

## Rechtliche Fragen zum Klimaschutzplan

### **Hier: Realisierbarkeit von Klimaschutzklassen für Gebäude als Element einer integralen und langfristigen Sanierungsstrategie (Maßnahme KSP-G-01)**

Berlin, den 02.05.2016

#### Inhalt

Aufgabenstellung.....	2
1. Der Vorschlag und seine Bedeutung für den Klimaschutzplan .....	2
2. Rechtliche und umsetzungspraktische Problemstellungen .....	3
2.1. Zentrale rechtliche Herausforderung: Bestimmtheit.....	3
2.2. Weiteres rechtliches Erfordernis: Effektiver Rechtsschutz.....	4
2.3. Zentrale Ausgestaltungsfrage: Einstufungsmaßstäbe.....	5
2.4. Umsetzungspraktisches Problem: Aufwand .....	7
2.5. Weitergehende rechtliche Frage: Verhältnismäßigkeit.....	7
2.6. Gesetzesvorbehalt .....	8
3. Denkbare Lösungsansätze.....	8
3.1. Notwendige Klärung: Einstufungsmaßstäbe.....	8
3.2. Einstufung auf Basis einer behördlichen Prüfung .....	10
3.2.1. Vollzug auf Grundlage des Verwaltungsrechts .....	10
3.2.2. Zuständigkeit für den Vollzug .....	11
3.3. Einstufung auf Basis des Energieausweises .....	13
3.3.1. Nutzung des Energieausweises in seiner jetzigen Gestalt.....	13
3.3.2. Nutzung eines konzeptionell verbesserten Energieausweises.....	16
3.4. Weitere Regelungsvarianten .....	19
3.4.1. Einstufung durch anerkannte Sachverständige .....	20
3.4.2. Einstufung nach einfachen Gebäudemerkmale als widerlegliche Vermutung ..	20
4. Ergebnis.....	21

## Aufgabenstellung

Die Auftragnehmer sind gebeten worden, die Realisierbarkeit von Klimaschutzklassen für Gebäude rechtswissenschaftlich zu prüfen. Ausgehend von den möglichen rechtlichen und umsetzungspraktischen Bedenken soll aufgezeigt werden, ob und ggf. auf welche Weise diese Bedenken durch praktikable Lösungsansätze ausgeräumt werden könnten.

Die Ausarbeitung widmet sich nach einer kurzen Darstellung des Vorschlags und seiner Bedeutung (siehe 1.) zunächst mit den zentralen rechtlichen und umsetzungspraktischen Problemstellungen (siehe 2.), um diese sodann auf die verschiedenen konkret in Betracht kommenden Lösungsansätze anzuwenden (siehe 3.). Wesentlich zu unterscheiden sind dabei der Weg über eine behördliche Einstufung und die Nutzung des Energieausweises (siehe 3.2 und 3.3). Eine entscheidende Rolle für die Realisierbarkeit und den mit dem System verbundenen Aufwand spielt die Vorfrage nach den geeigneten Einstufungsmaßstäben (siehe 3.1).

### 1. Der Vorschlag und seine Bedeutung für den Klimaschutzplan

Für den Maßnahmenkatalog des Klimaschutzplans wird unter anderem erwogen, den Gebäudebestand nach energetischen Merkmalen zu klassifizieren (ähnlich dem Vorbild der Energieeffizienzklassen bei technischen Geräten), um dadurch einen geeigneten Ansatzpunkt für die Ausgestaltung von Instrumenten zu gewinnen, die im Rahmen einer „integralen und langfristigen Sanierungsstrategie“ auf eine Erhöhung der energetischen Sanierungsrate und eine Verbesserung der Sanierungsqualität zielen.<sup>1</sup>

Die verbindliche energetische Klassifizierung könnte eine Beurteilungsbasis bilden, auf deren Grundlage sich Instrumente verschiedenster Art der Sache nach sinnvoll und zugleich nach außen hin transparent ausgestalten lassen. Dabei kann es sich ebenso um Instrumente verpflichtender Art als auch um solche mit einem beratenden oder informierenden Charakter, um Anreizmechanismen, steuerliche Differenzierungen oder Förderprogramme handeln. Welche Instrumente dies konkret sind, wird durch die energetische Klassifizierung als solche nicht vorherbestimmt.

Die 2014 eingeführte Einstufung nach § 16a Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. Anlage 10 der Energieeinsparverordnung (EnEV)<sup>2</sup> erfüllt die gewünschte Funktion aus sich heraus noch nicht, da der Energieausweis nur als der Information dienend konzipiert ist (vgl. § 5a Satz 3 Energieeinsparungsgesetz – EnEG)<sup>3</sup>, nicht als allgemeingültige rechtsverbindliche Einstufungsgrundlage für die energetische Gebäudequalität. Deshalb muss insofern über eine Funktionserweiterung und – zu diesem Zweck – über Änderungen an dem Regelungskonzept für den Energieausweis sowie über mögliche Alternativen zur Nutzung des Energieausweises als Basis der Klassifizierung nachgedacht werden.

Die bisherigen Rechtsvorschriften zur Energieeffizienz und zum Einsatz von erneuerbaren Energien adressieren in erster Linie den Neubau. Für die energetische Sanierung des Ge-

---

<sup>1</sup> Vgl. Wuppertal Institut u.a.: Maßnahmenkatalog 3.0. Ergebnis der zweiten Dialogrunde im Beteiligungsprozess zum Klimaschutzplan 2050 der Bundesregierung (Zwischenstand vor den Empfehlungen des Delegiertengremiums), Maßnahme KSP-G-01, S. 163 ff.

<sup>2</sup> Energieeinsparverordnung vom 24. Juli 2007 (BGBl. I S. 1519), die zuletzt durch Artikel 3 der Verordnung vom 24. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1789) geändert worden ist.

<sup>3</sup> Energieeinsparungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. September 2005 (BGBl. I S. 2684), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 4. Juli 2013 (BGBl. I S. 2197) geändert worden ist.

bäudebestands gibt es noch keine konsistente instrumentelle Gesamtstrategie.<sup>4</sup> Mit den bekannten Förderprogrammen zur energetischen Gebäudesanierung wird trotz ihres erheblichen Umfangs nur ein Teil der Gebäudeeigentümer/innen praktisch erreicht, weil es eine Vielzahl von wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Vorbehalten gegen die energetische Gebäudesanierung gibt. Deshalb ist die Sanierungsrate noch zu niedrig, um davon auszugehen, dass der angestrebte weitgehend klimaneutrale Gebäudebestand bis 2050 erreicht werden kann.<sup>5</sup> Und wo saniert wird, ist häufig das Niveau der Sanierung zu gering, so dass in einigen Jahren – dann in der Summe teurere – zusätzliche Sanierungsmaßnahmen erforderlich werden.

Deshalb bedarf es zusätzlicher Sanierungsanreize (oder Verpflichtungen), für deren Wirksamkeit das Vorhandensein einer verlässlichen energetischen Klassifizierung von tragender Bedeutung ist. Ohne eine verlässliche Gebäudeklassifizierung lassen sich bestimmte Arten von Instrumentengestaltungen (wie Stufenpläne für Anreize oder Förderansprüche, nach dem Sanierungsbedarf differenzierende Verpflichtungen zur Gebäudesanierung oder zur Ausarbeitung von Sanierungskonzepten, auf die energetische Gebäudequalität abstellende Abgaben- und Fondssysteme, aber auch etwa einheitliche energetische Kriterien in Mietspiegeln)<sup>6</sup> nicht oder nicht auf praktikable Weise verwirklichen. Der instrumentelle Handlungsspielraum in der Klimaschutzpolitik für Gebäude wäre insgesamt wesentlich größer, wenn die Gebäude nach einheitlichem Muster verbindlich energetisch klassifiziert wären.

## 2. Rechtliche und umsetzungspraktische Problemstellungen

### 2.1. Zentrale rechtliche Herausforderung: Bestimmtheit

Die zentrale verfassungsrechtliche Herausforderung für die energetische Klassifizierung liegt darin, eine ausreichende Bestimmtheit sicherzustellen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) verlangt das im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnde Bestimmtheitsgebot, gesetzliche Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist.<sup>7</sup> Allein der Umstand, dass eine Norm auslegungsbedürftig ist, macht diese noch nicht (zu) unbestimmt.<sup>8</sup> Allerdings sind die Anforderungen umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff ist.<sup>9</sup> Besonders streng sind sie bei straf- und bußgeldbewehrten Tatbeständen.<sup>10</sup> Für die Betroffenen muss die Rechtslage erkennbar sein, damit sie ihr Ver-

---

<sup>4</sup> Vgl. dazu u.a. Bürger/Hermann/Keimeyer/Klinski, Konzepte für die Beseitigung rechtlicher Hemmnisse im Klimaschutzbereich, FuE-Projekt des Umweltbundesamtes, UBA Climate Change 11/2013, S. 179 ff. (<https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/konzepte-fuer-die-beseitigung-rechtlicher-hemmnisse-0>). Ferner Thamling/Pehnt/Kirchner, Hintergrundpapier zur Energieeffizienzstrategie Gebäude (Studie im Auftrag der Bundesstelle Energieeffizienz), Berlin u.a. 2015 (<https://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/energieeffizienzstrategie-hintergrundinformation-gebauude.property=pdf.bereich=bmwi2012.sprache=de.rwb=true.pdf>) sowie Ekardt/Klinski/Schomerus, Konzepte für die Fortschreibung des deutschen Klimaschutzrechts (2015), S. 329 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Thamling/Pehnt/Kirchner, Hintergrundpapier zur Energieeffizienzstrategie (siehe Fn. 4), S. 43.

<sup>6</sup> Eingehend zu den in Frage kommenden Instrumentenoptionen und den Ausgestaltungsspielräumen aus rechtlicher und funktionaler Sicht Bürger/Hermann/Keimeyer/Klinski (siehe Fn. 4), S. 27 ff.

<sup>7</sup> BVerfGE 102, 254 (337); BVerfGE 93, 213 (238) m.w.N.

<sup>8</sup> BVerfGE 89, 69 (84 f.) m.w.N.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfGE 86, 288 (311), BVerfGE 59, 104 (114).

<sup>10</sup> Insoweit kommt die spezielle Bestimmtheitsvorschrift des Art. 103 Abs. 2 GG zur Anwendung. Dazu instruktiv BVerfG-K Beschl. v. 15. 9. 2011 – 1 BvR 519/10 –, NVwZ 2012, 504, Rdnr. 35 ff.

halten darauf ausrichten können.<sup>11</sup> Das Bestimmtheitsgebot wird daher verletzt, wenn eine willkürliche Handhabung durch die Behörden ermöglicht wird.<sup>12</sup>

Für Regelungen auf der Verordnungsebene wird der Forderung nach ausreichender Bestimmtheit durch Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG besonderer Ausdruck verliehen.<sup>13</sup> Ausreichend bestimmt müssen schließlich auch behördliche Verwaltungsakte sein.<sup>14</sup>

Von der praktischen (bzw. fachlichen) Seite stößt die Forderung nach ausreichender Bestimmtheit auf das Problem, dass es schwierig ist, bei Bestandsgebäuden eine eindeutige Aussage über die energetische Gebäudequalität zu treffen, weil es hierfür einerseits der Festlegung geeigneter einheitlicher Maßstäbe bedarf und andererseits sichergestellt werden muss, dass diese im Einzelfall auch verlässlich angewendet werden. Letzteres begegnet dem Problem, dass bei den hier im Mittelpunkt stehenden Bestandsbauten wichtige zu berücksichtigende Faktoren (wie z.B. bei einer Berechnung auf Energiebedarfsbasis die Dämmqualität einzelner Bauteile) unter Umständen geschätzt werden müssen oder (so bei einer Einstufung auf Basis von Verbrauchs- oder Emissionsdaten) von einem schwankenden Nutzungsverhalten beeinflusst werden.

## 2.2. Weiteres rechtliches Erfordernis: Effektiver Rechtsschutz

Art. 19 Abs. 4 GG garantiert einen effektiven Rechtsschutz gegen rechtsverletzendes Handeln durch die öffentliche Gewalt.<sup>15</sup> Daraus folgt, dass die Feststellung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gebäudeklasse, wenn sie durch eine Behörde erfolgt, gerichtlich angreifbar und korrigierbar sein muss.

Das gilt auch, wenn das Konzept so gestaltet werden sollte, dass die Einstufung als solche nicht durch eine Behörde im engeren Sinne vorgenommen wird, sondern durch private Sachkundige bzw. Sachverständige, wenn die zugrunde liegende Rechtsvorschrift so zu verstehen ist, dass diese Person mit einer öffentlich-rechtlich verbindlichen Entscheidungsbefugnis über die Klassifizierung ausgestattet wird.<sup>16</sup> Eine Delegation der Einstufungsaufgaben auf Private, die im Resultat dazu führen würde, dass die Gebäudeeigentümer eine von diesen vorgenommene verbindliche Einstufung rechtsschutzlos hinnehmen müssten, obwohl diese unzutreffend sein könnte, wäre verfassungswidrig. Anders ist das allerdings dann, wenn die Einstufung ihrerseits dem Staat nicht als hoheitliche Maßnahme zuzurechnen ist, so dass Art. 19 Abs. 4 GG keine Anwendung findet.

Der nach Art. 19 Abs. 4 GG gebotene Rechtsschutz gegen die Einstufung muss dabei nicht zwingend direkt an dieser selbst ansetzen. Ausreichend ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in gestuften Verfahren auch ein Anknüpfen des Rechtsschutzes an die verwaltungsrechtliche Letztentscheidung, wenn im Rechtsschutzverfahren gegen diese „eine umfassende und effektive Prüfung des abschließenden Eingriffsakts, einschließlich ihn tragender, von den Betroffenen aber nicht selbständig angreifbarer Vorentscheidungen, gewährleistet ist“.<sup>17</sup> Deshalb dürfte Art. 19 Abs. 4 GG auch Raum für eine Konstruktion las-

---

<sup>11</sup> BVerfGE 62, 169 (182 f.); BVerfGE 110, 33 (55).

<sup>12</sup> BVerfGE 80, 137 (161).

<sup>13</sup> Eingehend Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 80 Rdnr. 11 ff. m.w.N.

<sup>14</sup> Instrukтив BVerwG, Urt. v. 27. 6. 2012 – 9 C 7/11 –, NVwZ 2012, 1413 (insb. Rdnr. 15.).

<sup>15</sup> Eingehend Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19 Rdnr. 32 ff., 72 ff. m.w.N.

<sup>16</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 1 Rdnr. 58 f. m.w.N.

<sup>17</sup> Instrukтив BVerfGE 134, 242 (= NVwZ 2014, 211) Rdnr. 194.

sen, bei der die Rechtskontrolle der Einstufung erst gegen das mit der Einstufung arbeitende Anreiz- oder Pflichtinstrument ermöglicht wird, in welchem dann eine implizite Prüfung der Richtigkeit der Einstufung erfolgt. Die hoheitliche Entscheidung zur Einstufung dürfte dann aber außerhalb des jeweils an diese anknüpfenden Rechtsinstruments (noch) keine eigenständigen Rechtsfolgen entfalten.

Nach dem Konzept der EnEV ist gegen die Einstufungen im Energieausweis kein Rechtsbehelf vorgesehen. Das begegnet indessen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, denn anders als bei den im Rahmen einer ambitionierten Klimaschutzpolitik erwogenen Anreiz- oder Pflichtinstrumenten kommt dem Energieausweis seinem Inhalt nach keine hoheitliche Funktion zu. Es handelt sich vielmehr um ein rein marktbezogenes Informationsinstrument,<sup>18</sup> dessen Erstellung zwar auf einer hoheitlichen Verpflichtung des Eigentümers beruht, dessen Inhalt sich der Staat aber nicht zurechnen lassen muss, weil er diesen weder verbindlich festsetzt noch für hoheitliche Zwecke für maßgebend erklärt. Zudem steht es dem jeweiligen Gebäudeeigentümer ohnehin frei, den einmal erstellten Energieausweis „bei Nichtgefallen“ nicht zu verwenden und einen neuen Ausweis durch eine andere Person ausstellen zu lassen. Deshalb spielt das Rechtsschutzersfordernis für den Energieausweis in seiner jetzigen Konstruktion keine Rolle.

Zu betonen ist im Übrigen, dass Art. 19 Abs. 4 GG in jedem Falle gebietet, gegen hoheitliche Entscheidungen Rechtsschutz erwirken zu können, die ihrerseits auf der jeweiligen Klassifizierung beruhen. Das gilt auch, wenn die Klassifizierung in einem Energieausweis erfolgt, der seinerseits nicht als hoheitliche Maßnahme zu qualifizieren ist.

### 2.3. Zentrale Ausgestaltungsfraage: Einstufungsmaßstäbe

Für die Ebene der konkreten Ausgestaltung muss insbesondere geklärt werden, auf welche Maßstäbe und Kennwerte bei der Einstufung abgestellt werden soll. Als maßgebliche Richtgrößen kommen vom Ansatz her drei Gegenstände in Betracht:

- die verursachten Treibhausgasemissionen (THG-Emissionen),
- der (ggf. fossile) Energieverbrauch und
- der (ggf. fossile) Energiebedarf.

Eine hieran anknüpfende weitergehende Frage ist (wäre), welche einzelnen Parameter in die jeweilige Klassifizierungsgröße einfließen sollen und ob es bei den energiebezogenen Optionen auf die Primärenergie oder die Endenergie ankommen soll. Zu entscheiden ist auch, auf welche Weise die unterschiedliche Wirkung der verschiedenen Energieträger auf das Entstehen von THG in die Berechnung bzw. das Ergebnis einfließen. Im Hinblick auf derartige Details kann in der vorliegenden Stellungnahme nicht in die Tiefe gegangen werden.

Auf welche konkreten Richtgrößen sinnvollerweise abgestellt werden sollte, wird in verschiedenen wissenschaftlichen Äußerungen unterschiedlich beurteilt.<sup>19</sup>

Aus rechtlichem Blickwinkel ist entscheidend, dass die verwendeten Klassifizierungsgrößen eine tragfähige Basis bilden, um mit ihnen die jeweils verfolgten gesetzlichen Ziele erreichen

---

<sup>18</sup> Vgl. Erwägungsgrund 22 der Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABl. EU Nr. L 153, S. 13.

<sup>19</sup> Vgl. einerseits Bürger/Hermann/Keimeyer/Klinski (siehe Fn. 4), S. 181 ff.; andererseits Gaßner/Neusüß: Sanierungsvorgaben für bestehende Gebäude – Vereinbarkeit mit Eigentumsschutz und anderen Grundrechten. Rechtsgutachten für den Naturschutzbund Deutschland e.V., Berlin 2011, S. 21 ff. ([https://www.nabu.de/imperia/md/content/nabude/energie/nabu-sanierungsfahrplan\\_endg.pdf](https://www.nabu.de/imperia/md/content/nabude/energie/nabu-sanierungsfahrplan_endg.pdf)).

zu können. Das ergibt sich aus dem Folgerichtigkeitsgebot, den das BVerfG aus dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ableitet.<sup>20</sup>

Die energetische (oder klimapolitische) Klassifizierung führt, sofern an diese mit konkreten Rechtsinstrumenten angeknüpft, zu einer Ungleichbehandlung von Sachverhalten, die einer ausreichenden Rechtfertigung bedarf. Denn der Gleichheitsgrundsatz verbietet es, ohne hinreichende Rechtfertigung wesentlich Gleiches ungleich oder wesentlich Ungleiches gleich zu behandeln.<sup>21</sup> In seiner Rechtsprechungspraxis dazu legt das BVerfG differenzierende Maßstäbe an:<sup>22</sup> Soweit es lediglich um den Erhalt von Begünstigungen geht, wird dem Gesetzgeber ein relativ großer Gestaltungs- und Beurteilungsspielraum eingeräumt, so dass Ungleichbehandlungen nur unzulässig sind, wenn (überhaupt) kein vernünftiger sachlicher Grund ersichtlich ist (Maßstab der „Willkürprüfung“). Gehen von dem jeweiligen Instrument demgegenüber belastende Wirkungen aus, ist das Gericht strenger und prüft, ob sich der jeweils verfolgte Differenzierungszweck im Lichte der Ungleich- bzw. Gleichbehandlungswirkungen als verhältnismäßig (geeignet, erforderlich, angemessen) erweist. Dabei müssen die Rechtfertigungsgründe für die Unterschiedsbehandlung besonders gewichtig sein, wenn es um Differenzierungen zwischen Personengruppen geht<sup>23</sup> oder wenn sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann.<sup>24</sup>

In der vorliegenden Konstellation, in der es lediglich um die Klassifizierung als solche geht und nicht um das einzelne Rechtsinstrument, welches an diese bestimmte Rechtsfolgen knüpft, spielt die Frage nach dem anzuwendenden Prüfungsmaßstab unmittelbar keine Rolle. Mittelbar muss sie jedoch mitbedacht werden, weil die Klassifizierung darauf zugeschnitten werden soll, unterschiedlichen Arten von Instrumenten als Hilfsmittel zu dienen. Von daher muss „sicherheitshalber“ ein strenger Maßstab angelegt werden. Hierauf wird im Kapitel über Lösungsansätze zurückzukommen sein (siehe unten, 3.1).

Des Weiteren stellt sich im vorliegenden Kontext die Frage, ob der Gesetzgeber überhaupt mit klassifizierenden Schwellenwerten arbeiten darf und welche Spielräume er dabei hat. In dieser Hinsicht ist das BVerfG relativ großzügig. Es gestattet dem Gesetzgeber grundsätzlich, bei der Wahl von Kenngrößen, Indikatoren oder Grenzwerten im Interesse an einer praktikablen Handhabbarkeit zu typisieren, zu pauschalisieren und zu generalisieren.<sup>25</sup> Er muss dabei allerdings sein eigenes Regelungskonzept folgerichtig umsetzen und sich realitätsgerecht an typischen Fällen orientieren<sup>26</sup>, darf also nicht Ausnahmekonstellationen zum Regelfall erklären, realitätsferne Schwellenwerte ansetzen oder auf in sich widersprüchliche Weise vorgehen.

---

<sup>20</sup> Das Gebot der Folgerichtigkeit umschreibt das BVerfG in seinem Nichtraucher-Urteil vom 30. Juli 2008 (= BVerfGE 121, 317 (374, Rdnr. 135)) wie folgt: „Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahrenschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigegeben wird (vgl. BVerfGE 107, 186/197).“

<sup>21</sup> Grundlegend BVerfGE 55, 72 (88).

<sup>22</sup> Eingehend BVerfGE 130, 240, Rdnr. 42 m.w.N.

<sup>23</sup> Grundlegend BVerfGE 89, 365 (376).

<sup>24</sup> BVerfGE 112, 164 (174).

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 100, 138 (174); BVerfGE 103, 310 (319); BVerfGE 122, 39 (Rdnr. 53 f.).

<sup>26</sup> Instrukтив BVerfGE 122, 39 (Rdnr. 53 f.), BVerfG NJW 2009, 48 (Rdnr. 60).

## 2.4. Umsetzungspraktisches Problem: Aufwand

Je nachdem, welche der oben angesprochenen Richtwertoptionen (CO<sub>2</sub>-Emissionen, Energiebedarf oder Energieverbrauch) gewählt wird und welche Parameter hierbei konkret berücksichtigt werden, ergibt sich ein unterschiedlich großer Aufwand, um die Gebäude einzustufen.

Besonders groß ist der Aufwand, wenn auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen oder die Ebene des berechneten Energiebedarfs abgestellt werden soll. Dafür wäre eine fachkundige Berechnung erforderlich, für die eine Vielzahl von individuellen Gebäudedaten ermittelt und ggf. bewertet werden müsste, z.B. im Hinblick auf wesentliche Einflussfaktoren wie die Bau- und Raummaße, die Wärmedämmqualitäten der einzelnen Bauteile sowie (ggf.<sup>27</sup>) die energietechnischen Eigenschaften der eingebauten Heiz- und Warmwassertechnik und die Primär- bzw. CO<sub>2</sub>-Faktoren der eingesetzten Energieträger.

Deutlich geringer wäre der Aufwand, wenn stattdessen auf die bereits existierenden Energieausweise und die hieran anknüpfende Klassifizierung nach Anlage 10 der EnEV zurückgegriffen werden könnte, für die bei größeren<sup>28</sup> Wohngebäuden im Bestand lediglich auf den tatsächlichen durchschnittlichen Endenergieverbrauch innerhalb eines dreijährigen Zeitraumes abgestellt wird, so dass die Ermittlung von baulichen und technischen Einflussgrößen auf den Energiebedarf nicht nötig ist. Weiter unten wird genauer zu betrachten sein, ob sich hieraus ein gangbarer Weg ergeben könnte (siehe unten, 3.2)

Unabhängig von der Frage nach dem zugrundeliegenden Einstufungssystem stellt sich das Problem, dass die (nach dem System des Art. 83 GG grundsätzlich vollzugszuständigen) Länder auf eine Aufgabe wie die Ermittlung und die verbindliche Zuordnung zu Energieeffizienzklassen bislang nicht eingerichtet sind. Auf die Länder würde daher ein erheblicher zusätzlicher Verwaltungsaufwand zukommen. Je nachdem, wie dicht das Kontrollsystem ausgestaltet wird und in welchem Umfang es gelingt, die Aufgaben auf geeignete externe Institutionen oder Personen zu delegieren, kann dieser Aufwand größer oder kleiner sein. Da die Länder jedoch unter keinen denkbaren Umständen gänzlich auf eine (zumindest stichprobenartige) Überprüfung verzichten können, erscheint ein auf der Ebene der Verwaltungskosten in gewissem Umfang spürbarer Zusatzaufwand auch im günstigsten Falle unvermeidbar.

## 2.5. Weitergehende rechtliche Frage: Verhältnismäßigkeit

Aus der Perspektive der Gebäudeeigentümer stellt sich die energetische Klassifizierung der Gebäude als Eingriff in die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG) dar. Das gilt ohnehin für verpflichtende Maßnahmen des Staates, die an die jeweilige Einstufung anknüpfen. Aber auch die Klassifizierung als solche – um die es hier nur gehen kann – greift in das Eigentumsgrundrecht, da sie – je nach Ausgestaltung – von den Eigentümern entweder verlangt, ihr Gebäude selbst einzustufen bzw. einstufen zu lassen (und dies zu finanzieren) oder eine Einstufung durch eine in Behördenfunktion tätige Stelle hinzunehmen.

Dieser staatlich veranlasste Eingriff muss den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen, also zur Erreichung des jeweiligen Zweckes geeignet, erforderlich und angemessen (verhältnismäßig im engeren Sinne) sein.<sup>29</sup> Das Vorhandensein eines hinrei-

---

<sup>27</sup> Denkbar ist auch ein Abstellen allein auf bauliche Eigenschaften, sofern dies nachvollziehbar begründet wird.

<sup>28</sup> Nach § 17 Abs. 2 Satz 2 EnEV ist bei Bestandsgebäuden mit weniger als fünf Wohneinheiten ein Bedarfsausweis erforderlich. Ab fünf Wohneinheiten reicht ein Verbrauchsausweis.

<sup>29</sup> Zusammenfassend und erläuternd BVerfGE 67, 157 (173 ff.).

chenden Legitimationsgrundes kann vor dem Hintergrund des herausragenden öffentlichen Interesses am Klimaschutz nicht ernstlich bezweifelt werden, zumal Art. 20a GG den Gesetzgeber ausdrücklich auffordert, dafür Sorge zu tragen, dass die natürlichen Lebensgrundlagen heutiger und künftiger Generationen geschützt werden. Auch im Übrigen dürfte sich aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keine schwierige Hürde ergeben, wenn angenommen wird, dass der Staat für die Einstufung von sich aus dafür sorgen wird, die Belastung der Eigentümer in vertretbarem Rahmen zu halten. Das betrifft insbesondere die Kostenfolgen.

Im Mittelpunkt der Prüfung, ob die Klassifizierung der Gebäude aus Eigentümersicht verfassungsrechtlich zumutbar ist, steht deshalb (neben der Bestimmtheitsfrage, siehe dazu bereits oben, 2.1) der Gleichheitsgrundsatz – und mit diesem die Frage, ob das Konzept der Klassifizierung mit der gewählten Einteilung nach Schwellenwerten unter Gesichtspunkten der Gleichbehandlung hinreichend gerechtfertigt ist (siehe dazu bereits oben, 2.3).

## 2.6. Gesetzesvorbehalt

Schließlich ist auf eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit hinzuweisen: Das Regelungskonzept für die Gebäudeklassifizierung bedarf, da mit ihm die Ebene der Grundrechtsausübung berührt wird, einer gesetzlichen Grundlage. Das folgt aus dem im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) wurzelnden Gesetzesvorbehalt.<sup>30</sup> In der vorhandenen Ermächtigungsgrundlage im Energieeinspargesetz für die Energieeinsparverordnung heißt es ausdrücklich, dass der Energieausweis „lediglich“ der Information dient (vgl. § 5a Satz 3 EnEG). Für ein erweitertes bzw. wesentlich geändertes Konzept der Klassifizierung würde die bisherige Ermächtigungsgrundlage im Energieeinspargesetz folglich nicht ausreichen.

## 3. Denkbare Lösungsansätze

### 3.1. Notwendige Klärung: Einstufungsmaßstäbe

Ausgehend von den Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes und hierbei insbesondere dem Folgerichtigkeitsgebot muss das Klassifizierungssystem so konzipiert werden, dass sich in ihm die verfolgten Ziele des Klimaschutzes zweckgerecht widerspiegeln. Der Gesetzgeber ist dabei nicht gehalten, das (objektiv) beste System zu wählen, sondern verfügt über einen erheblichen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum, der auch der Berücksichtigung von Praktikabilitätsabwägungen offen steht.<sup>31</sup> Das gilt namentlich für Sach- und Rechtsbereiche, die sich als besonders komplex darstellen.<sup>32</sup>

Der auf den ersten Blick am nächsten liegende Maßstab sind die verursachten THG-Emissionen. Diese sind allerdings nicht auf direktem Weg ermittelbar. Sie lassen sich am Gebäude nicht messen, sondern müssen aus den energetischen Eigenschaften des Gebäudes und seiner Energieversorgung oder aus dem festgestellten tatsächlichen Energieverbrauch für die Gebäudenutzung abgeleitet werden. In vielen Fällen sind auch externe Einflüsse von Bedeutung – namentlich dann, wenn die Energieversorgung auf dem Bezug von Fernwärme oder von Strom beruht. Mit den THG-Emissionen als Klassifizierungsgröße kann folglich nicht auf die Ermittlung der energetischen Eigenschaften des Gebäudes und seiner

---

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 77, 170 (230); BVerfGE 98, 218 (251); BVerfGE 111, 191 (216 f.).

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 100, 195 (205); BVerfGE 103, 225 (235).

<sup>32</sup> Vgl. BVerfGE 70, 1 (34); BVerfGE 16, 147 (186).

Energieversorgung oder (alternativ) auf die Ermittlung des tatsächlichen Energieverbrauchs verzichtet werden.

Soll die Klassifizierung als Hilfsmittel für Instrumente der Klimaschutzpolitik fungieren, so erscheint es ungünstig, allein auf die Endenergieebene abzustellen, weil damit die unterschiedlichen Klimawirkungen der verschiedenen eingesetzten Energieträger unberücksichtigt blieben. Darauf sollte bei den weiteren konzeptionellen Überlegungen geachtet werden.

Stellt man tragend auf den Energiebedarf ab, so geht es um die objektiven Beschaffenheitsmerkmale des Gebäudes und (ggf.) seiner wärme- (oder auch kälte-) technischen Anlagen. Das tatsächliche Verbrauchsverhalten der Gebäudenutzer spielt keine Rolle, so dass es real zu Abweichungen von dem objektivierenden Bedarfswert kommen kann. Stellt man demgegenüber auf die Verbrauchsebene ab, so ist es praktisch umgekehrt: Der Energieverbrauchswert ist vom subjektiven Verhalten der Nutzer abhängig, er lässt aber nur bedingt Rückschlüsse auf die energetischen Beschaffenheitsmerkmale des Gebäudes zu. Die Verbrauchswerte können in Abhängigkeit vom tatsächlichen Nutzerverhalten innerhalb des einzelnen Gebäudes und verschiedenen Zeiträumen zudem relativ stark schwanken.

Beide Herangehensweisen haben Vor- und Nachteile. In der (bisher spärlichen) Rechtsliteratur werden unterschiedliche Präferenzen vertreten.<sup>33</sup> Nach hiesiger Auffassung liegt es vom rechtlich entscheidenden Ziel aus dem Blickwinkel des Folgerichtigkeitsgebots näher, auf den berechneten Energiebedarf abzustellen. Dafür sprechen zwei wesentliche Gesichtspunkte:

- In längerfristiger Sicht geht es darum sicherzustellen, die baulichen und technischen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Klimaschutzziele sicher erreicht werden können – und zwar unabhängig von dem jeweils subjektiven Nutzungsverhalten. Mit anderen Worten: Die Ziele sollen auch dann erreicht werden können, wenn die Nutzenden sich nicht bewusst sparsam verhalten. Würde stattdessen auf den festgestellten tatsächlichen Energieverbrauch abgestellt, so könnte sich ergeben, dass ein energetisch an sich schlechtes Gebäude wegen des sparsamen Nutzerverhaltens in der Klassifizierung erheblich besser dasteht und deshalb objektiv notwendige gebäudetechnische Verbesserungen unterbleiben – was zu den Zielen der gesetzlichen Regelung im Widerspruch stehen würde.<sup>34</sup>
- An die Klassifizierung würde mit Instrumenten angeknüpft, mit denen die Eigentümer der Gebäude adressiert würden, nicht jedoch die Nutzer (z.B. Förderansprüche, bestimmte Verhaltenspflichten). Im Falle vermieteter Gebäude wäre das Verbrauchsverhalten jedoch von den Mietern abhängig. Wird die Anspruchs- oder Pflichtauslösung vom Verhalten der Nutzenden abhängig gemacht, so führt das dazu, dass sich die Gebäudeeigentümer das Nutzerverhalten zurechnen lassen müssen. Die Folge wäre, dass Gebäude, die an sich objektiv vergleichsweise gute energetische Eigenschaften aufweisen, wegen „verschwenderischen“ Verhaltens der Mieter gleichwohl in eine weniger günstige Kategorie rutschen und damit eine Verpflichtung des Eigentümers begründen könnten, deren Entstehen er selbst an sich nicht zu verantworten

---

<sup>33</sup> Vgl. einerseits Bürger/Hermann/Keimeyer/Klinski (siehe Fn. 4), S. 181 ff.; andererseits Gaßner/Neusüß (siehe Fn. 19), S. 21 ff.

<sup>34</sup> Vgl. Bürger/Hermann/Keimeyer/Klinski (siehe Fn. 4), S. 184 ff.

hat. Es kommt also zu einer Disparität zwischen der Verantwortlichkeit und der ggf. ausgelösten Handlungspflicht.<sup>35</sup>

Das Kriterium des tatsächlichen Energieverbrauchs ist folglich an sich weniger gut geeignet, um als Werkzeug für Instrumente eingesetzt zu werden, mit denen das Ziel eines (objektiv) klimaneutralen Gebäudebestands auf für die betroffenen Eigentümer zumutbare Weise erreicht werden soll.

Zu beachten und zu bedenken ist jedoch, dass der Gesetzgeber in der seiner Ausgestaltungentscheidung zugrunde liegenden Abwägung auch anderweitige Belange und Interessen berücksichtigen kann als nur das Ziel der bestmöglichen Zielkongruenz – insbesondere solche der Praktikabilität und des Aufwands.<sup>36</sup> Sollten sich insofern wesentliche Vorteile für die Option „Energieverbrauch“ im Vergleich zur Wahl der Option „Energiebedarf“ ergeben, so könnte das Abwägungsergebnis auch anders aussehen. Dafür spricht vom Ansatz her viel, weil die Berechnung des Energiebedarfs weit aufwändiger ist als die Feststellung des tatsächlichen Energieverbrauchs in einem vergangenen Zeitraum.

Denkbar ist schließlich auch, beide Optionen (sinnvoll) zu kombinieren und dabei auch mit gezielten Anreizen zu operieren. So könnte z.B. wie bei den Bestimmungen der EnEV für den Energieausweis zwischen unterschiedlichen Anwendungsfällen (z.B. kleineren und größeren Gebäuden) differenziert werden. Auch wäre es z.B. möglich, grundsätzlich auf den Energiebedarf abzustellen, die Anwendung des ermittelten Energieverbrauch aber für einen Übergangszeitraum vorzusehen oder dessen Anwendung ersatzweise zuzulassen, für diesen Fall aber vorzusehen, dass das Gebäude jeweils eine Stufe schlechter eingruppiert wird. Letzteres würde einen Anreiz dazu bieten, den Energiebedarf des Gebäudes zu ermitteln.

Über derartige Ausgestaltungsfragen wird der Gesetzgeber, sofern er die Idee der Klassifizierung umsetzen möchte, konzeptionell vertiefende Überlegungen anstellen können und müssen. Es ist bei alledem jedoch nicht ersichtlich, dass sich daraus ein unüberwindbares rechtliches Hindernis für die Klassifizierung ergeben könnte.

## **3.2. Einstufung auf Basis einer behördlichen Prüfung**

### **3.2.1. Vollzug auf Grundlage des Verwaltungsrechts**

Ausgehend von den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots ist es notwendig, die energetische Qualität des Gebäudes verbindlich und rechtssicher festzustellen, wenn die Klassifizierung als Grundlage für die Gewähr von Ansprüchen oder die Auslösung von Verpflichtungen dienen soll. Das im öffentlichen Recht typische Werkzeug für diesen Zweck ist der (feststellende) Verwaltungsakt. Wenn dieses Mittel gewählt werden sollte, müssen für die Einordnung jedes einzelnen Gebäudes in Deutschland Verwaltungsverfahren durchgeführt werden, Bescheide ergehen und die Rechtsschutzmöglichkeiten der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)<sup>37</sup> eröffnet werden.

Ein solches Klassifizierungssystem erfüllt seiner Art nach ohne weiteres die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots. Es hat allerdings zur Folge, dass alle Gebäude in Deutschland,

---

<sup>35</sup> Zur verfassungsrechtlichen Bewertung derartiger Problemlagen vgl. BVerfGE 130, 240 (Rdnr. 42); ferner BVerfGE 88, 87 (96). Vgl. auch Bürger/Hermann/Keimeyer/Klinski (siehe Fn. 4), S. 187.

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 100, 195 (205); BVerfGE 103, 225 (235).

<sup>37</sup> Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 21. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2490) geändert worden ist.

die von dem System erfasst werden sollen,<sup>38</sup> von den jeweils zuständigen Behörden auf ihre energetische Qualität hin betrachtet und auf dieser Grundlage eingestuft werden müssten. Geht man davon aus, dass sich das System (jedenfalls für die Bestandsgebäude) nicht auf die Daten bzw. Aussagen des Energieausweises stützt, so müsste auf einer gesetzlichen Grundlage genauer bestimmt werden, welche Daten und Einflussfaktoren für die Einstufung der jeweiligen Gebäude maßgebend sein sollen. Da ein solches gesetzliches Gerüst bisher nicht vorhanden ist, müsste es erst geschaffen werden.

Der personelle Aufwand und die auf die Vollzugsbehörden zukommenden Kosten für ein derartiges System wären sehr groß, wobei sich insofern noch einmal deutliche Unterschiede daraus ergeben können, welche Klassifizierungsgrößen und Ausgestaltungsvarianten gewählt werden (siehe auch soeben, 3.1). Hinzu kommt, dass das nötige fachkundige Personal auf Seiten der Verwaltungen (noch) nicht vorhanden ist und daher erst aufgebaut werden müsste.

Da es sich bei den mit dem System verfolgten Klimaschutzzwecken im Gebäudebereich um herausragende Belange des Gemeinwohls handelt, erscheint es der Sache nach nicht nur sinnvoll, sondern durchaus auch gerechtfertigt, für die praktische Umsetzung Behörden aufzubauen, die den damit einhergehenden Steuerungs- und Kontrollaufgaben qualitativ und quantitativ gewachsen sind. Diese wertende Einschätzung ändert aber nichts daran, dass die zuständigen Verwaltungsträger dadurch mit einer neuen Aufgabenstellung konfrontiert würden, auf die die öffentlichen Haushalte bisher nicht vorbereitet sind.

### 3.2.2. Zuständigkeit für den Vollzug

Die Zuständigkeit für den Vollzug von Bundesrecht liegt nach der Grundsatzvorschrift des Art. 83 GG bei den Ländern. Gemäß Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG regeln die Länder in diesem Bereich grundsätzlich auch das Verwaltungsverfahren und bestimmen damit, welche konkrete Behörde zuständig ist. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG gestattet dem Bund zwar, im Bundesrecht selbst Regelungen zum Verwaltungsverfahren zu treffen, gewährt den Ländern in diesem Falle aber ein Abweichungsrecht.<sup>39</sup> Mit Zustimmung des Bundesrates könnte der Bund die behördliche Zuständigkeit auch ohne Abweichungsmöglichkeit regeln, wenn insoweit ein „besonderes Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung“ besteht (Art. 84 Abs. 1 Satz 5 GG). Das dürfte hier jedoch nicht ernstlich in Betracht kommen können.

Im Übrigen untersagt Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG dem Bund, Aufgaben an die Gemeinden zu übertragen. Folglich ist es dem Bund verwehrt, die Gemeinden mit der Klassifizierung der Gebäude zu betrauen, denn dabei handelt es sich unzweifelhaft um ein neues, den Gemeinden bisher nicht obliegendes Tätigkeitsfeld.<sup>40</sup> Die für den Vollzug zuständigen Länder sind demgegenüber nicht daran gehindert, Aufgaben an die Gemeinden zu übertragen. Es bleibt ihnen somit selbst überlassen zu regeln, ob und inwieweit sie die Gemeinden in die Aufgabenwahrnehmung einbeziehen.

---

<sup>38</sup> Vorstellbar ist auch eine Erstreckung nur auf eine Teilgruppe der Gebäude (z.B. Wohngebäude) oder eine Herausnahme von Gebäuden bestimmter Art (z.B. Kirchen, Produktionsstätten).

<sup>39</sup> Eingehend Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 84 Rdnr. 8 ff. m.w.N.; F. Kirchhof, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 84 Rdnr. 71 ff. m.w.N.

<sup>40</sup> Unter einer Aufgabenübertragung versteht das BVerfG nach einer zum Luftverkehrsrecht ergangenen Entscheidung die Zuweisung von Aufgaben, die der Gemeinde bisher nicht oder mit wesentlich anderem Inhalt oblagen, vgl. BVerfGE 126, 77 (= NVwZ 2010, 1146), Rdnr. 142-144; vgl. auch Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 84 Rdnr. 7 m.w.N.

Fraglich ist, ob es eine Lösung geben könnte, mit der Bund selbst die Aufgabe der Gebäudeklassifizierung wahrnimmt, um damit die Länder zu entlasten. Ungeachtet des Art. 84 GG ist es dem Bund nach Maßgabe von Art. 87 Abs. 3 GG unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise gestattet, mit eigenen Behörden tätig zu werden. Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG verleiht dem Bund das Recht, eigene Bundesoberbehörden für Angelegenheiten zu errichten, für die ihm die Gesetzgebungszuständigkeit zusteht. Hiervon ließe sich im vorliegenden Kontext grundsätzlich Gebrauch machen, da dem Bund auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG die Gesetzgebungsbefugnis auf dem Gebiet der Klimaschutzpolitik zusteht.<sup>41</sup> Allerdings entzieht sich die Aufgabe der Gebäudeklassifizierung auf Grund ihres engen lokalen Bezuges und ihres quantitativen Umfangs praktisch einer Wahrnehmung durch eine bundesweit tätige Zentralbehörde. Deshalb könnte allenfalls die Bildung von neuen Mittel- und Unterbehörden des Bundes nach Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG in Betracht kommen:

Gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG können bei „dringendem Bedarf“ mit Zustimmung des Bundesrates und der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages bundeseigene Mittel- und Unterbehörden errichtet werden, wenn dem Bunde auf Gebieten, für die ihm die Gesetzgebung zusteht, „neue Aufgaben erwachsen“. Da die Aufgabe der energetischen bzw. klimapolitischen Gebäudeklassifizierung bei Entstehung des Grundgesetzes noch nicht bestand<sup>42</sup> und sie bisher als solche auch noch nicht von den Ländern wahrgenommen wurde,<sup>43</sup> liegt es nahe, von einer „neuen Aufgabe“ im Sinne von Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG auszugehen. Ein Bedarf dürfte dafür anzunehmen sein, denn die Aufgabe kann sachgerecht nicht auf zentraler Ebene bewältigt werden.<sup>44</sup> Auch die Dringlichkeit könnte zu bejahen sein, denn für die Ausformung wesentlicher Instrumente der energetischen Gebäudesanierung bedarf es einer Erfassung der Gebäudequalität. Allerdings wird in einigen Kommentaren zum GG auch herausgestellt, dass der Bund die betreffende Aufgabe in der Realität vorfinden müsse und nicht „erfinden“ dürfe.<sup>45</sup> Geht man von dieser restriktiven Auslegung aus, so erscheint die Möglichkeit einer Berufung auf Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG eher unsicher, denn der Bund würde die Aufgabe im vorliegenden Fall erst durch Bundesgesetz konstruieren.

Ungeachtet dieser speziellen verfassungsrechtlichen Problematik ist zudem zu bedenken, dass die Klassifizierung in einem engen Sach- und Funktionszusammenhang mit anderen Instrumenten der Klimaschutzpolitik im Gebäudesektor steht, deren Vollzug in den Händen der Länder liegt. Das gilt namentlich für das Energieeinsparrecht und das EE-Wärme-Recht. Eine dazu „quer“ liegende Zuweisung der Gebäudeklassifizierung an eine Bundesbehörde würde nach außen hin schwer vermittelbar sein und einen zusätzlichen Koordinations- und Abstimmungsaufwand mit sich bringen.

Vor diesem Hintergrund drängt es sich nicht auf, für die Aufgabe eine von der Regel des Art. 83 GG abweichende Lösung zu suchen.

---

<sup>41</sup> Eingehend zur Reichweite der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG Rodi/Stäsche u.a., *Rechtlich-institutionelle Verankerung der Klimaziele der Bundesregierung* (2015), S. 231 ff. m.w.N.

<sup>42</sup> Darauf wird in der überwiegenden Rechtsliteratur abgestellt, vgl. Sachs, in: *Maunz-Dürig, GG, Art. 87 Rdnr.*, 274 m.w.N.; Burgi, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 87 Rn.* 111.

<sup>43</sup> Ein Teil der Rechtsliteratur hält das zusätzlich für erforderlich, vgl. Sachs, in: *Maunz-Dürig, GG, Art. 87 Rdnr.*, 274 m.w.N.; Pieroth, in: *Jarass/Pieroth, GG, Art. 87 Rdnr.* 9 m.w.N.

<sup>44</sup> Vgl. *Jarass/Pieroth, GG, Art. 87 Rdnr.* 9 m.w.N. Sachs, in: *Maunz-Dürig, GG, Art. 87 Rdnr.*, 275 m.w.N.

<sup>45</sup> Vgl. Sachs, in: *Maunz-Dürig, GG, Art. 87 Rdnr.*, 274 m.w.N.

### 3.3. Einstufung auf Basis des Energieausweises

Auf Grund des sehr hohen Verwaltungsaufwands bei der Option einer „klassischen“ verwaltungsrechtlichen Lösung und des bisher weitenteils fehlenden Fachpersonals bei den Behörden stellt sich die Frage, ob und ggf. welche Möglichkeiten es gibt, diesen Aufwand durch Delegation von Aufgaben an geeignete Private zu minimieren.

In Ansehung des Bestimmtheitsgebots (siehe oben, 2.1) muss dabei sichergestellt werden, dass das gesetzliche Einstufungskonzept zu objektiv belastbaren Ergebnissen führt. Die Einstufung darf insbesondere nicht von Zufällen oder Beliebigkeiten abhängen, die auf die einstufoende Person zurückzuführen sind. Deshalb muss gewährleistet sein, dass die mit der Klassifizierungsaufgabe betrauten Personen ausreichend sachkundig sind und zuverlässig arbeiten.

Außerdem muss bei der Wahl der Rechtskonstruktion bedacht werden, dass die Betroffenen gegen die Einstufung wirksamen Rechtsschutz erwirken können müssen (siehe oben, 2.2).

#### 3.3.1. Nutzung des Energieausweises in seiner jetzigen Gestalt

Die EnEV sieht seit der im Jahr 2014 in Kraft getretenen Novelle vor, dass Energieausweise für Wohngebäude auch eine Kennzeichnung der Energieeffizienzklasse ausweisen müssen (§ 16a Abs. 1 Nr. 5 EnEV). Die Darstellung der Energieeffizienzklasse folgt dem im Bereich des Produktrechts nach der Richtlinie 2010/30/EU<sup>46</sup> zur Energiekennzeichnung verbreiteten Modell (Energieeffizienzklassen in Buchstabenkategorien, ggf. ergänzt durch Pluszeichen). Die Einteilung der Energieeffizienzklassen ergibt sich nach der Tabelle der Anlage 10 zur EnEV unmittelbar aus dem für den Energieausweis ermittelten Endenergieverbrauch oder dem dafür berechneten Endenergiebedarf. Für Nichtwohngebäude gibt es allerdings keine vergleichbare Regelung, so dass insoweit über eine Erweiterung oder eine Alternative nachgedacht werden müsste.

Da der Energieausweis für Wohngebäude bereits existiert, wäre es unter dem Gesichtspunkt eines möglichst geringen Verwaltungsaufwands sehr vorteilhaft, die Effizienzklasseneinteilung des Energieausweises in diesem Bereich als generelles – auch außerhalb des Energieausweises maßgebendes – Mittel zur Gebäudeklassifizierung verwenden zu können. Es kann jedoch nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass ein solches Konzept den übergeordneten rechtlichen Anforderungen standhalten würde.

Eine erste Unsicherheit liegt insofern in der Brauchbarkeit der nach Anlage 10 EnEV maßgebenden Klassifizierungsgröße. Dort wird – je nachdem, um welche Art von Ausweis es sich handelt – entweder auf den Endenergieverbrauch oder den Endenergiebedarf abgestellt. Für die Funktion des Energieausweises als Marktinformationsinstrument passt das gut, weil der Endenergieverbrauch (bzw. -bedarf) ein geeigneter Indikator für die aufzuwendenden Energiekosten ist, auf die es für Markttransaktionen wie Verkäufe und Vermietungen ankommt. Aus der Perspektive des Klimaschutzes wäre das demgegenüber unzulänglich, weil auf diese Weise die Klimaschutzwirkungen unterschiedlicher Energieträger unberücksichtigt bleiben würden. Dem könnte jedoch regelungstechnisch relativ einfach begegnet werden, indem ein zusätzlicher, für die eingesetzten Energieträger nach den jeweils verur-

---

<sup>46</sup> Richtlinie 2010/30/EU über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen, ABl. EU L 153, S. 1.

sachten Treibhausgasen differenzierender Klimaschutzfaktor<sup>47</sup> zur Anrechnung gebracht wird. Die Klasseneinteilung der EnEV könnte hierfür ggf. angepasst werden. Ergänzt werden könnte dies durch eine Übergangsregelung, mit der sichergestellt wird, dass die Einteilungen älterer Energieausweise für einen gewissen Zeitraum anerkannt werden.

Wesentlich bedeutsamer und schwieriger erscheint die Frage, ob die im Energieausweis ausgewiesenen Ergebnisse nach dem bisherigen EnEV-Konzept hinreichend eindeutig und verlässlich wären, um auf sie an anderer Stelle in der Rechtsordnung Rechtsfolgen zu stützen, mit denen Grundrechtsbeeinträchtigungen oder wirtschaftlich bedeutsame Begünstigungen verbunden sind (z.B. Zahlungspflichten, Sanierungspflichten sowie der Erhalt oder die Versagung von Fördermitteln). Besonders problematisch erscheint dies bei der Auslösung von Pflichten, weil mit diesen Grundrechtsbelastungen ausgesprochen würden.<sup>48</sup>

Das bisherige Regelungskonzept der EnEV zum Energieausweis weist eine Reihe von Schwächen auf, welche die ausreichende Verlässlichkeit der dargestellten Ergebnisse als Basis für die Anknüpfung von grundrechtsrelevanten Rechtsfolgen zweifelhaft erscheinen lassen:

- Ein zentrales Problem liegt in der häufig bemängelten Ungenauigkeit der Ergebnisse:<sup>49</sup>
  - Für den Energieverbrauchsausweis ist diese Ungenauigkeit systembedingt, da der tatsächliche Verbrauch in erheblichem Umfang von Schwankungen abhängig ist, insbesondere von der Zahl der Gebäudenutzer, von unterschiedlichen Heizgewohnheiten und von Wetterschwankungen. In gewissem Umfang gleichen sich diese Einflüsse bei großen Gebäuden und Betrachtungen über längere Zeiträume aus.<sup>50</sup> Es bleiben jedoch erhebliche Unsicherheiten, was die Übertragbarkeit auf andere Zeitperioden und die Aussagekraft zur energetischen Gebäudequalität als solcher betrifft.
  - Auch bei den Bedarfsausweisen sind die Ergebnisse indessen nicht durchgehend verlässlich, was insbesondere an der Möglichkeit zur Wahl unterschiedlicher Berechnungsweisen sowie an deren Komplexität und daran liegt, dass es einer sehr sorgfältigen Aufnahme und Auswertung der Gebäudedaten bedarf, die nicht immer sichergestellt ist.<sup>51</sup> Auf Grund ihrer höheren Komplexität werden sie mitunter als besonders fehleranfällig eingeschätzt.<sup>52</sup> Die Deutsche Energie-Agentur (dena) kritisiert insofern, dass für den Bedarfsausweis keine Vor-Ort-

---

<sup>47</sup> Nicht sachgerecht wäre die Anwendung eines Primärenergiefaktors, wie er bisher im Energieeinsparrecht angewandt wird, weil dieser klimapolitisch verschieden zu bewertende Energieträger teilweise gleichstellt.

<sup>48</sup> Vgl. BVerfGE 55, 72 (88); BVerfGE 130, 240 (Rdnr. 42 m.w.N.).

<sup>49</sup> Vgl. insb. die Studie von Weeber u.a., (Hrsg.: BMVBS): Evaluierung ausgestellter Energieausweise für Wohngebäude nach EnEV 2007, BMVBS-Online-Publikation 01/2011 ([http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/BMVBS/Online/2011/DL\\_ON012011.pdf?blob=publicationFile&v=2](http://www.bbsr.bund.de/BBSR/DE/Veroeffentlichungen/BMVBS/Online/2011/DL_ON012011.pdf?blob=publicationFile&v=2), Download 24.04.2016). Ferner Vogler, Was kann und soll ein Energieausweis für Wohngebäude leisten? Ergebnisse eines Praxistests, Berlin 2005; Haus & Grund, Energieausweise im Praxistest: Ergebnisse größtenteils zufällig, Pressemitteilung vom 23.09.2015 ([http://www.hausundgrund.de/presse\\_1118.html](http://www.hausundgrund.de/presse_1118.html), Download 24.04.2016); dena, Energieausweis für Gebäude stärken, Pressemitteilung vom 20.10.2015 (<http://www.dena.de/presse-medien/pressemitteilungen/energieausweis-fuer-gebäude-stärken.html>, Download 24.04.2016).

<sup>50</sup> § 19 EnEV verlangt, um dem entgegenzuwirken, u.a. eine Witterungsbereinigung durch Betrachtung eines Zeitraums von mindestens 36 Monaten.

<sup>51</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 49.

<sup>52</sup> Vgl. Weeber u.a. (Fn. 49) S. 77 ff.

Begehung erforderlich sei und zu geringe Qualifikationsstandards für die Ausstellenden gelten würden.<sup>53</sup> Kritisiert wird zudem, dass die Ergebnisse von Verbrauchs- und Bedarfsausweisen nicht vergleichbar seien, aber diesen Eindruck vermittelten. Der tatsächliche Verbrauch soll speziell bei Bestandsgebäuden in der Praxis meist geringer sein als der berechnete Wert. Der Grund dafür wird darin gesehen, dass die Standardannahmen in den der Berechnung zugrunde liegenden DIN-Normen zu einer Überschätzung des Heizbedarfs und des Lüftungswärmeverlusts führen, insbesondere weil unterstellt wird, dass sämtliche genutzten Räume durchgehend auf einem für den Aufenthalt angenehmen Temperaturniveau gehalten würden, während das real oft nicht der Fall sei.<sup>54</sup>

- Mit Blick auf das Folgerichtigkeitsgebot ist darüber hinaus problematisch, dass die Klassifizierung nach Anlage 10 der EnEV lediglich auf die Endenergie abstellt und hierbei die Art des Energieträgers unberücksichtigt bleibt. Für den bisherigen Zweck des Ausweises als Marktinformationsmittel passt das, nicht jedoch für die Funktion des Ausweises als Grundlage für Klimaschutzinstrumente.
- Der Kreis der zur Ausstellung von Energieausweisen befugten Personen ist außerordentlich großzügig geschnitten. Er umfasst ohne Differenzierung zwischen Bedarfs- und Verbrauchsausweis eine Vielzahl von Berufsgruppen, die über ihre Hochschul- oder Berufsausbildung hinaus lediglich eine Fortbildung zur EnEV besucht haben müssen (vgl. § 21 EnEV).<sup>55</sup> Die EnEV beschreibt zwar in Anlage 11 einige inhaltliche Anforderungen zur Fortbildung, quantifiziert diese jedoch nicht, verlangt keine staatliche oder staatlich anerkannte Prüfung und sieht für die Anbieter der Fortbildungen weder eine öffentlich-rechtliche Zulassung noch eine Qualitätskontrolle vor.<sup>56</sup>
- Die Aussteller handeln in der Interessensphäre der Gebäudeeigentümer. Die Eigentümer haben ein wirtschaftliches Interesse daran, zu möglichst günstigen Darstellungen im Energieausweis zu kommen, weil das die Marktchancen ihrer Immobilien erhöhen könnte. Dennoch sah das Konzept der EnEV zunächst keinerlei öffentliche Kontrolle der Richtigkeit vor. Erst mit der EnEV-Novelle 2014 wurde die Forderung der EU-Gebäuderichtlinie 2010/31/EU umgesetzt, ein Stichprobenkontrollsystem für die Energieausweise aufzubauen (vgl. §§ 26c bis f EnEV), welches allerdings auf eine eher geringe Kontrolldichte angelegt ist.<sup>57</sup>
- Wie bereits oben erwähnt, sieht die EnEV keine Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Darstellungen des Energieausweises vor (siehe unter 2.2). Das ist aber auch nicht erforderlich, weil die Aussagen des Energieausweises keine staatlich verantworteten Festlegungen sind. Es steht den jeweiligen Gebäudeeigentümern frei, den Energieausweis zu verwenden oder noch einmal von einer anderen Person ausstellen zu lassen.

---

<sup>53</sup> Vgl. Dena, siehe Nachweis in Fn. 49.

<sup>54</sup> Vgl. Weeber u.a. (Fn. 49) S. 45 ff, 77.

<sup>55</sup> Differenzierend Klinski, Energiebezogene Qualifikation der Planerinnen und Planer für Gebäude, FuE-Projekt des Umweltbundesamtes, UBA Climate Change 14/2015, S. 43 ff.  
<https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/energiebezogene-qualifikation-der-planerinnen>).

<sup>56</sup> Kritisch Klinski (siehe Fn. 55), S. 46, 58 (vgl. auch S. 72 ff.).

<sup>57</sup> In der Begründung zu § 26d EnEV (BR-Drs. 113/2013, S. 111) wird eine Stichprobendichte von 0,5 % aller jährlich neu ausgestellten Energieausweise für ausreichend erachtet.

Das zurückhaltende Anforderungs- und Kontrollsystem für die Energieausweise ist auf ihre Funktion als Marktinformationsinstrument zugeschnitten. Soll die Gebäudeklassifizierung in den Energieausweisen jedoch in der Zukunft darüber hinaus die Grundlage für klimapolitische Berechtigungen oder Verpflichtungen bilden, so erhalten die Ausweise ein sehr viel höheres rechtliches und wirtschaftliches Gewicht. Praktisch führt das dazu, dass die Verlässlichkeit ihrer Aussagen für die Treffsicherheit der klimapolitischen Instrumente sehr viel bedeutsamer wird und auch die Missbrauchsgefahr stark anwächst, weil die Hauseigentümer dann erst recht ein vehementes Interesse an einer möglichst günstigen Klassifizierung haben dürften.

In der Gesamtschau spricht deshalb Überwiegendes gegen eine Verwendbarkeit des Energieausweises in seiner jetzigen Gestalt, um an die Einstufung in Energieeffizienzklassen grundrechtsrelevante Rechtsfolgen knüpfen zu können.

### 3.3.2. Nutzung eines konzeptionell verbesserten Energieausweises

Um der erweiterten Funktion als Mittel zur generellen Klassifizierung für grundrechtsrelevante Rechtsinstrumente der Klimaschutzpolitik gerecht werden zu können, könnte daran gedacht werden, die wesentlichen Schwächen des Energieausweises durch gezielte Änderungen zu beheben:

- Soweit auf den berechneten Energiebedarf abgestellt werden soll, müsste der Kreis der Ausstellungsberechtigten auf Personen beschränkt werden, von denen auf Grund ihrer Vorbildung und ggf. Weiterbildung sicher davon ausgegangen werden kann, dass sie über gute Basiskenntnisse zu den energetischen Eigenschaften der Gebäude und den verwendeten Techniken verfügen. Das dürfte in der Regel nur bei Personen mit einer auf das Bauwesen oder die Gebäudetechnik gerichteten Hochschulbildung und einer einschlägigen speziellen Zusatzqualifikation (die auch im Studium oder durch Berufserfahrung erworben worden sein kann) anzunehmen sein.
- Soweit es (nur) auf die Energieverbrauchsseite ankommen soll, ist eine so enge Eingrenzung nicht erforderlich. Auch hier müsste jedoch auf eine qualitativ anspruchsvolle und quantifizierte spezielle Zusatzqualifikation Wert gelegt werden, die über das bisherige Anforderungsniveau deutlich hinausgeht.
- Für beide Berechtigengruppen müsste gewährleistet werden, dass es eine wirksame Kontrolle der Qualifikation gibt – entweder in Gestalt einer staatlichen Nachweises oder eines externen Qualifikationszertifikats, bei dem die ausstellende Stelle ihrerseits einer (staatlichen) Qualitätskontrolle unterworfen wird (ggf. auch stichprobenartig, ergänzt durch geeignete Bußgeldtatbestände).
- Im Hinblick auf den Rechtsschutz könnte das System verwaltungsrechtlich derart ausgestaltet werden, dass die Energieausweise die Qualität von Verwaltungsakten erhalten. Das ist aber nicht zwingend erforderlich, wenn sichergestellt ist, dass eine Prüfungsmöglichkeit im Rahmen des Rechtsschutzes für das an die Klassifizierung anknüpfende Rechtsinstrument erfolgen kann. Dafür müsste in der EnEV jedoch über das bisherige Recht hinaus<sup>58</sup> festgelegt werden, dass die den im Ausweis dargestellten Ergebnissen zugrunde liegenden Daten und Berechnungen für einen längeren mehrjährigen Zeitraum aufzubewahren sind, um sie bei nachträglicher Anwendung im Rechtschutzverfahren überprüfen zu können.

---

<sup>58</sup> § 26d Abs. 5 EnEV fordert nur eine Aufbewahrung für zwei Jahre.

- Um Missbräuchen vorzubeugen und generell die inhaltliche Verlässlichkeit der Einstufungen sicherzustellen, müsste zudem ein über die bisherigen Bestimmungen der EnEV hinausgehendes Stichprobenkontrollsystem geschaffen werden, welches durch geeignete Sanktionen abgesichert wird. Die Kontrolldichte müsste zumindest so dicht und so intensiv sein, dass die Betroffenen für den Fall der Missachtung ein ernstliches Risiko des „Entdecktwerdens“ sehen.
- Eine schwierige Herausforderung liegt darin, die Berechnungsvorgaben für die Energieeffizienzklassen beim Bedarfsausweis so zu vereinfachen, zu vereinheitlichen und zu präzisieren, dass die Treffgenauigkeit der Einstufung erheblich gesteigert werden kann. Dazu könnten z.B. verbindliche pauschalierende Vorgaben über die Erfassung von Raummaßen beitragen. Als unterstützendes Element bietet sich außerdem die Einführung einer Pflicht zur Vor-Ort-Begehung an.
- Dem spezifischen Problem, dass Bedarfsausweise bei Bestandsgebäuden oft einen über dem realen Energieverbrauch liegenden Wert ausweisen,<sup>59</sup> könnte begegnet werden, indem die Standardannahmen für die Berechnungen zum Bedarfsausweis bei Bestandsgebäuden insb. für den Heizenergiebedarf pauschalierend herabgesetzt werden. Sollten in einem anknüpfenden Rechtsinstrument Verbrauchs- und Bedarfsausweis in gleicher Funktion nebeneinander anerkannt werden, dürfte eine solche Korrektur verfassungsrechtlich unumgänglich sein, weil sonst eine nicht zu rechtfertigende Gleichbehandlung von Ungleichen entstehen würde. Außerdem entstünde ein problematischer Anreiz zugunsten des Verbrauchsausweises. Zur Konkretisierung wären ggf. vertiefte Betrachtungen aus fachlicher Perspektive zu empfehlen, die möglichst breit angelegt werden sollten, um belastbare Folgerungen ziehen zu können. Vermeidbar wäre dieses Problem aber auch, indem bei dem jeweils anknüpfenden Rechtsinstrument grundsätzlich nur auf den einen oder den anderen Ausweistyp abgestellt wird, nicht auf beide wahlweise nebeneinander.
- Der Verbrauchsausweis kann seinerseits auch unter den dargestellten Verbesserungen nur eine bedingt verlässliche Grundlage für eine hinreichend eindeutige Zuordnung zu den Effizienzklassen bieten, da der festgestellte Energieverbrauch dem zu beurteilenden Objekt nicht anhaftet und zum Beispiel sehr viel höher oder niedriger sein kann, wenn sich in dem Gebäude für längere Zeiträume erheblich mehr oder weniger Personen aufhalten. Dieses Problem ließe sich zumindest wesentlich abschwächen, indem der Gültigkeitszeitraum des Verbrauchsausweises erheblich verkürzt wird (z.B. von zehn auf zwei oder drei Jahre).
- Um die Klimawirkungen im System zielgerichtet abzubilden, sollte im Übrigen nicht schlicht auf die Endenergie, sondern auf einen anderen geeigneten Indikator abgestellt werden, bei dem auch die unterschiedliche Klimarelevanz der verschiedenen Energieträger berücksichtigt wird (z.B. auf den fossilen Primärenergiebedarf oder einen ergänzenden Klimafaktor). Hierzu bedarf es noch näherer fachlicher Überlegungen. Sollte es für den Energieausweis selbst nicht zu einer entsprechenden Lösung kommen, wäre es allerdings auch denkbar, auf diesen Aspekt bei den jeweils anknüpfenden Klimaschutzinstrumenten auf andere Weise Rücksicht zu nehmen.

Gewisse Zuordnungsunsicherheiten lassen sich auch auf Grundlage der dargestellten Verbesserungen nicht gänzlich vermeiden. Daraus muss jedoch nicht geschlossen werden, dass

---

<sup>59</sup> Vgl. hierzu Weeber u.a. (Fn. 49), siehe dort insb. S. 45 ff. und 73 ff.

die Einstufung den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots und des Gleichheitsgrundsatzes nicht genügen würde. Vielmehr dürfte es dem Gesetzgeber im Rahmen des Einschätzungs- und Gestaltungsspielraums für Typisierungen und Pauschalierungen jedenfalls dann gestattet sein, entsprechend vorzugehen, wenn das System erkennbar in dem Bemühen ausgestaltet wird, eine im Rahmen des praktisch Machbaren möglichst treffsichere Einordnung zu erreichen, Missbräuchen effektiv entgegenzuwirken und eine funktionierende Qualitätskontrolle sicherzustellen.

Zu präferieren wäre es für ein solches System aus dem Blickwinkel der verfolgten Zielsetzung, grundsätzlich auf den berechneten Energiebedarf abzustellen, da dieser – im Gegensatz zum Verbrauchsausweis – Auskunft über die objektiven Gebäudeeigenschaften gibt, auf die es in langfristiger Perspektive ankommt. Für den Übergang könnte dabei ergänzend z.B. vorgesehen werden, dass ältere verbrauchs- oder bedarfsbezogene Ausweise noch einen gewissen Zeitraum<sup>60</sup> zu Einstufungszwecken verwendet werden können. Anschließend wäre dann ein bedarfsbezogener Ausweis nach dem neuen Konzept maßgebend. Ein problematisches gleichwertiges Nebeneinander beider Ausweistypen würde bei einem solchen Vorgehen nicht entstehen, da es sich nur um eine pragmatische Übergangslösung handelte, die sich auf Dauer nicht verfestigen würde.

Legt man umgekehrt grundsätzlich den Verbrauchsausweis zugrunde, so stellt sich das Problem, dass dieser keine Auskunft über die objektiven Gebäudeeigenschaften liefert und bei einem sparsamen Heizverbrauchsverhalten der Nutzer eine unter Umständen besonders günstige Einstufung erreichbar ist, die zur Unterschätzung des energetischen Verbesserungsbedarfs führt. Daraus kann sich ein spezieller Missbrauchsanreiz ergeben, so dass die Stichprobenkontrolle und die Sanktionen hier eine besonders große Bedeutung erhielten. Zulässig dürfte das aus hiesiger Sicht im Ergebnis grundsätzlich dennoch sein, denn die Wahl dieser Regelungsoption könnte hinreichend damit begründet werden, dass die Pflicht zur Erstellung eines Energieausweises auf Verbrauchsbasis einen geringeren Grundrechtseingriff darstellt als diejenige zu einem Bedarfsausweis und ein solches System auch prüfungs-/verwaltungstechnisch weniger aufwändig ist.

Allerdings würde sich bei dieser Regelungsoption das weitergehende Problem stellen, dass der Verbrauchsausweis für bestimmte (kleinere) Bestandsgebäude<sup>61</sup> sowie generell bei Neubauten seit jeher nicht zulässig ist. Es wäre sachlich nicht sinnvoll, hier auf Verbrauchsausweise umzusteigen. Diesem Problem könnte (und müsste) ggf. dadurch begegnet werden, dass entweder bei den betreffenden Gebäuden zusätzlich Verbrauchsausweise erstellt oder speziell für sie auf Bedarfsausweise abgestellt würde. Beide Varianten haben jedoch nicht unwesentliche Nachteile. Die erste würde dazu führen, dass auch bei sehr kleinen Gebäuden Verbrauchsausweise maßgebend würden, obwohl bei diesen die Verbrauchsschwankungen besonders groß sind und die Treffgenauigkeit des Ausweises daher besonders klein wäre. Bei der zweiten Variante müsste das bereits erwähnte Problem bewältigt werden, dass der Bedarfsausweis bei Bestandsgebäuden sehr häufig deutlich über dem realen Verbrauch liegende Werte ausweist, wogegen mit einer Korrektur der Heiztemperaturanahmen in den Berechnungsvorschriften reagiert werden könnte (und nach hiesiger Rechtsauffassung dann auch müsste).

---

<sup>60</sup> Bei Verbrauchsausweisen bis zum Ablauf ihres Gültigkeitszeitraums. Dieser liegt gemäß § 17 Abs. 6 EnEV bei zehn Jahren.

<sup>61</sup> Gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 EnEV grundsätzlich bei Gebäuden mit weniger als fünf Wohneinheiten.

Angesichts dieser spezifischen Probleme beim Verbrauchsausweis spricht daher aus rechtlichem Blickwinkel Überwiegendes für die Wahl eines grundsätzlich auf den Bedarfsausweis gestützten Systems.

Im Kontext von an die Klassifizierung anknüpfenden Rechtsinstrumenten könnten und müssten die verbleibenden Unsicherheiten im Übrigen auf geeignete Weise berücksichtigt werden. Sinnvoll denkbar wäre es hierfür z.B., bei belastenden Rechtsfolgen die Möglichkeit zu eröffnen, statt auf den Regelausweis auf den jeweils andere Ausweistyp abzustellen. Auf diese Weise könnten problematische Grundrechtsfolgen vermieden werden. Um gleichwohl die angestrebten Wirkungen des Instruments nicht zu gefährden, wäre es denkbar, z.B. zur Missbrauchsvermeidung einen durch besonders anerkannte Sachverständige erstellten Ausweis zu fordern oder nur relativ aktuelle Ausweise anzuerkennen. Bei begünstigenden Rechtsfolgen (z.B. in Anreiz- und Fördersystemen) könnte auch im Falle grundsätzlicher Einstufung nach dem Energieverbrauch zusätzlich oder stattdessen ein Bedarfsausweis gefordert werden.

Sollten die beschriebenen Hürden überwunden werden können, so könnte es gelingen, auf Basis des Energieausweises ein funktionsfähiges Gesamtsystem für eine generelle Klassifizierung von Wohngebäuden zu schaffen, das gleichwohl weder zu einer Vielzahl an Rechtsschutzverfahren führt noch die Verwaltung überfordert. Gänzlich vermeiden lässt sich der Aufbau bzw. der Ausbau von fachlich kompetenten Verwaltungsstrukturen jedoch nicht, da angesichts der weitergehenden rechtlichen Bedeutung der Klassifizierung auf eine wirksame Stichprobenüberwachung und eine Qualitätskontrolle der Aussteller durch fachkundige Behörden nicht verzichtet werden kann.

Da die aufgezeigten Änderungen nicht kurzfristig erreichbar erscheinen und noch einige fachliche Vorklärungen sinnvoll wären, könnte und müsste für das Konzept ein angemessener Vorbereitungs- und Umsetzungszeitraum in Aussicht genommen werden. Insofern sei ergänzend auch darauf hingewiesen, dass eine Umstellung des Systems auf die Ausstellung durch höher qualifizierte Sachkundige/Sachverständige auch eine (staatlich ggf. geförderte) Qualifizierungsoffensive für Experten der energetischen Gebäudebewertung erfordert, da der derzeitige Markt nicht genügend Fachkräfte zur Verfügung stellen dürfte.

Weitergehende Überlegungen müssten im Übrigen für Nichtwohngebäude angestellt werden. Da es sehr unterschiedliche Arten von Nichtwohngebäuden gibt, kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass für alle Nichtwohngebäude vergleichbare Klassifizierungen erreicht werden können. Möglicherweise lässt sich dies aber zumindest für einige verbreitete Arten von Nichtwohngebäuden erreichen (z.B. Büro- und Verwaltungsgebäude, Krankenhäuser, Beherbergungsgebäude). Auch hierzu wären ggf. ergänzende fachliche Betrachtungen notwendig.

### **3.4. Weitere Regelungsvarianten**

Fraglich ist, ob es zur Einstufung auf Basis eines konzeptionell verbesserten Energieausweises noch andere Alternativen oder Varianten gibt, die sowohl unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität (und damit insb. des geringen Verwaltungsaufwands) als auch hinsichtlich der rechtlichen Anforderungen ebenfalls positiv oder sogar besser zu beurteilen sind. Vorstellbar erscheint dafür einerseits die Schaffung eines auf besonders anerkannten Sachverständigen beruhenden Systems, andererseits eine Einstufung nach im Vergleich zum Energieausweis einfacheren baulich-technischen Merkmalen.

### 3.4.1. Einstufung durch anerkannte Sachverständige

Die Schaffung eines auf besonders anerkannten Sachverständigen beruhenden Systems stellt sich bei Lichte besehen lediglich als eine Ausgestaltungsvariante der auf einem neuen Bewertungssystem oder auf den Energieausweisen basierenden Einstufung dar. Denn der Umstand, wer die Prüfung durchführt, sagt noch nichts über die entscheidendere Frage dazu aus, auf welcher Daten- bzw. Ermittlungsgrundlage die Einstufung beruht.

Für das Instrument des Nachweises der EnEV-Anforderungen an Neubauten sieht das Landesrecht in den Bundesländern Berlin, Bremen und Nordrhein-Westfalen eine Ausstellung durch anerkannte Sachverständige vor, die einem besonderen behördlichen Anerkennungsverfahren unterworfen werden.<sup>62</sup> Hieran ließe sich anknüpfen und bundesrechtlich fordern, dass die Gebäudeklassifizierung nur durch behördlich anerkannte Sachverständige durchgeführt werden darf. Im Bundesrecht müssten dann dezidierte Anerkennungs Voraussetzungen beschrieben werden. Grundsätzlich könnte die Spezifizierung auch den Ländern überlassen bleiben. In diesem Falle wären jedoch Uneinheitlichkeiten zu befürchten und ein rasches Umsetzen wäre nicht sichergestellt.

Durch die Bindung an besonders anerkannte Sachverständige ließe sich die Qualität der Einstufungsergebnisse im Vergleich zu dem soeben vorgestellten Programm für die Verwendung eines verbesserten Energieausweises als Grundlage möglicherweise noch erhöhen. Dem stünde aber gegenüber, dass es mit einem sehr hohen Verwaltungsaufwand verbunden sein würde, sämtliche für die Einstufung berechnete Personen einem individuellen Anerkennungsverfahren zu unterziehen.

Eine denkbare noch weitergehende Regelung könnte darauf hinauslaufen, die Einstufung den Sachverständigen nicht nur in der Sache vorzubehalten, sondern die Sachverständigen mit der Befugnis auszustatten, über die Einstufung eine rechtsverbindliche Entscheidung zu treffen. Die Sachverständigen würden dann in der Funktion von Beliehenen tätig werden (wie für die technische Prüfung von Kraftfahrzeugen Sachverständige von Organisationen wie dem TÜV, der Dekra usw.).<sup>63</sup> Die Konsequenz dessen wäre, dass die Einstufungen dann die Qualität von Verwaltungsakten erlangen würden, so dass gegen sie unmittelbar der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet würde. Der damit verbundene Folgeaufwand soll aber gerade vermieden werden.

### 3.4.2. Einstufung nach einfachen Gebäudemerkmale als widerlegliche Vermutung

Eine wesentliche Verringerung des mit der Klassifizierung verbundenen Aufwands könnte erreicht werden, wenn für die Einstufung auf einfache objektive Gebäudemerkmale abgestellt werden kann (wie z.B. Baualter, Bau- und Raummaße, Außenwandflächen, Nutzungsart des Gebäudes, Beheizungsart, Ausstattung mit Klima- und Lüftungsanlagen usw.), so dass eine Ermittlung des Energiebedarfs und/oder des Energieverbrauchs verzichtbar wäre.

---

<sup>62</sup> Vgl. Verordnung zur Durchführung der Energieeinsparverordnung in Berlin (EnEV-DV Bln), v. 18. Dezember 2009 (GVBl. S. 889), zuletzt geändert durch Verordnung v. 17.12.2010 (GVBl. S. 665); Verordnung zur Durchführung der Energieeinsparverordnung und des Erneuerbare-Energien-Wärmegesetzes im Land Bremen (EnEV/EEWärmeGV) v. 21.12.2010 (GBl. S. 690); Verordnung über Zuständigkeiten nach dem Energieeinsparungsgesetz, dem Bauproduktengesetz und der Verordnung (EG) Nr. 765/2008 v. 04.11.2008 (GV S. 686), zuletzt geändert durch Verordnung v. 18.01.2011 (GV S. 18). Zum Ganzen eingehend Klinski, Klinski (siehe Fn. 55), S. 46 f.

<sup>63</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 1 Rdnr. 58 m.w.N.

Auf Grundlage einfacher objektiver Gebäudemerkmale erhalte man zumindest näherungsweise Auskunft über die energetischen Eigenschaften des Gebäudes. Allerdings blieben nachträgliche Modernisierungen ebenso unberücksichtigt wie Abweichungen von den Durchschnittsannahmen im Hinblick auf Wärmedämmung oder technische Effizienzstandards. Die Ergebnisse wären also sehr ungenau.

Verfassungsrechtlich vertretbar wäre ein derartiges Konzept deshalb (nur) unter der Voraussetzung, dass die Klassifizierung lediglich den Charakter einer widerleglichen Vermutung hätte, den Betroffenen also die Möglichkeit gegeben würde, die Einstufung des individuellen Gebäudes durch Vorlage eines geeigneten Nachweises (z.B. des Energieausweises) zu widerlegen und damit zu korrigieren. Ohne diese Einschränkung dürfte die Einstufung nach einfachen Gebäudemerkmale im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot unverhältnismäßig sein, weil die Klassifizierung in sehr vielen Fällen – möglicherweise gar der Mehrzahl – zu sachlich unzutreffenden Ergebnissen führen würde. Damit würde der Gesetzgeber die Grenzen erlaubter Typisierung und Pauschalierung<sup>64</sup> überschreiten, da ihm bewusst wäre, dass die typischen Fallgestaltungen großenteils nur unzulänglich abgebildet werden, ohne dies im Interesse der Betroffenen korrigierbar zu machen. Indem der Gesetzgeber die Einstufung individuell korrigierbar machen würde, stellte er quasi die Verhältnismäßigkeit her.

Eine Variante dieses instrumentellen Ansatzes könnte darin liegen, einerseits für Gebäude, bei denen ein Bedarfsausweis vorliegt, diesen für maßgeblich zu erklären, und andererseits bei den übrigen Gebäuden nicht auf den Verbrauchsausweis abzustellen, sondern auf einfache objektive Gebäudemerkmale, hierbei aber die Möglichkeit zu eröffnen, durch Vorlage eines (ggf. verbesserten) Bedarfsausweises eine günstigere Einstufung zu erlangen. Damit wäre ein Anreiz zur Erstellung eines Bedarfsausweises verbunden.<sup>65</sup>

Im Vergleich zu dem oben beschriebenen, generell auf einem verbesserten Energieausweis beruhenden Klassifizierungssystem hätte ein derartiges Vorgehen jedoch keine wesentlichen Vorteile. Im Gegenteil: Da der Energieausweis in Gestalt des Verbrauchsausweises inzwischen für (fast<sup>66</sup>) jedes Gebäude vorliegt, würde die notwendige Ermittlung der Gebäudemerkmale einen zusätzlichen Aufwand mit sich bringen, ohne dass dadurch in der Sache ein treffsicheres Klassifizierungssystem entstehen würde.

## 4. Ergebnis

Die Betrachtung zeigt auf, dass ein rechtlich tragfähiges System der energetischen Klassifizierung von Gebäuden auf Grundlage des Energieausweises realisierbar ist, ohne hierbei einen unangemessen hohen Verwaltungsaufwand zu erfordern. Das gilt jedenfalls für die Wohngebäude. Für die Übertragung auf Nichtwohngebäude sind noch vertiefende fachliche Überlegungen anzustellen.

Voraussetzung ist, dass der Energieausweis einigen wesentlichen Verbesserungen unterzogen wird, um die Treffsicherheit und Vergleichbarkeit seiner Aussagen zu erhöhen und eine zuverlässige Qualitäts- und Missbrauchskontrolle sicherzustellen. Hierzu gehören u.a. höhere Qualifikationsanforderungen an die Ausstellenden und an die einschlägigen Fortbildungen

---

<sup>64</sup> Vgl. BVerfGE 122, 39 (Rdnr. 53 f.), BVerfG NJW 2009, 48 (Rdnr. 60).

<sup>65</sup> In diese Richtung gehen die Überlegungen bei Bürger/Hermann/Keimeyer/Klinski (siehe Fn. 4), auf S. 188 f. sowie 289 ff., die allerdings vor der Einführung von Energieeffizienzklassen in der EnEV angestellt wurden.

<sup>66</sup> Es dürfte davon auszugehen sein, dass für einen gewissen Anteil der von den Eigentümern selbst bewohnten Gebäude noch kein Ausweis ausgestellt wurde, weil es noch keinen Verkaufs- oder Vermietungsanlass gab.

sowie relativ dichte Stichprobenkontrollen der Behörden. Zu empfehlen ist grundsätzlich ein Abstellen auf den berechneten Energiebedarf (oder daraus abgeleitete THG-Werte), wobei es sich anbietet, übergangsweise die Anerkennung von Verbrauchsausweisen zu ermöglichen. Ergänzende fachliche Überlegungen sind für die Verbesserungen im Hinblick auf die jeweils maßgeblichen Kenngrößen und die Berechnungsmethodik zu empfehlen. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass es zu der neuen Funktion des Ausweises als Hilfsmittel der Klimaschutzpolitik nicht passt, ausschließlich auf die Endenergueseite abzustellen und damit die Klimawirkung der eingesetzten Energieträger unberücksichtigt zu lassen. Für die Bewältigung dieses Problems müsste noch ein gut handhabbarer konkreter Vorschlag entwickelt werden. Es ist aber nicht ersichtlich, dass sich daraus eine unüberwindbare Hürde ergeben könnte.