische Maßnahmen in die Festsetzungsermächtigung inkludierte und die erfolgte inhaltliche Erweiterung der Festsetzung, um die tatsächlichen energiewirtschaftlichen Gegebenheiten sinnvoll aufzugreifen<sup>5</sup>.

## 2. Reichweite der Festsetzungsermächtigung

Fraglich ist, ob sich aus der Festsetzungsermächtigung des § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB bei Aufstellung eines Bebauungsplans bereits ableiten lässt, dass die verpflichtende Errichtung von PV-Anlagen festgesetzt werden kann.

### a) Tatbestandsmerkmal „Gebiete“

Die Festsetzungsermächtigung beschränkt sich auf Gebiete, so dass Festsetzungen für einzelne Gebäude oder Flächen, die nicht einen größeren, zusammenhängenden Bereich betreffen, nicht zulässig sind<sup>6</sup>. Hinsichtlich der zu fordernden Größe eines festsetzungsfähigen Gebietes im Sinne des § 9 Absatz

---

<sup>2</sup> BGBl 2004 I, 1359.

<sup>3</sup> Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 130. EL August 2018, § 9 Rn. 197g

<sup>4</sup> BGBl 2011 I, 1509.

<sup>5</sup> Vgl. BT-Drs. 17/6076, S. 9.

<sup>6</sup> Vgl. Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 363.

1 Nummer 23 b BauGB ist auf die mit der Festsetzung verfolgten städtebaulichen Ziele und die verbundenen Individual- und Gemeinschaftsinteressen im Rahmen der Abwägung abzustellen (vgl. dazu noch unten).

### **b) Tatbestandsmerkmal „Gebäude und bestimmte sonstige bauliche Anlagen“**

Festsetzungen nach § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB müssen sich auf die Errichtung von Gebäuden und bestimmten sonstigen baulichen Anlagen beziehen. Gebäude sind selbständig benutzbare, überdeckte bauliche Anlagen, die von Menschen betreten werden können und geeignet oder dazu bestimmt sind, dem Schutz von Menschen, Tieren oder Sachen zu dienen. Sonstige bauliche Anlagen sind alle anderen, dem Bauplanungsrecht gemäß § 29 BauGB unterliegenden Anlagen<sup>9</sup>. Aus der Formulierung „bestimmte“ sonstige bauliche Anlagen folgt keine generelle Einschränkung<sup>10</sup>, sondern nur die Anforderung an die jeweilige bauliche Anlage, dass diese im festgesetzten Gebiet bauplanungsrechtlich auch zulässig sein muss<sup>11</sup>.

### **c) Tatbestandsmerkmal „bei der Errichtung“**

Festsetzungen nach § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB beziehen sich auf die durch den aufzustellenden Bebauungsplan zu steuernde Errichtung von Gebäuden und sonstigen baulichen Anlagen. Sie können nicht auf bereits errichtete Gebäude und auch nicht auf deren Änderung erstreckt werden<sup>12</sup>. Anders ist dies nur bei der Neuerrichtung eines Gebäudes nach Beseitigung oder Rückbau vorhandener baulicher Anlagen. Soll ein Gebäude wesentlich geändert oder erweitert werden, kann sich die Festsetzung nur auf den Erweiterungsbau bzw. die wesentliche Änderung beziehen<sup>13</sup>.

### **d) Tatbestandsmerkmal „bestimmte bauliche und sonstige technische Maßnahmen“**

Gegenstand der Festsetzungen nach § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB können bestimmte bauliche und sonstige technische Maßnahmen für den Einsatz der erneuerbaren Energien und der Kraft-Wärme-Kopplung sein. Zunächst einmal beschreibt diese Regelung alle für ihren Einsatz der gebotenen Maßnahmen, soweit sie bei der Errichtung von Gebäuden oder baulichen Anlagen von Bedeutung sein können. Sie können damit baulicher oder auch nur technischer Art sein<sup>14</sup>.

Bauliche Maßnahmen können somit – auch in Verbindung mit einer Festsetzung gemäß § 9 Absatz 1 Nummer 2 BauGB, die die Gebäudestellung auf dem Baugrundstück festsetzt – Vorgaben zur Dachausrichtung oder -neigung sein<sup>15</sup>. Auch kommen Maßnahmen in Frage, die die spätere Umrüstung der Energieversorgung erleichtern sollen wie bspw. Leerrohre, bestimmte statische Vorgaben oder sonsti-

<sup>7</sup> Ähnlich Spannowsky (o. Fn. 1) Rn. 90-92.

<sup>8</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 Musterbauordnung, vgl. Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 9 Rn. 174.

<sup>9</sup> Vgl. Söfker (o. Fn. 3) Rn. 197b.

<sup>10</sup> Vgl. BT-Drs. 17/6076, S. 9.

<sup>11</sup> So nur Söfker (o. Fn. 3) Rn. 197b.

<sup>12</sup> Ausdrücklich Söfker (o. Fn. 3) Rn. 197b.

<sup>13</sup> Vgl. Schrödter (o. Fn. 8) Rn. 177.

<sup>14</sup> Vgl. Söfker (o. Fn. 3) Rn. 197b.

<sup>15</sup> Schrödter (o. Fn. 8) Rn. 173.

ge bauliche Maßnahmen, die die Errichtung und Nutzung von Energieerzeugungsanlagen vorbereiten oder vereinfachen sollen<sup>16</sup>. Relevant ist dabei, dass sich die Festsetzungsermächtigung auf die Erzeugung, Nutzung und Speicherung von Energien beschränkt, so dass bauliche Maßnahmen zu Einsparung von Energie nicht auf die spezielle Ermächtigung des § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB gestützt werden können.

Mit der Festsetzungsermächtigung über sonstige technische Maßnahmen kann in einem Bebauungsplan der Einbau von Anlagen und Einrichtungen vorgeschrieben werden, in denen erneuerbare Energien erzeugt, genutzt oder gespeichert werden können oder die einen Anschluss an externe Anlagen dieser Art technisch ermöglichen oder erleichtern<sup>17</sup>. Dies betrifft die verpflichtende Errichtung von Wärmepumpen oder PV-Anlagen, aber auch technische Einrichtungen für den Anschluss an eine vorhandene oder im Aufbau befindliche Fernwärmeversorgung<sup>18</sup>.

Eine Begrenzung dieser zunächst weiten Festsetzungsmöglichkeit kann sich allerdings daraus ergeben, dass sie sich auf Maßnahmen bezieht, die „bei der Errichtung von Gebäuden und sonstigen baulichen Anlagen“ getroffen werden müssen. Es wird insoweit vertreten, dass sich die Maßnahmen für den Einsatz erneuerbarer Energien und die Kraft-Wärme-Kopplung darauf beziehen müssten, dass die aus ihnen gewonnene Energie im jeweiligen Gebäude Verwendung finden kann, im Fall der sonstigen baulichen Anlagen, dass diese für den Einsatz der erneuerbaren Energien, vor allem weil sich dies technisch anbietet, genutzt werden<sup>19</sup>. Dass es sich insoweit allerdings um eine tatbestandliche Begrenzung der Festsetzungsmöglichkeiten handelt, dürfte dabei nicht überzeugen, da inzwischen überwiegend anerkannt ist, dass Festsetzungen im Bebauungsplan nicht nur örtlichen Interessen, sondern auch dem globalen Klimaschutz dienen dürfen<sup>20</sup>. Allerdings wird diese Fragestellung im Rahmen der Abwägung bei der Planaufstellung angemessene Berücksichtigung finden müssen.

Die rechtlich keinerlei Bindungswirkung entfaltende „Arbeitshilfe Bebauungsplanung“ des Ministeriums für Infrastruktur und Landesplanung des Landes Brandenburg (Stand November 2014), auf die in der Ausgangslage (vgl. Ausschreibung vom 19. Oktober 2018) Bezug genommen wurde, vertritt nach Auffassung der Verfasser keine anderslautende Position. Zwar findet sich im Abschnitt B 23.2 ein Hinweis, der eine abweichende Auffassung nahelegen könnte, allerdings geht es dort vorrangig um die Frage der Zulässigkeit der Festsetzung einer Nutzungsverpflichtung von Erzeugungsanlagen. Zudem stammt der Inhalt ausweislich der dortigen Fußzeile, die auf Juni 2007 zeitlich referenziert, aus einem Zeitraum, in dem die o.g. klarstellende Änderung des § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB noch nicht erfolgt war (vor der Klimaschutznovelle 2011). Schließlich findet sich auch in der Arbeitshilfe im Abschnitt

---

<sup>16</sup> Vgl. Schrödter (o. Fn. 8) Rn. 173 mit Nachweisen.

<sup>17</sup> Vgl. nur Schrödter (o. Fn. 8) Rn. 175.

<sup>18</sup> Soweit ersichtlich in der Literatur einhellige Ansicht, vgl. bspw. Spannowsky (o. Fn. 1) Rn. 97; Schrödter (o. Fn. 8) Rn. 175; Söfker (o. Fn. 3) Rn. 197b; Mitschang/Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 9 Rn. 137; Bracher (o. Fn. 6) Rn. 368; Hageböling, Klimaschutz durch städtebauliche Verträge, 2014, S. 148; Longo, DÖV 2018, 107.

<sup>19</sup> So Söfker (o. Fn. 3) Rn. 197b.

<sup>20</sup> Vgl. BT-Drs. 17/676, S. 3 sowie Bracher (o. Fn. 6) Rn. 366.

D 8 (zeitlich aus November 2013 stammend) die gleiche Ansicht, die auch die Verfasser im Rahmen dieser Stellungnahme vertreten. Insofern darf die Darstellung in B 23.2 als überholt gelten und die nicht erfolgte Entfernung oder Überarbeitung der dortigen Ausführungen ein Versehen der Verfasser der Arbeitshilfe darstellen.

### **3. Exkurs: Festsetzung einer Nutzungsverpflichtung zulässig?**

Zwar von der Aufgabenstellung nicht umfasst, aber als Folgeumstand wesentlich ist die Frage, ob die zuvor festgestellte Möglichkeit der Festsetzung einer Errichtungspflicht für PV-Anlagen mit einer entsprechenden Nutzungs- oder Betriebspflicht verbunden werden darf. Es wurde vereinzelt das Bestehen einer solchen weiten Festsetzungsermächtigung vertreten, allerdings zur Rechtslage 2004<sup>21</sup>. Jedenfalls die Änderung der Rechtslage in 2011 und die Nichtregelung einer Nutzungspflicht durch den Gesetzgeber in Ansehung der bekannten akademischen Auseinandersetzung darüber spricht deutlich gegen ein weites Begriffsverständnis der Festsetzungsermächtigung, wonach eine Nutzungs- und/oder Betriebspflicht umfasst wäre<sup>22</sup>. Daneben spricht gegen ein solches Verständnis der Festsetzungsermächtigung in § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB, dass Nutzungspflichten keinen bodenrechtlichen Bezug aufweisen, so dass entsprechende Festsetzungsermächtigungen mit Blick auf ihre Verfassungsmäßigkeit nicht den Vorgaben von Art. 74 Absatz 1 Nummer 18 Grundgesetz (GG) entsprechen<sup>23</sup>. Nach derzeitiger Rechtslage ist daher die Möglichkeit der Festsetzung von Nutzungspflichten auf Grundlage der Ermächtigung in § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB abzulehnen<sup>24</sup>. Allerdings dürfte bei der verpflichtenden Errichtung von PV-Anlagen eine festzusetzende Nutzungsverpflichtung keine praktische Bedeutung haben. Denn soweit Grundstückseigentümer die Errichtungsverpflichtung ohne Geltendmachung von Abwehrrechten hinnehmen, werden sie diese in aller Regel auch betreiben (lassen).

Ebenfalls kann durch Festsetzungen im Bebauungsplan kein Anschluss- und Benutzungszwang vorhandener (öffentlicher) Versorgungsanlagen begründet werden. § 9 Absatz 6 BauGB sieht lediglich vor, dass das Bestehen eines solchen Anschluss- und Benutzungszwangs informationshalber in einem Bebauungsplan aufgegriffen wird. Ein Anschluss- und Benutzungszwang kann weiterhin nur über entsprechende Ermächtigungen in anderen Gesetzen erfolgen (bspw. § 16 EEWärmeG oder § 18 Berliner Energiewendegesetz (EWG Bln)).

### **4. Weitere bauplanungsrechtliche Vorgaben**

Soll die Errichtung von PV-Anlagen verpflichtend in einem Bebauungsplan für bestimmte Gebiete festgesetzt werden, sind weitere Vorgaben zu erfüllen. Dies betrifft regelmäßig die Durchführung einer

---

<sup>21</sup> Vgl. insb. Wustlich, ZUR 2008, 113 [115] sowie Schmidt, NVwZ 2006, 1354 [1359f.].

<sup>22</sup> Ähnlich Schrödter (o. Fn. 8) Rn. 176.

<sup>23</sup> Im Ergebnis Söfker (o. Fn. 3) Rn. 197c; Mitschang/Reidt (o. Fn. 18) Rn. 137 mit Nachweisen, vgl. dazu sogleich die Begriffsbestimmung von „städtebaulichen Gründen“.

<sup>24</sup> In jeden Fall wäre die Festsetzung jener Nutzungspflichten mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden. Die Unzulässigkeit einer solchen Festsetzung könnte zudem auch eine ebenfalls festgesetzte Errichtungsverpflichtung infizieren.

fehlerfreien rechtsstaatlichen Abwägung im Sinne des § 1 Absatz 7 BauGB sowie das Vorliegen „städtebaulicher Gründe“.

### **a) Vorliegen „städtebaulicher Gründe“**

Das Vorliegen „städtebaulicher Gründe“ bei Erlass von Festsetzungen in Bebauungsplänen ist ein allgemeines Merkmal und findet seinen Ursprung in dem Grundsatz der Planerforderlichkeit des § 1 Absatz 3 BauGB<sup>25</sup>. Der Begriff der städtebaulichen Gründe ist dabei nicht zwingend deckungsgleich mit dem des Bodenrechts (im Sinne von Art. 74 Absatz 1 Nummer 18 GG), allerdings ist die Deckung des Festsetzungsinhalts bzw. der Festsetzungsermächtigung durch verfassungsrechtliche Ermächtigung erforderlich<sup>26</sup>. Im Falle der Festsetzungsermächtigung des § 9 Absatz 1 Nummer 23 BauGB und den auf Grundlage dieser Ermächtigung erlassenen Festsetzungen finden sich bspw. verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte in der Luftreinhaltung (Art. 74 Absatz 1 Nummer 24 GG) und der Energiewirtschaft (Art. 74 Absatz 1 Nummer 11 GG)<sup>27</sup>. Im Übrigen sind die Regelungsinhalte der §§ 1 und 1a BauGB als Rahmen zulässiger Festsetzungsinhalte relevant. Hier ist insbesondere die planungsrechtliche Aufgabenbestimmung des § 1 Absatz 5 Satz 2 BauGB zu nennen, die der Bauleitplanung die Aufgabe zuweist, positive Beiträge zum Klimaschutz zu leisten.

Aber sogar bei Annahme des vereinzelt vertretenen engeren Verständnisses des Begriffs der städtebaulichen Gründe und damit der Forderung eines unmittelbaren Örtlichkeits- und Bodenbezugs entsprechender Festsetzungen<sup>28</sup> ist der (globale) Klimaschutz als städtebauliche Aufgabe anzusehen (§ 1 Absatz 5 BauGB). In diesem Fall ist dem Belang des Klimaschutzes durch Beachtung ortsbezogener Umstände (auch unter Berücksichtigung der Planungsleitlinie des § 1 Absatz 6 Nummer 7 f BauGB) zu entsprechen. Allerdings mögen sich in diesem Fall die Anforderungen der Ermittlungstiefe und der Planvorbereitung der Planaufstellung als vergleichsweise konkreter und „tiefergehender“ darstellen. Letzteres wird sich jedoch dann nicht praktisch auswirken, wenn bei der Aufstellung eines Bebauungsplans, in dem Festsetzungen gemäß § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB erfolgen sollen, kommunale bzw. örtliche Umstände ausreichend aufgeklärt werden und Machbarkeitsstudien bzw. Entwürfe von Versorgungskonzepten als Grundlage der planerischen Steuerung dienen.

### **b) Relevante Abwägungsinhalte**

Da jede Bebauungsplanung den Anforderungen an eine fehlerfreie rechtsstaatliche Abwägung standhalten muss, ist auch dieser Aspekt im Rahmen dieser Stellungnahme zu beleuchten. Hierbei geht es um die Zielsetzung der jeweiligen steuernden Bebauungsplanung, insbesondere soziale Aspekte

---

<sup>25</sup> Vgl. Longo, DÖV, 107 [108].

<sup>26</sup> Wobei die Reichweite umstritten ist, vgl. für ein erweiterndes Verständnis bspw. Reidt, BauR 2010, 2025 [2027f.], für ein restriktives Verständnis Longo, DÖV 2018, 107 [108].

<sup>27</sup> Vgl. zu den Hintergründen Mitschang/Reidt (o. Fn. 18) Rn. 9.

<sup>28</sup> Dieser Ansatz bedeutete, Festsetzungen im Sinne des § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB wären in der Regel nur bei Vorliegen örtlicher Klimaschutzkonzepte und entsprechender Luftuntersuchungen bauplanungsrechtlich begründbar, vgl. Otting, REE 2011, 125 [128]; eine solche oder ähnlich einschränkende Auffassung wird allerdings nur vereinzelt vertreten, die leicht tendenziöse Darstellung des Gegenteils bei Longo, DÖV 2018, 107 [109] Fn. 17 trifft nicht zu; vgl. daher statt vieler ausdrücklich Söfker/Runkel, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, 130. EL August 2018, § 1 Rn. 107b.



(bspw. die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Grundstückseigentümer oder der Zielbevölkerung im Plangebiet; soziale Integrationsprojekte mit wirtschaftlich schwächer gestellten Zielgruppen o.Ä.; lokale Wertschöpfung) oder Aspekte des Ortbildes (bspw. bei denkmalgeschützten Ensembles im Umfeld des geplanten Neubaugebietes) spielen eine Rolle. In diesem Rahmen ist auch die Festsetzung des betroffenen Gebietes relevant. Soll die Errichtungsverpflichtung für ein Wohngebiet eines Neubaugebietes gelten, können einzelne Bereiche des Gebietes, die bspw. für sozialen Wohnungsbau dienen sollen, aus der Festsetzung ausgenommen werden.

Auch sollten Versorgungskonzepte auf Wirtschaftlichkeit geprüft werden, denn wenn bestimmte technische (Erzeugungs-)Anlagen verpflichtend zu errichten sind, führte der zutreffende Einwand eines Planadressaten, dass andere regenerative Energieformen existieren, deren Einsatz wirtschaftlicher ist, zur fehlenden Verhältnismäßigkeit und damit Unwirksamkeit einer Festsetzung<sup>29</sup>. Dieser Aspekt bliebe allerdings bei der verpflichtenden Errichtung von PV-Anlagen zur Stromerzeugung zu prüfen. Nach derzeitiger Lage ist den Verfasser keine ortsbezogene regenerative Stromerzeugungsform bekannt, die sich als wirtschaftlicher darstellen ließe.

Daneben stellt sich die Frage, ob lokale Klimaschutzkonzepte existieren, die örtliche Gegebenheiten und Anforderungen aufgreifen. Hinsichtlich der Aufstellung solcher Klimaschutzkonzepte existiert zwar keinerlei Verpflichtung (anderes gilt für die verpflichtende Umsetzung von Entwicklungsplanungen gem. § 4 AG BauGB Berlin oder ein allgemein relevantes Energie- und Klimaschutzprogramm ohne besonderen Örtlichkeitsbezug), allerdings ist eine plangebiets- und zuständigkeitsbezogene Potential- und Machbarkeitsanalyse und möglichst ein Klimaschutzkonzept einschließlich konkreter Versorgungsziele eine sinnvolle Planvorbereitung. Das geltende Umsetzungskonzept zum Berliner Energie- und Klimaschutzprogramm sieht jedenfalls eine entsprechende Verknüpfung mit der örtlichen Bauleitplanung und die verpflichtende Aufstellung von Klimakonzepten vor<sup>30</sup>. Allerdings schweigt auch dieses Konzept über Reichweite und Tiefe der Untersuchungen, so dass die – leider bisher nur vereinzelt – geäußerte Kritik daran, dass die Kommunen weitgehend aus der Klimaverantwortung entlassen sind, auch in Ansehung solcher Vorgaben eine ausgeprägte Daseinsberechtigung hat<sup>31</sup>.

Soweit aber nach der derzeitigen Rechtslage Festsetzungen im Sinne des § 9 Absatz 1 Nummer 23b BauGB mit oben genannter Sorgfältigkeit abgewogen werden, werden fehlende belastbare Klimakonzepte voraussichtlich nicht zur Unwirksamkeit jener Festsetzungen führen können. Gerichtliche Entscheidungen zu dieser (u.a.) Frage, sind – soweit ersichtlich – bisher nicht verfügbar.

---

<sup>29</sup> Vgl. Hageböling, Klimaschutz durch städtebauliche Verträge, 2014, S. 157.

<sup>30</sup> [https://www.berlin.de/senuvk/klimaschutz/bek\\_berlin/download/umsetzung/Umsetzungskonzept\\_BEK2030.pdf](https://www.berlin.de/senuvk/klimaschutz/bek_berlin/download/umsetzung/Umsetzungskonzept_BEK2030.pdf), vgl. S. 43.

<sup>31</sup> Vgl. insbesondere Longo, DÖV 2018, 107 [114f.].

## 5. Exkurs: Städtebauliche Verträge und vorhabenbezogener Bebauungsplan

Die Begrenzungen des § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB gelten nicht im Fall der Aufstellung eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans im Sinne des § 12 BauGB, da in diesem Fall keine Bindung an den Festsetzungskatalog besteht. Allerdings müssen die Inhalte des vorhabenbezogenen Bebauungsplans aus städtebaulichen Gründen folgen<sup>32</sup>. Hier besteht allerdings die Besonderheit, dass in der Regel der Vorhabenträger auf die jeweils den Bebauungsplan aufstellende Kommune (in Berlin: Bezirk) zukommen wird, um ein von ihm geplantes Vorhaben planungsrechtlich zulassungsfähig zu machen. In der Regel und in der Praxis ist nicht zu erwarten, dass im Rahmen der Planaufstellung zwingend ein regeneratives Versorgungskonzept gefordert wird oder die Kommune die Planaufstellung von der Errichtungsverpflichtung von PV-Anlagen abhängig macht. Hier bliebe auch fraglich, ob dies abwägungsfehlerfrei zulässig wäre, was vom jeweiligen Vorhaben abhängt. Insoweit bliebe auch die Möglichkeit den mit dem Vorhabenträger zu schließenden Durchführungsvertrag mit entsprechenden Inhalten zu versehen.

Möglich ist es aber, bei der Entwicklung von Neubauquartieren grundsätzlich die Bebauungsplanung mit städtebaulichen Verträgen mit den Planadressaten zu flankieren oder sogar Festsetzungen des Bebauungsplans durch städtebauliche Vereinbarungen im Sinne des § 11 BauGB zu ersetzen<sup>33</sup>. Die strategische Vorbereitung solcher Konzepte ist dabei von zentraler Bedeutung. Denn in diesem Fall müssen bspw. Investoren gebunden werden, beim Abverkauf der Grundstücke im Bebauungsplanbereich bestimmte Verpflichtungen einzuhalten. Alternativ oder ergänzend kann der Abverkauf auch unter die Bedingung gestellt werden, dass der jeweilige Endeigentümer einer ihn bindenden weiteren städtebaulichen Vereinbarung mit der plangebenden Gebietskörperschaft zustimmen muss. Dabei handelt es sich um sensible Vertragskonstrukte, die insbesondere am Angemessenheitsgebot und Kopplungsverbot des § 11 Absatz 2 BauGB zu messen sind. Eine abstrakte Einordnung ist daher hier nicht zielführend. Gerne bieten wir an, im Fall konkreter Vorhaben eine fallbezogene Untersuchung durchzuführen.

### D. Maßnahmenteil / Formulierungsbeispiele

Die folgenden Formulierungsbeispiele zeigen eine Bandbreite an Möglichkeiten:

Beispiel 1:

*Im dem mit der Kennzeichnung „PV“ versehenen Gebiet<sup>34</sup> sind mindestens auf ## vom Hundert der Dachflächen der errichteten Gebäude mit einer Gesamtfläche mehr als ## qm mit Photovoltaikanlagen zu errichten. Dies gilt auch für Nebenanlagen auf dem gleichen Baugrundstück, wobei die Photovoltaikanlage auch auf einem Gebäude errichtet werden kann, wenn damit die Ge-*

<sup>32</sup> Vgl. Hageböling, Klimaschutz durch städtebauliche Verträge, 2014, S. 150 mit Nachweisen.

<sup>33</sup> Vgl. im Einzelnen Hageböling, Klimaschutz durch städtebauliche Verträge, 2014, S. 214ff.

<sup>34</sup> Ggf. auch Gebietsbezeichnung der BauNVO nutzen, „WA“ oder „WR“, im Übrigen ist in der zeichnerischen Festsetzung des Bebauungsplans die Gebietsbezeichnung eindeutig erkennbar und zuordenbar umzusetzen.

*samterrichtungsfläche bezogen auf alle Gebäude mit ausreichender Dachfläche im Sinne dieser Festsetzung erreicht wird.*

Beispiel 2:

*Im WA-Gebiet sind Photovoltaikanlagen mit einer Mindestfläche von ## qm auf den Dächern der errichteten Gebäude [oder an den Gebäuden zu errichten]. Diese Vorgabe gilt nicht, wenn weniger als ## qm Dachfläche zur Verfügung stehen.*

Beispiel 3:

*In dem mit der Kennzeichnung „PV“ versehenen Gebiet sind auf oder an den errichteten Gebäuden Photovoltaikanlagen zu errichten, die eine Erzeugungsleistung von mindestens ## kWp aufweisen. Die Verpflichtung wird auch erfüllt, wenn bei mehreren Gebäuden oder Nebenanlagen auf einem Baugrundstück auf einem Gebäude oder einer baulichen Anlage eine Photovoltaikanlage mit der genannten Erzeugungsleistung errichtet wird.*

*Die Photovoltaik in [Südausrichtung] zu errichten, nachrangig in [südöstlicher] Ausrichtung. Auf Flachdächern sind die Photovoltaikanlagen durch geeignete aufgeständerte Unterkonstruktion zu errichten<sup>35</sup>.*

## **1. Hinweis**

In jedem Fall sind Festsetzungen hinreichend bestimmt zu formulieren, so dass jeder Planadressat aus dem Bebauungsplan unmittelbar erkennen kann, welche Errichtungsverpflichtung von ihm erwartet wird. Bei Nichterrichtung kann unter den dortigen Voraussetzungen mit Baugebot gemäß § 176 BauGB reagiert werden<sup>36</sup>.

## **2. Weitere Festsetzungen**

Festsetzungen der Errichtungsverpflichtung, die an Ertragsziele geknüpft sind oder die Modulart bzw. Wirkungsgrade vorgeben, halten wir für nicht von der Festsetzung des § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB umfasst oder jedenfalls für risikoreich.

### **a) Ertragsziele und Wirkungsgrade**

Hinsichtlich der Ertragsziele wäre höchstens denkbar, eine mehrjährige Mittelung als Grundlage zu wählen, da anderenfalls der Planadressat mit dem – letztendlich nicht sicher für einen abgeschlossenen Zeitraum prognostizierbaren – Risiko der Witterungsentwicklung belastet wäre. Zudem würde die Festsetzung hinsichtlich der Prüfung der tatsächlichen Ertragsleistung voraussetzen, dass eine Nut-

<sup>35</sup> Die Ausrichtung wäre sinnvollerweise mit einer Vorgabe der Gebäudeanordnung und entsprechender Dachneigung zu kombinieren. Die Vorgabe zur aufgeständerten Errichtung setzt voraus, dass marktgängige Angebote bestehen. Hier dürfte ein erhöhtes Untersuchungserfordernis bei Planaufstellung anzunehmen sein.

<sup>36</sup> Vgl. dazu Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 176 BauGB Rn. 2 ff.

zungsverpflichtung für den Planadressaten festgesetzt werden könnte, die allerdings gerade in die Festsetzungsermächtigung des § 9 Absatz 1 Nummer 23 b BauGB nach unserer Auffassung nicht hineingelesen werden kann und rechtlich auch nicht zulässig wäre (vgl. oben). Ohne eine solche Nutzungsverpflichtung wäre die Festsetzung von Ertragszielen allerdings nicht vollziehbar, so dass sie damit insgesamt unwirksam wäre. Gleiches gilt nach unserem Verständnis für die Festsetzung von Wirkungsgraden.

#### **b) Besonderheit Modulart**

Die Festsetzung der zu errichtenden Modulart könnte eine tendenziell wettbewerbsregelnde Vorgabe darstellen, die städtebaulich nicht zu rechtfertigen wäre. Anders stellte sich dies allerdings dar, wenn die Modulart für bestimmte örtliche Umstände nachweislich relevante Bedeutung hätte und „Modulart“ nicht herstellerbezogen, sondern alleine ausführungsbezogen zu verstehen wäre. Wäre demnach eine Modulart aufgrund ihrer Ausführung besonders gut geeignet, bei bestimmtem Einstrahlungswinkel eingesetzt zu werden und wären baugestalterische Ziele die grundsätzliche Errichtung von Satteldächern mit bestimmter Dachneigung, wäre die Festsetzung der Modulart mit entsprechender Begründung zulässig, wenn bei der Abwägung die Anschaffungskosten und die gestalterischen Ziele des Planes mit Blick auf die Belange der Planadressaten ordnungsgemäß abgewogen wurden. Die o.g. Festsetzungen wären dann zu ergänzen um die Regelung: *Es sind PV-Module folgender Ausführungsart zu verwenden [###].*

Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Jörn Bringewat  
Rechtsanwalt

Dr. Florian Valentin  
Rechtsanwalt