

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Mittelweg 150 • 20148 Hamburg

Umweltinstitut München e.V.
Goethestraße 20
80336 München

Michael Günther * (bis 31.12.2022)
Hans-Gerd Heidel * (bis 30.06.2020)
Dr. Ulrich Wollenteit *¹
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *¹
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
André Horenburg *
John Peters
Victor Görlich
Dr. Johannes Franke

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

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

07.06.2024
00485/23 /L /L/vg
Mitarbeiterin: Birgit Westphal
Durchwahl: 040-278494-21
Email: westphal@rae-guenther.de

Gutachterliche Stellungnahme

zur kommunalen Wasserstoffnetzausbauplanung

im Auftrag des

Umweltinstitut München e. V., Goethestraße 20, 80336 München

vorgelegt von

den Rechtsanwälten Victor Görlich und Dr. Dirk Legler

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

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

Inhalt

A.	Wesentliches Ergebnis	3
B.	Problemstellung und Ausgangspunkt	3
C.	Rechtliche Prüfung	8
I.	Rechtsrahmen	8
II.	Akteure der Wärmeplanung	10
1.	Beteiligte der Wärmeplanung i. e. S.	11
2.	Umsetzung der Wärmeplanung	14
3.	Beauftragte Private	17
III.	Wasserstoffnetze als Erfüllungsoption	18
1.	WPG	19
a)	Gesetzlich angelegte Wasserstoffnetzausweisung	19
b)	Zuständigkeit im WPG	23
2.	Verhältnis zum GEG	24
3.	EnWG	27
4.	Zur Rechtsverbindlichkeit	28
a)	Wärmepläne	28
b)	Umsetzungsentscheidung (§ 26 WPG)	29
c)	Fahrpläne	30
IV.	Gestaltungsspielraum der planungsverantwortlichen Stelle	32
1.	Ablauf der kommunalen Wärmeplanung	32
a)	Eignungsprüfung, § 14 WPG	32
aa)	Wirtschaftlichkeitsbegriff des WPG	35
bb)	Tatsachengrundlage für die Bewertung von § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG	36
cc)	Zwischenergebnis	39
b)	Bestandsanalyse, § 15 WPG	39
c)	Potenzialanalyse, Zielszenario (§§ 16, 17 i. V. m. Anlage 2 Nr. III WPG)	40
d)	Einteilung in Versorgungsgebiete, §§ 18 WPG, § 19 WPG	41
e)	Umsetzungsstrategie und Wärmeplanerstellung, §§ 20, 23 WPG	42
f)	Beschluss des Wärmeplans, 23 WPG	42
2.	Ermessens- / und Gestaltungsspielraum der zuständigen Stellen	43
3.	Beauftragung Dritter	45
V.	Ergebnis	46
1.	Eignungsprüfung	47
2.	Ausweisung nach § 26 WPG, § 71 Abs. 8 GEG	48
3.	Fahrpläne nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG	48
D.	Fazit	49

A. Wesentliches Ergebnis

Mit dem seit dem 01.01.2024 geltenden Wärmeplanungsgesetz (WPG) ist den Ländern (bzw. mittelbar ihren Kommunen) ein bundesgesetzlicher Zeit- und Verfahrensplan für die Planung einer flächendeckenden Umstellung der Versorgung mit Raumwärme, Warmwasser und Prozesswärme mittels erneuerbarer Energien vorgegeben. Das soll zu einer kosteneffizienten, nachhaltigen, sparsamen, bezahlbaren, resilienten sowie treibhausgasneutralen Wärmeversorgung bis spätestens zum Jahr 2045 beitragen (§ 1 WPG).

Der Zeitplan und die inhaltlichen Vorgaben für die (unverbindlichen) Planungsschritte und deren Ergebnis (Wärmeplanung im engeren Sinne, §§ 3 – 25 WPG) stehen dabei hinsichtlich der Wasserstoffnetzplanung teils im Widerspruch zu den erheblichen Folgen der (verbindlichen) Umsetzungsentscheidungen, nämlich der Ausweisung von „Wasserstoffnetzausbaugebieten“¹ nach §§ 26, 27 WPG und der Vereinbarung von Fahrplänen mit Gasverteilnetzbetreibern nach § 71k Abs. 1 GEG.

Eine sinnvolle (und nicht fehlgeleitete) Wärmeplanung mittels Wasserstoffnetzebenen, die den Zeitplan bis Mitte 2026 (bzw. Mitte 2028) für ihre Fertigstellung einhalten soll, muss aktuell von einer Ungeeignetheit der Wasserstoffnetzplanung für Haushaltskunden auszugehen. Grund dafür ist, dass die Gasnetzumrüstung noch weitgehend ungeklärt und nicht abschließend reguliert ist und diesbezügliche konkrete Fahrpläne im Sinne des § 71k Abs.1 GEG fehlen.

Ohne die verbindliche Aussicht solcher Fahrpläne (nach § 71k Abs.1 GEG) kann innerhalb der Wärmeplanung verantwortungsvoll nicht von einer Wasserstoffnetzversorgung von Haushaltskunden (§ 3 Nr. 22 EnWG) ausgegangen werden.

Das gilt auch und erst recht für die Ausweisungsentscheidung über Wasserstoffnetzausbaugebiete gemäß § 26 WPG, weil diese verbindlich ist und erhebliche Folgen gemäß § 71 Abs. 8 S. 3 GEG auslöst. Wenn diese ohne einen Fahrplan nach § 71k Abs. 1 GEG erfolgt, können die Nachteile im Falle einer gescheiterten Transformation des Gasnetzes nach § 71 GEG für die Gebäudeeigentümer erheblich sein.

Die planungsverantwortliche Stelle kann von einer Eignung eines Gebiets als Wasserstoffnetzgebiet, in dem bereits ein Gasnetz besteht (§ 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG),

¹ Das WPG spricht im Rahmen der Vorschriften zur (unverbindlichen) Wärmeplanung im engeren Sinne von „Wasserstoffnetzebenen“, dabei handelt es sich gemäß § 3 Nr. 23 WPG um ein beplantes Teilgebiet, in dem ein Wasserstoffnetz besteht oder geplant ist und ein erheblicher Anteil der ansässigen Letztverbraucher über das Wasserstoffnetz zum Zweck der Wärmeerzeugung versorgt werden soll; demgegenüber spricht das WPG im Rahmen der Umsetzungsentscheidung nach § 26 WPG sowie auch das GEG in § 71 und § 71k GEG von „Wasserstoffnetzausbaugebieten“; die Unterscheidung liegt also in erster Linie in der Verbindlichkeit der planerischen Festsetzungen und wird nachfolgend entsprechend verwendet.

nach hier vertretener Auffassung nur dann ausgehen, wenn bereits eine verbindliche Zusage, vorvertragliche Verpflichtung oder sonstige Zusicherung des Verteilernetzbetreibers vorliegt, die auf die Vereinbarung eines Fahrplans gerichtet ist. Liegt diese nicht vor, kann die Wärmeplanung in diesem Teilgebiet verkürzt, also ohne die Bestandsanalyse (§ 15 WPG) und die Einteilung in voraussichtliche Wärmeversorgungsgebiete (§ 18 WPG), stattfinden.

Es wäre ein zweckwidriger Planungsweg, wenn sich erst im Rahmen der weiteren Planung (§§ 18, 19 WPG) aus konkreten Verhandlungen ergibt, dass es zum Abschluss verbindlicher Fahrpläne nach § 71k Abs 1 Nr. 2 GEG ohnehin nicht kommen wird. Damit wären Zeit und Ressourcen auf eine unrealistische Lösung verschwendet.

Das gilt insbesondere, weil ein im Zuge der Wärmeplanung getätigtes Ausklammern von Wasserstoffnetzen nicht verhindern kann, dass solche gleichwohl nachfolgend (wenn diese sich Grundstücksscharf als sinnvoll erweisen) nach § 26 Abs. 1 WPG verbindlich und teilgebietsbezogen noch ausgewiesen werden können.

Im Rahmen der Planung muss sowohl ein Vollkostenvergleich verschiedener Wärmeversorgungslösungen als auch eine umfassende Wirtschaftlichkeitsbewertung (die auch volkswirtschaftliche und umgelegte Kosten betrachtet) angestellt werden. Diese sind für eine Wasserstoffnetzversorgung von Haushaltskunden ohne vorliegende konkrete Fahrpläne nach § 71k Abs. 1 GEG schwer möglich. Es ist deshalb vertretbar, bei fehlender Aussicht auf einen entsprechenden Fahrplan, in den Fällen des § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG von einer regelmäßigen Ungeeignetheit von Wasserstoffnetzgebieten für Haushaltskunden auszugehen. Eine Prüfung nach § 14 Abs. 3 WPG muss aber in jedem Fall erfolgen.

Die planungsverantwortliche Stelle hat insoweit weitreichende unabhängige Entscheidungskompetenzen. Gleichzeitig muss sie bereits mit Blick auf den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit unnötige Planungen vermeiden.

Anders ist die Eignungsprüfung nach § 14 Abs. 3 WPG für die Versorgung von Industriebetrieben mit Wasserstoff für Prozesswärme zu bewerten, die hier aber nicht Gegenstand ist.

Für Haushaltskunden gilt: Schon nach den gesetzgeberischen Wertungen darf einer flächendeckenden leitungsgebundenen Wasserstoffversorgung mit Blick auf das grundrechtlich gebotene Ziel der Treibhausgasneutralität gegenüber der Planung alternativer, realistischerer und letztlich klimaschonenderer Lösungen kein ungegerechtfertigter Vorrang eingeräumt werden. Andernfalls würden auch private Investitionen in Heizungstechnik geleistet, deren Fehlleitung im Falle der gescheiterten Umrüstung ohne einen vorliegenden Fahrplan nach § 71k Abs. 1 GEG nahezu vollständig zulasten Privater geht.

Mit Blick auf die (trotz fehlender rechtlicher Außenwirkung) weitreichenden Folgen der einzelnen Planungsschritte hat die planungsverantwortliche Stelle ihre Beurteilungs- und Ermessensspielräume sowie die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe auch bei der Beauftragung Privater pflichtgemäß auszufüllen. Dabei sind (möglichst schon im Vergabeverfahren) Vorgaben dafür zu machen, wie Tatsachen anhand welcher Wertungen (Leitfäden) zu gewichten sind, um Spielräume pflichtgemäß auszufüllen. Erfolgt keine Beleihung Privater mit hoheitlichen Entscheidungsbefugnissen, müssen bestimmte Entscheidungen durch die planungsverantwortliche Stelle selbst getroffen werden und nicht ohne Weiteres etwa einem Planungsdienstleister überlassen werden. Das gilt insbesondere schon für die weichenstellende Eignungsprüfung nach § 14 WPG.

B. Problemstellung und Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung ist das seit Anfang 2024 bundesweit gültige WPG und dessen Prämisse, bei der kommunalen Wärmeplanung auch die Ausweisung von Wasserstoffnetzen als gesetzliche Erfüllungsoption anzusehen.

Zu prüfen war, welche Handlungsmöglichkeiten und -pflichten den Kommunen bei der kommunalen Wärmeplanung für die und bei der Ausweisung von Wasserstoffnetzen durch die rechtlichen Rahmenbedingungen eröffnet und vorgegeben sind.

Im Fokus der Betrachtung steht hier auftragsgemäß die Frage, wie der gesetzlichen Vorgabe, auch den „Wasserstoffnetzausbau“² als Option zu prüfen, im Rahmen der *Wärmeplanung für Haushaltskunden* angemessen und „technologieoffen“ nachgegangen werden muss. In erster Linie wird nachfolgend die Wärmeplanung für Haushaltskunden in Gebieten mit einem bestehenden Gasnetz untersucht.

Primär war hier also zu prüfen, welche Ermessens- und/oder Beurteilungsspielräume die Kommunen als (regelmäßig³) planverantwortliche Stellen im Rahmen der kommunalen Wärmeplanung hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ der Ausweisung von Wasserstoffnetzgebieten bzw. Wasserstoffnetzausbaugebieten haben.

In tatsächlicher Hinsicht gibt es hierzu kontroverse Standpunkte. Zum einen wird vom Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) vertreten, dass *„eine dezentrale Wasserstoffversorgung insbesondere von Heizkunden bzw. einzelnen Haushalten derzeit u. a. wegen der hohen Kosten für Wasserstoff im Wärmesektor und vor allem wegen der voraussichtlich beschränkt verfügbaren Mengen*

² Siehe Fn.1.

³ Anders beispielsweise in Hamburg, wo das Land als Einheitsgemeinde die Behörde für Umwelt, Klima, Energie und Agrarwirtschaft als planungsverantwortliche Stelle bestimmt hat.

[zwar] *wenig wahrscheinlich erscheint*.“⁴ Auf der anderen Seite wird eine zukünftige Wasserstoffversorgung auch dezentraler Erzeugungsanlagen vielfach als realistische und sogar notwendige Lösung bewertet.⁵

Auch die Regelungen des Wärmeplanungsgesetzes (WPG) erwecken auf den ersten Blick den Eindruck, dass eine klimafreundliche (leitungsgebundene) Wärmeversorgung unter ähnlichen tatsächlichen und energetischen Bedingungen entweder als Wärmenetz oder als Wasserstoffnetz gestaltet werden kann.

Das ebenfalls zum 01.01.2024 novellierte Gebäudeenergiegesetz (GEG) sieht in § 71 Abs. 3 Nr. 5, Abs. 8 S. 3, § 71f GEG und § 71k GEG gleichfalls die Möglichkeit der Wasserstoffnutzung in neuen Heizungsanlagen vor. Namentlich dann, wenn konkrete Gebietsausweisungen der für die Wärmeplanung verantwortlichen Stelle vorgenommen werden (§ 26 WPG) und⁶ verbindliche „Fahrpläne“ zwischen der planverantwortlichen Stelle (also regelmäßig der Kommune) und dem Gasverteilernetzbetreiber vereinbart werden, kommt nach § 71k GEG sogar eine Wasserstoffnutzung auch bei Haushaltskunden in Betracht.

Beide Instrumente – d. h. die Ausweisung nach § 26 WPG und die Vereinbarung eines Fahrplans nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG – gehören zwar nicht zur „Wärmeplanung im engeren Sinne“, gleichwohl werden sie von der nach dem WPG für diese Planung zuständigen Stelle (d. h. der Kommune) vorgenommen bzw. vereinbart und stehen auch rechtlich in einem untrennbaren Zusammenhang mit den nach dem WPG vorgesehenen Planungsschritten.

Schon dieser rechtliche Rahmen könnte (entgegen der wohl tatsächlich noch unsicheren Versorgungsmöglichkeit von Haushalten mit Wasserstoff) nahelegen, dass einer kommunalen Versorgung mittels Wasserstoffnetz im Rahmen der Wärmeplanung planerisch besonderes Gewicht einzuräumen wäre. Scheitert allerdings die Umsetzung, würden Zeit und Ressourcen für tatsächlich unrealistische Szenarien verwendet.

Welche *rechtlichen* Mittel und Grenzen der für die Wärmeplanung zuständigen Stelle diesbezüglich zur Verfügung gestellt bzw. gesetzt werden, soll nachfolgend aufgezeigt werden. Ob eine zukünftige Wärmeversorgung (auch der Haushaltskunden/Wohnungswirtschaft) mit Wasserstoff *tatsächlich* realistischer wird, soll und kann hier hingegen nicht bewertet werden.

⁴ So wörtlich: „Green Paper – Transformation Gas-/Wasserstoff-Verteilernetze“ vom 13.03.2024, S. 3; vgl. auch Rosenow, „Meta-review of 54 studies on hydrogen heating“, Cell Reports Sustainability vom 26.01.2024.

⁵ „Transformationspfad für die neuen Gase – Wege zu einem resilienten und klimaneutralen Energiesystem 2045“ vom 10.05.2023, Hrsg. v. BDEW, DVGW, Zukunft Gas e. V.; vgl. auch Friedrichs: „Die richtige Lösung ist auch die schnellste“, in EnWZ 2023, 145.

⁶ Nach § 71k Abs. 1 (Nr. 1 und 2) muss eine Ausweisungsentscheidung und ein Fahrplan nach § 71k GEG vorliegen, um die Rechtsfolgen des § 71k GEG auszulösen; während § 71 Abs. 8 GEG insoweit nur eine Ausweisung nach § 26 WPG voraussetzt.

Die Vermeidung eines verschwenderischen Einsatzes von planerischen Ressourcen ist indes schon mit Blick auf den Gesetzeszweck rechtlich geboten: Für Gemeinden mit mehr als 100.000 Einwohnern muss eine Wärmeplanung spätestens zum 30.06.2026 realisiert sein. Für kleinere Gemeinden (mit unter 100.000 Einwohnern) gilt dies spätestens ab 30.06.2028.⁷ Die einzelnen Bundesländer sind konkret verpflichtet, sicherzustellen, dass die Kommunen⁸ die Möglichkeiten einer leitungsgebundenen Wärmeversorgung bis zu diesen festgelegten Zeitpunkten nach den Maßstäben des WPG bewerten und einer konkreten Umsetzung zuführen.

Naturgemäß muss diese Planung, deren einzelne Schritte und Determinanten nachfolgend aufgezeigt werden, nach aktueller Betrachtung unter Unsicherheit über verschiedene rechtliche und tatsächliche Umstände erfolgen. Daraus (und mangels entsprechender Erfahrung der Planungsverantwortlichen) ergibt sich überdies ein gesteigerter Beratungsbedarf. Private Planungsdienstleister und/oder Berater mit entsprechender Fachkenntnis werden mit den verschiedenen Planungsschritten beauftragt werden (müssen).⁹ In der Folge ist auch zu prüfen, welche Vorgaben öffentliche Auftraggeber dabei beachten müssen, was die Beteiligten leisten können und welche Entscheidungen und Gewichtungen notwendig in hoheitlicher Hand bleiben sollten.

Das gilt erst recht für die rechtsverbindlichen Instrumente des WPG (so z. B. § 26 i. V. m. § 27 WPG), die wegen Ihrer Wirkung auf die §§ 71 ff. GEG und auf bauplanungsrechtliche Entscheidungen (§ 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. g BauGB) auch Einfluss auf Investitionsentscheidungen haben können. Entsprechende rechtsverbindliche Weichenstellungen (§ 26 WPG) werden in der Wärmeplanung im engeren Sinne (§§ 13 - 25 WPG) vorbereitet. Allein aus diesem Grund liegt nahe, dass hier nur realistische Versorgungsszenarien in Betracht gezogen werden sollten.

Wegen des komplexen regulatorischen Rahmens und den bestehenden erheblichen tatsächlichen Unsicherheiten über die zukünftige Verfügbarkeit von Wasserstoff und dessen Preisentwicklung sowie generell der zur Verfügung stehenden Haustechniken ist die planerische Aufgabe anspruchsvoll. Es muss ferner einbezogen werden, ob der Einsatz spezifischer Energieträger an richtiger Stelle geplant wird. Auch darf rechtlich nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich mit der begrenzten Verfügbarkeit eines Energieträgers immer auch die Frage der Priorisierung stellt, die hier wohl – worüber aktuell weitgehend Einigkeit besteht – zugunsten industrieller Verbraucher zu beantworten ist.

Die Planung und die Auslegung ihres rechtlichen Rahmens hat überdies unter Beachtung des Umstands zu erfolgen, dass eine fehlgeleitete Wärmeplanung kurzfris-

⁷ Der Stichtag für die Einwohnerzahl ist der 01.01.2024 (§ 4 Abs. 2 WPG).

⁸ soweit sie landesrechtlich als verantwortliche Stelle verpflichtet werden, dazu unter II.

⁹ Vgl. auch Werthmüller/Reith, „Die kommunale Wärmeplanung“, IR 2024, 60 (65).

tig auf Kosten der jeweils betroffenen Bürger geht und bereits mittelfristig die Erreichung der Klimaziele erschwert. Auch sind mittelbare Folgen für die jeweilige Kommune zu besorgen, wenn eine CO₂-arme Energieversorgung ihrer Mitglieder und ansässigen Unternehmen nicht umsetzbar auf den Weg gebracht wird und die jeweiligen Standortbedingungen sich verschlechtern.

Die nachfolgende Prüfung beschränkt sich dabei auf die Frage der Einbeziehung und Ausweisung von Wasserstoffnetzgebieten in die Wärmeplanung und ihre Umsetzungsentscheidung und den dafür bestehenden an die planungsverantwortliche Stelle adressierten nationalen Rechtsrahmen.

C. Rechtliche Prüfung

Nachfolgend sind zunächst die maßgeblichen Rechtsquellen im Überblick (I.) und die an der Wärmeplanung nach dem WPG beteiligten Akteure (II.) zusammenfassend dargestellt. Diese waren sodann auf die konkreten Voraussetzungen und den verbleibenden Gestaltungsspielraum (IV.) für die Wasserstoffnetzgebieten-Planung und die Ausweisung von Wasserstoffnetzausbaugebieten § 26 WPG zu untersuchen (III.), wobei hier insbesondere der Fall eines bestehenden Gasnetzes im beplanten Gebiet in den Blick genommen wird.

I. Rechtsrahmen

Die für die Wärmeplanung im engeren Sinne (§§ 4 – 25 WPG) maßgeblichen Rechtsquellen sind das WPG, das GEG und mittelbar das EnWG (Energiewirtschaftsgesetz), wobei letzteres traditionell den regulatorischen Rahmen nur für die netzbasierte Gas- und Stromversorgung (und gerade nicht für die leitungsgebundene Wärmeversorgung) bildet.¹⁰ Für die (Teil-) Transformation von Gasnetzen zu Wasserstoffnetzen enthält das EnWG aber nunmehr Regelungen, die eine teilweise entsprechende Anwendung des EnWG auch auf Wasserstoffnetze anordnen (z. B. §§ 28j, 28r, 43l EnWG).

Daneben bestehen verschiedene Rechtsquellen, die entweder das Lieferverhältnis betreffen (z. B. AVBFernwärmeV, N(D)AV)) oder schlicht zusätzliche Instrumente der gemeindlichen Steuerung bereithalten (insb. d. Bauleitplanung nach BauGB/Möglichkeit der Einführung eines Anschluss- und Benutzungszwangs), die hier aber nicht im Detail untersucht werden.

¹⁰ Tejkl/Sauter (EnWZ 2023, 403).

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung sollen vorrangig das WPG und das GEG in ihrem Zusammenwirken in Bezug auf den Wasserstoffnetzausbau in den Blick genommen werden. Das WPG richtet sich an die Bundesländer und verpflichtet diese dazu, auf ihrem Hoheitsgebiet die Entwicklung von Wärmeplänen nach Maßgabe des WPG bis zu bestimmten Zeitpunkten sicherzustellen (§ 4 Abs. 1 WPG). Das GEG richtet sich hingegen in erster Linie an Gebäudeeigentümer bzw. Anlagenbetreiber, soweit der Einsatz von Energie zur Raum- oder Warmwasserheizung oder Kühlung oder Einrichtungen der Heizungs-, Kühl-, Raumluf- und Beleuchtungstechnik sowie der Warmwasserversorgung betroffen sind (§ 2 GEG).

Das WPG und das GEG sind sowohl faktisch als auch rechtlich eng miteinander verzahnt:¹¹

Faktisch, weil der Ausbau leitungsgebundener Wärmeversorgung ohne Betrachtung der Kundenseite (jenseits der Hausübergabestationen¹²) bereits wirtschaftlich zweckwidrig wäre; rechtlich, weil in den §§ 71 ff. GEG die *Umsetzung* bestimmter Planungsergebnisse der Wärmeplanung die rechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Einbaus bestimmter (Heizungs-)Anlagen darstellt. Auch sieht das GEG Instrumente vor (z. B. den Anschluss- und Benutzungszwang nach § 109 GEG¹³), die eine rechts- und investitionssichere Umsetzung planerischer Ergebnisse nach Maßgabe des WPG erst ermöglichen.¹⁴

Mit dem WPG ist bereits bestehenden Regelungen auf Landesebene¹⁵ und praktischen Ansätzen kommunaler Planung (mittels Bauleitplanung) nunmehr ein bundeseinheitlicher rechtlicher Rahmen gegeben worden.¹⁶ Es beruht auf der Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Luftreinhaltung) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Energiewirtschaft), wobei die nach Art. 72 Abs. 2 GG vorausgesetzte Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung einerseits damit begründet werden kann, dass in einigen Bundesländern¹⁷ noch keine Transformationsvorgaben für Wärmenetze geschaffen worden sind, und andererseits damit,

¹¹ Vgl. auch Werthmüller / Reith, „Die kommunale Wärmeplanung“, IR 2024, 60 (62).

¹² Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 14a GEG.

¹³ Vgl. Schwintowski: „Wärmeplanung – ohne Bürger*innen?!“, in VuR 2024, 1, mit Verweis auf Hack VuR 2023, 92 ff., wonach der Neu- oder Ausbau eines Wärmenetzes nur dann kosteneffizient betrieben werden könne, wenn ein kommunaler Anschluss- und Benutzungszwang für die Haushalte und Unternehmen bestimmt würde.

¹⁴ So auch Schwintowski, in EWERK, 6 /2023, S. 247 ff.:

¹⁵ Vorreiter waren hier Hamburg (§ 25 HmbKliSchG), Schleswig-Holstein (§§ 7, 8 EWKG SH) und Baden-Württemberg (§§ 7c und 7d KSG BW); in Niedersachsen ist eine entsprechende Verpflichtung zum 01.01.2024 in Kraft getreten (§§ 20, 21 NKlimaG).

¹⁶ Vgl. auch Heyder: „WPG und GEG – Wärmeplanung nach dem Wärmeplanungsgesetz und ihre Verknüpfung mit dem Gebäudeenergiegesetz“, EnK-Aktuell 2023, 010194 mit Verweis auf Winkler/Zeccola/Tejkl EnWZ 2022, 339 (341 ff.); sowie Werthmüller/Reith, „Die kommunale Wärmeplanung“, IR 2024, 60 (62), m. w. N. (Fn. 13).

¹⁷ Das WPG richtet sich an die Länder, da eine unmittelbare Verpflichtung der Kommunen gegen das verfassungsrechtliche Aufgabenübertragungs- und Durchgriffsverbot aus Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG verstoßen würde. Gleichwohl haben sich die durch Landesrecht verpflichteten Rechtsträger der kommunalen Wär-

dass der Wärmesektor sein Potenzial zur Minderung von CO₂-Emissionen nicht ansatzweise realisiert hat.¹⁸

Unmittelbares Ziel ist es, die Grundlage dafür zu schaffen, dass (neue) Heizungsanlagen innerhalb von Gebäuden gemäß § 71 Abs. 1 GEG zukünftig¹⁹ mit mindestens 65 % erneuerbaren Energien betrieben werden. Dieses Ziel gilt in Gemeinden über 100.000 Einwohner ab dem 30.06.2026 und in allen anderen ab 30.06.2028.²⁰ Für die betroffenen Gebäudeeigentümer im beplanten Gebiet hat das Ergebnis der Wärmeplanung mit Blick auf ihre Ziele (die Schaffung eines *Beitrags zu einer kosteneffizienten, nachhaltigen, sparsamen, bezahlbaren, resilienten sowie treibhausgasneutralen Wärmeversorgung*, § 1 WPG) insoweit auch einen – wenn auch rechtlich unverbindlichen – informatorischen Charakter.

Dafür muss im Rahmen der Planung entschieden werden, ob diese Ziele besser mittels einer dezentralen Versorgungskonzeption, bei der sich die Bürger/Unternehmen weitgehend selbst versorgen, oder mittels einer leitungsgebundenen Versorgung über ein Netz erfolgen soll bzw. kann.

Das WPG sieht dafür unter anderem vor, dies durch die Planung und Ausweisung von Wasserstoffnetzen zu erreichen (§ 3 Nr. 15 j, § 26 WPG). § 71 Abs. 8 S. 3 GEG und § 71 k Abs. 1 Nr. 2 GEG knüpfen wiederum unmittelbar an eine entsprechende (dann verbindliche) Entscheidung für ein „Wasserstoffnetzausbaugebiet“ an.

Den hier dargestellten und geprüften Rechtsrahmen bildet also einerseits das WPG insgesamt, das sowohl Regelungen zur Wärmeplanung im engeren Sinne als auch im Ansatz zu ihrer Umsetzung (z. B. § 26 WPG) enthält, und andererseits die §§ 71 ff. GEG, namentlich § 71 Abs. 8 S. 3 GEG und § 71 k Abs. 1 Nr. 2 GEG.

II. Akteure der Wärmeplanung

Mit den genannten Normen (§§ 3 – 25, 26 – 28 WPG und §§ 71 Abs. 8 S. 3, 71 k Abs. 1 Nr. 2 GEG) werden unterschiedliche Akteure adressiert. Auch hier kann und muss zwar zwischen der (nach außen rechtlich unverbindlichen) strategischen

meplanung (dazu sogleich unter II.) an die Vorgaben des WPG zu halten, wobei die Reichweite der Verbindlichkeit im Einzelnen unterschiedlich bewertet wird. Im Ergebnis ist allerdings überzeugend, dass die Regelungen des WPG – soweit sie nicht ausdrücklich (z. B. in §§ 4 Abs. 3, § 13 Abs. 1 S. 2, 22, 24 WPG) Gestaltungsspielräume eröffnen – zwingend zu beachten sind. Dafür spricht auch die Intention des Gesetzgebers, einen „im Wesentlichen einheitlicher Rahmen“ zu schaffen. Ungeachtet der bestandsschützenden Regelung zugunsten bestehender Wärmepläne in § 5 WPG müssen die Länder also sicherstellen, dass eine Wärmeplanung in Zukunft nach der Mindestmaßgabe des WPG erfolgt; vgl. dazu: Schnittker/Fründ, NVwZ 2024, 289 (290), mit Verweis auf Maaß ZUR 2020, 22 (29); Schwintowski, in EWERK, 6 /2023, S. 248 f.; BT-Drs. 20/8654, S. 86.

¹⁸ Schnittker/Fründ, NVwZ 2024, 289.

¹⁹ Zur Erreichung der Netto-Treibhausgasneutralität bis 2024 gemäß § 3 Abs. 2 KSG.

²⁰ Vgl. auch Schwintowski, in EWERK, 6 /2023, S. 247 ff.

Wärmeplanung (§§ 13 – 25 WPG) und den rechtsverbindlichen Umsetzungsakten (z. B. die grundstücksscharfe Ausweisung nach § 26 WPG oder die Fahrpläne nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG) unterschieden werden.

Die an die Länder gerichteten Verordnungsermächtigungen in § 33 Abs. 1 und Abs. 2 WPG (zur Aufgabenübertragung der Wärmeplanung einerseits sowie der Festlegung der planungsverantwortlichen Stelle (§ 3 Abs. 1 Nr. 5 WPG) andererseits) legen indes im Ergebnis fest, dass sowohl Planung als auch die Umsetzungsentscheidung (§ 26 WPG und § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG) durch die planungsverantwortliche Stelle erfolgt.²¹

1. Beteiligte der Wärmeplanung i. e. S.

Das WPG adressiert zunächst die Länder, macht aber im Rahmen der Aufgabenübertragung für den konkret einzuhaltenden Ablauf und die dabei zu beteiligenden Akteure konkrete Vorgaben. Wie auch in den bereits bestehenden ordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen auf Landesebene (wie z. B. in Baden-Württemberg, Schleswig-Holstein, Hamburg) ist die Aufgabe der Wärmeplanung also auf eine zuständige Verwaltungseinheit landesrechtlich zu übertragen (vgl. die Verordnungsermächtigung in § 33 Abs. 1 WPG). §§ 6, 13, 25 WPG legen nach richtiger Ansicht²² dabei eine Verpflichtung zu einer Einführung einer Wärmeplanung fest, die der Systematik des WPG entspricht.²³

Die für die Wärmeplanung zuständige Verwaltungseinheit ist die in § 3 Nr. 9 WPG definierte „planungsverantwortliche Stelle“ (nachfolgend auch pvS), wobei § 7 Abs. 2 Nr. 4 WPG bereits nahelegt, dass dies regelmäßig die Gemeinden oder Gemeindeverbände sind. Bei der planungsverantwortlichen Stelle handelt es sich auch nach der Gesetzesbegründung um „den für die Wärmeplanung zuständigen Rechtsträger“. Die im jeweiligen Land zuständigen planungsverantwortlichen Stellen einschließlich des handelnden Organs (Behörde) werden vom Land durch Gesetz oder Rechtsverordnung bestimmt (vgl. § 33 WPG).²⁴

Beispielhaft seien hier § 7 Abs. 2 EWKG (Schleswig-Holstein) und § 27 KlimaG (Baden-Württemberg) genannt, wonach diese Pflicht nur auf bestimmte Gemeinden (in Baden-Württemberg z. B. nur auf Stadtkreise und große Kreisstädte) übertragen wurde. Im Stadtstaat Hamburg, der als Einheitsgemeinde organisiert ist, ist die planungsverantwortliche Stelle hingegen die (staatliche) Behörde für Umwelt,

²¹ Vgl. BT-Drs. 20/8654, S. 116.

²² a. A.: Schwintowski, in EWerk, 6 /2023, 248, der nur das Ziel, nicht aber die Verfahrensregeln des WPG zur Wärmeplanung für nicht verbindlich hält; demgegenüber (wie hier): Schnittker/Fründ, NVwZ 2024, 289 (290 f.).

²³ Vgl. auch Schnittker/Fründ, NVwZ 2024, 289 (290); Otto: EnK-Aktuell 2023, 010272.

²⁴ BT-Drs. 20/8654, S. 80.

Klima, Energie und Agrarwirtschaft (BUKEA)²⁵. Die konkreten Organisationsformen der Stelle nach § 3 Nr. 9 WPG können dementsprechend unterschiedlich ausgestaltet sein.

Nachfolgend wird von einer Übertragung auf Kommunen ausgegangen. Das entspricht der gesetzgeberischen Intention. Die Übertragung auf Gemeinden und Gemeindeverbände ist auch mit Blick auf § 109 GEG zweckmäßig: Diese sind nämlich auch für Regelungen von Anschluss- und Benutzungszwängen zuständig, die regelmäßig flankierend zur Ausweisung von Gebieten nach § 26 WPG erlassen werden dürften.

Die sonst zu beteiligenden (juristischen) Personen bzw. „Stakeholder“ der Wärmeplanung sind in §§ 7, 8 WPG benannt, wobei aus einer Beteiligung auch von der pvS durchsetzbare Mitwirkungspflichten (§ 7 Abs. 4 WPG) resultieren.

Verpflichtend hat die pvS gemäß § 7 Abs. 1 WPG im Rahmen der Wärmeplanung nach Maßgabe des § 13 WPG die Öffentlichkeit sowie alle Behörden und Träger öffentlicher Belange, deren Aufgabenbereiche durch die Wärmeplanung berührt werden, zu beteiligen. Ebenfalls verpflichtend sind frühzeitig und fortlaufend gemäß § 7 Abs. 2 WPG die folgenden Akteure zu beteiligen:

1. jeder Betreiber eines Energieversorgungsnetzes, das sich innerhalb des beplanten Gebiets befindet,
2. jeder Betreiber eines Wärmenetzes, das sich innerhalb des beplanten Gebiets befindet oder daran angrenzt,
3. jede natürliche oder juristische Person, die als zukünftiger Betreiber eines Energieversorgungsnetzes oder eines Wärmenetzes innerhalb des beplanten Gebiets absehbar in Betracht kommt,
4. die Gemeinde oder der Gemeindeverband, zu deren oder dessen Gemeindegebiet das geplante Gebiet gehört, sofern die planungsverantwortliche Stelle nicht mit der Gemeinde oder dem Gemeindeverband identisch ist.

Überdies sieht § 7 Abs. 3 WPG fakultative Beteiligungsmöglichkeiten vor, wobei sich aus den Grundsätzen des pflichtgemäßen Ermessens²⁶ ergibt, ob diese optionale Möglichkeit im Einzelfall zwingend genutzt werden muss.

²⁵ Auf diese Besonderheit in Stadtstaaten weist die Gesetzesbegründung ausdrücklich hin, erklärt die Übertragung auf die Kommunen sogar für den gesetzgeberisch gewollten Regelfall, BT-Drs. 20/8654, S. 116.

²⁶ Davon spricht auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/8654, S. 89.

Bereits an dieser Stelle sei erwähnt, dass nach hier vertretener Auffassung für den Fall, dass eine Wasserstoffnetzversorgung auch von Haushaltskunden (§ 3 Nr. 22 EnWG) konkret in Betracht gezogen wird, neben den in § 7 Abs. 2 WPG genannten (in jedem Fall verpflichtend) zu beteiligenden Akteuren auch die in § 7 Abs. 3 Nr. 1 bis 5 WPG aufgezählten Akteure zusätzlich zu beteiligen sind.²⁷ Das sind insbesondere:

1. bestehende sowie der pvS bekannte potenzielle Produzenten von Wärme aus erneuerbaren Energien oder von unvermeidbarer Abwärme, wenn die Wärme oder Abwärme in ein Wärmenetz innerhalb des beplanten Gebiets eingespeist wird oder hierzu geeignet ist,
2. bestehende sowie der pvS bekannte potenzielle Produzenten von gasförmigen Energieträgern nach § 3 Absatz 1 Nummer 4, 8, 12 oder Nummer 15 Buchstabe e, f, j oder Absatz 2²⁸,
3. bestehende sowie der pvS bekannte potenzielle Großverbraucher von Wärme oder Gas sowie der pvS bekannte potenzielle Großverbraucher, die gasförmige Energieträger nach § 3 Absatz 1 Nummer 4, 8, 12 oder Nummer 15 Buchstabe e, f, j oder Absatz 2 zu stofflichen Zwecken einsetzen²⁹,
4. die Betreiber von Energieversorgungsnetzen, die sich in einem an das geplante Gebiet angrenzenden Gebiet befinden,
5. an das geplante Gebiet angrenzende Gemeinden oder Gemeindeverbände,
6. andere Gemeinden, Gemeindeverbände, staatliche Hoheitsträger, Gebietskörperschaften, Einrichtungen der sozialen, kulturellen oder sonstigen Daseinsvorsorge, öffentliche oder private Unternehmen der Immobilienwirtschaft sowie die für das geplante Gebiet zuständigen Handwerkskammern,
7. weitere juristische Personen oder Personengesellschaften, insbesondere Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften im Sinne des Artikels 2 Satz 2 Nummer 16 der Richtlinie (EU) 2018/2001, sofern deren Interessen durch die Wärmeplanung erheblich berührt werden oder deren Beteiligung für die Durchführung der Wärmeplanung einen erheblichen Mehrwert bietet.

²⁷ Im Einzelnen unter 3) und 4).

²⁸ Das sind blauer, oranger, türkiser, grüner Wasserstoff sowie Biomasse, Biomethan und Grubengas i. S. des § 3 WPG.

²⁹ Ebda.

2. Umsetzung der Wärmeplanung

Eine verbindliche Umsetzung einer Wasserstoffnetzplanung auf gemeindlichem Gebiet erfolgt u. a. gemäß §§ 26 Abs. 1, § 27 WPG i. V. m. §§ 71 Abs. 8 S. 3, 71k Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 GEG, also erst mit der Entscheidung der Gemeinde über die Ausweisung als Wasserstoffnetzausbaugbiet.

Erst diese Entscheidung hat rechtliche Verbindlichkeit. Sie geht damit über die Darstellungen im Wärmeplan hinaus.

Sie erfolgt zudem grundstücksscharf und löst die für Letztverbraucher erheblichen Rechtsfolgen nach §§ 71 Abs. 8, Abs. 9, 71k GEG aus:³⁰

- Nach § 71 Abs. 8 GEG wird die Pflicht des § 71 Abs. 1 GEG, beim Einbau einer neuen Heizung 65 % der bereitgestellten Wärme aus erneuerbaren Energien oder Abwärme herstellen zu müssen, durch diese kommunale Ausweisungsentscheidung für Bestandsgebäude innerhalb des ausgewiesenen (Teil-) Gebiets (bzw. Grundstücks) vorgezogen auf bereits einen Monat nach Bekanntgabe dieser Ausweisungsentscheidung (gilt also nicht erst ab Mitte 2026/2028).
- Mit der Vereinbarung eines Fahrplans nach § 71k GEG wird den Letztverbrauchern zudem ohne Einhaltung der Vorgaben aus § 71 Abs.1, Abs. 9 GEG³¹ der Einbau von H2-ready-Heizungen gestattet und das finanzielle Risiko für das Scheitern des Fahrplans dem jeweiligen Verteilernetzbetreiber zugewiesen.

Die Gesetzesbegründung spricht davon, dass für eine Entscheidung in diesem Sinne die Ergebnisse der Wärmeplanung „eine wichtige Informationsquelle“ darstellen und dass diese „zu berücksichtigen seien“.³² Die verbindliche Ausweisungsentscheidung ist demnach kein unmittelbares Ergebnis der Wärmeplanung im engeren Sinne, sondern erfolgt (potenziell auch zeitlich erheblich nachgelagert) „unter Abwägung aller berührten öffentlichen und privaten Belange gegen- und untereinander.“³³

Eine Wärmeplanung zugunsten einer umfassenden Wasserstoffnetzversorgung kann aber praktisch nach hier vertretener Auffassung nicht angemessen erfolgen, wenn sie nicht unter (möglichst *verbindlicher*) Beteiligung der umsetzenden Akteure stattfindet. Dies kommt auch im Wortlaut des § 9 Abs. 2 WPG zum Ausdruck,

³⁰ Vgl. auch: BT-Drs. 20/8654, S. 80.

³¹ wonach die Betreiber von Heizungsanlagen, die mit gasförmigem Brennstoff beschickt werden, an sich solche Heizungen auf eigenes Risiko für die Zukunft einbauen.

³² BT-Drs. 20/8654, S. 106.

³³ Ebda.

wonach „von der Bundesnetzagentur genehmigte verbindliche Fahrpläne gemäß § 71k Absatz 1 Nummer 2 des Gebäudeenergiegesetzes zu berücksichtigen“ seien. Indes sind die Rechtswirkungen insbesondere des in § 71k Abs. 1 GEG vorausgesetzten und mit dem betroffenen Gas-Netzbetreiber zu vereinbarenden sowie von der Bundesnetzagentur (BNetzA) zu genehmigenden „Fahrplans“³⁴ erheblich (dazu sogleich), weswegen eine bloße „Berücksichtigung“ insoweit fraglich erscheint. Nach hier vertretener Auffassung muss dieser Wortlaut eher im Sinne einer „Beachtung“ bestehender Fahrpläne ausgelegt werden: Wenn ein Fahrplan bereits vereinbart ist, wäre eine entgegenstehende Planung zweckwidrig. Im Normalfall geht die Planung indes der Vereinbarung solcher Fahrpläne voran.

Für Fahrpläne nach § 71k Abs. 1 GEG wird nach Maßgabe von § 29 Abs. 1 EnWG die Bundesnetzagentur (erstmalig zum 31. Dezember 2024) durch das Format des Fahrplans und die Art der dafür vorzulegenden Nachweise, wie vorzulegende Verträge und Finanzierungszusagen, die Art der Übermittlung und die Methodik zur Überprüfung der Anforderungen nach § 71 Abs. 1 Nr. 1 GEG festlegen.

Zwar sieht das Gesetz wohl auch eine verbindliche Ausweisung von Wasserstoffnetzausbaugebieten nur nach § 26 Abs. 1 WPG i. V. m. §§ 71 Abs. 8 S. 3 GEG (also ohne Vereinbarung eines entsprechenden Fahrplans) vor, bereits an dieser Stelle sei aber auf den hier vertretenen Standpunkt hingewiesen, dass schon mit Blick auf die mit dem Fahrplan nach § 71k Abs. 1 GEG gesetzlich vorgesehene Haftung der Gasnetzbetreiber gegenüber den Letztverbrauchern (bzw. Gebäudeeigentümern) und der zwingend im Fahrplan zu vereinbarenden Finanzierung der Umstellung der vollständigen Versorgung der Anschlussnehmer mit Wasserstoff (§ 71 k Abs. 1 Nr. 2 b GEG) eine Ausweisung ohne verbindliche Zusagen der beteiligten Akteure nicht sinnvoll erscheint.

Eine entsprechende Verbindlichkeit kann nach hier vertretener Auffassung etwa durch vorvertragliche Zusagen zur Verhandlung bestimmter Fahrpläne mit konkreten (in diesen vorvertraglichen Vereinbarungen) festgelegten Bedingungen erreicht werden.

Neben dem Belang der Daseinsvorsorge (Gemeinwohl) ist dies insbesondere für Gebäudeeigentümer von großem wirtschaftlichem Interesse:

Beim Bestehen eines entsprechenden Fahrplans haben nämlich bestimmte Gebäudeeigentümer beim Scheitern des Fahrplans einen privatrechtlichen Erstattungsanspruch gegen den Betreiber des Gasverteilernetzes, an dessen Netz ihre Heizungsanlagen angeschlossen sind. Dies betrifft jedenfalls diejenigen Gebäudeeigentümer, die eine Heizungsanlage eingebaut haben, die Erdgas verbrennen kann und zugleich auf die Verbrennung von 100 Prozent Wasserstoff umrüstbar ist, und die darauf vertraut haben, dass der Fahrplan nicht scheitert. Diese Gebäudeeigentümer

³⁴ Zur Rechtsnatur auch unter III.4.c.

mussten aufgrund ihres Vertrauens in den Fahrplan gemäß § 71k Abs. 1 GEG auch die Anforderungen aus § 71 Abs. 1 GEG (65 % erneuerbare Energie) oder auch § 71 Abs. 9 GEG (gestaffelte Nachsorgepflicht) nämlich nicht erfüllen, stünden bei Scheitern des Fahrplans aber vor der Situation, dass sie auf einmal gegen §§ 71ff GEG verstoßen würden. Vor diesem Hintergrund statuiert der Gesetzgeber eine Haftung des Netzbetreibers. Voraussetzung für diese Haftung ist gemäß § 71k Abs. 6 i. V. m. Abs. 4 GEG indes, dass

1. die Bundesnetzagentur nach Überprüfung gegenüber dem Betreiber eines Gasverteilernetzes und der für die Wärmeplanung zuständigen Stelle durch Bescheid festgestellt hat, dass die Umsetzung des Fahrplans nicht die gesetzlichen Anforderungen nach § 71k GEG erfüllt oder die beabsichtigte Umstellung oder der Neubau eines Wasserstoffverteilernetzes nicht weiterverfolgt wird, sowie
2. dass der betroffene Betreiber des Gasverteilernetzes die Entstehung der entsprechenden Mehrkosten zu vertreten hat.

Die Vereinbarung von Fahrplänen verschafft also auch Gebäudeeigentümern insoweit Rechtssicherheit. Ausdruck dieser Rechtsverbindlichkeit, die auch als konkretisierter Investitionsvertrauensschutz gelesen werden kann, ist auch § 18 Abs. 4 WPG, wonach Gasnetzbetreiber nur dann einen Vorschlag zugunsten einer Wasserstoffnetzplanung machen sollen, wenn sie sichergestellt haben, „dass der Vorschlag im Einklang mit einem vorliegenden oder in Erstellung befindlichen verbindlichen Fahrplan im Sinne von § 71k Absatz 1 Nummer 2 des Gebäudeenergiegesetzes steht.“

Entsprechende Ersatzansprüche bestehen für eine Ausweisung (nur) nach § 26 Abs. 1 WPG i. V. m. §§ 71 Abs. 8 S. 3 GEG (also ohne Vereinbarung eines Fahrplans nach § 71k Abs. 1 GEG) nicht.

Eine Ausweisung ohne einen (avisierten) danebentretenden Fahrplan nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG ist bereits deshalb häufig unrealistisch: Schon die Eignungsprüfung nach § 14 Abs. 3 WPG (dazu vertieft unter IV.) stellt für die Planung eines Wasserstoffnetzes die Regelvermutung auf, dass eine solche Ausweisung regelmäßig nur bei einem vorhandenen (wirtschaftlich transformierbaren) Gasverteilernetz (oder bei konkreten Anhaltspunkten für eine dezentrale Erzeugung, Speicherung und Nutzung von Wasserstoff) im beplanten Gebiet geeignet erscheint. Da für diese Transformation des Gasverteilernetzes aber wiederum ein „Fahrplan“ nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG vorgesehen ist, muss die Ausweisung von Wasserstoffgebieten nach § 26 WPG aus planerischer Sicht immer im Zusammenhang mit den hohen Anforderungen des § 71k GEG verstanden werden. Die Ausnahmefälle nach § 14 Abs. 3 Nr. 1 WPG (bei denen kein Gasnetz vorhanden ist) sind hier indes ausgeklammert.

§ 71 Abs. 8 und 9 GEG (die nur an eine Ausweisung nach § 26 WPG anknüpfen, also keinen Fahrplan nach § 71k GEG voraussetzen) richtet die Pflicht für eine teilweise Beschickung der eingebauten Heizungsanlagen mit Wasserstoff vielmehr an die „Betreiber der Heizungsanlage“, also regelmäßig an die Gebäudeeigentümer.

Auch inwieweit die wirtschaftlichen Nachteile im Falle einer verbindlich erfolgten Ausweisung aber letztendlich gescheiterten Umsetzung als Wasserstoffnetzausbaugebiet durch die Gebäudeeigentümer zu tragen sind, bleibt nach dem Gesetz offen: § 71 Abs. 11 GEG regelt einzig eine Beratung der Gebäudeeigentümer „vor Einbau und Aufstellung einer Heizungsanlage, die mit einem festen, flüssigen oder gasförmigen Brennstoff betrieben wird“ über „mögliche Auswirkungen der Wärmeplanung und eine mögliche Unwirtschaftlichkeit, insbesondere aufgrund ansteigender Kohlenstoffdioxid-Bepreisung“. Eine entsprechende Ausweisung darf also keinesfalls leichtfertig erfolgen.

Auch das oben bereits zitierte „Green Paper“ des BMWK (Transformation Gas-/Wasserstoff-Verteilernetze) vom 13.03.2024 geht stets von einem Vorgehen (auch) nach § 71k GEG aus, hält selbst das aber bereits auf Grund der geringen Verfügbarkeit von Wasserstoff (auch in Zukunft) für Haushaltskunden für „wenig wahrscheinlich“.

Gerade weil eine Fehlplanung in diese Richtung auch zulasten der einzelnen Gebäudeeigentümer wirken kann, sei hier auch nochmals auf die obligatorische Pflicht der Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 7 Abs. 1 WPG hingewiesen, die in § 13 Abs. 3 WPG konkretisiert ist. Fraglich bleibt, ob das dort geregelte Verfahren hinreichend ist. Dass § 71 Abs. 11 GEG eine explizite Beratung einzelner Betroffener regelt, die in erster Linie über die Risiken für die Gebäudeeigentümer aufklären soll, spricht eher dagegen.

3. Beauftragte Private

Schließlich sind hier privat organisierte Planungsdienstleister als ausführende Beteiligte zu nennen.

Diese Möglichkeit ist gesetzlich mit dem WPG zunächst nicht begrenzt.³⁵ Ohne sich der Planungsverantwortlichkeit und der Bindung an sonstige rechtliche Vorgaben entziehen zu können, dürfen Segmente und Teilaufgaben (dazu vertieft unter IV. 3.) durch Dritte vorgenommen werden.³⁶

³⁵ BT-Drs. 20/8654, 88.

³⁶ Vgl. Schnittker/Fründ, NVwZ 2024, 289 (290).

Die pvS bleibt dabei dafür verantwortlich, für eine systematische und qualifizierte Erhebung aller für die Wärmeplanung relevanten Informationen zu sorgen. Dies kann (und muss) schon so weit wie möglich im Vergabeverfahren sichergestellt werden.

Welche Informationen und Daten beispielsweise für eine „qualitativ hochwertige Bestandsanalyse“ erforderlich sind, ist in Anlage 1 zum WPG dargestellt.³⁷ Die Einhaltung dieser Qualität muss die pvS im Falle der Beauftragung Privater vertraglich einbeziehen.

Unzulässig wäre es indes, Abwägungsentscheidung und die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (beispielsweise die Prüfung nach § 14 Abs. 2 und 3 WPG) vollständig Privaten zu überlassen (soweit diese nicht mit hoheitlichen Befugnissen beliehen sind). Auch muss sichergestellt werden, dass der Auftrag alle gesetzlich vorgesehenen Determinanten für die Planung³⁸ (z. B. die Beachtung räumlicher, technischer, rechtlicher oder wirtschaftlicher Restriktionen, §§ 9 Abs. 3, 16 Abs. 1 S. 2 WPG) umfasst und mithin eine Nichtbeachtung bestimmter Gegebenheiten, die gesetzlich aber zwingend zu beachten sind, eine Nichtleistung des jeweiligen Planungsbüros darstellen würde, die Ersatzpflichten auslösen kann.

Schon mangels eigener Ressourcen bei den Kommunen wird hier eine Ausschreibung anhand zur Verfügung gestellter Muster und Leitlinien die Regel bleiben.³⁹

Zu nennen ist etwa das „KWW-Musterleistungsverzeichnis zur Ausschreibung einer Kommunalen Wärmeplanung“ oder der „Leitfaden Wärmeplanung – Empfehlungen zur methodischen Vorgehensweise für Kommunen und andere Planungsverantwortliche“ des BMWK. Die Planungs- und Entscheidungsverantwortung und erst recht die rechtliche Verantwortung für Umsetzungsakte bleibt indes stets bei den jeweiligen Rechtsträgern, die nach § 33 Abs. 1 und Abs. 2 WPG dafür ermächtigt worden sind.

III. Wasserstoffnetze als Erfüllungsoption

Fraglich ist, welche Vorgaben nach dem maßgeblichen Rechtsrahmen (WPG, GEG, (EnWG)) dafür bestehen, Wasserstoffnetzausweisungen und die dahingehende Gasnetztransformation zu planen und auszuweisen.

Hier ungeprüft bleibt die Verwendung von Wasserstoff und/oder synthetischen Brennstoffen in Erzeugungsanlagen gemäß Anlage 3 IV S. 4 Nr. 4 zum WPG.

³⁷ BT-Drs. 20/7619, 99.

³⁸ Dazu auch unter IV.3.

³⁹ So auch: Werthmüller / Reith, „Die kommunale Wärmeplanung“, IR 2024, 60, S. 65.

1. WPG

a) Gesetzlich angelegte Wasserstoffnetzausweisung

§ 3 Nr. 15 lit. j WPG bestimmt die Energieträger bzw. Wärmeerzeugungsarten, die nach dem WPG als „Wärme aus erneuerbaren Energien“ definiert sind. Dabei ist als eine Erfüllungsoption für diese Begriffsbestimmung in Buchstabe j „grüner Wasserstoff im Sinne des § 3 Absatz 1 Nummer 13b des Gebäudeenergiegesetzes in der am 1. Januar 2024 geltenden Fassung einschließlich daraus hergestellter Derivate [...]“ vorgesehen. Ferner ist in § 3 Abs. 3 WPG eine Gleichstellung dieses „grünen“ mit „blauem“ „orangem“ und „türkischem“ Wasserstoff (§ 3 Nr. 4, 8, 12 WPG) vorgesehen, wenn die darin genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

Wasserstoff gilt mithin nach dem WPG – unter bestimmten Voraussetzungen, die hier nicht im Einzelnen dargestellt werden sollen – als Möglichkeit zur Erfüllung der Zielbestimmung nach § 71 Abs. 1 GEG, deren Erreichung wiederum das maßgebliche Ziel der Wärmeplanung ist:

- Neue Heizungsanlagen in Neubauten innerhalb beplanter Neubaugebiete sind gemäß § 71 Abs. 1 GEG seit 01.01.2024 mit mindestens 65 % erneuerbaren Energien oder aus unvermeidbarer Abwärme zu betreiben, und der Betrieb mit Wasserstoff ist insofern eine Erfüllungsoption (§ 71k GEG).
- Bei Bestandsgebäuden und so genannten „Lückenschlüsseln“ gilt das Gleiche, nur sind hier neue Heizanlagen in Gemeinden mit mehr als 100.000 Einwohnern grundsätzlich erst ab dem 30.06.2026 und in kleineren Gemeinden sogar erst ab dem 30.06.2028 mit mindestens 65 % erneuerbaren Energien oder aus unvermeidbarer Abwärme zu betreiben (wobei die Fristen seitens der entsprechenden Gemeinden für ihre Gemeindegebiete verkürzt werden können, wenn sie vor den genannten Daten die kommunale Wärmeplanung abgeschlossen haben und eine Entscheidung über die Ausweisung als Gebiet zum Neu- oder Ausbau eines Wärmenetzes oder als Wasserstoffnetzausbaubereich getroffen haben).

Die Regelungen in § 3 Nr. 15 WPG sowie § 3 Abs. 2 GEG enthalten indes zahlreiche Erfüllungsvarianten und nennen die Wärmeerzeugung aus grünem Wasserstoff nur als eine unter vielen möglichen Erfüllungsoptionen. Was die Nutzungspflicht von erneuerbaren Energien bei der Wärmeversorgung angeht, erfährt eine leitungsgebundene Wasserstoffversorgung also keine hervorgehobene Stellung.

Anders ist die systematische Stellung dieser Erfüllungsvariante in den §§ 13 ff. WPG zu bewerten. So sieht die in § 14 WPG geregelte und der eigentlichen Planung vorgelagerte Eignungsprüfung in § 14 Abs. 1 WPG systematisch für die Versorgung mittels Wärmenetz oder mittels Wasserstoffnetz ähnliche Prüfungsschritte vor. Nach dieser Vorschrift kann für ein Gebiet oder Teilgebiet eine insoweit verkürzte Wärmeplanung vorgenommen werden, wenn sich ein beplantes Gebiet oder Teilgebiet in der Regel mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht für eine Versorgung durch ein Wärmenetz *oder* nicht für eine Versorgung durch ein Wasserstoffnetz eignet (zu den Voraussetzungen vertieft auch unter IV.).

Dass eine *leitungsgebundene* Versorgung auch auf andere Weise erfolgen kann, erwähnt diese Regelung nicht, was auch in der Rechtsliteratur kritisiert wird.⁴⁰ So wurde gerade mit Blick auf den „Grundsatz der Technologieoffenheit“ kritisiert, dass der Gesetzgeber zwar Wasserstoff ausdrücklich erwähnt, „aber nicht das sehr viel einfacher herzustellende und zu transportierende E-Methanol“. Insoweit bestünde – ohne gesetzgeberische Klarstellung – die Gefahr, dass die kommunalen Wärmeplanungen von vorneherein nicht in die richtige Richtung gehen.⁴¹ Ob eine ausdrückliche Erwähnung dieser Technologie in § 14 WPG, also für die Eignungsprüfung einer leitungsgebundenen *Wärmeversorgung*, geboten ist, kann hier dahinstehen. Festzuhalten bleibt, dass auch in der Literatur dahingehende Bedenken bestehen, dass die Systematik des § 14 WPG die weiteren Planungsschritte fehlleiten könnte.

Systematisch spiegelt § 14 WPG nicht wider, dass eine flächendeckende Wärmeversorgung von Haushaltskunden mit aus Wasserstoff produzierter Wärme im Vergleich zur Versorgung mittels (Fern-)Wärmenetz (mit den Worten des BMWK) wohl schlicht „wenig wahrscheinlich“ ist.⁴² Die Regelung sieht nicht etwa vor, dass bei bestehender Eignung des betroffenen Gebietes als Wärmenetz eine Wasserstoffnetzgebietsplanung nur zweitrangig zu erfolgen hat.

Die Voraussetzungen für die „regelmäßig hohe Wahrscheinlichkeit für eine Nichteignung“ nach § 14 Abs. 2 WPG (Eignungsprüfung für Fernwärmeversorgung) und § 14 Abs. 3 WPG (Eignungsprüfung für leitungsgebundene Wasserstoffversorgung) entscheiden sich aber erheblich (diese sind unter IV. (unten) näher untersucht).

Technisch wird die Eignungsprüfung nach § 14 WPG mittels „Regelbeispieltechnik“ geregelt. Das bedeutet für die rechtliche Auslegung und Anwendung, dass die in Abs. 2 und 3 geregelten Fälle keinen abschließenden Katalog darstellen.

⁴⁰ Schwintowski, in EWerk, 6 /2023, S. 247 (S. 249).

⁴¹ Ebda, wobei Schwintowski E-Methanol insbesondere im Verkehrssektor für einen zweckmäßigen Energieträger hält.

⁴² „Green Paper - Transformation Gas-/Wasserstoff-Verteilernetze“ vom 13.03.2024, S. 3.

Liegt also eine Sachlage vor, die nicht alle Voraussetzungen der gesetzlich in § 14 WPG definierten Regelbeispiele erfüllt, aber durch Hinzutreten anderer (nicht gesetzlich erwähnter) Umstände die Annahme des gesetzlichen Tatbestands (also die Ungeeignetheit „mit hoher Wahrscheinlichkeit“) rechtfertigt, ist diese Feststellung zulässig und nicht etwa wegen fehlender tatbestandlicher Voraussetzungen contra legem. Auf der anderen Seite kann eine Eignung auch trotz Vorliegen (bzw. Fehlen) der Voraussetzungen in § 14 Abs. 2 und Abs. 3 WPG im Ausnahmefall angenommen werden. § 14 Abs. 2 und 3 WPG regelt insoweit:

(2) Ein beplantes Gebiet oder Teilgebiet eignet sich in der Regel mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht für eine Versorgung durch ein Wärmenetz, wenn

1. in dem beplanten Gebiet oder Teilgebiet derzeit kein Wärmenetz besteht und keine konkreten Anhaltspunkte für nutzbare Potenziale für Wärme aus erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme vorliegen, die über ein Wärmenetz nutzbar gemacht werden können, und

2. aufgrund der Siedlungsstruktur und des daraus resultierenden voraussichtlichen Wärmebedarfs davon auszugehen ist, dass eine künftige Versorgung des Gebiets oder Teilgebiets über ein Wärmenetz nicht wirtschaftlich sein wird.

(3) Ein beplantes Gebiet oder Teilgebiet eignet sich in der Regel mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht für eine Versorgung durch ein Wasserstoffnetz, wenn

1. in dem beplanten Gebiet oder Teilgebiet derzeit kein Gasnetz besteht und entweder keine konkreten Anhaltspunkte für eine dezentrale Erzeugung, Speicherung und Nutzung von Wasserstoff vorliegen oder die Versorgung eines neuen Wasserstoffverteilnetzes über darüberliegende Netzebenen nicht sichergestellt erscheint im Sinne des § 71k Absatz 3 Nummer 1 des Gebäudeenergiegesetzes oder

2. in dem beplanten Gebiet oder Teilgebiet ein Gasnetz besteht, aber insbesondere aufgrund der räumlichen Lage, der Abnehmerstruktur des beplanten Gebiets oder Teilgebiets und des voraussichtlichen Wärmebedarfs davon ausgegangen werden kann, dass die künftige Versorgung über ein Wasserstoffnetz mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht wirtschaftlich sein wird.

Zunächst fällt auf, dass die Regelvermutung nach § 14 Abs. 3 Nr. 1 WPG (Fall ohne bestehendes Gasnetz) für eine Ungeeignetheit „nur“ das Fehlen „konkreter Anhaltspunkte für eine dezentrale Erzeugung, Speicherung und Nutzung von Wasserstoff“ und das Fehlen eines „Anscheins“ (Gesetzeswortlaut: „nicht sichergestellt erscheint“) einer Sicherstellung der Versorgung eines neuen Wasserstoffverteilnetzes über darüberliegende Netzebenen fordert (mit Verweis auf § 71k Abs. 3 GEG). Eine zusätzliche „Wirtschaftlichkeitsprüfung“ ist nach dem Wortlaut für diesen Fall indes (anders als nach § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG) nicht vorgesehen.

Vor dem Hintergrund, dass das WPG gerade auch den Zweck verfolgt, Privaten, Gewerbe- und Industriebetrieben Investitionssicherheit zu verschaffen⁴³, ist bereits die Regelung als sog. Regelvermutung, also die *gesetzliche Vermutung für die Ungeeignetheit „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ beim Fehlen konkreter Anhaltspunkte* als äußerst unbestimmt zu bewerten. Denn es muss dafür bei der Rechtsanwendung eigenständig konkretisiert und geprüft werden, welche „konkreten Anhaltspunkte“ hier genügen. Mit anderen Worten: § 14 Abs. 3 WPG überlässt der pvS hier großen Spielraum, verpflichtet aber auf der anderen Seite zur Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe.

Für § 14 Abs. 3 Nr. 1 ist dabei nach hier vertretener Auffassung folgende Auslegung geboten: Die Voraussetzung der „Wirtschaftlichkeit“ nach § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG (die in Nr. 1 nicht enthalten ist) muss bei der Prüfung des „Vorliegens konkreter Anhaltspunkte“ mit einbezogen werden, obwohl dies nach dem Wortlaut nur für den Fall nach Abs. 3 Nr. 2 (bestehendes Gasnetz) vorgesehen ist. Die Wirtschaftlichkeit ist als übergeordneter Maßstab der Eignungsprüfung zu lesen:

Gemäß § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG sei mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ davon auszugehen, dass eine Wasserstoffnetzversorgung für ein Gebiet mit bestehendem Gasnetz ungeeignet ist, wenn *„davon ausgegangen werden kann, dass die künftige Versorgung über ein Wasserstoffnetz mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht wirtschaftlich sein wird.“* Dieses Tatbestandsmerkmal findet sich entsprechend in Abs. 2 Nr. 2 (Eignungsprüfung für Wärmenetze). Es stellt materiell-rechtlich keine Sonderregel für die Wasserstoffnetz-Umrüstung bzw. -Planung dar, sondern ist – was sich im Übrigen auch aus den Grundsätzen nach § 1 WPG⁴⁴ ableiten lässt – Grundvoraussetzung der Wärmeplanung insgesamt.

Dass diese Voraussetzung gerade für den Unterfall des nicht bestehenden Gasnetzes fehlt, führt nach hier vertretener Auslegung also nicht dazu, dass dies für diesen Fall nicht geprüft werden muss. Dabei könnte es sich sogar um einen redaktionellen Fehler handeln: In § 14 Abs. 2 WPG (Eignungsprüfung für die Wärmenetzplanung) ist eine Wirtschaftlichkeitsprüfung auch nur in der Nr. 2 vorgesehen, diese muss aber kumulativ zur Nr. 1 vorliegen. Anders ist dies in Abs. 3 geregelt: Die Voraussetzungen in § 14 Abs. 3 Nr. 1 und 2 WPG können nicht kumulativ vorliegen, weil sie unterschiedliche Fallgruppen betreffen. Dass aber nur für den Fall, in dem kein Gasnetz vorhanden ist, aber „konkrete Anhaltspunkte für eine dezentrale Versorgung bestehen“, keine Wirtschaftlichkeitsprüfung erfolgen soll, erscheint nicht schlüssig.

Im Ergebnis ist der rechtliche Rahmen der Eignungsprüfung nach § 14 WPG also zweckmäßig und sorgfältig auszulegen. Die pvS hat hier erhebliche Entschei-

⁴³ Schwintowski, in EWerk, 6/2023, S. 247 (S. 248).

⁴⁴ Danach soll eine kosteneffiziente, nachhaltige, sparsame, bezahlbare, resiliente sowie treibhausgasneutralen Wärmeversorgung geplant werden.

dungskompetenzen über die Auslegung und Subsumtion der Rechtsbegriffe. Wegen der Unverbindlichkeit der Wärmeplanung insgesamt (fehlende Außenwirkung) ist die Entscheidung regelmäßig, wenn überhaupt, gerichtlich nur inzident überprüfbar. Denkbar ist aber durchaus der Eingriff der Aufsichtsbehörde der pvS, wenn diese eine fehlerhafte Rechtsanwendung behauptet.

Die Eignungsprüfungen für Wärmenetze (§ 14 Abs. 2 WPG) und Wasserstoffnetze (§ 14 Abs. 3 WPG) unterliegen dabei einem (wenn auch rechtlich unbestimmt⁴⁵) erheblich abweichenden rechtlichen Rahmen. Das folgt schon aus dem Umstand, dass die Eignungsprüfung für eine Wärmenetzversorgung – anders als diejenige für eine Wasserstoffnetzversorgung – losgelöst von der Transformation der bestehenden Gasnetzinfrastruktur zu bewerten ist, deren Plan- und Vorhersehbarkeit wiederum für die Eignungsprüfung der Wasserstoffnetzversorgung regelmäßig (in den Fällen des § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG) ausschlaggebend für die Wirtschaftlichkeitsbewertung ist. Der übergeordnete rechtliche Rahmen, nämlich die Prüfung, ob eine Wasserstoff- oder Wärmenetzversorgung insgesamt kosteneffizient, nachhaltig, sparsam, bezahlbar, resilient sowie treibhausgasneutral erfolgen kann, bleibt derselbe. § 14 Abs. 2 und Abs. 3 WPG geben dem Rechtsanwender für die Prüfung dieser Frage insoweit nur beispielshafte Voraussetzungen „an die Hand“.

Da diese Voraussetzungen indes systematisch, technisch und nach dem Wortlaut äußerst unbestimmt geregelt sind, können die Regelbeispiele nach § 14 Abs. 2 und 3 WPG keinen abschließenden Prüfungskatalog bedeuten. Vielmehr sind diese Voraussetzungen (zum Inhalt näher unter IV.) erweitert auszulegen und stets die Prüfung der wirtschaftlichen Umsetzbarkeit einer entsprechenden Versorgung zu prüfen.

b) Zuständigkeit im WPG

Für die „Untersuchung“ nach § 14 Abs. 1 WPG ist formal allein die jeweilige pvS zuständig. Diese Entscheidung kann gemäß § 14 Abs. 7 WPG ohne Erhebung von Daten, insbesondere anhand vorliegender Informationen zur Siedlungsstruktur, zur industriellen Struktur, zu Abwärmepotenzialen, zur Lage der Energieinfrastrukturen und zu Bedarfsabschätzungen erfolgen. Es muss also keine planerische Bestandsanalyse (etwa durch einen Dienstleister) erfolgen, um über das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nach § 14 Abs. 3 WPG zu entscheiden.

Gleichzeitig stellt die Prüfung nach § 14 WPG aber den frühestmöglichen Zeitpunkt für die Akteure der Wärmeplanung insgesamt dar, sich in die Planung einzubringen.⁴⁶ Dies wird für die Prüfung bestimmter Voraussetzungen sogar erforderlich sein (etwa das Planungsstadium von darüberliegenden Netzebenen nach

⁴⁵ Auch die Gesetzesbegründung bietet hier wenig Auslegungshilfe, vgl. BT-Drs. 20/8654, S. 98.

⁴⁶ Vgl. auch Schnittker/Fründ, NVwZ 2024, 289 (294).

§ 14 Abs. 3 Nr. 1 WPG). Dann dürfte auch die in § 7 Abs. 4 WPG geregelte Mitwirkungspflicht an der kommunalen Wärmeplanung greifen. Die pvS kann danach etwa zu Stellungnahmen oder Auskünften über die Eignung von Teilgebieten für eine Wärmeversorgung verpflichten.⁴⁷

Bemerkenswert ist insoweit, dass die Öffentlichkeit lediglich über das Ergebnis der Prüfung nach § 14 WPG zu informieren ist (§ 13 Abs. 2 WPG); eine aktive Einbindung ist hier also nicht vorgesehen. Dass eine solche aber für den Fall einer geplanten leitungsgebundenen Versorgung von Haushaltskunden wohl freiwillig eingerichtet werden sollte, liegt nahe.⁴⁸

2. Verhältnis zum GEG

Auch das GEG benennt, wie bereits oben gezeigt, Heizungsanlagen, die mit Wasserstoff beschickt werden (können) ausdrücklich (namentlich in §§ 71 Abs. 3, 71f, 71k GEG) als Erfüllungsoption für die ordnungsrechtlichen Vorgaben nach §§ 71 ff. GEG.

Dabei geht es aktuell faktisch um die sog. „H₂-ready“-Gasheizung. Nach dem Regelungsgefüge sind diese Anlagen dazu bestimmt, als Dauerlösung im Gebäude zu verbleiben, nämlich dann, wenn der Anschluss an ein Wasserstoffleitungsnetz planmäßig verläuft.⁴⁹ Da zurzeit ein Wasserstoffnetz nicht besteht, ist die Erfüllungsoption einer Heizungsanlage zur Nutzung von grünem oder blauem Wasserstoff einschließlich daraus hergestellter Derivate (§ 71 Abs. 3 Nr. 5 GEG, § 71f GEG) indes aktuell schlicht nicht umsetzbar. Derzeit bestehende Gasverteilnetze müssen dafür zunächst umgerüstet oder neue Wasserstoffverteilnetze gebaut werden.⁵⁰

Für den Übergang bis zum (vermeintlichen) Eintritt dieser Versorgungssituation regelt § 71k GEG konkrete Voraussetzungen, die die Ausweisung als Wasserstoffnetzgebiet in der Kommunalen Satzung und insbesondere den zwischen der dafür nach § 33 Abs. 2 WPG zuständigen Stelle und dem (transformationswilligen) Gasnetzbetreiber einvernehmlich zu schaffenden „Fahrplan“ (dazu sogleich unter e) enthalten, der überdies auch von der BNetzA genehmigt werden muss, um die Wirkung des § 71k Abs. 1 GEG zu entfalten.

⁴⁷ Ebda.

⁴⁸ So auch Schwintowski, VuR 2024, 1 (3), der eine Planungsparität mittels freiwillig eingerichteter Wärmeplanungsräte fordert, in denen auf Augenhöhe zwischen der Kommune, ihren Bürger*innen und den ortsansässigen Unternehmen und Gewerbebetrieben die Planungsschritte erörtert und begründet werden.

⁴⁹ Vgl. zum Ganzen: Lee, „Heizungsanlagenmodernisierung und das Modernisierungsmietrecht“, in NZM 2023, 780, (S. 787).

⁵⁰ Ebda.

Ist das aber der Fall, sind der bloße Einbau einer „H2-ready“-Heizung und der Betrieb einer zulässigerweise installierten „H2-ready“-Heizung dann nicht an die gestaffelte Nachsorgepflicht des Gebäudeeigentümers nach § 71 Abs. 9 GEG gebunden; und zwar selbst dann, wenn die Heizung noch während der Übergangsfrist für die Wärmeplanung installiert worden ist. Ohne bestehenden Fahrplan trägt nämlich auch der Betreiber einer Anlage, die innerhalb der Fristen gemäß § 71 Abs. 8, 9 WPG (Fristen für die Wärmeplanung) zulässigerweise installiert und sodann betrieben werden darf, das Risiko dafür, „dass ab dem 1. Januar 2029 mindestens 15 Prozent, ab dem 1. Januar 2035 mindestens 30 Prozent und ab dem 1. Januar 2040 mindestens 60 Prozent der mit der Anlage bereitgestellten Wärme aus grünem oder blauem Wasserstoff einschließlich daraus hergestellter Derivate erzeugt wird“ (§ 71 Abs. 9 GEG). Gelingt ihm das nicht, muss er die Heizungsanlage umrüsten und die Kosten für die Umrüstung selbst tragen. Andernfalls – wenn also ein Fahrplan vorliegt und die Voraussetzungen des § 71k Abs. 4 GEG eintreten – gilt nach § 71k Abs. 6 GEG, dass der Verteilernetzbetreiber die entsprechenden Mehrkosten unter den in dieser Norm genannten Voraussetzungen zu tragen hat.

Diese Privilegierung in § 71k GEG lässt erkennen, dass eine „H2-ready“-Anlage im Grundsatz den rechtlichen Status einer dauerhaften Lösung genießt.⁵¹ Ihr Verbleib steht „nur“ unter dem Vorbehalt, dass der Anschluss an das Wasserstoffnetz gemäß dem Fahrplan nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG umgesetzt wird.

Scheitert die Umsetzung des Fahrplans, lebt die 65 %-Vorgabe nämlich wieder auf und die „H2-ready“-Heizung muss ausgetauscht oder so umgerüstet werden, dass sie die 65 %-Vorgabe auf andere Weise einhält (§ 71k Abs. 4 GEG). Auf die dadurch entstehenden Kosten bezieht sich die Anspruchsgrundlage nach § 71k Abs. 6 GEG. Ist aber noch kein Fahrplan vereinbart, besteht auch diese Ersatzpflicht für „H2-ready“-Heizungsanlagen, die innerhalb der Übergangsfrist für die Wärmeplanung installiert wurden, nicht.

Gemäß § 71k Abs. 4 GEG beträgt die Frist hierfür drei Jahre nach öffentlicher Bekanntgabe des Eintritts der Bestandskraft des Bescheids über eine nicht den Anforderungen genügende oder eingestellte Umsetzung des Fahrplans der Bundesnetzagentur.

Systematisch sind die §§ 71 ff. GEG also so konzipiert, dass eine „H2-Ready“-Heizung in vielen Fällen weiterverwendet werden kann. Das muss mit Blick auf die nach Ansicht des BMWK bestehende „geringe Wahrscheinlichkeit“ dafür, dass Haushaltskunden in naher Zukunft leitungsgebunden mit Wasserstoff versorgt werden können, verwundern.

Das gilt erst recht, weil in § 71j GEG systematisch das Gegenteil angelegt ist: Hier dürfen bestimmte Heizungen, deren Einbau und Betrieb bis zum Anschluss des

⁵¹ So auch: Lee, in NZM 2023, 780, (S. 787).

Gebäudes an ein Wärmenetz noch gestattet sind, nach dem Anschluss an das Netz⁵² nicht weiterbetrieben werden, wovon das Gesetz systematisch in diesem Fall (also innerhalb von § 71j GEG) auch ausgeht.

Neben der Verzahnung in § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG mittels „einvernehmlichen Fahrplans“ (zu dessen Rechtsnatur sogleich unter e) stellt § 71 Abs. 8 S. 3 GEG die zentrale Verbindung zum WPG her. Hiernach gilt die 65 %-Vorgabe für Heizanlagen auch bei Bestandsbauten vorzeitig, wenn eine (grundstücksbezogene) Ausweisung der zuständigen Stelle (je nach landesrechtlicher Festlegung) nach § 26 Abs. 1 i. V. m. § 27 Abs. 1 WPG zum Neu- oder Ausbau von Wärmenetzen oder als Wasserstoffnetzausbaug Gebiet erfolgt ist. Diese Ausweisung ist indes, wie oben bereits gezeigt, kein Bestandteil der Wärmeplanung, sondern ein seitens der Kommune daran möglicherweise anschließender Beschluss, der auch nicht an die Wärmeplanung gebunden ist.⁵³

Erfolgt eine entsprechende Ausweisung nicht, gilt, wie bereits oben aufgezeigt, die 65 %-Vorgabe spätestens mit Ablauf des 30.06.2026 (> 100.000 Einwohner) oder mit Ablauf des 30.06.2028 (< 100.000 Einwohner).

Nach hier vertretener Auffassung ist in einem Plangebiet (mit bestehendem Gasnetz) eine Wasserstoffnetzausbaugebietsausweisung nach § 26 WPG zur vollständigen Versorgung der Anschlussnehmer mit Wasserstoff in einem Teilgebiet, in dem auch Kleinverbraucher⁵⁴ und nicht nur wenige große Industriekunden angesiedelt sind, nur vertretbar, wenn bereits eine konkrete und verbindliche Aussicht auf den (bis zum Ablauf des 30. Juni 2028 aufzustellenden) „einvernehmlichen, mit Zwischenzielen versehenen, verbindlichen Fahrplan“ für die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2044 zu vollendende Umstellung der Netzinfrastruktur besteht. Eine flächendeckende (und nicht bloß im Einzelfall grundstücksweise) Ausweisung eines (neuen) Wasserstoffnetzgebiets darf (anders als der Wortlaut des § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG nahelegt) mit Blick auf die Folgen für die betroffenen Gebäudeeigentümer nach hier vertretener Auffassung aktuell regelmäßig nicht erfolgen, wenn kein Fahrplan für die Umrüstung des Gasverteilnetzes in Aussicht steht.

In diesem Fahrplan können und sollten schließlich insbesondere die Investitionskosten, die auch die Kosten der Umrüstungen und des Austauschs der nicht umrüstbaren Verbrauchsgeräte dieser Kleinverbraucher umfassen müssen, geregelt werden. Denn nur eine dahingehende Vereinbarung (die auch über § 71k Abs. 6 GEG

⁵² Vgl. zum Begriff § 71b GEG: gemeint ist der konkrete Anschluss einer Hausübergabestation an ein Wärmenetz.

⁵³ BT-Drs. 20/8654, 105.

⁵⁴ D.h. Haushaltskunden nach § 3 Nr. 22 EnWG mit einem Eigenverbrauch im Haushalt oder für den einen Jahresverbrauch von 10.000 Kilowattstunden nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke.

hinaus Letztverbraucher entlastet) im Fahrplan folgt dem Gedanken der Risikoverteilung und wird dem Prinzip einer Gesamtbetrachtung der Kosteneffizienz gerecht.

Die Ermittlung und Entwicklung insoweit realistischer Finanzierungspläne ist für die Ausweisung von Wasserstoffnetzausbaubereichen (nach § 26 WPG i. V. m. § 71 Abs. 8 GEG) und für die Verhandlung des Fahrplans nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG also maßgeblich. Auch hier zeigt sich die Bedeutung einer sorgfältigen, diesen Schritten vorausgehenden Eignungsprüfung nach § 14 WPG, die die Wirtschaftlichkeit der weiteren Planungsziele vorgelagert in den Blick nimmt.

Schließlich wird die Verzahnung von GEG und WPG für die Wasserstoffumrüstung bzw. Planung auch in § 18 Abs. 4 WPG deutlich, wonach die Gasnetzbetreiber, wenn sie Vorschläge für Wasserstoffnetzplanungen machen, sicherzustellen haben, dass der Vorschlag im Einklang mit einem vorliegenden oder in Erstellung befindlichen verbindlichen Fahrplan i. S. v. § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG steht. Damit kommt auch zum Ausdruck, dass die rechtliche Wirkung von Fahrplänen nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG weit über die Wärmeplanung hinausreicht und sie keinesfalls bloß als nachgelagerter Annex der Wärmeplanung verstanden werden können (dazu unter 4.a. und b.).

3. EnWG

Das EnWG bildet den regulatorischen Rahmen für den Netzbetrieb (von Gas- und Stromnetzen). Wärmenetze sind vom Anwendungsbereich des EnWG nicht erfasst. Wasserstoffnetze werden hingegen nunmehr – dem angestrebten Ziel der (teilweisen) Gasnetztransformation folgend – auch im EnWG reguliert und zunehmend mit Gasnetzen gleichgesetzt, so etwa in § 43l EnWG oder § 28j EnWG.

Im Rahmen der Gasnetztransformation werden hier noch regulatorische Anpassungen erforderlich werden, die nachfolgend nicht im Detail behandelt sind.⁵⁵ So ist insbesondere das Verhältnis zwischen bestehenden Gasnetzkonzessionen auf der einen Seite und einer zukünftigen Wärmeplanung unter Einbeziehung des Gasnetzes bisher gesetzgeberisch nicht geregelt. Auch auf anderer Ebene besteht hier wohl noch Konkretisierungsbedarf (etwa zum Anspruch auf Anschluss an ein Wasserstoffkernnetz nach § 28r EnWG), der nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist.

Hier wird davon ausgegangen, dass entsprechende Anpassungen vorgenommen werden, die eine Umsetzung nach WPG und GEG ermöglichen. So steht nunmehr

⁵⁵ Vgl. zu dieser Frage: BBH, „Kurzgutachterliche Stellungnahme“ vom 21.08.2023, „Fahrpläne zur Gasnetztransformation gemäß § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG-E im Lichte des Konzessionsrechts und künftiger Entflechtungsvorgaben“, wobei darin erkannte Hindernisse auf europäischer Ebene bereits teilweise beseitigt sind (Art. 63 GasRL-EP); vgl. auch „Green Paper“ des BMWK – Transformation Gas-/Wasserstoff-Verteilernetze vom 13.03.2024, S. 17 f.

beispielsweise die EU-GasRL einem personenidentischen Betrieb von Wasserstoff- und Gasnetzen nicht länger im Wege.

4. Zur Rechtsverbindlichkeit

Die vorstehenden genannten Instrumente, die den verschiedenen Akteuren „an die Hand“ gegeben werden, unterscheiden sich in ihrer rechtlichen Wirkung bzw. Rechtsnatur teils erheblich. Die rechtliche Wirkung von Wärmeplänen, Ausweisungsentscheidungen und Fahrplänen ist nachfolgend zusammengefasst.

a) Wärmepläne

Sowohl die Wärmeplanung als auch der daraus hervorgehende Wärmeplan sind rechtlich weitgehend unverbindlich. Die Wärmeplanung entfaltet auch keine (unmittelbare) Dritt- bzw. Außenwirkung in einer Weise, als die pvS durch Handlungen innerhalb der Wärmeplanung im engeren Sinne nicht für dadurch entstandenes Vertrauen auf die Umsetzung eintreten muss. Das kommt ausdrücklich im Gesetz mit §§ 18 Abs.2, 24 Abs. 4 WPG zum Ausdruck. Es handelt sich um eine unverbindliche, strategische, letztlich nur vorbereitende Fachplanung.⁵⁶ Zu erwähnen ist aber, dass Wärmepläne als neuer Abwägungsbelang nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. g) BauGB eine mittelbare rechtliche Außenwirkung haben. Sie sollen nämlich bei der Bauleitplanung berücksichtigt werden.

Die Wärmeplanung bzw. der Wärmeplan begründet also keine subjektiven Rechte.

Auf der anderen Seite besteht auch kein subjektiver Anspruch auf Wärmeplanung; auch wenn die Länder mit dem WPG verpflichtet sind, eine gesetzeskonforme Wärmeplanung *sicherzustellen*.

Nicht überzeugend ist die Ansicht, dass es sich bei dem Ablauf im WPG lediglich um einen „Vorschlag“ handle, der nicht rechtlich verbindlich sei.⁵⁷ Es besteht aber kein einklagbarer subjektiver Anspruch auf Wärmeplanung. Auch sind keine Sanktionen für den Fall vorgesehen, dass eine kommunale Wärmeplanung nicht oder nicht rechtzeitig erfolgt. Die unmittelbaren Nachteile tragen die Wärmekunden, wobei hier natürlich negative Auswirkungen, auch auf die Kommunen selbst, bestehen können, etwa weil dann das kommunale Gebiet auch für Gewerbebetriebe weniger attraktiv ist (drohende Standortnachteile bei fehlender Wärmeplanung).

⁵⁶ Vgl. auch Henschel/Antoni, ER 2023, 223, (S. 224 f.); Schwintowski, in EWerk, 6 /2023, 248, (S. 249).

⁵⁷ So aber Schwintowski, in EWerk, 6 /2023, 248; demgegenüber überzeugend (wie hier): Schnitter/Fründ, NVwZ 2024, 289 (290 f.).

Die Sicherstellungspflicht des WPG selbst richtet sich an die Länder, nicht hingegen unmittelbar an die Kommunen.⁵⁸ Existierende landesgesetzliche Regelungen zur Wärmeplanung werden verdrängt, soweit sie hinter den Anforderungen des WPG zurückbleiben. Bestehende Wärmepläne werden gemäß § 5 WPG weitreichend zur Erfüllung der Vorgaben des WPG bundesgesetzlich anerkannt.

Die fehlende Rechtsverbindlichkeit der Wärmeplanung bedeutet nicht, dass (insbesondere hoheitliche) Akteure insoweit von der Beachtung öffentlich-rechtlicher Pflichten entbunden sind. Grundsätze des Verwaltungshandelns oder das (verfassungsrechtlich gebotene) Klimaschutzrecht müssen beachtet werden.

Zur rechtsdogmatischen Einordnung des Wärmeplans macht das WPG keine Vorgaben. Es fordert lediglich einen Beschluss (z. B. durch den Gemeinderat) mit anschließender Veröffentlichung im Internet. Die Länder können nach § 24 WPG eine Genehmigungspflicht vorsehen. Auch ohne eine solche Pflicht dürften die (kommunal-)Aufsichtsbehörden verpflichtet sein, in Fällen einer rechtswidrigen Planung einzuschreiten.⁵⁹

b) Umsetzungsentscheidung (§ 26 WPG)

Eine Ausweisung nach § 26 WPG hat gem. § 27 Abs. 1 WPG rechtsverbindliche Außenwirkung; das gilt bereits deswegen, weil so auch für Bestandsbauten die gegenüber den Zieldaten Mitte 2026/2028 vorzeitige Geltung der 65 %-Vorgabe nach § 71 Abs. 8 GEG ausgelöst wird. Auch setzt § 71k Abs. 1 Nr. 1 GEG eine entsprechende Ausweisung von „Wasserstoffnetzausbaugebieten“ zwingend voraus.

Allerdings begründet eine entsprechende Ausweisung gemäß § 27 Abs. 2 WPG keine Pflicht für die örtlich betroffenen Gebäudeeigentümer, eine bestimmte Wärmeversorgungsart zu nutzen oder eine bestimmte Wärmeversorgungsinfrastruktur zu errichten, auszubauen oder zu betreiben. Gebäudeeigentümer dürften sich also (wenn kommunal nicht zusätzlich ein Anschluss- und Benutzungszwang geregelt wird) trotz Ausweisung als Wasserstoffgebiet z. B. mittels dezentraler Wärmepumpe versorgen.

Über die konkrete Form einer Ausweisung nach § 26 WPG gibt das WPG keine Auskunft (auch die Gesetzesbegründung spricht lediglich von einer „grundstücksbezogenen Ausweisung durch kartographische Darstellung“).⁶⁰ Die Ausweisung

⁵⁸ Dieses Vorgehen ist Ausdruck des verfassungsrechtlichen Aufgabenübertragungs- und Durchgriffsverbots aus Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG, vgl. auch Heyder, EnK-Aktuell 2023. 010194; Schnittker/Fründ, NVwZ 2024, 289 (Fn. 18).

⁵⁹ Schnittker/Fründ, NVwZ 2024, 289 (295).

⁶⁰ BT-Drs. 20/8654, S. 106.

muss aber unter Abwägung aller berührten öffentlichen und privaten Belange gegen und untereinander erfolgen und hat mit § 27 WPG weitreichend rechtsverbindliche Außenwirkungen.

So können Abwägungs- und Ermessensentscheidungen bei bauleitplanerischen oder sonstigen flächenbedeutsamen Stellen mit der Ausweisung stets auf ihre Beachtung und inzident auch die Rechtmäßigkeit der Ausweisung selbst von Betroffenen gerichtlich überprüft werden. Eine kommunale Satzung, die wiederum flankierend einen Anschluss- und Benutzungszwang bestimmt, kann von Betroffenen ebenfalls umfassend gerichtlich überprüft werden.

§ 26 Abs. 1 WPG lautet: „*Unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Wärmeplanung nach § 23 und unter Abwägung der berührten öffentlichen und privaten Belange gegen- und untereinander kann die planungsverantwortliche Stelle oder eine andere durch Landesrecht hierzu bestimmte Stelle eine Entscheidung über die Ausweisung eines Gebiets zum Neu- oder Ausbau von Wärmenetzen oder als Wasserstoffnetzausbaubereich nach § 71 Absatz 8 Satz 3 oder nach § 71k Absatz 1 Nummer 1 des Gebäudeenergiegesetzes treffen.*“

Wärmepläne sind also zu berücksichtigen, da diese aber nicht verbindlich sind, kann die zuständige Stelle unter Abwägung der berührten öffentlichen und privaten Belange gegen- und untereinander auch zu dem Ergebnis kommen, dass von den Ergebnissen der Wärmeplanung abzuweichen ist.

c) Fahrpläne

Fahrpläne i. S. d. § 71 k Abs. 1 Nr. 2 GEG sind ebenfalls rechtsverbindlich und haben sehr weitreichende Außenwirkung. Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass Fahrpläne nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG begrifflich von den Wärmenetausbau- und Dekarbonisierungsfahrplänen (vgl. Anlage 3 zu § 32 WPG) sowie den Transformationsfahrplänen nach der Richtlinie für die Bundesförderung für effiziente Wärmenetze („BEW“) abzugrenzen sind, die hier nicht untersucht werden.

Überwiegend wird – insoweit überzeugend – vertreten, dass es sich bei den Wasserstoff-Transformations- bzw. Fahrplänen nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen der dafür nach § 33 Abs. 2 WPG ermächtigten planungsverantwortlichen Stelle und den Gasverteilernetzbetreibern handelt.⁶¹

⁶¹ Tischmacher/Nohl: „Die Zukunft der Gasverteilernetze im Gebäudeenergiegesetz“, in IR 2023, (226) mit Verweis auf sog. atypischer Austauschvertrag, BeckOK VwVfG/Spieth, 59. Ed. 1.4.2022, VwVfG § 56 Rn. 3; so auch BBH, „Kurzgutachterliche Stellungnahme“ vom 21.08.2023, S. 14.

Mit diesem atypischen Vertrag verpflichtet sich der Gasverteilernetzbetreiber im Geltungsbereich ausgewiesener Wasserstoffnetzausbaubereiche gegenüber der jeweils nach § 33 Abs. 2 WPG Verwaltungseinheit zur sukzessiven Umstellung auf eine leitungsgebundene Wasserstoffversorgung bis 2045.⁶² Damit geht der Gasverteilernetzbetreiber sodann auch das gesetzlich vorgesehene Haftungsrisiko nach § 71k Abs. 6 GEG gegenüber betroffenen Gebäudeeigentümern ein.

Vorbehaltlich der noch ausstehenden Festlegung der BNetzA nach § 71k Abs. 3 GEG müssen entsprechend vereinbarte Fahrpläne inhaltlich hohen Hürden genügen; gemäß § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG muss dieser mit Zwischenzielen versehen sein und zumindest festlegen:

- a) *in welchen technischen und zeitlichen Schritten die Umstellung der Infrastruktur und der Hochlauf auf Wasserstoff erfolgt; dabei muss der Fahrplan in Übereinstimmung mit den Netzentwicklungsplänen der Fernleitungsebene stehen oder der Betreiber des Gasverteilernetzes darlegen, wie vor Ort ausreichend Wasserstoff produziert und gespeichert werden kann,*
- b) *wie die Umstellung auf die vollständige Versorgung der Anschlussnehmer auf Wasserstoff finanziert wird, insbesondere, wer die Kosten der Umrüstungen und des Austauschs der nicht umrüstbaren Verbrauchsgeräte tragen soll, und*
- c) *mit welchen zeitlichen und räumlichen Zwischenschritten in den Jahren 2035 und 2040 die Umstellung von Netzteilen in Einklang mit den Klimaschutzzielen des Bundes unter Berücksichtigung der verbleibenden Treibhausgasemissionen erfolgt.*

Schon aus diesen gesetzlichen *Mindestvorgaben* ist ersichtlich, dass Fahrpläne i. S. v. § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG weitreichende rechtliche Wirkung entfalten. Dass Gasverteilernetzbetreiber die Einhaltung dieser Vorgaben bereits dann „sicherstellen“ müssen, wenn sie einen Vorschlag nach § 18 Abs. 4 S. 5 WPG gegenüber der pvS machen, zeigt dabei, dass die Entwicklung entsprechender Fahrpläne hier nicht der Kommune bzw. der sonstigen zuständigen Stelle obliegt.

Keinesfalls sind entsprechende Fahrpläne innerhalb der Wärmeplanung obligatorisch durch die pvS zu entwickeln. Auch das bereits zitierte „Green Paper“⁶³ knüpft daran an, dass „Gasverteilernetzbetreiber, die ihr Netz auf Wasserstoff umstellen möchten“, gemeinsam mit der zuständigen Stelle bis zum 30.06.2028 einen Fahrplan „und der Gasverteilernetzbetreiber zusätzlich einen Investitionsplan“ für die Umstellung vorlegen müssen.

⁶² Tischmacher/Nohl: „Die Zukunft der Gasverteilernetze im Gebäudeenergiegesetz“, in IR 2023, (226).

⁶³ „Green Paper“ des BMWK – Transformation Gas-/Wasserstoff-Verteilernetze vom 13.03.2024, S. 11.

Vor dem Hintergrund der erheblichen Hürden erscheint es aktuell schon aus rechtlicher Perspektive unrealistisch, dass Haushaltskunden alsbald mit einer rechtsverbindlichen Wasserstoffversorgung rechnen können. Dass die „H2-Ready-Heizung in den §§ 71 ff. GEG gleichwohl die oben (III.2) beschriebene Rolle gesetzgeberisch zugesprochen bekam, ist insoweit zumindest nicht widerspruchsfrei.

Schließlich sei hier nur am Rande nochmals auf die oben bereits angedeutete fehlende regulatorische Einbettung des Konzessionsrechts hingewiesen:

Die Umsetzung des Fahrplans setzt nämlich eine Kontinuität in der Person des Gasverteilernetzbetreibers bis 2044 voraus, was durch die Regelungen zur Konzessionsvergabe aktuell nicht sichergestellt ist, wobei hierzu geringfügige und hinreichende Anpassungen im EnWG denkbar sind, auf die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung aber nicht näher eingegangen werden soll.

Nachfolgend sei vielmehr davon ausgegangen, dass entsprechende Widersprüche gesetzgeberisch angepasst werden.

IV. Gestaltungsspielraum der planungsverantwortlichen Stelle

Nachdem vorstehend der rechtliche Rahmen, die beteiligten Akteure und die Instrumente der Wärmeplanung dargestellt worden sind, bleibt zu prüfen, welche Mechanismen der planverantwortlichen Stelle einen Gestaltungsspielraum eröffnen und welche Maßstäbe dabei anzulegen sind.

Dafür sind nachfolgend die nach dem WPG vorgesehenen Untersuchungen und Planungen der kommunalen Wärmeversorgung in der gesetzlichen Abfolge dargestellt (1.) und werden die sich daraus ergebenden Fragestellungen zum eigenen Ermessen der pvS (2.) und zur Entscheidungskompetenz beauftragter Planungsdienstleister (3.) untersucht.

1. Ablauf der kommunalen Wärmeplanung

a) Eignungsprüfung, § 14 WPG

Im Rahmen der Eignungsprüfung hat die planungsverantwortliche Stelle zunächst das beplante Gebiet auf Teilgebiete zu untersuchen, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht für eine Versorgung durch ein Wärmenetz oder ein Wasserstoffnetz

eignen (§ 14 Abs. 1 WPG). Diese Eignungsprüfung kann gemäß § 14 Abs. 7 WPG ohne Erhebung von Daten erfolgen.⁶⁴

Die in § 14 Abs. 4 WPG geregelte „verkürzte Wärmeplanung“ ist möglich, wenn die Ungeeignetheit eines Gebiets entweder durch eine Wärmenetzversorgung (Abs. 2) oder durch ein Wasserstoffnetz (Abs. 3) feststeht. Die pvS kann (so die Gesetzesbegründung) „Gebiete oder Teilgebiete ausweisen, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht für eine Versorgung über ein Wärmenetz *oder* ein Wasserstoffnetz eignen.“⁶⁵ Zwar legt der Wortlaut des § 14 Abs. 4 WPG („und“) nahe, dass die Voraussetzungen von Abs. 2 und 3 kumulativ vorliegen müssen, damit die Wärmeplanung insoweit nach Abs. 4 verkürzt werden darf. Allerdings stellt die Gesetzesbegründung klar: „Bewertet die planungsverantwortliche Stelle ein Gebiet oder Teilgebiet für ein Wärmenetz und ein Wasserstoffnetz (kumulativ) als ungeeignet, muss als Rechtsfolge eine umfassende Wärmeplanung grundsätzlich nicht mehr durchgeführt werden.“⁶⁶ Diese Rechtsfolge, gar keine Planung mehr vollziehen zu müssen, geht also über die bloße Verkürzung der regulären Wärmeplanung nach § 14 Abs. 4 WPG, bei der nur §§ 15, 18 WPG keine Anwendung finden, hinaus. Im Umkehrschluss kann die Wärmeplanung also bereits verkürzt werden, wenn nur eine Wasserstoffnetzversorgung zum Zeitpunkt der Vornahme der Eignungsprüfung ungeeignet erscheint.

Ergibt die Eignungsprüfung nach § 14 Abs. 3 WPG, dass eine Wasserstoffnetzversorgung für das Gebiet ungeeignet ist (was nicht selten der Fall sein dürfte), wäre es mit Blick auf die Grundsätze in § 1 WPG nach hier vertretener Auslegung rechtlich nicht mehr vertretbar, die Erfüllungsoption einer Wasserstoffnetzversorgung dennoch noch im Rahmen der Wärmeplanung im engeren Sinne weiterhin umfassend zu prüfen und zu planen. Denn § 1 WPG fordert mit der Wärmeplanung einen Beitrag zu „einer kosteneffizienten, nachhaltigen, sparsamen, bezahlbaren, resilienten sowie treibhausgasneutralen Wärmeversorgung“. Das gilt insbesondere, weil eine grundstückbezogene (Teilgebiets-)Ausweisung stets möglich und die Wärmeplanung unverbindlich bleibt.

Liegt kein (verbindlicher, rechtssicherer) Finanzierungsplan vor *und* kommt die Eignungsprüfung nach § 14 Abs. 3 WPG zu dem Ergebnis, dass „ein Wasserstoffnetz mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht wirtschaftlich sein wird“⁶⁷, wäre es nicht kosteneffizient, nachhaltig oder sparsam, die sehr aufwändige, langfristige Wirtschaftlichkeitsbetrachtung, die die Kosten für Nachrüstungen, Neu-Einbauten und nachträgliche Umrüstung im Falle des Scheiterns betrachten muss, in die kommunale Wärmeplanung zu integrieren.

⁶⁴ Bereits an dieser Stelle sei erwähnt, dass schon deshalb eine umfassende Übertragung der Eignungsprüfung auf Planungsdienstleister nach hier vertretener Ansicht schwer gerechtfertigt werden kann.

⁶⁵ BT Drs. 20/8654, S. 98.

⁶⁶ Ebda.

⁶⁷ Wie oben gezeigt, wird hier vertreten, dass für die Eignungsprüfung eine Wirtschaftlichkeitsprüfung in allen Fällen nach § 14 Abs. 2 und 3 WPG erfolgen muss.

Die Gesetzesbegründung stellt zwar klar, dass die pvS keine Pflicht habe, die Wärmeplanung (insoweit) zu verkürzen. Im Umkehrschluss muss aber geprüft werden, inwieweit unrealistische Erfüllungsoptionen, z. B. bei der Beauftragung Privater, nicht ausgeschlossen werden *müssen*, und zwar allein schon auf Grund der haushaltsrechtlichen Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit öffentlicher Mittelverwendung.

Wie wiederum die übergeordnete und vorgelagerte Wirtschaftlichkeitsprüfung nach § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG zu erfolgen hat, regelt das WPG nicht und lässt auch die Gesetzesbegründung weitgehend offen.

Danach sei „insbesondere auf die räumliche Lage des beplanten Gebiets, v. a. im Hinblick auf den Verlauf des Wasserstoffkernnetzes, sowie die vorhandene Abnehmerstruktur in der räumlichen Nähe, etwa hinsichtlich industrieller Wasserstoffverbraucher, abzustellen.“⁶⁸

Dieser gesetzgeberische Hinweis darf indes bei verständiger Auslegung keinesfalls als Maßstab für eine abschließende Prüfung verstanden werden. Vielmehr sind damit tatsächliche Umstände benannt, die offenkundig einzubeziehen sind, wenn sie bekannt sind.

Liegt aber kein Fahrplan nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG vor, besteht darauf auch keine konkrete Aussicht und steht auch der Verlauf oder der Betrieb eines Wasserstoffkernnetzes nicht fest, muss nach hier vertretener Auffassung (auch mit Blick auf die Regelung in § 71k Abs. 1 Nr. 2 a) – c) GEG) in der Regel von einer hohen Wahrscheinlichkeit für eine Unwirtschaftlichkeit i. S. v. § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG ausgegangen werden.

Selbst wenn sich im beplanten Gemeindegebiet grundstücks- bzw. teilgebietsbezogen potenzielle (industrielle) Großabnehmer für Wasserstoff ermitteln lassen, kann daraus nicht gefolgert werden, dass eine Versorgung flächendeckend (als Annex) wirtschaftlich erfolgen kann.

Die hohen Hürden für die rechtssichere Entwicklung von Fahrplänen für den Wasserstoffnetzbetrieb müssen sich also im rechtlichen Maßstab des Wirtschaftlichkeitsbegriffs für die Versorgung mit Wasserstoff fortsetzen.

Diese Auslegung fußt auf den folgenden Erwägungen:

⁶⁸ Ebda.

aa) Wirtschaftlichkeitsbegriff des WPG

In Betracht kommt zwar, zunächst vom anlagenbezogenen Wirtschaftlichkeitsbegriff des GEG auszugehen.⁶⁹ Danach käme es (und zwar auch in den §§ 71 ff. GEG) darauf an, ob bei der bestimmungsgemäßen Nutzung eine Amortisierung des Investitionsaufwandes durch die erreichbaren Einsparungen an Energiebezugskosten zu erwarten ist. Schon die Gesetzesbegründung zu § 14 Abs. 3 WPG⁷⁰ spricht indes gegen eine analoge Anwendung dieses Wirtschaftlichkeitsbegriffs innerhalb des § 14 WPG. Denn die Frage, ob ein Wasserstoffnetz insgesamt wirtschaftlich ist, darf ein hoheitlicher Planungsträger, der ein bestimmtes abgrenzbares (Gemeinde-)Gebiet planerisch in den Blick nehmen muss, nicht nur anhand (in der Regel nicht feststehender) Investitionskosten für bestimmte Anlagen beurteilen.

Wenn die Gesetzesbegründung in tatsächlicher Hinsicht den avisierten Verlauf eines (noch nicht vorhandenen) Wasserstoffkernnetzes und das Vorhandensein potenzieller industrieller Großabnehmer erwähnt, dann wird damit unterstrichen, dass es darauf ankommt, ob eine Wasserstoffnetzplanung insgesamt, also für alle Akteure und die öffentliche Hand, wirtschaftlich betrieben werden kann. Das muss unabhängig davon gelten, welcher Akteur die Investitionskosten (in rechtlich zulässiger Weise) auf einen anderen Beteiligten umlegen könnte.

Im Ergebnis muss es daher im Rahmen des kommunalen Planungsprozesses vielmehr darauf ankommen, ob eine andere Wärmeversorgung zum Zeitpunkt der Eignungsprüfung insgesamt als „kosteneffizienter, nachhaltiger, sparsamer, bezahlbarer, resilienter sowie treibhausgasneutraler“ (§ 1 WPG) und damit wirtschaftlicher erscheint. Das geht nach hier vertretener Auffassung auch über einen „Vollkostenvergleich“ aus Sicht des Wärmekunden hinaus, auch wenn dieser – soweit überhaupt ermittelbar – ein zweckmäßiger Ausgangspunkt für die Bewertung ist.

Das folgt auch aus § 9 Abs. 3 WPG, wonach „die planungsverantwortliche Stelle die allgemeinen physikalischen, technischen und energiewirtschaftlichen Grundsätze sowie wissenschaftlich fundierte Annahmen zur Energieträgerverfügbarkeit“ zu beachten hat.

Auch § 18 Abs. 1 WPG wiederholt ausdrücklich das oberste Gebot einer „möglichst kosteneffizienten“ Versorgung (vgl. auch § 21 Nr. 1 WPG).

Wenn aber auch das BMWK aktuell eine Versorgung von (privaten) Letztverbrauchern und kleinen Gewerben flächendeckend für „wenig wahrscheinlich“⁷¹ hält,

⁶⁹ Vgl. dazu umfassend Klinski, „Der Umgang mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz in der Novelle zum GEG 2023“, Ad-hoc Papier vom 27.09.2023, Ziff. 4.1.

⁷⁰ BT Drs. 20/8654, S. 98.

⁷¹ „Green Paper“ – Transformation Gas-/Wasserstoff-Verteilernetze vom 13.03.2024, S. 3.

muss in faktischer Hinsicht bezweifelt werden, ob die pvS im Rahmen der Eignungsprüfung überhaupt vertiefte Tatsachenermittlungen durchführen muss, um die negative Feststellung des gesetzlichen Regelvermutungstatbestands in § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG treffen zu dürfen. Nach hier vertretener Auffassung ist dies bei verständiger Gesetzesauslegung nicht der Fall. Das unterstreicht auch § 14 Abs. 7 WPG, wonach für die Eignungsprüfung keine Daten erhoben werden müssen.

Dass eine vertiefte empirische Untersuchung unterbleiben kann, gilt auch dann, wenn die auf den ersten Blick leichter zu untersuchenden Voraussetzungen nach § 14 Abs. 3 Nr. 1 WPG (d. h. das Fehlen eines Gasnetzes, das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine dezentrale Erzeugung, Speicherung und Nutzung von Wasserstoff und die *anscheinsgemäße* Sicherstellung einer Wasserstoffversorgung durch darüberliegende Netzebenen) vorliegen; wobei auch hier fraglich erscheint, welche Umstände es aktuell rechtfertigen können, als pvS die Feststellung zu treffen, dass eine Versorgung durch darüberliegende Netzebenen „sichergestellt erscheint“ (dazu unter bb).

bb) Tatsachengrundlage für die Bewertung von § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG

Schon aus dem hier einschlägigen rechtlichen Rahmen folgt, dass eine *wirtschaftliche* „Sicherstellung“ einer flächendeckenden (also auch Kleinverbraucher einschließenden) Wasserstoffversorgung schwer zu bewerten ist. Der Gesetzgeber hat in § 71k Abs. 1 GEG für die Auslösung des Vertrauensschutzes der Gebäudeeigentümer (§ 71k Abs. 6 GEG) deshalb auch hohe Hürden geschaffen.

Auch im Rahmen der kommunalen Planung geht es um die Kosten für die Umstellung auf die vollständige Versorgung der Anschlussnehmer mit Wasserstoff (einschließlich der Umrüstungen und des Austauschs der nicht umrüstbaren Verbrauchsgeräte) und die Kosten, die Gebäudeeigentümer haben, wenn eine „H2-ready“-Heizung eingebaut wird, eine Wasserstoffversorgung aber scheitert.

Darüber hinaus muss der Fahrplan schließlich feste Vereinbarungen und Zusagen des Gasverteilernetzbetreibers für die Netzumrüstungskosten enthalten. Wie dies konkret ausgestaltet sein muss, wird die BNetzA gemäß § 71k Abs. 3 GEG abschließend erst Ende 2024 festlegen (müssen).

Auch § 18 Abs. 4 S. 4, 5 WPG verlangt von den Gasverteilernetzbetreibern, die der pvS vorschlagen, in Richtung einer Wasserstoffnetzversorgung zu planen, „sicherzustellen“, dass die Vorgaben des § 71 k Abs. 1 GEG eingehalten werden können.

Schon ohne jede Bewertung der tatsächlichen Aussicht einer flächendeckenden Verfügbarkeit von Wasserstoff für die Wärmeversorgung und ohne Einbeziehung

des (vergleichsweise schlechten) Wirkungsgrades für Kleinverbraucher muss vor dem Hintergrund dieser gesetzgeberischen Wertung bezweifelt werden, welche Tatsachen es überhaupt rechtfertigen können, ohne das Vorliegen konkreter Zusagen der privaten Beteiligten von einer potenziellen Wirtschaftlichkeit auch im Rahmen der kommunalen Planung nach § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG auszugehen.

Vielmehr ist nach hier vertretener Auffassung beim Fehlen solcher Zusagen oder verbindlicher Vereinbarungen (die aktuell selten getroffen werden können) eine weitere Tatsachenermittlung für die Bejahung der hohen Wahrscheinlichkeit für einen unwirtschaftlichen Betrieb regelmäßig nicht erforderlich.

Ob demgegenüber die Bereitschaft besteht, solche vorvertraglichen verbindlichen (Finanzierungs-)Zusagen zu machen, kann die pvS mittels Auskunftersuchens ermitteln (§ 7 Abs. 2, Abs. 4, § 11 WPG). Damit entstünden dann auch die Mitwirkungspflichten nach § 7 Abs. 4 WPG.

Ohne die Aussicht eines konkreten Fahrplans und eine seitens der beteiligten Akteure der Gasnetzversorgung initiierte Vereinbarung über konkrete Risikoübernahmen muss eine weitere Einbeziehung einer Wärmeversorgung mittels Wasserstoffnetz in die Wärmeplanung im engeren Sinne nach hier vertretener Auffassung also regelmäßig verkürzt stattfinden.

Es würde nicht dem haushaltsrechtlichen Grundsatz der Sparsamkeit entsprechen, ohne entsprechend konkrete Aussichten private Dienstleister mit Fragen der Eignung einer Wasserstoffnetzversorgung zu beauftragen bzw. unmittelbar Verwaltungsressourcen dafür zu verwenden. Denn es bleibt auch unabhängig vom Ergebnis der Wärmeplanung im engeren Sinne möglich, Wasserstoffnetzausbaubereiche nach § 26 WPG grundstücks- bzw. teilgebietsbezogen auszuweisen.

Ob nach erfolgter Wärmeplanung (die schließlich auch einen viel engeren Zeitplan verfolgt, als die Transformationsfahrpläne nach GEG oder BEW) gleichwohl einzelne gewerbliche/industrielle Abnehmer durch das (partiell) transformierte Gasnetz versorgt werden und gleichwohl Fahrpläne nach § 71k GEG in Zukunft vereinbart werden können, ist eine davon unabhängige Frage, die sich nicht innerhalb der Wärmeplanung im engeren Sinne abspielen muss

Gegen eine solche Betrachtung wird argumentiert, dass auch Haushaltskunden von den ohnehin zu schaffenden bzw. umzurüstenden Wasserstoffnetzen profitieren können sollten, weil dies im Einzelfall auch wirtschaftlich möglich sein wird.⁷² Gleichwohl können die pvS und erst recht die von ihr beauftragen Planungsdienstleister dies aktuell nicht verbindlich bewerten.

⁷² Friedrichs: „Die richtige Lösung ist auch die schnellste“, in EnWZ 2023, 145.

Wenn der jeweilige Gasverteilernetzbetreiber wegen des Vorhandenseins bestimmter Großabnehmer von Wasserstoff indes bereits von einer wirtschaftlichen Versorgung ausgeht, dürfte eine verbindlichen Zusage zugunsten der „als Annex“ versorgten Kleinverbraucher und der öffentlichen Hand wirtschaftlich vertretbar sein.

Wenn eine solche Zusage nicht erfolgen kann oder vom (auch nach § 7 WPG) zu beteiligten Gasnetzbetreiber insoweit sogar Bedenken geäußert werden, dürfte eine Ausweisung über die konkreten Großabnehmer hinaus schwer vertretbar sein. Gleiches gilt für (kleinere) grüne Wasserelektrolyse-Anlagen, die eine regionale Versorgung anstreben.

Als nicht hinreichend müssen hier kurzfristige Kostenrechnungen für die ohne Gas- bzw. Wasserstoffnetz erforderliche Umrüstung der dezentralen Wärmeerzeugungsanlagen (bestehende Gasthermen) bewertet werden: kurzfristig kann eine „einfache“ Umrüstung auf H2-Readiness gegenüber der Installation einer Übergabestation für den Netzanschluss oder einer Wärmepumpe günstiger erscheinen.

Das volkswirtschaftliche (und im Übrigen auch private) Risiko dafür, dass „H2-ready“-Heizungen nicht mit Wasserstoff versorgt werden können, muss diesem Argument nämlich gegenübergestellt werden. Der Gesetzgeber benennt in § 71k Abs. 1 GEG auch ausdrücklich dieses Risiko: Ohne bestehenden Fahrplan trägt der Betreiber einer Heizanlage, die innerhalb der Fristen gemäß § 71 Abs. 8, 9 WPG (Fristen für die Wärmeplanung) zulässigerweise installiert und sodann betrieben werden darf, das Risiko dafür, „dass ab dem 1. Januar 2029 mindestens 15 Prozent, ab dem 1. Januar 2035 mindestens 30 Prozent und ab dem 1. Januar 2040 mindestens 60 Prozent der mit der Heizanlage bereitgestellten Wärme aus grünem oder blauem Wasserstoff einschließlich daraus hergestellter Derivate erzeugt wird“. Gelingt ihm das nicht, muss er seine Heizanlage umrüsten und die Kosten für die Umrüstung selbst tragen. Ist hingegen ein Fahrplan vereinbart, besteht zwar ein Erstattungsanspruch nach § 71k Abs. 6 GEG wonach „der Gebäudeeigentümer im Fall des Absatzes 4⁷³ einen Anspruch auf Erstattung der daraus entstehenden Mehrkosten gegen den Betreiber des Gasverteilernetzes hat, an dessen Netz seine Heizungsanlage angeschlossen ist“. Das gilt allerdings nicht, wenn der Gasverteilernetzbetreiber den Eintritt der Voraussetzungen des § 71k Abs. 4 GEG „nicht zu vertreten hat“. Auch über das Vorliegen dieser Voraussetzungen sind wiederum rechtliche Auseinandersetzungen abzusehen, die ein Risiko bedeuten. Im Übrigen wird bei der Eignungsprüfung nach § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG in aller Regel noch kein Fahrplan nach § 71k GEG abgeschlossen worden sein.

⁷³ Dieser regelt den Fall, dass die Umsetzung des Fahrplans nicht die Anforderungen nach Absatz 1 Nummer 2, Absatz 2 oder Absatz 3 erfüllt oder die beabsichtigte Umstellung oder der Neubau eines Wasserstoffverteilsnetzes nicht weiterverfolgt wird.

cc) Zwischenergebnis

Im Ergebnis folgt nach hier vertretener Auffassung also aus der gesetzlichen Verzahnung von GEG und WPG und den daraus folgenden Wertungen, dass für die Bejahung der Unwirtschaftlichkeit nach § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG bereits fehlende Zusagen der privaten Akteure genügen. Liegen diese nach erfolgtem Auskunftsersuchen der pvS in keiner Weise vor, folgt daraus schon mit Blick auf den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Sparsamkeit, dass eine insoweit verkürzte Wärmeplanung regelmäßig vorgenommen werden und mit dem Ergebnis abgeschlossen werden muss, dass eine Ausweisung als Wasserstoffnetzausbaubereich von vornherein (also auch ohne aufwändige kommunale Wärmeplanung) nicht in Betracht kommt.

b) Bestandsanalyse, § 15 WPG

Die Bestandsanalyse ist die systematische und qualifizierte Erhebung aller für die Wärmeplanung relevanten Informationen und erforderlichen Daten.⁷⁴ Zu dieser ist die planungsverantwortliche Stelle nach § 15 Abs. 2 i. V. m §§ 10 ff. WPG berechtigt.

Welche Informationen und Daten dabei für eine „qualitativ hochwertige Bestandsanalyse“ erforderlich sind, ist in Anlage 1 zum WPG definiert. Dabei handelt es sich um eine Leistung, die typischerweise auf Private übertragen werden kann.

Hier bestehen über die Möglichkeit nach § 14 Abs. 4 WPG hinaus wenig Möglichkeiten und Spielräume bzw. Ermessenspflichten der pvS, die Analyse zu steuern.

Bei der Übertagung der Aufgabe auf Private sind hier indes umfassende Vorgaben für das Vergabeverfahren zu machen, wofür Muster zur Verfügung gestellt werden (z. B. KWW-Musterleistungsverzeichnis zur Ausschreibung einer Kommunalen Wärmeplanung“), die aber ihrerseits ausdrücklich darauf hinweisen, dass mit ihrer Verwendung *„jedoch nicht garantiert werden kann, dass alle Anforderungen des WPG erfüllt werden“*.

Neben den gesetzlichen Grundlagen der Wärmeplanung existieren auf Bundes- und Landesebene auch eine Vielzahl an Leitfäden zur Durchführung der Wärmeplanung. Hervorzuheben ist der „Leitfaden Wärmeplanung“ zur Operationalisierung des WPG, den das BMWK gemeinsam mit dem BMWSB veröffentlicht hat. Er enthält Empfehlungen zur methodischen Vorgehensweise für Kommunen und andere planungsverantwortliche Stellen und adressiert dabei den vollständigen Prozess der Wärmeplanung inklusive der Beteiligung verschiedener Akteure.⁷⁵

⁷⁴ Schnittker/Fründ, NVwZ 2024, 289 (294 f.).

⁷⁵ Ebda.

c) Potenzialanalyse, Zielszenario (§§ 16, 17 i. V. m. Anlage 2 Nr. III WPG)

Als nächsten planerischen Schritt sieht § 16 WPG die Potenzialanalyse vor. Dabei ermittelt die planungsverantwortliche Stelle quantitativ und räumlich differenziert die im beplanten Gebiet vorhandenen Potenziale zur Erzeugung von Wärme aus erneuerbaren Energien, zur Nutzung von unvermeidbarer Abwärme und zur zentralen Wärmespeicherung.

Gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 WPG sind dabei bekannte räumliche, technische, rechtliche und wirtschaftliche Beschränkungen sorgfältig zu berücksichtigen, um realistische Potenziale zu ermitteln. Als rechtliche Beschränkung kommt hier (auch wenn die verkürzte Wärmeplanung gleichwohl eine Potenzialanalyse vorsieht) auch das materiell-rechtliche Ergebnis der Eignungsprüfung nach § 14 WPG in Betracht: Die Ergebnisse der Eignungsprüfung können also nach hier vertretener Auffassung auch im Rahmen des § 16 Abs. 1 S. 2 WPG als „rechtliche und wirtschaftliche Beschränkung“ berücksichtigt werden.

Auch die Potenzialanalyse wird voraussichtlich regelmäßig Privaten übertragen werden, wobei hier mit Blick auf § 16 Abs. 1 S. 2 WPG bereits innerhalb des Vergabeverfahrens, jedenfalls aber im Rahmen des privatrechtlichen Weisungsverhältnisses darauf hingewirkt werden muss, dass (schon aus rechtlicher Sicht) unwirtschaftliche Potenziale nicht vertieft und unter weitreichender Inanspruchnahme planerischer Ressourcen geprüft werden. Ein völliger Ausschluss eines Wasserstoffnetzes als mögliche Technologie erscheint aber mit Blick auf § 17 WPG fraglich.

Für das aus den beiden ersten Schritten folgende „Zielszenario“ macht nämlich sodann § 17 WPG Vorgaben. In § 17 Abs. 2 S. 3 WPG ist geregelt, *dass unterschiedliche Szenarien zu betrachten sind, die eine zielkonforme und plausible Entwicklung der Wärmeversorgung des beplanten Gebiets abbilden, die sich im Umfang der Nutzung verschiedener verfügbarer Wärmequellen und Technologien und damit verbundener Energieinfrastruktur jedoch unterscheiden*.⁷⁶ Sodann sollen die Szenarien untereinander abgewogen werden.

Entscheidende Abwägungskriterien sind dabei die Wirtschaftlichkeit, insbesondere für die Letztverbraucher, Realisierungsrisiken, die Versorgungssicherheit und die CO₂-Emissionen. An dieser Stelle sind seitens der Abwägung die unter a) dargelegten strengen Kriterien⁷⁷ an die Bewertung des Potenzials einer Wasserstoffversorgung zu stellen. Dies kann nach hier vertretener Auffassung nicht umfassend,

⁷⁶ Ebda.

⁷⁷ Also die positive Feststellung besonderer Umstände, die die Annahme einer Wirtschaftlichkeit erst (ausnahmsweise) rechtfertigen und der Maßstab, dass die Wasserstoffnetzversorgung insgesamt für alle Akteure und die öffentliche Hand und nicht nur für die unmittelbar Beteiligten wirtschaftlich sein kann.

und wenn nur unter Vorgabe eindeutiger detaillierter Kriterien, einem privaten Planungsdienstleister allein überlassen werden.

Das maßgebliche Zielszenario wird schließlich unter Angabe der oben genannten miteinander abgewogenen Gründe festgelegt.⁷⁸

d) Einteilung in Versorgungsgebiete, §§ 18 WPG, § 19 WPG

Schließlich erfolgt sodann innerhalb der Wärmeplanung die Einteilung des beplanten Gebietes in bestimmte (voraussichtliche) (Teil-) Versorgungsgebiete für die Betrachtungszeitpunkte der Jahre 2030, 2035 und 2040. Die Einteilung erfolgt gem. § 18 Abs. 1 S. 1 WPG mit dem Ziel einer möglichst kosteneffizienten Versorgung der jeweiligen (Teil-)Gebiete anhand von Wirtschaftlichkeitsvergleichen unterschiedlicher Versorgungsalternativen unter Berücksichtigung der jeweiligen Vollkosten der Wärmeversorgung.⁷⁹

Hier soll der Kostenfaktor maßgeblich sein, der für den Energieträger vom Endverbraucher zu zahlen ist. Diese auf den ersten Blick eindeutige Vorgabe ist indes schon mit Blick auf den betrachteten Zeitrahmen auslegungsbedürftig. Neben den Wärmeentstehungskosten sind gem. § 18 Abs. 1 S. 3 WPG das Realisierungsrisiko, Versorgungssicherheit und CO₂-Emissionen zu berücksichtigen, wobei diese Faktoren sich naturgemäß überschneiden.

Hervorzuheben ist dabei, dass Gebiete, die einer verkürzten Wärmeplanung nach § 14 Abs. 4 WPG unterliegen, von diesem Planungsschritt ausgenommen sind (§ 18 Abs. 1 S. 1 WPG).

Die äußerst schwierige Bewertung der Energiekosten für die Letztverbraucher, die mit einem Netz versorgt werden sollen, dass noch nicht transformiert ist (und dessen Kosten teils auf die Verbraucher umgelegt werden müssten), kann also durch eine Verkürzung der Planung, die die Möglichkeit einer Wasserstoffnetzversorgung bereits zu Beginn ausschließt, von der pvS vermieden werden.

Wird die Planung indes nicht insoweit beschränkt, sind die gem. § 19 Abs. 2 WPG definierten Eignungsstufen für alle Potenziale planerisch darzustellen:

(1) sehr wahrscheinlich geeignet, (2) wahrscheinlich geeignet, (3) wahrscheinlich ungeeignet und (4) sehr wahrscheinlich ungeeignet.

⁷⁸ so auch BT-Drs. 20/7619, 100.

⁷⁹ Vgl. auch: Schnittker/Fründ, NVwZ 2024, 289 (294 f.).

Auffällig ist dazu wiederum, dass die Frage der „Wahrscheinlichkeit der Ungeeignetheit“ sich rechtlich vorgelagert bereits im Rahmen des § 14 WPG stellt. Daraus folgt, dass regelmäßig, sofern sich die Tatsachengrundlage oder Erkenntnisse der pvS seit der Eignungsprüfung nicht geändert haben, Wasserstoffnetze nicht erst innerhalb dieses Planungsschrittes als „wahrscheinlich ungeeignet“ zu bewerten wären. Das dürfte (bei gleichbleibenden Umständen) nur der Fall sein, wenn *die Datenerhebung* ein abweichendes Ergebnis ergeben hat oder die konkrete Aussicht auf einen zu vereinbarenden Fahrplan weggefallen ist.

Sollte dennoch (also bei gleicher Datenlage und sich nicht geänderter äußerer Umstände) erst innerhalb dieses Prüfungsschrittes festgestellt werden, dass eine Wasserstoffnetzversorgung „sehr wahrscheinlich ungeeignet ist“, wären offenkundig planerische Ressourcen dadurch fehlgeleitet worden, dass die vorgelagerte Eignungsprüfung nicht sorgfältig vorgenommen worden ist. Das ist mit Blick auf die Gesetzesziele, insbesondere auch den haushaltrechtlichen Grundsatz der Sparsamkeit bzw. Wirtschaftlichkeit, zu vermeiden.

e) Umsetzungsstrategie und Wärmeplanerstellung, §§ 20, 23 WPG

Abschließend hat die pvS eine Umsetzungsstrategie zu erstellen, um das angestrebte Ziel der Wärmeversorgung umzusetzen.⁸⁰ Dabei setzt das WPG auf eine Kooperation der verschiedenen Akteure der Wärmeversorgung. Die Einbindung der Akteure müsste nach hier vertretener Auffassung indes für die Planung eines Wasserstoffnetzes, das in Zukunft auch Haushaltskunden versorgen soll, bereits zeitlich vorgelagert (nämlich im Rahmen der Eignungsprüfung nach § 14 WPG) stattfinden. Es wäre ein zweckwidriger Planungsweg, wenn sich erst hier aus konkreten Verhandlungen ergibt, dass es zum Abschluss verbindlicher Fahrpläne nach § 71k Abs 1 Nr. 2 GEG ohnehin nicht kommen wird.

f) Beschluss des Wärmeplans, 23 WPG

Die wesentlichen Ergebnisse all dieser Schritte sind sodann durch die pvS als Wärmeplan zu beschließen und zu veröffentlichen. Dieser Beschluss hat – wie oben gezeigt – indes (noch) keine rechtsverbindliche (Außen-)Wirkung.

Den nächsten Schritt begründet sodann die rechtsverbindliche Ausweisung von Wärmeversorgung(teil)gebieten nach § 26 WPG (regelmäßig mittels kommunaler Satzung). Diese erfolgt grundstücksscharf. Wie oben bereits dargelegt, sollte diese für Wasserstoffnetze stets nur in Verbindung mit einem (möglichst weitgehend

⁸⁰ Ebda.

konkretisierten) danebentretenden, zumindest aber verbindlich in Aussicht stehenden Fahrplan nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG erfolgen.

Ein Beschluss nach § 26 WPG bewirkt keine Verpflichtung für die Letztverbraucher, eine bestimmte Wärmeversorgungsart zu nutzen (§ 27 Abs. 2 WPG), wenn nicht zusätzlich ein Anschluss- und Benutzungszwang kommunal geregelt wird.

Zu beachten ist aber § 71 Abs. 8 GEG. Danach wird das 65 %-Ziel durch eine Ausweisung nach § 26 WPG für Bestandsgebäude schon vor den in § 71 Abs. 8 GEG genannten Zeitpunkten ausgelöst, sodass auch diejenigen in einem Wasserstoffnetzgebiet, die sich ohne Wasserstoff versorgen wollen, sich sodann früher an diese Vorgabe halten müssen.

2. Ermessens- / und Gestaltungsspielraum der zuständigen Stellen

Im Ergebnis hat die pvS zahlreiche eigenständige Entscheidungen unter Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und unter Anwendung pflichtgemäßen Ermessens zu treffen. Beachtet sie die dargestellten rechtlichen Vorgaben (die etwa in § 9 Abs. 3 WPG klarstellend konkretisiert sind) nicht, kann und muss ihre Aufsichtsbehörde einschreiten.

Schon nach allgemeinen Grundsätzen des pflichtgemäßen Ermessens, das die pvS auch bei der Einbindung der verschiedenen Akteure auszuüben hat,⁸¹ dürfen Tatsachen nicht fehlgewichtet oder ausgeblendet werden, der Sachverhalt muss umfassend gewürdigt und gesetzliche Vorgaben einbezogen werden.

Bei der Bestimmung der gesetzlichen Vorgaben müssen die zulässigen Auslegungsregeln beachtet werden. Nach hier vertretener Auslegung bedeutet dies beispielsweise für die Auslegung des Wirtschaftlichkeitsbegriffs in § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG, dass die oben (unter 1.bb) dargestellten Umstände (vorvertragliche Zusagen, sonstige verbindliche Zusagen) vorliegen müssen, um eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Unwirtschaftlichkeit abzulehnen. Die pvS bzw. die Kommune (soweit sie zuständig ist) hat also folgende Entscheidungskompetenzen und Spielräume (die aber kehrseitig auch eine weitreichende Pflicht zur rechtskonformen Anwendung begründen):

- bei der Entscheidung über die Ausweisung nach § 26 WPG und insbesondere bei der Verhandlung von Fahrplänen besteht rechtlich weitreichender (Verhandlungs-)Spielraum. Mit diesen beiden Instrumenten werden verschiedene Fristen und Übergangsregelungen nach dem GEG ausgelöst;

⁸¹ So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 20/8654, S. 89.

- Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (etwa Unwirtschaftlichkeit nach § 14 Abs. 3 Nr. 2 WPG);
- Bei der Ausübung eigenen Ermessens (etwa Akteurs-Beteiligung nach § 7 Abs. 3 WPG);
- Daneben tritt die eigenständige (kommunale) Entscheidung über einen Anschluss- und Benutzungszwang (vgl. § 109 GEG).⁸²

Praktisch werden sich die Kommunen hier häufig auf Leitfäden und sonstige Muster zur Vorgehensweise verlassen. Rechtlich entbindet dies die pvS nicht von den genannten Pflichten.

Neben der für die Wärmeplanung im engeren Sinne weitreichenden Bedeutung der Entscheidung nach § 14 Abs. 4 WPG ist hier die Verhandlungsmacht der zuständigen Stelle (§ 33 Abs. 2 WPG) für den zu vereinbarenden Fahrplan nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG hervorzuheben.

In diesem können kommunale Risiken über die in § 71k Abs.1 Nr. 3 GEG genannten Inhalte hinaus minimiert werden. Auch kann und sollte das „Vertretenmüssen“, das einer Haftung der Gasnetzbetreiber gegenüber den Letztverbrauchern vorausgesetzt ist, zugunsten der Gebäudeeigentümer konkretisiert werden, um einen späteren Rechtsstreit über die Verantwortungssphärenaufteilung zwischen Kommune und Gasverteilternetzbetreiber zu vermeiden.

Hier könnte konkret aufgenommen werden, welche Umstände der Verantwortungssphäre des Gasverteilternetzbetreibers zuzuordnen sind. Umgekehrt wäre es unzulässig, diese Haftung gegenüber den Gebäudeeigentümern zugunsten der Gasverteilternetzbetreiber mit dem Fahrplan abzubedingen. Einen solchen Umgehungsversuch dürfte die BNetzA, die jeden Fahrplan schließlich zunächst genehmigen muss, bevor er seine Wirkung entfalten kann, ohnehin nicht akzeptieren.

Vor dem Hintergrund dieser Verhandlungsposition der Kommune können Vorschläge von Gasverteilternetzbetreibern nach § 18 Abs. 4 WPG unter *Beachtung sachlicher Gründe* ohne Weiteres abgelehnt werden. Die Grundsätze des pflichtgemäßen Ermessens begründen lediglich, dass diese Vorschläge anhand der Rechts- und Tatsachenlage angemessen zu würdigen sind. Das bedeutet umgekehrt aber auch, dass bestimmte Technologien nicht unsachgemäß ausgeschlossen werden dürfen.

⁸² Zu beachten ist auch, dass Ausweisungen gemäß § 27 Abs. 3 WPG künftig in der Bauleitplanung und in anderen flächenbedeutsamen Planungen, Berücksichtigung finden werden; auch sind Wärmepläne und die Ausweisungen nach § 26 WPG im BauGB nun ein Abwägungsbelang nach § 1 Abs. 6 Nr. 7 lit. g) BauGB.

Da aber die gesetzlichen Wertungen für sich bereits eindeutig zu erkennen geben, dass für eine Wasserstoffversorgung erhebliche Unsicherheiten bestehen, kann die pvS hier offene Fragen zu Lasten einer entsprechenden Planung werten. Teils wird sogar vertreten, dass die Schritte des WPG ohnehin nicht verbindlich sind und es letztlich nur auf das CO₂-Minderungsziel ankäme.⁸³ Danach könnten Kommunen auch gänzlich andere Wege gehen, wenn diese sich als effizienter erwiesen. Dem kann zwar nicht umfassend zugestimmt werden, da das WPG nach hier vertretener Auslegung verbindliche Vorgaben macht, soweit es keine Spielräume ausdrücklich eröffnet. Gleichwohl muss immer der *übergeordnete Gesetzeszweck*, also die Erreichung der *Treibhausgasneutralität* bei der Entscheidungsfindung der oberste Maßstab sein, wobei das WPG selbst indes die Kosteneffizienz in den Vordergrund rückt. Da dabei allerdings auch die CO₂-Bepreisung einzubeziehen ist, überschneiden sich diese beiden grundsätzlichen Leitlinien.

Im Ergebnis hat die Kommune als planungsverantwortliche Stelle weitreichende eigene und unabhängige Entscheidungskompetenzen. Das WPG ist indes, was auch Ausdruck der zahlreichen und unterschiedlichen „Stakeholder“ ist, auf eine Verständigung und einen tatsächlichen Interessenausgleich unter diesen Akteuren angelegt. Insofern wird sich in der Literatur auch für eine frühzeitige gleichberechtigte Einbeziehung (auch der Bürger und kleiner Gewerbe) in die Planung ausgesprochen.⁸⁴

3. Beauftragung Dritter

Die Beauftragung Privater (Ingenieur- oder Planungsbüros) mit den verschiedenen Planungsschritten im WPG ist zunächst unbeschränkt möglich.⁸⁵ Das gilt hingegen nicht für die Ausweisung nach § 26 WPG und selbstverständlich auch nicht für die Vereinbarung der Fahrpläne nach § 71k GEG, wenn hierfür keine zulässige Beilegung durch die planungsverantwortliche Stelle (also die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private durch Verwaltungsakt) stattfindet.

Innerhalb der Wärmeplanung im engeren Sinne ergibt sich eine Beschränkung der Befugnis, diese auf Dritte zu übertragen, nur aus allgemeinen Grundsätzen. Auch können den jeweiligen Dienstleistern umfassende Vorgaben (ggf. schon im Rahmen des Vergabeverfahrens) dafür gemacht werden, wie Tatsachen zu gewichten und welche Wertungen zu beachten sind, wenn dies aus rechtlichen Vorgaben folgt. Denn die Rechtsanwendung selbst obliegt der pvS.

⁸³ Schwintowski, in EWerk, 6 /2023, 248, (S. 250)

⁸⁴ Schwintowski, in EWerk, 6 /2023, 248, (S. 249).

⁸⁵ BT-Drs. 20/8654, 88.

Die pvS muss dafür sorgen, dass die Planung rechtmäßig erfolgt. So wäre es im Rahmen des § 14 WPG unzulässig, die Eignungsprüfung einem Planungsdienstleister vollständig zu übertragen, wenn dieser Dienstleister ausschließlich Tatsachen ermittelt (etwa das Vorhandensein eines Gasnetzes) und auf dieser Grundlage eine eigene Entscheidung trifft. Dabei würde es sich nach hier vertretener Auffassung um eine rechtswidrige Planung handeln.

Um dies sicherzustellen, hat die pvS auch die Pflicht, entsprechend bereits vergaberechtlich Vorgaben zu machen und demgemäß die Aufgabenübertragung zu beschränken. Insoweit erscheint fraglich, dass teils vertreten wird, die Übertragung der gesamten Planung (§§ 13 – 22 WPG) auf Private sei ohne Weiteres möglich.⁸⁶

Auch kann und muss die pvS Vorgaben dafür machen, welche Leitfäden, Studien und sonstige Tatsachengrundlagen bei der (ausgelagerten) Planung zu beachten sind. Diese müssen indes ihrerseits objektiv richtig und unter Anwendung gesetzlicher Gewichtungen zustande gekommen sein. Sofern allerdings die Aufsichtsbehörde der pvS die Verwendung bestimmter Leitfäden anweist, ist das eigene Ermessen der pvS hier eingeschränkt. § 5 Abs. 2 Nr. 2 WPG spricht auch von den „Standards der in der Praxis verwendeten Leitfäden“. Darin kann ein gesetzgeberisches Anerkenntnis (und damit auch eine Empfehlung) des Rückgriffs auf entsprechende Leitfäden gesehen werden.

Entscheidend ist im Ergebnis, dass die Planungsschritte „qualitativ hochwertig“ und unter Beachtung der gesetzlichen Kriterien (§ 9 Abs. 3 WPG) durchgeführt werden. Sofern Planungsdienstleister dies dann nicht beachten, würde dies häufig bereits im Auftragsverhältnis eine Pflichtverletzung bedeuten und gegebenenfalls Ersatzansprüche auslösen.

Praktisch muss hier indes auf das begrenzte Angebot fähiger und erfahrener Planungsdienstleister hingewiesen werden. Das haben die Erfahrungen aus den Bundesländern gezeigt.⁸⁷ Die Qualität der Planung kann hier also häufig weniger ein rechtliches als ein tatsächliches Problem bedeuten.

V. Ergebnis

Im Ergebnis hat die Kommune, soweit sie als planungsverantwortliche Stelle damit beauftragt ist (§ 33 WPG), rechtlich weitreichende Entscheidungskompetenzen.

Bei Beachtung der rechtlichen Vorgaben und Wertungen kann mit dem Gebrauch dieser Befugnisse eine fehlgeleitete Planung frühzeitig vermieden werden. Aus den Entscheidungsspielräumen folgt insoweit sogar eine öffentlich-rechtliche Pflicht,

⁸⁶ Schnittker/Fründ, NVwZ 2024, 289 (294 f.).

⁸⁷ Bt-Drs. 20/8654, S 54.

unrealistische Planungen zu vermeiden, was auch für unverbindliche Planungsschritte gilt. Das folgt bereits aus dem haushaltrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und überdies aus den Grundsätzen der Wärmeplanung nach § 9 Abs. 3 WPG.

Weitreichende und richtungsgebende Entscheidungskompetenzen der planungsverantwortlichen Stelle liegen bei der Eignungsprüfung (1.), der Ausweisung von Wasserstoffnetzgebieten (2.) und bei der Vereinbarung von Fahrplänen nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG (3.). Unrealistische Planungen sind als unverbindliche Zwischenschritte auf dem Weg zu einer verbindlichen Teilgebietsausweisung nach § 26 WPG unbedingt zu vermeiden. Durch die unverbindliche Rechtsnatur von Wärmeplänen wird auch eine spätere Ausweisung nach § 26 WPG entgegen dem Ergebnis der Wärmeplanung nicht verhindert.

1. Eignungsprüfung

Eine zentrale und die frühestmögliche Weichenstellung für die Frage, ob eine Wasserstoffnetzversorgung in die Wärmeplanung einbezogen werden soll, bildet § 14 Abs. 3 WPG.

Die Wirtschaftlichkeit einer leitungsgebundenen Versorgung ist von einer Vielzahl von Faktoren abhängig und muss von Fall zu Fall bewertet werden. Es bleibt mit dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung unklar, wann tatsächlich „davon ausgegangen werden kann“ (§ 14 Abs. 3 WPG), dass etwas mit hoher Wahrscheinlichkeit unwirtschaftlich ist. Dies eröffnet großen Spielraum und nimmt kehrseitig aber auch die pvS in die Pflicht diesen Spielraum rechtmäßig (und nicht willkürlich) auszufüllen. Eine unmittelbare gerichtliche Überprüfung der Entscheidung scheidet allerdings mangels Drittwirkung der Eignungsprüfungsentscheidung aus (käme aber mittelbar bei Betrachtung anschließender fehlgeleiteter bauleitplanerischer Schritte der Kommune in Betracht).

Wird dabei auf die teilweise Aufgabenübertragung auf Dritte zurückgegriffen (was praktisch häufig der Fall sein wird und im Gegensatz zur vollständigen Übertragung auch unseres Erachtens als grundsätzlich zulässig angesehen wird) sind im Rahmen der Beauftragung konkrete Qualitätsanforderungen zur Sicherstellung des gesetzlichen Auftrags geboten. Gesetzliche Vorgaben für eine zweckmäßige Planung (§§ 1, 9 Abs. 3 WPG) sind schon im Vergabeverfahren zu benennen.

Die Subsumtion des unbestimmten Rechtsbegriffs der „voraussichtlich hohen Wahrscheinlichkeit eines unwirtschaftlichen Betriebs“ vollständig privaten Planungsdienstleistern zu überlassen, wäre nach hier vertretener Auslegung rechtswidrig, wenn dafür nicht umfassende Kriterien bereitgestellt werden, die über die unbestimmten Vorgaben des § 14 WPG hinaus gehen.

2. Ausweisung nach § 26 WPG, § 71 Abs. 8 GEG

Überdies kann die planungsverantwortliche Stelle über die Ausweisung von Wasserstoffnetzausbaubereichen (§ 26 WPG) weitgehend unabhängig entscheiden. Eine solche Ausweisung wird indes immer nur im engen Zusammenhang mit der Vereinbarung von Fahrplänen i. S. d. § 71k GEG (nachfolgend unter c) zweckmäßig sein.

Die Ausweisung kann auch entgegen den Ergebnissen der Wärmeplanung erfolgen, wenn das bei Abwägung der berührten öffentlichen und privaten Belange gegen- und untereinander erforderlich ist.

3. Fahrpläne nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG

Schließlich ist die planungsverantwortliche Stelle regelmäßig auch für die Vereinbarung von Fahrplänen (§ 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG) zuständig (§ 33 Abs. 2 WPG). Hier bestehen rechtlich weitreichende Spielräume, die Interessen der (kommunalen) Öffentlichkeit zu vertreten und durchzusetzen.

Bei diesen Wasserstoffnetz-Transformationsfahrplänen i. S. d. § 71k GEG handelt es sich um öffentlich-rechtliche Verträge zwischen der zuständigen Stelle und dem Gasverteilernetzbetreiber, der entschlossen ist, sein Gasverteilernetz auf Wasserstoffverteilung umzurüsten und dafür auch weitgehend Kosten und Risiken auf sich zu nehmen.

§ 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG normiert für diese Verträge sehr konkrete inhaltliche Anforderungen, wonach festgelegt sein muss, in welchen technischen und zeitlichen Schritten die Umstellung der Infrastruktur und der Hochlauf auf Wasserstoff erfolgt (dabei muss der Fahrplan in Übereinstimmung mit den Netzentwicklungsplänen der Fernleitungsebene stehen oder der Betreiber des Gasverteilernetzes darlegen, wie vor Ort ausreichend Wasserstoff produziert und gespeichert werden kann), wie die Umstellung auf die vollständige Versorgung der Anschlussnehmer auf Wasserstoff finanziert wird, insbesondere, wer die Kosten der Umrüstungen und des Austauschs der nicht umrüstbaren Verbrauchsgeräte tragen soll, und mit welchen zeitlichen und räumlichen Zwischenschritten in den Jahren 2035 und 2040 die Umstellung von Netzteilen in Einklang mit den Klimaschutzzielen des Bundes unter Berücksichtigung der verbleibenden Treibhausgasemissionen erfolgt.

Überdies können im Interesse der betroffenen Gebäudeeigentümer Regelungen im Fahrplan aufgenommen werden, die die Ersatzpflicht nach § 71k Abs. 6 GEG konkretisieren.

Nach hier vertretener Auffassung kann eine Wasserstoffnetzversorgung von *Haushaltskunden* für ein beplantes Gebiet erst dann als wirtschaftlich bewertet werden, wenn diese vorstehenden Fragen verbindlich zwischen den Akteuren geklärt sind. Das mag für einzelne Großkunden, die im Vorfeld mit entsprechender Marktbedeutung bilaterale Vereinbarungen mit Versorgern und Netzbetreibern treffen können, anders zu bewerten sein. Für Haushaltskunden und kleine Gewerbe erscheint aber eine Wärmeplanung mit Wasserstoffnetzbetrieb ohne verbindliche Absicherung der in den Fahrplänen nach § 71k GEG zu regelnden Finanzierungsfragen äußerst riskant.

Das folgt bereits aus der gesetzlichen Systematik und ohne eine konkrete Prognose darüber, mit welcher Verfügbarkeit von Wasserstoff in Zukunft zu rechnen ist.

Das WPG und das GEG sehen für die Übernahme dieses Risikos die Gasnetzbetreiber (und nicht die planungsverantwortliche Stelle) in der Pflicht, was auch beispielsweise dadurch zum Ausdruck kommt, dass Gasverteilernetzbetreiber nur dann einen Vorschlag für eine Wasserstoffnetzversorgung machen können (§ 18 Abs. 4 WPG), wenn sie sicherstellen, dass die oben genannten hohen Anforderungen an einen Fahrplan eingehalten werden könnten. Eine weitere Planung nur bei verbindlichen (vorvertraglichen) Zusagen von Gasnetzbetreibern erscheint vor diesem Hintergrund angemessen, aber auch geboten.

D. Fazit

Die Kommunen sind durch höherrangiges Recht verpflichtet, ausgewogene und fehlerfreie Entscheidungen zu treffen.

Ein wesentliches Ergebnis der vorliegenden Prüfung ist, dass die potenziell weitreichenden (nicht zuletzt wirtschaftlichen) Folgen von Festlegungen innerhalb der Wärme- und Wasserstoffnetzplanung dazu führen, dass der realistischen Machbarkeit gegenüber den theoretischen Vorteilen der Vorrang einzuräumen ist. Das gilt insbesondere mit Blick auf die rechtlichen Wirkungen für Gebäudeeigentümer/Wärmekunden und die negativen Folgen für diesen, wenn eine unrealistische Planung fehlt.

Daraus folgt auch, dass bestimmte Entscheidungen innerhalb der Wärme- und Wasserstoffnetzplanung eigenständig durch die pvS getroffen werden müssen und nicht vollständig privaten Planungsdienstleistern überlassen werden dürfen. Eine unkritische Überlassung dieser Pflichten an private Planungsdienstleister wäre regelmäßig rechtswidrig.

Die auf die (rechtlich weitgehend unverbindliche) Wärmeplanung im engeren Sinne folgenden Umsetzungsakte haben ihrerseits rechtlich verbindliche Wirkungen, wie die zeitliche Verschiebung der Erfüllungspflicht nach § 71 Abs. 8 S. 3 GEG. Hiernach gilt die 65 %-Vorgabe für Heizanlagen auch bei Bestandsbauten vorzeitig, wenn eine (grundstücksbezogene) Ausweisung nach § 26 Abs. 1 i. V. m. § 72 Abs. 1 WPG erfolgt ist. Diese Rechtsfolge setzt nicht das Vorliegen eines Fahrplans nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG voraus.

Hier wird vor diesem Hintergrund vertreten, dass ohne das Vorliegen konkreter Zusagen der jeweiligen Stakeholder (insbesondere der Verteilernetzbetreiber) für die Verteilung und Übernahme wirtschaftlicher Risiken (bei vorhandenem Gasnetz also ohne konkrete Zusagen zu einem Fahrplan) bereits die Planung von Wasserstoffnetzgebieten, die auch Haushaltskunden versorgen, regelmäßig verkürzt erfolgen und diese Versorgungslösung nach Maßstab des § 14 WPG (Eignungsprüfung) im Weiteren ausgeklammert werden kann. Das folgt nicht zuletzt auch aus den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, denen die Kommune selbstverständlich auch bei der kommunalen Wärmeplanung untersteht.

Diese Abhängigkeit von Zusagen Dritter stellt mit Blick auf den gesetzlich durch das WPG und das GEG ambitioniert vorgegebenen *Zeitplan* für die verbindliche Planung einer leitungsgebundenen Wasserstoffversorgung eine erhebliche Hürde dar. Dass die notwendigen tatsächlichen Voraussetzungen für ein positives Ergebnis der Eignungsprüfung nach § 14 Abs. 3 WPG (Eignungsprüfung für Wasserstoffnetzplanung) innerhalb des Zeitplans für die Wärmeplanung im engeren Sinne überhaupt vorliegen, dürfte nicht der Regelfall sein. Das gilt für den Verlauf des Kernnetzes, für „konkrete Anhaltspunkte für eine dezentrale Erzeugung, Speicherung und Nutzung von Wasserstoff“ und erst recht für Fahrpläne i. S. v. § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG.

Mit Blick auf den engen Zeitplan des WPG kann und muss die Eignungsprüfung nach § 14 WPG (die den Ausgangspunkt des Planungsablaufs darstellt) im Zweifel auch erfolgen, bevor konkrete Fahrpläne nach § 71k Abs. 1 Nr. 2 GEG verhandelt/vorgelegt wurden. Gleichwohl müssen die betroffenen Akteure beteiligt und Vorschläge geprüft werden.

Ein Abwarten auf das Vorliegen eines konkreten Fahrplans ist mit Blick auf den Zeitplan für die Prüfung nach § 14 WPG nicht erforderlich und wohl häufig auch nicht möglich. Überdies bestehen im Regulierungsrecht (EnWG) für Gas- bzw. Wasserstoffnetze und im Bereich der Konzessionsvergabe noch rechtliche Hindernisse, die für eine Wasserstoffnetztransformation zwingend zu beseitigen sind.

Da die Wärmeplanung für größere Kommunen bereits bis Mitte 2026 (und für kleinere bis Mitte 2028) abgeschlossen sein muss, erscheint allein deshalb eine ver-

lässliche Wasserstoffnetzplanung für Haushaltskunden (§ 3 Nr. 22 EnWG) innerhalb der Wärmeplanung im engeren Sinne (§§ 13 - 22 WPG) nicht realistisch. Weil die Wärmeplanung rechtlich (weitgehend) unverbindlich ist, steht die Nichtberücksichtigung von Wasserstoff innerhalb der Wärmeplanung einer späteren Transformation für große (Industrie-)Kunden indes nicht im Wege.

Auch ist nach hier vertretener Auffassung für eine nachgelagerte grundstücksbezogene Wasserstoffnetz-Ausweisung im Einzelfall unschädlich, wenn Wasserstoff für Haushaltskunden bei der Planung und Ausweisung von Gebieten unberücksichtigt geblieben ist.

Eine leitungsgebundene Wasserstoffversorgung in die Wärmeplanung nach dem WPG umfassend (und nicht nur verkürzt) einzubeziehen, ist nach hier vertretener Auffassung also nur gerechtfertigt, wenn die Vereinbarung eines Fahrplans nach § 71k GEG konkret und verbindlich in Aussicht steht. Insoweit sei auch darauf hingewiesen, dass die BNetzA gemäß § 71k Abs. 3 GEG erst zum 31.12.2024 das Format des Fahrplans und die Art der dafür vorzulegenden Nachweise endgültig festlegen muss.

Als Kommune gleichwohl – und ohne verbindliche Vereinbarungen mit anderen Akteuren – eine Wasserstoffnetzversorgung planmäßig anzustreben, stellt also aktuell noch ein hohes Risiko dar. Denn dies würde die Gefahr beinhalten, Zeit und Ressourcen mit der Planung unwahrscheinlicher Lösungen zu verschwenden.

Insofern darf einer flächendeckenden leitungsgebundenen Wasserstoffversorgung mit Blick auf das grundrechtlich gebotene Ziel der Treibhausgasneutralität gegenüber der Planung alternativer, realistischerer und letztlich klimaschonenderer Lösungen jedenfalls bei der Versorgung von Haushaltskunden kein ungerechtfertigter Vorrang eingeräumt werden.

Rechtsanwalt
Victor Görlich

Rechtsanwalt
Dr. Dirk Legler