
Gutachten
zur Erweiterung der hoheitlichen Aufgaben
und Befugnisse des bevollmächtigten
Bezirksschornsteinfegers

Erstattet im Auftrag des

Bundesverbands des Schornsteinfegerhandwerks – Zentralinnungsverband (ZIV)

durch die Rechtsanwälte

Dr. Marc Ruttloff
Dr. Christiane Freytag
Tobias Burchert

9. Oktober 2024

Gleiss Lutz Hootz Hirsch PartmbB Rechtsanwälte, Steuerberater
Sitz Stuttgart, AG Stuttgart PR 136
Lautenschlagerstr. 21
70173 Stuttgart
Ansprechpartner: Dr. Marc Ruttloff
T +49 711 8997-169
E marc.ruttloff@gleisslutz.com

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	2
Abkürzungsverzeichnis	6
A. ZUSAMMENFASSUNG	8
B. HINTERGRUND UND PRÜFUNGSGEGENSTAND	12
I. Hintergrund	12
1. Bevollmächtigte Bezirksschornsteinfeger als Beliehene	12
1.1 Feuerstättenschau de lege lata	13
1.2 Kehrbezirke	14
1.3 Bestellung der bBsf	15
2. Veränderung des wirtschaftlichen Betätigungsfelds des Schornsteinfegerhandwerks	15
2.1 Perspektivisch: Abschaffung von mit fossilen Brennstoffen betriebenen Heizanlagen	15
2.2 Entwicklung der Wärmeversorgung und -planung	16
II. Möglichkeiten zur Erweiterung der bestehenden Aufgaben und Befugnisse des bBsf	17
1. Einführung einer Verpflichtung des bBsf zur Durchführung einer WEA- Überprüfung	18
1.1 Durchführung der WEA	19
1.2 Erlass eines Wärmeerzeugungsanlagenbescheids	20
2. Ergänzung des § 19 SchfHwG – einschließlich der Erstellung und Führung von Wärmekatastern	21
III. Fragestellung	22
C. RECHTLICHE PRÜFUNG	23
I. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz	23
1. Gesetzgebungskompetenz	23
1.1 Zuordnung zu Kompetenztiteln	23
1.2 Anwendung auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung	24
2. Vorbehalt des Gesetzes	25
3. Demokratieprinzip	27
3.1 Anforderungen nach der Rechtsprechung	27

3.2	Anwendung auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung	28
4.	Funktionsvorbehalt.....	29
4.1	Bisherige Rechtsprechung	30
4.2	Anwendung auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung	31
5.	Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung.....	32
5.1	Eingriff in den Schutzbereich	32
5.2	Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 13 Abs. 1 GG.....	33
	5.2.1 Maßstab des Art. 13 Abs. 7 GG hinsichtlich der Rechtfertigung.....	33
	5.2.2 Anwendung des Maßstabs im Hinblick auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung	34
6.	Allgemeine Handlungsfreiheit.....	36
II.	Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht.....	36
1.	Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsrichtlinie	37
1.1	Anwendungsbereich prima facie eröffnet.....	37
1.2	Ausnahmen vom Anwendungsbereich	38
	1.2.1 DAWI und Monopole (Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 Dienstleistungs- RL) 38	
	1.2.2 Nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Art. 2 Abs. 2 lit. a) DL-RL).....	38
	1.2.3 Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 2 Abs. 2 lit. i) DL-RL).....	39
a)	Die Ausübung öffentlicher Gewalt in der Rechtsprechung des EuGH.....	39
aa)	EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011 – C-54/08 (Deutsche Notare)	40
bb)	EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015 – C-293/14 (Österreichische Rauchfangkehrer)	42
cc)	EuGH, Urteil v. 15. Oktober 2015 – C-168/14 (Spanische Kfz-Überwachungsstationen).....	43
dd)	Zusammenfassung der Kriterien des EuGH.....	45
b)	Qualifizierung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung als Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt.....	46

aa)	Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung keine Tätigkeit unter wettbewerblichen Bedingungen.....	47
bb)	Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung keine bloße Hilfs- oder Vorbereitungstätigkeit.....	48
cc)	bBsf bei der Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung mit autonomen Entscheidungsbefugnissen beliehen.....	49
dd)	Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung nur vom Willen des bBsf abhängig.....	51
ee)	Ausgestaltung der Haftung des bBsf.....	52
ff)	bBsf ohne Zwangsbefugnisse.....	52
gg)	Rechtsschutzmöglichkeiten.....	53
c)	WEA-Überprüfung und Führung eines Wärmekatasters kraft ihrer Natur als Ausübung öffentlicher Gewalt?.....	55
aa)	Führung eines Wärmekatasters und WEA-Überprüfung als originär staatliche Aufgaben.....	55
bb)	Ausübung öffentlicher Gewalt kraft Zuordnung zur öffentlichen Hand?.....	59
cc)	Effektive Wärmeplanung nur in Ausübung öffentlicher Gewalt möglich?.....	59
1.3	Hilfsweise: Vorgaben der DL-RL jedenfalls erfüllt.....	62
1.3.1	Zulässigkeit von mitgliedstaatlichen Anforderungen an die Erbringung von Dienstleistungen, Art. 14 f. DL-RL.....	63
a)	Keine unzulässigen Anforderungen im Sinne des Art. 14 DL-RL.....	64
b)	Rechtfertigungsbedürftige Anforderungen, Art. 15 DL-RL.....	64
aa)	Keine Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit.....	66
bb)	Zwingende Gründe des Allgemeininteresses.....	66
cc)	Verhältnismäßigkeit des Vorhabens.....	72
c)	Formelle Anforderungen nach Art. 15 DL-RL.....	77

1.3.2 Vorgaben betreffend die Regulierung fester Niederlassungen durch Genehmigungspflichten, Art. 9 ff. DL-RL	78
2. Kein Rückgriff auf die primärrechtliche Niederlassungsfreiheit	80
III. Vereinbarkeit mit dem Vergaberecht.....	82
1. Annahmen für die vergaberechtliche Bewertung des Vorhabens	82
1.1 Konstellation 1: Neue Aufgaben werden als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert.....	82
1.2 Konstellation 2: Neue Aufgaben sind keine Ausübung öffentlicher Gewalt, die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist aber gerechtfertigt	83
2. Vergaberechtliche Fragestellungen	83
3. Vergaberechtliche Beurteilung	83
3.1 Anwendbarkeit des Vergaberechts.....	84
3.1.1 Öffentlicher Auftrag.....	84
a) Rechtlicher Maßstab	85
b) Beurteilung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung	87
aa) Bereits bestellte bBsf.....	87
bb) Neubestellung der bBsf.....	88
3.1.2 Vergabefreiheit aufgrund „öffentlicher Gewalt“.....	90
3.1.3 Zwischenergebnis	93
3.2 Vergaberechtliche Mindeststandards außerhalb der formellen Vergabe	93

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AAVO-Schornsteinfeger	Erläuterungen zur Verordnung des Finanz- und Wirtschaftsministeriums über das Ausschreibungs- und Auswahlverfahren zur bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegerin und zum bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
bBsf	Bevollmächtigter Bezirksschornsteinfeger
BeckOK	Beck Online Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
Bzw.	Beziehungsweise
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
DL-RL	Dienstleistungsrichtlinie
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GEG	Gebäudeenergiegesetz
Gem.	Gemäß
GG	Grundgesetz
Ggf.	Gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
I.V.m.	In Verbindung mit
KÜO	Kehr- und Überprüfungsordnung
Lit.	Litera
OVG	Oberverwaltungsgericht
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SchfHwG	Schornsteinfegerhandwerksgesetz
Sog.	Sogenannte

Gleiss Lutz

UVgO	Unterschwellenvergabeordnung
v.	Vom
VG	Verwaltungsgericht
Vgl.	Vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WEA	Wärmeerzeugungsanlagen-schau
WEA-Überprüfung	Wärmeerzeugungsanlagen-schau und Erlass eines entsprechenden Bescheids
WPG	Wärmeplanungsgesetz
Z.B.	Zum Beispiel
ZIV	Zentralinnungsverband

A. ZUSAMMENFASSUNG

- I. Das Schornsteinfegerhandwerksgesetz¹ („**SchfHwG**“) enthält die zentralen Regelungen betreffend des Schornsteinfegerwesens in Deutschland. Schornsteinfeger führen sowohl gewerbliche als auch hoheitliche Tätigkeiten aus, wobei letztere den bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegern („**bBsf**“) als Beliehene vorbehalten sind. Die bBsf sind für bestimmte Kehrbezirke sowie für eine bestimmte Dauer bestellt und führen dort die ihnen übertragenen Aufgaben, wie Feuerstättenschau und Kkehrbuchführung, durch. Die Feuerstättenschau dient dazu, insbesondere mit fossilen Energieträgern betriebene Wärmeerzeugungsanlagen auf ihre Funktionsfähigkeit und -sicherheit zu prüfen. Die Wärmeversorgung in Deutschland soll zunehmend auf erneuerbare Energien umgestellt werden. Die hiermit verbundene Reduktion von Feuerstätten wird das Tätigkeitsfeld der bBsf verändern, da die Feuerstättenschau und die Kkehrbuchführung künftig an weniger Anlagen durchzuführen sein werden.
- II. Um die angestrebten Veränderungen in der Wärmeversorgung zu erreichen, ist eine strategische Wärmeplanung erforderlich. Staatliche Stellen, vor allem die Kommunen, sind für diese strategische Wärmeplanung verantwortlich. Die Wärmeplanung soll den kosteneffizientesten Weg zu einer klimafreundlichen Wärmeversorgung aufzeigen. Hierfür benötigen die zuständigen staatlichen Stellen flächendeckende, aktuelle und zuverlässige Daten zu bestehenden Wärmeerzeugungsanlagen, zum Wärmeverbrauch und -bedarf.
- III. Hierzu kann das Schornsteinfegerhandwerk durch seine bestehenden Strukturen und Expertise unmittelbar einen wertvollen Beitrag leisten: Der bBsf könnte in den Prozess der Wärmeplanung eingebunden werden, indem er
 1. eine sog. Wärmeerzeugungsanlagenchau („**WEA**“) durchführt und einen entsprechenden Bescheid erlässt (im Folgenden gemeinsam als „**WEA-Überprüfung**“ bezeichnet) sowie
 2. ein Wärmekataster führt, das erforderliche Daten erfasst und auswertet.

Die WEA-Überprüfung würde sich auf sämtliche Wärmeerzeugungsanlagen, nicht nur Feuerstätten, erstrecken. Sie ermöglicht die Kontrolle der Korrektheit und Aktualität der Daten. Die Führung von Wärmekatastern kann die bundeseinheitliche Erfassung und Pflege wärmeplanungsdienlicher Daten sicherstellen. Sowohl die WEA-Überprüfung als auch die Führung von Wärmekatastern könnten auf den schon bestehenden Prozessen der Feuerstättenschau und der Führung des Kkehrbuchs aufsetzen. Die bBsf haben bei der Durchführung solcher Aufgaben umfassende Expertise, die sie unmittelbar für die WEA-Überprüfung und bei der Führung eines Wärmekatasters einbringen könnten, da diese Aufgaben strukturell gleichgelagert sind. Insoweit liegt es nahe, die hoheitlichen Aufgaben der bBsf auf die WEA-Überprüfung und die Führung des Wärmekatasters zu erstrecken und die hierzu erforderlichen gesetzlichen Veränderungen umzusetzen (die „**vorgeschlagene gesetzliche Regelung**“). Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung wäre der Objektivität, Zuverlässigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der notwendigen Daten zuträglich,

¹ Schornsteinfeger-Handwerksgesetz vom 26. November 2008 (BGBl. I S. 2242), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 10 des Gesetzes vom 20. Dezember 2022 (BGBl. I S. 2752) geändert worden ist.

da ein unmittelbar staatlich beauftragter und mit der nötigen Sachkunde versehener bBsf die Daten erheben und im Wärmekataster sammeln würde. Das Wärmekataster wäre dann die Grundlage für die Wärmeplanung.

- IV. Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung ist auch in verfassungsrechtlicher, europarechtlicher oder vergaberechtlicher Hinsicht umsetzbar:
1. Die **verfassungsrechtlichen** Anforderungen, die an eine Beleihung zu stellen sind, würden bei Übertragung dieser Aufgaben auf die bBsf gewahrt werden. Insbesondere kann der Bund eine entsprechende gesetzliche Regelung auf Grundlage eines verfassungsrechtlichen Kompetenztitels einführen. Angesichts der bereits bestehenden gesetzlichen Grundlage zur Beleihung der bBsf im SchfHWG wäre auch bei der Integration der neuen Aufgaben der Vorbehalt des Gesetzes gewahrt. Zudem wäre die demokratische Legitimation sowohl in personeller als auch in sachlich-inhaltlicher Hinsicht hinreichend gewährleistet. Ferner ist die vorgeschlagene gesetzliche Regelung mit dem Funktionsvorbehalt vereinbar, da insbesondere die gewachsenen Strukturen der bBsf und ihre besondere Expertise ein Abweichen von der grundsätzlich vorgesehenen Aufgabenübertragung auf Angehörige des öffentlichen Dienstes rechtfertigen. Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung stünde auch im Einklang mit dem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung sowie mit der allgemeinen Handlungsfreiheit, da der jeweils geringfügige Eingriff gerechtfertigt wäre.
 2. Die unionsrechtliche Zulässigkeit der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung hängt im Wesentlichen davon ab, ob sie den Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie² („**DL-RL**“) genügen muss und sofern man dies bejaht, ob sie mit ihren Anforderungen im Einklang steht.
 - 2.1 Ob die Regelungen der DL-RL anzuwenden sind, hängt davon ab, ob die mit der Einführung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung verbundenen Tätigkeiten **unionsrechtlich** als **Ausübung öffentlicher Gewalt** iSd. Art. 51 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren und damit vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen sind. Unseres Erachtens sprechen überwiegende Argumente dafür, dass es sich bei den fraglichen Tätigkeiten um solche in Ausübung öffentlicher Gewalt handelt, wenngleich einzelne Aspekte gegen diese Annahme sprechen. Wie eine Entscheidung europäischer Institutionen in dieser Hinsicht letztlich ausfiele, lässt sich dennoch nur schwer prognostizieren.
 - 2.1.1 Unserer Einschätzung liegt eine Bewertung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung anhand der in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union („**EuGH**“) aufgestellten Kriterien zugrunde:
 - a) Gegen die Annahme, dass die WEA-Überprüfung und die Führung des Wärmekatasters als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren sind, lassen sich die folgenden Aspekte anführen: Haftung der bBsf ohne Überleitung auf den Staat, die fehlende Befugnis der bBsf zur Vornahme von Zwangsmaßnahmen sowie die bestehende Rechtsschutzmöglichkeit im

² Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt.

Rahmen eines Widerspruchsverfahrens, soweit ein solches nach dem Landesrecht der Bundesländer noch statthaft ist. Auch wenn diese Kriterien nach der Rechtsprechung des EuGH indizieren könnten, dass der bBsf nicht in „Ausübung öffentlicher Gewalt“ handelt, begründet dies nicht zwangsläufig, dass diese unter keinen Umständen vorliegt. Denn die Rechtsprechung des EuGH ist stark einzelfallbezogen.

- b) Für die Bejahung der Ausübung öffentlicher Gewalt sprechen hingegen folgende Gesichtspunkte: Die bBsf würden ihre Aufgaben nicht wettbewerblich ausüben, da sie weiterhin von der zuständigen Behörde für einen bestimmten Kehrbezirk bestellt werden und dort exklusiv tätig wären. Der Wettbewerbsausschluss hätte insofern indizielle Wirkung. Ferner würden die Tätigkeiten des bBsf im Rahmen der gesetzlich vorgeschlagenen Regelung eine Anordnungsbefugnis und eine Letztentscheidungskompetenz umfassen, die die Eigenständigkeit des bBsf belegt. Der bBsf würde außerdem nur der Rechtsaufsicht unterliegen, die keine Weisungsbefugnis beinhaltet und sich auf die Kontrolle beschränkt, ob der bBsf seine hoheitlichen Aufgaben und Pflichten erfüllt. Damit wäre der bBsf weitgehend unabhängig und autonom in der Erfüllung seiner Aufgaben. Ferner würde die Verpflichtung zur Führung des Wärmekatasters sowie zur WEA-Überprüfung dem bBsf obliegen und unabhängig vom Willen der Eigentümer oder Besitzer der jeweiligen Grundstücke bzw. Anlagen erfolgen.

2.2 Zudem stufen sowohl der Unions- als auch der nationale Normgeber die Planung und Organisation der (klimaneutralen) Wärmeversorgung sowie die damit verbundenen Aufgaben sowohl auf Unionsebene als auch auf nationaler Ebene als grundlegende staatliche Aufgaben ein. Dies ist auch folgerichtig, da Versorgungssicherheit, Gefahrenabwehr, Umwelt- und Klimaschutz zentrale Interessen der Allgemeinheit sind. Die mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung avisierten Tätigkeiten müssen daher unseres Erachtens im Sinne einer hoheitlichen Aufgabenerfüllung der staatlichen Einflussphäre erhalten bleiben und dürfen nicht Privaten überlassen werden.

2.3 Sollte man die Tätigkeiten der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung – entgegen unserer Einschätzung – nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt sehen, wäre der **Anwendungsbereich der DL-RL** eröffnet. Daher war für diesen Fall **hilfswise** zu prüfen, ob die vorgeschlagene gesetzliche Regelung mit den Anforderungen der DL-RL im Einklang steht. Unseres Erachtens sprechen hierfür gewichtige Argumente. Zwar dürfte die vorgeschlagene gesetzliche Regelung die Niederlassungsfreiheit – wie die bisherigen schornsteinfegerrechtlichen Regelungen – beschränken. Allerdings dürfte die Beschränkung gerechtfertigt sein, da diese keine Diskriminierung (weder direkt noch indirekt) enthält, durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses (öffentliche Sicherheit und Gesundheit sowie Umweltschutz) erforderlich und verhältnismäßig ist. Gleiches würde für die Vorgaben der DL-RL hinsichtlich der Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungen gelten. Die normative Verankerung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung würde allerdings eine Notifizierungspflicht der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der EU-Kommission auslösen. Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung ist folglich nicht am Maßstab der Niederlassungsfreiheit zu messen, da ein **Rückgriff auf die Niederlassungsfreiheit** aufgrund der abschließenden Regelungen der DL-RL **versperrt** sein dürfte.

3. Die hoheitliche Aufgabenübertragung auf den bBsf unterliegt keinen **vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten**, wenn die vorgeschlagene gesetzliche Regelung als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert wird. Gleiches dürfte unseres Erachtens für den Fall gelten, dass die vorgeschlagene gesetzliche Regelung im Sinne der DL-RL gerechtfertigt ist, wenngleich in diesem Fall gewisse Unsicherheiten verbleiben. Solange sich die Aufgabenübertragung nicht in vertraglicher oder vertragsähnlicher Weise vollzieht, dürfte dies gegen die Anwendbarkeit des Vergaberechts sprechen. Auch die durch die Rechtsprechung des EuGH konkretisierten vergaberechtlichen Mindeststandards an Konzessionsvergaben außerhalb des Anwendungsbereichs des formellen Vergaberechts werden hier eingehalten.

- V. Aus verfassungs-, unions- und vergaberechtlicher Sicht bestehen **keine durchgreifenden Bedenken** gegen die Einführung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung. Aus rechtspolitischer Sicht ist darauf hinzuweisen, dass eine Änderung der bestehenden Rechtslage die europäischen Institutionen dennoch dazu veranlassen könnte, die hoheitliche Aufgabenübertragung auf die bBsf nach dem SchfHWG erneut – und grundsätzlich – zu hinterfragen. Angesichts der potenziell bestehenden Notifizierungspflicht gegenüber der EU-Kommission, soweit die vorgeschlagene gesetzliche Regelung nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert werden sollte, besteht das faktische Risiko einer Änderung der bisherigen unionsrechtlichen Bewertung durch die Kommission. Dann dürfte der deutsche Gesetzgeber von einer entsprechenden Regelung Abstand nehmen.

B. HINTERGRUND UND PRÜFUNGSGEGENSTAND

Die Tätigkeiten der Schornsteinfeger bestehen aus gewerblichen Tätigkeiten, die alle Schornsteinfeger ausüben dürfen und hoheitlichen Tätigkeiten, die den bBsf vorbehalten sind. Perspektivisch wird sich das Betätigungsfeld der bBsf durch die sinkende Zahl von Feuerstätten infolge der anstehenden „Wärmewende“ ändern. Gleichzeitig benötigen staatliche Stellen, die mit der Umsetzung der Wärmewende betraut sind, für deren erfolgreiche Gestaltung verlässliche und qualitativ hochwertige Datengrundlagen. Für die Bereitstellung entsprechender Daten könnten den bBsf weitere hoheitliche Aufgaben im Zusammenhang mit der Überprüfung von Wärmezeugungsanlagen und der Wärmeplanung übertragen werden.

Vor diesem Hintergrund erläutern wir zunächst die Rolle der bBsf und die perspektivischen, teils regulatorisch bedingten Umwälzungen des Schornsteinfegerhandwerks (hierzu I). Wir erörtern folgend die Möglichkeiten zur Erweiterung der bestehenden Aufgaben und Befugnisse des bBsf, um (i) die Wärmewende zu fördern und (ii) dem Schornsteinfegerhandwerk weitere Betätigungsfelder zu eröffnen (hierzu II). Ob eine solche Erweiterung der hoheitlichen Aufgaben der bBsf mit verfassungs-, unions- und vergaberechtlichen Vorgaben im Einklang stünde, wird im Anschluss hieran erörtert (hierzu C).

I. Hintergrund

Die bisherige Beleihung der bBsf erstreckt sich innerhalb der eingeteilten Kehrbezirke insbesondere auf die Durchführung der Feuerstättenschau, den Erlass eines entsprechenden Bescheids sowie die Kkehrbuchführung (hierzu 1). Bedingt durch die Energiewende soll die Energieversorgung grundlegend geändert werden. Zukünftig soll die Anzahl der Heizanlagen, die mit fossilem Brennstoff betrieben werden, reduziert bzw. dürfen diese ab Januar 2045 nicht mehr betrieben werden. Darüber hinaus bedarf es einer strategischen Wärmeplanung, um die Wärmeversorgung durch erneuerbare Energien langfristig zu gewährleisten (hierzu 2). Zur effektiven und funktionsfähigen Wärmeplanung könnten die bBsf einen wertvollen Beitrag leisten.

1. Bevollmächtigte Bezirksschornsteinfeger als Beliehene

Bevollmächtigter Bezirksschornsteinfeger ist gem. § 8 Abs. 1 SchfHwG, wer von der zuständigen Behörde für einen Bezirk bestellt ist. Die Bestellung ist nach § 10 Abs. 1 SchfHwG auf sieben Jahre befristet. Die für die Aufgaben im Rahmen des SchfHwG zuständigen Behörden werden nach § 23 SchfHwG durch Landesrecht bestimmt. Dem bBsf kommt eine Doppelstellung zu.³ So normiert § 8 Abs. 2 SchfHwG:

„Die bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger gehören als Gewerbetreibende dem Schornsteinfegerhandwerk an. Sie üben ihre hoheitlichen Tätigkeiten als natürliche

³ OVG Saarlouis, Beschluss v. 11. Oktober 2013, 1 B 395/13, Rn. 9, juris; VG Würzburg, Beschluss v. 3. Juni 2020, W 8 S 20.703, Rn. 23, juris.

Personen aus und unterliegen auch hinsichtlich der hoheitlichen Tätigkeiten der Rolleneintragungspflicht nach der Handwerksordnung.“

Der bBsf ist hinsichtlich weiter Teile seiner Aufgaben (privater) Gewerbetreibender. Die **ihm übertragenen öffentlichen Aufgaben** unter Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfüllt er hingegen als **Beliehener**. Zur Vornahme seiner hoheitlichen Aufgaben ist der bBsf unter **Ausschluss jeden Wettbewerbs** allein befugt.⁴ Aufgrund seiner Doppelfunktion und seiner Sonderstellung im Vergleich zu anderen Handwerkern sind an die Zuverlässigkeit des bBsf hohe Anforderungen zu stellen. Deshalb muss der bBsf einerseits die Anforderungen des allgemeinen Handwerks- und Gewerberechts und andererseits die sich im Rahmen der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ergebenden spezifischen Berufspflichten erfüllen.⁵ Dementsprechend untersteht der bBsf nach § 21 Abs. 1 SchfHwG hinsichtlich seiner hoheitlichen Aufgaben der Aufsicht der zuständigen Behörde. Sinn und Zweck der Aufsicht ist die Prüfung, ob der bBsf die für die hoheitliche Aufgabenwahrnehmung erforderliche Zuverlässigkeit besitzt.⁶

Das SchfHwG enthält Regelungen zu den Aufgaben, Befugnissen und Pflichten des bBsf. Hierzu gehören die allgemeinen Aufgaben nach § 13 SchfHwG, die Feuerstättenschau nach § 14 SchfHwG, der Erlass eines Feuerstättenbescheids gemäß § 14a SchfHwG, die anlassbezogenen Überprüfungen gemäß § 15 SchfHwG und die weiteren Aufgaben im Sinne des § 16 SchfHwG sowie die Führung des Kkehrbuchs nach § 19 SchfHwG.

1.1 Feuerstättenschau de lege lata

Die derzeit durchzuführende Feuerstättenschau (§ 14 Abs. 1 SchfHwG) ist eine Inaugenscheinnahme der gesamten Anlage. Hiervon umfasst sind die Kontrollen hinsichtlich der Feuerstätte selbst, aber auch der Verbindungsstücke, der senkrechten Teile der Abgasanlage (Schornsteine, senkrechte Abgasleitungen) sowie der Verbrennungsluftversorgung. Der jeweils zuständige bBsf stellt hierbei bestehende Mängel bzw. die Sicherheit der Anlage fest.⁷ Folgende Überprüfungen finden statt:

- „Inaugenscheinnahme der Aufstellräume bzw. Nutzungseinheiten und Brennstoffversorgung
- Zustand der Feuerstätten, z.B. sichere Funktion und Standsicherheit
- Brandschutzabstände zu Bauteilen aus brennbaren Baustoffen

⁴ BVerwG, Urteil v. 7. November 2012, 8 C 28/11, Rn. 18, juris; VG Würzburg, Beschluss v. 3. Juni 2020, E 8 S 20.703, Rn. 23 f., juris.

⁵ BVerwG, Urteil v. 7. November 2012, 8 C 28/11, Rn. 17, juris.

⁶ VG Karlsruhe, Beschluss v. 28. August 2019, 2 K 5614/19, Rn. 16, juris.

⁷ Schira in: Schira, SchfHwG, 3. Aufl. 2018, § 14, Rn. 8.

- Zustand der Abgasanlagen, z.B. Dichtheit der Ofenrohre infolge Beschädigungen oder Korrosionseinwirkungen
- Zustand des Baumaterials hinsichtlich möglicher Beschädigung am Schornsteinmauerwerk oder am Schacht für Abgasleitungen
- Zusätzliche Einrichtungen wie beispielsweise nicht brennbare Vorlagen vor Feuerungsöffnungen, Reinigungsverschlüsse, Kondensatabläufe, Aufsätze etc.
- Sicherheitseinrichtungen für Schornsteinfegerarbeiten
- Daten des amtlichen Kehrbooks, ggf. dessen Aktualisierung durch Abgleich der Stammdaten.“⁸

Die Inaugenscheinnahme ermöglicht die Dokumentation der ggf. vorgenommenen Veränderungen bzw. Neuerungen, die seit der letzten Feuerstättenschau eingetreten sind, sowie der Überprüfung der Einhaltung der Pflichten der Haus- und Wohnungseigentümer und ist die Grundlage für den Erlass des Feuerstättenbescheids gem. § 14a SchfHwG.⁹

Laut der Gesetzesbegründung beschränkt sich die Beleihung der Bezirksbevollmächtigten im Wesentlichen auf Kontrollaufgaben, die andernfalls von einer Behörde wahrzunehmen wären.¹⁰

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich zudem, dass dem bBsf die zweimalige Durchführung der Feuerstättenschau im Vergabezeitraum obliegt.¹¹ Die zweimalige Durchführung dient auch der Aktualisierung und Überprüfung des Kehrbooks, da dieses das einzige Verzeichnis ist, das Daten über den Zustand aller Feueranlagen enthält.¹²

1.2 Kehrbezirke

Der Gesetzgeber hat in § 7 SchfHwG festgelegt, dass Kehrbezirke einzurichten sind, die die Überprüfung der Einhaltung der Pflichten der Eigentümer aus § 1 Abs. 1 und 2 SchfHwG ermöglichen. Die Kehrbezirke sind unter Berücksichtigung der Betriebs- und Brandsicherheit einzurichten.

⁸ *Schira* in: Schira, SchfHwG, 3. Aufl. 2018, § 14, Rn. 8; siehe hierzu auch: Bundesverband des Schornsteinfegerhandwerks, Zentralinnungsverband (ZIV), Arbeitsblatt Nr. 401 Feuerstättenschau, Stand: April 2013, S. 13 ff.

⁹ *Schira* in: Schira, SchfHwG, 3. Aufl. 2018, § 14, Rn. 9; siehe hierzu auch: Bundesverband des Schornsteinfegerhandwerks, Zentralinnungsverband (ZIV), Arbeitsblatt Nr. 401 Feuerstättenschau, Stand: April 2013, S. 16.

¹⁰ BT-Drs. 16/9237, S. 22.

¹¹ BT-Drs. 16/9237, S. 33; *Schira* in: Schira, SchfHwG, 3. Aufl. 2018, § 14, Rn. 5 f.

¹² *Schira* in: Schira, SchfHwG, 3. Aufl. 2018, § 14, Rn. 5.

Dies liegt darin begründet, dass sich der Gesetzgeber dafür entschieden hat, diese – staatliche – Aufgabe Privaten zu übertragen. Damit diese ihrer Kontrolltätigkeit überall, wo nötig, nachkommen, ordnet der Gesetzgeber die Einrichtung von Kehrbezirken an, sodass stets ein bBsf für die Kontrolle der Feuerungsanlagen zur Verfügung steht. Die abgegrenzten Kehrbezirke dienen somit der Sicherstellung, dass ein Verantwortlicher die erforderlichen Tätigkeiten wahrnimmt.¹³ Daher gewährleistet die Durchführung der Feuerstättenschau durch den jeweiligen bBsf ein gleichbleibend hohes Niveau der Aufgabenerfüllung. Folglich ist sie notwendig, um ein hohes Sicherheitsniveau bezüglich Betriebs- und Brandsicherheit sowie Umweltschutz zu gewährleisten.¹⁴

1.3 Bestellung der bBsf

Die bBsf werden gem. §§ 7 ff. SchfHWG zur Erfüllung einzelner Aufgaben nach den §§ 13 ff. SchfHWG – darunter die sog. **Feuerstättenschau** – für bestimmte Kehrbezirke und für eine bestimmte Dauer durch die zuständige Behörde bestellt. Das SchfHWG enthält in den §§ 9, 9a, 9b SchfHWG Regelungen zur öffentlichen Ausschreibung und zur Auswahl der Bewerber und Bewerberinnen. Ferner gilt bspw. in Baden-Württemberg die „Verordnung des Wirtschaftsministeriums über das Ausschreibungs- und Auswahlverfahren zur bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegerin und zum bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger (AAVO-Schornsteinfeger)“ vom 11. November 2013.

2. Veränderung des wirtschaftlichen Betätigungsfelds des Schornsteinfegerhandwerks

2.1 Perspektivisch: Abschaffung von mit fossilen Brennstoffen betriebenen Heizanlagen

Mit Blick auf die nationalen Klimaschutzziele sollen für die Energieversorgung zunehmend erneuerbare Energien genutzt werden. Seit dem 1. Januar 2024 normiert hierzu § 71 Abs. 1 Satz 1 des Gebäudeenergiegesetzes (GEG):

„Eine Heizungsanlage darf zum Zweck der Inbetriebnahme in einem Gebäude nur eingebaut oder aufgestellt werden, wenn sie mindestens 65 Prozent der mit der Anlage bereitgestellten Wärme mit erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme nach Maßgabe der Absätze 4 bis 6 sowie der §§ 71b bis 71h erzeugt.“

Ferner enthält § 72 Abs. 4 GEG folgende Regelung:

*„Heizkessel dürfen **längstens** bis zum Ablauf des 31. Dezember 2044 mit fossilen Brennstoffen betrieben werden.“ (Hervorhebung hinzugefügt.)*

Insofern wird perspektivisch die Anzahl der Anlagen, die mit fossilem Brennstoff betrieben werden, stetig sinken bzw. dürfen diese ab Januar 2045 nicht mehr betrieben werden.

¹³ BT-Drs. 16/9237, S. 23.

¹⁴ BT-Drs. 16/9237, S. 32.

Der Zuständigkeitsbereich des bBsf, der nach geltender Rechtslage die Durchführung der Feuerstättenschau verantwortet, wird sich mit dem vermehrten Einbau von nicht-fossil betriebenen Wärmeerzeugungsanlagen, wie beispielsweise elektrisch betriebenen Wärmepumpen, erheblich verringern. Denn bislang erstreckt sich die normative Verpflichtung des bBsf sowohl zur Überprüfung neuer Wärmeerzeugungsanlagen als auch zur Besichtigung zwecks Erfassung bestimmter Daten nur auf die in der Kehr- und Überprüfungsordnung¹⁵ („KÜO“), in der Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen und in landesrechtlichen Bestimmungen aufgeführten Anlagen.¹⁶ Die Feuerstättenschau bezieht sich auf Anlagen, die Wärme durch die Verbrennung von festen oder flüssigen Brennstoffen erzeugen.

Das Schornsteinfegerhandwerk steht deshalb vor einer besonderen Herausforderung, da die Feuerstättenschau ein nicht unwesentlicher Bestandteil des Geschäftsmodells des bBsf ist und als stetige Einnahmequelle die Rentabilität der Arbeit des bBsf sichert. Werden künftig kaum mehr Feuerstätten, sondern sonstige Wärmeerzeugungsanlagen eingesetzt, wird dieser Teil der Aufgaben der bBsf künftig geringer ins Gewicht fallen und schließlich weitgehend obsolet sein. Insofern muss das Schornsteinfegerhandwerk neue Aufgabenfelder erschließen.

Das Schornsteinfegerhandwerk verfügt allerdings über besonderes Know-How, das bei der Energiewende gewinnbringend eingesetzt werden kann – sowohl für das Schornsteinfegerhandwerk als auch für die notwendige Umsetzung der Energiewende:

2.2 Entwicklung der Wärmeversorgung und -planung

Die Wärmeversorgung macht in Deutschland mehr als 50 % des Endenergieverbrauchs aus. Daher soll die Wärmeversorgung zunehmend auf nicht-fossile Energieträger umgestellt werden. Dazu sollen sog. planungsverantwortliche Stellen (zumeist Kommunen) eine **strategische Wärmeplanung** vornehmen. Mit dieser soll festgelegt werden, welche Gebiete künftig mittels welcher Energiequellen mit ausreichend Wärme versorgt werden sollen / können. Die Wärmeplanung soll so den vor Ort besten und kosteneffizientesten Weg zu einer klimafreundlichen Wärmeversorgung aufzeigen.¹⁷ Für eine solche Wärmeplanung sind die planungsverantwortlichen Stellen unter anderem auf **zuverlässige Daten** zu den aktuellen **Beständen von Wärmeerzeugungsanlagen** angewiesen. Dementsprechend schreibt § 15 Wärmeplanungsgesetz („WPG“) vor:

„(1) Im Rahmen der Bestandsanalyse ermittelt die planungsverantwortliche Stelle als Grundlage für das Zielszenario nach § 17, für die Einteilung des beplanten Gebiets in voraussichtliche Wärmeversorgungsgebiete nach § 18 Absatz 1, für die Darstellung von Gebieten nach § 18 Absatz 5 und für die Darstellung der Wärmeversorgungsarten für das Zieljahr nach § 19

¹⁵ Kehr- und Überprüfungsordnung vom 16. Juni 2009 (BGBl. I S. 1292), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 16. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 280) geändert worden ist.

¹⁶ Arndt in: Dohrn, Das Deutsche Schornsteinfegerwesen, Stand: Juli 2020, § 14, Rn. 2.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen: [BMWSB - Kommunale Wärmeplanung \(bund.de\)](https://www.bmwsb.de/aktuelles/bmwsb-kommunale-waermeplanung-bund-de), zuletzt abgerufen am 26. August 2024.

1. den derzeitigen **Wärmebedarf oder Wärmeverbrauch** innerhalb des beplanten Gebiets einschließlich der hierfür eingesetzten Energieträger,
2. die **vorhandenen Wärmeerzeugungsanlagen** und
3. die **für die Wärmeversorgung relevanten Energieinfrastrukturanlagen**.

(2) Im Rahmen der Bestandsanalyse sind von der planungsverantwortlichen Stelle die **für die Wärmeplanung relevanten Informationen und erforderlichen Daten zur aktuellen Versorgung des beplanten Gebiets mit Wärme systematisch und qualifiziert** zu erheben. Hierzu ist die planungsverantwortliche Stelle nach Maßgabe von Abschnitt 3 berechtigt, die in Anlage 1 genannten Daten zu erheben.“ (Hervorhebung hinzugefügt)

Das Gesetz fordert von den planungsverantwortlichen Stellen daher die systematische Datenerhebung, um die Erstellung von Wärmeplänen überhaupt zu ermöglichen.

II. Möglichkeiten zur Erweiterung der bestehenden Aufgaben und Befugnisse des bBsf

Angesichts der Tatsache, dass Heizungsanlagen, die mit Gas, Holz oder Öl betrieben werden, seltener bzw. abgeschafft werden, bedarf es der Modifizierung der Geschäftsfelder des bBsf. In soweit könnte Abhilfe geschaffen werden, indem der bBsf verpflichtet wird, jedwede Art von Wärmeerzeugungsanlagen zu prüfen und einen entsprechenden Bescheid (in Anlehnung an § 14a SchfHwG) im Anschluss zu erlassen.

In diesem Zusammenhang wären die erforderlichen und im Vorfeld normativ festzulegenden Daten (vgl. § 19 SchfHwG) sowie notwendige Daten, die die Erstellung von Wärmekatastern ermöglichen (siehe hierzu beispielsweise § 26 Hamburgisches Klimaschutzgesetz¹⁸ („**Hmb-KliSchG**“)), festzuhalten, um hierdurch die kommunale Wärmeplanung zu ermöglichen und zu unterstützen.

Derzeit sind weder vom Bestellungsakt noch von den Regelungen des SchfHwG Tätigkeiten im Bereich der Wärmeplanung im Sinne einer Aufgabenübertragung umfasst. Zwar werden die bBsf in § 11 Abs. 1 Nr. 3 WPG als Auskunftspflichtige benannt, die auf Abfrage die ihnen zur Verfügung stehenden Daten zu übermitteln haben. Allerdings verfügen die bBsf bisher über keine weiterführenden, der Wärmeplanung dienlichen Daten, da die bBsf bislang nicht in den Prozess der Wärmeplanung aktiv eingebunden sind.

Wollte man die bBsf aufgrund ihrer bestehenden Struktur und ihres vorhandenen Know-How im Rahmen der Wärmeplanung aktiv beteiligen, bedürfte es einer **Ergänzung der Tätigkeitsfelder des bBsf** und somit des SchfHwG dahingehend, dass der bBsf zur Durchführung einer WEA sowie einer WEA-Überprüfung verpflichtet werden würde. Darüber hinaus müssten die verantwortlichen Dateneintragungspflichten im jeweiligen Kheftbuch erweitert werden. Hieran anknüpfend

¹⁸ Hamburgisches Gesetz zum Schutz des Klimas vom 20. Februar 2020, zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 13. Dezember 2023 (HmbGVBl. S. 443).

müsste eine Grundlage dafür geschaffen werden, dass das jeweilige Kkehrbuch zu einem Wärmekataster ausgebaut und durch den bBsf erstellt und geführt wird (im Folgenden „**Führung der Wärmekataster**“).

Bereits nach geltender Rechtslage kommt der **Kkehrbuchführung** eine **besondere Bedeutung** zu, da es **das einzige Verzeichnis** aller Feuerungsanlagen darstellt. Ohne die Durchführung der Feuerstättenschau gäbe es für den jeweiligen bBsf keine Möglichkeit der Überprüfung der Daten im Kkehrbuch (§ 19 Abs. 1 SchfHWG) hinsichtlich der Aktualität und Korrektheit.¹⁹ Da die bBsf die Kkehrbücher führen und in diesem Rahmen über eine wichtige Datenbasis verfügen, ohne die eine vollumfängliche Wärmeplanung nicht funktionieren kann, bietet es sich an, die weiteren wärmeplanungsdienlichen Daten ebenfalls vom bBsf erfassen und pflegen zu lassen. Hierfür spricht, dass im Sinne der Effizienz der Aufbau neuer Strukturen nicht erforderlich ist. Ferner wären die so erhobenen Daten objektiv, zuverlässig, aktuell und vollständig.

1. Einführung einer Verpflichtung des bBsf zur Durchführung einer WEA-Überprüfung

Da die bestehenden Regelungen des SchfHWG ausschließlich Aufgaben und Befugnisse des bBsf im Zusammenhang mit der Feuerstättenschau umfassen, würde das folgend vorgestellte Modell dem bBsf die WEA-Überprüfung sowie den Ausbau des Kkehrbuchs und damit die Führung eines Wärmekatasters ermöglichen. Hierdurch würden die gesetzten Ziele hinsichtlich des Umwelt- und Klimaschutzes sowie der Energieeffizienz, die sowohl auf nationaler als auch auf unionaler Ebene verfolgt werden, erheblich gefördert.

Denn auch das SchfHWG verfolgt neben der Sicherstellung der Betriebs- und Brandsicherheit die Ziele des **Umwelt- und Klimaschutzes und der Energieeinsparung**. Die Wärmeplanung dient ebenfalls diesen Zielen. Gem. § 1 Satz 1 WPG ist Ziel des Gesetzes, einen wesentlichen Beitrag zur **Umstellung der Erzeugung** von der Versorgung mit Raumwärme, Warmwasser und Prozesswärme auf **erneuerbare Energien**, unvermeidbare Abwärme oder einer Kombination hieraus zu leisten, sowie zu einer kosteneffizienten, nachhaltigen, sparsamen, bezahlbaren, resilienten sowie treibhausgasneutralen **Wärmeversorgung** bis spätestens zum Jahr 2045 (Zieljahr) beizutragen und Endenergieeinsparungen zu erbringen. Damit will das WPG einen wesentlichen Beitrag zur Erreichung der nationalen Klimaschutzziele leisten.

Für die Wärmeplanung unerlässlich sind jedoch **aktuelle sowie umfangreiche und verlässliche Daten im Hinblick auf sämtliche Anlagen der Wärmeerzeugung**.

- Benötigt werden nicht nur Informationen hinsichtlich der Art und Weise der Wärmeerzeugung, sondern auch hinsichtlich des Wärmebedarfs und des tatsächlichen Wärmeverbrauchs.

¹⁹ Schira in: Schira, SchfHWG, 3. Aufl. 2018, § 14, Rn. 5.

- Zudem ist es notwendig, dass die Datenerfassung und -auswertung losgelöst von wirtschaftlichen Interessen und mithin objektiv erfolgt, um ein unverfälschtes Bild zu erlangen.
- In diesem Zusammenhang ist darüber hinaus hervorzuheben, dass die Wärmeerzeugung aufgrund der Umstellung auf erneuerbare Energien auch den Bedarf nach kontinuierlicher Stromversorgung auslöst.
- Mit Blick auf das Ziel der Energieeinsparung besteht zudem das Bedürfnis nach Optimierungsmaßnahmen der neuen Wärmeerzeugungsanlagen.

1.1 Durchführung der WEA

Aufgrund der bereits auf normativer Ebene ergriffenen Maßnahmen zur Förderung der Umstellung der Wärmeversorgung auf erneuerbare Energien sowie der bestehenden Strukturen und Erfahrungswerte der bBsf kommt zum Zwecke einer effektiven Umsetzung und Förderung der Wärmeplanung und -versorgung die Verankerung einer Verpflichtung des bBsf zur Durchführung einer WEA in Betracht. Der hoheitliche Aufgabenbereich des bBsf würde insofern eine Erweiterung erfahren. Angelehnt an die Feuerstättenschau würde der bBsf daher künftig alle Arten von Wärmeerzeugungsanlagen überprüfen:

- Die WEA würde **die Inaugenscheinnahme sämtlicher Anlagen** umfassen und würde der Kontrolle der jeweiligen Anlage auf etwaige Mängel oder Gefahren dienen, die nachteilige Auswirkungen auf Umwelt und Klima haben könnten. In diesem Zusammenhang soll ebenfalls geprüft werden, ob und inwieweit Veränderungen an der Wärmeerzeugungsanlage sowie am Gebäude bzw. vor Ort (seit der letzten Schau) vorgenommen wurden.
- Die WEA soll zudem mögliche Energieeinsparpotenziale offenlegen und deren effiziente Umsetzung fördern. Hierfür wären die **effiziente Betriebseinstellung** sowie – nötigenfalls – die Anordnung **weiterer zu ergreifender Optimierungsmaßnahmen** vorzunehmen.²⁰
 - In der Regel werden Wärmeerzeugungsanlagen, insbesondere Wärmepumpen, mit Herstellervoreinstellungen betrieben.
 - Allerdings setzt ein sparsamer und energieeffizienter Betrieb von Wärmepumpen, ihre sorgfältige Dimensionierung und Einstellung voraus, da Wärmepumpen vergleichsweise empfindlich auf ungünstige Betriebsbedingungen, wie hohe Vorlauftemperaturen und / oder falsch eingestellte Regelungsparameter, reagieren.²¹

²⁰ Dass grundsätzlich Optimierungspotenziale bestehen, lässt sich § 60a GEG entnehmen.

²¹ Institut für Technische Gebäudeausrüstung Dresden, Erarbeitung eines Effizienzchecks für Wärmepumpen, Stand: 17. März 2023, S. 5.

- Auch können nachträgliche Änderungen am Gebäude, wie beispielsweise Dämmmaßnahmen, neuen Optimierungsbedarf begründen.²²
- Insofern hätte der jeweilige Eigentümer auf Anordnung des bBsf die zweckmäßigen Energieeinsparmaßnahmen umzusetzen.

Hinsichtlich der zeitlichen Komponente sollte die WEA – wie nach derzeitiger Rechtslage die Feuerstättenschau – zweimal während des Zeitraums der Bestellung des bBsf stattfinden. Grund für die zweimalige Überprüfung ist, dass unter anderem nach vorgenommenen Änderungen am Gebäude entsprechende Änderungen der Betriebseinstellungen erforderlich sein können.

1.2 Erlass eines Wärmeerzeugungsanlagenbescheids

Nach geltender Rechtslage hat der bBsf gem. § 14a Abs. 1 SchfHWG unverzüglich nach der Feuerstättenschau gegenüber dem Eigentümer einen Feuerstättenbescheid zu erlassen, der die Schornsteinfegerarbeiten, deren Anzahl sowie den Fristbeginn und das -ende für die Durchführung der jeweiligen Arbeiten enthält.

In Anlehnung hieran bedürfte es der Verankerung der Befugnis des bBsf, die den Erlass eines Wärmeerzeugungsanlagenbescheids zum Gegenstand hätte. Der Bescheid würde neben der Anzahl und der Fristen der Arbeiten die **konkret durchgeführte Betriebsprüfung** einschließlich der **festgestellten Optimierungsmaßnahmen** enthalten.

Ohne die Durchführung einer WEA bestünde keine Überprüfungsmöglichkeit seitens des bBsf dahingehend, ob die Daten in seinem Kkehrbuch (bzw. zukünftig im Wärmekataster) korrekt sind oder ob zwischenzeitlich Änderungen an Anlagen, ein Einbau neuer Anlagen oder sonstige Änderungen am Gebäude vorgenommen worden sind. Der bBsf kann sich nur so selbst von den örtlichen Gegebenheiten ein Bild verschaffen, sodass eine objektivierte Erfassung der Situation vor Ort gewährleistet wäre. Das Ergebnis der WEA, die durchgeführte Prüfung sowie etwaige zu ergreifende (Optimierungs-)Maßnahmen seitens der Eigentümer sollen durch den bBsf im Bescheid festgehalten werden. Gleichzeitig dient der Bescheid der **Information des Eigentümers über die jeweils durchgeführten Arbeiten (Betriebsprüfung), der vorzunehmenden Optimierungsmaßnahmen hinsichtlich der Wärmeerzeugungsanlage** und gegebenenfalls über Zeiträume (Fristen), innerhalb derer die im Bescheid genannten Optimierungsmaßnahmen umzusetzen sind.

²² Institut für Technische Gebäudeausrüstung Dresden, Erarbeitung eines Effizienzchecks für Wärmepumpen, Stand: 17. März 2023, S. 5.

2. Ergänzung des § 19 SchfHwG – einschließlich der Erstellung und Führung von Wärmekatastern

Derzeit regelt § 19 Abs. 1 SchfHwG, welche Daten in das Kkehrbuch einzutragen sind. Ferner bestimmt § 19 Abs. 2 SchfHwG die Verantwortlichkeit des bBsf hinsichtlich der Vollständigkeit und der Richtigkeit sowie der Aktualität der Daten.

Im Rahmen der Wärmeplanung ist die Erfassung und Auswertung von bestimmten, der Wärmeplanung dienlichen Daten von erheblicher Bedeutung. Denn die Erfassung und Auswertung der Daten bilden die maßgebliche Grundlage für eine funktionierende Wärmeplanung. Dies zeigt auch § 15 WPG (siehe I.2.2).

Wie wichtig bereits die derzeit bestehenden Daten des bBsf für die Wärmeplanung sind, zeigt § 11 Abs. 1 Nr. 3 WPG. Die Norm erklärt den bBsf zum Auskunftspflichtigen für Erhebungen nach § 10 Abs. 1 WPG durch die planungsverantwortliche Stelle. Allerdings erfolgt die Auskunft erst auf Abfrage und beschränkt sich auf die Daten, die der bBsf nach geltender Rechtslage zur Verfügung hat und somit auf die Daten im Zusammenhang mit der Feuerstättenschau.

Insofern bilden die Erfassung und Auswertung von Daten eine **zwingende Vorstufe** der Wärmeplanung:

- Denn für die Wärmeplanung sind die räumlich und zeitlich differenzierte Erfassung und Darstellung der Wärmeerzeugungsanlagen und ihrer Bedingungen erforderlich;
- Neben den Daten und Informationen bezüglich der Wärmeerzeugungsanlagen werden Daten und Informationen der Gebäude (Nutzungsart, Baujahr, Gebäudetyp, Geschosse, Höhe etc.) benötigt.
- Ferner müssen Daten und Informationen erfasst werden, die den Wärmeenergieverbrauch und -bedarf aufdecken.
- Die inzwischen enge Verzahnung des Wärme- und Stromnetzes setzt einen ganzheitlichen Ansatz zur Bewältigung der Herausforderungen hinsichtlich der Versorgungssicherheit mit regenerativen Energiequellen voraus. Zielführende planerische Schlüsse lassen sich nur anhand einer ausführlichen Datengrundlage ziehen. Anhand der zu erfassenden Daten und Informationen hinsichtlich der Wärmeerzeugungsanlagen, Gebäude und des Verbrauchs sowie Bedarfs können Erkenntnisse für den durch den Einsatz von elektrisch betriebenen Wärmeerzeugungsanlagen erheblichen Strombedarf gewonnen werden, die wiederum der Aufstellung von Stromnetzplänen zur entsprechenden Deckung des Bedarfs dienen;
- Schließlich liefern die Daten und Informationen auch die Grundlage für die behördliche Kontrolle, sodass etwaige Gefährdungen der Energieversorgungssicherheit vermieden werden können.

Demnach müssten die nach geltendem Recht in das Kkehrbuch einzutragenden Daten um die oben genannten Daten erweitert werden, die für die Wärmeplanung von essenzieller Bedeutung sind.

Führt der bBsf künftig die WEA durch, so ist er im Stande, die entsprechenden Daten aufzunehmen und sich von deren Richtigkeit und Aktualität selbst zu überzeugen.

Hierdurch würde das Kkehrbuch zu einem umfassenden Wärmekataster (bzw. im Koalitionsvertrag 2021 noch „Gebäudeenergiekataster“²³ genannt) aufgewertet. Eine bundeseinheitliche Vorgabe zur Führung eines derartigen Registers gibt es bislang nicht. Allerdings existieren bereits auf Landesebene gesetzliche Grundlagen, die die Behörden zur Führung eines Wärmekatasters verpflichten und einen Katalog von Daten enthalten, die erfasst werden können, vgl. § 26 Hmb-KliSchG. Dies verdeutlicht, dass Landesgesetzgeber die Führung von Wärmekatastern als Teil der Wärmeplanung einstufen und diese als behördliche Aufgabe ansehen.

Da derzeit keine bundeseinheitliche Strategie verfolgt wird, eine solche jedoch für eine zielführende Wärmeplanung und -versorgung von besonderer Bedeutung wäre, böte sich zur Bewerkstelligung dieser Aufgabe die Übertragung der Führung von Wärmekatastern auf den bBsf an. Die Übertragung würde die flächendeckende Aufnahme der entsprechenden Daten sicherstellen. Von besonderem Vorteil wäre, dass die Datenerfassung eine einheitliche Struktur aufweisen würde. Zudem wären die Daten bedingt durch die wiederkehrend durchzuführende WEA stets aktuell sowie vollständig. Auch wäre durch diese Vorgehensweise für die gebietsübergreifende – über die einzelnen Bundesländer hinausgehende – Sicherung der Qualität der Daten gesorgt.

Die konkrete – auch technische Ausgestaltung – bliebe dem Gesetzgeber überlassen.

III. Fragestellung

Der Bundesverband des Schornsteinfegerhandwerks möchte rechtlich klären lassen, ob eine Änderung der Rechtslage dahingehend möglich ist, dass die **bestehenden, hoheitlichen Aufgaben und Befugnisse der bBsf künftig ergänzt werden** um die Durchführung einer weiter angelegten Anlagenschau, den Erlass eines entsprechenden Bescheids und die Erfassung und Sammlung entsprechender Daten im elektronischen Kkehrbuch sowie die im Zusammenhang mit der kommunalen Wärmeplanung anfallenden Aufgaben, namentlich die Erstellung bzw. Führung von Wärmekatastern. Insbesondere ist zu prüfen, ob **verfassungs-, unions- und vergaberechtliche Normen** derartigen Änderungen der geltenden Rechtslage entgegenstehen.

²³ Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021 – 2025 zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, S. 91.

C. RECHTLICHE PRÜFUNG

Es stellt sich die Frage, ob eine gesetzliche Regelung, die dem bBsf die hoheitlichen Aufgaben übertragen würde,

- eine WEA-Überprüfung durchzuführen sowie
- ein Wärmekataster (als Ausbau des Kkehrbuchs) zu führen

mit verfassungsrechtlichen (hierzu I), unionsrechtlichen (hierzu II) sowie vergaberechtlichen Anforderungen (hierzu III) zu vereinbaren ist.

I. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung stünde mit verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang. Diese wäre insbesondere mit den Vorschriften über die Gesetzgebungskompetenz (hierzu 1), mit dem Vorbehalt des Gesetzes (hierzu 2), mit dem Demokratieprinzip (hierzu 3), mit dem Funktionsvorbehalt (hierzu 4), mit dem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (hierzu 5) und mit der Allgemeinen Handlungsfreiheit (hierzu 6) vereinbar.

1. Gesetzgebungskompetenz

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung ließe sich auf die konkurrierende Bundeskompetenz für die Luftreinhaltung und die Bekämpfung anlagenbezogenen Lärms (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 Var. 2 GG) stützen.

1.1 Zuordnung zu Kompetenztiteln

Zu den Grundsätzen der Zuordnung zu Kompetenztiteln hat das Bundesverwaltungsgericht – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²⁴ – ausgeführt:²⁵

- Die Zuordnung einer Regelung zu einer Kompetenznorm ist anhand von Regelungsgegenstand, Normzweck, Wirkung und Adressat sowie der Verfassungstradition vorzunehmen.
- Kommt eine Zuordnung zu mehreren Kompetenztiteln in Betracht, ist aus dem Regelungszusammenhang zu erschließen, wo der Schwerpunkt liegt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die bisherigen Vorschriften im SchfHWG über die Beleihung der bBsf als auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 Var. 2 GG (hier: Luftreinhaltung) gestützt angesehen.²⁶ Die Kompetenz zur Luftreinhaltung erfasst nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

²⁴ Vgl. BVerfG, Urteil v. 12. März 2008, 2 BvF 4/03, BVerfGE 121, 30-69, Rn. 80, juris.

²⁵ BVerwG, Urteil v. 17. Dezember 2015, 7 C 5/14, Rn. 34, juris – unter Bezugnahme und Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

²⁶ BVerwG, Urteil v. 17. Dezember 2015, 7 C 5/14, Rn. 31 ff., juris.

auch alle Maßnahmen, die eine **Verhinderung des Anstiegs der Konzentration von Treibhausgasen** in der Luft bezwecken.²⁷ Insofern ist Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG die Kompetenzgrundlage für den Schutz der Umwelt²⁸ und des Klimas.²⁹

Die bestehenden Vorschriften über die hoheitlichen Befugnisse der bBsf bezweckten neben der Brand- und Betriebssicherheit auch Klima- und Umweltschutz sowie Energieeinsparung. Dem stehe die Nähe der Regelung zum Recht des Handwerks (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Art. 72 Abs. 22 GG) nicht entgegen. Denn diese überkommene Zuordnung sei – was diese Teile des SchfHWG betrifft – durch die Einfügung der Bundeskompetenz für die Luftreinhaltung in das Grundgesetz gerade überholt. Der Schwerpunkt der fraglichen Regelungen liege auch nicht beim Bauordnungsrecht (Länderkompetenz nach Art. 70 Abs. 1 GG). Die Regelungsziele der Brand- und Betriebssicherheit einerseits und des Umwelt- und Klimaschutzes und der Energieeinsparung andererseits stünden **gleichberechtigt nebeneinander**. Die Gesetzesbegründung nenne zwar die Erhaltung der Feuer- und Betriebssicherheit zuerst und bezeichne sie als „klassische“ Schornsteinfegeraufgabe, bevor sie den Umwelt- und Klimaschutz anspreche. Diese Abfolge besage **nichts über ein Rangverhältnis**, sondern erkläre sich aus der zeitlichen Reihenfolge, in der die beiden Regelungsziele in das Schornsteinfegerrecht Eingang gefunden hätten.

Das Oberverwaltungsgericht Münster hat hierzu weiter ausgeführt, dass es in einem solchen Fall dem Bund nicht verwehrt sei, durch die Inanspruchnahme eines Kompetenztitels in andere Kompetenzbereiche mittelbar hineinzuwirken; die neben der Luftreinhaltung bestehende Regelung der Brandsicherheit sei hergebrachte Staatspraxis, die bei der Auslegung der Kompetenzvorschriften besondere Bedeutung hat.³⁰

Im Übrigen gilt grundsätzlich bei konkurrierender Gesetzgebungskompetenz, dass der Bund zur Gesetzgebung befugt, aber nicht verpflichtet ist.³¹ Gem. Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

1.2 Anwendung auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung

In Anwendung dieser Maßstäbe ließe sich auch die vorgeschlagene gesetzliche Regelung auf den Kompetenztitel für die Luftreinhaltung und die anlagenbezogene Lärmbekämpfung stützen.

Eine regelmäßige WEA-Überprüfung durch den bBsf würde der **Reduktion von Treibhausgasemissionen** dienen, indem der bBsf die erforderlichen Kontrollen (beispielsweise nach § 60a GEG) durchführt und damit erhebliche Energieeinsparpotenziale erschließt. Der infolge dieser

²⁷ BVerwG, Urteil vom 8. September 2016 – 10 CN 1/15, Rn. 25, juris.

²⁸ *Degenhart* in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 74, Rn. 102.

²⁹ *Seiler* in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 58. Edition, Stand: 15. Juni 2024, Art. 74, Rn. 89.

³⁰ OVG Münster, Beschluss v. 15. Juli 2020, 4 B 885/20, Rn. 11-15, juris.

³¹ *Seiler* in: Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, 58. Edition, Stand: 15. Juni 2024, Art. 72, Rn. 3.

Einsparungen geringere Bedarf an Elektrizität würde angesichts des derzeitigen Strommixes zu geringeren Treibhausgasemissionen führen. Doch auch für die Zeit nach Erreichen einer (vordergründig) vollständig treibhausgasneutralen Elektrizitätserzeugung wären Herstellung und Bau der hierfür erforderlichen Anlagen weiterhin mit dem Ausstoß von Treibhausgasen verbunden, sodass auch die Realisierung von Einsparungen von treibhausgasneutral erzeugter Elektrizität der Luftreinhaltung dient.

Die WEA-Überprüfung würde zugleich der Erfassung und Sammlung (und der anschließenden Auswertung) von Daten dienen, die zur Führung von Wärmekatastern erforderlich sind. Das Führen der Wärmekataster wiederum bildet die Grundlage für die Wärmeplanung, die den **Umwelt- und Klimaschutz einschließlich der Energieeinsparung** fördern und etwaigen Engpässen in der Versorgung mit Wärme und Elektrizität vorbeugen soll.

Es ist auch davon auszugehen, dass eine Optimierung der Betriebseinstellungen von Wärmepumpen zu kürzeren Betriebszeiten und / oder geringerer Auslastung der Wärmepumpen und damit zu geringeren Geräuschemissionen führt. Die WEA-Überprüfung dient mithin auch der **Bekämpfung anlagenbezogenen Lärms**.

Zwar spielen auch andere Aspekte eine teils nicht unbedeutende Rolle. Das gilt im Hinblick auf die Gewährleistung von Versorgungssicherheit. Die Führung von Wärmekatastern sowie die Durchführung der WEA-Überprüfung führen zu einer effizienten Nutzung erneuerbarer Energiequellen und leisten damit einen Beitrag zur Sicherheit der Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität und Wärme. Gerade infolge des Angriffskriegs Russlands gegen die Ukraine und damit einhergehenden (Gas-)Versorgungseingpässen kommt der fortwährenden Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit eine besondere Bedeutung zu. Zudem dient die WEA-Überprüfung weiterhin auch der Gewährleistung von (Brand- und) Betriebssicherheit. Dies gilt allerdings in geringerem Maße als bisher, da die Sicherheitsrisiken von Wärmeerzeugungsanlagen, die ohne Verbrennung funktionieren, geringer ausfallen als bei solchen, die mit Verbrennung funktionieren.

Mehr noch als nach der bisherigen Gesetzeslage stehen damit bei der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung Aspekte der Luftreinhaltung und des Lärmschutzes im Vordergrund.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 Var. 2 GG würde insofern die Kompetenzgrundlage bilden.

2. Vorbehalt des Gesetzes

Bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben kann sich die öffentliche Hand Privater bedienen. Dazu kann der Staat mittels Beleihung öffentlich-rechtliche Befugnisse auf Private übertragen. Die Beleihung zeichnet sich dadurch aus, dass die so befugten Privaten nicht Teil der unmittelbaren

Staatsverwaltung, sondern – mangels Eingliederung in die Staatsverwaltung – Teil der mittelbaren Staatsverwaltung werden.³² Eine Beleihung liegt immer dann vor, wenn Privatrechtssubjekte mit der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung betraut werden und die Befugnis erhalten, die Verwaltungsaufgaben selbstständig in den Handlungsformen des Öffentlichen Rechts zu erledigen.³³ Es findet also eine Kompetenzzuweisung an den Privaten statt – entgegen der sonst üblichen Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben durch den Staat. Daraus folgert das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg:³⁴

*„Beleihung bedeutet, **Hoheitsgewalt abweichend von der regelmäßigen Kompetenzordnung des Grundgesetzes und der Landesverfassungen nicht von öffentlich-rechtlichen Organisationen, sondern von Privatrechtssubjekten** (natürliche oder juristische Personen des Privatrechts) ausüben zu lassen [...]. Sie [...] **muß** [sic!] **daher eine gesetzliche Grundlage erhalten**, da es ansonsten bei der Kompetenzordnung verbleibt, wie sie in den Landesorganisationsgesetzen enthalten ist.“* (Hervorhebungen hinzugefügt)

Das heißt, dass eine Beleihung nur durch oder aufgrund eines Gesetzes möglich ist.³⁵

Demnach lassen sich Beliehene als natürliche oder juristische Personen des Privatrechts definieren, denen durch Gesetz, auf Grund eines Gesetzes durch Verwaltungsakt oder auf Grund eines Gesetzes durch verwaltungsrechtlichen Vertrag bestimmte hoheitliche Kompetenzen zur Wahrnehmung im eigenen Namen übertragen worden sind.³⁶

Der Gesetzesvorbehalt erstreckt sich nicht nur auf das „Ob“, sondern auch auf das „Wie“ der Beleihung, soweit deren Modalitäten so wesentlich sind, dass sie der Entscheidung des Gesetzgebers vorbehalten sind. Was in diesem Sinne wesentlich ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab und bemisst sich danach, in welchem Maße Verfassungssätze durch die Beleihung betroffen sind.³⁷

Gegenwärtig ist die gesetzliche Grundlage der Beleihung der bBsf in § 8 Abs. 1, §§ 13–23 SchfHwG verankert. Darin sind auch die wesentlichen weiteren Fragen, wie etwa Auswahl (§ 9–10 SchfHwG), Aufhebung der Bestellung (§ 12 SchfHwG), genauer Umfang der Pflichten und Befugnisse (§§ 13–19 SchfHwG), Kostentragung (§ 20 SchfHwG), Aufsicht (§ 21 SchfHwG) und

³² *Schoch* in: Schneider/Schoch, VwVfG, 2. EL November 2023, § 1, Rn. 163; so auch konkret für Schornsteinfeger: *Schira* in: Schira, SchfHwG, 3. Aufl. 2018, § 8, Rn. 2.

³³ *Schoch* in: Schneider/Schoch, VwVfG, 2. EL November 2023, § 1, Rn. 162; zur Selbstständigkeit siehe schon BVerwG, Urteil v. 25. November 1971, I C 7.70, Rn. 23, juris; Urteil v. 5. März 1968. I C 35.65, Rn. 24, juris.

³⁴ OVG Brandenburg, Urteil v. 21. November 1996, 2 D 19/95.NE, Rn. 45, juris.

³⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss v. 20. Februar 1986, 1 BvR 859/81, NJW 1987, 2501, 2502; *Kiefer*, NVwZ 2011, 1300.

³⁶ *Reiniert* in: BeckOK BGB, 68. Edition, Stand: 01. August 2023, § 839, Rn. 8.

³⁷ BVerfG, Urteil v. 26. August 2010, 3 C 35/09, Rn. 25, juris.

Haftung (§ 12a SchfHWG) gesetzlich geregelt. Der Vorbehalt des Gesetzes wird damit unter Beachtung des Wesentlichkeitsgrundsatzes gewahrt. Bei einer Ergänzung des bBsf um die vorgeschlagene gesetzliche Regelung wäre der Vorbehalt des Gesetzes ebenfalls unter Beachtung des Wesentlichkeitsgrundsatzes zu wahren, was aber bei entsprechender Formulierung eines etwaigen Änderungsgesetzes zum SchfHWG ohne weiteres möglich ist.

3. Demokratieprinzip

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung wäre ferner mit dem Demokratieprinzip vereinbar.

3.1 Anforderungen nach der Rechtsprechung

Aus Art. 20 Abs. 2 GG ergibt sich, dass jede Tätigkeit, die als Staatsgewalt anzusehen ist, auf den Volkswillen zurückführbar sein muss.³⁸ Zwischen dem Staatsvolk und der Ausübung von Staatsgewalt muss also ein legitimierender Zusammenhang bestehen.

Dieser **Legitimationszusammenhang** wird nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Wesentlichen **durch zwei Aspekte** hergestellt: zum einen durch eine persönliche Legitimation der Staatsgewalt ausübenden Personen, zum anderen durch eine sachlich-inhaltliche Legitimation des amtlichen Handelns.

- Der Aspekt der **persönlichen Legitimation** verlangt, dass vom Volk zum handelnden Amtswalter eine ununterbrochene Legitimationskette von Einsetzungsakten führt.³⁹ Damit wird ausgeschlossen, dass Personen Staatsgewalt ausüben, deren Bestellung nicht auf den Volkswillen zurückführbar ist.
- Die **sachlich-inhaltliche Legitimation** verlangt, dass der Inhalt des amtlichen Handelns auf den Volkswillen zurückzuführen ist. Dies geschieht grundsätzlich – das heißt im Rahmen der unmittelbaren Staatsverwaltung – zum einen durch gesetzliche Vorgaben für die Amtstätigkeit und zum anderen durch die Bindung der Amtswalter an die Weisungen der ihnen vorgesetzten Stellen (und damit letztlich an die Weisungen der Regierung, die wiederum von der Zustimmung des unmittelbar vom Volk gewählten Parlaments abhängt).⁴⁰

Diese beiden Legitimationsstränge stehen in einer **Wechselbeziehung**. Eine schwächere Ausprägung eines Legitimationsstranges kann durch eine stärkere Ausprägung des jeweils anderen Legitimationsstranges ausgeglichen werden.⁴¹ Entscheidend ist, dass insgesamt ein ausreichendes

³⁸ BVerfG, Urteil v. 18. Januar.2012, 2 BvR 133/10, Rn. 166, juris.

³⁹ BVerfG, Beschluss. v. 24. Mai.1995, 2 BvF 1/92, juris.

⁴⁰ BVerfG, Urteil v. 18. Januar 2012, 2 BvR 133/10, Rn. 167, juris.

⁴¹ BVerfG, Urteil v. 18. Januar 2012, 2 BvR 133/10, Rn. 167, juris; BVerfG, Urteil v. 31. Oktober 1990, 2 BvF 3/89, Rn. 37, juris; BVerfG, Beschluss v. 24. Mai 1995, 2 BvF 1/92, Rn. 135, juris; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss v. 19. Oktober 2005, 2 W 120/05, Rn. 28 f., juris; *Dietlein* in: BeckOK Grundgesetz, 51. Edition, Stand: 15. Mai 2022, Art. 79, Rn. 35.

Maß an demokratischer Legitimation gewährleistet bleibt.⁴² Das insgesamt erforderliche **Legitimationsniveau** wiederum bestimmt sich danach, wie intensiv die Grundrechtseingriffe sind, die mit der Ausübung der fraglichen staatlichen Aufgabe verbunden sind bzw. verbunden sein können.⁴³

Für die Fallgruppen der kommunalen und funktionalen Selbstverwaltung, der Teilhabe Privater an der Verwaltung und der Weisungsfreiheit staatlicher Verwaltungseinheiten kann das Vorliegen **besonderer Sachgründe** eine Absenkung des Legitimationsniveaus der Legitimationsstränge rechtfertigen. Insbesondere die Teilhabe Privater an der Verwaltung in Form der **Beleihung** kann durch **gesetzliche Eingrenzung der übertragenen Befugnisse, Gesetzesbindung** und **staatliche Aufsicht** ermöglicht werden.⁴⁴

Die Beleihung darf nicht zu einer dauerhaften Entäußerung staatlicher Gewalt führen.⁴⁵ Dabei ist es je nach Eingriffsintensität der übertragenen Hoheitsbefugnisse und Ausgestaltung der Aufsichtsmittel nicht zwingend erforderlich, dass die Verwaltung gegenüber dem Beliehenen die Fachaufsicht ausübt; bei gesetzlich klar umrissenen und wenig eingriffsintensiven Befugnissen **genügt auch eine reine Rechtsaufsicht**.⁴⁶ Auch eine Kompensation durch **Sachnähe** und besonderen **Sachverstand** ist vom Bundesverfassungsgericht anerkannt.⁴⁷

3.2 Anwendung auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung

Daran gemessen wäre der erforderliche Legitimationszusammenhang bei Erlass der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung gewahrt.

Hinsichtlich der **personellen Legitimation** würde sich im Vergleich zur bisherigen gesetzlichen Ausgestaltung durch die vorgeschlagene gesetzliche Regelung nichts ändern:

- Beliehen würde pro Bezirk weiterhin eine natürliche Person.
- Die den bBsf beleihende zuständige Behörde (genauer: der darin zuständige, seinerseits personell legitimierte Amtswalter) würde weiterhin aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung handeln. Die zuständige Behörde ist Teil der Exekutive und damit der jeweiligen

⁴² BVerfG, Beschluss v. 24. Mai 1995, 2 BvF 1/92, Rn. 135; BVerfG, Beschluss v. 5. Dezember 2002, 2 BvL 5/98 u. a., NVwZ 2003, juris.

⁴³ BVerfG, Urteil v. 18. Januar 2012, 2 BvR 133/10, Rn. 167, juris; vgl. BVerfG, Beschluss v. 24. Mai 1995, 2 BvF 1/92, Rn. 135, juris.

⁴⁴ BVerfG, Urteil v. 18. Januar 2012, 2 BvR 133/10, Rn. 166, 171, juris.

⁴⁵ OVG Lüneburg, Beschluss v. 21. Juli 1997, 7 K 7532/95, Rn. 29, juris.

⁴⁶ BVerfG, Beschluss v. 2. Mai 2016, 2 BvR 1137/14, Rn. 24, juris; Niedersächsischer Staatsgerichtshof, Urteil v. 5. Dezember 2008, 2/07, Rn. 151, juris.

⁴⁷ BVerfG, Beschluss v. 5. Dezember 2002, 2 BvL 5/98 u. a., Rn. 138, juris.

Regierung unterworfen, die ihrerseits unter parlamentarischem Einfluss steht und bei Wahlen demokratisch legitimiert wird bzw. wurde. Der bBsf erfährt daher eine unmittelbare personelle Legitimation durch die ihn beleihende, zuständige Behörde.

- Zudem würde die Bestellung zum bBsf auch in Zukunft auf Zeit erfolgen (§ 10 Abs. 1 SchfHWG), sodass eine regelmäßige Erneuerung der personellen Legitimation sichergestellt wäre.

In **sachlich-inhaltlicher Hinsicht** bestünden weiterhin klar umrissene, gesetzlich vorgesehene Befugnisse und die Gesetzesbindung. Zwar ist der bBsf als Beliehener nicht unmittelbar in eine behördliche Weisungsstruktur eingebunden. Diese Modifikation ist aber durch den besonderen **Sachverstand** der bBsf, auf den die Behörde mit der Beleihung zurückgreift, gerechtfertigt.

Zudem wird die fehlende Einbindung in die behördliche Weisungsstruktur durch die **staatliche Aufsicht** kompensiert. Bereits nach derzeitigem Gesetzesstand unterliegt der bBsf gemäß § 21 SchfHWG der Aufsicht durch die zuständige Behörde. Diese kann prüfen, ob der bBsf seinen Pflichten nachkommt. Am schon derzeit bestehendem Kontrollniveau würde sich durch die vorgeschlagene gesetzliche Regelung nichts ändern. Dieses Kontrollniveau war auch bislang ausreichend und wurde bisher nicht angezweifelt.

Betrachtet man diese Umstände gemeinsam, wird insgesamt ein **hinreichendes, effektives Legitimationsniveau** erreicht.

- Die bestehenden Regelungen über die Aufsicht gewährleisten in ausreichendem Maße die Verantwortlichkeit für die Ausübung der Verwaltungstätigkeit gegenüber dem unmittelbar demokratisch legitimierten Parlament und **verhindern eine dauerhafte Entäußerung staatlicher Gewalt** (insbesondere durch die Bestellung des bBsf auf Zeit und die Möglichkeit der Aufhebung der Bestellung).
- Auch ist zu beachten, dass die Anforderungen an das Legitimationsniveau und das Maß der staatlichen Aufsicht angesichts der begrenzten Tragweite der Grundrechtseingriffe, die dem bBsf ermöglicht werden, nicht zu überspannen sind (siehe zur Intensität der Eingriffe 5.2.2 und 6).
- Insbesondere ist angesichts der zukünftig auch zu normierenden **klar umrissenen Befugnisse** des bBsf und der eher geringen Intensität der dem bBsf möglichen Grundrechtseingriffe gegen eine bloße Rechtsaufsicht von Verfassungen wegen nichts zu erinnern.

4. Funktionsvorbehalt

Auch mit dem Funktionsvorbehalt gemäß Art. 33 Abs. 4 GG wäre die vorgeschlagene gesetzliche Regelung vereinbar.

4.1 Bisherige Rechtsprechung

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Damit sieht die Verfassung als Regelbild die Erfüllung der dem Staat obliegenden Verwaltungsaufgaben durch Beamte (und Personen in vergleichbaren Verhältnissen, wie etwa Soldaten) vor. Dies dient – im Zusammenspiel mit den Erfordernissen des Art. 33 Abs. 5 GG – der institutionellen Absicherung einer gesetzestreuen, stabilen, qualifizierten und funktionsfähigen Verwaltung⁴⁸ und damit mittelbar dem Schutz der Bürgerinnen und Bürger.

Eine Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse liegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes jedenfalls dann vor, „wenn Befugnisse zum Grundrechtseingriff im engeren Sinne [...] ausgeübt werden, die öffentliche Gewalt also durch Befehl oder Zwang unmittelbar beschränkend auf grundrechtlich geschützte Freiheiten einwirkt“.⁴⁹

Werden hoheitsrechtliche Befugnisse abweichend vom Regelmodell des Art. 33 Abs. 4 GG nicht auf Beamte übertragen, so stellt dies eine Abweichung vom Regelbild dar, die gemessen an Art. 33 Abs. 4 GG der **Rechtfertigung** bedarf.⁵⁰ Dies gilt nicht nur im Fall der Übertragung hoheitsrechtlicher Befugnisse auf staatliche Arbeitnehmer, sondern auch **im Fall der Übertragung auf Private im Wege der Beleihung**.⁵¹

Hinsichtlich der Rechtfertigung einer Abweichung führt das Bundesverfassungsgericht aus:⁵²

*„Abweichungen vom Grundsatz des Funktionsvorbehalts bedürfen demgemäß nach herrschender und richtiger Auffassung der Rechtfertigung durch einen **besonderen sachlichen Grund** [...]. Als rechtfertigender Grund kommt nur ein spezifischer, dem Sinn der Ausnahmemöglichkeit entsprechender – auf Erfahrungen mit gewachsenen Strukturen oder im Hinblick auf den Zweck des Funktionsvorbehalts relevante Besonderheiten der jeweiligen Tätigkeit Bezug nehmender – Ausnahmegrund in Betracht [...].“ (Hervorhebung hinzugefügt.)*

Danach ist der Ausnahmecharakter nur dann gewahrt, wenn entweder Erfahrungen mit gewachsenen Strukturen oder sonstige Besonderheiten der Tätigkeit die Funktionswahrnehmung durch Private sinnvoll erscheinen lassen. So kann eine Beleihung beispielsweise gerechtfertigt sein,

⁴⁸ Vgl. BVerfG, Urteil v. 18. Januar 2012, 2 BvR 133/10, Rn. 166, Rn. 110, juris.

⁴⁹ BVerfG, Urteil v. 18. Januar 2012, 2 BvR 133/10, Rn. 140, juris.

⁵⁰ BVerwG, Urteil v. 26. August 2020, 3 C 35/09 (VGH München), Rn. 26, juris.

⁵¹ BVerfG, Urteil v. 18. Januar 2012, 2 BvR 133/10, Rn. 135, juris.

⁵² BVerfG, Urteil v. 18. Januar 2012, 2 BvR 133/10, Rn. 146, juris.

wenn Private eine besondere Sachkunde, Initiative oder betriebliche Möglichkeiten besitzen, die sich die staatliche Verwaltung zunutze machen will.⁵³

Dabei ist zu beachten, dass sich die Anforderungen an den rechtfertigenden Sachgrund danach unterscheiden, wie stark die dem Beliehenen übertragene Aufgabe Grundrechte einzuschränken vermag:

*„In diesem Sinne schließt das Erfordernis eines sachlichen Grundes ein, dass Ausnahmen vom Funktionsvorbehalt durch den **Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit** begrenzt sind [...]. Je intensiver eine bestimmte Tätigkeit Grundrechte berührt, desto weniger sind Einbußen an institutioneller Absicherung qualifizierter und gesetzestreuer Aufgabenwahrnehmung hinnehmbar.“⁵⁴ (Hervorhebung hinzugefügt.)*

4.2 Anwendung auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung

Daran gemessen liegen hier besondere sachliche Gründe vor, die ein Abweichen vom grundgesetzlichen Regelbild rechtfertigen.

Die Übertragung der WEA-Überprüfung und der Führung des Wärmekatasters auf den bBsf durch die vorgeschlagene gesetzliche Regelung ist vor dem Hintergrund gerechtfertigt, dass mit den in den Kehrbezirken bestellten bBsf gewachsene Strukturen bestehen, in denen **Erfahrung, Sachverstand und weit über die personellen und sächlichen Ressourcen der staatlichen Behörden hinausgehende betriebliche Möglichkeiten** vorliegen:

- Die Mitglieder des Schornsteinfegerhandwerks verfügen über langjährige Erfahrung im Bereich der Brand- und Betriebssicherheit von Wärmeerzeugungsanlagen. Da die bBsf bisher die Feuerstättenschau durchgeführt haben, sind sie mit dem Prinzip der Wärmeanlagenüberprüfung besonders vertraut.
- Hinzu kommt, dass sich aufgrund ihrer jeweils bestehenden Erfahrungswerte innerhalb ihres Bezirks systematische Prozessabläufe etabliert haben, die reibungslos und zielführend funktionieren.
- Darüber hinaus sind die bBsf aufgrund ihrer bisherigen Verpflichtung zur Kkehrbuchführung bereits mit dem Umgang und der Führung eines katasterähnlichen Instruments vertraut. Die WEA-Überprüfung (wie bisher die Feuerstättenschau auch) ist das einzige Mittel, das gewährleistet, dass das Kkehrbuch (und künftig auch das Wärmekataster) über aktuelle und zuverlässige sowie flächendeckende Daten verfügt.
- Durch die Beleihung der bBsf mit der WEA-Überprüfung und der Führung eines Wärmekatasters würde eine eigenständige Überprüfung durch den bBsf stattfinden, die sowohl die

⁵³ Schmitz in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 1, Rn. 246; OVG Brandenburg, Urteil v. 21. November 1996, 2 D 19/95.NE, Rn. 46, juris.

⁵⁴ BVerfG, Urteil v. 18. Januar 2012, 2 BvR 133/10, Rn. 149, juris; vgl. hierzu auch: BVerfG, Beschluss v. 24. Mai 1995, 2 BvF 1/92, Rn. 148, juris.

flächendeckende Versorgung sowie die Inaugenscheinnahme durch eine fachkundige und unabhängige Instanz sicherstellen würde.

- Die bBsf sind zudem besonders ausgebildete und geschulte Private, die über spezielle Kenntnisse verfügen, die eine staatliche Institution nicht besitzt.
- Ein vergleichbarer Verwaltungsapparat wäre derzeit nur mit erheblichem bürokratischem Aufwand aufzubauen. Dieser entfielen, wenn sich die Behörde der gewachsenen Struktur und der Sachkunde der bBsf bedienen würde.

5. Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung wäre auch mit dem Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG vereinbar. Das erfordert im Falle eines Eingriffes in den Schutzbereich (dazu 5.1) eine hinreichende Rechtfertigung (dazu 5.2).

5.1 Eingriff in den Schutzbereich

Die nach der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung vorzunehmende WEA-Überprüfung griffe in den Schutzbereich von Art. 13 Abs. 1 GG ein. Danach ist die Wohnung unverletzlich. Ein an Art. 13 Abs. 7 GG zu messender Eingriff liegt grundsätzlich schon in jedem Betreten und Aufhalten ohne den Willen des Berechtigten.⁵⁵ Im Rahmen der bereits nach geltender Rechtslage durchzuführenden Feuerstättenschau müssen Privatwohnungen betreten werden, sodass in die Unverletzlichkeit der Wohnung eingegriffen wird. Gleiches würde im Falle der WEA-Überprüfung gelten.

Beim Betreten und Besichtigen von Betriebs- und Geschäftsräumen ist grundsätzlich ein anderer Maßstab im Vergleich zur Wohnung anzulegen. Zwar sind auch Betriebs- und Geschäftsräume „Wohnung“ im Sinne des Art. 13 Abs. 1 GG.⁵⁶ Da diese ein geringeres Schutzbedürfnis aufweisen, gelten aber andere Anforderungen hinsichtlich des Betretens und Besichtigens.⁵⁷ Ob in solchen Fällen lediglich ein Eingriff in die Allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG vorliegt, der folglich nicht an Art. 13 Abs. 7 GG zu messen ist, oder ob gleichwohl ein Eingriff in Art. 13 Abs. 1 GG vorliegt, der abweichend vom Verfassungstext nicht an Art. 13 Abs. 7 GG zu messen ist, ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes nicht ganz eindeutig.⁵⁸ Jedenfalls ist nach der Rechtsprechung ein solcher Eingriff gerechtfertigt, wenn es sich um reine Betriebs- und Geschäftsräume handelt, das Betreten und Besichtigen zu den üblichen Geschäftszeiten geschieht, eine gesetzliche Vorschrift hierzu ermächtigt, die gesetzliche Regelung Zweck,

⁵⁵ BVerfG, Urteil v. 15. Dezember 1983, 1 BvR 209/83, Rn. 141 u. a., juris.

⁵⁶ BVerfG, Beschluss v. 24. Mai 1977, 2 BvR 988/75, Rn. 55, juris.

⁵⁷ BVerfG, Beschluss v. 13. Oktober 1971, 1 BvR 280/66, Rn. 51, juris.

⁵⁸ Vgl. die Übersicht bei *Kluckert* in: BeckOK GG, 58. Edition, Stand: 15. Juni 2024, GG Art. 13, Rn. 6.1–6.3.

Gegenstand und Umfang der Besichtigung erkennen lässt und das Betreten und Besichtigen im Einzelfall auch tatsächlich diesem Zweck dient und zu dessen Erreichung erforderlich ist.⁵⁹

Vorliegend kommt es hierauf aber nicht entscheidend an, da die vorgeschlagene gesetzliche Regelung sowohl für Privatwohnungen als auch für Betriebs- und Geschäftsräume gelten würde. Es wären daher ohnehin die weitergehenden Anforderungen des Art. 13 Abs. 7 GG zu wahren.

5.2 Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 13 Abs. 1 GG

5.2.1 Maßstab des Art. 13 Abs. 7 GG hinsichtlich der Rechtfertigung

Nach dem für die Prüfung der Rechtfertigung als Maßstab heranzuziehenden Art. 13 Abs. 7 GG dürfen Eingriffe und Beschränkungen, die nicht unter Art. 13 Abs. 2–6 GG fallen, nur zur Abwehr einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr für einzelne Personen, auf Grund eines Gesetzes auch zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden.

Eine **gemeine Gefahr** im Sinne einer konkreten Gefahr liegt vor, wenn ein unüberschaubar hoher Schaden für eine unbestimmte Vielzahl von Personen oder Sachen besteht. Beispiele hierfür sind Überschwemmungs-, Feuer-, Einsturz- oder Lawinengefahr.⁶⁰ Eine **Lebensgefahr** ist zu bejahen, wenn der Verlust eines Menschenlebens droht.⁶¹ Der zugrundeliegende Sachverhalt lässt sich weder unter die gemeine Gefahr noch unter die Lebensgefahr subsumieren.

In Betracht kommt aber, dass der in der Durchführung der WEA liegende Eingriff **auf Grund eines Gesetzes zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung**, insbesondere zur Behebung der Raumnot, zur Bekämpfung von Seuchengefahr oder zum Schutze gefährdeter Jugendlicher vorgenommen werden darf. Hierfür genügt eine **abstrakte Gefahr**, sodass auch solche Eingriffe gerechtfertigt sein können, die einen Zustand nicht eintreten lassen, der seinerseits eine dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen würde.⁶² In Bezug auf die Frage, wann eine Gefahr **dringend** ist, besteht kein Konsens. Denkbar ist ein Anknüpfen an die zeitliche Nähe des drohenden Schadenseintritts, die Wahrscheinlichkeit

⁵⁹ BVerfG, Beschluss v. 15. März 2007, 1 BvR 2138/05, Rn. 28 f., juris; BVerfG, Beschluss v. 13. Oktober 1971, 1 BvR 280/66, Rn. 51 ff., juris; *Kluckert* in: BeckOK GG, 58. Edition 15. Juni 2024, Art. 13, Rn. 6.1.

⁶⁰ *Papier* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. EL Januar 2024, Art. 13, Rn. 119.

⁶¹ *Kluckert* in: BeckOK GG, 56. Edition 15. August 2023, GG Art. 13, Rn. 25.

⁶² BVerfG, Urteil v. 13. Februar 1964, 1 BvR 128/61, Rn. 70, juris.

des Schadenseintritts und das Ausmaß des drohenden Schadens.⁶³ Die wohl überwiegende Ansicht stellt unter Berufung auf das Bundesverfassungsgericht⁶⁴ allein auf das **Ausmaß des drohenden Schadens** ab.⁶⁵ Jedenfalls ist das Erfordernis der dringenden Gefahr eine Ausprägung des auch im Rahmen von Art. 13 GG anwendbaren rechtsstaatlichen **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**.⁶⁶

5.2.2 Anwendung des Maßstabs im Hinblick auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung

Daran gemessen wäre der in der WEA-Überprüfung liegende Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung gerechtfertigt.

Die WEA-Überprüfung dient, wie bereits ausgeführt (1.2), sowohl der **Luftreinhaltung** sowie dem Umwelt- und Klimaschutz und der Energieeffizienz durch Optimierung des Betriebs der Wärmeerzeugungsanlagen und Ermöglichung eines aktuellen Wärmekatasters als auch der Gewährleistung von **Brand- und Betriebssicherheit**.

Insbesondere **Brände** von Wärmeerzeugungsanlagen – die auch bei Anlagen, die ohne Verbrennung funktionieren, (wenn auch seltener) weiterhin vorkommen können – können wegen der brandtypisch unabsehbaren Ausbreitung von Flammen und Rauchgasen Leib und Leben einer Vielzahl von Menschen sowie Sachgüter von bedeutendem Wert gefährden. Insoweit dient die WEA-Überprüfung (auch) der Verhütung einer dringenden Gefahr. Dass diese Gefahr abstrakt sein mag und im Vergleich zu anderen Gefahrenlagen eine eher geringe Eintrittswahrscheinlichkeit besteht, ist angesichts der Hochrangigkeit der zu schützenden Rechtsgüter nicht von Bedeutung.

Neben der Brandverhütung dient die WEA – stärker als bislang die Feuerstättenschau – auch dem Umwelt- und Klimaschutz in Form der **Luftreinhaltung**. Denn ein optimierter Betrieb der Anlagen spart Elektrizität. Dadurch fallen zum einen weniger **Treibhausgase** im Rahmen der Elektrizitätsgewinnung an. Zum anderen wird damit der Gesamtelektrizitätsbedarf gesenkt bzw. die Menge zur Verfügung stehender Wärme gesteigert, was die **Versorgungssicherheit** steigert.

Beide Aspekte werden zusätzlich unterstützt durch die Führung eines aktuellen Wärmekatasters. Die Daten und Informationen, die in den Wärmekatastern enthalten sind, bilden die Grundlage für die Wärmeplanung, die den Umwelt- und Klimaschutz einschließlich der Energieeinsparung fördern und etwaigen Engpässen in der Versorgung (mit Wärme und Strom) vorbeugen sollen. Für die Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit des Wärmekatasters ist die regelmäßige WEA-Überprüfung eine notwendige Vorbedingung.

⁶³ *Papier* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 102. EL August 2023, Art. 13, Rn. 125ff.

⁶⁴ BVerfG, Urteil v. 13. Februar 1964, 1 BvL 17/61 u. a., Rn. 65 ff., juris.

⁶⁵ *Papier* in: Dürig/Herzog/Scholz GG, 103. EL Januar 2024, Art. 13, Rn. 126.

⁶⁶ *Papier* in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. EL August 2024, Art. 13, Rn. 128.

Damit dient die WEA-Überprüfung der **Verhütung dringender Gefahren**. Dass ein unkontrollierter Anstieg der Treibhausgaskonzentration in der Atmosphäre zu mannigfaltigen Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung und deren Eigentum führen kann (durch Hitzewellen, Überschwemmungen, Stürme, Anstieg der Meeresspiegel etc.), bedarf keiner näheren Ausführung.⁶⁷ Auch im Falle eines Engpasses der Versorgung mit Elektrizität und Wärme wären gewichtige Auswirkungen auf hochrangige Rechtsgüter zu besorgen (etwa auf die Gesundheit der Wohnbevölkerung, auf das Funktionieren von Krankenhäusern, Banken und anderen für das öffentliche Leben relevanten Einrichtungen und auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit). Dem entspricht es, dass das Bundesverfassungsgericht die Sicherheit der Versorgung der Bevölkerung und der Wirtschaft mit elementaren Gütern der Daseinsvorsorge als **Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges** bezeichnet.⁶⁸

Wenn die WEA-Überprüfung sowie die Führung eines Wärmekatasters der Verhütung dringender Gefahren dienen, ist angesichts der eher geringen Eingriffsintensität auch die **Verhältnismäßigkeit im Übrigen** zu bejahen. Der Eingriff ist zur Erreichung der genannten Ziele geeignet. Es sind auch keine gleich geeigneten mildereren Mittel ersichtlich. Denn auch wenn die Prüfung von Wärmeezeugungsanlagen Privaten im freien Wettbewerb überantwortet wäre, müssten diese die Wohnung betreten. Insoweit wäre die denkbare Alternative nicht milder. Da das Wärmekataster für eine funktionierende Wärmeplanung, die dem Umwelt- und Klimaschutz sowie dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit dient, unerlässlich ist, müssen die entsprechend erforderlichen Daten objektiv und zuverlässig sowie aktuell erfasst und ausgewertet werden. Hierfür ist die eigenständige Inaugenscheinnahme (WEA-Überprüfung) der Umstände von zentraler Bedeutung.

Der in der WEA-Überprüfung liegende Eingriff ist auch nicht unverhältnismäßig im engeren Sinne. Der hierdurch erzeugte Vorteil für die verfolgten Belange steht nicht außer Verhältnis zur Schwere des Eingriffs. Betretungs- und Besichtigungsrecht sind generell als niederschwellige Eingriffe anzusehen. Zudem wäre die Befugnis – ähnlich wie bei der Feuerstättenschau – gesetzlich streng zweckgebunden und zeitlich klar definiert. Zur Verhältnismäßigkeit trägt ferner bei, dass anlässlich der WEA auch die nach § 60a GEG ohnehin vorgeschriebene Prüfung und Optimierung von Wärmepumpen vorgenommen werden kann. Schließlich kann auch der nach § 71 Abs. 2 Satz 4 GEG erforderliche Nachweis auf Verlangen des bBsf anlässlich der WEA vorgenommen werden. Die WEA-Überprüfung fördert damit zugleich eine effektive Umsetzung des § 71 Abs. 1 f. GEG.

⁶⁷ Dazu näher BVerfG, Beschluss v. 24. März 2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 16–29, juris.

⁶⁸ BVerfG, Beschluss v. 16. März 1971, 1 BVR 52, 665, 667, 754/66, Rn. 79 ff., juris; BVerfG, Beschluss v. 18. Dezember 1968, 1 BvL 5, 14/64, 5, 11, 12/65, Rn. 29 ff., juris.

6. Allgemeine Handlungsfreiheit

Was die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG anbelangt, so würde die Auferlegung einer Gebühr, wie vorliegend angedacht für die WEA-Überprüfung, zwar in dieses Grundrecht eingreifen. Dieser Eingriff wäre jedoch gerechtfertigt. Die verbundene Gebührenbelastung ist geringfügig und verhältnismäßig.⁶⁹ Die Gebührenerhebung findet ihre Rechtsgrundlage derzeit in § 20 SchfHWG und wird durch die KÜO näher konkretisiert. Dem liegt das Kostendeckungsprinzip zugrunde. In diesem Sinne soll die vorgeschlagene gesetzliche Regelung ausgestaltet sein.

Wie bereits dargestellt (5.2.2), dient die vorgeschlagene gesetzliche Regelung dem Schutz von Gemeinschaftsinteressen höchsten Rangs. Dass der jeweils betroffene Eigentümer eine Gebühr von geringer Höhe für die Durchführung der Arbeiten entrichten müsste, wäre in Anbetracht der verfolgten Ziele daher nachrangig. Dies gilt umso mehr als die Gebühr lediglich der Deckung des jeweiligen Verwaltungsaufwandes des bBsf dient, die (auch zukünftig) auf der Grundlage einer staatlichen Gebührenordnung erhoben werden soll. Würde ansonsten eine staatliche Behörde die Tätigkeiten ausführen, würde ebenfalls eine Verwaltungsgebühr erhoben werden.

II. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht⁷⁰

Die Einführung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung – die Übertragung der Aufgaben der **Führung von Wärmekatastern** sowie der **Durchführung der WEA-Überprüfung** durch den bBsf – dürfte unionsrechtlich zulässig sein.

Auch wenn der Anwendungsbereich der DL-RL *prima facie* eröffnet ist, sprechen unseres Erachtens überzeugende Argumente dafür, die Führung des Wärmekatasters und die WEA-Überprüfung als Tätigkeiten „in Ausübung öffentlicher Gewalt“ zu qualifizieren – sie wären daher aus dem Anwendungsbereich der DL-RL ausgenommen (hierzu 1.1 – 1.2). Wir weisen darauf hin, dass auch Argumente für eine gegenteilige Einordnung existieren. Wie eine Entscheidung europäischer Institutionen in dieser Hinsicht letztlich ausfiele, lässt sich daher nicht mit letzter Sicherheit sagen.

Auch wenn die vorgeschlagene gesetzliche Regelung nicht als „Ausübung öffentlicher Gewalt“ zu kategorisieren wäre, sprechen unseres Erachtens gewichtige Argumente dafür, dass die vorgeschlagene gesetzliche Regelung mit den materiellen Maßstäben der DL-RL in Einklang zu bringen wäre (hierzu 1.3.1a) und 1.3.1b)). In diesem Rahmen würde die normative Verankerung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung allerdings eine Notifizierungspflicht der Bundesrepublik

⁶⁹ Zur geltenden Rechtslage siehe: VG Oldenburg (Oldenburg), Beschluss v. 29. Januar 2015, 5 A 473/15, Rn. 19, juris; VGH Mannheim, Beschluss v. 9. Januar 2008, 6 S 1089/07, Rn. 6, juris.

⁷⁰ Wir haben uns aus Gründen der Übersichtlichkeit dazu entschieden, die vergaberechtliche Prüfung aus dem vorliegenden unionsrechtlichen Teil des Gutachtens auszugliedern. Sie findet sich gesondert in Abschnitt C.III.

Deutschland gegenüber der EU-Kommission auslösen (hierzu 1.3.1c)). Eine weitergehende Prüfung anhand primärrechtlicher Grundfreiheiten ist aufgrund des abschließenden Charakters der DL-RL vorliegend nicht erforderlich (hierzu 2).

1. Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsrichtlinie

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung stünde im Einklang mit den Vorgaben der DL-RL.

1.1 Anwendungsbereich *prima facie* eröffnet

Nach ihrem Art. 2 Abs. 1 gilt die DL-RL für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden. Unter Dienstleistung ist nach Art. 4 Nr. 1 DL-RL jede von Art. 50 des Vertrages (heute: Art. 57 AEUV) erfasste selbstständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird, zu verstehen.

Die Durchführung der WEA-Überprüfung durch den bBsf soll nach der – im Zuge der Einführung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung zu ändernden – KÜO gebührenpflichtig sein. Demgegenüber wird für die Führung des Wärmekatasters keine gesonderte Gebühr erhoben. Die Führung des Wärmekatasters steht aber kraft gesetzlicher Regelung des Berufsbildes bzw. des Amtes des bBsf in einem untrennbaren Zusammenhang mit den gebührenpflichtigen Tätigkeiten; die Befugnis – und Pflicht – zur Vornahme der fraglichen Tätigkeiten kann nur im Bündel erworben werden. Mittelbar ist damit auch die Führung des Wärmekatasters eine entgeltliche Tätigkeit, auch wenn sie „querfinanziert“ wird und kein eigener Gebührentatbestand für sie besteht. Es handelt sich demnach um eine Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird.

Die genannten Leistungen der bBsf werden auch nicht in abhängiger Beschäftigung erbracht, die bBsf sind vielmehr eigenständig wirtschaftende Unternehmer. Damit liegt auch eine selbstständige Tätigkeit vor. Hieran ändert auch die Aufsicht durch die zuständige Behörde nichts, da es sich hierbei nur um eine bloße Rechtsaufsicht handelt (vgl. I.3.2 und 1.2.3b)cc)).

Zu beachten ist zudem, dass die DL-RL auch alle Tätigkeiten im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit erfasst.⁷¹ Auf die Abgrenzung, ob die von der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung erfassten Dienstleistungen vorliegend in Form einer ständigen Niederlassung oder in Form einer vorübergehenden Tätigkeit ausgeübt werden würden, kommt es damit nicht an.

Die Anwendbarkeit der DL-RL ist auch nicht deshalb nicht eröffnet, weil kein grenzüberschreitender Sachverhalt vorläge. Denn Kapitel III (Art. 9–15) der DL-RL ist nach der Rechtsprechung des EuGH auch dann anwendbar, wenn es sich um einen rein internen Sachverhalt handelt, d. h. um einen Sachverhalt, bei dem sämtliche erheblichen Merkmale nicht über die Grenzen eines

⁷¹ *Streinz/Leible* in: Schlachter/Ohler Dienstleistungs-RL, 2008, Art. 4, Rn. 2.

Mitgliedstaats hinausweisen.⁷² Im Übrigen liegt bei der hier in Rede stehenden abstrakt-generellen Regelung jedenfalls ein potenziell grenzüberschreitender Bezug vor.

Der Anwendungsbereich der DL-RL ist damit nach ihrem Art. 2 Abs. 1 prima facie eröffnet.

1.2 Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Unseres Erachtens sprechen gute Argumente dafür, dass vorliegend eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der DL-RL greift.

1.2.1 DAWI und Monopole (Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 Dienstleistungs-RL)

Die DL-RL betrifft nach ihrem Art. 1 Abs. 2 weder die Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (im Folgenden: „DAWI“), die öffentlichen oder privaten Einrichtungen vorbehalten sind, noch die Privatisierung öffentlicher Einrichtungen, die Dienstleistungen erbringen. Zudem ergibt sich aus Art. 1 Abs. 3 DL-RL, dass sie weder die Abschaffung von Dienstleistungsmonopolen noch von den Mitgliedstaaten gewährte Beihilfen betrifft, die unter die Wettbewerbsvorschriften der Union fallen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind damit nur solche Vorbehalte und Monopole vom Anwendungsbereich der DL-RL ausgeschlossen, die bei ihrem Inkrafttreten bereits bestanden.⁷³ Als Argument hierfür führt der EuGH den Wortlaut des Erwägungsgrundes (8) der DL-RL an:

„Die Bestimmungen dieser Richtlinie über die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit sollten nur insoweit Anwendung finden, als die betreffenden Tätigkeiten dem Wettbewerb offen stehen, so dass sie die Mitgliedstaaten weder verpflichten, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu liberalisieren, noch öffentliche Einrichtungen, die solche Dienstleistungen anbieten, zu privatisieren, noch bestehende Monopole für andere Tätigkeiten oder bestimmte Vertriebsdienste abzuschaffen.“ (Hervorhebungen hinzugefügt)

Die vorgeschlagene Regelung überträgt den bBsf gesetzliche Aufgaben, die bislang von staatlichen oder staatlicherseits beliehenen Stellen nicht wahrgenommen worden sind. Damit stehen Art. 1 Abs. 2 und Abs. 3 DL-RL der Anwendbarkeit der Richtlinie nicht entgegen, unabhängig davon, ob die WEA-Überprüfung und die Führung eines Wärmekatasters als DAWI oder als Monopol einzustufen sind.

1.2.2 Nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Art. 2 Abs. 2 lit. a) DL-RL)

Die Ausnahme vom Anwendungsbereich in Art. 2 Abs. 2 lit. a) DL-RL ist nicht einschlägig. Danach findet die DL-RL auf nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

⁷² EuGH, Urteil v. 19. Januar 2023, C-292/21, Rn. 53, juris; EuGH, Urteil v. 22. September 2020, C-724/18, Rn. 56, juris; EuGH, Urteil v. 4. Juli 2019, Rs. C-377/17, Rn. 58, juris.

⁷³ EuGH, Urteil v. 7. November 2018, C-171/17, Rn. 43, juris.

keine Anwendung. Hierunter sind nur solche Tätigkeiten zu verstehen, die ohne geldwerte Gegenleistung erbracht werden.⁷⁴ Das ist jedenfalls hinsichtlich der WEA-Überprüfung nicht der Fall; dasselbe gilt für die Führung des Wärmekatasters, da diese querfinanziert wird (s. oben 1.1).

1.2.3 Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 2 Abs. 2 lit. i) DL-RL)

Nach Art. 2 Abs. 2 lit. i) DL-RL i. V. m. Art. 51 Abs. 1 AEUV findet die Richtlinie keine Anwendung auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind.

Bei der Frage, welche Tätigkeit als „Ausübung öffentlicher Gewalt“ einzustufen ist, gesteht die restriktive EuGH-Rechtsprechung dem jeweiligen Mitgliedstaat zwar einen gewissen Beurteilungsspielraum zu. Da die Rechtsprechung des EuGH in der Vergangenheit nicht systematisch, sondern einzelfallbezogen erging (hierzu a)), lässt sich nur schwer prognostizieren, wie der EuGH den vorliegenden Fall bewerten würde. Dies erschwert die Einschätzung, ob die Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung einer WEA-Überprüfung als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren ist.

Für die Einordnung der aus der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung folgenden potentiellen, hoheitlichen Tätigkeiten als „Ausübung öffentlicher Gewalt“ sprechen unseres Erachtens auch in Ansehung der Rechtsprechung des EuGH gewichtige Argumente (hierzu b). Zu diesen zählt ferner die Bedeutung, die der Wärmeplanung für die Erreichung der Klimaschutzziele bei gleichzeitiger Sicherstellung der Versorgungssicherheit zukommt. Aufgrund dessen hat der Unionsgesetzgeber die Wärmeplanung der (mitglied-)staatlichen – und nicht: privaten – Verantwortungssphäre zugeordnet. Zentraler und erster Teil der Wärmeplanung ist die Datenbeschaffung und -aufbereitung zum „Wärmebestand“. Die Erfüllung dieser Aufgaben ist unseres Erachtens zuverlässig und systematisch nur möglich, sofern die die Aufgaben Ausführenden mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet und dem Wettbewerb entzogen sind. Für eine solche Argumentation bietet der EuGH bislang in seiner Rechtsprechung zwar keinen unmittelbaren Anknüpfungspunkt. Allerdings hat der EuGH die „Ausübung öffentlicher Gewalt“ bislang nicht positiv definiert. Deshalb ist es denkbar, dass er oder die EU-Kommission das Begriffsverständnis aufgrund einer entsprechenden Begründung ausweiten könnte (hierzu c)).

a) Die Ausübung öffentlicher Gewalt in der Rechtsprechung des EuGH

Die Rechtsprechung des EuGH zur Ausübung öffentlicher Gewalt beschränkt sich auf eine geringe Anzahl an Urteilen. Insbesondere⁷⁵ aus den im Folgenden dargestellten Urteilen

⁷⁴ *Streinz/Leible* in: *Schlachter/Ohler Dienstleistungs-RL*, 2008, Art. 2, Rn. 13.

⁷⁵ Die folgenden Entscheidungen enthalten keine davon abweichenden Maßstäbe: EuGH, Urteil v. 31. Mai 2001, C-283/99, juris; EuGH, Urteil v. 17. März 2011, C-372, 373/09, juris; EuGH, Urteil v. 12. Dezember 2013, C-327/12, juris; EuGH, Urteil v. 10. September 2015, C-151/14, juris; EuGH, Urteil v. 1. Februar 2017, C-392/15, juris; EuGH, Urteil v. 6. Mai 2021, C-142/20, juris.

lassen sich zentrale Kriterien, die der EuGH bei der Feststellung der Ausübung öffentlicher Gewalt für maßgeblich erachtet, ableiten.

aa) EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011 – C-54/08 (Deutsche Notare)

Der EuGH entschied in diesem Urteil, dass das Staatsangehörigkeitserfordernis für Notare in Deutschland nicht zulässig sei, da der Ausnahmetatbestand „Ausübung öffentlicher Gewalt“ nicht erfüllt sei. Im Urteil stellte der EuGH zudem einige Kriterien auf, um den Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands zu bestimmen. Zur Reichweite des Art. 51 AEUV führt er zunächst aus:

*„Nach ebenfalls ständiger Rechtsprechung stellt Art. 45 Abs. 1 EG eine Ausnahme von der Grundregel der Niederlassungsfreiheit dar. Als solche ist er so auszulegen, dass sich seine Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, deren Schutz diese Bestimmung den Mitgliedstaaten erlaubt, **unbedingt erforderlich** ist [...]“⁷⁶ (Hervorhebung hinzugefügt)*

Der EuGH bringt in diesem Urteil den Ausnahmecharakter der Vorschrift zum Ausdruck. Die Mitgliedstaaten dürfen zwar für bestimmte Zwecke Ausnahmeregelungen treffen. Dies hält der EuGH jedoch allenfalls dann für zulässig, wenn dies zum Schutz bestimmter mitgliedstaatlicher Interessen unbedingt erforderlich ist. Die Ausnahme ist nur einschlägig, wenn es keine mildereren, gleich geeigneten Mittel gibt.⁷⁷ Hieraus lässt sich ableiten: Der Mitgliedstaat darf von der Regel der Niederlassungsfreiheit eine Ausnahme machen, sofern er ein schützenswertes Interesse hat und der Schutz dieses Interesses nur mit der Ausübung öffentlicher Gewalt zu erreichen ist. Weiter erklärte der EuGH in dem Urteil, dass

„[...] die in Art. 45 Abs. 1 EG vorgesehene Ausnahmeregelung auf Tätigkeiten beschränkt werden muss, die als solche unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind [...]“⁷⁸

Tätigkeiten sollen wiederum nur dann unmittelbar und spezifisch mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sein, wenn es sich bei ihnen um keine der folgenden Tätigkeiten handelt:⁷⁹

*„Dabei hat der Gerichtshof ausgeführt, dass von der in Art. 45 Abs. 1 EG vorgesehenen Ausnahmeregelung bestimmte **Hilfs- oder Vorbereitungstätigkeiten** für die Ausübung öffentlicher Gewalt ausgenommen sind [...] sowie bestimmte Tätigkeiten, deren Ausübung – auch wenn*

⁷⁶ EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011, C-54/08, Rn. 85, juris.

⁷⁷ Korte in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 51, Rn. 11.

⁷⁸ EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011, C-54/08, Rn. 86, juris.

⁷⁹ EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011, C-54/08, Rn. 87, juris.

*sie Kontakte, die regelmäßig oder organisch in das Verfahren eingebettet sein können, mit Verwaltungsbehörden oder Gerichten oder sogar einen, möglicherweise **obligatorischen, Beitrag zur Erfüllung ihrer Aufgaben umfasst** – die **Beurteilungs- oder Entscheidungsbefugnisse dieser Behörden oder Gerichte unberührt lässt** [...], oder auch bestimmte Tätigkeiten, die nicht die Ausübung von **Entscheidungsbefugnissen** [...] oder den Einsatz von **Zwangsmitteln** [...] umfassen.“ (Hervorhebungen hinzugefügt.)*

Der EuGH verdeutlicht so die Zielrichtung des Ausnahmetatbestands. Bedient sich die öffentliche Hand eines Dritten, um ihre Aufgaben zu erfüllen, genügt dies nicht ohne Weiteres, um den Ausnahmetatbestand als erfüllt anzusehen. Denn Aktivitäten, die nur im Vorfeld der eigentlichen Verwaltungstätigkeit erfolgen, ihr mithin den Boden bereiten, erkennt der EuGH nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt an. Weiter lässt sich den Ausführungen des EuGHs entnehmen, dass eine Handlung keine Ausübung öffentlicher Gewalt ist, wenn sie vom Willen der von ihr berührten Personen abhängig ist:

*„Hierzu ist hervorzuheben, dass nach den deutschen Rechtsvorschriften Akte oder Verträge, denen sich die Parteien **freiwillig** unterworfen haben, beurkundet werden. Die Parteien entscheiden nämlich, innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Grenzen, selbst über den Umfang ihrer Rechte und Pflichten und können die Bestimmungen, denen sie sich unterwerfen wollen, frei wählen, wenn sie dem Notar einen Akt oder einen Vertrag zur Beurkundung unterbreiten. Dessen Tätigwerden setzt daher voraus, dass zuvor eine Einigung oder Willensübereinstimmung der Parteien zustande gekommen ist.“⁸⁰ (Hervorhebung hinzugefügt.)*

Ein Handeln in Ausübung öffentlicher Gewalt soll also nur dann vorliegen, wenn derjenige, der eine Tätigkeit ausübt, hinsichtlich der Ausführung – insbesondere in Bezug auf das „Ob“ – nur den die Handlung bestimmenden Gesetzen zu folgen hat. Mit anderen Worten: Können die von der Tätigkeit Betroffenen selbst bestimmen, ob sie sich den Wirkungen eines Rechtsakts unterwerfen wollen, stellt dieser Rechtsakt keine Ausübung öffentlicher Gewalt dar. Diese Rechtsprechung ist zwar fragwürdig, da bei gesetzlich angeordneter Beurkundungspflicht die Inanspruchnahme des Notars nur insoweit freiwillig ist, als die Parteien von dem abzuschließenden Rechtsgeschäft gänzlich absehen könnten. Dessen ungeachtet ist aber anzuerkennen, dass der EuGH hiervon in späteren Entscheidungen nicht abgerückt ist, weshalb eine Rechtsprechungsänderung unwahrscheinlich ist.⁸¹

⁸⁰ EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011, C-54/08, Rn. 91, juris.

⁸¹ Vgl. die Urteile zu Notaren in Lettland und Ungarn, EuGH, Urteil v. 10. September 2015, C-151/14, Rn. 58, juris; EuGH, Urteil v. 1. Februar 2017, C-392/15, Rn. 119, juris.

In seinem Urteil nennt der EuGH zwei weitere Umstände, deren Vorliegen der Ausübung öffentlicher Gewalt entgegenstehen kann. Zum einen hält der EuGH Tätigkeiten, die unter **wettbewerblichen** Bedingungen durchgeführt werden, für „untypisch“ im Zusammenhang mit der Ausübung öffentlicher Gewalt.⁸² Zum anderen **hafte allein der Notar** für sein berufliches Handeln, was der EuGH wohl auch als Indiz dafür sehen will, dass der Notar nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt handle.⁸³

bb) EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015 – C-293/14 (Österreichische Rauchfangkehrer)

In seiner Entscheidung zu den Österreichischen Rauchfangkehrern (in Grundzügen vergleichbar mit den deutschen Schornsteinfegern) setzte sich der EuGH mit der Frage auseinander, ob die Tätigkeiten des Rauchfangkehrers als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. i) DL-RL einzustufen sind. Dabei geht es im Kern um die gleichen Fragen wie bei der Auslegung des Art. 51 AEUV.⁸⁴ Dabei konkretisierte er seine Argumentation teils noch im Vergleich zum zuvor dargestellten Urteil. So führte der EuGH aus, dass helfende und vorbereitende Tätigkeiten deshalb nicht dem Ausnahmetatbestand des Art. 51 Abs. 1 AEUV unterfallen, weil sie

*„[...] nicht die Wahrnehmung **autonomer Entscheidungsbefugnisse** umfassen, im Rahmen einer unmittelbaren staatlichen Aufsicht ergehen.“⁸⁵ (Hervorhebung hinzugefügt.)*

Der EuGH unterstreicht die Bedeutung des selbstständigen Handelns bei der Ausübung öffentlicher Gewalt. Die öffentliche Hand muss also die Entscheidungsbefugnis für die ihm übertragenen Tätigkeiten vollständig einem anderen Rechtssubjekt überlassen. Das Gegenteil der freien Ausübung der Tätigkeit ist die umfängliche, „unmittelbare“ aufsichtliche Kontrolle des Handelns.⁸⁶

Im Falle der österreichischen Rauchfangkehrer verneinte der EuGH die Ausübung öffentlicher Gewalt selbst für feuerpolizeiliche Tätigkeiten. Allerdings hatte dies Gründe, die in der konkreten Ausgestaltung des österreichischen Rauchfangkehrerwesens lagen.

„Bei der Durchführung dieser Aufgaben werden die Rauchfangkehrer indessen, wie die österreichische Regierung in ihren schriftlichen Erklärungen ausgeführt hat, für die Gemeinden tätig, denen nach Art. 118

⁸² EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011, C-54/08, Rn. 110, juris.

⁸³ EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011, C-54/08, Rn. 111, juris

⁸⁴ EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 34, juris; Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Gemeinschaften, 2007, S. 14.

⁸⁵ EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 34, juris.

⁸⁶ EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 34, juris.

Abs. 3 Ziff. 9 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes die Besorgung der örtlichen „Feuerpolizei“ im Rahmen ihres eigenen Handlungsbereichs zugewiesen ist.“⁸⁷

Die Rauchfangkehrer waren hinsichtlich ihrer feuerpolizeilichen Aufgaben in Österreich als „verlängerter Arm“ der eigentlich zuständigen Behörde aktiv. Ihnen verblieb bei Erfüllung der feuerpolizeilichen Aufgaben kein eigener Entscheidungsspielraum:

„Somit umfassen die Aufgaben der ‚Feuerpolizei‘, wie der Generalanwalt in Nr. 35 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, nur helfende Tätigkeiten bei der Ausübung öffentlicher Gewalt, da sie im Wesentlichen durch die Bürgermeister jeder Gemeinde an die Rauchfangkehrer delegiert und unter deren unmittelbarer Aufsicht durchgeführt werden, ohne dass die Rauchfangkehrer über eigene Vollzugs-, Verbots- oder Zwangsbefugnisse gegenüber ihren Kunden verfügen. Diese Feststellung wird bestätigt durch die den Rauchfangkehrern bei der Durchführung dieser Aufgaben auferlegte Verpflichtung, der betreffenden Gemeinde nicht beseitigte Mängel mitzuteilen, wenn eine unmittelbare Brandgefahr besteht oder der Ablauf der Beschau behindert wurde.“⁸⁸

Die österreichischen Rauchfangkehrer wurden also von der Behörde, die zur Wahrnehmung feuerpolizeilicher Aufgaben bestimmt ist, als unselbstständige Helfer zur Verwirklichung dieser Aufgaben herangezogen. Die Zuständigkeit für die Durchführung der feuerpolizeilichen Untersuchungen verblieb so bei der jeweiligen Gemeinde. Der Rauchfangkehrer nahm die „Feuerbeschau“ selbst vor – sie diente jedoch nur der Sachverhaltsermittlung. Der Rauchfangkehrer hatte dann den so festgestellten Sachverhalt an die zuständige Gemeinde zu übermitteln. Weitere Befugnisse kamen den Rauchfangkehrern nicht zu.

- cc) EuGH, Urteil v. 15. Oktober 2015 – C-168/14 (Spanische Kfz-Überwachungsstationen)

In seiner Entscheidung zu spanischen Stationen zur technischen Überwachung von Kraftfahrzeugen legt der EuGH das Tatbestandsmerkmal der Ausübung öffentlicher Gewalt in Art. 51 Abs. 1 AEUV dahingehend aus, dass die Tätigkeiten dieser Stationen nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien.⁸⁹ Dies gelte, obwohl die Betreiber dieser Stationen über eine Befugnis zur Stilllegung verfügen, sofern die Fahrzeuge bei der Prüfung unmittelbar gefährdende Sicherheitsmängel aufweisen.⁹⁰

⁸⁷ EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 37, juris

⁸⁸ EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 38, juris.

⁸⁹ EuGH, Urteil v. 15. Oktober 2015, C-168/14, Rn. 61, juris.

⁹⁰ EuGH, Urteil v. 15. Oktober 2015, C-168/14, Rn. 61, juris.

Der EuGH arbeitet unter Verweis auf seine vorhergehende Rechtsprechung⁹¹ insbesondere zwei Kriterien heraus, um das Vorliegen der Ausübung öffentlicher Gewalt festzustellen. Maßgeblich sind danach der konkrete Grad an **Entscheidungsautonomie**, welcher der handelnden Organisation verbleibt sowie ihre Befugnis, **Zwangsmaßnahmen** vorzunehmen:

*„Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits mit Bezug auf die Tätigkeiten von durch privatwirtschaftliche Organisationen in Portugal betriebenen Stationen zur technischen Überwachung von Kraftfahrzeugen entschieden hat, dass die Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der Bescheinigung der technischen Überprüfung der **Entscheidungsautonomie** entbehrt, die der Ausübung hoheitlicher Befugnisse eigen ist, und im Rahmen einer staatlichen Aufsicht ergeht (...). Ferner hat der Gerichtshof hervorgehoben, dass diese Organisationen im Rahmen ihrer Tätigkeiten nicht über **Zwangsbefugnisse** verfügen, da die Sanktionen bei einem Verstoß gegen die Vorschriften über die Fahrzeuguntersuchung in die Zuständigkeit der Polizei- und Justizbehörden fallen.“⁹² (Hervorhebungen hinzugefügt)*

Auf den Fall bezogen unterstreicht der EuGH die Bedeutung der Befugnis zu Zwangsmaßnahmen oder zur Ausübung physischen Zwangs für die Frage, ob eine Tätigkeit in Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 51 Abs. 1 AEUV erfolgt. Zudem wertet der EuGH die Möglichkeit zu staatlichem Rechtsschutz im Wege eines Widerspruchsverfahrens gegen die Anordnung des Privaten als Indiz gegen das Vorliegen der Ausübung öffentlicher Gewalt:

„Zum anderen ist [...] festzustellen, dass der Eigentümer eines stillgelegten Fahrzeugs die Möglichkeit hat, bei einem technischen Referenten, der Beamter, der mit der Beaufsichtigung und der Kontrolle der Stationen zur technischen Überwachung von Kraftfahrzeugen betrauten Behörde ist, einen Widerspruch einzulegen, und dass dieser Beauftragte die Stilllegungsentscheidung abändern kann. Bei einem Widerspruch des Eigentümers des Kraftfahrzeugs gegen die Stilllegung sind ferner allein die für den Bereich des Verkehrs und der Polizei zuständigen Behörden der Regierung der Generalidad de Cataluña befugt, Zwangsmaßnahmen oder die Ausübung physischen Zwangs anzuordnen.“

Die Befugnis zur Stilllegung eines Fahrzeugs, über die die Betreiber von Stationen zur technischen Überwachung verfügen, wenn sie Mängel feststellen, die eine unmittelbare Gefahr darstellen, unterliegt somit einer Beaufsichtigung durch die zuständigen Behörden und ist mit keinerlei Befugnissen für Zwangsmaßnahmen oder die Ausübung von phy-

⁹¹ EuGH, Urteil v. 22. Oktober 2009, C-438-08, Rn. 41, 44, juris.

⁹² EuGH, Urteil v. 15. Oktober 2015, C-168/14, Rn. 56, juris.

*sischem Zwang verbunden. Daher kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie als solche unmittelbar und spezifisch zur Ausübung öffentlicher Gewalt zählt.*⁹³

Die Möglichkeit zum Rechtsschutz gegen die vom für die öffentliche Hand handelnden Privaten soll nach diesem Urteil dazu führen, dass keine Ausübung öffentlicher Gewalt vorliegt. Diese Ansicht ist zumindest kritikwürdig: Denn das Handeln der öffentlichen Hand gegenüber den Bürgern muss stets unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten überprüfbar bleiben. Diese Kontrolle kann dabei zunächst auch innerhalb der Verwaltung erfolgen. Diese soll auch in der Lage sein, ihre unrechtmäßigen Entscheidungen einer eigenen Korrektur zu unterziehen. Insoweit erscheint es im Gegenteil nur konsequent, wenn die Tätigkeiten des Privaten, der für die öffentliche Hand handelt, den gleichen Kontrollmechanismen unterliegen, wie die öffentliche Hand und ihre Bediensteten selbst. Ungeachtet dessen sind Tätigkeiten eines Privatrechtssubjekts, die unmittelbarer staatlicher Kontrolle unterworfen sind, jedenfalls nach dieser Rechtsprechung regelmäßig keine Ausübung öffentlicher Gewalt.

dd) Zusammenfassung der Kriterien des EuGH

Für die Bestimmung der Natur einer Dienstleistung als „Ausübung öffentlicher Gewalt“ ist es unerheblich, welchem Berufsstand oder -zweig diese zuzurechnen ist. Für die Bewertung maßgeblich ist nur die konkrete Ausgestaltung und Art der Tätigkeit.⁹⁴ Die Einstufung einer Dienstleistung als „Ausübung öffentlicher Gewalt“ muss dementsprechend fallbezogen erfolgen. Den vorgenannten Urteilen des EuGH lassen sich aber Kriterien entnehmen, anhand derer die Bestimmung der Natur einer Dienstleistung vorzunehmen ist.

Dabei zeichnet sich insgesamt eine Tendenz zur Verschärfung der Kriterien durch den EuGH ab.⁹⁵ Das enge Begriffsverständnis der Ausübung öffentlicher Gewalt ist notwendig, um zu gewährleisten, dass Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit nicht ausgehöhlt werden.⁹⁶ Der EuGH schreibt Art. 51 Abs. 1 AEUV Ausnahmecharakter zu, die Ausübung öffentlicher Gewalt muss alternativlos sein, um den verfolgten Schutzzweck zu gewährleisten.⁹⁷ Die Verfolgung eines im Allgemeininteresse liegenden Ziels ist für sich genommen nicht ausreichend, um eine Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt einzustufen, es bedarf eines schützenswerten Interesses.⁹⁸

⁹³ EuGH, Urteil v. 15. Oktober 2015, C-168/14, Rn. 59 f., juris.

⁹⁴ EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011, C-54/08, Rn. 45, juris; EuGH, Urteil v. 29. November 2007, C-393/05, Rn. 45, juris; *Korte* in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 51, Rn. 10.

⁹⁵ *Korte* in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 51, Rn. 15.

⁹⁶ *Korte* in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 51, Rn. 3.

⁹⁷ EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011, C-54/08, Rn. 41, juris; EuGH, Urteil v. 22. Oktober 2009, C-438/08, Rn. 34, juris; EuGH, Urteil v. 15. März 1988, C-147/86, Rn. 7, juris.

⁹⁸ EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011, C-54/08, Rn. 43, 85, 97, juris.

Die Unionsgerichtsbarkeit, welche eine unmittelbare und spezifische Ausübung öffentlicher Gewalt fordert, lässt sich im Wesentlichen in Negativ- sowie Positivkriterien einteilen:⁹⁹

Eine Tätigkeit ist jedenfalls dann keine „Ausübung öffentlicher Gewalt“, wenn es sich bei dieser **nur um Hilfs- bzw. Vorbereitungstätigkeiten** im Vorfeld der eigentlichen Verwaltungstätigkeit handelt. Erbringt eine Organisation ihre Dienstleistung **unter wettbewerblichen Bedingungen** oder ist ein Tätigwerden **vom Willen des betroffenen Rechtssubjekts abhängig**, nimmt der EuGH ebenfalls an, dass keine „Ausübung öffentlicher Gewalt“ vorliegt. Selbiges gilt im Falle der alleinigen Haftung des Handelnden, ohne Einbeziehung der öffentlichen Hand.

Demgegenüber geht der EuGH insbesondere dann von der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ aus, wenn die privatwirtschaftliche Organisation gegenüber dem Bürger die Möglichkeit hat, **Zwangsbefugnisse** auszuüben.¹⁰⁰ Der Handelnde muss also eine Vollstreckung seiner Handlung selbst veranlassen, d. h. anordnen oder durchführen können.¹⁰¹ Kann der Betroffene hingegen **Widerspruch erheben** oder bestehen **Rechtsschutzmöglichkeiten**, soll dies gegen die Ausübung öffentlicher Gewalt sprechen.¹⁰² **Autonome Entscheidungsbefugnisse des Beauftragten** haben Indizcharakter für die „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne des Art. 51 Abs. 1 AEUV.

Der EuGH fordert nicht, dass die positiven Kriterien kumulativ verwirklicht sein müssen. So nennt der EuGH beispielsweise in seinem Urteil zu den österreichischen Rauchfangkehrern nicht alle im Urteil zu den deutschen Notaren genannten Kriterien, um seine Bewertung vorzunehmen. Umgekehrt kann aus einzelnen Urteilen nicht zwangsläufig abgeleitet werden, dass der EuGH beim Vorliegen eines Negativkriteriums stets eine Tätigkeit in „Ausübung öffentlicher Gewalt“ ausschließt. Die Entscheidung, ob eine Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren ist, ist eine Einzelfallentscheidung, die eine detaillierte Prüfung der nationalen Regelungen zur Ausgestaltung der jeweiligen Tätigkeit erforderlich macht.

- b) Qualifizierung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung als Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt

Maßgeblich für die Frage, ob die durch die vorgeschlagene gesetzliche Regelung zu übertragenden Aufgaben als „Ausübung öffentlicher Gewalt“ gemäß Art. 51 Abs. 1 AEUV zu

⁹⁹ Korte in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 51, Rn. 8.

¹⁰⁰ EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011, C-54/08, Rn. 42, juris.

¹⁰¹ von der Tiedje in: Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 51 AEUV, Rn. 7; Korte in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 51, Rn. 8.

¹⁰² Korte in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 51, Rn. 8.

qualifizieren sind, ist die konkrete Ausgestaltung dieser Tätigkeiten – nicht, welcher Branche oder Berufsgruppe diese Tätigkeit zuzuordnen ist.¹⁰³ Das heißt, dass die Regelungen zur Führung von Wärmekatastern, zur Durchführung der WEA-Überprüfung anhand der soeben erläuterten Kriterien zu untersuchen sind.

- aa) Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung keine Tätigkeit unter wettbewerblichen Bedingungen

Der EuGH definiert nicht, was unter einer wettbewerblichen Tätigkeit zu verstehen ist.

Aus ökonomischer Sicht liegt eine wettbewerbliche Tätigkeit vor, wenn mindestens zwei Anbieter auf einem Markt in der Weise antagonistisch tätig sind, dass sie ihren Zielerreichungsgrad zulasten anderer Marktteilnehmer verbessern wollen.¹⁰⁴ Ob dies der Fall ist, hängt naturgemäß von dem jeweiligen Regelungsumfeld ab.

Sofern die gesetzlichen Regelungen eines Mitgliedstaates für eine bestimmte Dienstleistung ausschließen, dass in dem fraglichen Zeitraum und in dem fraglichen Gebiet andere Akteure dieselbe Dienstleistung anbieten, ergibt sich daraus, dass keine wettbewerbliche Tätigkeit vorliegt.

Demnach üben die bBsf die auf der Beleihung beruhenden Tätigkeiten nicht wettbewerblich aus. Denn bBsf ist, wer von der zuständigen Behörde für einen Kehrbezirk bestellt ist (§ 8 Abs. 1 SchfHwG). Innerhalb eines bestimmten Kehrbezirks gibt es für einen bestimmten Zeitraum lediglich einen bBsf. Dieser hat die Aufgaben nach §§ 13 ff. SchfHwG von Amts wegen und insbesondere ohne Rücksicht auf ein Einverständnis der Eigentümer der überprüfungspflichtigen Anlagen wahrzunehmen.

Das gilt insbesondere für die Führung des Wärmekatasters und für die Durchführung der WEA-Überprüfung. Beide Aufgaben sind insofern miteinander verknüpft, als die WEA-Überprüfung eine funktionsfähige Wärmekatasterführung ermöglicht. Das Wärmekataster kann wiederum dann der Wärmeplanung dienliche Erkenntnisse vermitteln, wenn einheitliche Verfahren zur systematischen Erfassung zuvor festgelegter Daten bestehen (hierzu im Einzelnen c)cc)(1)). Auch nach geltender Rechtslage wird das Kkehrbuch ausschließlich vom jeweils zuständigen bBsf geführt. Dies ist auch für die Führung von Wärmekatastern sinnvoll. Würden mehrere Akteure im Rahmen einer dezentralisierten Tätigkeit die Führung eines Wärmekatasters übernehmen, bestünde die Gefahr, dass keine flächendeckende Versorgung gewährleistet

¹⁰³ Vgl. EuGH, Urteil v. 29. November 2007, C-404/05, Rn. 47, juris.

¹⁰⁴ Gabler Wirtschaftslexikon, Suchanek/Lin-Hi/Mecke, „Wettbewerb“, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/wettbewerb-48719/version-384797>; auch für die Literatur zum Wettbewerbsrecht ist maßgeblich, ob mehrere Wirtschaftsteilnehmer das Recht zur Erbringungen bestimmter Leistungen haben oder ob dieses Recht einem Akteur ausschließlich zugewiesen wird, vgl. statt vieler *Kingreen* in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 37 AEUV, Rn. 7.

und die Datenerfassung im Wärmekataster unvollständig ist. Etwaige Mängel würden sich unmittelbar auf die Wärmeplanung auswirken. Eine derartige Handhabung wäre zudem mit einer erhöhten nachträglichen Kontrolle verbunden.

Weiterhin erhebt der bBsf für bestimmte Tätigkeiten Gebühren nach § 20 SchfHWG i. V. m. § 6 KÜO. Ferner wirken die Hoheitsunterworfenen bei der Bestellung der bBsf nicht mit (§ 9 f. SchfHWG). Mit Blick auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung soll an diesen bisher geltenden Vorschriften im Grundsatz keine Änderung stattfinden. Aus alledem ergibt sich, dass die Tätigkeit der bBsf (soweit es die durch Beleihung übertragenen Aufgaben betrifft) nicht wettbewerblich ausgestaltet ist.

Zu beachten ist aber, dass die Ausübung einer Tätigkeit unter Ausschluss von Wettbewerbsbedingungen nur bedeutet, dass dieser Aspekt lediglich nicht *gegen* das Vorliegen öffentlicher Gewalt spricht. Denn der EuGH sieht, wie dargelegt, eine wettbewerbliche Tätigkeit als untypisch für die Ausübung öffentlicher Gewalt an. Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch, dass eine wettbewerbsfreie Tätigkeit zumindest typisch *für* das Vorliegen öffentlicher Gewalt ist. Ob jedoch nur anhand dieses Merkmals die Qualifizierung einer bestimmten Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt vorzunehmen ist, ist nicht abschließend geklärt. Jedenfalls können die Mitgliedstaaten nicht allein durch den Ausschluss des Wettbewerbs den Voraussetzungen des Art. 51 Abs. 1 AEUV genügen.

Der EuGH billigt den Mitgliedstaaten in einem ersten Schritt einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Zuordnung bestimmter Bereiche zur öffentlichen Gewalt zu. In einem zweiten Schritt prüft der EuGH weitergehend, ob die Tätigkeit tatsächlich als öffentliche Gewalt zu qualifizieren ist.¹⁰⁵ Insofern kann diesem Kriterium keine ausschlaggebende Bedeutung für die Zuordnung einer Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt zukommen. Gleichwohl kann die Ausübung der Tätigkeit, die nicht unter wettbewerblichen Bedingungen ausgeführt wird, eine Indizwirkung entfalten.

bb) Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung keine bloße Hilfs- oder Vorbereitungstätigkeit

Die Führung von Wärmekatastern dient der räumlich und zeitlich differenzierten Erfassung der Daten und Informationen zu Wärmebedarf, -erzeugung und -verteilung. Zudem bilden Wärmekataster die Basis für die Ermittlung des Ausbaubedarfs sowie für die gesamte Wärme- und Stromnetzplanung. Die mittlerweile enge Verzahnung des Wärme- und Stromnetzes erfordert einen ganzheitlichen Ansatz zur Sicherstellung der Wärme- und Stromversorgung mit regenerativen Energiequellen.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu EuGH, Urteil v. 13. Juli 1993, C-42/92, Rn. 9 ff., juris; EuGH, Urteil v. 21. Juni 1974, Rs. 2/74, Rn. 48/50, juris.

Die WEA-Überprüfung soll Mängel und Gefahren sowie Optimierungspotenziale aufdecken. Dem bBsf soll diesbezüglich im Rahmen einer Ermessensentscheidung die Anordnungsbefugnis und somit die Letztentscheidungskompetenz zukommen, da er – im Gegensatz zur Behörde – über die erforderliche Fachkenntnis verfügt. Im Anschluss soll der bBsf einen entsprechenden Bescheid erlassen. Die öffentliche Hand hätte grundsätzlich auf diese Entscheidung zunächst keinen Einfluss. Folglich würde der bBsf – anders als der österreichische Rauchfangkehrer – nicht nur in Vorbereitung einer Handlung der Verwaltung tätig. Ihm verbliebe vielmehr eine eigenständige Befugnis zur Ausübung der ihm übertragenen Aufgaben bis hin zum Erlass eines Bescheids.

Zudem ist die WEA-Überprüfung eng mit der Führung von Wärmekatastern verknüpft. Im Rahmen der Betriebs- und Sicherheitsprüfung kann der bBsf die entsprechenden Daten und Informationen erfassen, die im Zusammenhang mit der Anlage (Art, Alter, Lage usw.), dem Gebäude (Nutzungsart, Baujahr, Gebäudetyp) sowie dem Bedarf und dem Verbrauch stehen. Gleiches gilt für die Erfassung von zwischenzeitlichen Änderungen am Gebäude. Er kann sich als unabhängige Instanz durch die persönliche Inaugenscheinnahme der Anlage sowie der Örtlichkeit und der Gegebenheiten davon vergewissern, dass die von ihm erfassten Daten und Informationen sowohl aktuell als auch vollständig sind.

Der Gesamtcharakter der Tätigkeiten lässt damit auf die Eigenständigkeit des bBsf schließen. Dieser soll die Prüfung der jeweiligen Wärmeerzeugungsanlage vornehmen, die nach seinem Ermessen erforderliche Anordnungen (z.B.: Mängelbeseitigung, Optimierungsmaßnahmen) treffen, anschließend einen entsprechenden Bescheid erlassen und die maßgeblichen Daten und Informationen ins Wärmekataster aufnehmen bzw. deren Aktualität und Vollständigkeit kontrollieren. Die Letztentscheidungskompetenz soll beim bBsf liegen. Insgesamt stellt die Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung mithin keine bloße Hilfs- bzw. Vorbereitungstätigkeit dar.

- cc) bBsf bei der Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung mit autonomen Entscheidungsbefugnissen beliehen

Eng verknüpft mit der Frage, ob es sich um bloße Hilfs- bzw. Vorbereitungstätigkeiten handelt, ist die Frage nach der Wahrnehmung autonomer Entscheidungsbefugnisse durch den bBsf. Das Gegenstück zur Wahrnehmung autonomer Entscheidungsbefugnisse stellt die umfängliche staatliche Kontrolle des Handelns durch eine Aufsicht dar, wobei der EuGH selbständiges Handeln als zentral für die Einstufung als Ausübung öffentlicher Gewalt erachtet.

Im Rahmen der Aufsicht durch den Staat werden auf nationaler Ebene Fachaufsicht und Rechtsaufsicht unterschieden. Wesentlicher Unterschied ist der abweichende

Prüfungsmaßstab, der mit unterschiedlich intensiven staatlichen Eingriffs- und Kontrollbefugnissen einhergeht. Während die Rechtsaufsicht auf die Prüfung der Zweckmäßigkeit beschränkt ist, ermächtigt die Fachaufsicht darüber hinaus zur Prüfung der Zweckmäßigkeit.

Gleichlaufend sind im Rahmen der Rechtsaufsicht die Eingriffs- und Kontrollbefugnisse des Staates weniger weit. Im Gegensatz zur Fachaufsicht, der eine Weisungsbefugnis durch die Erstreckung der Prüfung auf die Zweckmäßigkeit immanent ist, besteht im Rahmen der Rechtsaufsicht grundsätzlich keine Weisungsbefugnis. Dies wird beispielsweise deutlich am Vergleich von Art. 84 Abs. 3, Abs. 5 GG und Art. 85 Abs. 3, Abs. 4 GG. Diese Unterscheidung zwischen Fach- und Rechtsaufsicht trifft auch die einschlägige Literatur.¹⁰⁶

Im Rahmen der Rechtsaufsicht besteht folglich grundsätzlich keine Weisungsbefugnis gegenüber der beaufsichtigten Behörde. Nach derzeitiger nationaler Rechtslage untersteht der bBsf gem. § 21 Abs. 1 Satz 1 SchfHwG der „Aufsicht“ der zuständigen Behörde; gemeint ist die Rechtsaufsicht.¹⁰⁷ Mangels fehlender Anhaltspunkte für das Bestehen eines etwaigen Weisungsrechts, ist davon auszugehen, dass ein solches hier nicht besteht. Stattdessen beschränkt sich die geregelte Rechtsaufsicht auf die Prüfung, ob der bBsf seine ihm übertragenen hoheitlichen Aufgaben und Befugnisse wahrnimmt sowie die ihm obliegenden Pflichten einhält. Die beaufsichtigende Behörde ist auf die Kontrolle eines vermuteten Fehlvollzugs beschränkt.

Diese Auffassung wurde vom VG Gelsenkirchen bestätigt:¹⁰⁸

*„Soweit dem Antragsgegner gemäß § 21 Abs. 1 SchfHwG die (Rechts-) Aufsicht über den Bezirksschornsteinfeger zukommt, beschränkt diese sich alleine darauf, ob der Bezirksschornsteinfeger seine ihm übertragenen hoheitlichen Aufgaben und Befugnisse wahrnimmt sowie seine ihm obliegenden Pflichten einhält. Bei festgestellten Verstößen können gemäß § 21 Abs. 3 SchfHwG lediglich Aufsichtsmaßnahmen wie ein Verweis oder ein Warnungsgeld ergriffen werden. **Eine Befugnis, dem Bezirksschornsteinfeger Weisungen bzgl. der Art und Weise seiner Aufgabenwahrnehmung zu erteilen, ist hiermit nicht verbunden.**“*
(Hervorhebung hinzugefügt.)

Daraus ergibt sich für den bBsf eine weitgehende Unabhängigkeit und Entscheidungsautonomie bei der Erfüllung der ihm übertragenen hoheitlichen Befugnisse. Von einer umfänglichen staatlichen Kontrolle kann derzeit im Falle des bBsf somit nicht die Rede sein. Der bBsf wird vielmehr selbstständig und eigenverantwortlich

¹⁰⁶ Statt vieler vgl. Gröpl in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 103. EL Januar 2024, Art. 90, Rn. 122; Porsch in: Schoch/Schneider, VwGO, 45. EL Januar 2024, § 68, Rn. 37.

¹⁰⁷ VG Gelsenkirchen, Beschluss v. 31. März 2022, 19 L 383/22, Rn. 3, juris.

¹⁰⁸ VG Gelsenkirchen, Beschluss v. 31. März 2022, 19 L 383/22, Rn. 3, juris.

in eigener bundesgesetzlich begründeter Zuständigkeit und nicht für die Gebietskörperschaft, die ihn bestellt hat, tätig.¹⁰⁹ Die derzeit geltende Rechtsaufsicht soll auch im Hinblick auf die Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung beibehalten werden. Insofern würde der bBsf diese hoheitlichen Aufgaben kraft Beleihung selbstständig und eigenverantwortlich durchführen, ohne dass die Möglichkeit seitens der Behörde bestünde, diesem gegenüber bestimmte Weisungen zu erteilen.

Der bBsf untersteht demnach zwar einer staatlichen Aufsicht; diese beschränkt sich aber auf die Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der Ausführung der übertragenen Aufgaben zur Wahrung des Demokratieprinzips. Die beaufsichtigende Behörde kann allenfalls bei Pflichtverletzungen eingreifen. Bei der Erfüllung der Aufgaben ist der einzelne bBsf im gesetzlichen Rahmen frei und unterliegt keinen Weisungen. Er übt die ihm übertragene öffentliche Gewalt selbstständig aus.

Der bBsf würde folglich durch das Bestehen der Rechtsaufsicht hinreichend kontrolliert, um dem Demokratieprinzip zu genügen (dazu I.3), während er zugleich hinreichend selbstständig bleibt, um die Annahme der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Sinne des Art. 51 Abs. 1 AEUV zu indizieren. Zwischen den Anforderungen des Grundgesetzes und den Anforderungen des Unionsrechts bildet sich somit eine Art „zulässiger Korridor“.

- dd) Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung nur vom Willen des bBsf abhängig

Im Urteil „deutsche Notare“ äußerte sich der EuGH außerdem dahingehend, dass Handlungen nur dann als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV zu verstehen sind, wenn sie nicht vom Willen der von ihnen berührten Personen abhängig sind. Anders als die Beurkundungstätigkeit von Notaren, bei denen der Notar nur aufgrund des Willens der Vertragsparteien tätig wird, obliegt die Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung durch den bBsf nicht der Entscheidungsfreiheit der Eigentümer und Besitzer der Anlagen. Vielmehr soll jeder bBsf gesetzlich, ohne Rücksicht auf den Willen der Eigentümer und Besitzer der Anlagen, dazu verpflichtet sein, für seinen Bezirk ein Wärmekataster (zu erstellen und) zu führen sowie in bestimmten zeitlichen Intervallen die WEA-Überprüfung durchzuführen. Hierzu bedarf es einer Norm – ähnlich wie § 1 Abs. 3 Satz 1 SchfHwG –, welche die Eigentümer oder Besitzer der Immobilien verpflichtet, dem bBsf Zutritt zu den wesentlichen Räumlichkeiten zu gewähren. Dieser Aspekt ruft somit keine Zweifel an der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ hervor.

¹⁰⁹ VG Berlin, Urteil v. 29. September 2021, 8 K 143/20, Rn. 38, juris.

ee) Ausgestaltung der Haftung des bBsf

Die Haftung des bBsf könnte sich zunächst an der bisherigen Regelung des § 12a SchfHWG betreffend die Feuerstättenschau orientieren. Diese Norm schließt eine Haftung des Staates an Stelle des bBsf aus. Eine derartige Ausgestaltung könnte nach der EuGH-Rechtsprechung der Qualifikation als „Ausübung öffentlicher Gewalt“ entgegenstehen. Andererseits könnte die alleinige Haftung des bBsf auch gerade als der selbständigen Ausübung öffentlicher Gewalt immanente Folge anzusehen sein: Wer selbstständig handelt und die Früchte aus dieser Tätigkeit erlangt, muss auch die Verantwortung und die Risiken dieses Handelns tragen.

Selbst wenn man die Auffassung des EuGH nicht teilt, muss berücksichtigt werden, dass der EuGH den Gesichtspunkt der alleinigen Haftung dem ausdrücklichen Wortlaut des Urteils nach zu folgern nur als einen unter mehreren Gründen heranzog, um die Ausübung öffentlicher Gewalt in Zusammenhang mit notariellen Tätigkeiten zu verneinen:

„Unter diesen Umständen sind die notariellen Tätigkeiten nach ihrer Definition in der deutschen Rechtsordnung nicht im Sinne von Art. 45 Abs. 1 EG mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden.“¹¹⁰ (Hervorhebung hinzugefügt.)

Auch wenn die Haftung des bBsf ohne Überleitung auf den Staat nach der Rechtsprechung indizieren kann, dass der bBsf nicht in „Ausübung öffentlicher Gewalt“ handelt, begründet dies folglich nicht zwangsläufig, dass diese unter keinen Umständen vorliegt.

Im Gegensatz dazu könnte im Rahmen der Gesetzesänderungen erwogen werden, das Haftungsregime mit Blick auf die neuen Aufgaben und Befugnisse des bBsf, die der Erfüllung übergeordneter, unionsrechtlich statuerter Verpflichtungen und Zielen dienen, derart zu gestalten, dass unter bestimmten Bedingungen eine Haftung des Staates an Stelle des bBsf bestehen kann. Dann würde sich die Haftung nach § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG richten. Inwieweit ein derartiges Vorgehen Zuspruch vom nationalen Gesetzgeber erfahren würde, lässt sich nicht vorhersagen. Ein Indiz hiergegen ist die Tatsache, dass eine Überleitung der Haftung bezüglich der bisherigen hoheitlichen Aufgabenerfüllung durch den bBsf normativ ausgeschlossen wurde.

ff) bBsf ohne Zwangsbefugnisse

Zweifel an der Bewertung der Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung als „Ausübung öffentlicher Gewalt“ verbleiben vor allem im Hinblick auf das vom EuGH mehrfach angeführte Kriterium der Befugnis zur Vornahme von Zwangsmaßnahmen. Diese ist dadurch gekennzeichnet,

¹¹⁰ EuGH, Urteil v. 24. Mai 2011, C-54/08, Rn. 116, juris.

dass der Handelnde durch nationale Vorschriften berechtigt ist, die Vollstreckung seiner Handlung selbst anzuordnen bzw. durchzuführen. Wie bereits dargestellt, sollen – wie bisher – Eigentümern bzw. Besitzern normativ umfassende Duldungspflichten zur Durchführung der Aufgaben durch bBsf auferlegt werden. Allerdings besteht nach derzeitiger nationaler Rechtslage keine eigenständige Berechtigung des bBsf, eine Duldungsverfügung zu erlassen. Er ist in dieser Hinsicht auf ein Tätigwerden der zuständigen Behörde angewiesen und kann die Vollstreckung seiner Handlung nicht selbst anordnen oder gar durchführen.

Zu diesem Zweck könnte das bestehende System gemeinsam mit der Einführung der neuen Aufgaben dahingehend modifiziert werden, dass der bBsf die Befugnis erhält, Duldungsverfügungen zum Betreten der Wohnung für die Zwecke der Erfassung wärmeplanerischer Daten und zur Durchführung der WEA-Überprüfung zu erlassen. Dann wäre der bBsf unabhängiger von der zuständigen Behörde. Im Lichte der Kriterien des EuGH würde dann ein wichtiges Kriterium für das Vorliegen der Ausübung öffentlicher Gewalt sprechen. Freilich ist äußerst fraglich, ob der nationale Gesetzgeber die Verleihung solch weitreichender Befugnisse an Beliehene konkret vorsieht.

Ferner kommt in Betracht, dem bBsf die Befugnis zu verleihen, selbst Feststellungsbescheide zu ausstehenden Gebühren und Auslagen zu erlassen. Bislang übernimmt die zuständige Behörde diese Aufgabe (§ 20 Abs. 3 Satz 1 SchfHwG). Eine derartige Ausweitung der Kompetenz der bBsf könnte der Gesetzgeber jedoch grundsätzlich aufgreifen.

gg) Rechtsschutzmöglichkeiten

Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich nicht entnehmen, dass mitgliedstaatlich bestehende Rechtsschutzmöglichkeiten stets dazu führen, dass eine Tätigkeit nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert werden kann. In der betreffenden Entscheidung¹¹¹ wird dieses Kriterium neben der Möglichkeit zur Ausübung von Zwangsbefugnissen angeführt. Wie viel Gewicht der EuGH letztlich der Rechtsschutzmöglichkeit auf mitgliedstaatlicher Ebene beimisst, ist daher unklar.

Nach deutschem Recht ist die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens grundsätzlich vorgesehen, um staatliches Handeln zunächst einer eigenen Kontrolle zu unterziehen. Es bildet also im deutschen Recht gerade die Kehrseite der Ausübung öffentlicher Gewalt. Insoweit scheint die Rechtsprechung des EuGH aus nationaler Perspektive widersprüchlich. Die Ausübung öffentlicher oder hoheitlicher Gewalt kann nach deutschem Verständnis schon im Erlass eines Verwaltungsakts liegen. Insoweit erweist sich dieses Kriterium des EuGH als sehr einengend. *Korte* bezeich-

¹¹¹ EuGH, Urteil v. 15. Oktober 2015, C-168/14, Rn. 59 f., juris.

net diese Rechtsprechung als Beschränkung des Tatbestandsmerkmals auf den „Polizeiknüppel“.¹¹² Mit anderen Worten: Nur, wenn ein Privater mit den gleichen Mitteln zur Durchsetzung staatlicher Aufgaben versehen ist, handelt er in Ausübung öffentlicher Gewalt. Damit drohte der Anwendungsbereich des Art. 51 Abs. 1 AEUV erheblich kleiner und nur noch in äußerst seltenen Fällen relevant zu werden. Auch wenn diese Rechtsprechung kritikwürdig ist, ist es möglich, dass der EuGH seine Rechtsprechung vor allem an diesem Merkmal ausrichten wird.

Würde der EuGH dieses Kriterium bei der Bewertung der Frage des Vorliegens der Ausübung öffentlicher Gewalt anwenden, dürfte nicht unberücksichtigt bleiben, dass einige Bundesländer die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens – bis auf wenige Ausnahmen – für unstatthaft erklärt haben. Findet kein Widerspruchsverfahren statt, bleibt nur der gerichtliche Rechtsschutz. In diesen Fällen würde das Kriterium des EuGH also nicht greifen.

Hinsichtlich der Bundesländer, die (noch) die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens vorsehen, würde nach nationalem Recht zunächst der bBsf selbst als „Ausgangsbehörde“ prüfen, ob er dem Widerspruch abhilft. Im Fall der Abhilfe bleibt die Letztentscheidungskompetenz nach § 72 VwGO somit beim bBsf selbst.¹¹³ Hilft hingegen der bBsf dem Widerspruch nicht ab, erlässt regelmäßig eine Behörde der unmittelbaren Staatsverwaltung den (stattgebenden oder zurückweisenden) Widerspruchsbescheid.¹¹⁴ In diesen Fallkonstellationen trägt also die Behörde die Letztentscheidungskompetenz und nicht der bBsf.

Es ist zudem nach der einzelnen Tätigkeit der bBsf zu differenzieren: Soweit der betroffene Eigentümer die Führung von Wärmekatastern angreifen wollte, dürfte das entsprechende Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Was die Durchführung der WEA-Überprüfung angeht, käme die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens gegen den zu erlassenden Bescheid lediglich in manchen Bundesländern in Betracht. In den übrigen Bundesländern wäre nur gerichtlicher Rechtsschutz möglich.

Nach alledem wären die Tätigkeiten der bBsf nur in einigen Bundesländern einer retrospektiven behördlichen Prüfung unterworfen. Demnach wäre es vorliegend denkbar, dass der EuGH bezüglich dieses Kriteriums eine Ausübung öffentlicher Gewalt annimmt – das Gegenteil jedoch ebenso. Für Letzteres spricht, dass der Be-

¹¹² Korte in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 51, Rn. 9; siehe im Übrigen kritisch auch Calliess/Korte, Dienstleistungsrecht in der EU, § 3, Rn. 65; Henssler/Kilian, EuR 2005, 192, 198.

¹¹³ In Bezug auf die Feuerstättenschau: VG Stuttgart, Urteil v. 4. November 2021, 4 K 4302/20, Rn. 22, juris.

¹¹⁴ In Bezug auf die Feuerstättenschau zum Beispiel in: Baden-Württemberg, vgl. VG Stuttgart, Urteil v. 4. November 2021, 4 K 4302/20, Rn. 22, juris; Hessen: vgl. VG Kassel, Urteil v. 17. Dezember 2020, 3 K 1488/19.KS, Rn. 19, juris; Sachsen-Anhalt: § 73 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 17 SchfGZustG LSA.

scheid unmittelbar aus der WEA folgt. Mit anderen Worten: WEA und Bescheiderlass sind so eng miteinander verbunden, dass eine Aufspaltung unnatürlich erscheint. Dann bliebe nur noch die Führung des Wärmekatasters als Tätigkeit, die ohne behördliche Rechtsschutzmöglichkeit erfolgt. Für die Annahme der Ausübung öffentlicher Gewalt hinsichtlich dieses Kriteriums spricht hingegen, dass auf nationaler Ebene die Rechtsschutzmöglichkeiten die Kehrseite der Ausübung öffentlicher Gewalt sind und dass die Möglichkeit der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens in einigen Bundesländern abgeschafft ist.

- c) WEA-Überprüfung und Führung eines Wärmekatasters kraft ihrer Natur als Ausübung öffentlicher Gewalt?

Weder der AEUV, die DL-RL noch der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung haben bislang eine trennscharfe Definition einer Tätigkeit in Ausübung öffentlicher Gewalt getroffen (siehe zur Rechtsprechung im Einzelnen schon a)). Vielmehr entscheidet der EuGH von Fall zu Fall, ob eine Tätigkeit als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren ist. Insoweit ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass in der vorliegenden Konstellation auch bei (Nicht-)Vorliegen der oben angeführten Kriterien eine Tätigkeit in Ausübung öffentlicher Gewalt anzunehmen ist. Freilich wäre eine derartige Argumentation gegenüber EU-Kommission und / oder EuGH mit einem deutlich erhöhten Begründungsaufwand verbunden.

Ungeachtet dessen sprechen aus unserer Sicht vorliegend die folgenden Erwägungen dafür, kraft der Natur der Sache eine Ausübung öffentlicher Gewalt anzunehmen: Die Wärmeplanung und sämtliche damit einhergehende Tätigkeiten haben sowohl der Unions- als auch der nationale Gesetzgeber als originär staatliche Aufgabe qualifiziert (hierzu aa)). Die Wärmeplanung ist so wesentlich für zentrale Interessen der Allgemeinheit, dass eine Ausübung der damit verbundenen Tätigkeiten außerhalb der staatlichen Einflussosphäre – letztlich ohne Ausübung öffentlicher Gewalt – nicht in Betracht kommt (hierzu cc)).

- aa) Führung eines Wärmekatasters und WEA-Überprüfung als originär staatliche Aufgaben

- (1) Unionsrechtliche Zuordnung zu staatlichen Aufgaben

Die Wärmeplanung ist kraft unionsrechtlicher Kompetenzzuweisung eine originär staatliche Aufgabe. Das ergibt sich schon aus der Richtlinie (EU) 2023/1791 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. September zur Energieeffizienz und zur Änderung der Verordnung (EU) 2023/955 (im Folgenden: „**Energieeffizienz-RL**“).¹¹⁵ Art. 25 Energieeffizienz-RL schreibt vor:

¹¹⁵ ABl. L 231/1 v. 20. September 2023.

*„(1) **Jeder Mitgliedstaat** übermittelt der Kommission im Rahmen seines integrierten nationalen Energie- und Klimaplanes und dessen Aktualisierungen gemäß der Verordnung (EU) 2018/1999 eine **umfassende Bewertung der Wärme- und Kälteversorgung**. Diese umfassende Bewertung enthält die in Anhang X der vorliegenden Richtlinie aufgeführten Informationen und wird von der gemäß Artikel 15 Absatz 7 der Richtlinie (EU) 2018/2001 durchgeführten Bewertung begleitet.“ (Hervorhebungen hinzugefügt.)*

Die EU verlangt von den Mitgliedstaaten, eine umfassende Bewertung der Wärme- und Kälteversorgung vorzunehmen. Hierzu sollen die Mitgliedstaaten zunächst die Bedarfe, möglichst effiziente Wege zu ihrer Deckung prüfen und schließlich Strategien und Maßnahmen entwickeln, um so identifizierte Potenziale bei der Wärme- und Kälteversorgung zu nutzen:

*„(3) Für die Zwecke der umfassenden Bewertung gemäß Absatz 1 führen die Mitgliedstaaten auf der Grundlage der klimatischen Bedingungen, der wirtschaftlichen Durchführbarkeit und der technischen Eignung **eine Kosten-Nutzen-Analyse für ihr gesamtes Hoheitsgebiet** durch. Die Kosten-Nutzen-Analyse muss es ermöglichen, die ressourcen- und kosteneffizientesten Lösungen zur Deckung des Wärme- und Kälteversorgungsbedarfs unter Berücksichtigung des Grundsatzes ‚Energieeffizienz an erster Stelle‘ zu ermitteln.*

[...]

*(5) Die Mitgliedstaaten **beschließen Strategien und Maßnahmen**, mit denen sichergestellt wird, dass das in den gemäß Absatz 1 des vorliegenden Artikels durchgeführten umfassenden Bewertungen **ermittelte Potenzial genutzt wird**. Diese Strategien und Maßnahmen umfassen mindestens die in Anhang X aufgeführten Elemente. [...]" (Hervorhebungen hinzugefügt.)*

Der unionale Richtliniengeber sieht weiter vor, dass Behörden lokale Pläne für die Wärme- und Kälteversorgung ausarbeiten sollen:

*„(6) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass **regionale und lokale Behörden zumindest** in Gemeinden mit einer Gesamtbevölkerung von mehr als 45 000 Einwohnern **lokale Pläne für die Wärme- und Kälteversorgung ausarbeiten**. [...]" (Hervorhebungen hinzugefügt.)*

Aus dieser Formulierung geht deutlich hervor, dass der Richtliniengeber die Ausarbeitung von Wärmeplänen als Aufgabe der Behörden und damit als Aufgabe der öffentlichen Hand ansieht. Die Energieeffizienz-RL gibt ferner die Inhalte vor, die die Gemeinden bei der Ausarbeitung unter anderem aufnehmen sollen:

„Diese Pläne sollten mindestens

*a) auf der Grundlage der Informationen und Daten, die in den umfassenden Bewertungen gemäß Absatz 1 bereitgestellt werden, erstellt werden und eine **Schätzung und Kartierung des Potenzials** für eine Steigerung der Energieeffizienz, auch durch die Vorrüstung für Niedrigtemperatur-Fernwärme, hocheffiziente KWK und die Rückgewinnung von Abwärme, und für die Nutzung erneuerbarer Energie bei der Wärme- und Kälteversorgung in dem betreffenden Gebiet liefern;*

b) mit dem Grundsatz „Energieeffizienz an erster Stelle“ im Einklang stehen;

[...]

*e) die **relevante bestehende Energieinfrastruktur berücksichtigen**;*

[...]

*h) eine **Analyse der Heiz- und Kühlgeräte und -systeme im lokalen Gebäudebestand enthalten**, wobei die gebietsspezifischen Potenziale für Energieeffizienzmaßnahmen zu berücksichtigen sind und auf die Gebäude mit der schlechtesten Energieeffizienz und die Bedürfnisse schutzbedürftiger Haushalte einzugehen ist;*

[...]

*j) einen Pfad zur Erreichung der Ziele der Pläne im Einklang mit der Klimaneutralität und die **Überwachung der Fortschritte** bei der Umsetzung der ermittelten Strategien und Maßnahmen vorsehen; [...]" (Hervorhebungen hinzugefügt.)*

Im Vordergrund steht mithin, dass die Steigerungspotenziale hinsichtlich der Energieeffizienz bei der Wärme- und Kälteversorgung durch die Pläne offen gelegt werden. Hierbei soll insbesondere die relevante bestehende Energieinfrastruktur Berücksichtigung finden. Zu dieser Energieinfrastruktur sind auch die schon vorhandenen Heiz- und Kühlgeräte sowie -systeme zu zählen. Dies ist auch sinnvoll: Gibt es keine Datengrundlage zum Bestand an Heizgeräten, wäre eine Kartierung etwaiger Potentiale nicht möglich. Dasselbe gilt hinsichtlich der Überwachung von Fortschritten der Umsetzung der Strategien: Ohne Feststellung des Status quo der Wärmeversorgung lassen sich etwaige Verbesserungen der Energieeffizienz nicht nachvollziehen. Hieraus folgt: Die Wärmeplanung lokaler und regionaler Behörden ist überhaupt nur dann möglich, wenn sie über eine verlässliche und sorgfältig aufbereitete Datengrundlage verfügen. Die Schaffung dieser Datengrundlage ist integraler Bestandteil der Wärmeplanung. Mit anderen Worten: Sie ist der erste Teil der Wärmeplanung. Dementsprechend verpflichtet Art. 25 Abs. 1 Energieeffizienz-RL die

Mitgliedstaaten, eine umfassende Bewertung der Wärme- und Kälteversorgung vorzulegen. Aus Anhang X der Energieeffizienz-RL ergeben sich zudem die Daten und Informationen, die Grundlage der umfassenden Bewertung sein müssen. Hierzu gehören unter anderem: Wärme- und Kältebedarf in Bezug auf die ermittelte Nutzenergie und quantifizierter Endenergieverbrauch in GWh pro Jahr nach Sektoren (Wohngebäude, Dienstleistungen, Industrie und alle sonstigen Sektoren mit jeweils mehr als 5% des gesamten nationalen Nutzwärme- und -kältebedarfs); Ermittlung bzw. Schätzung der **derzeitigen Wärme- und Kälteversorgung** mit einer **Unterscheidung** zwischen Energie aus **fossilen Energieträgern** und aus **erneuerbaren Quellen**; Ermittlung von Anlagen, die Abwärme oder -kälte erzeugen, und ihres Potenzials für die Wärme- und Kälteversorgung in GWh pro Jahr.

(2) Nationale Normen ordnen Wärmeplanung der öffentlichen Hand zu

Unter anderem zur Umsetzung der Energieeffizienz-RL hat der nationale Gesetzgeber Regelungen zur Wärmeplanung im Wärmeplanungsgesetz¹¹⁶ („WPG“) erlassen.¹¹⁷

§ 13 Abs. 1 Nr. 3 WPG zählt die sog. Bestandsanalyse als einen Teil der Wärmeplanung auf. Gemäß § 15 Abs. 1 WPG ermittelt die planungsverantwortliche Stelle:

*„[...] 1. den derzeitigen Wärmebedarf oder Wärmeverbrauch innerhalb des beplanten Gebiets einschließlich der **hierfür eingesetzten Energieträger**,*

*2. die vorhandenen **Wärmeerzeugungsanlagen** und*

*3. die für die Wärmeversorgung relevanten **Energieinfrastrukturanlagen**.“ (Hervorhebungen hinzugefügt.)*

In Übereinstimmung mit dem EU-Richtliniengeber sieht das WPG vor, dass im Rahmen der Wärmeplanung eine Datengrundlage zu schaffen ist, die insbesondere Informationen über vorhandene Wärmeerzeugungsanlagen und Energieinfrastrukturanlagen bereitstellt. Die Feststellung des Status quo in räumlich differenzierter Weise ist unerlässlich für die Identifikation des Handlungsbedarfs.¹¹⁸

Unter anderem zur Bestandsanalyse ermächtigt § 33 Abs. 1 S. 1 WPG die Landesregierungen, die Pflicht zur Erstellung eines Wärmeplans nach § 4

¹¹⁶ BGBl. 2023 I Nr. 394.

¹¹⁷ Zum Wärmeplanungsgesetz als Umsetzung der Energieeffizienz-RL: BT-Drs. 20/8654, S. 2.

¹¹⁸ Vgl. BT-Drs. 20/8654, S. 99.

Abs. 1 und zur **Erfüllung der Aufgaben** nach Teil 2 (darunter die Bestandsanalyse) auf **Gemeinden, Gemeindeverbände oder sonstige Rechtsträger** in ihrem Hoheitsgebiet zu übertragen und sie damit als planungsverantwortliche Stellen zu bestimmen.

Die Erfassung der für die Wärmeplanung erforderlichen Daten ist also auch nach der Vorstellung des nationalen Gesetzgebers eine staatliche Aufgabe.

bb) Ausübung öffentlicher Gewalt kraft Zuordnung zur öffentlichen Hand?

Es stellt sich die Frage, ob sich allein aus der Tatsache, dass die Wärmeplanung staatlichen Organisationseinheiten überantwortet ist, schließen lässt, dass die Wärmeplanung ausschließlich durch die öffentliche Hand (oder Private, die staatlicherseits beauftragt sind) erfolgen kann. Allerdings wäre es grundsätzlich noch denkbar, dass die öffentliche Hand nur die Verantwortung dafür trägt, dass die Aufgaben erfüllt werden. Welcher Mittel sich die öffentliche Hand bei der Erfüllung bedient, ist hingegen nicht vorgegeben. So bleibt es grundsätzlich vorstellbar, dass die öffentliche Hand die Wärmeplanung – konkret: die Erfassung der erforderlichen Daten – vollständig Privaten überlässt. Die öffentliche Hand würde in einem solchen Szenario nur das Ziel der vollständigen Bestandsdatenerfassung vorgeben. Im Ergebnis könnten dann Private – im Wettbewerb miteinander – die Aufgabe erfüllen. Solange der Staat schlussendlich die erforderliche Datengrundlage erhalten würde, hätte er das ihm aufgetragene Ziel erreicht. Folglich gilt: Die bloße Übertragung der Kompetenz zur Wärmeplanung führt nicht dazu, dass die Ausführung der Aufgabe nur unter Ausübung öffentlicher Gewalt denkbar ist.

cc) Effektive Wärmeplanung nur in Ausübung öffentlicher Gewalt möglich?

Wird eine staatliche Aufgabe in Ausübung öffentlicher Gewalt erfüllt, ist sie regelmäßig dem Wettbewerb Privater entzogen (siehe hierzu schon aa)). Denn solche Aufgaben können nur durch eine Organisationseinheit erfüllt werden, die (i) singular hiermit betraut ist und (ii) besonderer staatlicher Befugnisse bedarf. Das heißt: Kann eine Aufgabe nicht gleich effektiv auch von mehreren Organisationseinheiten gleichzeitig erfüllt werden und bedarf es besonderer hoheitlicher Befugnisse hierfür, ist das unseres Erachtens ein Indiz dafür, dass die Aufgabe nur in Ausübung öffentlicher Gewalt erfüllt werden kann. Übertragen auf die vorliegende Konstellation bedeutet das:

(1) Aufgabenerfüllung nur durch eine Organisationseinheit möglich

Die Frage nach der Erforderlichkeit der Zentralisierung der Aufgabenerfüllung ist grundsätzlich getrennt für die Führung des Wärmekatasters und die WEA-Überprüfung vorzunehmen – wenngleich etwaige Wechselwirkungen zwischen diesen beiden Aufgaben zu berücksichtigen sind.

(a) Wärmekatasterführung nur zentralisiert möglich

Ein Wärmekataster kann sinnvoll nur dann geführt werden, wenn es zentral geführt wird. Würden Informationen in verschiedenen Katastern erfasst, gäbe es keine einheitliche und vollständige Datengrundlage, die die für die Wärmeplanung zuständigen Stellen für diese Zwecke heranziehen könnten.

In diesem Sinne hat der Gesetzgeber in § 15 Abs. 2 WPG geregelt:

*„Im Rahmen der Bestandsanalyse sind von der planungsverantwortlichen Stelle die für die Wärmeplanung relevanten Informationen und erforderlichen Daten zur aktuellen Versorgung des beplanten Gebiets mit Wärme **systematisch und qualifiziert zu erheben**. Hierzu ist die planungsverantwortliche Stelle nach Maßgabe von Abschnitt 3 berechtigt, die in Anlage 1 genannten Daten zu erheben.“ (Hervorhebung hinzugefügt.)*

Eine **systematische** Erhebung der für die Wärmeplanung erforderlichen Daten wird regelmäßig nur dann möglich sein, wenn sie klar definierten Prozessen folgt. Insbesondere die Erfassung sämtlicher Wärmeerzeugungsanlagen in Gebäuden muss in systematischer und geplanter Weise erfolgen. Würde man diese Aufgabe auf mehrere Einheiten verteilen, die gleichzeitig Daten erheben und sie jeweils selbständig in einem Wärmekataster hinterlegen, würde zumindest der Koordinationsaufwand erheblich steigen: Die betreffenden Einheiten müssten sich untereinander abstimmen, welche Haushalte schon erfasst, welche Daten dort jeweils erhoben und welche Daten schon im Wärmekataster hinterlegt wurden. Diese aufwendige Koordinierung verschiedener Einheiten dürfte regelmäßig fehleranfällig sein und so Vollzugsdefizite mit sich bringen. Führt hingegen nur eine Organisationseinheit das Wärmekataster wäre sie – entsprechende Qualifikation und Zuverlässigkeit vorausgesetzt – leichter in der Lage, alle Daten systematisch zu erheben. Dies hat auch die EU erkannt: Erwägungsgrund (3) der Verordnung (EU) 2018/1999 („**Governance-Verordnung**“)¹¹⁹ lautet:

„Ziel einer krisenfesten, auf einer ehrgeizigen Klimapolitik beruhenden Energieunion ist es, die Verbraucher der

¹¹⁹ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 663/2009 und (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 94/22/EG, 98/70/EG, 2009/31/EG, 2009/73/EG, 2010/31/EU, 2012/27/EU und 2013/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 2009/119/EG und (EU) 2015/652 des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. der Europäischen Union L 328/1 v. 21. Dezember 2018.

*Union, einschließlich Haushalte und Unternehmen mit sicherer, nachhaltiger, wettbewerbsfähiger und erschwinglicher Energie zu versorgen sowie Forschung und Innovation durch die Mobilisierung von Investitionen zu fördern; dies erfordert eine grundlegende Umstellung des Energiesystems der EU. Diese Umstellung ist auch eng damit verbunden, dass es die Umwelt zu erhalten, zu schützen und zu verbessern gilt und dass die umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen gefördert werden muss, insbesondere durch die Förderung von **Energieeffizienz** und Energieeinsparungen und die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energieformen. **Dieses Ziel kann nur durch koordinierte legislative und nichtlegislative Maßnahmen auf Unionsebene sowie auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene erreicht werden.**“ (Hervorhebungen hinzugefügt.)*

Auch aus der Governance-Verordnung geht also hervor, dass ein koordiniertes Vorgehen erforderlich ist, um – unter anderem – die Energieeffizienz des Energiesystems der EU zu steigern. Dieses koordinierte Vorgehen ist auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene erforderlich. Dem würde beispielsweise die Führung lokaler Wärmekataster entsprechen – ähnlich der schon jetzt bestehenden Führung des Kehrbooks durch die bBsf.

- (b) WEA-Überprüfung ebenfalls nur zentralisiert möglich?

Fraglich ist, ob auch die WEA-Überprüfung nur durch jeweils eine Organisationseinheit je räumlich abgegrenztes Gebiet – wie einen bBsf oder seine Stellvertreter – denkbar ist. Grundsätzlich wäre auch vorstellbar, dass mehrere Private die WEA-Überprüfung im freien Wettbewerb miteinander durchführen. Sie könnten die so erfassten Daten dann – bspw. – über eine Online-Schnittstelle in das zentral geführte Wärmekataster eingeben. So wäre jedenfalls gewährleistet, dass Daten nicht doppelt erhoben werden, da für jeden Datenerheber klar ersichtlich wäre, welche Haushalte schon überprüft wurden. Es verbliebe jedoch unter Umständen das Risiko, dass – vor allem in ländlichen Regionen – bestimmte Wärmeerzeugungsanlagen in entlegeneren Haushalten nicht überprüft würden, da sich die Privaten tendenziell auf die wirtschaftlich einträglicheren Ballungsräume konzentrieren würden. Das würde im Ergebnis unter Umständen dazu führen, dass die Datengrundlage für die Wärmeplanung nicht vollständig wäre. Würde man hingegen einer staatlichen Organisationseinheit oder dem bBsf die WEA-Überprüfung in einem zugewiesenen Gebiet übertragen, wäre eindeutig geregelt, dass der bBsf in diesem Gebiet die WEA-Überprüfung in allen Haus-

halten dieses Gebiets durchzuführen hätte. Eine Verantwortungsdiffusion wäre so ausgeschlossen. Insoweit ist auch die lokal nur einem bBsf zugewiesene WEA-Überprüfung effektiver gegenüber der „freien“ Erbringung durch mehrere Private.

- (2) Erforderlichkeit besonderer hoheitlicher Befugnisse für Führung des Wärmekatasters und WEA-Überprüfung

Jedenfalls die WEA-Überprüfung bedarf besonderer hoheitlicher Befugnisse – beispielsweise der Möglichkeit zum Betreten privater Haushalte (siehe hierzu schon b)ff)). Würde man die Möglichkeit zum Betreten privater Haushalte vollständig (nicht nur hinsichtlich des Zeitpunkts) von der Einwilligung der jeweils betroffenen Privatperson abhängig machen, liefe man Gefahr, dass die WEA-Überprüfung nicht in jedem Haushalt durchgeführt würde.

Hinsichtlich der Führung des Wärmekatasters lässt sich eher in Frage stellen, ob hierzu besondere hoheitliche Befugnisse erforderlich sind. Denn die Erhebung der Daten, ihre Verarbeitung und Bereitstellung in einem Kataster für bestimmte Behörden ließe sich auch durch entsprechende datenschutzrechtliche Einwilligungserklärungen der jeweils betroffenen Privaten, deren Daten erhoben werden, ermöglichen. Ferner kommt – zumindest in Teilen – eine Anonymisierung der gewonnenen Daten in Betracht. Dann braucht es nicht zwingend hoheitliche, gesetzliche Eingriffsbefugnisse.

1.3 Hilfsweise: Vorgaben der DL-RL jedenfalls erfüllt

Werden die Tätigkeiten im Sinne der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert, wäre mangels Eingreifens der Bereichsausnahme gem. Art. 2 Abs. 2 lit. i) DL-RL i. V. m. Art. 51 Abs. 1 AEUV der Anwendungsbereich der DL-RL eröffnet. Gemessen an den Maßstäben der DR-RL wäre die vorgeschlagene gesetzliche Regelung unseres Erachtens mit den Anforderungen der DL-RL vereinbar. Zu den Maßstäben der DL-RL gehören:

- Die Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Regelungen hinsichtlich der **Erbringung von Dienstleistungen** durch einen niedergelassenen Dienstleistungserbringer sind anhand der Art. 14 und 15 DL-RL zu überprüfen (hierzu 1.3.1). Diese gelten unabhängig davon, ob nationale Bedingungen als Genehmigungsvoraussetzungen oder als sonstige Anforderungen an die berufliche Tätigkeit gefasst sind. Entsprechen mitgliedstaatliche Regelungen den Anforderungen im Sinne des Art. 15 Abs. 2 DL-RL, können diese nach den Maßstäben des Art. 15 Abs. 3 DL-RL gerechtfertigt sein. Die in Art. 15 Abs. 3 DL-RL normierten Rechtfertigungsvoraussetzungen beruhen auf den in der Rechtsprechung des EuGH (Gebhard-Formel)¹²⁰ entwickelten Anforderungen an die Rechtfertigung von Einschränkungen der

¹²⁰ EuGH, Urteil v. 30. November 1995, Rs. C-55/94, NJW 1996, 579, 581, Rn. 37.

Grundfreiheiten. Es besteht dann nach Art. 15 Abs. 7 DL-RL eine Notifizierungspflicht des Mitgliedstaats gegenüber der Kommission (hierzu 1.3.1c)).

- Zusätzlich ist die Zulässigkeit von Anforderungen an mitgliedstaatliche Genehmigungsregelungen hinsichtlich der **Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungen** durch einen niedergelassenen Dienstleistungserbringer, Art. 9–13 DL-RL, zu prüfen (hierzu 1.3.2). Im Gegensatz zu den Art. 14–15 DL-RL stellen die Art. 9 ff. DL-RL Anforderungen an Genehmigungsregelungen. Art. 9 ff. DL-RL bieten ebenfalls die Möglichkeit, (mitglied-)staatliche Genehmigungsvoraussetzungen zu rechtfertigen. Für die Rechtfertigung im Rahmen dieser Vorgaben gelten entsprechende Maßstäbe wie bei Art. 15 Abs. 3 DL-RL, die ebenfalls auf der erwähnten Rechtsprechung des EuGH basieren.
- Soweit die DL-RL Anforderungen zur Regulierung einer vorübergehenden Ausübung durch Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten, Art. 16 ff. DL-RL, stellt, sind diese unseres Erachtens aufgrund folgender Erwägungen nicht zu prüfen: Schornsteinfeger (Dienstleistungserbringer) aus dem EU-Ausland, die die Wärmekatasterführung sowie die Durchführung der WEA-Überprüfung in Deutschland anbieten möchten, werden sich in der Regel veranlasst sehen, sich mit ihrem Betrieb in Deutschland niederzulassen, um die Aufgabe kontinuierlich erbringen zu können. Einschlägig wäre damit die Niederlassungsfreiheit, d. h. die Regelungen der Art. 9–15 DL-RL. Die Dienstleistungsfreiheit – d. h. die Regelungen der Art. 16 ff. DL-RL – tritt dahinter als subsidiär zurück (vgl. Art. 57 Abs. 3 AEUV). Denn Letztere erfasst nur Konstellationen, in denen die fragliche Tätigkeit im betreffenden Mitgliedsstaat nur vorübergehend ausgeübt wird, während eine dauerhafte Integrierung in die Wirtschaft des anderen Mitgliedsstaates mittels einer festen Niederlassung nur von der Niederlassungsfreiheit erfasst wird.

1.3.1 Zulässigkeit von mitgliedstaatlichen Anforderungen an die Erbringung von Dienstleistungen, Art. 14 f. DL-RL

Das dritte Kapitel der DL-RL gliedert sich in zwei Abschnitte, wobei sich der erste Abschnitt (Art. 9–13 DL-RL) mit den Genehmigungsregelungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Aufnahme oder Ausübung von Dienstleistungen durch einen niedergelassenen Dienstleistungserbringer befasst. Im Rahmen des zweiten Abschnitts werden Bedingungen für die Erbringung von Dienstleistungen eines niedergelassenen Dienstleisters behandelt.¹²¹

Innerhalb der Vorgaben des zweiten Abschnitts (Art. 14–15 DL-RL), die unabhängig vom Bestehen einer Genehmigungspflicht gelten, ist zwischen Anforderungen, die in jedem Falle unzulässig sind (a)), und Anforderungen, die unter bestimmten Umständen zulässig sind (b)), zu differenzieren.

¹²¹ Cornils in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 9, Rn. 1.

a) Keine unzulässigen Anforderungen im Sinne des Art. 14 DL-RL

Art. 14 DL-RL enthält Anforderungen,¹²² von denen die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nicht abhängig gemacht werden darf. Die Möglichkeit einer Rechtfertigung der in Art. 14 DL-RL enthaltenen Anforderungen besteht nicht.¹²³

Vorliegend werden **keine der in Art. 14 DL-RL genannten Anforderungen** mit Blick auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung erfüllt.

Insbesondere handelt es sich um keine diskriminierende Anforderung, die direkt oder indirekt auf der Staatsangehörigkeit oder – für Unternehmen – dem satzungsmäßigen Sitz beruhen, Art. 14 Nr. 1 DL-RL. Direkt diskriminierend ist die Bedingung der Staatsangehörigkeit des Niederlassungsstaats für den Dienstleistungserbringer selbst oder die mit dem Unternehmen verbundenen Personen. Eine indirekte Diskriminierung ist dann gegeben, wenn dem Dienstleistungserbringer die Pflicht zur Wohnsitznahme vorgeschrieben wird.¹²⁴ Es werden weder die Voraussetzungen der direkten noch der indirekten Diskriminierung erfüllt. Die Beleihung eines Bezirksschornsteinfegers wird nicht an die Staatsangehörigkeit des Betroffenen geknüpft. Im Übrigen ließe sich die vorgeschlagene gesetzliche Regelung so gestalten, dass die Beleihung unabhängig vom Wohnsitz des Dienstleistungserbringers erfolgt.

Auch werden mit dem Vorhaben dem Dienstleistungserbringer keine Niederlassungs- oder Registrationsbeschränkungen (Art. 14 Nr. 2 DL-RL) auferlegt.

b) Rechtfertigungsbedürftige Anforderungen, Art. 15 DL-RL

Art. 15 DL-RL enthält Anforderungen, die die Niederlassungsfreiheit zwar einschränken, die jedoch unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein können – anders als die in Art. 14 DL-RL genannten Anforderungen.¹²⁵ Insofern stellt Art. 15 DL-RL bestimmte mitgliedstaatliche Regelungen unter Rechtfertigungszwang.

Nach Art. 15 Abs. 1 Satz 1 DL-RL prüfen die Mitgliedstaaten, ob ihre Rechtsordnungen die in Art. 15 Abs. 2 DL-RL aufgeführten Anforderungen vorsehen und stellen sicher, dass diese Anforderungen die Bedingungen des Abs. 3 erfüllen. Werden in einem Mitgliedstaat

¹²² Anforderungen sind gemäß der Legaldefinition in Art. 4 Nr. 7 DL-RL alle Auflagen, Verbote, Bedingungen oder Beschränkungen, die in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten festgelegt sind oder sich aus der Rechtsprechung, der Verwaltungspraxis, den Regeln von Berufsverbänden oder den kollektiven Regeln, die von Berufsvereinigungen oder sonstigen Berufsorganisationen in Ausübung ihrer Rechtsautonomie erlassen wurden, ergeben; Regeln, die in von den Sozialpartnern ausgehandelten Tarifverträgen festgelegt wurden, sind als solche keine Anforderungen im Sinne dieser Richtlinie.

¹²³ *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 15, Rn. 1.

¹²⁴ *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 14, Rn. 7 f.

¹²⁵ *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 15, Rn. 1.

neue Regelungen der in Art. 15 Abs. 2 DL-RL genannten Art eingeführt, müssen diese die in Abs. 3 angeführten Bedingungen erfüllen.¹²⁶

- Im Rahmen der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung ist die in Art. 15 Abs. 2 lit. a) DL-RL genannte Anforderung näher zu prüfen. Art. 15 Abs. 2 lit. a) DL-RL erfasst solche Regelungen, die **kontingierende Wirkung** auf die Erbringer einer Dienstleistung entfalten.¹²⁷ Die kontingierende Wirkung kann sowohl die Anzahl der Dienstleistungserbringer als auch eine geographische Mindestentfernung zwischen den jeweiligen Niederlassungen betreffen.¹²⁸ Vorliegend soll ausschließlich ein bBsf in seinem jeweiligen Kehrbezirk die Führung der Wärmekataster sowie die WEA-Überprüfung ausführen. Insofern läge eine kontingierende Wirkung vor.
- Grundsätzlich kommt zusätzlich der Tatbestand des Art. 15 Abs. 2 lit. d) DL-RL in Betracht. Hiervon umfasst sind Anforderungen, die die Aufnahme der betreffenden Dienstleistungstätigkeit aufgrund ihrer Besonderheiten bestimmten Dienstleistungserbringern vorbehalten, mit Ausnahme von Anforderungen, die Bereiche betreffen, die von der Richtlinie 2005/36/EG¹²⁹ erfasst werden, oder solchen, die in anderen Gemeinschaftsrechtsakten vorgesehen sind. Werden bestimmte Dienstleistungstätigkeiten bestimmten Dienstleistungserbringern vorbehalten, so bedarf eine derartige Regelung der Rechtfertigung.¹³⁰ Hier erfolgt die Anerkennung der Qualifikation gemäß der EU/EWR-Handwerk-Verordnung vom 18. März 2016,¹³¹ mit der die Richtlinie 2005/36/EG umgesetzt wurde. Gem. § 1 Satz 1 der EU-EWR-Handwerks-Verordnung wird Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der EU, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die im Inland zur Ausübung eines Handwerks der Anlage A der Handwerksordnung eine gewerbliche Niederlassung unterhalten oder als Betriebsleiterin oder Betriebsleiter tätig sein wollen, nach Maßgabe der folgenden Vorschriften auf Antrag eine Ausnahmewilligung zur Eintragung in die Handwerksrolle nach § 9

¹²⁶ Vgl. EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 54, juris; *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 15, Rn. 26.

¹²⁷ *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 15, Rn. 7.

¹²⁸ *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 14, Rn. 7.

¹²⁹ Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl. L 255 S. 22; zuletzt geändert durch Art. 1 B (EU) 2024/1395 vom 5. März 2024 (ABl. L, 2024/1395).

¹³⁰ *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 15, Rn. 17.

¹³¹ Verordnung über die für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz geltenden Voraussetzungen für die Ausübung eines zulassungspflichtigen Handwerks (EU/EWR-Handwerk-Verordnung - EU/EWR HwV), BGBl. I S. 509, zuletzt geändert durch Art. 2 VO zur Änderung der Kehr- und ÜberprüfungsO und weiterer Vorschriften vom 26. Dezember 2021 (BGBl. I S. 4740).

Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 7 Abs. 3 der Handwerksordnung erteilt. Schornsteinfeger werden in Nr. 12 der Anlage A der Handwerksordnung genannt. Insofern dürfte Art. 15 Abs. 2 lit. d) DL-RL nicht einschlägig sein.

Art. 15 Abs. 3 DL-RL sieht die Möglichkeit vor, eine Anforderung im Sinne des Abs. 2 zu rechtfertigen. Hierfür müssen folgende Bedingungen erfüllt sein:¹³²

- **Nicht-Diskriminierung:** Die Anforderungen dürfen weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder – bei Gesellschaften – aufgrund des Orts des satzungsmäßigen Sitzes darstellen (hierzu aa));
- **Erforderlichkeit:** Die Anforderungen müssen durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein (hierzu bb));
- **Verhältnismäßigkeit:** Die Anforderungen müssen zur Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Ziels geeignet sein; sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist; diese Anforderungen können nicht durch andere weniger einschneidende Maßnahmen ersetzt werden, die zum selben Ergebnis führen (hierzu cc)).

aa) Keine Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit

In Bezug auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung würde die Anforderung im Sinne des Art. 15 Abs. 2 lit. a) DL-RL durch die Übertragung der Aufgaben auf den bBsf unterschiedslos für Inländer und EU-Ausländer gelten. So könnten auch EU-Ausländer als bBsf benannt werden. Umgekehrt werden sie auch wie Inländer von der Ausübung der genannten Tätigkeiten ausgeschlossen, wenn sie nicht zum bBsf ernannt wurden. Insoweit wäre das Vorhaben in Bezug auf die Staatsangehörigkeit als diskriminierungsfreie, nationale Maßnahme anzusehen.

bb) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses

Die Anforderung wäre ferner durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt.

Art. 4 Nr. 8 DL-RL enthält eine **Legaldefinition der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses:**

„Gründe, die der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung als solche anerkannt hat, einschließlich folgender Gründe: öffentliche Ordnung; öffentliche Sicherheit; Sicherheit der Bevölkerung; öffentliche Gesundheit; Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherung; Schutz der Verbraucher, der Dienstleistungsemp-

¹³² Siehe auch: EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 55, juris.

*fänger und der Arbeitnehmer; Lauterkeit des Handelsverkehrs; Betrugsbekämpfung; **Schutz der Umwelt** und der städtischen Umwelt; Tierschutz; geistiges Eigentum; Erhaltung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes; Ziele der Sozialpolitik und Ziele der Kulturpolitik;“ (Hervorhebungen hinzugefügt.)*

Vorliegend kommen die Schutzgüter der **öffentlichen Gesundheit** und der **öffentlichen Sicherheit** sowie der **Schutz der Umwelt** in Betracht.

Die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit finden sich in Art. 52 AEUV wieder. Hinsichtlich der Frage, ob es sich hierbei um Begriffe des unionalen oder des nationalen Rechts handelt, herrscht kein Konsens.¹³³ Jedenfalls ist eine enge Auslegung angezeigt.¹³⁴ Der EuGH billigt den Mitgliedstaaten im Rahmen der Bestimmung dieser Begriffe einen Beurteilungsspielraum zu, der aber einer unionsrechtlichen Kontrolle unterliegt.¹³⁵

(1) Öffentliche Sicherheit

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann die öffentliche Sicherheit nur geltend gemacht werden, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.¹³⁶

Durch den Angriffskrieg Russlands gegen die Ukraine wurde die enorme Abhängigkeit der EU von russischen fossilen Brennstoffen offengelegt. Zwischenzeitlich bestanden bedingt durch die hohen Energiepreise erhebliche Bedenken hinsichtlich der **Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit**. Um diese Abhängigkeit zu reduzieren, hat beispielsweise die Europäische Kommission den „REPowerEU-Plan“¹³⁷ erstellt, der unter anderem den Fokus auf das Ergreifen von Maßnahmen zur Energieeinsparung legt. Außerdem werden sowohl auf nationaler als auch EU-Ebene der Ausbau der erneuerbaren Energien sowie die **dauerhafte Bereitstellung und Sicherung von Wärme aus erneuerbaren Energien** angestrebt, da perspektivisch auf den Einsatz konventioneller Heizungsanlagen gänzlich verzichtet werden soll.

¹³³ Korte in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 52, Rn. 8, geht von Begriffen des Unionsrechts aus; Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 82. EL Mai 2024, Art. 52, Rn. 23, geht von Begriffen des nationalen Rechts aus.

¹³⁴ Schlag in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 52, Rn. 6.

¹³⁵ EuGH, Urteil v. 4. Dezember 1974, Rs 41/74, Rn. 18/19, juris.

¹³⁶ EuGH, Urteil v. 26. März 2009, c-326/07 (Kommission/Italien), Rn. 70, juris; EuGH, Urteil v. 14. März 2000, C-54/99, Rn. 17, juris.

¹³⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, REPowerEU-Plan, SWD (2022) 230 final, COM(2022) 230 final, v. 18. Mai 2022.

In diesem Zusammenhang hebt Erwägungsgrund (9) der Energieeffizienz-RL die **Auswirkungen** der Steigerung der **Energieeffizienz** hervor:

*„Mit einem höheren Energieeffizienzziel der Union für 2030 können die Energiepreise gesenkt werden, und es kann entscheidend zur Verringerung der Treibhausgasemissionen beigetragen werden, begleitet von einer Verstärkung und Einführung von Elektrifizierung, Wasserstoff, E-Fuels und sonstigen einschlägigen Technologien, die für den Übergang zu einer grünen Wirtschaft – auch im Verkehrssektor – erforderlich sind. Selbst bei einem raschen Wachstum der Ökostromerzeugung kann die Energieeffizienz den Bedarf an neuen Stromerzeugungskapazitäten und die mit Speicherung, Übertragung und Verteilung verbundenen Kosten verringern. **Die Steigerung der Energieeffizienz hat auch für die Sicherheit der Energieversorgung in der Union einen besonderen Stellenwert, da dadurch die Abhängigkeit der Union von Brennstoffeinfuhren aus Drittländern verringert wird.** Energieeffizienz ist eine der saubersten und kosteneffizientesten Maßnahmen, um dieser Abhängigkeit zu begegnen.“ (Hervorhebung hinzugefügt.)*

Ferner zeigt Erwägungsgrund (18) der Energieeffizienz-RL die **Dimensionen** der **Energieeffizienz** auf:

„Der Grundsatz ‚Energieeffizienz an erster Stelle‘ umfasst einen ganzheitlichen Ansatz, bei dem die Gesamteffizienz des integrierten Energiesystems, die Versorgungssicherheit und die Kosteneffizienz berücksichtigt und die effizientesten Lösungen für die Klimaneutralität in der gesamten Wertschöpfungskette – von der Energieerzeugung über den Netztransport bis zum Endenergieverbrauch – gefördert werden, sodass sowohl beim Primärenergieverbrauch als auch beim Endenergieverbrauch Effizienzgewinne erzielt werden. Bei diesem Ansatz sollten die Systemleistung und die dynamische Energienutzung betrachtet werden, wobei nachfrageseitige Ressourcen und Systemflexibilität als Energieeffizienzlösungen in Betracht gezogen werden.“

Zudem ergibt sich aus dem Erwägungsgrund (3) der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen,¹³⁸ dass die verstärkte Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen auch eine tragende Rolle spielt, wenn es darum geht, auf eine **höhere Energieversorgungssicherheit, auf nachhaltige Energie zu erschwinglichen Preisen**, auf technologische Entwicklung und Innovation sowie auf eine technologische

¹³⁸ ABl. L 328/82 v. 21. Dezember 2018.

und industrielle Führungsrolle hinzuwirken, und dabei **Vorteile für Umwelt, Gesellschaft und Gesundheit zu erzielen**.

Wird Wärme künftig nicht aus erneuerbaren Energien erzeugt, können bestehende Abhängigkeiten zu fossilen Brennstoffen nicht stetig und schließlich vollständig aufgelöst werden. Eine konkrete Gefährdung der Versorgung hat sich bereits teilweise realisiert und ist – nach wie vor – gegeben. Bei der Versorgungssicherheit handelt es sich zudem um ein Grundinteresse der Gesellschaft.

Die Führung von Wärmekatastern sowie die Durchführung der WEA-Überprüfung, die den ersten, grundlegenden Teil einer effektiven Wärmeplanung und somit der flächendeckenden Wärmeversorgung bilden, sind daher für die öffentliche Sicherheit von maßgeblicher Bedeutung.

(2) Öffentliche Gesundheit

Hinsichtlich des Begriffs der öffentlichen Gesundheit wird teilweise die Ansicht vertreten, der Begriff werde durch die Richtlinie 2004/38/EG¹³⁹ abschließend konkretisiert und bestimmt.¹⁴⁰ Hiergegen spricht allerdings, dass diese Vorschriften sich nicht insgesamt auf die „öffentliche Gesundheit“ beziehen, sondern vielmehr lediglich eine abschließende Regelung von Krankheiten anstreben.¹⁴¹

Versteht man den Schutz der öffentlichen Gesundheit umfassend, dann zeigt eine Reihe von Unionsrechtsakten, dass drohenden Gefahren für die Gesundheit durch den Klimawandel durch EU-weit zu ergreifende Maßnahmen zu begegnen ist.

Erwägungsgrund (5) der Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1119¹⁴² verdeutlicht **die Gefahren für die Gesundheit, die durch den Klimawandel** verursacht werden.

¹³⁹ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. L 158/77.

¹⁴⁰ *Korte* in: Calliess/Ruffert, AEUUV, 6. Aufl. 2022, Art. 52, Rn. 16; *Schlag* in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Auf. 2019, Art. 52, Rn. 9.

¹⁴¹ *Forsthoff* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUUV, 82. EL Mai 2024, Art. 52, Rn. 24.

¹⁴² ABl. der Europäischen Union L 243/1 v. 9. Juli 2021.

*„Es ist notwendig, die **durch den Klimawandel verursachten wachsenden Bedrohungen für die Gesundheit**, wie etwa häufigere und stärkere Hitzewellen, Waldbrände und Überschwemmungen, Bedrohungen für die Lebensmittel- und Wassersicherheit und die Ernährungssicherheit sowie die **Entstehung und Verbreitung von Infektionskrankheiten**, anzugehen. Wie in ihrer Mitteilung vom 24. Februar 2021 mit dem Titel ‚Ein klimaresilientes Europa aufbauen — die neue EU-Strategie für die Anpassung an den Klimawandel‘ angekündigt, hat die Kommission im Rahmen der Europäischen Plattform für Klimaanpassung Climate-ADAPT eine Europäische Beobachtungsstelle für Klima und Gesundheit eingerichtet, damit die durch den Klimawandel verursachten **Bedrohungen für die Gesundheit** besser verstanden, vorhergesehen und **minimiert werden können**.“ (Hervorhebungen hinzugefügt.)*

Ferner verdeutlicht die Richtlinie (EU) 2023/2413 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001, der Verordnung (EU) 2018/1999 und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates¹⁴³ in Erwägungsgrund (44) die **herausragende Bedeutung der regenerativen Energiequellen und der dazugehörigen Infrastruktur**:

*„In den Einzelfallprüfungen, die erforderlich sind, um festzustellen, ob eine Anlage zur Erzeugung erneuerbarer Energie, der Anschluss dieser Anlage an das Netz, das betreffende Netz selbst oder Speicheranlagen in einem bestimmten Fall von überragendem öffentlichen Interesse sind, sollten die Mitgliedstaaten für die Zwecke des einschlägigen Umweltrechts der Union davon ausgehen, dass **diese Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie und die damit zusammenhängende Infrastruktur von überragendem öffentlichem Interesse sind und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen**, es sei denn, es gibt eindeutige Belege dafür, dass diese Projekte erhebliche nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt haben, die nicht abgemildert oder ausgeglichen werden können, oder die Mitgliedstaaten beschließen, die Anwendung dieser Annahme in hinreichend begründeten und besonderen Umständen, beispielsweise aus Gründen der nationalen Verteidigung, einzuschränken. **Wenn davon ausgegangen wird, dass solche Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie von überragendem öffentlichem Interesse sind und der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit dienen, könnten solche Projekte von einer vereinfachten Prüfung profitieren**.“ (Hervorhebungen hinzugefügt.)*

¹⁴³ ABl. der Europäischen Union L v. 31. Oktober 2023.

Die Erweiterung der Aufgaben und Befugnisse der bBsf dienen daher auch dem Schutz der öffentlichen Gesundheit, da diese Tätigkeiten dem Klimaschutz dienen und zur Verringerung der hierdurch verursachenden Gesundheitsgefährdungen beitragen.

(3) Umweltschutz

Gem. Art. 194 Abs. 1 AEUV verfolgt die Energiepolitik der Union im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarkts und **unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Erhaltung und Verbesserung der Umwelt** bestimmte Ziele. Die Gewährleistung der **Energieversorgungssicherheit und die Förderung der Energieeffizienz und der Energieeinsparungen** sowie die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen sind in Art. 194 Abs. 1 lit. b) und lit. c) AEUV als **politische Ziele der EU** verankert. Dieser Umstand macht das besonders hohe Gewicht dieser Ziele deutlich. Hieran wird zudem deutlich, dass Energie- und Umweltpolitik eng miteinander verknüpft sind und integriert gedacht werden müssen.¹⁴⁴ Die Berücksichtigung der Umweltbelange im Rahmen der Energiepolitik hebt die Bedeutung des Umwelt- und Klimaschutzes hervor.¹⁴⁵

Dass die **Energieeffizienz und -einsparung** sowie der **Schutz der Umwelt und des Klimas** gewichtige Anliegen der EU darstellen, zeigt sich auch anhand der Anzahl der Rechtsakte, die teilweise ergänzt, aktualisiert, geändert und neugefasst wurden, um die Bestrebungen normativ zu verankern und den Mitgliedstaaten rechtliche Rahmen zur Umsetzung zu schaffen.

Die Führung von Wärmekatastern durch den bBsf zielt darauf ab, das **ordnungsgemäße Funktionieren der Wärmeplanung** sowie hierauf aufbauend die Gewährleistung der flächendeckenden Wärmeversorgung unter Berücksichtigung der Energiewende und mit Blick auf die angestrebte Klimaneutralität sicherzustellen sowie mit der Durchführung der WEA-Überprüfung, die bestehende Energieeinsparpotenziale offenlegen soll, die übergeordneten Ziele des **Umwelt- und Klimaschutzes einschließlich der Energieeffizienz und der Energieeinsparung** zu fördern.

(4) Zwischenergebnis

Das gegenständliche Vorhaben dient der flächendeckenden und stabilen Versorgungssicherheit in Bezug auf Wärme und mithin der öffentlichen Gesund-

¹⁴⁴ Calliess in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 194, Rn. 8.

¹⁴⁵ Hirsbrunner in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 194, Rn. 16.

heit sowie Sicherheit. Ferner sind die Führung von Wärmekatastern einschließlich der Durchführung der WEA-Überprüfung mit Blick auf die unionsrechtlich geforderte Energieeffizienz zwingend erforderlich, um die übergeordneten Ziele des Klima- und Umweltschutzes zu erreichen, die zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehören.

cc) Verhältnismäßigkeit des Vorhabens

Auch die Verhältnismäßigkeit wäre gewahrt.

Das Vorhaben kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn **nicht auf eine weniger belastende Weise** die angeführten Schutzzwecke erreicht werden können. Insbesondere zählt das Instrument **der nachträglichen Kontrolle zu den milderer Maßnahmen**.¹⁴⁶

Der EuGH hebt im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich Art. 15 Abs. 3 DL-RL hervor, dass es zwar Sache des Mitgliedstaats sei, der sich auf einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses beruft, um eine Anforderung im Sinne von Art. 15 DL-RL zu rechtfertigen, darzutun, dass seine Regelung zur Erreichung des angestrebten legitimen Ziels geeignet und erforderlich sei, doch gehe **diese Beweislast nicht so weit, dass dieser Mitgliedstaat positiv belegen müsste**, dass sich dieses Ziel mit keiner anderen vorstellbaren Maßnahme unter den gleichen Bedingungen erreichen ließe. Ein solches Erfordernis liefe nämlich in der Praxis darauf hinaus, dem betroffenen Mitgliedstaat in dem betreffenden Bereich seine Regelungsbefugnis zu entziehen.¹⁴⁷

(1) Geeignetheit

Zunächst ist zu untersuchen, ob die in Rede stehende Beschränkung die Erreichung der verfolgten Ziele gewährleisten kann.

Die Geeignetheit ist nach Rechtsprechung des EuGH dann anzunehmen, wenn die nationale Regelung tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, die angestrebten Ziele auch in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.¹⁴⁸

Mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit Gesundheitseinrichtungen und -infrastrukturen, insbesondere hinsichtlich Apotheken und Optikergeschäften,¹⁴⁹ können zu der vorliegenden Konstellation Paralle-

¹⁴⁶ Cornils in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 9, Rn. 31.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil v. 4. Juli 2019, C-377/17, Rn. 64, juris.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 65, juris.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil v. 10. März 2009, C-169/07, Rn. 51 f., juris; Urteil v. 1. Juni 2010, C-570/07 und C-571/07, Rn. 70, juris; Urteil v. 26. September 2013, C-539/11, Rn. 36 f., juris.

len gezogen werden. Bestimmte Einrichtungen können aus Gründen der Versorgungssicherheit Gegenstand einer Planung sein. Eine **vorherige Festlegung der Zuständigkeit** für bestehende Bezirke kann sich als unerlässlich erweisen, **um Versorgungslücken zu schließen**, indem die geografisch isolierten bzw. auf andere Weise benachteiligten Regionen bei der Planung nicht unberücksichtigt bleiben.

Der EuGH hat diese Grundsätze auf die Ausübung der österreichischen Rauchfangkehrer für übertragbar erklärt.¹⁵⁰ Ferner hebt der EuGH hervor, dass nicht auszuschließen sei, dass die österreichischen Rauchfangkehrer ohne die Gebietsabgrenzungen ihre jeweiligen Tätigkeiten auf die wirtschaftlich lukrativeren Ortschaften konzentrieren würden.¹⁵¹ Zwar unterscheiden sich die bBsf sowohl in ihrer rechtlichen Stellung als auch in ihren Tätigkeiten sowie Befugnissen von den im Rahmen der EuGH-Entscheidung zu beurteilenden österreichischen Rauchfangkehrern, dennoch können die Grundsätze der EuGH-Rechtsprechung herangezogen werden, um die Geeignetheit derartiger Regelungen zur Förderung der genannten zwingenden Gründe des Allgemeininteresses zu begründen. Bedenken, die der EuGH hinsichtlich der österreichischen Rauchfangkehrer äußerte, sind im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Im österreichischen Modell war die Kehrbezirksaufteilung nicht nur auf einzelne, besonders wichtige hoheitliche Aufgaben beschränkt, sondern auch auf alle privatwirtschaftlich erbrachten Aufgaben anwendbar. Diese Verknüpfung sah der EuGH als inkohärent an.¹⁵² Eine derartige Verknüpfung besteht in Deutschland gerade nicht und wird auch zukünftig nicht bezweckt. So ist nur noch der hoheitliche Teil der Schornsteinfegertätigkeiten an die Bezirke geknüpft, während die sonstigen privatwirtschaftlichen Tätigkeiten in Deutschland von allen anderen Schornsteinfegern und den bBsf gleichermaßen erbracht werden können. Insofern ist von einer kohärenten und systematischen Zielverfolgung und -erreicherung auszugehen.

Die mit dem vorliegenden Vorhaben verbundenen Beschränkungen sind grundsätzlich dazu geeignet, ein **hohes Schutzniveau im gesamten Staatsgebiet** zu bewirken.

Die bereits bestehenden Kehrbezirke sind in Deutschland so gestaltet, dass sowohl in städtischen als auch in ländlichen Gebieten eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Schornsteinfegertätigkeiten gewährleistet wird. Darüber hinaus würde die Beibehaltung der Kehrbezirke oder eine ähnliche

¹⁵⁰ EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 61, juris.

¹⁵¹ EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 63, juris.

¹⁵² EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 69, juris.

lokale Aufteilung der Gebiete gerade dafür sorgen, dass alle der Wärmeplanung dienlichen Daten auf der Basis objektiver Kriterien (vollständig und verlässlich) erfasst, systematisch ausgewertet und zur Grundlage einer flächendeckenden Wärmeversorgung gemacht werden können. Die Gebietsaufteilung im Sinne der Kehrbezirke, wie sie derzeit schon bestehen, stellt eine widerstandsfähige, vernetzte Infrastruktur dar, die neben der flächendeckenden Datenerfassung und -analyse die lückenlose Abdeckung der Überprüfungsmaßnahmen in Bezug auf die Anlagen und Energieeffizienzmaßnahmen absichert. Beide Elemente würden zur Funktionsfähigkeit der Wärmeversorgung, zur Erhöhung der Energieeffizienz in der gesamten Energiekette und mithin zur Energieeinsparung, zum Umwelt- und Klimaschutz sowie zur höheren Energieversorgungssicherheit beitragen. Mittelbar trüge eine stabile Energieplanung unter Berücksichtigung der Wechselwirkungen zwischen den Infrastrukturen für Strom und Wärme zur Reduktion der Abhängigkeit von fossilen Brennstoffen und damit von Drittlandspartnern bei.

Mit der Durchführung der WEA durch eine unabhängige Instanz würde darüber hinaus die Verbesserung der fortlaufenden, tatsächlichen Energieeffizienz der technischen Systeme – aus ökologischer, sicherheitstechnischer und energetischer Sicht – und somit die Erreichung der optimalen Leistung der jeweiligen Anlage durch den korrekten Betrieb gesichert.

Die vorliegende Beschränkung durch die hoheitliche Übertragung der Aufgaben zur Führung von Wärmekatastern sowie zur Durchführung der WEA-Überprüfung durch den bBsf für einen Kehrbezirk ist insoweit zur Förderung der genannten zwingenden Gründe des Allgemeininteresses geeignet.

(2) Erforderlichkeit

Die nationale Regelung müsste zudem erforderlich sein. Es ist daher zu prüfen, ob die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung des geltend gemachten Ziels erforderlich ist, ob es also nicht weniger einschneidende Maßnahmen zur Erreichung dieses Ziels gibt.¹⁵³

Die Erfüllung der unionsrechtlich statuierten Pflichten (in erster Linie adressiert an die Mitgliedstaaten) müsste durch die staatliche Verwaltung erfolgen, wozu vorliegend die Kontrolle der Wärmeerzeugungsanlagen, erforderlichenfalls die Anordnung von Maßnahmen mit Blick auf die Energieeffizienz und die Inaugenscheinnahme der jeweiligen Gegebenheiten vor Ort zwecks Erfassung wärmeplanerischer Daten gehören.

¹⁵³ EuGH, Urteil v. 1. Juni 2010 – C-570/07 und C-571/07 –, Rn. 104, juris.

- (i) Eine mögliche mildere Maßnahme gegenüber der jeweiligen Einzelzuständigkeit im Kehrbezirk stellt die Beleihung / Bestellung mehrerer zuständiger Schornsteinfeger oder anderer fachkundiger Personen dar. Würden jedoch mehrere Schornsteinfeger oder andere fachkundige Personen innerhalb eines Bezirks beauftragt, bedürfte es erheblicher Kontrollmaßnahmen seitens der Verwaltung, um die zuverlässige Aufgabenerfüllung nachzuvollziehen. Auch gewährleistet die alleinige Zuständigkeit eines bBsf für einen bestimmten Bezirk die flächendeckende Erfassung aller erforderlichen Daten sowie die Überprüfung / Optimierung der Wärmeerzeugungsanlagen unabhängig von der wirtschaftlichen „Attraktivität“ des jeweiligen Gebiets. Die nachträgliche Kontrolle durch die Verwaltung wäre daher im Vergleich **nicht genauso geeignet** und bedürfte eines hohen Aufwands auf Seiten der Verwaltung. Zudem drohte die Gefahr, dass im Rahmen des Konkurrenzkampfes Leistungen zu Preisen angeboten werden, die langfristig nicht die Qualität dieser Leistungen gewährleisten können.¹⁵⁴
- (ii) Als weitere alternative Maßnahme könnte die nach nationalem Recht geltende Auskunftspflicht gem. § 11 Abs. 1 WPG zum Zwecke der Sammlung entsprechender Daten in Erwägung gezogen werden. Eine solche Auskunftspflicht obliegt verschiedenen Akteuren des Energiemarkts mit unterschiedlichen Ausrichtungen (auch dem bBsf), damit die Behörden an die für die Wärmeplanung notwendigen Daten gelangen. Es mag sein, dass hierin eine mildere Maßnahme im Vergleich zur Beleihung des Bezirksschornsteinfegers unter Berücksichtigung der unionsrechtlich engen Grenzen der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten zu sehen ist. Allerdings ist diese Vorgehensweise **nicht gleich geeignet**, um die angestrebten Ziele zu erreichen. Wie bereits erörtert, verfügen die unterschiedlichen Akteure über qualitativ differente Daten, die jeweils an der Ausrichtung des Unternehmens etc. orientiert sind. Es besteht weder eine gemeinsame Grundlage noch kann die Bestimmung und Erfassung der notwendigen Daten anhand objektiver Merkmale erfolgen. Vor diesem Hintergrund bestehen hinsichtlich der Qualität, Belastbarkeit sowie Aktualität der Daten begründete Zweifel. Es besteht die Gefahr, dass ohne die hoheitliche Aufgabenerfüllung durch den bBsf ein ungleicher Zugang zu den erforderlichen Da-

¹⁵⁴ Vgl. EuGH, Urteil v. 4. Juli 2019, C-377/17, NJW 2019, 2529, 2531, Rn. 82.

ten für die flächendeckende und effiziente, auf erneuerbare Energiequellen basierende Wärmeversorgung bestünde. Gleichzeitig kann eine fundierte Wärmeplanung auf kommunaler Ebene nicht gelingen, wenn die Datenbasis nicht zuverlässig ist. Angesichts der zukünftigen Herausforderungen in der Wärmeversorgung stellt eine verlässliche Bedarfsdeckung ein gewichtiges Anliegen dar, das der vorausgehenden Planung bedarf, um etwaigen Engpässen in der Versorgung (Wärme und Strom) vorzubeugen.

- (iii) Abschließend stellt auch eine eigenständige Aufgabenerfüllung durch die Behörden selbst **keine gleich geeignete Variante** dar. Eine derartige Vorgehensweise würde den Aufbau eines erheblichen Verwaltungsapparats voraussetzen, der unter dem engen Zeitkorsett und mit Blick auf die ambitionierten Klimaziele der EU kaum zu bewältigen sein dürfte. Selbst wenn geeignete Kräfte gefunden würden (etwa aus den Reihen der bBsf selbst), wäre aufgrund des Fehlens eingespielter Abläufe mit erheblichen Effizienzeinbußen zu rechnen. Dadurch, dass in der Bundesrepublik Deutschland bereits durch die bBsf eine systematische Struktur zur Bewältigung hoheitlicher Aufgaben besteht, erscheint der Aufbau eigener staatlicher Verwaltungsstrukturen wenig plausibel. Das Instrument der Beleihung dient insbesondere dazu, die der Verwaltung fehlende, fachliche und technische Expertise und das Verwaltungspotential des Privaten zu nutzen.¹⁵⁵

Die mit der Beleihung des bBsf mit den genannten Aufgaben verfolgten Ziele dienen der Umsetzung der auf Unionsebene verankerten Vorgaben zur Erreichung der klimapolitischen Ziele, um einerseits den drohenden Gefahren durch den Klimawandel wirksam zu begegnen (Klima- und Umweltschutz) und andererseits eine effiziente, unabhängige, stabile und flächendeckende Wärmeversorgung mittels Einsatzes erneuerbarer Energien (Energieeffizienz, Schutz der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit) sicherstellen zu können. Daher ist die Einteilung in Bezirke mit der jeweiligen Einzelzuständigkeit des bBsf erforderlich, um die genannten Ziele zu erreichen.

(3) Angemessenheit

Die geplante Anforderung wäre auch angemessen. Diese stünde zu den verfolgten Schutzzwecken in einem angemessenen Verhältnis.

¹⁵⁵ *Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2022, § 1, Rn. 246.

Der effektive Schutz der öffentlichen Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit sowie die Verfolgung der Ziele des Umwelt- und Klimaschutzes sind vorliegend als gewichtig zu werten. Die Intensität der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dürfte zwar nicht als gering einzustufen sein, da andere Akteure von der Erbringung der Dienstleistungen im Sinne der WEA-Überprüfung und der Führung von Wärmekatastern ausgeschlossen wäre. Allerdings ist zu betonen, dass sich die Beschränkung lediglich auf ganz wenige Tätigkeitsfelder eines Schornsteinfegers bezieht. Die sonstigen Tätigkeiten des Schornsteinfegers werden ohnehin nicht von der Beschränkung umfasst. Die dem bBsf übertragenen Tätigkeiten dienen hohen Schutzziele, sodass in Anbetracht dessen die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dahinter zurückstehen muss bzw. hinzunehmen sein dürfte.

c) Formelle Anforderungen nach Art. 15 DL-RL

Art. 15 Abs. 7 DL-RL enthält folgende Verfahrensbestimmungen:

*„[1] Die Mitgliedstaaten **teilen der Kommission alle neuen Rechts- und Verwaltungsvorschriften mit**, die die in Absatz 6 genannten Anforderungen vorsehen, sowie deren Begründung. Die Kommission bringt den anderen Mitgliedstaaten diese Vorschriften zur Kenntnis. Die Mitteilung hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, die betreffenden Vorschriften zu erlassen.*

[2] Binnen drei Monaten nach Erhalt der Mitteilung prüft die Kommission die Vereinbarkeit aller neuen Anforderungen mit dem Gemeinschaftsrecht und entscheidet gegebenenfalls, den betroffenen Mitgliedstaat aufzufordern, diese neuen Anforderungen nicht zu erlassen oder aufzuheben.

[3] Die Mitteilung eines Entwurfs für einen nationalen Rechtsakt gemäß der Richtlinie 98/34/EG erfüllt gleichzeitig die in der vorliegenden Richtlinie vorgesehene Verpflichtung zur Mitteilung.“ (Hervorhebung hinzugefügt.)

Insofern schreibt Art. 15 Abs. 7 DL-RL eine **Notifizierungspflicht der Mitgliedstaaten** vor, wenn die Mitgliedstaaten Rechts- oder Verwaltungsvorschriften erlassen, die die in Art. 15 Abs. 6 DL-RL genannten Anforderungen vorsehen. Art. 15 Abs. 6 DL-RL postuliert ein Verbot der Einführung neuer Anforderungen der in Art. 15 Abs. 2 DL-RL genannten Art, es sei denn, diese neuen Anforderungen erfüllen die in Art. 15 Abs. 3 DL-RL aufgeführten Bedingungen. Zu den „neuen“ Anforderungen zählen auch geänderte bzw. modifizierte mitgliedstaatliche Regelungen, die bei der Kommission anzumelden sind.¹⁵⁶ Der jeweilige Mitgliedstaat ist zudem angehalten, die neuen bzw. modifizierten und **mitteilungspflichtigen Regelungen** dahingehend zu **begründen**, dass die Bedingungen des Art. 15 Abs. 3 DL-RL erfüllt sind.

¹⁵⁶ Cornils in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 15, Rn. 26.

Die Notifizierungspflicht der Mitgliedstaaten im Sinne des Art. 15 Abs. 7 DL-RL löst kein Genehmigungsverfahren der Kommission aus.¹⁵⁷ Denn nach Art. 15 Abs. 7 UAbs. 1 Satz 3 DL-RL hindert die Mitteilung die Mitgliedstaaten nicht daran, die betreffenden Vorschriften zu erlassen. Gleichwohl empfiehlt die Kommission hiervon abzusehen, wenn Zweifel hinsichtlich der Konformität der Regelungen mit den Vorgaben der DL-RL bestehen.¹⁵⁸ Denn die Kommission kann nach Prüfung der Regelungen, den Mitgliedstaat auffordern, die geplanten Anforderungen nicht zu erlassen oder die bereits erlassenen Anforderungen aufzuheben.

Vorliegend sollen die Aufgaben und Befugnisse der bBsf erweitert werden. Insofern würden die bereits bestehenden Regelungen des SchfHwG geändert bzw. modifiziert werden. Da hierdurch – wie dargestellt (siehe b)) – eine Anforderung im Sinne des Art. 15 Abs. 2 lit. a) DL-RL vorläge, die zugleich nach den Maßstäben des Art. 15 Abs. 3 DL-RL gerechtfertigt wäre, bestünde die Notifizierungs- und Begründungspflicht nach Art. 15 Abs. 7 UAbs. 1 Satz 1 DL-RL. Ein entsprechendes Gesetzesvorhaben unterläge zwar keinem Genehmigungserfordernis und könnte vor der Mitteilung an die Kommission verfolgt werden. Es besteht aber ein erhebliches Risiko, dass die Kommission nach Prüfung der Einzelheiten die Aufhebung der Regelungen verlangt. Insofern **wäre eine vorherige Abstimmung mit der Kommission angezeigt**.

Wird hingegen die vorgeschlagene gesetzliche Regelung als Ausübung öffentlicher Gewalt eingestuft, besteht keine Notifizierungspflicht.

1.3.2 Vorgaben betreffend die Regulierung fester Niederlassungen durch Genehmigungspflichten, Art. 9 ff. DL-RL

Genehmigungsvoraussetzungen für die Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungen sind an den in die Art. 9–13 DL-RL festgelegten Maßstäben zu messen. Die – bereits geprüften (hierzu 1.3.1a) und 1.3.1b)) – Maßstäbe der Art. 14 und 15 DL-RL gelten unabhängig davon, ob nationale Regelungen als Genehmigungsvoraussetzung eingekleidet sind. Da die in Art. 15 DL-RL genannten Anforderungen unter einem Anfangsverdacht der Unverhältnismäßigkeit stehen, haben sie herausragende Bedeutung für Genehmigungsvoraussetzungen im Sinne des Art. 10 Abs. 2 DL-RL.¹⁵⁹

Das Verhältnis der Regelung des Art. 9 DL-RL zu den folgenden Vorschriften (Art. 10 ff. DL-RL) ist nicht eindeutig. Dies zeigt sich daran, dass die in Art. 9 DL-RL bezeichneten Anforderungen an Genehmigungsregelungen zum Teil auch in den nachfolgenden Vorschriften genannt werden, vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a)–c) DL-RL. Es ist davon auszugehen, dass die Vorschriften unterschiedliche Regelungsgegenstände haben. Insofern kann angenommen werden, dass Art. 9 DL-

¹⁵⁷ Cornils in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 15, Rn. 28.

¹⁵⁸ Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, 2007, Ziffer 10.2.4.

¹⁵⁹ Cornils in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 10, Rn. 8.

RL auf das Genehmigungserfordernis *als solches* abstellt und der Inhalt des Genehmigungserfordernisses von den Art. 10 ff. DL-RL geregelt wird.¹⁶⁰ Daher bedarf es grundsätzlich der Prüfung, ob die Einführung der Regelung *als solche* gerechtfertigt ist und ob die für die Erteilung der Genehmigungen gemäß der Regelung maßgeblichen Kriterien die entsprechenden Anforderungen erfüllen.¹⁶¹

Art. 9 und Art. 10 Abs. 2 lit. a)–c) DL-RL reflektieren die materiellen und zentralen, entsprechend der Rechtsprechung des EuGH aufgenommenen Rechtfertigungsbedingungen für Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit.¹⁶² Diese sind in Art. 15 Abs. 3 DL-RL ebenfalls wiederzufinden.¹⁶³ Wie bereits dargestellt, wären die mit der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung einhergehenden Anforderungen nach Art. 15 DL-RL gerechtfertigt. Insofern gelten die obigen Ausführungen entsprechend.

Art. 10 Abs. 2 lit. e) DL-RL verlangt ferner, dass die Genehmigungsvoraussetzung „objektiv“ sein muss. Diese Anforderung ist dann erfüllt, wenn nachprüfbare Gründe für die Erteilung bzw. Verweigerung der Genehmigung bestehen.¹⁶⁴ In dieser Hinsicht soll das geltende SchfHWG mit den einschlägigen Regelungen keine Änderung erfahren.

Bei den Anforderungen des Art. 10 Abs. 2 lit. d), f) und g) DL-RL handelt es sich um formelle Anforderungen,¹⁶⁵ die unproblematisch im Rahmen der Verwirklichung des Vorhabens eingehalten werden würden.

Darüber hinaus sind insbesondere die Vorgaben der Art. 10 Abs. 4 und Art. 11 Abs. 1 DL-RL vorliegend beachtlich, die ebenfalls eingehalten wären.

- Gem. Art. 10 Abs. 4 DL-RL ermöglicht die Genehmigung dem Dienstleistungserbringer die Aufnahme oder die Ausübung der Dienstleistungstätigkeit im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats, einschließlich der Einrichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen, Tochtergesellschaften oder Geschäftsstellen, sofern nicht zwingende Gründe des Allgemeininteresses eine Genehmigung für jede einzelne Betriebsstätte oder eine Beschränkung der Genehmigung auf einen bestimmten Teil des Hoheitsgebiets rechtfertigen. Mit Blick auf die vorgeschlagene gesetzliche Regelung, die auf bestehende Strukturen des bBsf einschließlich der eingeteilten Kehrbezirke zurückgreifen und hierauf aufbauen soll, soll die Beleihung auf die benannten Kehrbezirke beschränkt sein und nicht bundesweit

¹⁶⁰ Cornils in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 9, Rn. 2.

¹⁶¹ Vgl. EuGH, Urteil v. 3. Dezember 2020, C-62/19, Rn. 87, juris.

¹⁶² Cornils in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 9, Rn. 27, Art. 10, Rn. 5.

¹⁶³ Auch der EuGH unterscheidet bei der Maßstabbildung und Subsumtion nicht, geht also offenbar ebenfalls davon aus, dass die Maßstäbe insoweit identisch sind, vgl. EuGH, Urteil v. 23. Dezember 2015, C-293/14, Rn. 55, juris; *Hiebler/Schlagbauer*, EuZW 2016, 224 Rn. 55 ff.; s. auch *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 15, Rn. 1.

¹⁶⁴ *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 10, Rn. 5.

¹⁶⁵ *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 10, Rn. 10.

gelten. Gründe hierfür sind – wie bereits dargestellt –, dass im Geltungsbereich des jeweiligen Kehrbezirks lediglich ein Verantwortlicher unter Ausschluss des Wettbewerbs die ihm hoheitlich übertragenen Aufgaben der Durchführung der WEA-Überprüfung und der Führung der Wärmekataster ordnungsgemäß und zuverlässig erfüllen und damit für eine flächendeckende Versorgung und Erfassung wärmeplanerischer Daten gesorgt sein soll, insbesondere in Bezug auf abgelegene und / oder nicht lukrative Gegenden. Die obigen Ausführungen dazu, dass die vorgeschlagene gesetzliche Regelung zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dient, beanspruchen auch an dieser Stelle Geltung, sodass hierauf Bezug genommen wird (1.3.1b)bb)). Insofern wäre die vorliegend damit einhergehende Beschränkung der Genehmigung auf einen Kehrbezirk und nicht auf die gesamte Bundesrepublik Deutschland gerechtfertigt.

- Gerechtfertigt wäre zudem auch die Befristung der Beleihung. Auch an dieser Stelle sollen die bisher geltenden Regelungen nicht geändert werden. Nach Art. 11 Abs. 1 Hs. 1 DL-RL darf zwar grundsätzlich die dem Dienstleistungserbringer erteilte Genehmigung nicht befristet werden. Dies gilt jedoch u.a. dann nicht, wenn nach Art. 11 Abs. 1 lit. b) DL-RL die Zahl der verfügbaren Genehmigungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses begrenzt ist. Ist die Zahl der verfügbaren Genehmigungen gerechtfertigterweise begrenzt, so sind diese in der Regel zu befristen. Denn hierdurch erhalten andere Bewerber die Chance, eine Genehmigung zu erlangen.¹⁶⁶ Da vorliegend die Kehrbezirke – unter Bezugnahme auf die obigen Ausführungen (1.3.1b)) – gerechtfertigt sind und damit die Anzahl der Genehmigungen begrenzen, müssen Genehmigungen regelmäßig befristet erteilt werden, um die Chancengleichheit bei den limitierten Genehmigungen zu wahren.

Darüber hinaus wären die Vorgaben des Art. 12 DL-RL hinsichtlich der Gestaltung von Verfahren zur Auswahl unter Bewerbern, um die Erteilung einer Genehmigung zu wahren. Zwar nennt Art. 12 Abs. 1 DL-RL für die begrenzt verfügbaren Genehmigungen die Gründe der Knappheit der natürlichen Ressourcen oder der verfügbaren technischen Kapazitäten, dennoch ist die quantitative Beschränkung aufgrund zwingender Gründe des Allgemeininteresses zulässig und folgt aus der grundsätzlichen Möglichkeit der Beschränkung von Genehmigungen.¹⁶⁷

2. Kein Rückgriff auf die primärrechtliche Niederlassungsfreiheit

Die vorgeschlagene gesetzliche Regelung ist zudem nicht am Maßstab der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) zu messen.

Sofern der Unionsgesetzgeber durch den Erlass abschließenden Sekundärrechts erschöpfend (und in primärrechtskonformer Weise) über das Verhältnis der betroffenen Belange entschieden hat,

¹⁶⁶ *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 10, Rn. 8; *Krajewski*, NVwZ 2009, 929, 932.

¹⁶⁷ *Krajewski*, NVwZ 2009, 929, 932; vgl. auch *Cornils* in: Schlachter, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 12, Rn. 1.

besteht eine Sperrwirkung, infolge derer die primärrechtlichen Regelungen über die Niederlassungsfreiheit nicht anwendbar sind.¹⁶⁸

Der Katalog an Verboten in Art. 14 DL-RL stellt nach der ausdrücklichen Rechtsprechung des EuGH eine abschließende Regelung dar, sodass der Rückgriff auf primärrechtliche Vorschriften versperrt ist.¹⁶⁹

Dasselbe dürfte auch für die Regelungen in Art. 9 ff. und Art. 15 DL-RL gelten. Diese regeln den Bereich der Niederlassungsfreiheit, wie sie von der Rechtsprechung des EuGH konturiert wurde. Der Kern der Niederlassungsfreiheit wird durch das Sekundärrecht bestätigt.¹⁷⁰ Die in den Art. 9 ff. und Art. 15 DL-RL normierten Rechtfertigungsanforderungen sind bereits aufgrund ihrer Nähe zu den zuvor in der Rechtsprechung des EuGH anerkannten Kriterien als abschließend anzusehen. Auch der im Vergleich zu Art. 49 AEUV höhere Detaillierungsgrad der Vorschriften spricht dafür, dass die DL-RL insoweit abschließend ist.

Dass ein höherer Detaillierungsgrad für die abschließende Funktion der fraglichen Normen der DL-RL spricht, wird auch von der Rechtsprechung des EuGH unterstützt, der – wenn auch im Hinblick auf Art. 15 DL-RL – ausführt:

„So gestattet zwar Art. 52 Abs. 1 AEUV den Mitgliedstaaten, nationale Maßnahmen, die eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit begründen, mit einem der in ihm genannten Gründe zu rechtfertigen, doch bedeutet das nicht, dass der Unionsgesetzgeber beim Erlass eines Aktes des Sekundärrechts wie der Richtlinie 2006/123, die eine im AEU-Vertrag verankerte Grundfreiheit konkretisiert, nicht bestimmte Ausnahmen beschränken könnte, zumal wenn, wie im vorliegenden Fall, mit der betreffenden Bestimmung des Sekundärrechts lediglich eine ständige Rechtsprechung übernommen wird, nach der eine Anforderung, wie die in den Ausgangsverfahren fragliche, mit den Grundfreiheiten, auf die sich die Wirtschaftsteilnehmer berufen können, unvereinbar ist [...]“¹⁷¹ (Hervorhebungen hinzugefügt).

Damit bleibt das Primärrecht dann anwendbar, wenn der Anwendungsbereich der DL-RL im Einzelfall nicht eröffnet ist.¹⁷² Im Rahmen des Anwendungsbereiches der DL-RL ist hingegen – angesichts des abschließenden Charakters der vorliegend maßgeblichen Regelungen – eine Rechtfertigung nach Art. 52 AEUV über die in der DL-RL geregelten Möglichkeiten hinaus ausgeschlossen.¹⁷³

¹⁶⁸ Vgl. EuGH, Urteil v. 19. Oktober 2017, C-573/16, Rn. 28, juris; *Korte* in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 49, Rn. 5; *Streinz/Leible* in: Schlachter/Ohler, Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Einl., Rn. 87.

¹⁶⁹ EuGH, Urteil v. 16. Juni 2015, C-593/13, Rn. 28, juris; *Korte* in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 49 AEUV, Rn. 5.

¹⁷⁰ *Müller-Graff* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 49 AEUV, Rn. 7.

¹⁷¹ EuGH, Urteil v. 16. Juni 2015, C-593/13, Rn. 40, juris.

¹⁷² *Müller-Graff* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 49 AEUV, Rn. 7.

¹⁷³ *Müller-Graff* in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 52 AEUV, Rn. 6; *Cornils* in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 9, Rn. 28.

Für den vorliegenden Fall gilt nach alledem: Folgt man der obigen Ansicht, der zufolge die Bereichsausnahme der öffentlichen Gewalt greift, so gilt dies nach Art. 51 Abs. 1 AEUV (i. V. m. Art. 62 AEUV) auch für die Niederlassungsfreiheit. Geht man dagegen davon aus, dass die Bereichsausnahme im Sinne des Art. 51 Abs. 1 AEUV vorliegend nicht greift, so ist die DL-RL anwendbar mit der Folge, dass ein Rückgriff auf die Niederlassungsfreiheit aufgrund der abschließenden Regelungen in Art. 9 ff. DL-RL versperrt ist.

III. Vereinbarkeit mit dem Vergaberecht

Die Prüfung der vergaberechtlichen Zulässigkeit hängt unter anderem davon ab, welche Ergebnisse die unionsrechtliche Prüfung ergab. Wie geschildert sehen wir überzeugende Argumente dafür, dass sowohl die Führung des Wärmekatasters als auch die WEA-Überprüfung als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren sind. Dementsprechend legt die folgende vergaberechtliche Prüfung zunächst die Annahme zugrunde, dass diese neuen Aufgaben des bBsf als Ausübung öffentlicher Gewalt zu qualifizieren sind (hierzu mit verschiedenen Gebührenkonstellationen 1.1). Für den Fall, dass man die neuen Aufgaben entgegen unserer Einschätzung nicht als Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt sehen wollte, ist dies der vergaberechtlichen Prüfung als Annahme zugrunde zu legen (hierzu ebenfalls mit verschiedenen Gebührenmodellen 1.2).

1. Annahmen für die vergaberechtliche Bewertung des Vorhabens

1.1 Konstellation 1: Neue Aufgaben werden als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert

In Konstellation 1 legen wir der vergaberechtlichen Prüfung die folgenden Erwägungen zugrunde: Die Übertragung der weiteren hoheitlichen Aufgaben, namentlich die Führung eines Wärmekatasters und die WEA-Überprüfung, auf den bBsf (als Beliehener) werden unionsrechtlich als **Ausübung öffentlicher Gewalt** qualifiziert. Die Aufgabenerweiterung des bBsf unterfällt als Ausübung öffentlicher Gewalt der Bereichsausnahme im Sinne der Art. 51 Abs. 1 AEUV, Art. 2 Abs. 2 lit. i) DL-RL. Die Beleihung des bBsf soll durch Verwaltungsakt erfolgen. Es soll – wie bisher in § 1 SchfHWG – zumindest eine Pflicht der Eigentümer bestehen, dem bBsf Zutritt zu den Grundstücken und Räumen zu gestatten. Das bisherige Gebührenmodell soll grundsätzlich wie bislang beibehalten werden, das hieße: Die Führung der Wärmekataster obliegt dem jeweiligen bBsf. Kosten / Aufwendungen, die hierfür entstehen, werden dem bBsf von der Behörde *nicht* erstattet – wie bisher hinsichtlich der Führung des Kehrbooks. Für die WEA-Überprüfung entrichten die Eigentümer der Grundstücke Gebühren an die bBsf – wie bisher (Variante 1). Abweichend hiervon käme die Erstattung der Kosten / Aufwendungen der bBsf für die Führung der Wärmekataster durch die Behörde in Betracht – im Übrigen würde das Gleiche wie unter Variante 1 weitergelten (Variante 2). Im Gegensatz hierzu käme ein Gebührenmodell in Betracht, in dem der Eigentümer des Grundstücks für die hoheitlichen Tätigkeiten des bBsf aufkäme (Variante 3). Schließlich ist es – theoretisch – denkbar, den bBsf ihre Kosten / Aufwendungen nicht zu erstatten (Variante 4).

1.2 **Konstellation 2: Neue Aufgaben sind keine Ausübung öffentlicher Gewalt, die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ist aber gerechtfertigt**

In Konstellation 2 legen wir der vergaberechtlichen Prüfung die folgenden Erwägungen zugrunde: Die Bereichsausnahmen im Sinne der Art. 51 Abs. 1 AUEV, Art. 2 Abs. 2 lit. i) DL-RL greifen *nicht*. Die Aufgabenerweiterung ist eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, die allerdings im Sinne der DL-RL **gerechtfertigt** ist. Es soll sich ebenfalls um eine Beleihung des bBsf durch Verwaltungsakt handeln. Es soll – wie bisher in § 1 SchfHWG – zumindest eine Pflicht der Eigentümer bestehen, dem bBsf Zutritt zu den Grundstücken und Räumen zu gestatten. Die konkrete Ausgestaltung kann wiederum die oben aufgeführten Varianten 1 – 4 umfassen.

2. **Vergaberechtliche Fragestellungen**

Unter Zugrundelegung dieser Annahmen sind die jeweiligen vergaberechtlichen Konsequenzen zu prüfen; dazu zählen insbesondere die folgenden Fragen:

- Inwieweit wären Behörden verpflichtet, die Aufgaben (ggf. europaweit) auszuschreiben?
- Falls Ausschreibungspflichten bestünden: Gibt es ggf. verschiedene Schwellenwerte bezüglich des Auftragsvolumens, bei deren Unterschreiten keine Ausschreibung erforderlich ist?
- Legt man zugrunde, dass die Aufgaben der **derzeit beliehenen bBsf** um die obengenannten Aufgaben (die der Ausübung öffentlicher Gewalt zuzurechnen sind) **erweitert** werden, sind dann neue Ausschreibungen erforderlich? Bisher gelten die §§ 9, 9a, 9b SchfHWG i.V.m. der AAVO-Schornsteinfeger.
- Welche Unterschiede gibt es in der vergaberechtlichen Bewertung zwischen Konstellation 1 und Konstellation 2?

3. **Vergaberechtliche Beurteilung**

Im Ergebnis spricht unseres Erachtens ganz Überwiegendes dafür, dass die Übertragung der Führung eines Wärmekatasters für die kommunale Wärmeplanung und der WEA-Überprüfung auf die bBsf **keinen vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten** unterliegt (dazu nachfolgend 3.1.). Das gilt jedenfalls, wenn die Übertragung der weiteren hoheitlichen Aufgaben unionsrechtlich als Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der Art. 51 Abs. 1 AEUV, Art. 2 Abs. 2 lit. i) DL-RL zu qualifizieren ist und die Aufgabenübertragung durch Verwaltungsakt, nicht durch Vertrag vorgenommen wird (Konstellation 1). Gewisse Unsicherheiten verbleiben, wenn die neuen Aufgaben keine Ausübung öffentlicher Gewalt, aber im Sinne der DL-RL gerechtfertigt sind (Konstellation 2). Auch in diesem Fall sprechen aber gute Argumente gegen die Anwendbarkeit des Vergaberechts, solange keine vertragliche oder vertragsähnliche Aufgabenübertragung vorgesehen ist.

Die in §§ 9 ff. SchfHwG und auf dieser Grundlage erlassenen landesrechtlichen Bestimmungen vorgesehenen Regelungen über die Auswahl der Bewerber genügen den von der Rechtsprechung auch für Konzessionsvergaben außerhalb des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts konkretisierten **Mindeststandards an die Durchführung transparenter Auswahlverfahren** (dazu unten 3.2.).

3.1 Anwendbarkeit des Vergaberechts

Das **Kartellvergaberecht** nach dem 4. Teil des GWB und der VgV, das der Umsetzung des EU-Vergaberechts (hier insb. der Richtlinie 2014/24/EU dient) findet Anwendung auf die Vergabe öffentlicher Aufträge oder Konzessionen durch öffentliche Auftraggeber (u.a. Bund, Länder, Kommunen, vgl. § 99 Nr. 1 GWB), sofern die maßgeblichen EU-Schwellenwerte, die derzeit für Dienstleistungsaufträge bei EUR 221.000 netto liegen, überschritten sind und keine Ausnahmestimmungen greifen. Öffentliche Aufträge sind **entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen** über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben (§ 103 Abs. 1 GWB). Ausdrücklich normierte (enge) Ausnahmen von der Anwendbarkeit des Vergaberechts liegen im Bereich des Schornsteinfegerhandwerks bzw. der Wärmeplanung nicht vor.

Die Vergabe im sog. **Unterschwellenbereich** richtet sich demgegenüber nach den (landes-)haushaltsrechtlichen Bestimmungen, d.h. im hier vorliegenden Dienstleistungsbereich nach den Landeshaushaltsgesetzen und der Unterschwellenvergabeordnung („UVgO“).

3.1.1 Öffentlicher Auftrag

Sowohl das Kartellvergaberecht als auch die haushaltsrechtsrechtlichen Vergabebestimmungen sind nur anwendbar, wenn es um die **Vergabe eines öffentlichen Auftrags** geht.

Gem. § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge

„entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.“

Auch die haushaltsrechtlichen Bestimmungen stellen grundsätzlich darauf ab, dass

„Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen [...] eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen [muss], sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.“ (§ 55 Abs. 1 LHO BW)

Auch der Anwendungsbereich der UVgO nach § 1 Abs. 1 UVgO erfasst die Vergabe von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und Rahmenvereinbarungen, die nicht dem GWB un-

terliegen. Voraussetzung ist danach ebenfalls ein öffentlicher Auftrag. Dieser ist nach ganz herrschender Meinung parallel zu § 103 Abs. 1 GWB zu verstehen.¹⁷⁴ Die Voraussetzungen des § 103 GWB, insbesondere auch das Vorliegen eines Vertrags, müssten daher auch für die Anwendbarkeit des Unterschwellenvergaberechts vorliegen.

Es muss demnach ein **Vertragsverhältnis** zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen begründet werden, durch das das Unternehmen mit der entgeltlichen Durchführung von Leistungen beauftragt wird.¹⁷⁵

Die Übertragung der weiteren hoheitlichen Aufgaben, namentlich der Führung eines Wärmekastasters und der Durchführung einer WEA-Überprüfung, auf die bBsf unterläge daher nur dann Ausschreibungspflichten, wenn sie durch Vertrag im Sinne des § 103 GWB übertragen würden. Da auch die haushaltsrechtlichen Bestimmungen an die Übertragung der Leistungen durch Vertrag anknüpfen und damit parallele Voraussetzungen zu § 103 Abs. 1 GWB bestehen, gehen wir im Folgenden nur noch auf § 103 Abs. 1 GWB und die Voraussetzungen nach dem Kartellvergaberecht ein.

a) Rechtlicher Maßstab

Ein **Vertrag** wird nach allgemeinen Grundsätzen durch die **durch übereinstimmende Willenserklärungen herbeigeführte Willenseinigung** zweier Rechtssubjekte geschlossen. Hieran fehlt es, wenn das Rechtsverhältnis einseitig-hoheitlich bestimmt ist, selbst wenn der andere Teil mit dieser einseitigen Festsetzung einverstanden ist.¹⁷⁶

Da die Anwendung des Vergaberechts an einen Vertragsschluss geknüpft ist, stellt die **Übertragung von Aufgaben durch Rechtssatz** (Gesetze, Verordnungen, Satzungen) **oder** durch einen **Verwaltungsakt** grundsätzlich **keinen öffentlichen Auftrag** im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB dar.¹⁷⁷ Der **Akt der Beleihung** ist – isoliert betrachtet – nach ganz herrschender Meinung **vergabefrei**, da es sich um rein hoheitliches Handeln des Auftraggebers handelt und nicht um einen Vertrag im Sinne des GWB.¹⁷⁸

Anwendbar ist das Vergaberecht aber nach herrschender Meinung, wenn es – ggf. im Zusammenhang mit einer Beleihung – um sog. „**eingekapselte Beschaffungsverhältnisse**“

von *Wietersheim* in: BeckOK VergabeR, 32. Edition 1. November 2023, UVgO § 1, Rn. 10; *Ziekow* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, UVgO § 1, 5. Aufl. 2024, Rn. 2, Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, UVgO § 1 Rn. 7.

¹⁷⁵ Vgl. *Stein* in: BeckOK VergabeR, 32. Edition 1. Mai 2024, GWB § 103, Rn. 13.

¹⁷⁶ *Ziekow* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB § 103, Rn. 13.

¹⁷⁷ *Wegener/Pünder* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 103, Rn. 28.

¹⁷⁸ Vgl. nur *Ziekow* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB § 103, Rn. 21; *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Aufl. 2022, § 103 Abs. 1 GWB, Rn. 145.

geht.¹⁷⁹ Wenn die Beleihung mit einer Aufgabenerteilung einhergeht, die eine Beschaffung zum Gegenstand hat, findet auf diese Aufgabenerteilung – ungeachtet der Beleihung und deren Rechtsnatur – das Vergaberecht Anwendung, wenn die im Rahmen der Beleihung zu erfüllenden Aufgaben auch konkretisiert wurden.¹⁸⁰ In Fällen der Beleihung ist daher eine **Gesamtbetrachtung des Beschaffungsvorgangs** angezeigt, also eine Beurteilung des Gesamtvorgangs der Aufgabenübertragung zwischen Leistungsempfänger und Leistungserbringer.¹⁸¹ So stellte beispielweise der EuGH im Fall der Vergabe von Rettungsdienstleistungen, welche mit der Beleihung der Auftragnehmer verbunden war, fest, dass eine Ausschreibung dieser Dienste zu erfolgen hat, weil der Beauftragung der Rettungsdienste in diesem Fall ein Vertrag zugrunde lag, welcher zwischen dem Leistungsempfänger und dem Rettungsdienst geschlossen wurde.¹⁸²

Im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung ist der im Vergaberecht anerkannte **funktionale Vertragsbegriff** zugrunde zu legen.¹⁸³ Aber auch danach muss ein Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bestehen, das **jedenfalls vertragsähnlichen Charakter** hat.¹⁸⁴ So wird zumindest das Einvernehmen zweier Personen über die Erbringung von Leistungen vorausgesetzt.¹⁸⁵ Prägend für einen Vertrag sind die grundsätzliche rechtliche Gleichordnung der Vertragsparteien und der Grundsatz der Vertragsfreiheit.¹⁸⁶ Maßgeblich ist dabei, ob der Empfänger die Möglichkeit hat, den konkreten Inhalt der zu erbringenden Leistungen und die für diese geltenden Tarife auszuhandeln, und ob für ihn die Möglichkeit besteht, sich einseitig von seiner Leistungspflicht – etwa durch Kündigung – zu lösen.¹⁸⁷

Dabei ist zu berücksichtigen, dass allein die gesetzliche Festlegung von Preisen die Anwendung des Vergaberechts nicht hindert.¹⁸⁸ Vielmehr ist auf den Charakter des Auftrags in einer am Einzelfall orientierten Gesamtbetrachtung abzustellen und zu prüfen, ob die

¹⁷⁹ *Hüttinger*, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Aufl. 2022, § 103 Abs. 1 GWB, Rn. 148 m.w.N.

¹⁸⁰ *Stein* in: BeckOK Vergaberech, 33. Edition 1. Mai 2024, GWB § 103, Rn. 18f. m.w.N., *Csaki* in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 103 Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe, Rn. 14.

¹⁸¹ *Engelhardt/Kaelble* in: Müller-Wrede, GWB, § 103, Rn. 38.

¹⁸² EuGH, Urteil v. 29. April 2010 - C-160/08, ZfBR 2010, 496, *Mädler* in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 103, Rn. 85.

¹⁸³ *Mädler* in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 103, Rn. 35.

¹⁸⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 4. März 2009 – VII-Verg 67/08.

¹⁸⁵ *Ganske* in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 103 GWB, Rn. 9.

¹⁸⁶ *Csaki Alexander* in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 103 Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe, Rn. 14; *Ganske* in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 103 GWB, Rn. 9.

¹⁸⁷ *Engelhardt/Kaelble* in: Müller-Wrede, GWB, 2. Aufl. 2023, § 103, Rn. 34 m.w.N.

¹⁸⁸ *Engelhardt/Kaelble* in: Müller-Wrede, GWB, § 103, Rn. 34.

Beteiligten trotz hoheitlicher Handlungsform den Inhalt vertragsähnlich ausgehandelt haben.¹⁸⁹ In einem solchen Fall könnte selbst eine gesetzliche Übertragung als öffentlicher Auftrag zu bewerten sein.¹⁹⁰

b) Beurteilung der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung

Nach dem hier beabsichtigten Vorgehen soll eine **Ausweitung der Aufgaben der bBsf durch Gesetz**, konkret durch Änderung der § 13 ff. SchfHWG, umgesetzt werden. Mithin wäre keine Willenserklärung der bBsf als Voraussetzung der Leistungserbringung notwendig. Die Kompetenz zur Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgabe soll vielmehr **durch Beleihung**, also durch Verwaltungsakt, begründet werden.

Anders als in dem vom EuGH entschiedenen Fall der vertraglichen Übertragung von Aufgaben des Rettungsdienstes sollen die neuen Aufgaben hier unmittelbar durch die Änderung des SchfHWG und im Wege der Beleihung durch Verwaltungsakt übertragen werden, ohne dass (zusätzlich) ein Vertrag zwischen den zuständigen Behörden und den bBsf geschlossen würde.

Wendet man die oben dargelegten Grundsätze der Gesamtbetrachtung des Beschaffungsvorgangs und des funktionalen Vertragsbegriffs an, ist näher zu prüfen, ob die Aufgabenverlagerung durch das einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 103 GWB prägende Synallagma von Leistung und Gegenleistung geprägt ist und dem bBsf die nach dem funktionalen Vertragsbegriff notwendige Einwirkungsmöglichkeit auf das Vertragsverhältnis zukommt. Hierbei muss unterschieden werden zwischen der Übertragung der Aufgabe auf bereits bestellte bBsf und der Übertragung auf solche, die noch zu bestellen sind.

aa) Bereits bestellte bBsf

Im Fall der Aufgabenübertragung auf bereits bestellte bBsf durch Erweiterung der bereits übertragenen Aufgaben fehlt es unseres Erachtens an einem Vertrag im funktionalen Sinne. Die Aufgaben, die der bereits bestellte bBsf zu erfüllen hat, ergeben sich unmittelbar aus dem SchfHWG (s.o.). Sie sind zu erfüllen durch denjenigen, der von der zuständigen Behörde für einen Kehrbezirk bestellt wird. Werden nun die Pflichten erweitert um die Führung des Wärmekatasters und WEA-Überprüfung, so wirkt sich diese Änderung unmittelbar durch Gesetz aus, ohne dass es eines weiteren behördlichen Zuweisungsakts bedarf. Erfolgt die Leistungserbringung unmittelbar aufgrund der gesetzlichen Verpflichtung, liegt unseres Erachtens **kein Vertrag im Sinne des § 103 GWB** vor, da es sowohl an einer Gleichordnung der Vertragsparteien als auch an der Vertragsfreiheit des bBsf fehlt.

¹⁸⁹ BGH, Beschluss v. 1. Dezember 2008 - X ZB 31/08; OVG Hamburg, Urteil v. 27. August 2010 - 1 Bf 149/09.

¹⁹⁰ Engelhardt/Kaelble in: Müller-Wrede, GWB, § 103, Rn. 35.

bb) Neubestellung der bBsf

Unseres Erachtens spricht viel dafür, dass das auch für die Aufgabenerweiterung in den Kehrbezirken gilt, in denen eine Neubestellung der bBsf vorgenommen wird, da das **Bestellungsverfahren nicht als Vertrag im funktionalen Sinne** qualifiziert werden kann. Die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung der Bestellung zum Bezirksschornsteinfeger ergibt sich aus § 9a SchfHwG. Auf diese Ausschreibung können sich Personen unter der Bedingung der Erfüllung handwerksrechtlicher Voraussetzungen des Schornsteinfegerhandwerks bewerben. Zwischen den Bewerbern nimmt die zuständige Behörde nach den Kriterien des § 9a SchfHwG eine Auswahl vor.

Die Aufgabenübertragung hängt also zunächst davon ab, dass die späteren Leistungserbringer sich **an der Ausschreibung beteiligen**. Dies steht ihnen frei, so dass im Fall der Beleihung zumindest **Einvernehmen** zweier Personen über die Erbringung von Leistungen besteht, was für das Vorliegen zumindest eines vertragsähnlichen Verhältnisses spricht.

Allerdings wird den Bewerbern nur die Möglichkeit eröffnet, die Bestellung als Ganze – zu den gesetzlich vorgesehenen Bedingungen – zu erlangen. Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt jedoch kein vergaberelevanter Vertrag vor, wenn die Auftragsbedingungen nicht ausgehandelt werden können, sondern ein einseitiger Verwaltungsakt vorliegt, der Verpflichtungen allein für den Auftragnehmer vorsieht und deutlich von den normalen Bedingungen eines kommerziellen Angebots abweicht.¹⁹¹

Vorliegend ist keine inhaltliche Mitgestaltung der hoheitlichen Tätigkeit der Führung des Wärmekatasters und der Durchführung der WEA-Überprüfung durch Bewerber nach § 9 f. SchfHwG ersichtlich. Die bBsf müssen ihre Tätigkeit ohne Abweichungsmöglichkeit oder Individualanpassung entsprechend dem Aufgabenkatalog des SchfHwG ausüben.

Da die fehlende Einflussmöglichkeit auf die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen dem Vergaberecht jedenfalls in offenen Verfahren immanent ist, ist zu prüfen, ob die bBsf darüber hinaus auch keinen Einfluss auf die Preise für die zu erbringenden Leistungen haben. Als Gebührenmodelle kommen folgende Varianten in Betracht: Die Nichtvergütung der Führung des Wärmekatasters und Gebührenerhebung für die Durchführung der WEA-Überprüfung beim Eigentümer (**Variante 1**), die Erstattung der Kosten / Aufwendungen für die Führung des Wärmekatasters durch die Behörde und Erhebung von Gebühren für die Durchführung der WEA-Überprüfung durch die bBsf gegenüber den Eigentümern (**Variante 2**), die

¹⁹¹ EuGH, Urteil v. 12. Juli 2001 – C-399/98, Rn. 71; Urteil v. 18. Dezember 2007 – C-220/06, Rn. 51; vgl. auch *Ganske* in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 103 GWB, Rn. 9 m.w.N.

Gebührenerhebung aufgrund Bescheids durch die bBsf beim Eigentümer für die Führung des Wärmekatasters und die Durchführung der WEA-Überprüfung (**Variante 3**), sowie das Szenario, dass keinerlei Vergütung erfolgt, weder durch Gebühren noch durch die Behörde (**Variante 4**).

Nicht vergaberechtlich relevant ist unseres Erachtens das Gebührenmodell nach **Variante 4**. Hat der Leistungserbringer gar keine Möglichkeit, eine Vergütung zu erlangen, fehlt es ihm an jeglicher vertragsähnlichen Gestaltungsmöglichkeit auf Augenhöhe. Bereits der Begriff des öffentlichen Auftrags nach § 103 GWB setzt voraus, dass ein „entgeltlicher Vertrag“ geschlossen wird. Sind die Leistungen unentgeltlich zu erbringen und fließt den bBsf auch sonst kein geldwerter Vorteil zu, liegt demnach kein öffentlicher Auftrag vor.

In den **Varianten 1 bis 3** wird der bBsf jedenfalls hinsichtlich der Durchführung der WEA-Überprüfung, in Variante 3 auch hinsichtlich des Wärmekatasters nicht unmittelbar durch die Behörde vergütet, sondern ermächtigt, gegenüber den Eigentümern eine Gebühr zu erheben. Das allein führt indes noch nicht zur Verneinung eines vergaberechtlichen Vorgangs. Denn hierin könnte die Übertragung einer Dienstleistungskonzession im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB liegen. Die Abgrenzung zum „klassischen“ Auftrag nach § 103 GWB kann hier jedoch dahinstehen, da auch die Konzession nach § 105 GWB nur durch Vertrag vergeben werden kann. Auch eine Dienstleistungskonzession kann daher nicht durch Gesetze, Verordnungen oder Satzungen vergeben werden. Die Voraussetzungen der Konzession entsprechen demnach denen des § 103 GWB, dass also dem Unternehmen als Leistungserbringer ein gewisser Spielraum für die Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zukommt.¹⁹² Wie in § 103 GWB bedarf es eines gleichgeordneten Gegenüberstehens der Parteien.¹⁹³

Maßgeblich ist unseres Erachtens, unabhängig vom gewählten Gebührenmodell, ob den bBsf ein **vertragsähnlicher Ausgestaltungsspielraum zumindest mit Blick auf die kommerziellen Details des Auftrags** zukommt. An dieser Gestaltungsfreiheit könnte es fehlen, wenn die bBsf die Höhe der Gebühren nicht selbst festlegen können.

Die Gebührenerhebung soll sich nach den potentiellen Varianten 1 bis 3 wie bisher nach § 20 SchfHWG richten. Danach erhebt der bBsf die Gebühr für die Feuerstättenschau zwar selbst, deren Höhe wird allerdings durch die KÜO geregelt. Den bBsf kommt daher nicht die Möglichkeit zu, die Höhe der Gebühr entsprechend eines gleichgeordneten Aushandelns der Vertragsbedingungen mitzubestimmen. Dies

¹⁹² Braun in: Müller-Wrede, GWB, § 105, Rn. 31.

¹⁹³ Mohr in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 105, Rn. 32.

spricht unseres Erachtens deutlich gegen die Annahme eines Vertrags im funktionellen Sinne.

Auch soweit Kosten / Aufwendungen für das Führen des Wärmekatasters in der Variante 2 durch die Behörde erstattet werden sollen, gehen wir nicht davon aus, dass die Höhe der Gebühren von jedem bBsf individuell mit der zuständigen Behörde ausgehandelt werden kann. Werden die Gebühren aber einseitig behördlich festgelegt und haben die bBsf daher auch insoweit keinen Einfluss auf die Vertragsbedingungen, spricht unseres Erachtens Überwiegendes dafür, dass hier eine einseitige Konkretisierung gesetzlicher Leistungspflichten im Wege der Beleihung durch Verwaltungsakt vorliegt, die keinen vertragsähnlichen Charakter hat, so dass die Neubestellung der bBsf keinen Vertrag im funktionellen Sinne darstellt.

Auch unter Berücksichtigung einer funktionellen Gesamtschau spricht unseres Erachtens Überwiegendes dafür, dass nicht nur in Fällen der Erweiterung der Aufgaben bereits bestellter bBsf, sondern auch bei Neubestellung der bBsf kein Vertrag geschlossen wird, weder im Sinne des öffentlichen Auftrags nach § 103 GWB, noch im Sinne eines Dienstleistungskonzessionsvertrags nach § 105 GWB. Allerdings können wir nicht ausschließen, dass die zuständigen Vergabenachprüfungsinstanzen das im Einzelfall anders beurteilen würden.

3.1.2 Vergabefreiheit aufgrund „öffentlicher Gewalt“

Sofern Aufgaben durch Gesetz, Verordnung oder Verwaltungsakt auf Private übertragen werden, sind sie vergaberechtsfrei, wenn sie in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt gem. Art. 51 AEUV verbunden sind. Denn: Das EU-Vergaberecht findet auf solche Tätigkeiten keine Anwendung. Auch in der dem Kartellvergaberecht nach dem 4. Teil des GWB zugrundeliegenden Richtlinie 2014/24/EU über Öffentliche Aufträge heißt es hierzu in Art. 1 Abs. 6:

„Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, werden als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats betrachtet und als solche nicht von dieser Richtlinie berührt.“

Erläuternd weist Erwägungsgrund 5 dieser Richtlinie darauf hin, dass

„(...) die Mitgliedstaaten durch diese Richtlinie in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistungen selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne dieser Richtlinie organisieren möchten. Die Richtlinie sollte nicht für die Erbringung von Dienstleistungen auf der Grundlage von Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder von Arbeitsverträgen gelten. In einigen Mitgliedstaaten könnte dies

z. B. bei bestimmten administrativen und staatlichen Dienstleistungen wie Exekutiv- und Legislativdienstleistungen der Fall sein oder bei der Erbringung bestimmter Dienstleistungen für die Allgemeinheit (...)“

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind **rein organisatorische Rechtsakte**, welche zu einer echten (delegierten) Kompetenzverlagerung führen, von vornherein **nicht als öffentlicher Auftrag anzusehen** und daher auch nicht auszuschreiben.¹⁹⁴

Werden die den bBsf übertragenen weiteren hoheitlichen Aufgaben unionsrechtlich als **Ausübung öffentlicher Gewalt** qualifiziert und unterfallen sie den Bereichsausnahmen im Sinne der Art. 51 Abs. 1 AUEV, Art. 2 Abs. 2 lit. i) DL-RL (**Konstellation 1**), spricht daher ganz Überwiegendes dafür, dass der **Anwendungsbereich des Vergaberechts** auch aus diesem Grund **nicht eröffnet** ist.

Vorliegend handelt es sich bei dem bBsf zwar einerseits um einen Privaten, andererseits nimmt er die neuen Aufgaben in seiner hoheitlichen Funktion wahr. In dieser Funktion handelt er als Beliehener und ist als solcher „Behörde“.¹⁹⁵ Die **Voraussetzungen** einer Ausnahme von der Vergabepflicht – unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 108 GWB, die hier nicht eingreifen – hat der EuGH in der Rechtssache Remondis konkretisiert.¹⁹⁶ Demnach müsse eine echte (delegierende) Kompetenzverlagerung vorliegen, bei der keine Restverantwortung beim übertragenden Hoheitsträger verbleibt. Andererseits müsse der übernehmende Hoheitsträger volle Verantwortlichkeit im Sinne rechtlicher und tatsächlicher Autonomie erlangen.¹⁹⁷

Diese Voraussetzungen knüpfen daran an, dass es sich bei dem Auftrag um eine Kompetenzübertragung handelt, also eine bereits einer Behörde zugewiesene Aufgabe aufgrund des Willensentchlusses dieser Behörde auf eine andere öffentliche Stelle übertragen wird. Dies lässt sich auf den vorliegenden Fall wohl nicht übertragen. Die Tätigkeit des Führens eines Wärmekatasters sowie die Durchführung einer WEA-Überprüfung wird bisher nicht durch eine andere Behörde wahrgenommen. Es fehlt für die Anwendbarkeit der Remondis-Kriterien daher bereits am behördlichen Übertragungsakt. Eine Prüfung der Vollständigkeit der Übertragung ist daher nicht ohne Weiteres möglich. Wesentlich wäre aber, dass die neuen gesetzlichen Bestimmungen über die Übertragung der weiteren Aufgaben auf die bBsf eine solche vollständige delegierende Aufgabenübertragung regeln.

Sinn und Zweck der Ausnahme der innerstaatlichen Organisationsfreiheit sind der Schutz der national geschaffenen Organisationsstrukturen und der Selbstverwaltung sowie der Grundsatz, dass Kompetenzübertragungen innerhalb einer öffentlichen Einheit Ausdruck staatlicher Freiheit

¹⁹⁴ EuGH, Urteil v. 21. Dezember 2016 – C-51/15, *Mädler* in MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 103, Rn. 64 m.w.N.,

¹⁹⁵ Vgl. VG Würzburg, Beschluss v. 03. Juni 2020 – W 8 S 703/20.

¹⁹⁶ EuGH (Dritte Kammer), Urteil v. 21. Dezember 2016 – C-51/15 (Remondis).

¹⁹⁷ *Mädler* in: MüKoEuWettbR, 4. Aufl. 2022, GWB § 103, Rn. 64, EuGH (Dritte Kammer), Urteil v. 21. Dezember 2016 – C-51/15 (Remondis)

und Gestaltung sind.¹⁹⁸ Dies spricht unseres Erachtens dafür, dass die Erweiterung des bereits bestehenden Aufgabenfelds eines Hoheitsträgers um eine neue Aufgabe erst recht Teil der freien Organisationsentscheidung des öffentlichen Aufgabenträgers ist.

Bei der teleologischen Auslegung des § 103 GWB ist außerdem zu berücksichtigen, dass das Kartellvergaberecht dem Ziel dient, die Grundfreiheiten des Marktes, darunter die Dienst- und Niederlassungsfreiheit zu schützen. Sind diese nicht betroffen, so besteht dieser Schutzzweck auch nicht mehr. Hierfür spricht auch, dass es im 15. Erwägungsgrund der Dienstleistungskoordinierrichtlinie 92/50/EWG hieß, die Richtlinie stünde „*der Anwendung insbesondere der Artikel 55, 56 und 66 des Vertrages nicht entgegen.*“ Dieser Gedanke wurde ausweislich Erwägungsgrund 5 Richtlinie 2014/24/EU fortgeführt. Daher muss die Auslegung des § 103 GWB vor diesem europarechtlichen Hintergrund erfolgen.¹⁹⁹ Zwar kann das nationale Recht überobligatorisch Anwendung finden, der europarechtliche Hintergrund begründet aber jedenfalls eine Vermutung, von der dann im Einzelfall abgewichen werden kann.²⁰⁰

Im Falle der Entscheidung zu Rettungsdienstleistungen argumentierte der BGH, dass es dem Sinn und Zweck des § 103 GWB trotz einschlägiger europarechtlicher Bereichsausnahmen entspreche, eine Vergabepflicht zu bejahen, da „*es bekanntermaßen althergebrachter Praxis entspricht, die fraglichen Leistungen durch außerhalb des Staates stehende Organisationen oder Unternehmen, häufig sogar auf rein privatrechtlicher Grundlage, erbringen zu lassen*“.

Die hoheitlichen Tätigkeiten des bBsf sind aber gerade solche, die seit jeher nicht privat am Markt angeboten werden, sondern diesem exklusiv zugewiesen sind, bzw. zugewiesen werden sollen. Aufgrund dieser Erwägungen spricht auch die teleologische Auslegung des § 103 GWB dafür, dass dieser innerhalb der Bereichsausnahme der öffentlichen Gewalt auf eine Vergabe der Aufgaben an die bBsf keine Anwendung findet.

Würde es vorliegend nicht ohnehin am öffentlichen Auftrag fehlen, bestünde in der **Konstellation 1** unseres Erachtens daher auch aufgrund dieser Bereichsausnahme der Ausübung öffentlicher Gewalt **Vergabefreiheit**; das gilt unabhängig davon, welches Gebührenmodell gewählt würde.

Werden die übertragenen weiteren hoheitlichen Aufgaben unionsrechtlich dagegen **nicht als Ausübung öffentlicher Gewalt** qualifiziert (Konstellation 2), greift die Bereichsaufnahme für staatliche Organisationsakte wohl nicht. Daher sehen wir hier auch ein **gewisses Risiko**, dass die im Falle eines Vergabenachprüfungsantrags zuständigen Vergabenachprüfungsinstanzen die Aufgabenübertragung unter Anwendung der oben dargestellten Grundsätze der Gesamtbetrachtung und des funktionalen Auftragsbegriffs doch als öffentlichen Auftrag qualifizieren und den Anwendungsbereich des Vergaberechts für eröffnet halten könnten. Das gilt insbesondere, wenn es auch

¹⁹⁸ Frenz GewA 2017, 97.

¹⁹⁹ Hüttinger in: Burgi/Dreher/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB § 103 Abs. 1, Rn. 36.

²⁰⁰ Csaki Alexander in: Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 103 Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe, Rn. 20.

andere Marktteilnehmer als die bBsf gibt, welche die Führung eines Wärmekatasters für die kommunale Wärmeplanung und die WEA-Überprüfung übernehmen könnten. Dennoch sprechen auch in dieser Konstellation 2 die oben dargestellten Gründe für das Nichtvorliegen eines Vertrags. Gerade wenn die Aufgabenübertragung durch Gesetz auf die bBsf vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt und unionsrechtlich zumindest gerechtfertigt ist (hierzu schon II.1.3.1b)), liegt es unseres Erachtens auch eher fern, in dem Vorhaben eine Umgehung des Vergaberechts zu sehen.

3.1.3 Zwischenergebnis

Überwiegendes spricht dafür, dass das geplante Vorhaben keinen vergaberechtlichen Ausschreibungspflichten unterliegt, weil die Aufgabenübertragung hoheitlich und nicht durch Vertrag im Sinne des Vergaberechts vorgenommen wird. Daher ist das geplante Vorhaben vergabefrei, unabhängig von der Wahl des Gebührenmodells.

Das gilt auch unabhängig davon, ob die maßgeblichen Schwellenwerte für die Anwendung des Kartellvergaberechts nach GWB erreicht werden oder im Unterschwellenbereich das Haushaltsvergaberecht anwendbar wäre. Für diese vergaberechtliche Beurteilung ist auch unerheblich, ob die Übertragung der weiteren hoheitlichen Aufgaben unionsrechtlich als Ausübung öffentlicher Gewalt qualifiziert werden und der Bereichsausnahmen im Sinne der Art. 51 Abs. 1 AUEV, Art. 2 Abs. 2 lit. i) DL-RL unterfallen (Konstellation 1) oder ob die Bereichsausnahmen im Sinne der Art. 51 Abs. 1 AUEV, Art. 2 Abs. 2 lit. i) DL-RL zwar nicht greifen, die Aufgabenerweiterung allerdings im Sinne der DL-RL gerechtfertigt ist. In der letztgenannten Konstellation dürfte aber ein gewisses Risiko verbleiben, dass die zuständigen Vergabenachprüfungsinstanzen eine Umgehung des Vergaberechts annehmen und daher das Bestehen von Ausschreibungspflichten bejahen könnten.

3.2 Vergaberechtliche Mindeststandards außerhalb der formellen Vergabe

Die durch die Rechtsprechung des EuGH konkretisierten vergaberechtlichen Mindeststandards außerhalb des Anwendungsbereichs des formellen Vergaberechts werden hier eingehalten.

Auch wenn die Zuweisung der Aufgaben an die bBsf mangels öffentlichen Auftrags nicht unter das formelle Vergaberecht fällt, knüpft die Rechtsprechung gewisse Anforderungen an die Vergabe von Konzessionen. Diese sind zu beachten, wenn im Gesetzentwurf den bBsf die Möglichkeit eingeräumt wird, bei Dritten – hier den Eigentümern – Gebühren zu erheben. Der Begriff der Konzession ist dabei weiter zu fassen als in § 105 GWB. Als Konzession im hier relevanten verwaltungsrechtlichen Sinne ist auch die Übertragung einer Leistungspflicht durch Verwaltungsakt zu sehen,²⁰¹ also auch die Übertragung eines Kehrbezirks an den bBsf.

²⁰¹ Rennert NZBau 2019, 411.

Nach ständiger Rechtsprechung muss bei Konzessionen außerhalb des förmlichen Vergaberechts ein **Mindestmaß an Wettbewerb, Gleichbehandlung, Transparenz und Rechtsschutz** gewahrt werden.²⁰² Dies ergibt sich nach der Rechtsprechung des EuGH aus der primärrechtlichen Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49, 56 EUV). Aus diesen Grundfreiheiten hat der EuGH eine Verpflichtung zur Transparenz hergeleitet, damit neben dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auch der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter überprüft werden kann.²⁰³ Die Konzessionsbeschaffung außerhalb des förmlichen GWB-Vergaberechts wird daher auch als **Vergaberecht „light“** bezeichnet.²⁰⁴ In materiell-rechtlicher Hinsicht soll Willkür bei der Konzessionsvergabe vermieden werden, insbesondere wenn sich der öffentliche Auftraggeber nicht durch Verwaltungsvorschriften selbst gebunden hat.²⁰⁵

Vorliegend ist das **Verfahren der Vergabe der Kehrbezirke aber gerade formalisiert**. Der Gesetzgeber hat durch die Regelung zur öffentlichen Ausschreibung in §§ 9 ff. SchfHWG Regelungen dazu getroffen, dass ausgeschrieben werden muss (§ 9 SchfHWG), sowie die Voraussetzungen an die Qualifikation der Bewerber festgelegt (§ 9a SchfHWG). Diese Regelungen werden weiter präzisiert durch die Verordnungen der Länder über die Ausschreibung der Kehrbezirke, zu deren Erlass diese nach § 9b SchfHWG ermächtigt werden. In den In den bundeslandspezifischen Verordnungen nach § 9b SchfHWG werden im Fall von beispielsweise Baden-Württemberg, Bremen, Hessen werden umfassende Regelungen über den Ablauf und die Anforderungen an die Ausschreibung getroffen.²⁰⁶ Beispielsweise in der AAVO-Schornsteinfeger werden der notwendige Inhalt der Ausschreibung (§ 3), die Anforderungen an die Bewerber (§ 2), oder die Bewertung der Eignung in der Auswahlentscheidung (§ 5) vorgegeben. Die von der Rechtsprechung geforderten Grundanforderungen an eine Vergabe außerhalb des GWB werden dadurch **eingehalten**.

Auch die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Ausschreibungspflicht von Konzessionen²⁰⁷ steht nicht im Konflikt mit der geplanten Zuweisung neuer Aufgaben an die bBsf. Gegenstand der Urteile war die Frage, inwiefern eine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung bei knappen Ressourcen auch außerhalb des formellen Vergaberechts besteht. Der EuGH hat insoweit die

²⁰² *Braun* NZBau 2019, 622.

²⁰³ EuGH, Urteil v. 07. Dezember 2000 - C-324/98.

²⁰⁴ *Braun* NZBau 2019, 622.

²⁰⁵ BVerfG (Erster Senat), Beschluss v. 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03.

²⁰⁶ Für Baden-Württemberg: Verordnung des Finanz- und Wirtschaftsministeriums über das Ausschreibungs- und Auswahlverfahren zur bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegerin und zum bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger („AAVO-Schornsteinfeger“); für Bremen: Verordnung über das Ausschreibungsverfahren und die Auswahl der Bewerber und Bewerberinnen nach dem Schornsteinfeger-Handwerksgesetz; für Hessen: Verordnung über die Ausschreibungs- und Auswahlverfahren für die Tätigkeit der bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegerin oder des bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegers.

²⁰⁷ EuGH (Dritte Kammer), Urteil v. 20. April 2023 – C-348/22 (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/Comune di Ginosa), EuGH (Neunte Kammer), Urteil v. 21. September 2023 – C-510/22 – (Rom aqua Group SA/Societatea Națională a Apelor Minerale SA, Agenția Națională pentru Resurse Minerale).

Gleiss Lutz

Mindestanforderungen an eine Neuvergabe von Konzession und deren Höchstdauer konkretisiert. Diese Anforderungen werden im Fall des SchffHwG durch die Pflicht zur Ausschreibung nach § 9 und die begrenzte Dauer der Konzession von sieben Jahren nach § 10 Abs. 1 eingehalten.

Dr. Marc Ruttloff



Dr. Christiane Freytag



Tobias Burchert

