

Verfassungswidriges Bundesbauordnungsrecht

von RA Johannes Kirchmeier, Saarbrücken, 2003

Zur Energieeinsparungsverordnung 2002

1. Von den Wärmeschutzverordnungen zur EnergieeinsparungsVO (EnEV)

1.1 Zum Titel „Verfassungswidrige Bundesbauordnungsrecht“ in BauR 6/1984

Der Titel „Verfassungswidriges Bundesbauordnungsrecht“ provoziert jeden Kenner des öffentlichen Baurechts. Das zweite Wort zeigt an, dass es sich bei der Materie der Wärmeschutzverordnungen und der EnEV *erstens* um materielles Bauordnungsrecht handelt und *zweitens* um Bundesrecht. Bauordnungsrecht aber ist traditionell nach dem Gutachten des BVerfGs¹ Gegenstand ausschließlich der Landesgesetzgebung. Handelt es sich um Bundesbauordnungsrecht, ist es verdächtig, schon deshalb verfassungswidrig zu sein. Das erste Wort des Titels bestätigt – *erstens* – diesen Verdacht. Hinter diesem Wort verbirgt sich – *zweitens* – die Tatsache, dass der Regelungsinhalt materiell-rechtlich mit der Verfassung nicht vereinbar ist, nämlich soweit er zur Erreichung seines Zwecks nicht erforderlich ist und Freiheitsrechte einschränkend das Rechtsstaatsgebot verletzt.

Der Titel des ersten Aufsatzes von 1984² hat die bezeichneten Kernfragen des öffentlichen Baurechts provozierend zusammengefasst.

1.2 Zur unterbliebenen verfassungsrechtlichen Diskussion

*Ortloff*³ verweist in seinem Standardlehrbuch zum Bauordnungsrecht immer wieder auf den Aufsatz von J. Kirchmeier von 1984. Die kommentierende Literatur⁴ reflektiert nicht die Verfassungsmäßigkeit der bundesrechtlichen Anforderungen. Bauphysiker, Ingenieure und Architekten⁵ reklamieren, die das Gebäude umgebenden Wände verwalteten die Wärme im Innern des Gebäudes das entgegen der der EnEV zugrunde liegenden Annahme kein geschlossenes System sei. Die Ergebniswerte der von der VO verlangten Dämmung entsprächen nicht der Prognose, die Dämmung rufe erfahrungsgemäß

¹ BVerfG, B. v. 16.06.1954 – 1 PBvV 9/92 -, BVerfGE 3, 407/430 ff. und 439.

² *Kirchmeier*, Verfassungswidriges Bundesbauordnungsrecht, BauR 6/1984, 586 = <http://home.t-online.de/home/konrad-fischer/7enevver.htm>.

³ *Ortloff*, Öffentliches Baurecht II, 4. Aufl., S. 1 u. S. 35.

⁴ *Große-Suchsdorf und Lindorf*, aaO, Rdnrn. 7 – 12; *Franz*, in: *Simon*, BayBauO, Art. 16 Rdnrn. 15 ff.

⁵ *Kirchmeier*, FN 2 dort FN 1; *Paul Bossert*, Geht die Wärmedämmung in die falsche Richtung?, tec 21, Heft 37; *Claus Meier*, Richtig bauen.

Bauschäden bis zur Wertlosigkeit von Gebäuden hervor, und letztlich nütze der Aufwand vieler Milliarden Euro für Wärmedämmung betriebswirtschaftlich ausschließlich der Dämmstoffindustrie, hinter der die Ölproduzenten stünden – böse ausgedrückt: die Ölmafia -, schade aber unzumutbar den Eigentümern der Gebäude. Wenn auch nur eine dieser Reklamationen berechtigt und nicht falsifiziert ist, ist das verfassungsrechtlich relevant. Nicht Einzelne, die man als Außenseiter abtun könnte, sind es, die ihre Vorbehalte äußern, und es sind zu viele, denen man das Sapere aude Kants⁶ vertraut. Es sind diejenigen, welche die in der Naturwissenschaft geforderte Kritik üben, zu vorderst in der Physik. Bauphysik gehört dazu. Sie richtet den Blick ausschnittsweise auf die Wärmelehre. Immer noch gilt das *experimentum crucis*, das Schlüsselexperiment⁷. Die Kritik ist ernst zu nehmen. Die Verfechter des Bundes-Wärmeschutzrechts vermeiden bis zur Stunde die dialogische Auseinandersetzung⁸. Der Dialog muss zunächst unter Architekten und Ingenieuren auf dem Gebiet der Bauphysik ausgetragen werden. Die Juristen werden sich voraussichtlich so lange im Dialog vorsichtig zurückhalten, als sie die scheinbar oder wirklich mathematisch aussehenden Formeln des aktuellen Regelwerks der Anlagen zur EnEV und der DIN 4108 nicht verstehen. Herzog⁹ hat das Dilemma der Juristen in seinem Festvortrag auf dem Verwaltungsrichtertag 1992 in Aachen¹⁰ zutreffend beschrieben. Je fremder den Juristen eine Materie ist, je weiter entfernt vom Ausbildungsprogramm also die Materie ist, desto eher neigen sie dazu, fremder Fachkunde gläubig zu folgen, und je vertrauter ihnen die Materie ist, je mehr sie also Gegenstand der Ausbildung oder der beruflichen Erfahrung ist, desto eher trauen sie sich ein eigenes Urteil zu. Herzog freilich hatte richterliche Entscheidungen dazu zu verteidigen, was die Juristen Einschätzungsprärogative oder auch Beurteilungsspielraum des vollziehenden Rechtsanwenders nennen. Hier aber geht es bei den Anlagen zur EnEV und den von ihr einbezogenen DIN-Normen¹¹ um richterlich voll überprüfbare Gesetzesbefehle an die Rechtsunterworfenen. Iura novit curia. Der Richter muss das Gesetz selbst verstehen. Scheinbar physikalische Formeln auszulegen ist ihm nicht vertraut. Es gehört nicht zum juristischen Ausbildungsprogramm.

⁶ Kant, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung? (1784), abgedruckt in: Kant, Werke in zehn Bänden, Hrsg. von Wilhelm Weichel, Band 9 und Barbara Stollberg-Rilinger, Europa im Jahrhundert der Aufklärung (Reclam Universal-Bibliothek Nr. 1724), 280 und Popper, Wissenschaftslehre in entwicklungstheoretischer und in logischer Sicht, in: Popper, Alles Leben ist Problem lösen, 15.

⁷ Popper, Logik der Forschung, 198..

⁸ Hegner (Referent im Bundesministerium für Verkehrs-, Bau- und Wohnungswesen), Die Energieeinsparungsverordnung, BBauBl 2002, Nr. 1, 38 ff. und Nr. 2, 32 ff.; Rathert/Hegner, WärmeschutzVO, 2. Aufl., Langner, Sonnenschutz- und EnergieeinsparungsVO, BBauBl 2002, Nr. 6, 40 ff.; Baumann/Györi/Muser, EnergieeinsparungsVO – Neue Anforderungen an die Zusammenarbeit von Architekten und Fachingenieuren, BBauBl. 2002, Nr. 6 46 ff.; Stock, Online-Workshop zur EnEV-Praxis, BBauBl 2002, 36 ff.

⁹ Herzog, seinerzeit Präsident des BVerfG, später Bundespräsident.

¹⁰ Herzog, Verfassung und Verwaltungsgericht – Zurück zu mehr Kontrollen?, NJW 1992, 2601.

¹¹ Das ist eine ganze Palette: VDE 3807 (§ 13 Abs. 5), DIN EN ISO 13789, 1999-10, DIN N 832: 98-12, DIN V 4108-6: 2000-11, DIN V 4701-10: 2001-02, DIN EN ISO 6946: 1996-11, DIN EN ISO 1077-1: 2000-11, DIN EN 410: 98-12, DIN N ISO 717-1: 1997-01, DIN 4102-13: 1990-05, DIN N ISO 6946: 1996-11 Anh. C, DIN EN 673: 2001-1 und DIN EN 13829: 2001-02.

Der Richter – und Rechtsanwälte – müssen sich die Fähigkeit durch Fortbildung aneignen¹². Es gibt einen harmloseren Präzedenzfall, die VOB¹³. Sie war für Juristen ungenießbar. Erst als eine Generation später *Korbion*¹⁴ einen vorbildlichen Kommentar schrieb, bemächtigten sich die Juristen der Materie der VOB. Da es sich bei der EnEV einschließlich ihrer Anlagen und der von diesen einbezogenen DIN-Normen um anwendbares Bundesrecht handelt, drängt sich der Dialog unter Architekten, Ingenieuren und Juristen über den Norminhalt und seine Vereinbarkeit mit der Verfassung auf. Bisher ist er ausgeblieben.

Wenn es zutrifft, dass es sich bei der praktischen Anwendung der möglicherweise verfassungswidrigen Anforderungen der EnEV um ein Milliardengeschäft zulasten der Bauherren und der Nutzer der Gebäude handelt¹⁵, darf der Dialog nicht ausbleiben. Nach § 4 Abs. 8 der Verwaltungsvorschrift enthält der Energieausweis den Hinweis darauf, dass die Berechnung keinen Rückschluss auf den tatsächlichen Energieverbrauch zulasse. Das demonstriert, dass auch dem Bundesbauministerium die Ungewissheit bekannt ist. Die Kommentatoren zur Niedersächsischen Bauordnung, *Große-Suchsdorf und Lindorf*¹⁶ schreiben zu Recht, die Überwachung der Baumaßnahmen auf Einhaltung der Nachweise über den Wärmeschutz durch die Bauaufsichtsbehörde sei schon allein aus personellen Gründen nicht möglich.

1.3 „Wärmeschutz“

Die juristischen Probleme beginnen bei dem Wort „Wärmeschutz“. Es bezeichnet traditionell den Schutz vor lästiger Wärme als unzumutbare Immission. § 906 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt:

„Der Eigentümer eines Grundstücks kann die Zuführung von ... **Wärme**, ... u. ä. von einem anderen Grundstück ausgehende Einwirkungen insoweit nicht verbieten, als die Einwirkung die Benutzung seines Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt.“

¹² *Ortloff*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, vor § 81 Rdnr. 54 f. Ein Schnellkurs tut es nicht. Da es sich um anwendbares deutsches Recht handelt, scheidet aus, im Prozess einen Sachverständigen als Gehilfen des Richters hinzu zu ziehen. Das Kostenrisiko, dass sich der Richter – oder auch der Rechtsanwalt – die verlässliche Kenntnis des Norminhalts verschafft, trägt rechtlich nicht eine am Prozess beteiligte Partei.

¹³ Harmloser, weil die VOB einen Vertragsvorschlag formuliert, nicht aber von den Rechtsunterworfenen, den Richter eingeschlossen, anzuwendendes Gesetzesrecht ist.

¹⁴ *Korbion/Ingenstau*, VOB.

¹⁵ wie deren Gegner behaupten.

¹⁶ aaO, s. FN 2, Rdnr. 8.

Der Reichsgesetzgeber 1896 hatte das Wort Wärme in die Vorschrift aufgenommen, und so steht sie auch in der geltenden Fassung des BGB 2002. Allerdings führt sie auch in der kommentierenden Literatur ein Schattendasein. Zitiert werden nur Entscheidungen aus der Zeit vor dem 1. Weltkrieg über einen störenden Backofen und über einen störenden Dampfkesselraum neben einem Eiskeller¹⁷. Heute dürfte die Wärmebelastung von Gewässern durch Industrie oder Kraftwerke im Vordergrund stehen¹⁸.

Thema der Wärmeschutzverordnungen und der EnEV aber ist nicht Schutz vor lästiger Wärme. Thema ist die Wärme oder auch die Kühle in Innenräumen. Den semantischen Fehlgriff der drei so bezeichneten Wärmeschutzverordnungen hat der Bundesgesetzgeber erkannt und die am 01. Februar 2002 in Kraft getretene VO jedenfalls im Klammerausdruck für den Sprachgebrauch als Energieeinsparungsverordnung bezeichnet. Halbherzig allerdings ist das, weil der vollständige Name immer noch lautet „Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden“.

Was gemeint ist, ist klar!

1.5 Von den WärmeschutzVOen zur EnEV

22.07.1976	Das förmliche, vom Bundestag beschlossene Energieeinsparungsgesetz; BGBl. 1976, I, S. 1973, mit Änderung vom 20.06.80, BGBl. 1980, I, S. 701
11.08.1977	1. WärmeschutzVO
24.02.1982	2. WärmeschutzVO, BGBl. 1982, I, S. 209
01.01.1984	Inkrafttreten der 2. WärmeschutzVO, § 16 Abs. 1 WärmeschutzVO
1984	Aufsatz "Verfassungswidriges Bundesbauordnungsrecht", von Johannes Kirchmeier, Saarbrücken in BauR 6/1984, 586
13.09.1993	Richtlinie 93/76/EWG des Rates zur Bekämpfung der Kohlendioxidemissionen durch eine effizientere Energienutzung (ABl. EG L 237 S. 28, http://www.luftdicht.de/enev-richtlinie%2093-76-ewg.htm)
16.08.1994	3. WärmeschutzVO, BGBl. 1994, I, S. 2121
16.11.2001	EnEV , BGBl. 2001, S. 3085
01.02.2002	Inkrafttreten der EnEV und Außerkrafttreten der WärmeschutzVO, § 20 EnEV

¹⁷ Dehner B., § 16 Rdnr. 14 und Roth, in: Staudinger 2002, § 906 Rdnr. 143, jeweils mit Nachweisen.

¹⁸ Roth, aaO, Rdnr. 143

2. Zur EnEV

2.1 Zweck

*Krüger*¹⁹ bezeichnet in der zeitlichen Reihenfolge Motive gesetzlicher Aktivitäten

- den weltweit sprunghaften Anstieg der Energiekosten in den 70er Jahren und
- einen angeblich zusätzlichen Treibhauseffekt durch CO₂ aus der Verbrennung fossiler Energieträger (Klimadebatte) seit den 80er Jahren.

Dem Wandel des politischen Motivs folgte der Wandel des Zwecks der gesetzlichen Regelung.

Die EU-Richtlinie zielt darauf ab „die Qualität der Umwelt zu bewahren und eine umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen zu gewährleisten.“ Sie strebt an, dass die „Mitgliedstaaten das Ziel der Begrenzung der Kohlen-Dioxid-Emissionen durch eine effizientere Energienutzung, insbesondere durch die Aufstellung und Umsetzung von Programmen verwirklichen“.²⁰

Ursprünglich war es darum gegangen, auf den Engpass auf dem Energiemarkt zu reagieren. Sparsamer Umgang mit Energiequellen war das Mittel.

Bei der EnEV handelt es sich um eine Verordnung und nicht um ein formelles Gesetz. Sie muss also den Anforderungen von Art. 80 GG genügen. Die Ermächtigung enthält § 1 Abs. 2 EnEG. Danach ist die Bundesregierung ermächtigt, durch Verordnung mit Zustimmung des Bundesrates Anforderungen an den Wärmeschutz von Gebäuden und ihren Bauteilen festzusetzen. Die Anforderung kann sich auf die Begrenzung des Wärmedurchgangs sowie der Luftwärmeverluste auf ausreichende raumklimatische Verhältnisse beziehen.

Es könnte verführen anzunehmen, Dämmung sei Zweck des Gesetzes. Gleichwohl ist anzunehmen, dass es sich um das Mittel handelt und nicht um den Zweck. Zweck ist *erstens* Klimaschutz, konkret: den CO₂-Ausstoß geringstmöglich zu halten und *zweitens* mit den nicht erneuerbaren Rohstoffen als natürlichen Bestandteilen der Erde – auch für spätere Generationen – sparsam umzugehen. Man kann das als Paradigmenwechsel im Energiewirtschaftsrecht beschreiben.

¹⁹ *Krüger*, Konstruktiver Wärmeschutz – Niedrigenergie-Hochbaukonstruktionen mit 495 Abbildungen und 95 Tabellen, Vorwort.

²⁰ s. unten Kapitel 3.4 zum Verhältnis von EU-Recht zu Bundesrecht und zu Landesrecht.

2.2 Wärme - Wärmetransport

Wärme ist aufgrund von Temperaturdifferenzen übertragene Energie. Der Wärmetransport erfolgt durch entweder – *erstens* – Wärmeleitung oder – *zweitens* – Konvektion oder – *drittens* – Wärmestrahlung. Das ist in Erinnerung zu rufen, wenn es um die gesetzliche Regelung der Mittel dafür geht, einerseits den CO₂-Ausstoß geringstmöglich zu halten und andererseits, mit Rohstoffen sparsam umzugehen, durch deren Verbrauch Wärme erzeugt wird. Das Mittel, nämlich Dämmung, lässt sich nicht selbstverständlich den beiden genannten Zwecken zuordnen.

2.3 Norm

Bauphysiker, Ingenieure und Architekten pflegen unter Normen die Gesamtheit dessen zu verstehen, was in den Normausschüssen als technische Regeln formuliert ist. Wenn Juristen von Normen sprechen oder schreiben, meinen sie etwas gänzlich anderes, nämlich die staatlichen Gesetzesbefehle. Das sind Gebote, Verbote, Fiktionen, aber auch ermächtigen, erlauben und derogieren.²¹

2.4 Zu einzelnen Regelungen der EnEV mit Anlagen

2.4.1 20 Paragraphen, fünf Anhänge und technische Normen

Der Inhalt der 20 Paragraphen, fünf Anhänge und der vielen technischen Normen²² kann hier nicht umfassend dargestellt, geschweige denn gewürdigt werden. Es folgt eine Beschränkung auf einzelne, für die am Bau und an dessen Nutzung Beteiligten bedeutsam erscheinende Probleme, herauszugreifen. Dabei wird zunächst unbeachtet gelassen, ob und inwieweit die VO mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Die Verordnung selbst hat sechs Abschnitte. Der erste Abschnitt enthält allgemeine Vorschriften, der Zweite bestimmt die Anforderungen an Neubauten, der Dritte die an bestehende Gebäude und der Vierte die an heizungstechnische und an Warmwasseranlagen. Der fünfte Abschnitt enthält eine Sammlung gemeinsamer Vorschriften, nämlich über Energieausweise, über Regeln der Technik, Ausnahmen und Befreiungen sowie Strafbestimmungen bei Ordnungswidrigkeiten. Der sechste Abschnitt enthält die Übergangsvorschriften und die Vorschrift über das Inkrafttreten der Verordnung.

²¹ Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen.

²² S. VN 13.

2.4.2 Zum 1. Abschnitt:

§ 1 begrenzt die Geltung der VO auf Gebäude und schließt davon Ställe, offene Hallen, unterirdische Bauten, Gewächshäuser, Traglufthallen, Zelte und Gebäude aus, die dazu bestimmt sind, wiederholt aufgestellt und zerlegt zu werden. Im Übrigen begrenzt die VO ihre Geltung auf Gebäude mit normalen und mit niedrigen Innentemperaturen, und schließt Bestandteile des Heizsystems ein, die nicht im räumlichen Zusammenhang mit Gebäuden stehen. § 2 enthält 11 Begriffsbestimmungen, auf die bei den einzelnen Vorschriften über Anforderungen jeweils zurückzugreifen ist.

2.4.3 Energiebedarfsausweis

§ 13 verlangt sowohl für Neubauten als auch für wesentliche Änderungen einen Energiebedarfsausweis bzw. für Gebäude mit niedriger Innentemperatur einen Wärmebedarfsausweis. Das ist ein richtiger Gebäudepass. Der Ausweis muss die nach der Verordnung erforderlichen Berechnungen für den Energiebedarf bzw. für den Wärmebedarf enthalten. Die Einzelheiten sind in der Verwaltungsvorschrift²³ enthalten. Der Ausweis ist EU-rechtlich durch die Richtlinie 93/76-EWG vorgegeben.

Der Ausweis enthält sowohl für die am Bau Beteiligten als auch für den Eigentümer ein Haftungsrisiko, dessen Ausmaß sich derzeit nicht abschätzen lässt. Zwar enthält der Ausweis nur die Berechnungen. Er enthält nicht die Erklärung, dass er den tatsächlichen Wärmebedarf des Gebäudes ausweist, nicht die Erklärung, dass er den effektiven Energiebedarf ausweist und noch nicht einmal die Erklärung, dass die Berechnungen richtig sind. Nach § 4 Abs. 8 der VV enthält der Ausweis den Hinweis darauf, dass die Berechnung keinen Rückschluss auf den tatsächlichen Energieverbrauch zulasse. Was aber die Zivilgerichte haftungsrechtlich daraus machen werden, ist abzuwarten.

§ 4 Abs. 8 der VV lautet:

„Die angegebenen Werte des Jahres-Primärenergiebedarfs und des Endenergiebedarfs sind vornehmlich für die überschlägig vergleichende Beurteilung von Gebäuden und Gebäudeentwürfen vorgesehen. Sie wurden auf der Grundlage von Planunterlagen ermittelt. Sie erlauben nur bedingt Rückschlüsse auf den tatsächlichen Energieverbrauch, weil der Berechnung dieser Werte auch normierte Randbedingungen etwa hinsichtlich des Klimas, der Heizdauer, der Innentemperaturen, des Luftwechsels, der solaren und internen Wärmegewinne und des Warmwasserbedarfs zugrunde liegen.

²³ VV v. 15.03.2002, Bundesanzeiger Nr. 52/2002.

Die normierten Randbedingungen sind für die Anlagentechnik in DIN V 4701-10: 2001-02 Nr. 5 und im Übrigen in DIN V 4108-6: 2000-11 Anhang D festgelegt. Die Angaben beziehen sich auf Gebäude und sind nur bedingt auf einzelne Wohnungen oder Gebäudeteile übertragbar.“

Die VO bestimmt weder, wer den Ausweis zu erstellen hat, noch wem die Autorschaft rechtlich zuzurechnen ist, sei es der Behörde gegenüber, sei es Dritten gegenüber. Der VO liegt vielmehr die Vorstellung zugrunde, die Länder werden durch ihr Landesbauordnungsrecht das Bundesbauordnungsrecht ergänzend ausfüllen. Die EnEV aber bestimmt ein Einsichtnahmerecht in den Ausweis und dazu den Kreis der Inhaber dieses Einsichtnahmerechts; das sind Käufer, Mieter, sonstige Nutzungsberechtigte und zuständige Behörden, § 13 Abs. 4. Ein Haftungsrisiko könnte sich insbesondere ergeben, wenn entweder die Berechnung unrichtig ist oder das Gebäude nicht exakt nach der Berechnung hergestellt ist oder den Anforderungen nicht entspricht und die Behörde nachträglich rechtmäßig die Erfüllung der Anforderungen insbesondere an die Wärmedämmung verlangt. Als Haftende kommen in Betracht: Derjenige, der die Berechnung vorgenommen hat, derjenige, der den Ausweis hergestellt hat, der Architekt, der Ingenieur, der Bauunternehmer, der Bauherr und der spätere Eigentümer. Viele Fragen bleiben offen. Je mehr inhaltliche Aussage man dem Ausweis beilegt, desto näher liegt ein Haftungsrisiko. Umgekehrt: Je weniger Aussage der Ausweis enthält, desto ferner liegt ein Haftungsrisiko, desto geringer aber wäre auch der Informationsgehalt des Ausweises. Der Informationsgehalt stünde dann umgekehrt proportional zu den gesteigert förmlichen Anforderungen an den Ausweis. Der begrenzte Erklärungsinhalt, den die VO selbst dem Ausweis beilegt, braucht den Zivilrichter, der über einen Schadensersatzanspruch zu entscheiden hat, nicht daran zu hindern, den darin enthaltenen Angaben in Verbindung mit den Begleitumständen der Einsichtnahme durch Auslegung einen weitergehenden Erklärungsinhalt zu entnehmen, um auf eine wesentliche Eigenschaft des Gebäudes zu schließen oder gar arglistige Täuschung anzunehmen. Deshalb erfolgt der Rat, sich bei der Gewährung der Einsichtnahme den Revers unterschreiben zu lassen, dass die Gewährung der Einsichtnahme ausschließlich den in § 13 Abs. 4 EnEV bestimmten Anspruch erfüllt und keine Erklärung über eine Eigenschaft oder die Rechtmäßigkeit des Gebäudes enthält.

Die Bestimmung, dass der Ausweis Rechte Dritter nicht berührt, § 13 Abs. 1 letzter Satz, stellt klar, dass der Ausweis nichts i. S. v. § 35 der Verwaltungsverfahrensgesetze regelt. Die Haftung für Fehler des Gebäudes oder auch nur des Ausweises beeinflusst diese Bestimmung nicht.

Die Regelung über den Energiebedarfsausweis ist irreführend. Sie enthält haftungsrechtliche Tücken. Sie gehört zum immer schneller wachsenden Bestand an die Freiheit begrenzenden Regulierungen zweifelhaften Werts. Sie ist ein Paradigma hierfür.

2.4.4 Neubauten und wesentliche Änderungen bestehender Gebäude

Die zentralen Regelungen sind § 3 Abs. 2 letztes Merkmal:

„Zu errichtende Gebäude mit normalen Innentemperaturen sind so auszuführen, dass ... der spezifische, auf die Wärmeübertragende Umfassungsfläche bezogene Transmissionswärmeverlust die Höchstwerte in Anhang 1, Tabelle 1, nicht überschreiten“,

und § 6 Abs. 1:

„Bei zu errichtenden Gebäuden sind Bauteile, die gegen die Außenluft, das Erdreich oder Gebäudeteile mit wesentlich niedrigeren Innentemperaturen abgrenzen, so auszuführen, dass die Anforderungen des Mindestwärmeschutzes nach den anerkannten Regeln der Technik eingehalten werden.“

Das ist klassisches Bauordnungsrecht.

Die Regelung geht vom sog. U-Wert aus. U bezeichnet die innere Energie eines geschlossenen Systems. *„Die innere Energie U eines Systems ist die Summe aller Energien des Systems, die unabhängig von der Umgebung bzw. äußeren Bezugssystemen sind.“*²⁴ Die in den Anlagen zur EnEV vorgeschriebenen Berechnungsmethoden verlangen Dämmung nach einem Rechenfaktor, der die Bewegung von Wärme von innen nach außen verhindern soll. Die EnEV fingiert und befiehlt, dass das Gebäude ein geschlossenes System sei. Die Richtigkeit dieser normativen Fiktion und die Zweckmäßigkeit dieses Befehls bestreiten ernstzunehmende Bauphysiker und Ingenieure²⁵. Sie meinen, die Energien innerhalb des Gebäudes seien nicht unabhängig von der Umgebung bzw. von äußeren Bezugssystemen. Sie seien abhängig von der ankommenden Energie verwaltenden, das Gebäude umgebenden Wand. Die EnEV aber verlangt, äußere Einflüsse auf das angeblich geschlossene System zu verhindern, und zwar durch Dämmung. Die Dämmstoffindustrie freut sich.

Die Berechnung und die Wechselwirkung zwischen Konstruktion und Berechnungsergebnis für das einzelne Gebäude soll hohe Anforderungen an die Kenntnisse und Fähigkeiten des Architekten und andererseits des Ingenieurs stellen²⁶. *Baumann/Györi und Muser* halten in ihrem Aufsatz deshalb ein flammendes Plädoyer für eine *„offene, fachkompetente und solidarische Zusammenarbeit zwischen Architekten und Fachinge-*

²⁴ *Sexl/Raab/Streeruwitz*, Einführung in die Physik, Band 1, Mechanik und Wärmelehre, S. 239.

²⁵ *Claus Meier*, Richtig bauen; *Bossert*, aaO, FN 7.

²⁶ *Baumann/Györi/Muser*, aaO, FN 10.

nieuren von Anfang an“²⁷. Richtigerweise geht es um konzentrierte fachliche Kenntnisse und Fähigkeiten desjenigen, der ein Gebäude plant und den Bau ausführt. Ein einziger Fachkundiger kann das Gebäude planen und bauen. Das Recht verlangt nicht, die Tätigkeiten auf mehrere typisierte Berufe zu verteilen und dann die Zusammenführung zu organisieren. Nur muss der Eine die konzentrierte Fachkunde haben.

2.4.5 Ausnahmen und Befreiungen

Normierter Normaltyp ./.. anderen Normaltyp – Beweislastbelastung für Normales

§ 16 Bestimmt Ausnahmen und § 17 Befreiungen. Das Verhältnis zwischen Ausnahme und Befreiung ist bis heute Gegenstand rechtstheoretischer Auseinandersetzungen²⁸. Auf eine Unterscheidung von Ausnahme und Befreiung kommt es in der Praxis nicht an. In den Blick zu nehmen sind *erstens* alternative Bauweisen, insbesondere Ziegelbauten und Gebäude mit dicken und schweren Wänden aus Natursteinen, wie sie für Repräsentationsgebäude aus dem 19. und dem Anfang des 20. Jahrhundert übernommen sind und *zweitens* alternative Heizsysteme. Das Dilemma desjenigen, der den Antrag auf Ausnahme stellt, liegt darin, in seinem Einzelfall nachweisen zu müssen, dass sein Vorhaben die oben bezeichneten Ziele der Verordnung durch andere als in dieser Verordnung vorgesehene Maßnahmen im gleichen Umfang erreicht werden. Das Schema entspricht zumindest nicht dem üblichen Schema, die dem Gesetzgeber bekannten Methoden gleichwertig zu behandeln. Zu denken ist allenfalls an ein allgemeines, gleichsam antizipiertes Gutachten, das nachweist, dass die andere Maßnahme, z. B. der Ziegelbau mit schwerer Wand die Ziele der EnEV mit gleichem Umfang erreicht. Selbst ein solches Gutachten entbindet nicht im Einzelfall nachzuweisen, dass das Vorhaben der in einem solchen Gutachten beschriebenen Maßnahme entspricht. Ein allgemeines, gleichsam antizipiertes Gutachten sieht die EnVO nicht vor. Dass die Bauaufsichtsbehörden solche Gutachten akzeptieren, steht auf einem anderen Blatt²⁹. Alle Bauweisen, die nicht derjenigen entsprechen, auf die die in den Anlagen zur EnEV bestimmten Berechnungsmethoden zugeschnitten sind, sind dadurch benachteiligt, dass sie in Ausnahmen verwiesen sind. Dasselbe gilt für Heizmethoden. Das ist nur die materielle Seite der Medaille. Wer nach dem vorgegebenen Schema arbeitet, hat es leichter. Er hat es zunächst bei seiner Erarbeitung leichter und sodann bei der eventuell zuständigen Behörde. Wer eine andere Bauweise oder eine andere Heizmethode bevorzugt, den verweist die EnEV auf den sehr viel steinigere Weg der Ausnahme.

²⁷ Baumann/Gypri/Muser, aaO, 46. „Solidarisch“ ist sicher zu hoch gegriffen. Solidarität ist etwas anders, was mit Not oder abzuwendender Not an menschlichem und gesellschaftlichem Bedürfnis in Verbindung zu bringen ist. Zur Solidarität siehe Zoll, Was ist Solidarität heute?

²⁸ Schlichter, in: Berliner Kommentar, 2. Aufl., § 31 Rdnr. 7, Dürr, in: Kohlhammer-Kommentar zum BauGB, § 31 Rdnr. 9, Söfker, in: Ernst/Zinkhahn/Bielenberg, § 31 Rdnr. 11, Sandler, BBauBl. 1968, 63.

²⁹ s. Eingangs-Kapitel 1.1; Große-Schuchsdorf und Lindorf, aaO, FN 2.

Ausnahmen und Befreiungen relativieren die Vorschriften zwingenden Rechts. Im angloamerikanischen und im internationalen Recht bezeichnen wir solche relativierende Vorschriften als *soft law*. Relativieren können Vorschriften in beide Richtungen, nämlich einerseits die Strenge des zwingenden Rechts abmildernd und mehr Freiheit für den Einzelnen eröffnend und andererseits an sich Zulässiges einengend. Die EnEV folgt nicht diesem nach beiden Seiten hin allgemein offenen Schema. Sie öffnet ausschließlich, die Strenge ihrer Regelungen mildernd in die eine einzige Richtung zu mehr Freiheit im Einzelnen. Das ist das gesetzestechnische Schema der EnEV. Als Ausnahmefall bestimmt die EnEV den Fall, dass ihre Ziele „durch andere als in dieser Verordnung vorgesehene Maßnahmen im gleichen Umfang erreicht werden“. Als hervorgehobenen Härtefall bestimmt sie *den* Fall, dass die vom Regelwerk verlangten „Aufwendungen innerhalb der üblichen Nutzungsdauer ... durch die eintretenden Einsparungen nicht erwirtschaftet werden können“, § 17 S. 2. Die EnEV geht noch weiter. Sie fingiert normativ³⁰, dass die in der Anlage verlangte Dämmung den Normzweck erfüllt, verlangt aber für alle anderen ebenso typischen Fälle, dass der Bauherr die Erfüllung des Normzwecks im Einzelfall beweist. Der Erfüllungsfiktion des von ihr bevorzugten Falles setzt sie eine Beweislastforderung für alle anderen Normaltypen im Einzelfall entgegen. Solange nicht widerlegt ist, dass andere traditionelle Bauweisen oder Heizmethoden, auf die die EnEV nicht zugeschnitten ist, den Zweck mindestens ebenso erreichen, so handelt es sich bei den in der VO bestimmten Ausnahme- bzw. Befreiungsfälle um typische Fälle. Es handelt sich dann nicht um atypische Fälle. Ein gutes Gesetz regelt die – alle – vom Gesetzgeber vorgefundenen typischen Fälle. Es normiert nicht eine vom Gesetzgeber bevorzugte Konstellation und überlässt, was sonst im Leben typischerweise vorkommt, einer Öffnungsklausel.

Das ist sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung.

Wer das von der VO bestimmte Regelwerk anwendet, braucht im Streitfall nur zu überzeugen, dass er es richtig gemacht hat. In der VO ist nicht bestimmt, wer der Adressat ist, den er überzeugen muss. In Betracht kommt die zuständige Behörde, ggf. der die Behörde kontrollierende Richter, ein Käufer, ein Pächter oder Nutzungsberechtigter und der Richter, der über dessen behaupteten Schadensersatzanspruch schlichten oder entscheiden muss. Indem die VO normiert, dass rechtmäßig handelt, wer das von ihr bestimmte Regelwerk einhält, bevorzugt sie diesen denjenigen gegenüber, die die Vorbezeichneten Dritten in ihrer Meinungsbildung erst noch im Einzelfall beeinflussen müssen. Soll solche Einflussnahme Erfolg versprechend sein, erfordert sie nicht nur Kunstfertigkeit des Beeinflussenden³¹, sondern auch beim zu Überzeugenden, dass er am Ende überzeugt ist und glaubt, was ihm der Überzeugende zur Gleichwertigkeit vorgetragen hat oder dazu, dass sich die Aufwendung nicht erwirtschaften lässt.

³⁰ Zum Begriff der Norm s. oben Kapitel 2.3.

³¹ *Weyreuther*, Einflussnahme durch Anhörung, in: Festschrift für Sendler, 183; *Ortloff*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, vor § 81 Rdnr. 40.

Auf der einen Seite bestimmt das Regelwerk die Rechtsunterworfenen bindend, dass es den Zweck der VO erfüllt. Auf der anderen Seite bleibt die Feststellung, dass der Betreffende den Gesetzeszweck erreicht, das Ergebnis eines Diskurses im Einzelfall. Dass das zu unterschiedlichen Ergebnissen in gleichen Fällen führen kann, liegt auf der Hand.

Ein gutes Gesetz regelt alle typischen Fälle und überlässt ausschließlich Atypisches Ausnahmen und Befreiungen. Die EnEV verlässt dieses Schema und verkompliziert die Rechtsanwendung extrem für alle diejenigen, die nicht die oben beschriebene Erfüllungsfiktion aufgreifen.

Nicht anders sieht es mit dem in der VO ausdrücklich geregelten Befreiungsfall aus. Das ist der Fall, dass sich die Aufwendung für das Dämmen nicht erwirtschaften lässt. Die VO verlangt weder eine Gesamtenergiebilanz, die den Aufwand an Energie für die Herstellung der Dämmstoffe, deren Transport und Anbringung einschließt, ggf. deren Lebensdauer, wiederholte Herstellung und deren Entfernung und – ggf. wiederholte Entsorgung. Noch verlangt sie eine Kosten-/Nutzenbilanz, sei es betriebswirtschaftlich für das einzelne Gebäude oder gar volkswirtschaftlich für die Gesamtheit der Gebäude. Ob die VO erlaubt, die von ihren Kritikern durch die Dämmung zu erwartenden – und schon festgestellten – Bauschäden in die Bilanz einzustellen, ist zumindest offen. Da das Regelwerk normativ – als Fiktion – seine Richtigkeit bestimmt, spricht manches dafür, dass zurechenbare Bauschäden in eine Kosten-Nutzen-Rechnung nicht einzustellen sind. Ob Einsparungen i. S. v. § 17 S. 2 ausschließlich finanzielle Einsparungen sind, oder ausschließlich Einsparungen an Energie oder beides, und wenn letzteres mit welcher Gewichtung der Einen oder der Anderen, ist in der VO jedenfalls nicht ausdrücklich bestimmt.

Das Wort „erwirtschaftet“ deutet zwar auf den ersten Blick auf eine finanzielle Betrachtung. Den Geldbeutel der Rechtsunterworfenen zu schonen ist aber nicht das Thema der VO und nicht deren erklärter Zweck. Die von ihr im Vorspann bezeichnete Ermächtigung erlaubt auch keine Auskunft. Vergleichen soll der Bauherr seine Aufwendungen mit Einsparungen. Seine Aufwendungen bestehen einerseits aus der Anschaffung, Anbringung und später Entfernung und Entsorgung der Dämmstoffe und andererseits seinen geldlichen Ausgaben dafür. Unterlässt er die Aufwendungen, kauft er nach der der VO zugrunde liegenden Vorstellung für die Nutzungsdauer der Aufwendung mehr Energie ein. Stellen wir uns vor, die VO honorierte die von ihren Kritikern behauptete kurze Haltbarkeitsdauer der Dämmstoffe. In diesem Fall öffnete die VO ihre Nichtanwendung für diesen Normalfall. Sollten die Kritiker zur Haltbarkeitsdauer und der sich aus ihr ergebenden ungünstigen Gesamtenergie- und Kosten-Nutzen-Bilanz Recht haben, bestimmte die VO materiell-rechtlich, dass sie nicht anzuwenden ist.

Die VO bestimmte ihre eigene Nichtanwendung.

Zu den Befreiungen ist zum Verhältnis von Bundes- zu Landesrecht nachzutragen: Wer nachträglich Dämmstoff auf eine Wand aufbringen will, sei es auf die Wand eines bestehenden Gebäudes i. S. d. Abschnitts 3, sei es zur Fehlerbeseitigung bei einem neu errichteten Gebäude i. S. d. Abschnitts 2, benötigt Raum, der bei der offenen Bauweise³² in die landesrechtlich bestimmte Abstandsfläche zu liegen kommen könnte. Die Bauordnungen einiger Länder bestimmen für die nachträgliche Anbringung von Dämmstoffen an bestehenden Gebäuden i. S. d. Abschnitts 3, dass sie in der Abstandsfläche zulässig ist. Diese Bestimmungen gelten nicht für die Fehlerbeseitigung bei einem Neubau i. S. d. Abschnitts 2, wenn also der Bauherr Rechtsfehlerhafterweise den Dämmstoff nicht angebracht hat, die Außenfläche der Wand gerade die Abstandsfläche einhält. Sowohl in diesen letztgenannten Fällen als auch in den Ländern, in denen der Dämmstoff an ein bestehendes Gebäude nicht in der Abstandsfläche zulässig ist, ist sowohl an eine Befreiung nach Landesrecht als auch an eine Befreiung nach der bundesrechtlichen Vorschrift des § 17 EnEV zu denken. Das ist eine bemerkenswerte Konkurrenz von Bundesrecht und Landesrecht. Das Konfliktlösungsschema ließe sich sowohl dem Landes- als auch dem Bundesrecht entnehmen. Die Bauordnungen aller Länder stellen an eine Befreiung – hier von der Abstandsflächenvorschrift – die Anforderung, dass es sich um eine unbeabsichtigte Härte handelt. Ließe man die Befreiung nach Landesrecht zu, so setzte sich das Bundesbauordnungsrecht gegen die landesrechtliche Abstandsflächenbestimmung durch. Ließe man die Befreiung nach § 17 EnEV zu, so setzte sich das Landesbauordnungsrecht gegen Bundesrecht durch, nämlich gegen die EnEV.

Dass die bundesrechtliche Forderung nach Dämmung eine unbeabsichtigte Härte sei, kann man ihr objektiv nicht zugestehen. Eine landesrechtliche Befreiung scheidet aus. Kann der Bauherr auf seinem Grundstück eine zwingende gesetzliche Anforderung nicht erfüllen, so muss er sie unterlassen. Das aber kann eine unbillige Härte i. S. v. § 17 EnEV sein, sodass die Befreiung nach Bundesrecht zu erteilen wäre. Schwieriger ist es, wenn der Bauherr die Dämmung zur Fehlerbeseitigung seines Neubaus nachträglich aufbringen muss. Das ist zwar hart, nach dem von ihm missachteten Gesetzesbefehl aber nicht unbillig. Darüber hinaus kann der Nachbar verlangen, dass der Bauherr die Abstandsvorschrift einhält.

Ergo: Der Bauherr geht ein hohes Risiko ein, wenn er die verlangte Dämmung seines Neubaus unterlässt und nicht wenigstens vorsorglich den Raum innerhalb der Abstandsfläche hierfür freilässt. Der Architekt und der Ingenieur geht gleichermaßen ein Haftungsrisiko ein. Kaum vorstellbar sind der technische und der finanzielle Aufwand, der erforderlich ist, eine vorhandene Wand so weit abzuspitzen, dass die nachträglich aufzubringende Wärmedämmung darauf passt und die Abstandsfläche einhält.

³² § 22 BauNVO.

3. Fehlende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes

3.1 Gutachten des BVerfGs vom 16. Juni 1954 – 1 PBvV 2/52 -

Auf gemeinsamen Antrag des Bundestages, des Bundesrats und der Bundesregierung hat das BVerfG am 16. Juni 1954 sein Gutachten über die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes am dem Gebiet des öffentlichen Baurechts erstattet³³. Solche Rechtsgutachten des BVerfGs waren seinerzeit noch vorgesehen. Die 7. Frage lautete:

„Erstreckt sich die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes nach dem Grundgesetz, insbesondere nach Art. 74 Ziff. 18 GG unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG, auf folgende Gebiete:

7. das *Baupolizeirecht* im bisher gebräuchlichen Sinne?“

Diese Formulierung stammt vom Bundesrat. Die Bundesregierung hatte ursprünglich den auch heute allgemein gebräuchlichen und korrekten Ausdruck *Bauordnungsrecht* verwendet und u. a. gefragt, ob der Bund zuständig sei, folgende Materien zu regeln:

- „b) grundsätzliche Anforderungen baukonstruktiver ... und bauwirtschaftlicher Art an Bauwerke ...,
- d) die Pflicht zur ordnungsmäßigen Unterhaltung und Instandsetzung oder Beseitigung bei ordnungswidrigen Zuständen.“³⁴

Das BVerfG hat zunächst die Entwicklung der bezeichneten Rechtsmaterie nachgezeichnet und hervorgehoben, dass das herkömmliche Bauordnungsrecht auch der „*allgemeinen Wohlfahrt dienende Absichten verfolgt*“³⁵. Zu Absichten der allgemeinen Wohlfahrt gehört, Energie zu sparen und die Umwelt zu schützen. Das BVerfG hat die Frage abschließend beantwortet, für den Bereich des Bauordnungsrechts, der übrig bleibt, wenn das Planungsrecht ausgeschieden ist,

„kann eine Zuständigkeit der Bundesgesetzgebung nicht anerkannt werden.“³⁶

„Das Baupolizeirecht ist eine Rechtsmaterie für sich, und eine Bundeskompetenz lässt sich nicht durch Auslegung der damit in Zusammenhang stehenden Einzelmaterien begründen. Ausschlaggebend ist, dass das von jeher zur Landeskompetenz gehörende Baupolizeirecht im Kompetenzkatalog des Grundgesetzes nicht enthalten ist ...“³⁷

³³ BVerfG, Rechtsgutachten v. 16.06.1954 – 1 PBvV 2/52 -, BVerfGE 3, 407.

³⁴ BVerfG, aaO, S. 430.

³⁵ BVerfG, aaO, S. 432.

³⁶ BVerfG, aaO, S. 432.

³⁷ BVerfG, aaO, S. 434.

Allerdings hat das BVerfG in diesem Zusammenhang auch ausgeführt:

„Soweit der Bund ein Recht zur Gesetzgebung auf bestimmten Lebensgebieten hat, muss er daher auch das Recht haben, die dieses Lebensgebiet betreffenden spezial-polizeilichen Vorschriften zu erlassen. Da aber das ‚Bauwesen‘ nicht in den Katalog der Bundeszuständigkeiten aufgenommen worden ist, fehlt es für das Baupolizeirecht als Ganzes an einer derartigen Voraussetzung.“³⁸

3.2 Energiewirtschaft

Das Recht der Energiewirtschaft ist nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes und der Länder. Das Recht der Energiewirtschaft war im ursprünglichen Sinn das Recht für die Energieunternehmen, das Planungsrecht zur Fortleitung von Energieträgern, die Bewirtschaftung der vorhandenen Energiemengen und das Recht der Verbraucher zu den Energielieferern. Im Zuge des oben schon bezeichneten Wandels gehört der sparsame Umgang mit den Ressourcen zur Erzeugung von Energie sicher auch zum Gesetzgebungsgegenstand der Energiewirtschaft.

Die zu beantwortende Frage ist, ob das Recht des Bundes zur Gesetzgebung auf dem Gebiet der Energiewirtschaft mit den spezial-polizeilichen Vorschriften das Recht einschließt, die speziellen Anforderungen an Gebäude zu bestimmen, genauer: an die Außenwände der Gebäude.

In beiden Lebensbereichen geht es in Bezug auf Gebäude darum, der „*allgemeinen Wohlfahrt dienende Absichten*“ zu verfolgen. Hier geht es um Regelungen zur Verbraucherbeschränkung im Bereich der Baukonstruktion. Die Frage wird kontrovers beantwortet³⁹. Die Annex-Gesetzgebungszuständigkeit bezieht sich auf die Adressaten innerhalb der Energiewirtschaft, nicht aber auf Verbraucher. Die gestellte Frage kann deshalb nur im verneinenden Sinne beantwortet werden.

3.3 Luftreinhaltung

Die Luftreinhaltung ist nach Art. 74 Nr. 24 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung.

³⁸ BVerfG, aaO, S. 433.

³⁹ Bejahend speziell für das Bauwesen, BT-Drucks. 8/324; *Rengeling*, BK, Art. 74 Rdnr. 62; allgemein *Dannecker/Spoerr*, Verfassungs- und Europarechtswidrigkeit landesrechtlicher Stromheizungsverbote – zur föderalen Kompetenzverteilung in der Energiewirtschaft, DVBl. 1996, 1094 f.; Vorsichtig bejahend *Degenhart*, in: Sachs, 2. Aufl., Art. 74 Rdnr. 39 und *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 4. Aufl., Art. 74 Rdnr. 106; verneinend *Sander*, Unzulässigkeit von Stromheizungs-Verboten durch die Länder trotz hochgesteckter CO₂-Minderungs-ziele der Bundesregierung?, RdE 1994, 21/220, *Pestalozzi*, in: v. Mangoldt/Klein, 3. Aufl., Art. 74 Rdnr. 567 und *Maunz*, in: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 74 Rdnr. 152 und 152.

Bei der EnEV geht es darum, das Klima möglichst geringfügig oder gar nicht zu beeinflussen, nämlich durch Zuführung von CO₂ in die bodennahe Atmosphäre. Klima ist nicht Luft. Luft – auch die bodennahe Atmosphäre – ist nicht Klima. Die Beeinflussung des Klimas als Gesetzgebungsmaterie lässt sich nicht ohne weiteres dem Regelungsgegenstand Luftreinhaltepflicht zurechnen.

CO₂ ist, obwohl nur in geringer Menge in der Luft vorhanden, ein wichtiger Bestandteil der Luft, vor allem in der bodennahen Atmosphäre, weil es das Leben erst ermöglicht. Leben gäbe es ohne CO₂ nicht.

Die Gesetzgebungsmaterie Luftreinhaltepflicht befasst sich mit der Zuführung von Schadstoffen in die bodennahe Atmosphäre. Die anthropogene Zuführung des lebensnotwendigen Bestandteils von Luft in die bodennahe Atmosphäre lässt sich nicht ohne weiteres mit der Zuführung von Schadstoffen gleichsetzen. Die These ist, da CO₂ einen Treibhauseffekt bewirke und diese eine Erwärmung der Atmosphäre, bewirke anthropogene Zuführung von CO₂ einen *zusätzlichen* Treibhauseffekt⁴⁰. Hoch umstritten ist, ob anthropogene Zuführung von CO₂ in die bodennahe Atmosphäre das Klima messbar beeinflusst. Seitz verweist in seinem Rundschreiben, dem sich 18.000 Wissenschaftler angeschlossen haben, auf folgenden Sachverhalt. Der mengenmäßig weitaus größte Austausch an CO₂ findet zwischen den Weltmeeren und der atmosphärischen Luft statt. Die Weltmeere sind ein riesiger Speicher für CO₂. Die Weltmeere geben das gespeicherte CO₂ an die Atmosphäre ab bzw. nehmen es von dieser speichernd im Verhältnis der globalen Wolkendecke bzw. des globalen wolkenfreien Himmels ab, und die globale Wolkendecke bzw. der globale wolkenfreie Himmel steht im selben Verhältnis zur Sonnenaktivität. Das sei über einen langen Zeitraum mit sehr großer Übereinstimmung beobachtet. Eine auch nur annähernd ähnliche Übereinstimmung zwischen anthropogener Zuführung von CO₂ in die bodennahe Atmosphäre und der Änderung des Klimas ist bisher nicht gelungen.⁴¹ Übereinstimmung besteht darüber, dass der Begriff des Klimas facettenreich ist⁴². *„In der gegenwärtigen Klimaforschung wird das Klimasystem als Zusammenspiel bzw. als ein sich wechselseitig beeinflussender Prozess von Atmosphäre, Hydrosphäre, Kryosphäre (also die Sphäre von Eis und Schnee) und Biosphäre verstanden und nicht als ein Prozess, der sich im Wesentlichen auf die bodennahe Atmosphäre beschränkt“*⁴³. Übereinstimmung besteht auch darüber, dass der Mensch das Klima durch zusätzlichen Zufluss von CO₂ in die bodennahe Atmosphäre, wenn dann nur sehr weiträumig und in sehr langen Zeiträumen beeinflussen ließe⁴⁴.

⁴⁰ Stehr/v. Storch, Klima, Wetter, Mensch, S. 82 und 108.

⁴¹ Robinson/Baliunas/Soon/Robinson, Anlage zum Rundschreiben von Seitz an die in den USA tätigen Geowissenschaftler.

⁴² Stehr/v. Storch, aaO, S. 8/12/35/121 f.

⁴³ Stehr/v. Storch, aaO, S. 35.

⁴⁴ Stehr/v. Storch, ssO, S. 82 et passim.

Als Zeitraum kommen 100 bis 1'000 Jahre in Betracht. Der Raum des Klimas ist eine globale Angelegenheit⁴⁵.

Dass die einem einzelnen Gebäude in Deutschland zurechenbare Zuführung von CO₂ in die bodennahe Atmosphäre das Klima messbar beeinflussen könnte, ja sogar mit Messbarkeit in überschaubar entfernter Zukunft zu rechnen sein könnte, ist schlechthin ausgeschlossen.

Da CO₂ einerseits nicht mit einem Gift oder Schadstoff gleichzusetzen ist und andererseits der einem einzelnen Gebäude zurechenbare Zufluss an CO₂ in die bodennahe Atmosphäre das Klima nicht beeinflusst, handelt es sich beim Dämmbefehl der EnEV für das einzelne Gebäude nicht um die Gesetzgebungsmaterie Luftreinhaltung.

3.4 Verhältnis von EU-Recht und Bundesrecht und zu Landesrecht

Die §§ 3 – 7 und 8 Abs. 3 und die Anhänge 1, 2 und 4 der EnEV dienen der Umsetzung des Art. 5 der Richtlinie 93/76-EWG vom 13.09.1993⁴⁶. Es handelt sich um eine Richtlinie gem. Art. 189 Abs. 3 EWG-Vertrag, die an die Mitgliedstaaten gerichtet ist⁴⁷. Seine Kompetenz entnimmt der Rat Art. 235 EWG-Vertrag⁴⁸.

Die Richtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten Programme. Deren Umfang ist den Mitgliedstaaten überlassen. Im Einzelnen:

Die EU strebt an, dass die Mitgliedstaaten das Ziel der Begrenzung der Kohlen-Dioxid-Emissionen durch eine effizientere Energienutzung, insbesondere durch die Aufstellung und Umsetzung von Programmen verwirklichen, dazu gehören der Energieausweis für Gebäude und die Wärmedämmung von Neubauten, die regelmäßige Überprüfung von Heizkesseln sowie Energiebilanzen in Unternehmen mit hohem Energieverbrauch.

Art. 2 bestimmt:

"Die Mitgliedstaaten erstellen Programme im Zusammenhang mit dem Energieausweis für Gebäude und führen diese durch. Der Energieausweis für Gebäude mit einer Beschreibung ihrer energiebezogenen Merkmale dient zur Information potentieller Nutzer eines Gebäudes über die effiziente Energienutzung eines Gebäudes. Ggf. kann der Energieausweis auch Möglichkeiten zur Verbesserung dieser energiebezogenen Merkmale aufzeigen."

⁴⁵ *Stehr/v. Storch*, aaO, S. 82/99/104.

⁴⁶ FN zur EnEV, BGBl. I, 1994; Richtlinie 93/76-EWG des Rates zur Bekämpfung der Kohlendioxidemissionen durch eine effizientere Energienutzung, ABI. EG L 237 S. 28, <http://www.luftdicht.de/enev-richtlinie%2093-76-ewg.htm>

⁴⁷ Art. 11 der Richtlinie.

⁴⁸ Präambel der Richtlinie.

Art. 5 bestimmt:

"Die Mitgliedstaaten erstellen und verwirklichen Programme mit dem Ziel, eine wirksame Wärmedämmung für Neubauten auf lange Sicht nach Normen zu erreichen, die von den Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der Klimabedingungen und –zonen und des Verwendungszwecks des Gebäudes festgelegt werden."

Art. 8 bestimmt:

"Die Mitgliedstaaten bestimmen den Umfang der in den Art. 1 – 7 genannten Programme auf der Grundlage potentieller Verbesserungen des Energienutzungsgrads, des Kosten-Nutzen-Verhältnisses, der technischen Durchführbarkeit und der Umweltverträglichkeit." Umzusetzen sind die Programme entsprechend der inneren Gesetzgebungskompetenz der Mitgliedstaaten. Nach allgemeinem Verständnis ist diese Umsetzung in Deutschland Ländersache.

Im Übrigen gehen die von der EnEV bestimmten Anforderungen weit über das hinaus, was die Richtlinie verlangt, wie dargestellt.

4. Normzweck, Rechtsstaatlichkeit und Freiheitsrechte

4.1 Anforderungen der Wissenschaft an die Anerkennung als Naturgesetz

An die Richtigkeit der wissenschaftlichen Beschreibung eines Vorgangs stellt die Wissenschaft die Anforderung *erstens*, dass sie logisch ist und *zweitens*, dass sie sich bei der Beobachtung der Vorgänge – auch im Experiment – unverändert wiederholt⁴⁹. Popper beschreibt, was die Wissenschaft zu dem macht, was sie ist, werde „erreicht, vor allem anderen, durch die objektive, öffentliche, sprachliche Formulierung ihrer Theorien.“⁵⁰ Die Annäherung an die Wahrheit sei seiner Meinung nach eine der wichtigsten Ideen der Wissenschaftstheorie⁵¹. In Prüfungen, insbesondere intelligent ausgedachten Experimenten, muss sich die Theorie bewähren, und zwar immer wieder⁵². Der durch Falsifikation zu bestätigende Irrtum ist notwendiger Bestandteil der Annäherung an die Wahrheit. Die Frage, ob die der EnEV zugrunde liegende Theorie am Maßstab der vorgeschriebenen Anforderungen bis heute geprüft wurde, ist mit nein zu beantworten! Die in diversen Vorträgen und Diskussionen gemachten Äußerungen offenbaren meistens zwei widerstreitende Aussagen. Die Gegner der Theorie behaupten nicht nur, die

⁴⁹ Popper, Logik der Forschung, aaO, insbesondere S. 198 ff.; ders., Wissenschaftslehre in entwicklungstheoretischer und logischer Sicht, aaO, insbesondere S. 26 ff.

⁵⁰ Popper, Wissenschaftslehre, aaO, S. 27.

⁵¹ Popper, Wissenschaftslehre, aaO, S. 39.

⁵² Popper, Wissenschaftslehre, aaO, u. a. S. 43; ders., Die erkenntnistheoretische Position der Evolutio-nären Erkenntnistheorie, in: Alles Leben ist Problem lösen, S. 127/139.

Theorie der Anhänger der Wärmedämmung sei nicht nur nicht bewiesen, insbesondere nicht im Experiment, sondern darüber hinaus, sie sei falsifiziert⁵³. *Gertis* bestreitet die Falsifikation. Der Befund solchen unversöhnlichen Streits irritiert auf den ersten Blick.

Das Problem liegt darin, *echte* Falsifikationen von *scheinbaren* Falsifikationen zu unterscheiden⁵⁴. *Popper* beschreibt das so: Wer mit einer Falsifikation konfrontiert ist, könne sich „*immer irgendwie herausreden; wir können eine Hilshypothese einführen und die Falsifikation zurückweisen. Wir können unsere Theorien gegen alle möglichen Falsifikationen ,immunisieren‘*“⁵⁵. Handelt es sich bei der den Behauptungen der Gegner der EnEV zugrunde liegenden Theorie um eine *echte* Falsifikation, oder versuchen die Anhänger zu Unrecht, die Falsifikation zu immunisieren?

Das Regelwerk der EnEV behandelt das Gebäude wie eine Käseglocke. Nichts an Wärme im Innern darf nach außen entweichen. Und nichts an Wärme von außen soll nach innen dringen. Lüften soll der Benutzer des Gebäudes im Idealfall durch spezielle Lüftungstechnik. Dem liegt die These zugrunde, dass das Gebäude ein geschlossenes System sei, wie oben in Kapitel 2.4.4 beschrieben ist. Erweist sich das Gebäude nicht als geschlossenes System, wie die der Gegner der der EnEV zugrunde liegende These annimmt, ist die These der Befürworter der Dämmung falsifiziert und die Falsifikation auch nicht immunisierbar. Die vielfältigen Erfahrungsergebnisse sprechen dafür, dass sich die der EnEV zugrunde liegende These eben nicht bewährt hat, sondern dass sie falsifiziert ist. Angeblich erweist sich im Experiment immer wieder, dass sich durch extreme Dämmung insbesondere die Feuchtigkeit innerhalb des Gebäudes hält, die nicht weggeht und damit Nährboden für Milben und Schimmelpilze ist, welche ein erhebliches Gesundheitsrisiko darstellen. Das kann ein Bauschaden sein, der die Nutzbarkeit des Gebäudes erheblich einschränkt oder sogar aufhebt.

4.2 Anforderungen an die „Richtigkeit“ in Bezug auf den Normzweck

Das Rechtsstaatsgebot verlangt Richtigkeit und Wahrheit. Beide sind elementar und unverzichtbar. Maßstab für die Richtigkeit und die Wahrheit ist der Normzweck.

Der Normzweck ist, *erstens* mit den Ressourcen zur Erzeugung von Wärme sparsam umzugehen und *zweitens*, die Abgabe von CO₂ an die bodennahe Atmosphäre geringstmöglich zu halten, um eine Veränderung möglichst zu vermeiden.

⁵³ *Meier*, aaO; *Bossert*, aaO.

⁵⁴ *Popper*, Wissenschaftstheorie, S. 26.

⁵⁵ *Popper*, Wissenschaftslehre, aaO, S. 36 f.

Das Mittel muss nicht nur geeignet sein, den Normzweck zu erreichen, sondern es muss hierfür auch erforderlich sein. Maßgebend ist der dem Gesetz objektiv zu entnehmende Wille des Gesetzgebers⁵⁶.

Haben die Kritiker der der EnEV zugrunde liegenden These Recht, dass das vom Regelwerk verlangte Mittel der Dämmung allenfalls in bestimmten Konstellationen eine Chance hat, den Normzweck zu erreichen, so ist das Mittel eben nicht erforderlich und entspricht nicht der Anforderung an Rechtsstaatlichkeit.

Für den Bauherrn, der Eigentümer ist, enthält das Regelwerk Eigentumsinhaltsbestimmung i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG. Da allein er investiert, geht es um sein Eigentumsrecht als Freiheitsrecht. Hinzu kommt das Freiheitsrecht des Architekten, des Ingenieurs und des Bauphysikers nach seiner Fantasie zu planen. Die Freiheit ihrer Fantasie ist zwar vielfältig durch bauordnungsrechtliche Vorschriften begrenzt. Zugunsten der Masse der bauordnungsrechtlichen Vorschriften ist zu verbuchen, dass sie ihren Zweck verlässlich erreichen⁵⁷. Für das Regelwerk der EnEV ist gerade das bestritten.

Anzufügen ist: Das Fenster ist eine Öffnung der Wand. Die Funktion dieser Öffnung ist u. a., den Kontakt nach außen zu ermöglichen. Die EnEV verbietet zwar nicht, ein Fenster in dieser Funktion des Kontakts nach außen zu öffnen, sei es um der Amsel zu lauschen oder dem Murmeln des Bachs in meinem Garten oder um mit meinem Nachbarn oder einem Vorübergehenden eine Schwatz zu halten. Und doch konterkariere ich den Zweck der von der EnEV verlangten Wärmedämmung, wenn ich durch mein Handeln die Funktion des Fensters als Kontakt nach außen erfülle.

Die oben in Kapitel 2.4 beschriebene Erfüllungsfiktion ist falsifiziert, jedenfalls hat sie sich nicht hinreichend bewährt. Damit verstößt die Erfüllungsfiktion gegen das Rechtsstaatsgebot und rechtfertigt nicht die das Freiheitsrecht des Eigentümers einschränkende Eigentumsinhaltsbestimmung und auch nicht, die Fantasie der Architekten und Ingenieure einzuschränken.

Aufgrund aller oben vorgebrachten Gründe ist die EnEV verfassungswidrig und verstößt demzufolge gegen das Grundgesetz!

Bearbeitet von: Paul Bossert, 26. August 2006, CH-8955 Oetwil an der Limmat

paul.bossert@greenmail.ch

⁵⁶ BVerfG, U. v. 21.05.1952 – 2 BvH 2/52 -, BVerfGE 1, 299/312.

⁵⁷ Eine Einschränkung dieser Anforderung gilt, wenn einer erheblichen Gefahr für ein erhebliches Rechtsgut entgegenzuwirken ist, ohne dass aufgrund der bisher vorliegenden Forschungsergebnisse bekannt ist, ob das Mittel erforderlich ist. Die BSE-Krise hat das offenbart. Diejenige Rinderherde zu töten, die verdächtig ist, dass von ihr die tödliche Gefahr ausgehen kann, lässt sich aus rechtsstaatlichen Gründen rechtfertigen, auch solange die Zusammenhänge der Verbreitung der Krankheit noch nicht verlässlich erforscht sind. Um eine solche Gefahrenkonstellation geht es hier nicht.