

Das gilt nach wie vor :

Verfassungswidriges Bundesbauordnungsrecht:

Von Rechtsanwalt Johannes Kirchmeier, Saarbrücken (BAURECHT 6/1984)

Die am 1. 1. 1984 in Kraft getretene zweite WärmeschutzVO schreibt - zum Zwecke der Energieeinsparung - eine Wärmedämmung an Gebäuden nach dem sog. k-Wert vor. Fachleute der Bauphysik reklamieren, die der Wärmedämmung ausschliesslich nach dem k-Wert zugeschriebene Energieeinsparung sei experimentell nicht bestätigt; soweit Untersuchungsergebnisse bekannt sind, rechtfertigen diese eher, an der Richtigkeit der Annahme, an die die VO anknüpft, zu zweifeln. Nachdem Bossert die ersten Zweifel geäussert hatte, erschien das kritische Ergebnis der Literaturrecherche der Universität Dortmund, und die Diskussion zwischen den Zweiflern auf der einen Seite und den Verteidigern auf der anderen Seite ist zur Stunde eher schärfer geworden [1].

Der k-Wert ist in der Anlage 1 zur WärmeschutzVO [2] als Wärmedurchgangskoeffizient bezeichnet. Die gesetzliche Grundlage liefert das EnEG [3]. Dieses enthält jedoch keine materielle Regelung, sondern beim EnEG handelt es sich um ein Ermächtigungsgesetz. Nach § 1 Abs.2 des EnEG ist die Bundesregierung ermächtigt, durch Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates Anforderungen an den Wärmeschutz von Gebäuden und ihren Bauteilen festzusetzen. Die Anforderungen kann sich auf die Begrenzung des Wärmedurchgangs sowie der Lüftungswärmeverluste auf ausreichende raumklimatische Verhältnisse beziehen.

Der Gesetzgeber hat mit der WärmeschutzVO von der Ermächtigung Gebrauch gemacht. Die interessierenden materiellen Regelungen sind in den §§2, 5 und 8, jeweils Abs. 1 i. V m. den Anlagen 1 -3 der zweiten WärmeschutzVO enthalten. Nach den einschlägigen Bestimmungen ist jeder Bauherr verpflichtet, den Wärmedurchgang durch seine Wände nach den in den Anlagen zur WärmeschutzVO genannten Wärmedurchgangskoeffizienten zu begrenzen. Mein Thema ist, ob die Verfassung die in der WärmeschutzVO geregelte Pflicht der Bauherren zulässt.

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes:

Art. 70 Abs. 1 GG geht vom Grundsatz der Gesetzgebungskompetenz der Länder aus. Der Bund hat eine Gesetzgebungsbefugnis in der Regel nur, wenn sie ihm im Grundgesetz ausdrücklich verliehen ist. Dieser Grundsatz der Länderkompetenz gilt auch für Sonderregelungen [4]. Das BVerfG hat in seinem Rechtsgutachten vom 16. 6. 1954 über die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass eines Baugesetzes [5] festgestellt, dass eine Zuständigkeit des Bundes zur Regelung des Baupolizeirechts im bisher gebräuchlichen Sinne nicht besteht, und zwar mit Sperrwirkung gegenüber dem Bund. Das ist die verfassungsrechtliche Vorgabe.

Technische Anforderungen an Gebäude und Bauteile sind wir seither gewohnt in landesrechtlichen Vorschriften zu suchen, in den Landesbauordnungen und in den zahlreichen zu ihnen ergangenen Verordnungen. Es verwundert, technische Anforderungen über den Wärmedurchgang von Gebäuden und Bauteilen in bundesrechtlichen Vorschriften vorzufinden, nämlich dem EnEG und der WärmeschutzVO. Dass die Sperrwirkung für den Wärmedurchgang durch Gebäude betreffenden Ausschnitt aus dem Bauordnungsrecht zugunsten des Bundes verdrängt sei, ist nicht ausdrücklich geregelt. Versucht man, sich über die Verdrängung der bezeichneten Sperrwirkung und damit über die Gesetzgebungskompetenz für den genannten Ausschnitt aus dem Bauordnungsrecht des Bundes zu versichern, so findet man Passendes nur in Art. 74 Nr. 11 GG.

Danach erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes auf das Recht der **Wirtschaft**, die im Klammerausdruck konkretisiert ist als Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank und Börsenwesen und privatrechtliches Versicherungswesen. Der Blick ist gerichtet auf Energiewirtschaft. Tatsächlich hat die Bundesregierung in ihrer Gesetzesinitiative die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auch auf diese Bestimmung gestützt [6]. Zur Energiewirtschaft gehören nach herkömmlichem Verständnis die Energieerzeugung und die Energiefortleitung, die Einfuhr, Ausfuhr und Speicherung der Energie sowie die Bewirtschaftung von Energieträgern wie Kohle, Erdöl, Erdgas und spaltbarem Material [7]. Das EnEG hat die Bewirtschaftung von Energieträgern in seinem § 1 Abs. 1 ausdrücklich zum erklärten Ziel.

Der im sogenannten k-Wert ausgedrückte Wärmedurchgang durch eine Wand ist - was auch immer man von dem k-Wert hält - eine Eigenschaft der Wand und nicht etwas, was sich unmittelbar mit einem Energieträger oder gar mit einem bestimmten Energieträger in Verbindung bringen lässt. Zur Bewirtschaftung eines Gutes ist die Phantasie und damit die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit sicher nicht auf die quantenmässige Rationierung - etwa mittels Ersatzgeldes in der Form von Bezugsscheinen - beschränkt. Der unerwünscht verschwenderische Verbrauch lässt sich möglicherweise sogar sachlich überzeugender drosseln, indem man das Gebäude, in dem der Wärmebedarf besteht, so baut, dass man nicht ständig "zum Fenster hinaus" heizen muss. Wenn der Gesetzgeber diesen im Ansatz Überzeugenden Gedanken aufgreift, ist damit jedoch noch nicht Substantielles gewonnen zur Beantwortung der Frage, ob es sich dabei um die Gesetzgebungsmaterie Bewirtschaftung von Energieträgern handelt.

Nur für die Bewirtschaftung von **Energieträgern** lässt sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes unschwer bejahen. Die Wärme in einem Gebäude ist nicht der Energieträger, um den es geht. Die Wärme in einem Gebäude ist - das weiss jeder - das Ergebnis einer Mehrzahl wesentlicher Faktoren. Heizen oder Kühlen, mit anderen Worten verbrauchen eines Energieträgers, ist ein hierfür wesentlicher Faktor, aber eben nur **ein** Faktor von mehreren. Rationierung der Wärme in einem Gebäude lässt sich deshalb nicht als Bewirtschaftung von Energieträgern abhaken. Die Ermächtigung des EnEG setzt nicht bei einer Rationierung der Wärme in einem Gebäude an, sondern - mit Blick auf das Ziel Bewirtschaftung des Energieverbrauchs noch subtiler - beim Wärmedurchgang durch die Wände der Gebäude.

Der Ordnungsgeber ist noch einen Schritt weiter gegangen und hat die **Wärmedurchlässigkeit** geregelt [8], also diejenige Eigenschaft der Wand, die sich zur Frage verhält, wie die Wärme innerhalb eines Gebäudes nach ausserhalb des Gebäudes

gelangt. Überlegenswert wäre auch gewesen, ob unter Wärmedurchgang die Wärme selbst zu verstehen ist, und zwar unter zwei Gesichtspunkten, erstens in ihrem Quantum und zweitens in ihrer Bewegung durch die Wand, wobei sprachlich, und wohl auch logisch, zunächst beide Bewegungsrichtungen in Betracht kommen, nämlich die der Wärme von innerhalb des Gebäudes nach aussen, wie auch die Bewegungsrichtung der Wärme von ausserhalb des Gebäudes in dieses hinein.

Unmittelbar als Bewirtschaftung von **Energieträgern** - und damit als Energiewirtschaft als Gesetzgebungsmaterie - lässt sich weder die Anforderung an eine Eigenschaft einer Wand definieren, noch die Rationierung des Quantums der Wärme, das sich durch die Wand hindurch bewegt. Die **Auswirkung** der den Wärmedurchgang betreffenden Eigenschaft der Wände auf den Verbrauch von Energieträgern ist es, was die Sperrwirkung zugunsten des Bundes für diesen Ausschnitt aus dem Bauordnungsrecht im herkömmlichen Sinne verdrängen soll.

Die Bundesregierung, die den Gesetzentwurf eingebracht hatte, hatte sich zu einer diese Auswirkungen einschliessenden Sphärentheorie bereitgefunden. Sie provoziert damit zweifelnde Fragen. Sie hat Art. 74 Nr. 11 GG ausgelegt, der Begriff Energiewirtschaft sei im weiteren Sinne zu verstehen und nicht auf Herstellung und Verteilung der Energie zu beschränken und definierend angefügt:

"Auch Massnahmen, die zum Zwecke der Energieersparnis zugunsten anderer Wirtschaftszweige oder zur Verminderung der Abhängigkeit von ausländischen Energiequellen den privaten Verbrauch drosseln sollen, sind deshalb unter diese Materie einzuordnen." [9].

Mit dieser Darstellung ist aber Substantielles nicht zutage gefördert. Mit jedem Schritt in Richtung auf den Horizont erweitert sich dieser auch. Die Kompetenz ist durch die Verfassung mit dem Begriff Energiewirtschaft begrenzt. Es gilt, Inhalt und Grenze dessen festzustellen, was Energiewirtschaft i. S. der angezogenen Verfassungsbestimmung ist. Der sorgfältig erhobene Befund lässt sich dann vielleicht - wenn auch ohne erkennbaren Gewinn - im Vergleich zur spröden Ausgangsformulierung "Energiewirtschaft" als im weiteren Sinne beschreiben. Ein vom Gesetz unabhängiger Begriffsinhalt, aus freier wissenschaftlicher Phantasie, sei er auch plausibel, ist **eine** Sache; eine **andere** ist es, welche inhaltliche Reichweite der Verfassungsgeber seiner Bestimmung gegeben hat.

Damit nicht genug: Indem man einen Ausschnitt aus dem Bauordnungsrecht in die Materie Energiewirtschaft definierend einbezieht, mag man versucht sein, sich zugleich der Pflicht entledigt zu sehen, die Verdrängung der vorgegebenen Ausschlusswirkung nicht mehr beweisen zu müssen [10], sie wie die Bundesregierung als "unvermeidliche Folge" [11] zu sehen. Dass dies der eigentliche - wenn auch möglicherweise nicht gezielte, sondern freudig aufgegriffene - Sinn solcher Definition sei, könnte man vermuten, kann dies aber auf sich beruhen lassen. Man täusche sich indes, schreibe man einer einfachen Definition die Wirkung zu, sie verdränge eine durch Art. 70 GG vorgegebene Sperrwirkung.

Eine gegenüber dem Bauordnungsrecht durch die Verfassung irgendwie komfortabel hervorgehobene Stellung lässt sich für die Staatsaufgabe Energiewirtschaft nicht ermitteln. Desgleichen nicht eine allgemeine Verdrängung der Sperrwirkung des Art. 70 Abs. 1 GG, wenn sich die technische **Auswirkung** - um diese geht es -, deren Regelung der entsprechenden Gesetzgebungsmaterie zugehört, in einer anderen ohne solche

Sperrwirkung zeigt. Der Grundsatz der eindeutigen Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen verbietet, die Sperrwirkung auch ausschnittsweise zu verdrängen bzw. ausschnittsweise eine "Doppelzuständigkeit" anzunehmen [12]. Die technischen Anforderungen an den Wärmedurchgang durch die Wand gehören zu den grundsätzlichen Anforderungen baukonstruktiver Art an Bauwerke und damit zum Baupolizeirecht [13]. Nach meiner Auffassung ist die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nicht nachgewiesen.

Aber selbst wenn man sich Über die dargestellten Bedenken hinwegsetzte und die Auffassung der Bundesregierung (Fussn. 8 und 10) aufgriffe, bliebe folgendes: provoziert ist dieser Aufsatz durch den beachtenswerten Einwand von Fachleuten der Bauphysik, es sei experimentell nicht nachgewiesen und also nicht reproduzierbar, dass die in der WärmeschutzVO vorgeschriebene Wärmedämmung die dieser zugeschriebene - ja überhaupt eine ins Gewicht fallende - Einsparung von Energie erbringe [14].

Beim zuwege gebrachten Gesetz muss es sich der Materie nach um Energiewirtschaft i. S. d. Art. 74 Nr. 11 GG handeln. Die nicht hinreichende wissenschaftliche Absicherung des Zusammenhangs - hier. zwischen der befohlenen Wärmedämmung und dem Verbrauch von Energieträgern - ist kompetenzschädlich. Weder die unbegründete Überzeugung des historischen Gesetzgebers, noch die Hypothese vom Zusammenhang kann sich im vorbeschriebenen Sinne auswirken. Das kann nur die tatsächlich bestehende, jederzeit - auch für den Richter - reproduzierbare, den Wärmedurchgang betreffende Eigenschaft der Wand [15].

Anzufügen ist : In der Regel mag ein wissenschaftlich nicht hinreichend abgesicherter Sachzusammenhang nur die - hier im nächsten Kapitel zu erörternde - Frage nach der sachlichen Rechtfertigung einer Freiheitseinschränkung aufwerfen [16], weil die Gesetzgebungskompetenz jedenfalls auch dann gegeben wäre, wenn der angenommene Zusammenhang sich nach besserer wissenschaftlicher Erkenntnis als doch nicht gegeben herausstellen sollte. Denkt man sich bei der WärmeschutzVO als Arbeitshypothese einen Zusammenhang zwischen der befohlenen Wärmedämmung und dem Energiebedarf - und damit letztlich einen Energieeinsparungserfolg - hinweg, so handelt es sich der Gesetzgebungsmaterie nach um Bautechnik, also um Bauordnungsrecht im herkömmlichen Sinne, ohne die oben beschriebene, die Materie Energiewirtschaft angeblich vermittelnde Auswirkung [17] .

2. Verletzung des Art.14 GG:

Die Kritiker unter den Fachleuten der Bauphysik reklamieren: Im Energieverbrauchssaldo halte die ausschliesslich an den durch den k-Wert ausgedrückten Wärmedurchgang anknüpfende WärmeschutzVO nach den bisher beschriebenen Untersuchungen nicht, was sie vorgebe zu erbringen. Darüber hinaus amortisiere sich die teure und kurzlebige Wärmedämmung für den Bauherren nicht [18]. Die gesetzliche Regelung verbietet dem Bauherrn, sein Vorhaben nach seinem Gutdünken auszuführen; sie verpflichtet ihn, wenn er ein Vorhaben ausführen will, dies gemäss der WärmeschutzVO zu tun.

Das EnEG i. V. m. der WärmeschutzVO schränkt die Freiheit des Eigentümers ein zu bauen, wie es ihm beliebt. Ob sich der Gesetzgeber an die Grenze seiner Gestaltungsfreiheit gehalten hat, entscheidet das BVerfG unterschiedlich danach, ob die

Funktion des Eigentums Sicherung der Freiheit des einzelnen ist oder ob sich das Eigentumsobjekt mehr in einem sozialen Bezug befindet und eine soziale Funktion erfüllt [19].

Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet das Eigentum schlechthin. Nach Art. 14 Abs.1 Satz 2 GG werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch die Gesetze bestimmt. Abs.2 deklariert, Eigentum verpflichtet; sein Gebrauch solle zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. Der einfache Gesetzgeber hat die Befugnis zur Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums. Diese Befugnis kann er aber nicht nach Belieben ausüben. Das Ausmass seiner Gestaltungsfreiheit hat von der Verfassung gezogene Grenzen [20].

Das BVerwG hat formuliert, der Gesetzgeber müsse bei der Eigentumsinhalts- und Schrankenbestimmung den Freiheitsbereich des einzelnen im Bereich der Eigentumsordnung mit den Belangen der Allgemeinheit in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen [21]. Das BVerfG hat schon sehr früh die Grenze der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers dahin formuliert, die Einschränkung der Freiheit des einzelnen müsse geeignet und notwendig sein, das - verfassungsrechtlich erlaubte - angestrebte Ziel zu erreichen [22].

Diesen Anforderungen hält die zweite WärmeschutzVO nicht Stand. Die jeweilige Funktion des Eigentums liefert den Massstab dafür, ob der Pendel in Richtung auf Sozialbindung ausschlägt oder in Richtung auf Freiheit des einzelnen [23]. Beim hier behandelten Gegenstand geht es um das mit einem Gebäude bebaubare Grundeigentum. Das BVerfG entscheidet danach, ob die Funktion des Eigentums Sicherung der Freiheit des einzelnen ist oder ob sich das Eigentumsobjekt mehr in einem sozialen Bezug befindet und eine soziale Funktion erfüllt [24].

2.1 Funktion des mit einem Gebäude bebaubaren Grundeigentums:

Die Funktion des mit einem Gebäude bebaubaren Grundeigentums ist es, den Freiheitsbereich des einzelnen zu sichern. Mit dem Interesse des Bauherren, nach seinem Belieben zu bauen, soll das soziale Interesse konfliktieren, den Verbrauch von Energieträgern einzusparen. Die Bundesregierung hat ihre Gesetzesinitiative zum EnEG u. a. folgendermassen begründet: "Ziel des Gesetzes ist es, unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit vermeidbare Energieverluste beim Beheizen und Kühlen von Gebäuden zu verhindern." [25]. Damit ist das Ziel angegeben und das Kriterium formuliert, nach welchem eine Eigentumsinhalts- und Schrankenbestimmung erfolgen soll. Gewiss: verbindlich ist nur die Formulierung des Gesetzes in § 1 Abs. 1 EnEG, nämlich dass beim Heizen und Kühlen vermeidbare Energieverluste unterbleiben müssen, um Energie zu sparen [26].

2.2 Die Konfliktlagen:

Es sind zwei zu unterscheidende Konfliktlagen als Befund festzustellen: **erstens** das Bedürfnis nach Einsparung von Energie-(Trägern) konfliktierend mit der Bestimmung des Eigentümers, nach seinem Belieben zu bauen und **zweitens** der Wärmedurchgang - hinzuzufügen ist: die Wärmedurchlässigkeit - der Wand konfliktierend mit eben derselben Eigentümerbestimmung. Ob und ggf. inwieweit sich die Wärmedurchlässigkeit durch die Wand für eine Konfliktlösung der erstgenannten Konfliktlage nutzbar machen lässt, ist die Frage.

Selbst wenn sich die Frage bejahend beantworten liesse, wie es in der WärmeschutzVO geschehen ist, besteht dennoch auch nicht Teilidentität zwischen den beiden genannten Konfliktlagen. Wärmedurchgang - anzufügen ist auch hier: die Wärmedurchlässigkeit - und Energieeinsparungsinteresse bleiben auch dann, wenn überhaupt, im Verhältnis aufeinanderwirkender Faktoren; ebenso die entsprechenden Konfliktlagen. Ein Zusammenhang zwischen diesen beiden Konfliktlagen lässt sich nur über ein - in Rechnung gestelltes - Heiz- bzw. Kühlverhalten des Eigentümers vermitteln. Verlegt man dieses in Rechnung gestellte Eigentümerverhalten mit in die erste Konfliktlage hinein, so liesse sich dennoch nicht durch solche Einbeziehung (Teil-) Identität der beiden Konfliktlagen gleichsam durch Definition hervorrufen.

Die WärmeschutzVO knüpft an das beschriebene vermeintlich bestehende Verhältnis zwischen den beiden beschriebenen Konfliktlagen an. Dieses angenommene Verhältnis ist die Darstellung eines umfassenderen Naturgesetzes in einem engeren technischen Bereich, nämlich dem der Bauphysik.

2.3 Bestimmung, was Naturgesetz ist:

Der Gesetzgeber ist ausserstande, Naturgesetze zu ändern. Die Naturgesetze, z. B. das Gravitationsgesetz, kann er nicht aufheben [27], und er kann auch kein Naturgesetz bestimmen, das es in Wirklichkeit nicht gibt. Das hat er auch in der WärmeschutzVO nicht getan, sondern er hat an ein vermeintliches, möglicherweise nicht hinreichend abgesichertes Naturgesetz bzw. dessen bescheidenere Darstellung angeknüpft.

Es geht um die Frage, wer bestimmt, was ein Naturgesetz ist. Das Naturgesetz selbst kann nicht für sich in Anspruch nehmen, Gesetz zu sein oder nicht; es ist es oder ist es nicht. Es sind Menschen, die bestimmen, diese oder jene Formel sei ein Naturgesetz. Besteht Einverständnis unter den Fachleuten, dass als Naturgesetz zu bezeichnen ist, was sich durch Experiment immer wieder bestätigt hat, wäre die Sache klar. Der Jurist aber wird verunsichert, wenn eben die Fachleute - hier die Bauphysiker - gerade hierüber streiten. Wäre die Moral der Naturwissenschaftler zu eben diesem Punkt absolut homogen, könnte der Jurist nicht zweifeln. Beim behandelten Gegenstand aus dem Bereich der Bauphysik haben wir den Befund, dass die einen als Naturgesetz - oder bescheidener: als naturgesetzliche Auswirkung - ausgeben, wovon die anderen behaupten, es sei durch Experiment lege artis nicht bewiesen, und also nicht nachvollziehbar.

Letzlich bestimmt immer die Mehrheit eines bestimmten illustren Kreises von Fachleuten, was Naturgesetz ist bzw. wiederum bescheidener: was im technischen Bereich naturgesetzliche Auswirkung ist. Der Gesetzgeber ist jedoch an derartige Bestimmung nicht gebunden. Desgleichen ist die Bestimmung, was Naturgesetz bzw. dessen bescheidenere Variante ist, der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit entzogen. Knüpft ein Gesetz an ein vermeintliches Naturgesetz oder dessen bescheidenere Variante an, so muss es lege artis bewiesen sein, und der Beweis muss am Ende für den Richter nachvollziehbar sein.

Sollte sich aufgrund besserer wissenschaftlicher Erkenntnis herausstellen, dass der Zusammenhang zwischen den beiden genannten Konfliktlagen (erstens Energieverbrauch und Eigentümerbestimmung und zweitens Wärmedurchlässigkeit / Wärmedurchgang und Eigentümerbestimmung) in Wirklichkeit nicht besteht, so hätte die WärmeschutzVO ihr Ziel verfehlt. Sie wäre nichtig.

Wollte man die gesetzliche Regelung dahin auslegen, dass der Wärmedurchgang durch die Wand schlechthin Energieeinsparung beinhaltet, berücksichtigte eine solche Auslegung nicht, dass eine Inhaltsbestimmung des Eigentums auch das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit beachten muss und dass eine solche Regelung die Handlungsfreiheit im Bereich der Eigentumsordnung nicht unverhältnismässig beschneiden darf [28]. Eine solche Auslegung wäre verfassungswidrig.

Dass von den Kritikern unter den Fachleuten der Bauphysik ein Unmöglichkeitsbeweis erbracht sei, muss man bezweifeln. Immerhin wird der k-Wert und seine ausschliessliche Leistungsfähigkeit u. a. vom Bundesgesetzgeber vertreten. Was Herr Bossert [29] reklamiert ist, dass entgegen lege artis der Naturwissenschaft die - ausschliessliche - Leistungsfähigkeit des k-Wertes experimentell nicht nachgewiesen sei. Alle nachberechenbaren Experimente, insbesondere die von der Bundesregierung selbst initiierten, wiesen darauf hin, dass der tatsächliche Energieeinsparungserfolg wesentlich hinter dem nach dem k-Wert Errechneten zurückbleibe.

2.4 Das Wertungsproblem bei nicht hinreichender wissenschaftlicher Absicherung des Zusammenhangs, an den das Gesetz anknüpft:

Die Verfassung verbietet jedoch nicht schlechthin, dass der Gesetzgeber an ein wissenschaftlich nicht hinreichend abgesichertes Naturgesetz bzw. dessen bescheidenere Darstellung im technischen Bereich anknüpft. Es versteht sich, dass nicht hinreichende Absicherung eines angenommenen Zusammenhangs mit dessen Widerlegung lege artis endet. Damit ist die Frage nach der Wertung eines nicht hinreichend abgesicherten Zusammenhangs aufgeworfen.

Die Verfassung lässt die Pflicht des einzelnen zur nach dem k-Wert bestimmten Wärmedämmung nicht zu, wenn nicht lege artis gesichert ist, dass dieser k-Wert auch geeignet und notwendig ist [30], das angestrebte Ziel der Energieeinsparung zu erreichen. Bei der WärmeschutzVO hat der historische Gesetzgeber angenommen, dass das Naturgesetz (bzw. dessen bescheidenere Variante), an das er anknüpft, wissenschaftlich abgesichert sei, was aber in Wirklichkeit nicht zutrifft.

Ist das vermeintliche Naturgesetz zwar nicht widerlegt aber auch keineswegs wissenschaftlich abgesichert, so ist daran zu denken, ob schon die Befürchtung, dass es vielleicht doch gelten könnte, die Wertung zugunsten der Eigentums-Schranke verfassungsrechtlich rechtfertigt. Das ist der Fall des überragenden Belangs. Ein Belang kann sich in der Wertung als überragend darstellen, selbst wenn das, woran er anknüpft, wissenschaftlich nicht hinreichend abgesichert ist.

Wird ein Eigentumsgebrauch als für die Allgemeinheit gefährlich vermutet, ist eine gesetzgeberische Reaktion in der Form der Schrankenbildung nicht schlechthin im Hinblick darauf ausgeschlossen, dass die Gefährlichkeit nach Art und Ausmass nicht wissenschaftlich hinreichend abgesichert ist. Gewertet wird die vermutete Gefährlichkeit.

Die Wertung ist ihrer Art nach politisch. Das muss der Gesetzesanwender akzeptieren. Diese Wertung hat aber auch eine verfassungsrechtliche Komponente. Der Belang muss ein nach der Wertordnung der Verfassung so hohes Gut betreffen, dass er sich zu dessen Schutz gerade auch dann durchzusetzen vermag, wenn das vermeintliche Naturgesetz, an das er anknüpft, wissenschaftlich nicht hinreichend abgesichert ist. Die

schlichte Zuordnung zu einem solchen Gut, z. B. der körperlichen Unverletzlichkeit nach Art. 2 Abs. 2 GG, genügt dabei nicht.

Im weitesten Sinne liesse sich jedweder Belang einem hohen von der Verfassung geschütztem Gut zuordnen. Das kann nicht genügen. Die abzuwendende Bedrohung muss erstens unmittelbar sein und zweitens so überragend, dass handgreiflich ist, dass man schlechterdings nicht abwarten darf, ob etwas passiert. Liegt diese Voraussetzung nicht vor und knüpft das Gesetz an ein vermeintliches wissenschaftlich aber nicht abgesichertes Gesetz an, so wäre dies Willkür.

Ist man bereit, die Grenzen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit als normativ anzusehen, so rückt die wissenschaftliche Absicherung eines vermuteten Naturgesetzes nicht etwa gleichsam rangmässig ins zweite Glied, sondern sie wird Kriterium, während die objektiv-rechtlichen Normen den Massstab liefern. Ein Naturgesetz - bzw. seine bescheidenere Variante -, an das ein Gesetz anknüpft, ist eine Tatsache wie jede andere auch. Der Gesetzgeber kann an sie anknüpfen, wenn er will und darf.

Das vermutete Naturgesetz ist ebenfalls eine Tatsache, nur muss man sehen, dass die Vermutung oder Befürchtung die Tatsache bildet und nicht etwa das Naturgesetz selbst, dessen Existenz ja gerade zweifelhaft ist. Nimmt der Gesetzgeber beispielsweise an, dass ein bestimmter Stoff gefährlich ist, so kann man ihm nicht schlechthin jedes Recht absprechen, hierauf auch den Freiheitsbereich des einzelnen im Bereich der Eigentumsordnung einschränkend zu reagieren. Die Erfahrung scheint zu zeigen, dass politische Forderung von aussen an den Gesetzgeber eher ungestüm auf eine solche Reaktion gerichtet ist, der Gesetzgeber müsse etwas tun.

Beispielsweise wird vom Bundesgesetzgeber eine Initiative zur Höchstmengenregelung für polychlorierte Biphenyle (PCBs) sowohl im Lebensmittelrecht, als auch für das Trinkwasser, gefordert. Die Bundesregierung lehnt jedoch eine Gesetzesinitiative derzeitig mit der Begründung ab, sie könne nur wissenschaftlich abgesicherte Vorschläge für PCB-Höchstmengen in eine Rechtsverordnung übernehmen. Zur Zeit sei aber weder die Toxizität wissenschaftlich abgesichert, noch stünde ein Analyseverfahren zur Verfügung, das die PCBs nach Art und Menge in Lebensmitteln zuverlässig erfassen könnte [31]. Die Musik wird bei der Wertung gemacht. Ob der Gesetzgeber trotz mangelnder wissenschaftlicher Absicherung in den Freiheitsbereich eingreifend tätig wird oder Zurückhaltung übt, ist Entscheidungsergebnis einer Wertung.

2.5 Fehlen eines die WärmeschutzVO rechtfertigenden überragenden Belangs:

Ein im beschriebenen Sinne überragender Belang lässt sich für die Verpflichtungen nach der WärmeschutzVO nicht feststellen. Vermeintliche Nichtvermehrbarkeit von Energieträgern wäre kein im beschriebenen Sinne überragender Belang, um die Verpflichtungen der WärmeschutzVO um seinetwegen geeignet und notwendig zu machen.

Welche Faszination der k-Wert auf den historischen Gesetzgeber ausgeübt hat, ist gleichgültig. Derartige Faszination ist für den Gesetzesanwender, das sind die Baugenehmigungsbehörden und die Richter, nicht bindend. Es unterliegt voller richterlicher Überprüfung, ob die Pflicht zur Wärmedämmung nach dem k-Wert die verfassungsrechtlichen Erfordernisse der Eignung und Notwendigkeit zur Erreichung des angestrebten Zieles erfüllt.

Die Beschaffung der Energieträger ist sicher ein wichtiges Lebensgut der Allgemeinheit. Das hat die Verfassung in Art. 74 Nr. 11 GG durch die Aufnahme der Energiewirtschaft auch anerkannt. Damit ist seine prinzipielle Eignung für eine Sozialbindung des Eigentums bejaht. Dass es sich aber um ein im oben beschriebenen Sinne überragendes Gut handelt, lässt sich aus der Verfassung nicht herleiten. Das Problem rührt daher, dass - wie bei der Gesetzgebungskompetenz des Bundes oben schon erörtert nicht die Energieeinsparung unmittelbar geregelt ist, sondern vermeintlich an der Wurzel gepackt ist und dies auch noch mit Anspruch auf Dauerhaftigkeit. Die Ölkrise ist längst vorbei. Die Wertordnung der Verfassung lässt eine Bewertung der Teilnahme am Energiemarkt als überragendes Gut im Verhältnis zur Funktion des Eigentums als Sicherung der Freiheit des einzelnen nicht zu. An die Vermutung günstiger Wirkung auf den Energiehaushalt lässt sich die Pflicht zur Wärmedämmung nach dem k-Wert in verfassungsrechtlich zulässiger Weise nicht anknüpfen. Die §§ 2, 5 und 8, jeweils Abs. 1 i.V.m. den Anlagen 1 - 3 WärmeschutzVO sind verfassungswidrig.

2.6 Fehlende Amortisation:

Setzte man sich über den vorgenannten Gesichtspunkt noch hinweg bleibt die Frage, ob die Verfassung eine Wärmedämmung zulässt, die sich für den Grundeigentümer nie amortisiert. Damit ist das verfassungsrechtliche Gebot der Verhältnismässigkeit angesprochen.

Trifft zu, dass - entgegen der Annahme der Bundesregierung in der Gesetzesvorlage - die Amortisation der Aufwendungen für die Wärmedämmung erst in einem Zeitpunkt eintritt, in dem sie schon wieder erneuerungsbedürftig ist [32], so geht die wirtschaftliche Rechnung Null auf Null auf. Der Eigentümer und Bauherr hat nichts gespart.

Das Bedürfnis Energie zu sparen braucht nicht notwendigerweise mit dem Interesse des einzelnen parallel zu liegen, in seiner Wirtschaftlichkeitsrechnung am Ende einen Positivposten buchen zu können. Im Umweltrecht haben wir uns damit zurechtgefunden, dass wir uns den Umfang mit den Lebensgütern etwas kosten lassen müssen, und zwar über die Grenze der wirtschaftlichen Rentierlichkeit hinaus. Die Verfassung lässt dies auf der Grundlage einer Bewertung des jeweiligen betroffenen Gutes zu. Hier wären die zu bewirtschaftenden Energieträger entsprechend zu bewerten. Das EnEG und die WärmeschutzVO mit ihrer Anlage 1 differenziert indes nicht nach Energieträgern.

Energie schlechthin ist einer nach der Verfassung gebotenen differenzierten Bewertung unzugänglich. Sieht man selbst hiervon ab, so lässt sich das vom BVerwG verlangte ausgewogene Verhältnis [33] zwischen dem Freiheitsbereich des einzelnen mit den Belangen der Allgemeinheit aus einer für den Eigentümer Null auf Null aufgehenden Rechnung überzeugend nicht begründen. Der Trost, dass ganz am Ende wenigstens ein wirtschaftlicher Verlust nicht zu verbuchen wäre, rechtfertigt für sich genommen nicht die Einschränkung der Freiheit des einzelnen. **Die WärmeschutzVO ist letztlich auch wegen Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit verfassungswidrig.**

[Rechtsanwalt Johannes Kirchmeier](#)

Rapträger, Hofmann & Partner

Kaiserstr. 25a

66111 Saarbrücken

T: 0681-30641-0 Fax: -399249

Lit.-Verweise

[1] Bossert, "Mit verbundenen Augen auf dem falschen Dampfer", Basler Zeitung, Nr. 204, 1. 9. 1980, S. 2. Weinspach, Einfluss der Wärmespeicherfähigkeit auf den Energieverbrauch ganzer Gebäude, in: Vorstudie der Universität Dortmund, Okt. 1981 (darin sind sechs Verfahren zur instationären Berechnung von Aussenwänden beschrieben: 1. Heindl, Haferland, Fuchs. 2. Hauser/Gertis, 3. Stephenson/Mitalas, 4. Masuch, 5. Jahn, 6. Rouvel). Bossert, EVA-Energie-Verbrauchs-Analyse, Deutsche Bauzeitung, db 11/81. Bossert, Wärmehaushalt und Mauerwerk, db 9/82. Bossert Dämmen und/oder Speichern? Vortrag v. 25. 5. 84, bisher nicht veröffentlichtes Manuskript, das mir Herr Bossert freundlicherweise zur Verfügung gestellt hat. Aggen, Energieverlust durch Isolierung - Wärmespeicherfähigkeit und Feuchteverhalten sind entscheidend, Süddeutsche Zeitung, 5. 11. 81. S. 55. Aggen, Zur Diskussion gestellt: Moderne Isolierwandkonstruktionen verschleudern Energie, Deutsche Bauzeitschrift DBZ 359-365. Assmann, Wärme-Bilanz-Verfahren zur energetischen Beurteilung von Bauteilen und Bauwerken, DBZ 82, S. 403-405. Siehe auch Hauser, Heizenergieverbrauch und sommerlicher Wärmeschutz bei leichten Bauteilen, DAB 84, 277-280/277.

[2] WärmeschutzVO v. 24. 2. 82, BGBl. 1982 I, S. 209. in Kraft getreten gem. seinem § 16 Abs. 1 am 1. 1. 84.

[3] Energieeinsparungsgesetz v. 22. 7. 76, BGBl. 1976 I, S. 1973, mit Änderung vom 20. 6. 80, BGBl. 1980, I, S. 701.

[4] BVerfG, Urt. v. 29. 7. 59 - 1 BvR 194/58 -, BVerfGE 10, 89/101, und Urt. v. 28. 2. 61 - 2 BvG 1, 2/60 -, BVerfGE 12, 205/228.

[5] BVerfG, Beschl. v. 16. 6. 54 - 1 PBvV 2/52 -. BVerfGE 3, 407/430 ff. und 439.

[6] BT-Drucks. 7/4575, S. 7, ebenso Rengeling, BK. Art. 74 Nr. 11 (Zweitbearbeitung), Rdnr. 63, und Schmidt-Bleibtreu/Klein, Art. 74, Rdnr. 29.

[7] Von Mangoldt/Klein, 2. Aufl., Art. 74 Anm. XX 2 c) (S. 1587). Rengeling, BK, Art. 74 Nr. 11 (Zweitbearbeitung), Rdnr 62

[8] Der Beschränkung der Regelung auf die Wärmedurchlässigkeit - das ist auch die Verpflichtung zur Wärmedämmung - liegt offensichtlich die Vorstellung zugrunde, die in einem Gebäude mittels Energieträgern erzeugte Wärme müsse gehindert werden, verschwenderisch nach aussen ins Freie zu gelangen. Vernachlässigt ist dabei, ob und wieviel Wärme eine Wand von aussen aufnimmt und nach innen befördert. Diese Vernachlässigung ist ein Punkt, an dem Kritik von Fachleuten der Bauphysik ansetzt (siehe Fussn. 1). Die scheinbare Beschränkung des VO-Gebers könnte sich in der Sache als Überschreitung der Ermächtigung entpuppen und damit die Frage nach der - hier nicht zu untersuchenden - Vereinbarkeit mit Art. 80 GG aufwerfen.

[9] BT-Drucks. 7/4575, S.7 Siehe auch Rengeling (BK) und Schmidt-Bleibtreu/Klein. Fussn. 5.

[10] Zum Problem der Begriffsbildung als Mittel der Harmonisierung von Interessen vgl. Weyreuther, Die Situationsgebundenheit des Grundeigentums, S. 13 ff.

[11] BT-Drucks. 7/4575, S.7.

[12] BVerfG, Beschl. v. 28. 11. 73 - 2 BvL 42/71 -, BVerfGE 36, 193/202 f.: "eine, Doppelzuständigkeit", auf deren Grundlage Bund und Länder ein und denselben Gegenstand in unterschiedlicher Weise regeln könnten, ist dem System der verfassungsrechtlichen Kompetenznormen fremd und wäre mit ihrer Abgrenzungsfunktion (vgl. Art. 70 Abs. 2 GG) auch nicht vereinbar." Siehe auch Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog-Scholz, Art. 74 Rdnr. 14.

[13] BVerfG, Beschl. v. 16. 6. 64, Fussn. 5, S. 430 bis 434.

[14] Siehe Fussn. 1.

[15] Von einer wenigstens psychologischen Wirkung auf das Energie-Verbraucherverhalten ist hier abzusehen. Es ist vom historischen Gesetzgeber weder angenommen, noch untersucht. Eine psychologische Wirkung wäre m. E. auch ungeeignet, die Kompetenz zu begründen.

[16] BVerwG, Urt. v. 17. 2. 84 - 7 C 8.82 -, UPR 1984, 202.

[17] Wollte man die These von einem bestimmten Zusammenhang als kompetenzbegründend ausreichen lassen, müsste die so begründete Kompetenz konsequenterweise auch erhalten bleiben, wenn die These widerlegt ist. Andernfalls hätte der Bund noch nicht einmal die Kompetenz, sein dann auch sachlich nicht gerechtfertigtes Gesetz aufzuheben oder zu ändern.

[18] Siehe Fussn. 1.

[19] BVerfG, Beschl. v. 10. 5.83 - 1 BvR 820/79 -, BVerfGE 64, 87.

[20] BVerfG, Beschl. v. 10. 5. 1983 - 1 BvR 820/79 -, BVerfGE 64, 87/101; BVerfG, Urt. v 28.2.80 - 1 BvL 17/77 - u.a. , BVerfGE 53, 257/292;

BVerfG, Beschl. v. 12. 2. 67 - 1 BvR 179/63 -, BVerfGE 21, 73/86; BVerwG, Urt. v. 27. 5. 81 - 7 C 34.77 -, Buchholz 451.22, AbfG Nr. 4, DVBl. 1981,973.

[21] BVerwG, Urt. v. 27. 5. 81 - 7 C 34.77 -, siehe Fussn.19.

[22] BVerfG, Beschl. v 12. 2. 67, siehe Fussn. 19.

[23] BVerfG, Beschl. v. 10. 5. 83 – BvR 820.79; BverfG, Urt. V. 28. 2. 80 - 1 BvL 17. 77 u. a. -, beide siehe Fussn. 19'

[24] BVerfG, Beschl. v. 10. 5. 83 - 1 BvR 820/79 -, BVerfGE 64, 87/101.

[25] BT-Drucks. 7/4575, S.7.

[26] Diese straffe Formulierung hat das Gesetz erst durch den Beschluss des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuss) erhalten. Die Bundesregierung hatte noch die Formulierung gewählt, dass bei der Beheizung und Kühlung vermeidbare Energieverluste im Interesse einer sparsamen Energieverwendung unterbleiben müssen. Man mag über diese geschmeidige Formulierung sinnieren. Die Tendenz zu mehr unzweideutiger Formulierung, die sich im Gesetzgebungsverfahren durchgesetzt hat, ist nicht zu übersehen.

[27] Noll, Gesetzgebungslehre, S. 98.

[28] BVerfG, Beschl. v. 12. 1.67 - 1 BvR 169/63 -, BVerfGE 21, 73/86-87.

[29] Siehe Fussn. 1.

[30] BVerfG, Beschl. v. 12. 1. 67 - 1 BvR 169/63 -, BVerfGE 21, 73/86, und BverfG, Beschl. v. 14. 2. 67 - 1 BvL 17/63 -, BverfGE 21, 150/155.

[31] BT-Orucks. 10/950, s. 12. f.

[32] Bossert, Fussn. 1. Im übrigen BT-Drucks. 7/4575, S. 8 f. Danach sind die jährlichen Mehrausgaben für öffentliche Bauten geschätzt auf: Für den Bund 2.5 Mio. DM, die Länder 18 Mio. DM und die Gemeinden 130 Mio. DM. "Diesen Aufwendungen stehen jedoch Folgekostensenkungen, insbesondere durch Energieeinsparungen der öffentlichen Hand gegenüber. Die eintretenden Minderaussagen werden die zusätzlichen Aufwendungen nach wenigen Jahren übersteigen."

[33] BverwG, Urt. v. 27. 5. 81 - 7 C 34.77 -, Buchholz 451.22 AbfG Nr.4 – DVBl. 1981, 973