

dena
Deutsche Energie-Agentur

EY

bbh
BECKER BÜTTNER HELD

heimrich+hannot

Kurzgutachten zu „Fordern und Fördern“

Leistung gemäß Rahmenvertrag zur Beratung der Abteilung II des BMWK

Leistungsabruf: durch Referat II C 2 am 20.07.2021

BMWK-Projekt-Nr.: 115/21-2

Berlin, 2022

Impressum

Autoren

Hauptbearbeiter:

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Helmes, Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Director bei der Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft
Friedrichstraße 140, 10117 Berlin
Tel.: +49 30 25471 15397 | mobil: +49 160 939 15397 | E-Mail: Sebastian.Helmes@de.ey.com

Bearbeiter:

Rechtsanwältin Dr. Malaika Ahlers, LL.M.
Rechtsanwalt Lars S. Otto, LL.M. (LSE)
Rechtsanwältin Charlotta Maiworm

Kapitel 1 und 9:

Dr. Sebastian Helmes, EY Law	(Kapitel 1 und 9)
Lars S. Otto, LL.M. (LSE), EY Law	(Kapitel 1 und 9)
Dr. Malaika Ahlers, LL.M., BBH	(Kapitel 1 und 9)
Charlotta Maiworm, jeweils BBH	(Kapitel 1 und 9)

Kapitel 2 bis 7:

Dr. Sebastian Helmes, EY Law	(Kapitel 2 – 7)
Lars S. Otto, LL.M. (LSE), EY Law	(Kapitel 2 – 7)

Reviewer:

Dr. Malaika Ahlers, LL.M./Charlotta Maiworm, jeweils BBH

Kapitel 8:

Charlotta Maiworm/Dr. Malaika Ahlers, LL.M., jeweils BBH (Kapitel 8)

Reviewer:

Dr. Sebastian Helmes, EY Law	Lars S. Otto, LL.M. (LSE), EY Law
------------------------------	-----------------------------------

Formaler Reviewer:

Steven-Christopher Orgs, Nadja Däbritz, Deutsche Energie-Agentur GmbH (dena)

Auftraggeber

MinR Dr. Martin Schöpe, BMWK, Abt. II, Ref. C 2

Inhalt

1	Kurzfassung	6
2	Hintergrund	12
3	Zielsetzung	13
4	Methodisches Vorgehen	14
5	Fördern durch Zuwendungen: Begriffsklärungen	15
6	Fordern und Fördern auf Ebene des Bundesrechts (Arbeitspaket 1)	16
6.1	Zusammenfassung	16
6.2	Zur Einführung: Eine Debatte im juristischen Neuland	16
6.3	Der zuwendungsrechtliche Rahmen für ein Fordern und Fördern	18
6.3.1	Verfassungsrechtlicher Rahmen	18
	Subsidiaritätsprinzip	18
	Grundsatz der Wirtschaftlichkeit.....	19
6.3.2	Haushaltsrechtlicher Rahmen.....	20
	Einführung: Zuwendungen und ihr normativer Bezugspunkt (§ 23 BHO).....	20
	§ 23 BHO – Grundlagen I: Zweckbindung	21
	§ 23 BHO – Grundlagen II: Subsidiaritätsprinzip.....	23
	§ 23 BHO – Grundlagen III: erhebliches Bundesinteresse	25
	Grundsätzliche Folgerungen zur Parallelität von Fordern und Fördern	26
	Bindungswirkungen des Haushaltsrechts I: § 14 HGrG bindet den (Haushalts-)Gesetzgeber	28
	Bindungswirkungen des Haushaltsrechts II: Bindung des (Haushalts-)Gesetzgebers an das Subsidiaritätsprinzip.....	30
	Bindungswirkungen des Haushaltsrechts III: Subsidiaritätsprinzip bindet den Fachgesetzgeber.....	31
6.3.3	Fachrechtlicher Rahmen nach dem GEG	32
	Zusammenfassung	32
	Förderungsgrundlagen nach dem GEG	32
	Zuwendungsrechtliche Bedeutung der §§ 89 – 91 GEG für ein Fordern und Fördern	37
6.4	Beispiele für das Miteinander von Fordern und Fördern	39
6.4.1	Beispiel 1: Förderung einer vorzeitigen Erfüllung	39

6.4.2	Beispiel 2: Förderung einer Einzelmaßnahme, die zur Erreichung einer gesetzlichen Gesamtverpflichtung beiträgt.....	40
6.4.3	Beispiel 3: Förderung einer wahlobligatorischen Maßnahme.....	40
7	Fordern und Fördern im deutschen Föderalismus (Arbeitspaket 2).....	42
7.1	Zusammenfassung	42
7.2	Die kompetenzrechtlichen Grundlagen der Förderung im Gebäudebereich	42
7.2.1	Zweistufigkeit der Finanzverfassung: Bund und Länder.....	43
7.2.2	Finanzierungskompetenzen von Bund und Ländern	43
7.2.3	Finanzierungskompetenzen im Gebäudebereich nach dem GEG	44
	Gesetzgebungskompetenzen.....	45
	Verwaltungs- und Finanzierungskompetenzen	46
7.3	Bundesförderung einer landesrechtlich verpflichtenden Maßnahme	46
7.3.1	Beschreibung der Fallgruppe.....	46
7.3.2	Zur Einführung: Gegenwärtige Rechtslage nach dem GEG.....	46
7.3.3	Föderaler Rahmen für Bundeszuwendungen	47
	Vertikale Vorgaben des grundgesetzlichen Föderalismus	47
	Horizontale Vorgaben des grundgesetzlichen Föderalismus.....	50
	Tatbestandliche Vorgaben des § 23 BHO: Bundesinteresse trotz § 56 GEG.....	50
	Tatbestandliche Vorgaben des § 23 BHO: Bundesinteresse unter Achtung des Landesordnungsrechts	51
7.3.4	Rahmen für Bundeszuwendungen nach dem GEG.....	52
8	Fordern und Fördern nach EU-Beihilferecht (Arbeitspaket 3)	53
8.1	Zusammenfassung	53
8.2	Primärrechtliche Grundlagen des Beihilferechts.....	55
8.3	Allgemeine Vereinbarkeitskriterien	56
8.3.1	Kriterien nach den UEBLL und KUEBLL.....	56
8.3.2	Kriterien nach der AGVO	62
8.3.3	Neue Vereinbarkeitskriterien: AGVO-Entwurf.....	64
8.3.4	Zwischenergebnis: allgemeine Prüfkriterien	65

8.4	Besondere Vorgaben zu Beihilfen im Gebäudebereich.....	66
8.4.1	AGVO und AGVO-Entwurf.....	66
8.4.2	UEBLL und KUEBLL.....	69
8.4.3	Zwischenergebnis: Beihilfen im Gebäudebereich.....	72
8.5	Die Unionsnorm.....	72
8.5.1	Begriff der Unionsnorm.....	73
8.5.2	Beispiele für Unionsnormen im Bereich Umwelt und Energie.....	74
8.5.3	Sekundärrechtliche Unionsnormen im Gebäudebereich.....	75
8.5.4	Entwicklungen zu Unionsnormen.....	78
8.5.5	Zwischenergebnis: Unionsnorm im Gebäudebereich.....	79
8.6	Spielräume für ein Fordern und Fördern.....	79
8.6.1	Höhe der Förderung.....	79
8.6.2	Der Beihilfebegriff.....	82
8.6.3	Zwischenergebnis: Spielräume.....	87
9	Schlussbemerkungen.....	88
10	Literaturverzeichnis.....	90
11	Abkürzungen.....	94

1 Kurzfassung

Fördern durch Zuwendungen: Begriffsklärungen (Kapitel 5)

Der Rechtsrahmen für **Zuwendungen**, also für staatliche Leistungen, die im Ermessen der Behörde stehen, ist von dem Rechtsrahmen abzugrenzen, der für andere Formen staatlicher Leistungen (insbesondere für Leistungsansprüche) gilt.

Fordern und Fördern auf Ebene des Bundesrechts (Kapitel 6)

Fragen nach Möglichkeiten einer Parallelität von Fordern und Fördern auf Bundesebene betreten **juristisches Neuland**; dies bringt argumentativen Spielraum, aber auch offene Fragen mit sich (unten 6.2).

Der zuwendungsrechtliche Rahmen für ein Fordern und Fördern

Die aufgeworfenen Fragen sind unter Rekurs auf Grundsätze des Verfassungsrechts, des Haushaltsrechts und des Fachrechts (also des GEG) zu beantworten.

Das **Verfassungsrecht** (unten 6.3.1) steht einer Parallelität von Förderungen durch Zuwendungen neben bestehenden Rechtspflichten im Gebäudebereich auf Ebene des Bundesrechts grundsätzlich nicht entgegen. Das Subsidiaritätsprinzip ist bereits nicht unmittelbar verfassungsrechtlich geprägt. Aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit sind ebenfalls keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine Parallelität von Fordern und Fördern abzuleiten.

Das **Haushaltsrecht** (unten 6.3.2) hält mit § 23 BHO (in Verbindung mit § 14 HGrG) die zentrale Norm bereit, die für eine Parallelität von Fordern und Fördern zu beachten ist:

„Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen) dürfen nur veranschlagt werden, wenn der Bund an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.“

Dabei steht der **Zuwendungszweck** im Mittelpunkt der Norm: Er ist mit dem Subsidiaritätsprinzip und dem Erfordernis eines erheblichen Bundesinteresses an einer Zuwendung verbunden. Ein erhebliches Bundesinteresse kann in verschiedener Hinsicht mit Blick auf das verfassungsrechtliche Gebot der Klimaneutralität zwar bejaht werden. Die entscheidende Herausforderung für die Parallelität von Fordern und Fördern liegt allerdings darin, einen Zuwendungszweck zu bestimmen, der den Anforderungen von § 23 BHO entspricht.

Nach Auffassung dieses Gutachtens ist es aber **gut vertretbar, mit Blick auf die besonderen Klimaschutzpolitischen Herausforderungen neue Wege im Zuwendungsrecht zu gehen.**

Entscheidend ist, einen **konkreten gegenständlichen Zuwendungszweck zu bestimmen**, der in genau dieser Form nicht schon durch die durch Erfüllung von GEG-Pflichten erreicht wird. Besteht ein solcher Zuwendungszweck, kann der Tatbestand des § 23 BHO nach hier vertretener Auffassung so

ausgelegt werden, dass er Zuwendungsformen nicht entgegensteht, auch wenn sich diese von den historisch überkommenen Formen der Zuwendung unterscheiden mögen.

Das **Fachrecht** (unten 6.3.3) enthält in §§ 89 – 91 GEG Regelungen zur finanziellen Förderung der Nutzung erneuerbarer Energien für die Erzeugung von Wärme oder Kälte und von Energieeffizienzmaßnahmen. Trotz gewisser Rechtsunsicherheiten kann das GEG dahingehend ausgelegt werden, dass eine Förderung der in § 89 S. 2 GEG genannten Bereiche möglich ist, soweit dadurch mehr als eine gesetzliche Pflicht umgesetzt wird und soweit eine solche Förderung haushaltsrechtlich möglich ist.

Beispiele für ein Miteinander von Fordern und Fördern

Drei Beispiele sollen zeigen, wie bestimmte Formen eines Forderns und Förderns nach diesen Grundlagen zuwendungsrechtlich gestaltet werden könnten (unten 6.4).

Zuwendungen zur Erreichung einer **vorzeitigen Erfüllung** sind mit Blick auf das Zeitmoment beim Klimaschutz **zulässig (Beispiel 1; unten 6.4.1)**. Wählt man eine temporale Perspektive, ergibt sich mit Blick auf § 23 BHO kein Konflikt zwischen Fordern und Fördern. Nach hier vertretener Auffassung kann eine Zuwendung selbst dann erfolgen, wenn die fragliche Maßnahme zeitlich vor der Anwendbarkeit der GEG-Verpflichtung zwar nicht umgesetzt, aber begonnen worden ist. Zur Höhe der Zuwendung gilt nach Auffassung dieses Gutachtens, dass sich die Förderung auf die Gesamtkosten beispielsweise einer Anlage beziehen kann, auch wenn deren Nutzung teilweise in einen Zeitraum fällt, in dem der Betrieb der entsprechenden Anlage verpflichtend ist.

Zulässig ist eine **Förderung bestimmter Einzelmaßnahmen** auch dann, wenn gesetzlich zwar vorgegeben ist, dass ein bestimmtes Gesamtziel erreicht werden muss, aber nicht, wie dies geschehen soll (**Beispiel 2; unten 6.4.2**). Sollte beispielsweise gesetzlich vorgeschrieben sein, dass ein Neubau einem KfW-Effizienzhausstandard 40 entsprechen muss, bleiben die Gebäudeeigentümer/-eigentümerinnen frei, darüber zu entscheiden, mittels welcher Maßnahmen dieser Standard erreicht werden soll. Somit besteht Raum für eine Förderung der Nutzung bestimmter Maßnahmen, die als solche rechtlich gerade nicht verpflichtend vorgegeben sind.

Zuwendungsrechtskonform ist es nach hier vertretener Auffassung zudem, **im Fall von wahlobligatorischen Verpflichtungen bestimmte Umsetzungsmöglichkeiten zu fördern (Beispiel 3; unten 6.4.3)**. Besteht etwa eine gesetzliche Verpflichtung, dass jede neu eingebaute Heizung auf der Basis von 65 % erneuerbarer Energien betrieben werden, steht § 23 BHO einer Förderung der Verwendung bestimmter Heizungen (z.B. von solarthermiebetriebenen Heizungen) nicht entgegen. Denn zwar würde eine solarthermiebetriebene Heizung eine rechtliche Verpflichtung erfüllen; rechtlich (und nur das ist maßgeblich für das Zuwendungsrecht) ist aber die Verwendung einer solarthermiebetriebenen Heizungen gerade nicht verpflichtend.

Fordern und Fördern im deutschen Föderalismus (Kapitel 7)

In Kapitel 7 werden nach der Darstellung der bundesstaatlichen Grundlagen (unten 7.2) die rechtliche Zulässigkeit beziehungsweise bestehende Spielräume und Optionen geprüft, ob (und falls ja, inwieweit) eine Förderung durch den Bund ausscheiden könnte, wenn ein Bundesland („**Land**“) die gleiche Maßnahme zum Inhalt einer gesetzlichen Verpflichtung macht (unten 7.3). Die in diesem Kapitel behandelten Fragen wurden bisher in Rechtsprechung und Literatur nicht ausdrücklich

behandelt. Insoweit handelt es sich wie schon bei den in Kapitel 6 behandelten Fragen um juristisches Neuland.

Die kompetenzrechtlichen Grundlagen der Förderung im Gebäudebereich

Zu den kompetenzrechtlichen Grundlagen der Förderung im Gebäudebereich (unten 7.2) gilt: Die Finanzverfassung ist zweistufig aufgebaut und kennt nur Bund und Länder; aus kommunalen Förderprogrammen kann sich mangels Qualität der Kommunen als staatliche Ebene keine eigene Frage nach einer „Sperrwirkung“ im Kontext von Fordern und Fördern ergeben (unten 7.2.1).

Der Bund darf Zuwendungen nur vornehmen, wenn er über die entsprechende **Finanzierungskompetenz** verfügt (unten 7.2.2). Die Finanzierungskompetenz folgt im Ergebnis der Aufgabenkompetenz, also der Verwaltungskompetenz nach Art. 83 ff. GG.

Das bedeutet für die **Finanzierungskompetenzen im Gebäudebereich nach dem GEG** (unten 7.2.3):

Das GEG gehört der konkurrierenden Gesetzgebung an. Allerdings ordnet § 56 GEG an, dass der Bund von seinen Gesetzgebungskompetenzen in den in § 56 Nr. 1 und Nr. 2 GEG beschriebenen Bereichen keinen abschließenden Gebrauch machen wollte und somit die Länder über die entsprechende Gesetzgebungskompetenz verfügen. Legen die Länder Pflichten in den Bereichen fest, die § 56 GEG beschreibt, handelt es sich um Landesgesetze auf Grundlage einer originären Gesetzgebungskompetenz der Länder.

Für die Verwaltungs- und Finanzierungskompetenzen gilt:

- Teil 6 des GEG nimmt die Finanzierungskompetenz des Bundes an.
- Landesgesetze, die inhaltliche Verpflichtungen formulieren, wie sie sachlich in § 56 GEG beschrieben sind, begründen eine Aufgabe des Landes. Diese Aufgaben liegen in der Finanzierungskompetenz des Landes.

Bundesförderung einer landesrechtlich verpflichtenden Maßnahme

Eine **Bundesförderung von Verpflichtungen, die das landesrechtlich Geforderte übererfüllen**, wirft mit Blick auf die bundesstaatlichen Regelungen **Bedenken** auf; sie ist nach hier vertretener Auffassung **aber mit dem Grundgesetz grundsätzlich vereinbar** (unten 7.3).

Hingegen begegnet eine **Bundesförderung von Verpflichtungen, die das landesrechtlich Geforderte (nur) erfüllen, größeren Bedenken**; auch hier besteht aber ein gewisser **argumentativer Spielraum** (unten 7.3).

Im Einzelnen gilt:

Bereits de lege lata sind Bundesförderungen zu landesrechtlich Verpflichtendem im GEG vorgesehen. Es handelt sich hierbei um den Fall, den § 89 S. 1, S. 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 91 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 lit. b, Nr. 4 lit. b, Abs. 3 GEG bestimmt (Bundeszuwendungen zu Gesamtmaßnahmen, die teilweise der Erfüllung einer landesrechtlichen Pflicht dienen; unten 7.3.2). Damit bringt der Bundesgesetzgeber zum Ausdruck, dass auch nach seiner Rechtsauffassung Bundeszuwendungen

zu landesrechtlich Gefordertem mit verfassungsrechtlichen, bundesstaatlichen Vorgaben vereinbar sind.

Eine landesrechtlich verpflichtende Maßnahme kann nach hier vertretener Auffassung mit entsprechenden Argumenten durch Bundeszuwendungen gefördert werden (unten 7.3.3).

Die Grundsätze der bundesstaatlichen Kompetenzabgrenzung ergeben in vertikaler Hinsicht (also im Verhältnis des Bundes zum konkret verpflichtenden Land): Eine Bundeszuwendung, die eine **Übererfüllung** der landesrechtlichen Pflicht bezweckt (z.B. eine vorzeitige Umsetzung einer landesrechtlichen Pflicht), begegnet zwar Bedenken mit Blick auf die Verteilung der Finanzierungs Kompetenzen; allerdings ist eine solche Bundeszuwendung begründbar. Schwieriger stellt sich die Lage bei Bundeszuwendungen zur **Erfüllung** einer landesrechtlichen Pflicht dar.

Horizontal wirkende Grundsätze der Bundesstaatlichkeit (also im Verhältnis der Länder untereinander) stehen einer Bundeszuwendung zu landesrechtlich Geforderten nicht entgegen, solange die Bundesförderung länderneutral erfolgt.

Bedenken, ob bei geplanter Bundesförderung trotz § 56 GEG ein Bundesinteresse im Sinne von § 23 BHO angenommen werden kann, stehen einer Förderung im Ergebnis nicht entgegen: Aus dem Fehlen einer bundesgesetzlichen Regelung (infolge von § 56 GEG) kann nicht geschlossen werden, dass der Bund an diesem Bereich kein Interesse hat; mit § 56 GEG bringt der Bund nur zum Ausdruck, dass er dieses Interesse nicht durch gesetzliche Vorgaben befriedigen möchte.

Zuletzt ist eine Bundeszuwendung auch mit der Achtung des Landesordnungsrechts vereinbar. Zwar darf die Bundesverwaltung gewähren, um die Akzeptanz von Bundespflichten zu erhöhen; diese Situation unterscheidet sich aber kategorial von Bundeszuwendungen zu Landespflichten.

Je nach Inhalt der (landesrechtlich geforderten) Maßnahmen, zu denen Bundeszuwendungen erfolgen sollen, ist gegebenenfalls eine **Novellierung des GEG** erforderlich (unten 7.3.4). § 91 Abs. 1 GEG schließt nämlich eine Bundeszuwendung für Maßnahmen aus, soweit diese der Erfüllung der Anforderungen einer landesrechtlichen Pflicht nach § 56 GEG dienen. Sollen über die in § 91 Abs. 2 Nr. 3 lit. b, Nr. 4 lit. b, Abs. 3 GEG genannten Fälle hinaus weitere Bundeszuwendungen zu landesrechtlich Gefordertem ermöglicht werden, muss § 91 GEG novelliert werden.

Fordern und Fördern nach EU-Beihilferecht (Kapitel 8)

In Kapitel 8 werden nach Darstellung der beihilferechtlichen Grundlagen (unten 8.2) die rechtliche Zulässigkeit beziehungsweise bestehende Spielräume für ein Fordern und Fördern zunächst anhand der allgemeinen Vereinbarkeitskriterien für Beihilfen geprüft (unten 8.3). Dieselbe Frage wird im Anschluss anhand der besonderen Vorgaben für Beihilfen für Energieeffizienzmaßnahmen im Gebäudebereich geprüft (unten 8.4). Auf dieser Grundlage wird der Begriff der Unionsnorm näher untersucht und eine Einschätzung dazu getroffen, welche Unionsnormen für den Gebäudebereich relevant sein könnten (unten 8.5). Abschließend werden die beihilferechtlichen Spielräume für ein Fordern und Fördern bewertet, einschließlich eines Exkurses zu den Spielräumen, die sich aus dem Beihilfebegriff nach Art. 107 AEUV selbst ergeben (unten 8.6). Die in diesem Kapitel behandelten Fragen wurden bisher in Rechtsprechung und Literatur überwiegend nicht behandelt. Dies gilt insbesondere für die rechtliche Bewertung vor dem Hintergrund der laufenden Beihilferechtsreform.

Insoweit handelt es sich, wie schon bei den in Kapitel 6 und 7 behandelten Fragen, ebenfalls um juristisches Neuland.

Für ein Fordern und Fördern nach den **allgemeinen Vereinbarkeitskriterien** gilt (unten 8.3):

- Der **Anreizeffekt ist das maßgebliche Vereinbarkeitskriterium**, das sich auf die beihilferechtlichen Möglichkeiten eines Forderns und Förderns auswirkt.
- Es bestehen **Spielräume**, wenn eine nationale Norm ein Schutzniveau beziehungsweise einen Standard verlangt, der über die Unionsnorm hinausgeht. Dies gilt auch, wenn gar keine relevante Unionsnorm existiert.
- Fordern und Fördern ist nach dem Beihilferecht auch möglich, wenn durch die Förderung ein Vorhaben abgeschlossen wird, für das eine relevante Unionsnorm existiert, die noch nicht in Kraft getreten beziehungsweise für den Beihilfeempfänger verbindlich geworden ist.
- Die Entwürfe der **Beihilferechtsreform** enthalten hinsichtlich dieser zwei Grundkonstellationen sowohl Verschärfungen als auch Lockerungen.
- Ein Fordern und Fördern ist bei Beihilfen, die in Form von **Steuervergünstigungen** gewährt werden, unter Einhaltung weiterer Voraussetzungen der AGVO zulässig. Das gilt unabhängig davon, ob eine Norm auf nationaler oder auf Unionsebene eine Pflicht zur Durchführung des geförderten Vorhabens oder der Tätigkeit enthält.

Für den **Gebäudebereich** ergibt sich ein **abweichendes Bild** für die Möglichkeiten zu Fordern und zu Fördern (unten 8.4):

- Bei Beihilfen für die **Renovierung bestehender Gebäude** muss die Maßnahme unabhängig von einer Norm auf nationaler oder europäischer Ebene einen Standard erreichen, der in den beihilferechtlichen Vorgaben der AGVO und den KUEBLL definiert wird. Da das Bestehen einer Norm ohne Bedeutung für die Vereinbarkeit der Förderung ist, steht dies einem gleichzeitigen Fordern und Fördern nicht entgegen.
- Für Effizienzmaßnahmen für **neue Gebäude** ist eine Beihilfe nur zulässig, wenn der national definierte Niedrigstenergiegebäudestandard im Umfang von mindestens 10 % Primärenergieeinsparung übererfüllt wird. Dieser Standard wird durch die nationale Norm konkretisiert. Ein Fordern und Fördern für Effizienzmaßnahmen in neuen Gebäuden ist damit selbst bei einem niedrigen gesetzlichen Standard praktisch ausgeschlossen, da sich die Vereinbarkeit der Beihilfe automatisch an den ordnungsrechtlichen Vorgaben im nationalen Recht orientiert.
- Eine **Förderung für die frühzeitige Anpassung an eine Unionsnorm** ist mit dem Binnenmarkt vereinbar, selbst wenn zum Zeitpunkt der geförderten Maßnahme eine entsprechende Pflicht auf nationaler Ebene existiert. Für Maßnahmen, die spätestens 18 Monate vor Eintritt einer Pflicht nach dem Unionsrecht abgeschlossen werden, können Beihilfen zu denselben Konditionen gewährt werden, wie wenn keine Unionsnorm existiert. Ist der Zeitraum nach Abschluss der Maßnahme bis zum Eintritt der Pflicht kürzer als 18 Monate, kann auch gefördert werden, jedoch in geringerer Höhe.

Das Fordern und Fördern wird im Beihilferecht davon geprägt, ob eine Unionsnorm vorliegt und welches Umweltschutzniveau in diesem Rahmen verlangt wird. Zur Frage, ob und welche **Unionsnormen im Gebäudebereich** vorliegen, gilt (unten 8.5):

- Eine Unionsnorm ergibt sich aus den rechtlichen Vorgaben auf der EU-Ebene. Dafür ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, ob und was ein Mitgliedstaat auf der nationalen Ebene gesetzlich regelt.
- Eine Unionsnorm im Sinne des Beihilferechts kann sich aus einer Richtlinie ergeben, auch wenn diese unmittelbar die Mitgliedstaaten adressiert und nicht den Empfänger einer Beihilfe.
- Im Gebäudebereich gibt es keine EU-rechtlichen Vorgaben, die als Unionsnorm im Sinne des Beihilferechts einzustufen sind. Der Vorschlag der Kommission zur Neufassung der Gebäudeeffizienz-RL im Rahmen des „fit for 55“-Pakets deutet jedoch darauf hin, dass beihilferechtlich relevante Unionsnormen im Gebäudebereich künftig gelten könnten.
- Aufgrund der besonderen Vorgaben für Beihilfen im Gebäudebereich entfalten nationale Normen in Verbindung mit beihilferechtlichen Regelungen ausnahmsweise dieselbe Wirkung, als läge eine Unionsnorm vor.

Für die **beihilferechtlichen Spielräume** für ein Fordern und Fördern im Gebäudebereich kann festgehalten werden (unten 8.6):

- Auch wenn ein Fordern und Fördern rechtlich zulässig ist, kann das Bestehen einer Pflicht im nationalen Recht dazu führen, dass die **Höhe** der Förderung nur gering ausfällt.
- Es bestehen Möglichkeiten im Gebäudebereich, um eine Förderung als **beihilfefrei** einzustufen und somit die Einschränkungen des Beihilferechts zu vermeiden. Die Bundesförderung für effiziente Gebäude („**BEG**“) bietet hierfür aufgrund der Entscheidungspraxis der Kommission und der europäischen Gerichte eine Möglichkeit.

2 Hintergrund

Gegenstand dieses Gutachtens („**Gutachten**“) ist die rechtliche Bewertung der Zulässigkeit von sowie gegebenenfalls bestehender Spielräume für eine Förderung von Investitionen, wenn der damit erreichte Zustand bestehenden ordnungsrechtlichen Anforderungen beziehungsweise Verpflichtungen im Gebäudebereich entspricht („**Fordern und Fördern**“).

Ausgangslage ist dabei: Das GEG sieht in seinen Teilen 2, 3 und 4 gesetzlich normierte Pflichten und Anforderungen bei der Errichtung von Gebäuden, bei bestehenden Gebäuden sowie bei Verwendung bestimmter gebäudetechnischer Anlagen vor. Des Weiteren enthält das GEG in Teil 6 Aussagen zu finanziellen Förderungen und ihrem Verhältnis zu den Anforderungen nach dem Gesetz.

Hiernach ist – vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen – grundsätzlich eine Förderung von Investivmaßnahmen ausgeschlossen, wenn für die mit der Investivmaßnahme erreichte jeweilige Anforderung bereits eine gesetzliche Verpflichtung vorliegt. Dieses Verständnis des haushaltsrechtlichen „Subsidiaritätsprinzips“ legt die Annahme nahe, dass eine Förderung auf Grundlage von § 23 BHO (Zuwendungen) nicht vereinbar sei, weil die Verpflichtung ohnehin erfüllt werden muss, so dass das öffentliche Interesse auch ohne die Zuwendung erreicht werden kann. Der Staat soll Zuwendungen nur dann gewähren, wenn die begünstigten Stellen ohne die Fördermittel keinen Anreiz zur Zweckerfüllung oder nicht im notwendigen Umfang haben.

Ferner stellt sich auch die Frage der Vereinbarkeit im EU-Recht in der Weise, ob eine Förderung als Beihilfe im Sinne des Art. 107 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) genehmigt werden könnte, wenn zur Erfüllung einer Anforderung bereits eine nationale und/oder auf EU-Recht basierende Verpflichtung bestünde.

3 Zielsetzung

Vor dem Hintergrund der Leistungsbeschreibung und weiterer Abstimmungen zwischen den Bearbeiterinnen und Bearbeitern des Gutachtens und dem Auftraggeber soll dieses Gutachten die nachfolgenden Fragestellungen untersuchen und bewerten.

In **Kapitel 6 (Arbeitspaket 1)** soll rechtlich analysiert und bewertet werden, ob und gegebenenfalls inwieweit eine Kombination beziehungsweise Parallelität von finanzieller Förderung und Vorliegen einer Verpflichtung im Gebäudebereich auf Ebene des Bundesrechts rechtlich zulässig ist. Diese Analyse soll den verfassungsrechtlichen Rahmen sowie die derzeit geltende Rechtslage nach Haushaltsrecht sowie nach Fachrecht umfassen. Dabei sollte gemäß Leistungsbeschreibung auch eine Literaturlauswertung bereits veröffentlichter Gutachten zu der Fragestellung enthalten sein.

Die Darstellung des Rahmens für das Fordern und Fördern erfolgt auf den drei Ebenen des Verfassungsrechts, des Haushaltsrechts und des Fachrechts (also des GEG). Die Situation von Fordern und Fördern enthält dazu neben der Darstellung de lege lata auch Ausführungen zur Situation de lege ferenda.

Kapitel 7 (Arbeitspaket 2) soll einen weiteren Aspekt untersuchen und bewerten, der sich in diesem Kontext aus dem bundesdeutschen Mehrebenensystem des Föderalismus ergibt, in dem gesetzliche Pflichten und Förderprogramme des Bundes, der Länder und der Kommunen aufeinandertreffen können. Es sind die rechtliche Zulässigkeit beziehungsweise bestehende Spielräume und Optionen zu prüfen, ob und falls ja inwieweit eine Förderung durch den Bund ausscheiden könnte, wenn ein Bundesland die gleiche Maßnahme zum Inhalt einer gesetzlichen Verpflichtung macht. Die Gesetzgebungsverteilung nach dem GG soll ebenfalls hinsichtlich ihrer Bedeutung für das Förderungsverhältnis in das Gutachten einbezogen werden.

Kapitel 8 (Arbeitspaket 3) soll die rechtliche Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilferecht (insbesondere zur notwendigen Anreizwirkung) analysieren und bewerten, ob beziehungsweise inwieweit bei der Förderung im Gebäudebereich eine Förderung trotz bestehender gesetzlicher Pflichten rechtlich zulässig sein kann. Dabei wird unterschieden nach Verpflichtungen, die EU-rechtlich vorgegeben sind, beziehungsweise nur national oder auf Landesebene statuiert sind. Des Weiteren ist die Rolle der „Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung“ (AGVO) sowie der „Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020“ (UEBLL, zukünftig KUEBLL) der EU-KOM für diese Fragestellung rechtlich zu beurteilen.

Mit Blick auf politische Ankündigungen der EU-Kommission (Green Deal, Renovierungswelle), wonach weitere Änderungen der unionsrechtlichen Vorgaben zu erwarten sind, wird zum Zeitpunkt der Veröffentlichung weiterer Richtlinienvorschläge geprüft, ob diese im Gutachten berücksichtigt werden. Das Gutachten geht teilweise auf beschriebene Fallgruppen ein. In diesem Kontext wird der Unternehmensbegriff dargestellt und es wird untersucht und bewertet, ob eine Förderung für sozial Schwache möglich ist.

4 Methodisches Vorgehen

Die Arbeit wendet ausschließlich juristische Methoden an (Auslegung der verschiedenen Normebenen nach den juristischen Methoden, Auswertung bestehender nationaler und EU-Rechtsprechung, Auswertung der einschlägigen Literatur mithilfe der üblichen Datenbanken usw.). Das gilt auch dort, wo bestimmte Szenarien de lege ferenda bewertet werden. Andere (z.B. ökonomische, technische oder Klimaschutzfachliche) Maßstäbe sind nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

5 Fördern durch Zuwendungen: Begriffsklärungen

„Fördern“ im Sinne dieses Gutachtens meint die finanzielle Förderung durch Zuwendungen im Sinne des § 14 (in Verbindung mit § 26 Abs. 1 S. 1) HGrG, § 23 (in Verbindung mit § 44 Abs. 1 S. 1) BHO. Nur die Förderung durch Zuwendung ist daher in diesem Gutachten gemeint, wenn Ausführungen erfolgen zur rechtlichen Zulässigkeit der Parallelität von finanzieller Förderung und Vorliegen einer Verpflichtung im Gebäudebereich („Fordern und Fördern“). Diese klare Definition des Untersuchungsgegenstandes ist grundlegend für die rechtlichen Analysen und Bewertungen in diesem Gutachten, um Unklarheiten zu vermeiden, wie sie beim Begriff der „Subvention“ bestehen¹.

Dabei ist die finanzielle Förderung durch Zuwendung insbesondere **von Leistungsansprüchen abzugrenzen**, also von staatlichen Leistungen, auf die ein durch Rechtsvorschriften begründeter Anspruch besteht.

Es ergibt sich ausdrücklich aus VV-BHO Nr. 1.2.2 zu § 23² und ist allgemein anerkannt³, dass **staatliche Leistungen aufgrund von Leistungsansprüchen keine Zuwendungen (im Sinne des § 23 BHO) sind**. Besteht ein solcher Leistungsanspruch wie etwa beim Wohngeld⁴, liegt somit keine Zuwendung vor. Folglich finden auch die zuwendungsrechtlichen Regelungen (wie etwa das in § 23 BHO enthaltene Subsidiaritätsprinzip⁵) auf Leistungsansprüche keine Anwendung.⁶ Der rechtliche Rahmen für Zuwendungen unterscheidet sich somit kategorisch vom rechtlichen Rahmen für Leistungsansprüche.

Der rechtliche Rahmen für Zuwendungen unterscheidet sich auch mit Blick auf Förderungsformen, die ohne Haushaltsmittel finanziert werden.⁷

Das bedeutet: Sollte in bestimmten Fallkonstellationen eine Zuwendung rechtlich ausgeschlossen sein, ist damit nichts gesagt über andere Förderungsformen, um dasselbe (gebäude-, energie-, sozialpolitische) Ziel zu erreichen. Auch dabei mögen sich neue Rechtsfragen stellen. So könnte etwa gesondert geprüft werden, ob im Fall der unbilligen Härte bei der Erfüllung einer GEG-Verpflichtung anstelle der Befreiung von der Verpflichtung⁸ ein gebundener Leistungsanspruch treten kann.

¹ Kämmerer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 124 Subventionen Rn. 5 ff.; vgl. zu den Überlagerungen von „Subvention“ und „Zuwendung“ auch Dittrich, BHO, 59. AL Juli 2020, § 23 Rn. 3.19.

² Bei den VV-BHO handelt es sich um nach § 5 BHO erlassene Verwaltungsvorschriften, also um Binnenrecht der Verwaltung. Die VV-BHO werden als norminterpretierende und ermessenslenkende Regelungen qualifiziert (Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. I. 4. d) aa) Rn. 71 f.; B. I. Rn. 4.; s. auch Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 21. November 2018 – 4 A 2426/15 –, juris Rn. 69; Verwaltungsgericht Stuttgart, Urteil vom 24. November 2009 – 6 K 114/09 –, juris Rn. 106).

³ S. nur Dittrich, BHO, 57. AL Juli 2019, § 23 Rn. 3.4; Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 17; Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. III. 1. b) Rn. 178 m.w.N.

⁴ Vgl. die Anspruchsberechtigung in § 3 WoGG (Wohngeldberechtigung), § 4 ff. WoGG (Berechnung und Höhe des Wohngeldes).

⁵ Dazu ausführlich unten 6.3.2.

⁶ Vgl. etwa Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 10. Juli 1980 – 3 B 113/79 –, juris Rn. 5: „Wenn man [...] davon ausgeht, daß es sich bei den Förderungsmitteln nach § 9 KHG nicht um Zuwendungen im Sinne dieser Vorschriften [§ 14 HGrG, § 23 BHO] handelt, und zwar deshalb nicht, weil auf ihre Gewährung dem Empfänger ein Rechtsanspruch zusteht, so ist nicht zweifelhaft, daß diese Mittel im Haushaltsplan veranschlagt und dem Empfänger gewährt werden dürfen, ohne daß zuvor haushaltsrechtlich zu prüfen ist, ob der Bund (bzw. das Land) an der Erfüllung des betreffenden Zweckes ein erhebliches Interesse hat.“

⁷ Zu einer Förderung außerhalb des Haushalts, insbesondere mit Blick auf die EEG-Umlage, vgl. Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 7.

⁸ Vgl. § 102 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, S. 2 GEG.

6 Fordern und Fördern auf Ebene des Bundesrechts (Arbeitspaket 1)

6.1 Zusammenfassung

Die Möglichkeiten eines Forderns und Förderns auf Bundesebene sind nach Maßgabe von Grundsätzen des Verfassungsrechts, des Haushaltsrechts und des Fachrechts (also des GEG) zu bewerten.

Das **Verfassungsrecht** (unten 6.3.1) steht weder unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzips noch des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes einer Parallelität von Fordern und Fördern grundsätzlich entgegen.

Zentrale einfachgesetzliche Vorgaben hält hingegen das **Haushaltsrecht** mit § 23 BHO (in Verbindung mit § 14 HGrG) bereit (unten 6.3.2). Dabei steht der **Zuwendungszweck** im Mittelpunkt der Norm: Er ist mit dem Subsidiaritätsprinzip und dem Erfordernis eines erheblichen Bundesinteresses an einer Zuwendung verbunden. Die entscheidende Frage für die Parallelität des Forderns und Förderns liegt dabei darin, einen **Zuwendungszweck** zu bestimmen, der den Anforderungen von § 23 BHO entspricht. **Entscheidend** ist, einen **konkreten gegenständlichen Zuwendungszweck zu bestimmen**, der in genau dieser Form nicht schon durch die Erfüllung von GEG-Pflichten besteht.

§§ 89 – 91 GEG enthalten **fachrechtliche Vorgaben** an ein Fordern und Fördern (unten 6.3.3). Trotz offener Rechtsfragen kann das GEG dahingehend ausgelegt werden, dass eine Förderung der in § 89 S. 2 GEG genannten Bereiche möglich ist, soweit dadurch mehr als eine gesetzliche Pflicht umgesetzt wird und soweit eine solche Förderung haushaltsrechtlich möglich ist.

Mit drei **Beispielen** soll illustriert werden, dass Formen des Miteinanders von Fordern und Fördern zuwendungsrechtskonform möglich sind (unten 6.4).

So sind Zuwendungen zur Erreichung einer **vorzeitigen Erfüllung bestimmter Vorgaben** mit Blick auf das Zeitmoment beim Klimaschutz **zulässig** (Beispiel 1; unten 6.4.1).

Wie Beispiel 2 zeigt, ist zudem eine **Förderung bestimmter Einzelmaßnahmen** auch dann zulässig, wenn zwar gesetzlich vorgegeben ist, dass (aber nicht: wie) ein bestimmtes Gesamtziel erreicht werden muss (unten 6.4.2).

Zuwendungsrechtskonform ist es zuletzt auch, **im Fall von wahlobligatorischen Verpflichtungen bestimmte Umsetzungsmöglichkeiten zu fördern** (Beispiel 3; unten 6.4.3).

6.2 Zur Einführung: Eine Debatte im juristischen Neuland

Aus politischer Sicht sind in jüngster Zeit insbesondere zum Gebäudebereich verschiedene Vorschläge zu einem Fordern und Fördern unterbreitet worden, um Klimaschutzziele zu erreichen. So heißt es beispielsweise in einem Papier der **Agora Energiewende**:

„Als Grundvoraussetzung muss somit gelten, dass auch gefördert werden kann, was gefordert ist. Für die erfolgreiche Bewältigung der Herausforderung, die die Energiewende im Gebäudebestand darstellt, ist es notwendig, dass der Staat auf der einen Seite ambitionierte Maßnahmen fordern darf, deren Durchführung aber auch durch finanzielle Mittel ermöglicht. Hierfür muss die Bundeshaushaltsordnung nicht einmal geändert werden. Denn wenn es um weiterführende Interessen geht, ist ein Fördern trotz Verpflichtung möglich. Dies trifft beispielsweise dann zu, wenn das Interesse besteht, dass Maßnahmen die Verpflichteten wirtschaftlich weniger belasten sollen oder geringere/keine sozial problematischen Folgelasten nach sich ziehen.

Damit wird das Prinzip der Wirtschaftlichkeit, welches für die Festlegung eines Standards erforderlich ist, neu interpretiert: Wirtschaftlichkeit sollte zukünftig zunächst auf volkswirtschaftlicher Ebene und in Verbindung mit dem Klimaneutralitätsziel gedacht werden, um das gesellschaftliche Interesse widerzuspiegeln. Durch die Aufstockung der Fördervolumina für die zielkonformen Standards, ist anschließend das Delta zur Betriebswirtschaftlichkeit auszugleichen.

Das Prinzip Fördern und Fordern, welches im Gebäudebereich bisher eher als Fördern oder Fordern interpretiert wurde, wird somit neu gedacht. Dies ist die Grundvoraussetzung für die Festschreibung ambitionierterer Standards und somit das Gelingen einer sozialen Wärmewende.“⁹

Die juristische Frage, ob sich diese politischen Forderungen rechtskonform gestalten lassen, betritt **juristisches Neuland**. Denn insgesamt berühren die in diesem Kapitel aufgeworfenen Fragen ganz überwiegend Rechtsbereiche, die bisher weder in der Rechtsprechung noch in den Bemerkungen des Bundesrechnungshofes noch in der Literatur grundsätzlich erörtert worden sind.

Eine Ausnahme stellen die rechtswissenschaftliche **Stellungnahme von Klinski** „Zu den Möglichkeiten der öffentlichen Förderung im Bereich bestehender gesetzlicher Pflichten („Fördern trotz Fordern“)¹⁰ sowie die vertiefende **Würzburger Studie** zum Umweltenergierecht Nr. 23 von Klug et al. „Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von ‚Fördern und Fordern‘“¹¹ dar.

Die Stellungnahme von Klinski wurde von verschiedener Seite zitiert, ohne dass in den meisten Fällen eine juristische Auseinandersetzung mit den Ausführungen von Klinski erfolgt wäre.¹² Eine Ausnahme stellt die Würzburger Studie von Klug et al.¹³ dar, die an die Studie von Klinski anknüpft¹⁴ und die sich dezidiert auch mit zwendungsrechtlichen Fragen des Forderns und Förderns befasst. Die Auffassungen und Ansichten von Klinski sowie Klug et al. werden in diesem Gutachten daher an den

⁹ Thomaßen et al., Ein Gebäudekonsens für Klimaneutralität. 10 Eckpunkte[.] wie wir bezahlbaren Wohnraum und Klimaneutralität 2045 zusammen erreichen. Herausgegeben von der Agora Energiewende. Version: 1.0, Juni 2021, S. 15.

¹⁰ Klinski, Zu den Möglichkeiten der öffentlichen Förderung im Bereich bestehender gesetzlicher Pflichten („Fördern trotz Fordern“), finale Fassung vom 9. März 2021.

¹¹ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 1 – 20, 55 f.

¹² S. etwa Braungardt/Degen, Ausstieg aus dem Heizen mit fossilen Energien – Empfehlungen für eine gesellschaftlich akzeptierte Umsetzung. Öko-Institut e.V., Policy Brief vom 23. Juni 2021, S. 3; Berneiser et al., Maßnahmen und Instrumente für eine ambitionierte, klimafreundliche und sozialverträgliche Wärmewende im Gebäudesektor – Teil 1: Analyse der Herausforderungen und Instrumente im Gebäudesektor, August 2021, S. 60; Pehnt et al., Neukonzeption des Gebäudeenergiegesetzes (GEG 2.0) zur Erreichung eines klimaneutralen Gebäudebestandes – Ein Diskussionsimpuls, September 2021, S. 60.

¹³ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 1 – 20, 55 f.

¹⁴ S. etwa Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 2, 13, 19.

entsprechenden Stellen dargestellt und diskutiert. Dennoch steht der in diesem Kapitel zu behandelnde Themenkomplex insgesamt erst am Beginn einer breiteren juristischen Auseinandersetzung.

6.3 Der zuwendungsrechtliche Rahmen für ein Fordern und Fördern

Mit Blick auf dieses juristische Neuland muss die Beantwortung der Frage nach den bundesrechtlichen Möglichkeiten von Zuwendungen im Gebäudebereich neben GEG-Verpflichtungen aus Grundsätzen abgeleitet werden. Dabei sind die Vorgaben des Verfassungsrechts (unten 6.3.1), des Haushaltsrechts (unten 6.3.2) und des Fachrechts (also des GEG, unten 6.3.3) zu unterscheiden.

6.3.1 Verfassungsrechtlicher Rahmen

Das Verfassungsrecht steht einer Parallelität von Fordern und Fördern auf Bundesebene prinzipiell nicht entgegen. Dabei sind zwei Grundsätze mit Blick auf ihre verfassungsrechtliche Bedeutung in den Blick zu nehmen.

Subsidiaritätsprinzip

§ 23 BHO als haushaltsrechtliche Zentralvorschrift des Zuwendungsrechts¹⁵ einschließlich des darin enthaltenen Subsidiaritätsprinzips ist nicht unmittelbar verfassungsrechtlich geprägt.¹⁶

Das Subsidiaritätsprinzip genießt auch nicht etwa Verfassungsrang über **Art. 109 Abs. 4 GG**.¹⁷ Nach Art. 109 Abs. 4 GG können durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, für Bund und Länder gemeinsam geltende **Grundsätze** unter anderem **für das Haushaltsrecht** aufgestellt werden. Der Bund hat von dieser Kompetenz durch die Schaffung von § 14 HGrG Gebrauch gemacht, der inhaltlich § 23 BHO entspricht. Aus Art. 109 Abs. 4 GG folgt zwar im Ergebnis eine atypische Normenstellung des HGrG zwischen einfachem Bundesgesetz und Verfassungsrecht.¹⁸ Diese atypische Normenstellung führt aber nicht dazu, dass die im HGrG niedergelegten Grundsätze Verfassungsrang erhalten würden.¹⁹ Den (mit einfacher Mehrheit zu gestaltenden)

¹⁵ Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 23 BHO Rn. 2. Zu § 23 BHO ausführlich unten 6.3.2.

¹⁶ Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 23 BHO Rn. 4; Wustlich, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), EEWärmeG, 2010, § 15 Rn. 12.

¹⁷ Zur Bedeutung von Art. 109 Abs. 4 GG für den haushaltsrechtlichen Rahmen des Forderns und Förderns s. näher unten 6.3.2.

¹⁸ S. dazu Kube, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Werkstand: 62. EL Mai 2011, Art. 109 Rn. 239 ff. (Rn. 239: „In der Normenhierarchie des Grundgesetzes nimmt die Grundsatzgesetzgebung im Sinne von Art. 109 Abs. 4 GG eine Sonderstellung ein.“); Gröpl, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, Einl. Rn. 25; „bundesstaatliche Besonderheit“; Heintzen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 52; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. 2020, Art. 109 Rn. 23; kritisch Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 100. Zu diesem Thema und der Bindungswirkung gegenüber dem Gesetzgeber s. näher 6.3.2.

¹⁹ Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 101, führt aus, nach der (von ihm für unzutreffend gehaltenen) herrschenden Meinung seien Gesetze, die dem HGrG widersprechen, „verfassungswidrig und nichtig“. Danach würde den Haushaltsgrundsätzen (jedenfalls in Verbindung mit Art. 109 Abs. 4 GG) Verfassungsrang zukommen. Ob dies wirklich die Auffassung der herrschenden Meinung ist, ist fraglich (deutlich allerdings Kube, in: Maunz/Dürig [Hrsg.], GG, Werkstand: 62. EL Mai 2011, Art. 109 Rn. 241: „Ein Verstoß etwa einer Regelung der BHO gegen eine auf Art. 109 Abs. 4 GG gestützte Vorgabe des HGrG ist damit zugleich ein Verstoß gegen Art. 109 Abs. 4 GG und deshalb verfassungswidrig.“). Zuzugeben ist Siekmann, a.a.O., aber, dass die Frage nach dem Rang der Haushaltsgrundsätze und ihre Bindungswirkung gegenüber dem Bundesgesetzgeber auch Fragen nach den Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes aufwerfen (eine Frage, die die übrigen unter Fußnote 18 genannten Autoren vermeiden; s. aber immerhin Gröpl, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 121 Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns Rn. 22, wenn auch mit Blick auf die Innen- und Außenrechtswirkung von Haushaltsrecht: „Richtigerweise führt eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes zur Rechtswidrigkeit des zugrundeliegenden staatlichen Aktes[.]“). Aus dieser offenen Frage der Fehlerfolge kann jedoch kein Verfassungsrang der Haushaltsgrundsätze abgeleitet werden.

Haushaltsgrundsätzen über Art. 109 Abs. 4 GG Verfassungsrang zusprechen zu wollen, wäre bereits mit den Mehrheitserfordernissen für eine Verfassungsänderung (Art. 79 Abs. 2 GG) unvereinbar.

Grundsatz der Wirtschaftlichkeit

Auch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (der mit dem Grundsatz der Subsidiarität verbunden ist²⁰) steht einem Fordern und Fördern nicht prinzipiell entgegen.

Denn zwar ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht nur eine einfachrechtliche Norm (s. § 6 Abs. 1 HGrG, § 7 Abs. 1 S. 1 BHO)²¹, sondern bereits eine verfassungsrechtliche Vorgabe: Nach **Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG** prüft der Bundesrechnungshof unter anderem die Wirtschaftlichkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit umfasst dabei sowohl das Maximal- oder Ergiebigkeitsprinzip (also die Erzielung des bestmöglichen Ergebnisses mit einem bestimmten Mitteleinsatz) als auch als Unterfall das Minimal- oder Sparsamkeitsprinzip (also die Erzielung eines bestimmten Ergebnisses mit möglichst geringem Mitteleinsatz).²²

Der verfassungsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit dürfte zugleich auch den Grundsatz der Notwendigkeit umfassen (also die Erreichung eines vorgegebenen Ziels mit möglichst geringem Mitteleinsatz), auch wenn dieser nur als einfachrechtlich normierter (§ 5 HGrG, § 6 BHO) Unterfall des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes²³ anerkannt ist²⁴.

Ob der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit über seine Funktion als Prüfungsmaßstab des Bundesrechnungshofes hinaus auch den **Gesetzgeber** bindet, ist umstritten.²⁵ Diese Frage kann aber für die Zwecke dieses Gutachtens dahinstehen: Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ist die Bewertung einer Ziel-Mittel-Relation – die Ziele setzt jedoch der Gesetzgeber fest. Diese Ziele sind als (demokratisch legitimiert) gesetzt anzuerkennen und somit der Bezugspunkt für eine Wirtschaftlichkeitsprüfung und nicht ihr Gegenstand. Selbst wenn der Gesetzgeber also an den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gebunden sein sollte, wäre diese Bindung schwach, weil er selbst über die Parameter verfügen kann, an denen die Wirtschaftlichkeit gemessen wird.²⁶ Setzt der Gesetzgeber bestimmte Ziele fest, die durch eine Parallelität von ordnungsrechtlichen Pflichten und Zuwendungen erreicht werden sollen, lässt sich Festsetzung der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit einer solchen nicht entgehen.²⁷

²⁰ Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. II. 1. Rn. 110; Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 23 BHO Rn. 32 f.; Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 3. September 2015 – 16 K 2428/14 –, juris Rn. 24.

²¹ Dazu unten 6.3.2.

²² Gröpl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 121 Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns Rn. 10; Schwarz, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 114 Rn. 87 f. Zur entsprechenden einfachrechtlichen Lage s. § 6 Abs. 1 HGrG, § 7 Abs. 1 S. 1 BHO sowie VV-BHO Nr. 1 Abs. 2 zu § 7; Gröpl, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 7 BHO Rn. 1, 6 f.

²³ Gröpl, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 6 BHO Rn. 22.

²⁴ Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und der Grundsatz der Notwendigkeit sind nämlich aufeinander bezogen: Nicht notwendige Ausgaben sind auch nicht wirtschaftlich (Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. II. 1. Rn. 110). Im Übrigen ist der Grundsatz der Notwendigkeit wiederum mit dem Subsidiaritätsgrundsatz des § 23 BHO verbunden (Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 3. September 2015 – 16 K 2428/14 –, juris Rn. 24; Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. II. 1. Rn. 110).

²⁵ Befürwortend: Gröpl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 121 Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns Rn. 18; Heintzen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 120 Staatshaushalt Rn. 48; weitere Nachweise zum Thema bei Gröpl, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 7 BHO Rn. 16; Heintzen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 114 Rn. 25. Eine Bindung nach Maßgabe des nordrhein-westfälischen Haushaltsrechts befürwortend: Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 2. September 2003 – VerfGH 6/02 –, juris Rn. 47; Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 15. März 2011 – VerfGH 20/10 –, LKV 2011, 363 (365) mit Anmerkung Otto, LKV 2011, 363 (366). Ohne nähere Auseinandersetzung mit dem Thema, aber implizit wohl eine Bindung annehmend auch Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 5 f.

²⁶ Heintzen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 114 Rn. 25.

²⁷ So im Ergebnis auch Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 5 f.

Etwas anders wirkt sich der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz des Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG hingegen für die **Verwaltung** aus. Im Ausgangspunkt gilt, dass der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit die Exekutive bindet.²⁸ Anerkannt ist aber, dass es sich bei diesem Grundsatz um einen unbestimmten Rechtsbegriff²⁹ handelt, der mit einem gewissen behördlichen Spielraum einhergeht.³⁰ Solange die Entscheidung der Exekutive vertretbar erscheint, ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit daher gewahrt.³¹

Mit Blick auf ein behördlich bestimmtes Fordern und Fördern folgt daraus: Ein generelles Verbot ist den genannten Grundsätzen der Ziel-Mittel-Relationen nicht zu entnehmen. Ebenso wenig ergeben sich näher konkretisierbare Vorgaben, unter welchen Umständen (Fallgruppen etc.) eine Parallelität von Fordern und Fördern unwirtschaftlich ist.³²

Soweit der verfassungsrechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit also für dieses Gutachten relevant ist, steht er einer Parallelität von Fordern und Fördern nicht entgegen.

6.3.2 Haushaltsrechtlicher Rahmen

Einführung: Zuwendungen und ihr normativer Bezugspunkt (§ 23 BHO)

Zuwendungen stehen im Ermessen der Verwaltung und verschaffen ihr die Chance zum Gestalten.³³ Zu diesem Zweck finanziert der Staat eine große Bandbreite von Bereichen. Dazu zählen Anreize für eine Verhaltensänderung ebenso wie Fälle, in denen der Staat aus ordnungspolitischen Gründen nicht selbst auftreten will, sondern die finanziellen Rahmenbedingungen dafür schaffen möchte, dass gesellschaftliche Gruppen ihre eigenen Aufgaben wirksamer wahrnehmen können und damit zugleich gemeinwohlrelevante Aufgaben erledigt werden.³⁴

Maßgeblich für die haushaltsrechtliche Bewertung des Forderns und Förderns ist **§ 23 BHO** als die zentrale Norm³⁵ für Zuwendungen aus Bundeshaushaltsmitteln:

„Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen) dürfen nur

²⁸ S. nur Gröpl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 121 Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns Rn. 17 m.w.N.

²⁹ Für die Zwecke dieses Gutachtens kann dahinstehen, was es genau bedeutet, den unbestimmten Rechtsbegriff der Wirtschaftlichkeit zum Maßstab einer Rechtskontrolle zu machen; zu diesem Thema Gröpl, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 121 Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns Rn. 46 f.

³⁰ Gröpl, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 7 BHO Rn. 19; ebenfalls im Anschluss an verschiedene Ausführungen von Gröpl: Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 5 f. Vgl. auch Dittrich, BHO, 58. AL Januar 2020, § 7 Rn. 6: unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum, was verwaltungsrechtsdogmatisch zumindest deutlicher ist als Gröpl, a.a.O. (dem die Auffassung von Dittrich aber „zu großzügig“ ist).

³¹ Dittrich, BHO, 58. AL Januar 2020, § 7 Rn. 6; Gröpl, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 7 Rn. 19; Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 6.

³² Insoweit sollten die Fallbeispiele bei Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 6 allenfalls als Illustration aufgefasst werden.

³³ Dittrich, BHO, 61. AL Juli 2021, § 23 Rn. 2.1.

³⁴ Dittrich, BHO, 61. AL Juli 2021, § 23 Rn. 2.2; s. auch Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 5.

³⁵ Im Folgenden wird aus Gründen der Lesbarkeit allein auf § 23 BHO Bezug genommen, da sich die relevanten Rechtsfragen so erörtern lassen. Aus Gründen der Vollständigkeit sei jedoch darauf hingewiesen, dass für die Gewährung einer Zuwendung § 44 Abs. 1 S. 1 BHO relevant ist (wonach für die Zuwendung die Voraussetzungen des § 23 BHO zu wahren sind). § 23 BHO ist zudem mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Abs. 1 BHO) und dem Grundsatz der Notwendigkeit der Ausgaben (§ 6 BHO) verknüpft (Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 3. September 2015 – 16 K 2428/14 –, juris Rn. 24), vgl. dazu bereits 6.3.1 im Kontext des Verfassungsrechts. Die BHO muss zudem im Lichte des HGrG ausgelegt werden, wobei sich aus den inhaltlich identischen Normen (§ 14 HGrG, § 26 Abs. 1 S. 1 HGrG) keine Vorgaben ergeben, die für die Auslegung von § 23 BHO relevant sind.

veranschlagt werden, wenn der Bund an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.“

Die Veranschlagung von Zuwendungen nach § 23 BHO entspricht damit inhaltlich § 14 HGrG³⁶. Die Gewährung der Zuwendung richtet sich nach § 44 Abs. 1 S. 1 BHO, der inhaltlich mit § 26 Abs. 1 S. 1 HGrG identisch ist.³⁷

§ 23 BHO gilt seit seiner Einführung 1969³⁸ unverändert.³⁹ Grundsätzliche Auseinandersetzungen, die sich (direkt oder indirekt) auf die Parallelität von Fordern und Fördern beziehen, sind weder der Rechtsprechung⁴⁰ noch den Bemerkungen des Bundesrechnungshofes zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes⁴¹ noch der Literatur (mit Ausnahme der Stellungnahmen von Klinski und Klug et al.⁴²) zu entnehmen. Auch der Gesetzgebungsprozess gibt insoweit keine relevanten Auslegungsansätze an die Hand.⁴³ Dieser Ausgangsbefund verschafft **argumentativen Spielraum**; die Kehrseite solchen argumentativen Spielraums ist die fehlende Klärung vieler Aspekte – andere Auffassungen bleiben vertretbar.

Soweit für die Frage der Parallelität von Fordern und Fördern auch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit relevant ist, wurde dies bereits im Zusammenhang mit dem verfassungsrechtlichen Rahmen diskutiert. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird daher auf 6.3.1 verwiesen.

§ 23 BHO – Grundlagen I: Zuwendungszweck

Im Zentrum von § 23 BHO stehen die „bestimmte[n] Zwecke“⁴⁴, an deren Erfüllung durch Private (Zuwendungsempfänger) der Bund ein erhebliches Interesse hat und die ohne die Zuwendungen nicht (hinreichend) erreicht würden. Der Zuwendungszweck wirkt damit als Bezugspunkt für die

³⁶ § 14 HGrG unterscheidet sich im Wortlaut von § 23 BHO nur insoweit, als er sich (gemäß § 1 HGrG) auf den Bund und die Länder bezieht, während sich § 23 BHO nur auf den Bund bezieht.

³⁷ § 26 Abs. 1 S. 1 HGrG unterscheidet sich im Wortlaut von § 44 Abs. 1 S. 1 BHO nur insoweit, als er sich (gemäß § 1 HGrG) auf den Bund und die Länder bezieht, während sich § 44 Abs. 1 S. 1 BHO nur auf den Bund bezieht.

³⁸ Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284).

³⁹ Dasselbe gilt für § 14 HGrG. Da zwischen beiden Normen keine inhaltlichen Unterschiede bestehen und auch Rechtsprechung und Literatur keine unterschiedlichen Interpretationen tragen, wird in diesem Gutachten im Folgenden nur noch von der Lage nach der BHO gesprochen. Diese steht aber jeweils in Verbindung mit der Lage nach dem HGrG.

⁴⁰ Ganz allgemein gilt, dass eine Konkretisierung des Zuwendungsrechts durch Rechtsprechung weitgehend fehlt, s. Dittrich, BHO, 61. AL Juli 2021, § 23 Rn. 2.1.

⁴¹ Die Schlussfolgerungen in den Bemerkungen erwachsen nicht in Rechtskraft und sind auch nicht unmittelbar durchsetzbar (Schwarz, in: Gröpl [Hrsg.], Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 97 Rn. 3 m.w.N.; s. auch Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. I. 5. c) Rn. 98); das gilt auch dann, wenn der Bundesrechnungshof in seinen Bemerkungen gemäß § 97 Abs. 2 Nr. 2 BHO mitteilt, in welchen Fällen von Bedeutung die für die Haushalts- und Wirtschaftsführung geltenden Vorschriften und Grundsätze nicht beachtet worden sind. Ungeachtet dessen bezieht die umfassende Auseinandersetzung mit der in diesem Gutachten zu beantwortenden Fragen auch die Perspektive des Bundesrechnungshofes ein. Allerdings sind, wie ausgeführt, keine vertiefenden Erörterungen des Bundesrechnungshofes mit den hier relevanten Themen ersichtlich.

⁴² Dazu oben 6.2.

⁴³ Der Regierungsentwurf des § 23 BHO ist im Gesetzgebungsverfahren nicht verändert worden; dasselbe gilt (abgesehen von der Gesetzesziffer) für § 14 HGrG, der Teil desselben Gesetzgebungspaketes war (s. näher BT-Drucks. V/3040 vom 21. Juni 1968, S. 5, 15; BT-Drucks. V/4378 vom 12. Juni 1969, S. 10, BT-Drucks. V/4379 vom 12. Juni 1969, S. 10, S. 7); die Zuwendungsregelung wurde auch in der zweiten und dritten Lesung nicht näher erörtert, vgl. Plenarprotokoll der 243. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 26. Juni 1969, S. 13506 (A) ff. In der Gesetzesbegründung zu § 23 BHO beziehungsweise zu (dem heutigen) § 14 HGrG heißt es (soweit für dieses Gutachten relevant) lediglich: „Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Verwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen) haben seit jüngerer Zeit eine zunehmende Bedeutung erlangt, die es rechtfertigt, bereits für die Veranschlagung notwendige Regeln aufzustellen. Nach § 6 dürfen nur solche Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen in den Haushaltsplan eingestellt werden, die zur Erfüllung staatlicher Aufgaben erforderlich sind. Dementsprechend dürfen nach § 15 Zuwendungen nur veranschlagt werden, wenn der Staat an der Erfüllung bestimmter Zwecke gerade durch Stellen außerhalb der Verwaltung ein erhebliches Interesse hat und wenn dieses Interesse ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.“ (BT-Drucks. V/3040 vom 21. Juni 1968, S. 61 in Verbindung mit S. 51).

⁴⁴ Mayer, Der Zuwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555 (556).

Tatbestandsmerkmale „Subsidiaritätsprinzip“ und „erhebliches Bundesinteresse“ (dazu unten). Entscheidend ist daher ein klares Verständnis des Zuwendungszwecks im Sinne des § 23 BHO.

Es fehlt an einer (haushalts-)rechtlichen Definition, was mit dem Zuwendungszweck genau gemeint ist.⁴⁵ Im Ergebnis gilt: **Zuwendungszweck ist jenes Ergebnis, das durch den Zuwendungsbescheid festgesetzt ist, durch den Zuwendungsempfänger herbeigeführt werden kann und ihn zum Behaltendürfen der Zuwendung berechtigt.** Daraus folgt, wie unten näher ausgeführt wird: **Das erhebliche Bundesinteresse an einem bestimmten technologischen, klimaa- oder sozialpolitischen Zustand muss deutlich vom Zuwendungszweck unterschieden werden, um eine Konturlosigkeit des Tatbestandsmerkmals des Zuwendungszwecks zu vermeiden.**

Als normative Ausgangspunkte der Auslegung des Zuwendungszwecks gelten: Erstens muss der Zuwendungszweck durch den Zuwendungsempfänger erreicht werden.⁴⁶ Zweitens muss der Zuwendungszweck im Zuwendungsbescheid genau bezeichnet werden (können).⁴⁷ Drittens ist der Zuwendungszweck die Grundlage für die Kontrolle des Erfolgs des Vorhabens/Förderprogramms.⁴⁸ Viertens kennt die VV-BHO eine Differenzierung zwischen der „Prüfung der Verwendung“⁴⁹ und der „Erfolgskontrolle“⁵⁰.

Anerkannt ist weiter, dass analytisch zwischen dem „gegenständlichen Verwendungszweck“⁵¹ und dem „Förderziel“ unterschieden werden kann:⁵² Der „**gegenständliche Verwendungszweck**“ betrifft die Durchführung eines geförderten Projekts⁵³, beantwortet die Frage, „wofür“ die Zuwendung erfolgt⁵⁴ und ist Gegenstand der „Prüfung der Verwendung“ nach VV-BHO Nr. 11. Das „**Förderziel**“ hingegen betrifft die mit der Zuwendung beabsichtigte Wirkung⁵⁵, beantwortet die Frage, „wozu“ die Zuwendung erfolgt⁵⁶ und ist Gegenstand der „Erfolgskontrolle“ nach VV-BHO Nr. 11a. Zur Verdeutlichung der Unterscheidung sei folgendes Beispiel in Anlehnung an ein jüngst ergangenes Urteil genannt: Das Gericht verneinte einen behördlichen Rückforderungsanspruch, da der Zuwendungsempfänger eine Wiederaufforstung nach dem Orkan „Kyrill“ durch Anpflanzung neuer Bäume (gegenständlicher Verwendungszweck) vorgenommen hatte; dass (aufgrund von Wildverbiss usw.) dennoch kein Zustand der Kultursicherung des Forstes (Förderziel) erreicht wurde, war unerheblich.⁵⁷

⁴⁵ Mayer, Der Zuwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555 (556).

⁴⁶ § 23 BHO: „durch solche Stellen“; Mayer, Der Zuwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555 (556).

⁴⁷ VV-BHO Nr. 4.2.3 Spiegelstrich 1 S. 1 zu § 44; Dittrich, BHO, 61. AL Juli 2021, § 44 Rn. 22.

⁴⁸ VV-BHO Nr. 4.2.3 Spiegelstrich 1 S. 1 zu § 44; Dittrich, BHO, 61. AL Juli 2021, § 44 Rn. 22.

⁴⁹ VV-BHO Nr. 11 zu § 44.

⁵⁰ VV-BHO Nr. 11a zu § 44.

⁵¹ Zur Terminologie: Im Interesse einer klar definierten Begriffsverwendung folgt dieses Gutachten der Begrifflichkeit von Mayer, Der Zuwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555. Die entsprechende Begriffsverwendung wird in diesem Gutachten näher dargestellt. Dies ist bei der Auslegung des Zuwendungszwecks nach § 23 BHO und den VV-BHO (etwa VV-BHO Nr. 4.2.3 S. 1 zu § 23) zu beachten – das Haushaltsrecht selbst sieht keine Definition des „Zuwendungszwecks“ vor. Dittrich, BHO, 61. AL Juli 2021, § 44 Rn. 22.3 wiederum meint mit „Zuwendungszweck“ nur jenen Aspekt, den Mayer, a.a.O., als „gegenständlichen Verwendungszweck“ bezeichnet. Noch komplizierter wird die (Begriffs-)Lage, wenn in der Rechtsprechung vom primären (Subventions-)Zweck die Rede ist, der vom Zuwendungsempfänger zu erfüllen sei im Unterschied zum sekundären (Subventions-)Ziel, s. Oberverwaltungsgericht Koblenz, Urteil vom 22. September 2020 – 8 A 10652/20 –, juris Rn. 40 ff. Für die Zwecke dieses Gutachtens kommt es auf die unterschiedlichen Konzeptionen von „Zuwendungszweck“ nicht an, wie im Gutachten ausgeführt wird. Der Hinweis auf die unterschiedliche Begriffsverwendung in dieser Fußnote dient daher nur der Erleichterung der Nachvollziehbarkeit der angegebenen Quellen.

⁵² Mayer, Der Zuwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555 (556 f.); Dittrich, BHO, 61. AL Juli 2021, § 44 Rn. 22.3; Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. III. 3. Rn. 218. Dittrich und Müller/Richter/Ziekow verwenden andere Begriffe und Dittrich lehnt ausdrücklich eine Inkorporierung des Förderziels in den Begriff des Zuwendungszwecks ab. Die analytische Trennung zwischen den beiden Ebenen Zweck und Ziel tragen aber auch diese Autoren.

⁵³ Mayer, Der Zuwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555 (656, 657).

⁵⁴ Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. III. 3. Rn. 218 Fn. 755 m.w.N.

⁵⁵ Mayer, Der Zuwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555 (656, 657).

⁵⁶ Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. III. 3. Rn. 218 Fn. 755 m.w.N.

⁵⁷ Oberverwaltungsgericht Koblenz, Urteil vom 22. September 2020 – 8 A 10652/20 –, juris Rn. 40 ff. Das Urteil ist weniger als grundsätzlicher Streit um den Verwendungszweckbegriff zu verstehen, sondern als Streit darüber werden, was genau der konkrete Zuwendungsbescheid forderte. Dessen ungeachtet ist der Fall als Konkretisierung des zugrundeliegenden Problems der Unterscheidung von „gegenständlichem Verwendungszweck“ und „Förderziel“ erhellend.

Umstritten ist in der Literatur jedoch, was aus dieser Differenzierung zwischen „gegenständlichem Verwendungszweck“ und „Förderziel“ folgt. Dittrich vertritt die Auffassung, das Förderziel sei nicht Bestandteil des Verwendungszwecks.⁵⁸ Mayer vertritt demgegenüber die Auffassung, der Verwendungszweck umfasse als Teilelemente den „gegenständlichen Verwendungszweck“ (also die Durchführung eines bestimmten Projekts) und das „Förderziel“ (also die beabsichtigte Wirkung).⁵⁹ Dabei fordert Mayer jedoch eine Operationalisierung des Förderziels – das Förderziel müsse dem Zuwendungsempfänger im Zuwendungsbescheid aufgegeben und zur Grundlage für das Behaltendürfen der Zuwendung gemacht werden.⁶⁰ Ergänzend ist anzumerken, dass auch Teile der Rechtsprechung es grundsätzlich für möglich halten, dass Förderziele den Verwendungszweck „mitbestimmen“ können.⁶¹

Die Frage kann für die Zwecke dieses Gutachtens im Ergebnis jedoch offenbleiben. Denn beide Auffassungen erlauben nicht, dass ein erhebliches Bundesinteresse (also das Förderziel) im Ergebnis den Verwendungszweck überformen würde. Egal, wie gewichtig das (politisch festgesetzte) Bundesinteresse sein mag, das als Förderziel formuliert werden kann: Es vermag nicht die Vorgabe des § 23 BHO zu modifizieren, wonach **eine Zuwendung nur rechtmäßig ist, wenn das vom Zuwendungsempfänger Vorgenommene ohne die Zuwendung nicht erfolgt wäre – mag auch die Vornahme selbst in hohem Maße einem Förderziel entsprechen.**⁶²

§ 23 BHO – Grundlagen II: Subsidiaritätsprinzip

In § 23 BHO kommt das **Subsidiaritätsprinzip** zum Ausdruck,⁶³ welches das Zuwendungsrecht prägt.⁶⁴ Das Subsidiaritätsprinzip ist eine rechtsverbindliche und gerichtlich voll nachprüfbar Schranke für die Zuwendungsgewährung⁶⁵. Gegenstand gerichtlicher Kontrollen waren bisher allerdings nicht die Voraussetzungen einer Zuwendungsgewährung, sondern die Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Zuwendungsgewährung.⁶⁶ Insoweit lassen sich in den wenigen gerichtlichen Entscheidungen zum Subsidiaritätsprinzip keine für dieses Gutachten relevanten Ausführungen finden.

Das Subsidiaritätsprinzip statuiert den Grundsatz der nachrangigen Hilfe.⁶⁷ Danach darf die öffentliche Hand nur ergänzend dort finanziell tätig werden, wo die private Leistungsfähigkeit des

⁵⁸ Dittrich, BHO, 61. AL Juli 2021, § 44 Rn. 22.3 – 22.6: die VV-BHO unterscheidet beide Bereiche (VV-BHO Nr. 11 zu § 44 BHO einerseits, VV-BHO Nr. 11a zu § 44 andererseits); der Zuwendungsempfänger sei nicht verpflichtet, das Förderziel zu erreichen; eine Auferlegung des Förderziels sei praktisch nicht handhabbar und förderpolitisch nicht sinnvoll.

⁵⁹ Mayer, Der Verwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555 passim. Mayer war jedenfalls zum Zeitpunkt des Erscheinens dieses Aufsatzes Regierungsdirektor im Bundesrechnungshof und dort im Grundsatzprüfungsgebiet für das Haushaltsrecht tätig.

⁶⁰ Mayer, Der Verwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555 (558, 559 ff.).

⁶¹ Oberverwaltungsgericht Magdeburg, Beschluss vom 20. Januar 2011 – 1 L 77/10 –, juris Rn. 8; a.A. (jedenfalls in konkreten Einzelfällen)

Oberverwaltungsgericht Koblenz, Urteil vom 22. September 2020 – 8 A 10652/20 –, juris Rn. 40 ff., 47.

⁶² Denn: Bei Dittrich, BHO, 61. AL Juli 2021, § 44 Rn. 22.3 – 22.6 (vgl. auch Dittrich, BHO, 56. AL Januar 2019/54. AL Januar 2018/57. AL Juli 2019, § 44 Rn. 57 ff.) steht das Förderziel neben dem Verwendungszweck; die Erreichung des Förderziels (die im Rahmen der Erfolgskontrolle nach VV-BHO Nr. 11a zu § 44 zu prüfen ist) liegt in der „Risikosphäre“ der Verwaltung – für den Verwendungszweck kommt es nach seiner Auffassung von Anfang an nur auf den „gegenständlichen Verwendungszweck“ an (in der Terminologie von Mayer, die in diesem Gutachten verwendet wird). Für Mayer, Der Verwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555 (557, 559 ff.) ist das Förderziel zwar Teil des Verwendungszwecks; das Erreichen des Förderziels liegt also in dem Maße, in dem das Förderziel im Zuwendungsbescheid konkretisiert wurde, in der „Risikosphäre“ des Zuwendungsempfängers. Damit öffnet sich die Auffassung von Mayer etwas dafür, die (politischen) Förderziele unmittelbar zum Bezugspunkt der Prüfung des Verwendungszwecks im Rahmen des Forderns und Förderns zu machen. Allerdings beschränken sich die Gestaltungsmöglichkeiten wieder mit Blick darauf, dass dies nur gilt, soweit der Zuwendungsempfänger das (politische) Förderziel durch sein Handeln erreichen kann.

⁶³ S. nur Verwaltungsgericht Braunschweig, Urteil vom 15. Mai 2007 – 6 A 64/06 –, juris Rn. 22.

⁶⁴ Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. II. 1. Rn. 110 m.w.N.

⁶⁵ Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 3. September 2015 – 16 K 2428/14 –, juris Rn. 26 (vgl. auch Rn. 33); Oberverwaltungsgericht Koblenz, Urteil vom 23. August 2011 – 2 A 10453/11 –, juris Rn. 31; Verwaltungsgericht Braunschweig, Urteil vom 15. Mai 2007 – 6 A 64/06 –, juris Rn. 22.

⁶⁶ Etwa Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 3. September 2015 – 16 K 2428/14 –, juris. Im Ergebnis ähnlich Dittrich, BHO, 61. AL Juli 2021, § 23 Rn. 2.1: fehlende Rechtsprechung außerhalb von Rückforderungsfällen.

⁶⁷ Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 6.1; näher Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A.III. 5. Rn. 231 ff.

Leistungsempfängers zur Erreichung des öffentlichen Zwecks nicht ausreicht.⁶⁸ Anders formuliert hat nach dem Subsidiaritätsprinzip

„[...] der Zuwendungsempfänger den Zuwendungszweck in erster Linie selbst zu finanzieren. Er muss zuerst und vor allem seine Eigenmittel einsetzen, um den Zweck zu erfüllen, und sich auch um alle erreichbaren Mittel Dritter bemühen. Verfügt er nicht über ausreichende Eigenmittel und nicht über genügend von dritter Seite zufließende Mittel, um den Zweck erfüllen zu können, kommt ergänzend eine Zuwendung in Betracht. Die Leistungen des Bundes dürfen nur bestehende Finanzierungslücken schließen helfen; sie haben nur subsidiären Charakter.“⁶⁹

Die Finanzierung des Zuwendungszwecks obliegt damit primär dem Zuwendungsempfänger, weil er an dieser Zweckerreichung ein eigenes Interesse hat.⁷⁰ Somit darf der Zuwendungsgeber seine Zuwendungen nur in dem Umfang zur Verfügung stellen, wie dies zur Erfüllung öffentlicher Zwecke unabdingbar ist.⁷¹ Im Mittelpunkt bisheriger Befassung mit dem Subsidiaritätsprinzip standen dabei etwa Fragen, welche Eigen- beziehungsweise Drittmittel der Antragsteller einbringen muss, bevor eine die Subsidiarität wahrende Zuwendung erfolgen darf.⁷²

Eine **Ausnahme** vom Vorrang der Eigenmittel wird dort anerkannt, wo Fördermittel eine **Anreizfunktion** haben.⁷³ Als Beispiel wird hierfür das **Marktanreizprogramm des BMWK zur Förderung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien** genannt.⁷⁴ Diese Ausnahme ermöglicht daher auch die Förderung finanzstarker Zuwendungsempfänger.⁷⁵

Weitere Ausnahmen gelten für bestimmte Ausprägungen des Subsidiaritätsprinzips. Der Grundsatz der Teil- statt der Vollfinanzierung⁷⁶ darf etwa durchbrochen werden, wenn die Erfüllung des Zwecks in dem notwendigen Umfang nur bei Übernahme sämtlicher zuwendungsfähiger Ausgaben durch den

⁶⁸ Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 56.

⁶⁹ Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 3. September 2015 – 16 K 2428/14 –, juris Rn. 24 m.w.N.; ähnlich Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 6.1. Ähnlich auch Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2015 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, BT-Drucksache 18/6600 vom 16. November 2015, S. 232: „Der Zuwendungsempfänger muss alles in seinen Kräften [S]tehende tun, um sein Vorhaben zunächst aus eigenen Mitteln zu erfüllen. Hat er keine ausreichenden Eigenmittel, kann nachrangig und ergänzend eine Zuwendung gewährt werden (Subsidiaritätsprinzip).“, oder Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Hrsg.), Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen – Typische Mängel und Fehler im Zuwendungsbereich, 2. Aufl. 2016, S. 38 f. Auch die Ausgestaltung der konkreten Gewährung von Zuwendungen ist nach den VV-BHO vom Gedanken geprägt, nur auf die jeweils nachrangigste Art zu fördern (rückzahlbare Zuwendungen vor nicht-rückzahlbaren Zuwendungen [VV-BHO Nr. 1.1 S. 2 zu § 44]; grundsätzlich nur Teil- statt Vollfinanzierung [VV-BHO Nr. 2.2 § 44] usw.); weitere Beispiele finden sich bei Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 6.2.

⁷⁰ Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. II. 1. Rn. 111.

⁷¹ Oberverwaltungsgericht Münster, Urteil vom 31. August 2012 – 4 A 119/07 –, juris Rn. 86; Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 3. September 2015 – 16 K 2428/14 –, juris Rn. 22 f.

⁷² Aus der Perspektive der (gerichtlich bestätigten) **Ablehnung von Zuwendungen mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip** etwa Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 3. September 2015 – 16 K 2428/14 –, juris Rn. 15 ff.: Der klagende Sportverband habe seine Finanzmittel nicht prioritär in den Leistungssport investiert, weswegen der Staat dann auch keine Zuwendung gewähren müsse. Aus der gegenteiligen Perspektive der Gewährung von **Zuwendungen, die der Bundesrechnungshof aber für unvereinbar mit dem Subsidiaritätsprinzip hielt**, s. etwa Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2012 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, BT-Drucksache 17/11330 vom 12. November 2012, S. 228 f. (Bemerkung 39): Das Bundesministerium habe nicht untersucht, ob das geförderte Unternehmen aus eigenem Interesse und ohne Förderung des Bundes zentrale Umrichter habe bauen und finanzieren können; die Kritik gelte gerade auch mit Blick auf 500 Mio. EUR Eigenmittel des Unternehmens; Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2015 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, BT-Drucksache 18/6600 vom 16. November 2015, S. 232 f. (Bemerkung 54): Die Bundesbehörde habe nicht die Finanzkraft des zu begünstigenden Vereins berücksichtigt und nicht gefordert, dass der Verein bei der Finanzierung seiner Vorhaben eigene Mittel im vorgeschriebenen Umfang einbringe.

⁷³ Etwa Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 3. Februar 2011 – 16 K 5907/09 –, juris Rn. 34: „Dabei ist anerkannt, dass dem Subsidiaritätsgebot je nach Zielrichtung einzelner Förderprogramme dadurch Genüge getan werden kann, dass – gerade im Bereich der Projektförderung – durch die zugewendeten Mittel eine Anreizfunktion auf den Empfänger ausgeübt wird, solche Zwecke zu verfolgen, die im Bundesinteresse liegen und ohne diesen Anreiz nicht verwirklicht würden.“ Aus der Literatur s. nur Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 6.3.

⁷⁴ Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 6.3.

⁷⁵ Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 6.3; vgl. auch Dittrich, BHO, 56. AL Januar 2019, § 44 Rn. 24.9 zur Anteilsfinanzierung als Anreiz bei finanzstarken Zuwendungsempfängern.

⁷⁶ VV-BHO Nr. 2.2 zu § 44.

Bund möglich ist und der Zuwendungsempfänger an der Erfüllung des Zuwendungszwecks kein wirtschaftliches Interesse hat.⁷⁷

Eine nähere Konkretisierung des Subsidiaritätsprinzips, die für ein Fordern und Fördern angewendet werden könnte, hat sich aber in Rechtsprechung und Literatur bisher nicht ergeben.

§ 23 BHO – Grundlagen III: Erhebliches Bundesinteresse

Neben dem Subsidiaritätsprinzip⁷⁸ erfordert eine Zuwendung nach § 23 BHO auch ein **erhebliches Interesse des Bundes** an der Zuwendungszweckerfüllung:

- Bezugsobjekt dieses Interesses ist weder die finanzielle Zuwendung als solche noch das finanzierte Projekt, sondern die dahinter stehende Erfüllung eines bestimmten Zwecks.⁷⁹ Die Förderung darf kein Selbstzweck sein, etwa um bei den Bürgerinnen und Bürgern lediglich eine bestimmte Haltung hervorzurufen.⁸⁰
- Das Interesse muss **erheblich** sein. Dies wird dahingehend interpretiert, dass die Erfüllung des Zwecks der Aufgabenstellung und Zielsetzung des Bundes in besonderem Maße dienlich und dabei zu erwarten ist, dass mit möglichst geringen Zuwendungsmitteln ein optimaler Erfolg erzielt wird.⁸¹ Es müssen also besondere Gesichtspunkte hinzutreten.⁸² Dabei ist anerkannt, dass es sich bei der **Bestimmung des erheblichen Bundesinteresses** um **politische Wertungen** handelt.⁸³ Das erhebliche Bundesinteresse muss damit zwar formal dargelegt werden; eine weitere rechtliche Kontrolle besteht darüber hinaus kaum.⁸⁴

Zentral: Unterscheidung des erheblichen Bundesinteresses und des Zuwendungszwecks

Entscheidend für den Komplex des Forderns und Förderns ist, das erhebliche Bundesinteresse an bestimmten technologischen, klima- oder sozialpolitischen Fragen deutlich vom Zuwendungszweck zu unterscheiden: Das Bundesinteresse, also das Förderziel, modifiziert nicht die Prüfung, ob ohne die Zuwendung das vom Zuwendungsempfänger Vorzunehmende nicht erreicht würde.

Insoweit wäre es ein Fehlschluss anzunehmen, die (politische, rechtliche) Bedeutung/Gewichtung bestimmter Bundesinteressen hätte eine Auswirkung auf die Gestaltungsoptionen des Forderns und Förderns. Der neuralgische Punkt beim Thema Fordern und Fördern dürfte regelmäßig nicht in der Begründung des erheblichen Bundesinteresses an bestimmten Entwicklungen liegen.

Die Herausforderung liegt regelmäßig vielmehr in der Darlegung, dass der Zuwendungsempfänger es

⁷⁷ VV-BHO Nr. 2.4 S. 1 und 2 zu § 44.

⁷⁸ Subsidiaritätsprinzip und das erhebliche Bundesinteresse stehen nebeneinander, s. Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 26 und § 44 Rn. 53 ff.; Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Hrsg.), Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen – Typische Mängel und Fehler im Zuwendungsbereich, 2. Aufl. 2016, S. 32.

⁷⁹ Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 28.

⁸⁰ Vgl. Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 55.

⁸¹ Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 31 und Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen – Typische Mängel und Fehler im Zuwendungsbereich, 2. Aufl. 2016, S. 32, jeweils unter Verweis auf Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 7. Mai 1975 – VII C 37/73 –, juris (insbesondere Rn. 24); Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. III. 4 Rn. 225.

⁸² Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 5.3. S. für Fälle, in denen der Bundesrechnungshof ein erhebliches Interesse verneint hat, Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Hrsg.), Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen – Typische Mängel und Fehler im Zuwendungsbereich, 2. Aufl. 2016, S. 34.

⁸³ Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 5.3; Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 26; Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. Grundlagen Rn. 225 m.w.N.

⁸⁴ Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 23 Rn. 26.

in der Hand hat, bestimmte Zuwendungswecke durch die Vornahme einer Maßnahme zu erreichen, die er ohne die Zuwendung nicht vornehmen würde.

Grundsätzliche Folgerungen zur Parallelität von Fordern und Fördern

Aus den ausgeführten haushaltsrechtlichen Grundlagen können nach hier vertretener Auffassung allgemeine Konsequenzen für die Parallelität von Fordern und Fördern im Gebäudebereich auf Ebene des Bundesrechts abgeleitet werden.

Grundlegend ist nach Auffassung dieses Gutachtens, dass allgemein ein erhebliches Bundesinteresse an einer Verstärkung von Gebäudeenergieeffizienzmaßnahmen besteht. Hierzu muss die **Verpflichtung des Staates zum Klimaschutz** berücksichtigt werden, wie sie jüngst das **Bundesverfassungsgericht** als Inhalt von Art. 20a GG herausgearbeitet hat.⁸⁵ Dabei kommt dem **Zeitmoment** beim Klimaschutz eine besondere (auch rechtliche) Bedeutung zu.

Das Bundesverfassungsgericht betont in seinem Beschluss, „dass die Grundrechte des Grundgesetzes als intertemporale Freiheitssicherung vor Regelungen schützen, die solchen Verbrauch [verbleibender CO₂-Mengen] zulassen, ohne dabei hinreichend Rücksicht auf die hierdurch gefährdete künftige Freiheit zu nehmen“⁸⁶. Weiter führt das Bundesverfassungsgericht aus:

*„Praktisch verlangt die Schonung künftiger Freiheit hier den Übergang zu Klimaneutralität **rechtzeitig einzuleiten. In allen Lebensbereichen** – etwa Produktion, Dienstleistung, Infrastruktur, Verwaltung, Kultur und Konsum, letztlich bezüglich aller heute noch CO-relevanten Vorgänge – **müssen Entwicklungen einsetzen**, die ermöglichen, dass von grundrechtlicher Freiheit auch später noch, dann auf der Grundlage CO-freier Verhaltensalternativen, gehaltvoll Gebrauch gemacht werden kann. Allerdings wäre **der Staat weder in der Lage noch ist es allein seine Aufgabe, alle technologischen und sozialen Entwicklungen zur Ersetzung und Vermeidung von treibhausgasintensiven Prozessen und Produkten und den Ausbau hierfür erforderlicher Infrastrukturen selbst zu erbringen. Es könnte dem Gesetzgeber auch kaum gelingen, die erforderlichen Entwicklungen konkret vorzugeben. Verfassungsrechtlich verpflichtet ist er aber, grundlegende Voraussetzungen und Anreize dafür zu schaffen**, dass diese Entwicklungen einsetzen [...]. Auch insoweit stehen dem Gesetzgeber Gestaltungsspielräume offen. Das Grundgesetz gibt nicht im Einzelnen vor, was zu regeln ist, um Voraussetzungen und Anreize für die Entwicklung klimaneutraler Alternativen zu schaffen. Grundlegend hierfür und damit für eine vorausschauende Schonung künftiger Freiheit ist allerdings, dass der Gesetzgeber einer **möglichst frühzeitigen Einleitung der erforderlichen Entwicklungs- und Umsetzungsprozesse** auch für die Zeit nach 2030 Orientierung bietet und diesen damit zugleich ein hinreichendes Maß an Entwicklungsdruck und Planungssicherheit vermittelt.“⁸⁷*

⁸⁵ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 u.a. –, juris Rn. 196 ff.

⁸⁶ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 u.a. –, juris Rn. 122 (vgl. auch Rn. 183).

⁸⁷ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 u.a. –, juris Rn. 248 f.; Hervorhebungen hinzugefügt.

Diese Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts beschränken sich nach hier vertretener Auffassung nicht auf den Gesetzgeber, sondern sind Aufgabe jeder staatlichen Gewalt, also auch der Exekutive.

Dieses erhebliche Bundesinteresse an Klimaschutzmaßnahmen darf aber nicht dahingehend ausgelegt werden, als wäre damit allein die entscheidende Weichenstellung für Fragen des Forderns und Förderns getroffen. Zentral für die Bewertung, ob beziehungsweise inwieweit Zuwendungen neben dem Bestehen gebäuderechtlicher Pflichten möglich sind, bleibt eine genaue **Bestimmung des Zuwendungszwecks** im Sinne des § 23 BHO. Entscheidend ist, dass mit einer solchen Zuwendungsbestimmung eine Abgrenzung von derjenigen Situation ermöglicht wird, wie sie infolge der Verpflichtungen nach dem GEG eintritt. Das Tatbestandsmerkmal in § 23 BHO „ein **erhebliches Interesse** [...], das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann“ **darf somit nicht dahingehend ausgelegt werden, als läge das zentrale Problem** der Parallelität von Fordern und Fördern **in der Bestimmung beziehungsweise Wichtigkeit des erheblichen Bundesinteresses**. Das erhebliche Bundesinteresse ist letztlich eine binär codierte Frage: Liegt ein (politisch bestimmtes) erhebliches Bundesinteresse vor, ist dies der Bezugspunkt für den Zuwendungszweck und damit für die Zuwendungsmöglichkeiten. Das erhebliche Bundesinteresse spiegelt hingegen keine Je-desto-Relation wider nach dem Prinzip „je gewichtiger das erhebliche Bundesinteresse, desto geringere Anforderungen sind an einen Zuwendungszweck zu stellen, der ohne Zuwendung nicht erreicht würde“.

Es begegnet daher Bedenken, wenn in den Stellungnahmen von Klinski⁸⁸ sowie Klug et al.⁸⁹ relativ abstrakt im Anschluss an die Annahme eines erheblichen Bundesinteresses beispielhaft Förderungsmöglichkeiten aufgezählt werden, ohne darzulegen, wie genau der (gegenständliche) Zuwendungszweck im Sinne des § 23 BHO so zu bestimmen ist, dass ein Fördern neben dem Fordern möglich sein soll. Hierbei besteht die Gefahr, dass mit dem Fokus auf dem Bundesinteresse (also dem Förderziel) die übrigen Voraussetzungen des § 23 BHO übersehen werden.

Auch wenn die Erfüllung einer GEG-Verpflichtung daher einem hohen Stellenwert entsprechen mag, kann dies allein keine Zuwendung rechtfertigen. Diese Vorgabe gilt allerdings nur nach dem geltenden Haushaltsrecht – eine Anpassung von § 14 HGrG, um neue Formen der Zuwendungen zu ermöglichen, bleibt dem Gesetzgeber natürlich unbenommen.

Zum **Verhältnis zwischen Zuwendungen und Rechtspflichten muss somit als Ausgangspunkt gelten, dass dem Grunde nach ein rechtlich gefordertes Verhalten nicht förderfähig ist**. Wird ein bestimmter Zweck ohnehin erreicht, weil dies den Bürgerinnen und Bürgern als Rechtspflicht aufgegeben ist (beziehungsweise deren Befolgung mit ordnungsrechtlichen Mitteln erzwungen werden kann), gibt es kein über diese Zweckerreichung hinausgehendes Bundesinteresse an der Zweckerreichung, das ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt würde. Eine entsprechende staatliche Ausgabe wäre nicht notwendig und damit nicht wirtschaftlich, verstieße also gegen das Subsidiaritätsprinzip⁹⁰. Ausgehend von der Grundidee des Zuwendungsrechts, Bürgerinnen und Bürger bei Aufgaben zu unterstützen, die sie für sich selbst angenommen haben,⁹¹

⁸⁸ Klinski, Zu den Möglichkeiten der öffentlichen Förderung im Bereich bestehender gesetzlicher Pflichten („Fördern trotz Fordern“), finale Fassung vom 9. März 2021, S. 4.

⁸⁹ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 12 f.

⁹⁰ Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. II. 1. Rn. 110.

⁹¹ Mayer, Der Zuwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555 (556).

scheidet eine Unterstützung bei Aufgaben, die Bürgerinnen und Bürger durch gesetzliche Pflicht erfüllen müssen, grundsätzlich aus.

Korrespondierend zu diesem Ausgangsbefund kommen auch die wenigen bestehenden Ausführungen zu diesem Thema entsprechend lakonisch daher. So forderte der **Bundesrechnungshof** beispielsweise in einem Fall das zuständige Bundesministerium ohne vertiefende Ausführungen auf, bei seinen Zuwendungen auszuschließen, dass Maßnahmen gefördert würden, die für die Güterkraftverkehrsunternehmen oder die Fahrerinnen und Fahrer verbindlich vorgeschrieben seien.⁹²

Nach Auffassung dieses Gutachtens ist es aber **gut vertretbar, mit Blick auf die besonderen Klimaschutzpolitischen Herausforderungen neue Wege im Zuwendungsrecht zu gehen. Entscheidend** ist, einen **konkreten gegenständlichen Zuwendungszweck zu bestimmen**, der in genau dieser Form nicht schon durch die Erfüllung von GEG-Pflichten besteht. Besteht ein solcher Zuwendungszweck, kann der Tatbestand des § 23 BHO nach hier vertretener Auffassung so ausgelegt werden, dass er Zuwendungsformen nicht entgegensteht, auch wenn sich diese von den historisch überkommenen Formen der Zuwendung unterscheiden mögen. **Zuwendungsfähig** ist daher ein **Nebeneinander von Forderung und Förderung, soweit das zu fördernde Verhalten über das geforderte Verhalten hinausgeht**. Beispielsweise kann neben die Pflicht, einen bestimmten Anteil des Daches mit einer solartechnischen Anlage zu versehen, ein Förderprogramm für eine Anlage treten, die einen größeren Teil des Daches bedeckt – soweit sich die Förderung auf den rechtlich nicht geforderten Teil beschränkt.

Zuwendungen, die sich auf eine Maßnahme beziehen, die sowohl eine Rechtsverpflichtung umsetzt als auch darüber hinausgeht, werfen hingegen besondere Probleme auf. In bestimmten Konstellationen kann nach hier vertretener Auffassung ein solches **Miteinander von Forderung und Förderung** aber begründet werden, wie die **Beispiele unter 6.4** belegen.

Bindungswirkungen des Haushaltsrechts I: § 14 HGrG bindet den (Haushalts-)Gesetzgeber

Gemäß § 1 S. 2 in Verbindung mit S. 1 HGrG ist der Bund verpflichtet, sein Haushaltsrecht nach den Grundsätzen von Teil I (Vorschriften für die Gesetzgebung des Bundes und der Länder) des HGrG zu regeln. Zu diesem Teil I zählt auch § 14 HGrG.

Nach herrschender Auffassung **binden diese Grundsätze des HGrG den (Haushalts-)Gesetzgeber** infolge der besonderen Wirkung des Art. 109 Abs. 4 GG.⁹³ Als gemeinsam geltende Grundsätze für das Haushaltsrecht von Bund und Ländern ist der Bund an die von ihm selbst gesetzten Grundsätze des HGrG gebunden (solange er das HGrG nicht novelliert). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 109 Abs. 4 GG und entspricht dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers⁹⁴, der die

⁹² Bundesrechnungshof, Bemerkungen 2014 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes, BT-Drucksache 18/3300 vom 1. Dezember 2014, S. 243 f. (Bemerkung 39).

⁹³ Aus der Rechtsprechung etwa Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 19. Dezember 1996 – 3 C 1/96 –, juris Rn. 28; Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin, Urteil vom 22. November 2005 – 217/04 –, juris Rn. 63. Aus der Literatur etwa Heintzen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 120 Staatshaushalt Rn. 5; Kirchhof, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 121; Reimer, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber (Hrsg.), 48. Ed. Stand: 15.05.2021, Art. 109 Rn. 85; Kube, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Werkstand: 62. EL Mai 2011, Art. 109 Rn. 239 ff.; Gröpl, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, Einl. Rn. 25; Heintzen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 52; Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. 2020, Art. 109 Rn. 23; andere Auffassung: Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 100 f.

Zu Art. 109 Abs. 4 GG vgl. bereits im Kontext des finanzverfassungsrechtlichen Rahmens des Forderns und Förderns oben 6.3.1.

⁹⁴ S. zum Gesetzesentwurf BT-Drucksache V/3040 vom 21. Juni 1968, S. 38:

Norm 1969 in das Grundgesetz einfügte⁹⁵. Art. 109 Abs. 4 GG schafft eine als Verfassungsentscheidung hinzunehmende **Sonderkonstellation im Normengefüge**:⁹⁶ Obwohl durch einfaches Bundesgesetz geschaffen, bindet das HGrG den Gesetzgeber. Dass diese Sonderkonstellation dogmatische Schwierigkeiten aufwirft, war bereits dem (Verfassungs-)Gesetzgeber bei der Schaffung der Norm bewusst.⁹⁷

Klug et al. bringen im Anschluss an eine Stimme der Literatur⁹⁸ Argumente **gegen eine Bindungswirkung** von § 14 HGrG vor.⁹⁹

Klug et al. folgern aus dem Charakter von Art. 109 Abs. 4 GG als Kompetenznorm, die der Konkretisierung durch einfaches Haushaltsrecht (nämlich des HGrG) bedürfe, dass der Bundesgesetzgeber vom Subsidiaritätsprinzip des § 14 HGrG abweichen könne.¹⁰⁰ Dies vermischt aber verschiedene Aspekte. In der Tat schafft Art. 109 Abs. 4 GG gerade die (im Normenaufbau außergewöhnliche) Kompetenz zur Schaffung eines Bundesgesetzes, das Bund und Länder gleichermaßen bindet. Daraus folgt aber gerade kein Recht zur Abweichung, **nachdem** der Gesetzgeber § 14 HGrG in Wahrnehmung der Kompetenz des Art. 109 Abs. 4 GG statuiert hat.

Weiter argumentieren Klug et al., aufgrund seines Rangs als einfaches Bundesgesetz könne das HGrG den nachfolgenden Gesetzgeber nicht binden; vielmehr gelte der allgemeine Grundsatz *lex posterior derogat legi priori*.¹⁰¹ Allerdings ist der *lex-posterior*-Grundsatz für die hier relevante Frage nicht einschlägig, weil mit dem HGrG einerseits und einem davon abweichenden konkreten Haushaltsgesetz/Fachgesetz andererseits Normen mit unterschiedlichem Rang verglichen werden. Der *lex-posterior*-Grundsatz regelt jedoch nur das Verhältnis zwischen gleichrangigen Normen. Insoweit gilt der Grundsatz der *lex posterior* durchaus auch im hier relevanten Kontext¹⁰² – nur nicht mit der Wirkung, die Klug et al. ihm beimessen wollen: Dem Gesetzgeber steht es frei, durch späteres Gesetz im Wege eines Zustimmungsgesetzes nach Art. 109 Abs. 4 GG den bisherigen § 14 HGrG zu ändern – etwa, um weitere Spielräume für klimapolitische Maßnahmen zu schaffen.¹⁰³ Der Gesetzgeber nur eines Haushaltsgesetzes oder eines Fachgesetzes kann sich hingegen nicht

„Das Grundsatzgesetz ist nicht allein an die Gesetzgeber der Länder gerichtet; es bindet vielmehr auch den Bundesgesetzgeber. Insoweit handelt es sich um einen neuartigen Fall der Grundsatzgesetzgebung des Bundes. Grundgesetzliche Grundsatz- und Rahmenvorschriften sind in ihrer Bindungswirkung insofern gleich, als sie sowohl unmittelbar geltendes Recht für Bund und Länder als auch Richtlinien für die Gesetzgeber setzen können; sie unterscheiden sich jedoch darin, daß — soweit sie Richtlinien für die Gesetzgeber enthalten — Rahmenvorschriften nur an die Landesgesetzgeber, Grundsatzvorschriften hingegen sowohl an den Bundesgesetzgeber als auch an die Landesgesetzgeber gerichtet sind.“

⁹⁵ Eingefügt als (mit dem heutigen Art. 109 Abs. 4 GG inhaltsgleicher) Art. 109 Abs. 3 GG durch das Zwanzigste Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 12. Mai 1969 (BGBl. I S. 357).

⁹⁶ S. dazu Kube, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Werkstand: 62. EL Mai 2011, Art. 109 Rn. 239: „In der Normenhierarchie des Grundgesetzes nimmt die Grundsatzgesetzgebung im Sinne von Art. 109 Abs. 4 GG eine Sonderstellung ein.“; Gröpl, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, Einl. Rn. 25: „bundesstaatliche Besonderheit“; Heintzen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 52; etwas anders, aber mit demselben Ergebnis: Heintzen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 120 Staatshaushalt Rn. 5 („[S]einen Grund [dass das HGrG auch den späteren Bundesgesetzgeber bindet] findet das nicht darin, daß Grundsatzgesetze eine normenhierarchisch eigene Kategorie wären, sondern darin, daß Art. 109 Abs. [4] GG dies materiell-rechtlich so anordnet.“); andere Auffassung: Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 100.

⁹⁷ MdB Dr. Althammer, Plenarprotokoll der 243. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 26. Juni 1969, S. 13508 (B), (C):

„Trotzdem hat sich daraus natürlich ein neues verfassungsrechtliches Problem ergeben. Denn dieses Haushaltsgrundsatzgesetz bringt eine neue Form der Gesetzgebung neben der ausschließlichen, der konkurrierenden und der Rahmengesetzgebung. Es ist eine Gesetzgebungsform, bei der Bund und Länder gemeinsam an Gesetze gebunden sind. Ich glaube aber, wir können zunächst einmal der Wissenschaft das Problem überlassen, wie sie diese neue Form der Gesetzgebung würdigt und einordnet.“

⁹⁸ Siekmann, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 100 ff.

⁹⁹ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 17 f.

¹⁰⁰ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 17.

¹⁰¹ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 17 f.

¹⁰² So zutreffend Kirchhof, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 122.

¹⁰³ Insoweit zutreffend Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 18.

über die Bindungswirkung des § 14 HGrG hinwegsetzen – hier besteht kein Anwendungsbereich für den lex-posterior-Grundsatz.¹⁰⁴ Denn genau die einheitliche Bindung für das Haushaltsrecht von Bund und Ländern ist die normative Aussage des Art. 109 Abs. 4 GG. Der Bund ist damit an die Achtung der Grundsätze des HGrG als Teil von Gesetz und Recht im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG gebunden, das den Rahmen und nicht den Gestaltungsgegenstand des Haushalts-/Fachgesetzgebers bildet.¹⁰⁵

Das Missverständnis, das die Grundlage der Argumentation von Klug et al. bildet, ist die Annahme, eine Sonderstellung von Normen zwischen Verfassungsrecht und einfachem Recht kenne die Normenhierarchie nicht.¹⁰⁶ Dieser Ansatz trägt jedoch nicht, da er sich über die Entscheidung des Verfassungsgebers hinwegsetzt. Mit einer solchen Argumentation würden bestimmte normentheoretische Vorstellungen von außen an die Verfassung herangetragen und ihr aufoktroiert. Hierfür gibt es kein normatives Argument: Die Verfassung des Grundgesetzes stellt ihre eigenen Normen auf, mögen diese wie Art. 109 Abs. 4 GG auch normenhierarchische Sonderfragen aufwerfen. Die materiellen Grenzen dessen, was die Verfassung regeln darf, ergeben sich aus Art. 79 Abs. 3 GG und nicht aus bestimmten theoretischen Erwartungen.

Zuletzt vermag auch das Argument von Klug et al. nicht zu tragen, § 14 HGrG (der im Teil I des HGrG enthalten ist) stelle nur einen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber dar, da im Unterschied zu Teil II des HGrG¹⁰⁷ Teil I nicht einheitlich und unmittelbar gelte.¹⁰⁸ Denn § 1 S. 2 HGrG verpflichtet den Bund, sein Haushaltsrecht nach den Grundsätzen von Teil I zu regeln. Wäre die Annahme von Klug et al. von der fehlenden Bindungswirkung richtig, wäre der Bundshaushaltsgesetzgeber auch an die anderen Grundsätze in Teil I des HGrG¹⁰⁹ nicht gebunden. Dies überzeugt allerdings nicht.

Bindungswirkungen des Haushaltsrechts II: Bindung des (Haushalts-)Gesetzgebers an das Subsidiaritätsprinzip

Der Haushaltsgesetzgeber ist bei der Aufstellung des jährlichen Haushaltsgesetzes zur Achtung des Subsidiaritätsprinzips verpflichtet. Die Ausführungen von Klug et al. zur Bindungswirkung der BHO sind zwar sachlich richtig, aber missverständlich. Es bedarf der nachfolgenden Klarstellung.

Klug et al. argumentieren, das jährliche Haushaltsgesetz stehe auf gleicher Normebene wie die BHO, so dass der Haushaltsgesetzgeber nach dem lex-posterior-Grundsatz nicht an das Subsidiaritätsprinzip des § 23 BHO gebunden sei.¹¹⁰

¹⁰⁴ Vgl. nur Gröpl, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, Einl. Rn. 25.

¹⁰⁵ Vgl. Kirchhof, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 121: „Selbstredend muss sich auch der Bundesgesetzgeber an die gesetzlichen Vorgaben halten, die er im Grundsätzegesetz regelt – er ist an Recht und Gesetz gebunden (Art. 20 Abs. 3). Er kann das Gesetz aber jederzeit ändern. Wenn der Gesetzgeber neue Grundsätze aufstellen will, entfaltet sich die stets nach dem besseren Recht suchende parlamentarische Demokratie. Das neue Gesetz muss aber – und dies betont Art. 109 Abs. 4 ausdrücklich – für Bund und Länder gemeinsam gelten.“ Vgl. auch Reimer, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber (Hrsg.), 48. Ed. Stand: 15.05.2021, Art. 109 Rn. 85: „Die Generalität der Haushaltsgrundsätze erfordert die unterschiedslose Geltung für den Bund und alle Länder [...]. Soweit der Bundesgesetzgeber, gestützt auf Art. 109 Abs. 4, den Ländern haushaltsrechtliche Vorgaben macht, muss er sich daher stets auch selber binden.“

¹⁰⁶ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 18.

¹⁰⁷ S. § 49 HGrG Grundsatz:

„Die Vorschriften dieses Teils [II] gelten einheitlich und unmittelbar für den Bund und die Länder.“

¹⁰⁸ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 18.

¹⁰⁹ Soweit sie nicht bereits verfassungsrechtlich radiziert sind – verfassungsrechtliche Haushaltsgrundsätze, die sich in Teil I widerspiegeln, gelten natürlich ohnehin.

¹¹⁰ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 18 f.

Dass der Haushaltsgesetzgeber nicht an das Subsidiaritätsprinzip des **§ 23 BHO** gebunden ist, trifft (bezogen auf die Normenhierarchie) zwar zu. Allerdings ist der Haushaltsgesetzgeber, wie ausgeführt, **an die mit § 23 BHO sachlich identischen Inhalte des § 14 HGrG gebunden**. Folglich ändert sich mit Blick auf die für dieses Gutachten relevanten **inhaltlichen** Vorgaben für die Möglichkeiten des Forderns und Förderns nichts.¹¹¹ Der (Haushalts-)Gesetzgeber ist nicht an das Subsidiaritätsprinzip des § 23 BHO, wohl aber an das Subsidiaritätsprinzip des § 14 HGrG gebunden. Denn zwar stehen die BHO und das jeweilige Haushaltsgesetz auf derselben Normstufe eines einfachen Bundesgesetzes, so dass der lex-posterior-Grundsatz Anwendung findet.¹¹² Dennoch muss sich der Haushaltsgesetzgeber im Rahmen des nach dem HGrG Zulässigen bewegen.¹¹³

Bindungswirkungen des Haushaltsrechts III: Subsidiaritätsprinzip bindet den Fachgesetzgeber

Das Subsidiaritätsprinzip bindet (jedenfalls im für das Fordern und Fördern relevanten praktischen Ergebnis) den Fachgesetzgeber. Dem Fachgesetzgeber ist daher verwehrt, durch Fachrecht einen Förderrahmen für Zuwendungen zu schaffen, der im Widerspruch zu den Inhalten von § 14 HGrG in Verbindung mit § 23 BHO steht.

Eine andere Auffassung vertreten Klinski¹¹⁴ und (sich ihm anschließend) Klug et al.¹¹⁵ Danach unterliege der Fachgesetzgeber (z.B. des GEG) keinen Bindungen an das haushaltsrechtliche Subsidiaritätsprinzip; er könne daher ein Nebeneinander von Fordern und Fördern nach Gesichtspunkten der politischen Sinnhaftigkeit oder Opportunität vorsehen.¹¹⁶

Dieser Ansatz vermag aber nicht zu überzeugen. Klinski folgert bereits zu Unrecht aus der gesetzgeberischen Möglichkeit, Leistungsansprüche zu schaffen, dass der Fachgesetzgeber grundsätzlich keinen Bindungen an das haushaltsrechtliche Subsidiaritätsprinzip unterliege.¹¹⁷ Richtig ist, dass Leistungsansprüche und Zuwendungen unterschiedlichen (haushaltsrechtlichen) Regelungen unterliegen; aus den Regelungen für Leistungsansprüche kann deswegen aber nichts für die Regelungen von Zuwendungen gefolgert werden (dazu ausführlich Kapitel 5).

Auch im Übrigen trägt die Argumentation nicht. Zwar verweisen Klinski¹¹⁸ und Klug et al.¹¹⁹ zutreffend darauf, dass sich das Haushaltsrecht (jedenfalls in erster Linie) an den Haushaltsgesetzgeber wendet: Art. 109 Abs. 4 GG ermächtigt den Bund, gemeinsam geltende Grundsätze für das Haushaltsrecht zu schaffen; § 1 S. 2 HGrG verpflichtet den Bund, sein Haushaltsrecht nach diesen Grundsätzen zu

¹¹¹ Anders für die Gesamtargumentation von Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 16 ff., die weder eine Bindung durch § 14 HGrG noch durch § 23 BHO noch (hilfsweise) auf den Fachgesetzgeber annehmen.

¹¹² Kube, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Werkstand: 70. EL Dezember 2013, Art. 110 Rn. 61; Tappe, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, Vorb. zu §§ 11 ff. Rn. 13.

¹¹³ Kube, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Werkstand: 70. EL Dezember 2013, Art. 110 Rn. 60; Tappe, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, Vorb. zu §§ 11 ff. Rn. 12; von Lewinski/Burbat, BHO, 2013, Einl. Rn. 25.

¹¹⁴ Klinski, Zu den Möglichkeiten der öffentlichen Förderung im Bereich bestehender gesetzlicher Pflichten („Fördern trotz Fordern“), finale Fassung vom 9. März 2021, S. 5 f.

¹¹⁵ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 19.

¹¹⁶ Klinski, Zu den Möglichkeiten der öffentlichen Förderung im Bereich bestehender gesetzlicher Pflichten („Fördern trotz Fordern“), finale Fassung vom 9. März 2021, S. 6. Ähnlich Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 19: „Bund und Länder unterliegen bei der Aufstellung von Fördergesetzen keinen haushaltsrechtlichen Einschränkungen.“

¹¹⁷ Klinski, Zu den Möglichkeiten der öffentlichen Förderung im Bereich bestehender gesetzlicher Pflichten („Fördern trotz Fordern“), finale Fassung vom 9. März 2021, S. 5 f.

¹¹⁸ Klinski, Zu den Möglichkeiten der öffentlichen Förderung im Bereich bestehender gesetzlicher Pflichten („Fördern trotz Fordern“), finale Fassung vom 9. März 2021, S. 5.

¹¹⁹ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 19.

regeln.¹²⁰ Ob aus alledem folgt, dass sich diese Vorgaben **ausschließlich** an den Haushaltsgesetzgeber richten, scheint fraglich: Erstens ist der Haushaltsgesetzgeber mit dem Fachgesetzgeber personenidentisch;¹²¹ zweitens scheint fraglich, ob es mit Art. 109 Abs. 4 GG vereinbar wäre, wenn der Fachgesetzgeber ein Gesetz erließe, das zwingend gegen die Haushaltsgrundsätze verstieße; damit würde sich der Fachgesetzgeber nämlich selbst in Wahrnehmung seiner Rolle als Haushaltsgesetzgeber vor das Dilemma stellen, entweder dem Fachgesetz jede Wirksamkeit zu nehmen (dazu sogleich) oder ein Haushaltsgesetz zu verabschieden, das mit dem HGrG unvereinbar wäre.

Auf diese Fragen kommt es praktisch betrachtet aber nicht an. Denn der **Haushaltsgesetzgeber** (an den sich das HGrG auch nach Auffassung von Klinski und Klug et al. richtet¹²²) muss das Subsidiaritätsprinzip achten. Selbst wenn der Fachgesetzgeber also ein Förderprogramm aufsetzen würde, das dem Subsidiaritätsprinzip widerspricht, **dürfte der Haushaltsgesetzgeber gemäß § 14 HGrG für ein solches Förderprogramm keine Mittel veranschlagen. Damit liefere das fachgesetzlich vorgesehene Förderprogramm in seiner Wirkung leer.**

6.3.3 Fachrechtlicher Rahmen nach dem GEG

Zusammenfassung

Die Vorschriften der §§ 89 – 91 GEG enthalten Regelungen zur finanziellen Förderung der Nutzung erneuerbarer Energien für die Erzeugung von Wärme oder Kälte und von Energieeffizienzmaßnahmen. Trotz mehrerer rechtlicher Unsicherheiten kann das GEG dahingehend ausgelegt werden, **dass eine Förderung der in § 89 S. 2 GEG genannten Bereiche möglich ist, soweit dadurch mehr als eine gesetzliche Pflicht umgesetzt wird** und soweit eine solche Förderung haushaltsrechtlich möglich ist.

Förderungsgrundlagen nach dem GEG

Teil 6 des GEG enthält Regelungen zur finanziellen Förderung der Nutzung erneuerbarer Energien für die Erzeugung von Wärme oder Kälte und von Energieeffizienzmaßnahmen. In den §§ 89 – 91 GEG heißt es:

§ 89 Fördermittel

Die Nutzung erneuerbarer Energien für die Erzeugung von Wärme oder Kälte, die Errichtung besonders energieeffizienter und die Verbesserung der Energieeffizienz

¹²⁰ Insoweit zutreffend (mit Betonung auf den Begriff „Haushaltsrecht“) Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 19; ähnlich Klinski, Zu den Möglichkeiten der öffentlichen Förderung im Bereich bestehender gesetzlicher Pflichten („Fördern trotz Fordern“), finale Fassung vom 9. März 2021, S. 6.

¹²¹ Vgl. auch Reimer, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber (Hrsg.), 48. Ed. Stand: 15.05.2021, Art. 109 Rn. 87: „Haushaltsgrundsätze sind ausschließlich sog. Innenrecht mit Wirkung für und gegen die öffentliche Hand.“ Hier ist nicht die Rede davon, dass sich die Wirkung nur auf die öffentliche Hand bei der Wahrnehmung **bestimmter** Aufgaben (als Haushaltsgesetzgeber) beziehe.

¹²² Klinski, Zu den Möglichkeiten der öffentlichen Förderung im Bereich bestehender gesetzlicher Pflichten („Fördern trotz Fordern“), finale Fassung vom 9. März 2021, S. 6; Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 19. Anzumerken ist allerdings, dass für Klug et al., a.a.O., insoweit wohl nur eine Hilfsargumentation vorliegt, da diese Studie davon ausgeht, dass auch § 14 HGrG nicht bindend sei (a.a.O., S. 17 f.). Dann ist es folgerichtig zu prüfen, ob sich eine Bindung allein aus § 23 BHO ergibt.

bestehender Gebäude können durch den Bund nach Maßgabe des Bundeshaushaltes gefördert werden. Gefördert werden können

- 1. Maßnahmen zur Nutzung erneuerbarer Energien für die Erzeugung von Wärme oder Kälte in bereits bestehenden Gebäuden nach Maßgabe des § 90,*
- 2. Maßnahmen zur Nutzung erneuerbarer Energien für die Erzeugung von Wärme oder Kälte in neu zu errichtenden Gebäuden nach Maßgabe des § 90, wenn die Vorgaben des § 91 eingehalten werden,*
- 3. Maßnahmen zur Errichtung besonders energieeffizienter Gebäude, wenn mit der geförderten Maßnahme die Anforderungen nach den §§ 15 und 16 sowie nach den §§ 18 und 19 übererfüllt werden, und*
- 4. Maßnahmen zur Verbesserung der Energieeffizienz bei der Sanierung bestehender Gebäude, wenn mit der geförderten Maßnahme die Anforderungen nach den §§ 47 und 48 sowie § 50 und nach den §§ 61 bis 73 übererfüllt werden.*

Einzelheiten werden insbesondere durch Verwaltungsvorschriften des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen geregelt.

§ 90 Geförderte Maßnahmen zur Nutzung erneuerbarer Energien

(1) Gefördert werden können Maßnahmen im Zusammenhang mit der Nutzung erneuerbarer Energien zur Bereitstellung von Wärme oder Kälte, insbesondere die Errichtung oder Erweiterung von

- 1. solarthermischen Anlagen,*
- 2. Anlagen zur Nutzung von Biomasse,*
- 3. Anlagen zur Nutzung von Geothermie und Umweltwärme sowie*
- 4. Wärmenetzen, Speichern und Übergabestationen für Wärmenutzer, wenn sie auch aus Anlagen nach den Nummern 1 bis 3 gespeist werden.*

(2) Vorbehaltlich weitergehender Anforderungen an die Förderung in den Regelungen nach § 89 Satz 3 ist

- 1. eine solarthermische Anlage mit Flüssigkeiten als Wärmeträger nur förderfähig, wenn die darin enthaltenen Kollektoren oder das System mit dem europäischen Prüfzeichen „Solar Keymark“ zertifiziert sind oder ist,*
- 2. eine Anlage zur Nutzung von fester Biomasse nur förderfähig, wenn der Umwandlungswirkungsgrad mindestens folgende Werte erreicht:*

a) 89 Prozent bei einer Anlage zur Heizung oder Warmwasserbereitung, die der Erfüllung der Anforderung nach § 10 Absatz 2 Nummer 3 oder der Pflicht nach § 52 Absatz 1 dient,

b) 70 Prozent bei einer Anlage, die nicht der Heizung oder Warmwasserbereitung dient,

3. eine Wärmepumpe zur Nutzung von Geothermie, Umweltwärme oder Abwärme nur förderfähig, wenn sie die Anforderungen der Richtlinie 2009/28/EG erfüllt.

Die Zertifizierung von einer solarthermischen Anlage mit dem europäischen Prüfzeichen „Solar Keymark“ muss nach den anerkannten Regeln der Technik erfolgen. Der Umwandlungswirkungsgrad eines Biomassekessels ist der nach DIN EN 303-5: 2012-10 ermittelte Kesselwirkungsgrad, der Umwandlungswirkungsgrad eines Biomasseofens der nach DIN EN 14785: 2006-09 ermittelte feuerungstechnische Wirkungsgrad und in den übrigen Fällen des Satzes 1 Nummer 2 der nach den anerkannten Regeln der Technik berechnete Wirkungsgrad.

§ 91 Verhältnis zu den Anforderungen an ein Gebäude

(1) Maßnahmen können nicht gefördert werden, soweit sie der Erfüllung der Anforderungen nach § 10 Absatz 2, der Pflicht nach § 52 Absatz 1 oder einer landesrechtlichen Pflicht nach § 56 dienen.

(2) Absatz 1 ist nicht bei den folgenden Maßnahmen anzuwenden:

1. die Errichtung eines Wohngebäudes, bei dem

a) der Jahres-Primärenergiebedarf für Heizung, Warmwasserbereitung, Lüftung und Kühlung das 0,55fache des auf die Gebäudenutzfläche bezogenen Wertes des Jahres-Primärenergiebedarfs eines Referenzgebäudes, das die gleiche Geometrie, Gebäudenutzfläche und Ausrichtung wie das zu errichtende Gebäude aufweist und der technischen Referenzausführung der Anlage 1 entspricht, nicht überschreitet und

b) der Höchstwert des spezifischen, auf die wärmeübertragende Umfassungsfläche bezogenen Transmissionswärmeverlustes das 0,7fache des entsprechenden Wertes des jeweiligen Referenzgebäudes nach § 15 Absatz 1 nicht überschreitet,

2. die Errichtung eines Nichtwohngebäudes, bei dem

a) der Jahres-Primärenergiebedarf für Heizung, Warmwasserbereitung, Lüftung, Kühlung und eingebaute Beleuchtung das 0,7fache des auf die Nettogrundfläche bezogenen Wertes des Jahres-Primärenergiebedarfs eines Referenzgebäudes, das die gleiche Geometrie, Nettogrundfläche, Ausrichtung und Nutzung, einschließlich der Anordnung der Nutzungseinheiten, wie das zu errichtende Gebäude aufweist und der technischen Referenzausführung der Anlage 2 entspricht, nicht überschreitet und

b) die Höchstwerte der mittleren Wärmedurchgangskoeffizienten der wärmeübertragenden Umfassungsfläche der Anlage 3 unterschritten werden,

3. Maßnahmen, die technische oder sonstige Anforderungen erfüllen, die

a) im Falle des § 10 Absatz 2 Nummer 3 anspruchsvoller als die Anforderungen nach den §§ 35 bis 41 oder

b) im Falle des § 56 anspruchsvoller als die Anforderungen nach der landesrechtlichen Pflicht sind,

4. Maßnahmen, die den Wärme- und Kälteenergiebedarf zu einem Anteil decken, der

a) im Falle des § 10 Absatz 2 Nummer 3 oder des § 52 Absatz 1 um 50 Prozent höher als der Mindestanteil nach den §§ 35 bis 41 oder dem § 52 Absatz 3 und 4 ist oder

b) im Falle des § 56 höher als der landesrechtlich vorgeschriebene Mindestanteil ist,

5. Maßnahmen, die mit weiteren Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz verbunden werden,

6. Maßnahmen zur Nutzung solarthermischer Anlagen auch für die Heizung eines Gebäudes und

7. Maßnahmen zur Nutzung von Tiefengeothermie.

(3) Die Förderung kann in den Fällen des Absatzes 2 auf die Gesamtmaßnahme bezogen werden.

(4) Einzelheiten werden in den Regelungen nach § 89 Satz 3 geregelt.

(5) Fördermaßnahmen durch das Land oder durch ein Kreditinstitut, an dem der Bund oder das Land beteiligt sind, bleiben unberührt.

Dabei gehen die §§ 89 – 91 GEG auf die strukturell gleichlaufenden Vorgängervorschriften der §§ 13 – 15 EEWärmeG¹²³ zurück. Entsprechend haben die §§ 89 – 91 GEG im Gesetzgebungsverfahren keine vertiefte Würdigung erfahren.¹²⁴

Die **Auslegung** der §§ 89 – 91 GEG ergibt:

§ 89 S. 1 und 2 GEG legen den **Fördergrundsatz** fest. Darin enthalten ist die abschließende¹²⁵ Aufzählung der durch Bundeszuwendungen förderbaren Maßnahmen. Die Einzelheiten der Förderung werden gemäß § 89 S. 3 GEG insbesondere durch Verwaltungsvorschriften des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen geregelt.

¹²³ Zu deren Entstehungsgeschichte s. näher Oschmann, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), EEWärmeG, 2010, § 13 Rn. 5 ff., Pause, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), EEWärmeG, 2010, § 14 Rn. 3; Wustlich, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), EEWärmeG, 2010, § 15 Rn. 5 ff.

¹²⁴ In der Gesetzesbegründung heißt es lediglich „Die §§ 89 bis 91 ergänzen die bisherigen Regelungen im EEWärmeG um eine Klarstellung zu den Voraussetzungen einer finanziellen Förderung von Gebäudeenergieeffizienzmaßnahmen. Dies folgt dem Ansatz der Zusammenführung von erneuerbaren Energien und Energieeffizienz in einem Regelwerk. Die Vorschriften begründen weder einen individuellen Anspruch auf Gewährung einer Förderung noch einen Anspruch auf Ausbringung einer Fördermaßnahme.“ (BT-Drucksache 19/16716 vom 22. Januar 2020, S. 154).

¹²⁵ § 89 S. 2 GEG enthält keine „insbesondere“-Aufzählung und ist somit als abschließend zu verstehen.

§ 90 GEG macht nähere Vorgaben, unter denen Bundeszuwendungen für Maßnahmen zur Nutzung erneuerbarer Energien für die Erzeugung von Wärme oder Kälte in bereits bestehenden Gebäuden¹²⁶ beziehungsweise in neu zu errichtenden Gebäuden¹²⁷ erfolgen dürfen.

§ 91 GEG macht nähere Vorgaben zur Möglichkeit der Förderung im Verhältnis zu den Anforderungen an ein Gebäude. Dabei gilt:

- § 91 Abs. 1 GEG statuiert den Ausschluss der Förderung, soweit die Förderung der Erfüllung der Anforderungen nach § 10 Abs. 2 GEG¹²⁸, der Pflicht nach § 52 Abs. 1 GEG¹²⁹ oder einer landesrechtlichen Pflicht nach § 56 GEG¹³⁰ dient.
- § 91 Abs. 2 GEG statuiert für bestimmte Maßnahmen die Nichtanwendung von § 91 Abs. 1 GEG. In diesen Fällen greift mithin das Zuwendungsverbot nach § 91 Abs. 1 GEG nicht.
- **Bei sämtlichen Varianten des § 91 Abs. 2 GEG handelt es sich um Vorgaben, zu denen das GEG nicht verpflichtet.**¹³¹ **Insoweit handelt es sich bei § 91 Abs. 2 GEG um keine Ausnahme von § 91 Abs. 1 GEG.** Die Anwendungsbereiche von § 91 Abs. 1 und Abs. 2 GEG überschneiden sich nämlich nicht: Abs. 1 schließt die Förderung aus, „soweit“ sie der Erfüllung bestimmter Pflichten dient; Abs. 2 betrifft Maßnahmen, die nicht der Erfüllung von Pflichten dienen.¹³² **Eine eigenständige Bedeutung erhält § 91 Abs. 2 GEG daher erst in Verbindung mit der Rechtsfolge des § 91 Abs. 3 GEG:** Betrifft die Maßnahmen einen in § 91 Abs. 2 GEG aufgezählten Fall, kann nach § 91 Abs. 3 GEG eine Förderung der **Gesamtmaßnahme** erfolgen.¹³³ Während derjenige Anteil der Maßnahme, der in § 91 Abs. 2 GEG aufgelistet ist (also die „Übererfüllung“ der rechtlichen Verpflichtung), auch ohne die Regelung in § 91 Abs. 2 GEG gefördert werden dürfte, braucht eine Förderung auch des verpflichtenden Anteils der Maßnahme die Sonderregel des § 91 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 GEG.
- § 91 Abs. 4 GEG gibt vor, dass auch für Förderungen nach § 91 Abs. 2 (gegebenenfalls in Verbindung mit Abs. 3) GEG entsprechende Richtlinien festzulegen sind.
- § 91 Abs. 5 GEG gibt vor, dass die Bundesförderung Fördermaßnahmen durch ein Land oder durch ein Kreditinstitut, an dem der Bund oder ein Land beteiligt sind, unberührt lässt.

Der **Anwendungsbereich von § 91 GEG** wirft Fragen auf. Eine systematische Auslegung von § 89 S. 2 GEG legt nahe, dass § 91 GEG nur im Bereich des § 89 S. 2 Nr. 2 GEG (Maßnahmen in bestimmten neu zu errichtenden Gebäuden) anwendbar ist; die anderen Nummern des § 89 S. 2 GEG verweisen nämlich nicht (ausdrücklich) auf § 91 GEG.

Diese Auslegung begegnet Bedenken. Denn § 89 S. 2 Nr. 1 GEG (Förderung bestimmter Maßnahmen in bereits bestehenden Gebäuden) verweist zwar nicht auf § 91 GEG; dennoch schließt § 91 Abs. 1 GEG eine Förderung nach § 52 Abs. 1 GEG (also von bestimmten Maßnahmen in bereits bestehenden Gebäuden) aus. § 91 Abs. 1 in Verbindung mit § 52 Abs. 1 GEG wäre allerdings nicht

¹²⁶ § 89 S. 2 Nr. 1 GEG.

¹²⁷ § 89 S. 2 Nr. 2 GEG.

¹²⁸ Vorgaben für Niedrigstenergiegebäude als Anforderung an ein zu errichtendes Gebäude.

¹²⁹ Verpflichtung der öffentlichen Hand, bei der grundlegenden Renovierung eines bestehenden öffentlichen Nichtwohngebäudes den Wärme- und Kälteenergiebedarf dieses Gebäudes durch die anteilige Nutzung von erneuerbaren Energien nach näher bestimmten Maßgaben zu decken.

¹³⁰ Abweichungsbefugnis der Länder zum Erlass landesrechtlicher Regelungen. Zu § 56 GEG s. ausführlich 7.3.4.

¹³¹ § 91 Abs. 2 Nr. 1 lit. a GEG geht über § 15 Abs. 1 GEG hinaus; § 91 Abs. 2 Nr. 1 lit. b GEG geht über § 16 GEG hinaus; § 91 Abs. 2 Nr. 2 lit. a GEG geht über § 18 Abs. 1 S. 1 GEG hinaus; § 91 Abs. 2 Nr. 2 lit. b GEG geht über § 19 GEG hinaus; § 91 Abs. 2 Nr. 3 lit. a und b, Nr. 4 lit. a und lit. b GEG setzen die Überschreitung der genannten Pflichten bereits tatbestandlich voraus („anspruchsvoller als die Anforderungen“ beziehungsweise „höher als der Mindestanteil“); § 91 Abs. 2 Nr. 5 – 7 GEG beziehen sich auf Bereiche, die nicht nach dem GEG-gefordert sind.

¹³² So bereits zur Vorgängerregelung des § 15 Abs. 1 und 2 EEWärmeG Wustlich, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), EEWärmeG, 2010, § 15 Rn. 25, 27.

¹³³ So bereits zur Vorgängerregelung des § 15 Abs. 1 und 2 EEWärmeG Wustlich, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), EEWärmeG, 2010, § 15 Rn. 27.

anwendbar, wenn § 91 GEG nur für bestimmte neu zu errichtende Gebäude gelten würde. Der Verweis auf § 52 Abs. 1 GEG impliziert daher, dass § 91 GEG auch für Maßnahmen in bereits bestehenden Gebäuden dienen soll.

Umgekehrt bestehen Bedenken insoweit, als § 89 S. 2 Nr. 2 GEG (Förderung bestimmter Maßnahmen in neu zu errichtenden Gebäuden) zwar auf § 91 GEG verweist. § 91 Abs. 2 Nr. 3 lit. b, Nr. 4 lit. b GEG nimmt jedoch auf § 56 GEG Bezug – § 56 GEG bezieht sich allerdings auf bereits bestehende Gebäude.

Um diese Spannungen des Anwendungsbereichs von § 91 GEG aufzulösen, bietet sich folgende Auslegung an: Der Anwendungsbereich von **§ 91 GEG ist immer, aber nur dort einschlägig, wo die in § 91 GEG aufgezählten Bereiche sachlich einschlägig sind** – auch, wenn § 89 S. 2 Nr. 1, 3 und 4 GEG auf § 91 GEG nicht verweisen.

Zuwendungsrechtliche Bedeutung der §§ 89 – 91 GEG für ein Fordern und Fördern

Die zuwendungsrechtliche Bedeutung der §§ 89 – 91 GEG für die Bundesförderung von Maßnahmen, die (jedenfalls teilweise) nach Maßgabe des GEG gefordert sind, muss einerseits im Lichte der haushaltsrechtlichen Vorgaben¹³⁴ und andererseits im Lichte der fachrechtlichen Auslegung des GEG insgesamt erfolgen. Daraus ergibt sich der nachfolgend dargestellte Rahmen.

Die Zuwendungsszenarien sind GEG-rechtlich dabei zunächst danach zu unterscheiden, ob sie im Anwendungsbereich von § 89 S. 2 Nr. 1, 3 und 4 GEG einerseits oder im Anwendungsbereich von § 89 S. 2 Nr. 2 GEG andererseits liegen.

Zu Maßnahmen, die im **Anwendungsbereich von § 89 S. 2 Nr. 2 GEG** liegen, gilt: **Das GEG kann dahingehend ausgelegt werden, dass eine Förderung möglich ist, soweit dadurch mehr als eine gesetzliche Pflicht umgesetzt wird** und soweit dies haushaltsrechtlich möglich ist.

- Ausgangspunkt der Auslegung ist der Wortlaut des **§ 91 Abs. 1** (in Verbindung mit § 89 S. 2 Nr. 2) GEG). Danach können Maßnahmen nicht gefördert werden, soweit sie der Erfüllung der Anforderungen bestimmter rechtlicher Pflichten dienen.

Daraus könnte gefolgert werden, dass sämtliche Förderungen, die in Beziehung zu einer rechtlichen Verpflichtung stehen, unzulässig seien (soweit nicht § 91 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 GEG greift).

Diese Auslegung ist jedoch nicht zwingend und nach hier vertretener Auffassung auch nicht überzeugend. Die besseren Argumente sprechen vielmehr dafür, den Anwendungsbereich des § 91 Abs. 1 GEG nicht auszudehnen auf sämtliche Förderungen, die in Beziehung zu einer rechtlichen Verpflichtung stehen. Der Bezugspunkt der rechtlichen Verpflichtung („soweit“ im Sinne des § 91 Abs. 1 GEG) erlaubt hier interpretatorischen Spielraum, denn § 91 Abs. 1 GEG entspricht lediglich den Inhalten des § 23 BHO.¹³⁵ § 91 Abs. 1 GEG ordnet damit inhaltlich nichts an, was nicht ohnehin haushaltsrechtlich bereits vorgegeben ist. Eine darüberhinausgehende Regelungswirkung kann § 91 Abs. 1 GEG daher nicht beigemessen werden. Gleichzeitig sind bestimmte Fallgruppen eines Miteinanders von Fordern und Fördern haushaltsrechtskonform.¹³⁶ Daraus kann nach hier

¹³⁴ Dazu näher 6.3.2.

¹³⁵ Wustlich, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), EEWärmeG, 2010, § 15 Rn. 24.

¹³⁶ S. dazu nur die Beispiele unter 6.4.

vertreter Auffassung gefolgert werden: **Mit dem Wort „soweit“ ist der grundsätzliche Förderungs Ausschluss nach § 91 Abs. 1 GEG an die inhaltlichen Vorgaben des § 23 BHO gekoppelt.** Daraus ergibt sich ein inhaltlicher Gleichlauf von § 91 Abs. 1 GEG und § 23 BHO:

„Soweit“ eine bestimmte Förderung zuwendungsfähig nach § 23 BHO ist (weil sie über das rechtliche Geforderte hinausgeht), steht ihr auch § 91 Abs. 1 GEG nicht entgegen.

- Nach hier vertretener Auslegung ist für die Möglichkeit eines Miteinanders von Fordern und Fördern abschließend § 91 Abs. 1 GEG relevant. Es ergibt sich keine Sperrwirkung durch die Spezialregelung von § 91 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 GEG.¹³⁷ § 91 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 GEG bezieht sich vielmehr auf eine spezielle Förderungskonstellation. § 91 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 GEG kann nicht entnommen werden, dass sämtliche anderen Modifikationen eines Neben-/Miteinanders von Fordern und Fördern ausgeschlossen sein sollen.
- Wie die Ausführungen zeigen, verbleiben trotz der oben genannten Argumente Rechtsunsicherheiten, ob und inwieweit ein Fordern und Fördern im Bereich von § 89 S. 2 Nr. 2 GEG möglich ist. Der Gesetzgeber könnte hier de lege ferenda Klarheit schaffen.

Zu Maßnahmen, die in den **Anwendungsbereich von § 89 S. 2 Nr. 1, 3 und 4 GEG** fallen, gilt: Das **GEG** kann dahingehend ausgelegt werden, dass es **grundsätzlich eine Bundesförderung von geforderten Maßnahmen zulässt**, soweit dies haushaltsrechtlich möglich ist.

- § 89 S. 2 Nr. 1 GEG adressiert das Thema Fordern und Fördern nicht. § 89 S. 2 Nr. 3 und 4 GEG hingegen berührt den Komplex Fordern und Fördern: Maßnahmen können gefördert werden, „wenn“ bestimmte Anforderungen übererfüllt werden. Daraus ergeben sich nach hier vertretener Auffassung aber keine Aussagen zur Reichweite einer Förderfähigkeit (also zur Frage, ob Fördern neben Fordern möglich ist): „wenn“ unterscheidet sich von der Formulierung „soweit“ dadurch, dass gerade keine Aussage über eine bestimmte Reichweite getroffen wird.¹³⁸ § 89 S. 2 Nr. 3 und 4 GEG gibt also nicht vor, dass eine Förderung (nur) erfolgen darf, „soweit“ mit der geförderten Maßnahme bestimmte Anforderungen übererfüllt werden. Der Wortlaut der Norm würde vielmehr eine Förderung einer Gesamtmaßnahme erlauben, „wenn“ diese die rechtlichen Pflichten übererfüllt.¹³⁹ Gut vertretbar ist daher, dass im Anwendungsbereich von § 89 S. 2 Nr. 1, 3 und 4 GEG das GEG im Unterschied zu § 89 S. 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 91 Abs. 1 – 3 GEG keine näheren Vorgaben zur Zuwendungsfähigkeit im Kontext des Forderns und Förderns macht. Damit besteht kein Ausschluss für eine Zuwendung.
- Wie oben ausgeführt, kann § 91 GEG auch im Bereich von § 89 S. 2 Nr. 1, 3 und 4 GEG Anwendung finden. Auch in diesem Bereich ist eine Förderung neben einer GEG-Verpflichtung möglich: Die obigen Ausführungen zu § 91 GEG im Zusammenhang mit § 89 S. 2 Nr. 2 GEG, wonach eine Zuwendung trotz § 91 Abs. 1 GEG möglich ist, gelten entsprechend.
- Wie die vorangegangene Erörterung zeigt, verbleiben aber Rechtsunsicherheiten, ob und inwieweit ein (haushaltsrechtlich zulässiges) Fordern und Fördern im Bereich von § 89 S. 2 Nr. 1, 3 und 4 GEG möglich ist. Der Gesetzgeber könnte hier de lege ferenda Klarheit schaffen.

¹³⁷ Vgl. zur Vorgängernorm im GEG Wustlich, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), EEWärmeG, 2010, § 15 Rn. 16 f., der schreibt, diese Konstellation stelle sich als spezialgesetzliche Konkretisierung des Subsidiaritätsgrundsatzes dar, die nicht in Widerspruch zu § 23 BHO stehe.

¹³⁸ Vgl. im Unterschied dazu etwa § 91 Abs. 1 GEG: „Maßnahmen können nicht gefördert werden, **soweit** sie der Erfüllung der Anforderungen [...] dienen.“; Hervorhebung hinzugefügt.

¹³⁹ Dies gilt natürlich unbeschadet der Vorgaben des Haushaltsrechts.

6.4 Beispiele für das Miteinander von Fordern und Fördern

Der unter 6.3 dargestellte Rechtsrahmen zeigt, dass die rechtskonforme Gestaltung eines Miteinanders von Fordern und Fördern möglich ist. Entscheidend ist, wie die konkrete Förderung jeweils ausgestaltet ist. Dies soll im Folgenden anhand von Beispielen belegt werden.

6.4.1 Beispiel 1: Förderung einer vorzeitigen Erfüllung

Schreibt das GEG die Erfüllung von Maßnahmen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt verpflichtend vor, so gilt: **Zuwendungen zur Erreichung einer vorzeitigen Erfüllung solcher Maßnahmen sind zulässig.**

Im Fall einer vorzeitigen Erfüllung ist Zuwendungszweck dabei nicht die gesetzlich verpflichtende Erfüllung bestimmter Ziele überhaupt. **Gegenständlicher Zuwendungszweck ist vielmehr die Erfüllung zu einem Zeitpunkt, zu dem gerade keine gesetzliche Pflicht besteht.** Wählt man eine solche temporale Perspektive, ist eine Zuwendung mit den Vorgaben des § 23 BHO vereinbar: Das Förderziel, vor dem Bestehen einer entsprechenden GEG-Verpflichtung einen bestimmten Effizienzstatus im Gebäudebereich zu schaffen, kann naturgemäß nicht durch das Bestehen der GEG-Verpflichtung befriedigt werden. Insoweit überschneiden sich das Fordern und das Fördern nicht. Zwar wird die Verpflichtung inhaltlich erfüllt (wie es das GEG fordert), aber zu einem Zeitpunkt, zu dem das GEG noch keine Verpflichtung vorgibt.

Eine solche temporale Betrachtung ist mit Blick auf § 23 BHO jedenfalls durch die hohe Bedeutung schnell wirksamer Maßnahmen für den Klimaschutz nach Art. 20a GG gerechtfertigt. Denn dem **Zeitmoment** (als erheblichem Bundesinteresse und damit Förderziel) kommt im Zusammenhang mit der Bekämpfung des anthropogenen Klimawandels ein besonders **hohes (Verfassungs-)Gewicht** zu. Dies spiegelt sich auch in den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts wider, wonach Maßnahmen zum Schutz gegen den Klimawandel als intertemporale Freiheitssicherung für die nachfolgenden Generationen geboten sind.¹⁴⁰

Die teilweise zeitliche Überlappung der wirtschaftlichen Lebenszeit der geförderten Maßnahme mit dem Bestehen von GEG-Verpflichtungen werfen Fragen nach der **Höhe der Zuwendung** auf. Um es anhand eines Beispiels zu illustrieren: Beträgt die Nutzungsdauer einer solarthermischen Anlage 25 Jahre und erfolgt die vorzeitige Erfüllung fünf Jahre vor dem Bestehen der GEG-Verpflichtung, stellt sich die Frage, ob die Zuwendung nur pro rata bezogen auf ein Fünftel der Gesamtkosten erfolgen darf. Für einen solchen pro-rata-Ansatz kann man zwar anführen, dass während 20 Jahren der Nutzungsdauer die GEG-Pflicht besteht. Nach hier vertretener Auffassung wäre es mit Blick auf die hohe Bedeutung einer möglichst frühzeitigen Reduktionen der Treibhausgasemissionen¹⁴¹ jedoch zulässig, einen besonders hohen Anreiz für eine frühzeitige Reduktion zu setzen. Danach könnte sich die Zuwendung sogar auch **auf die Gesamtkosten der Anlage** beziehen.

¹⁴⁰ Dazu näher oben 6.3.2.

¹⁴¹ Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung zeitnahen Handelns s. oben 6.3.2.

6.4.2 Beispiel 2: Förderung einer Einzelmaßnahme, die zur Erreichung einer gesetzlichen Gesamtverpflichtung beiträgt

Zulässig ist eine Förderung bestimmter Einzelmaßnahmen auch dann, wenn gesetzlich vorgegeben ist, dass (aber nicht: wie) ein bestimmtes Ziel erreicht werden muss. In einer solchen Konstellation ist damit nur ein bestimmtes Ziel, aber nicht der konkrete Weg dorthin rechtlich vorgegeben. Nach hier vertretener Auffassung ist somit eine Förderung möglich, die den Anreiz für bestimmte Wege setzt.

Zur Illustration: Sollte gesetzlich vorgeschrieben sein, dass ein Neubau einem KfW-Effizienzhausstandard 40 genügen muss, bleiben die Gebäudeeigentümer und-eigentümerinnen frei, darüber zu entscheiden, wie dieser Standard erreicht werden soll. Zur Verringerung des Primärenergiebedarfs und des Transmissionswärmeverlusts sind nämlich verschiedene technische Möglichkeiten denkbar.

Der Zuwendungszweck einer Förderung liegt in einem solchen Fall darin, den Anreiz für bestimmte Einzelmaßnahmen zu setzen. Damit wird gerade keine geforderte Maßnahme gefördert: Gibt der Gesetzgeber nur ein bestimmtes Ziel vor (Finalprogrammierung), macht er die möglichen zielfördernden Maßnahmen gerade nicht zur konkreten gesetzlichen Pflicht. Gleichzeitig kann ein erhebliches Bundesinteresse im Sinne von § 23 BHO darin liegen, Anreize für die Durchführung bestimmter Einzelmaßnahmen (etwa bestimmter Dämmungen der Gebäudehülle) zu setzen.

Gegen eine Zuwendung würde auch nicht sprechen, dass die geförderte Einzelmaßnahme zur Erreichung des geforderten (Gesamt-)Ziels beiträgt. Besteht keine Verpflichtung zur Vornahme einer konkreten Maßnahme, wird die Erfüllung dieser konkreten Maßnahme gerade nicht allein durch eine ordnungsrechtliche Verpflichtung erreicht. Dass ein bestimmtes Ziel wiederum ordnungsrechtlich verpflichtend ist, führt nicht dazu, dass jeder (in die Autonomie der Gebäudeeigentümer und eigentümerinnen gestellte) Schritt zur Erreichung dieses Ziels als rechtlich verpflichtend verstanden werden kann.

6.4.3 Beispiel 3: Förderung einer wahlobligatorischen Maßnahme

Mit guten Argumenten sind **auch Förderungen von wahlobligatorischen Maßnahmen zuwendungsrechtskonform.**

Um ein Beispiel zu geben: Besteht etwa eine gesetzliche Verpflichtung, dass jede neu eingebaute Heizung auf der Basis von 65 % erneuerbarer Energien betrieben werden, verbleiben den Gebäudeeigentümern- und eigentümerinnen auch hier signifikante Entscheidungsspielräume. So kann etwa eine solche Heizung mit Wärmepumpen betrieben werden (hier wiederum basierend auf Geothermie oder auf Umweltthermie), mit Solarthermie, mit bestimmten Arten von Holz und anderem mehr. Gebäudeeigentümer und-eigentümerinnen müssen sich damit zwar für eine bestimmte Art von Heizung entscheiden; die konkrete Form des Betriebs durch erneuerbare Energien ist jedoch nicht rechtlich vorgegeben. Der Heizungseinbau würde sich damit als **wahlobligatorisch** darstellen.

Besteht ein erhebliches Bundesinteresse im Sinne von § 23 BHO daran, einen Anreiz für die Verwendung von bestimmten Heizungen (z.B. von solarthermiebetriebenen Heizungen) zu setzen, ist eine entsprechende Förderung mit dem Zuwendungsrecht vereinbar. Denn die Nutzung einer

solarthermiebetriebenen Heizung ist gerade rechtlich nicht verpflichtend. Der Zuwendungszweck geht damit über die bloße Erfüllung von rechtlich Gefordertem hinaus. Insoweit ähnelt das Beispiel den Erläuterungen in Beispiel 2 (unter 6.4.2).

Gegen eine Zuwendung spricht letztlich auch nicht, dass die Förderung sich auf eine Maßnahme bezieht, die zwar rechtlich nicht verpflichtend ist, mit der aber eine Rechtspflicht (jede neu eingebaute Heizung muss auf der Basis von 65 % erneuerbarer Energien betrieben werden) erfüllt wird. Gerade eine strikte Beachtung der Vorgaben des § 23 BHO führt dazu, die zuwendungsrechtliche Bewertung allein am gegenständlichen Zuwendungszweck auszurichten – und der gegenständliche Zuwendungszweck (im Beispiel: Nutzung von solarthermiebetriebenen Heizungen) ist rechtlich eben nicht verpflichtend. Lässt der Gesetzgeber den Gebäudeeigentümern und -eigentümerinnen also Wahlmöglichkeiten, wie bestimmte Rechtspflichten erfüllt werden können, ergeben sich nach hier vertretener Auffassung Förderungsmöglichkeiten. Wie unter 6.3.2 ausgeführt, ist es mit Blick auf die besonderen Klimaschutzpolitischen Herausforderungen gut vertretbar, neue Wege im Zuwendungsrecht zu gehen. Die Förderung in einer solchen wahlobligatorischen Situation ist ein derartiger neuer Weg.

7 Fordern und Fördern im deutschen Föderalismus (Arbeitspaket 2)

7.1 Zusammenfassung

Die Fragen der Möglichkeiten von Fordern und Fördern in föderalen Kontexten sind mit Blick auf die **kompetenzrechtlichen Grundlagen** zu beantworten (unten 7.2). Dabei sind finanzverfassungsrechtlich nur Bund und Länder als Ebenen entscheidend; bei kommunalen Förderprogrammen stellt sich mangels Qualität der Kommunen als staatlicher Ebene keine Frage nach einer „Sperrwirkung“ im Kontext von Fordern und Fördern (unten 7.2.1).

Die beiden föderalen Ebenen Bund und Länder dürfen Zuwendungen nur vornehmen, wenn sie über die entsprechende **Finanzierungskompetenz** verfügen (unten 7.2.2). Die Finanzierungskompetenz folgt im Ergebnis der Aufgabenkompetenz, also der Verwaltungskompetenz nach Art. 83 ff. GG.

Das bedeutet für die Finanzierungskompetenzen im Gebäudebereich nach dem GEG (unten 7.2.3):

Das GEG unterfällt dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung. Allerdings ordnet § 56 GEG an, dass der Bund von seinen Gesetzgebungskompetenzen in den in § 56 Nr. 1 und Nr. 2 GEG beschriebenen Bereichen keinen abschließenden Gebrauch machen wollte und somit die Länder eigene Regelungen treffen können. Legen die Länder Pflichten in denjenigen Bereichen fest, die § 56 GEG beschreibt, handelt es sich um Landesgesetze aus originärer Gesetzgebungskompetenz der Länder.

Für die Verwaltungs- und Finanzierungskompetenzen gilt:

- Teil 6 des GEG nimmt die Finanzierungskompetenz des Bundes an.
- Landesgesetze im Bereich von § 56 GEG begründen eine Aufgabe des Landes. Diese Aufgaben liegen in der Finanzierungskompetenz des Landes.

Zu den Möglichkeiten einer Bundesförderung für landesrechtlich verpflichtende Maßnahmen gilt (unten 7.3): Eine **Bundesförderung von Verpflichtungen, die das landesrechtlich Geforderte übererfüllen**, wirft mit Blick auf die bundesstaatlichen Regelungen **Bedenken** auf; sie ist nach hier vertretener Auffassung **aber mit dem Grundgesetz grundsätzlich vereinbar**. Hingegen begegnet eine **Bundesförderung von Verpflichtungen, die das landesrechtlich Geforderte (nur) erfüllen, größere Bedenken**; auch hier besteht aber ein **gewisser argumentativer Spielraum** (unten 7.3).

Je nach Inhalt der (landesrechtlich geforderten) Maßnahmen, zu denen Bundeszuwendungen erfolgen sollen, ist gegebenenfalls eine Novellierung des GEG erforderlich (unten 7.3.4).

7.2 Die kompetenzrechtlichen Grundlagen der Förderung im Gebäudebereich

Die bundesstaatlichen Möglichkeiten und Grenzen der Förderung im Gebäudebereich beruhen auf einer klaren Abgrenzung der Kompetenzen der staatlichen Ebenen. Relevant sind dabei nur die staatlichen Ebenen von Bund und den Ländern, nicht aber die Gemeinden/Gemeindeverbände (unten 7.2.1). Somit sind maßgeblich die (Zuwendungs-)Finanzierungskompetenzen von Bund und Ländern

(unten 7.2.2). Auf dieser Grundlage ist das Verpflichtungs- und Förderungszusammenspiel von Bund und Ländern nach dem GEG zu analysieren (unten 7.2.3).

7.2.1 Zweistufigkeit der Finanzverfassung: Bund und Länder

Kapitel 7 wirft Fragen auf, die nach finanzverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu beantworten sind. Dabei treten als Verbände nur der Bund und die Länder in Erscheinung, nicht aber die Kommunen.

Das Grundgesetz konstituiert nämlich **zwei staatliche Ebenen: Bund und Länder**.¹⁴² Zwar besteht mit den Gemeinden beziehungsweise Gemeindeverbänden eine dritte beziehungsweise vierte Verwaltungsebene.¹⁴³ Diese Verwaltungsebenen der Gemeinden/Gemeindeverbände sind jedoch irrelevant für die in diesem Kapitel zu untersuchende Frage, inwieweit eine gebäuderechtliche Verpflichtung der einen staatlichen Ebene Zuwendungen der anderen staatlichen Ebene ausschließen könnte. Denn **Gemeinden und Gemeindeverbände sind finanzverfassungsrechtlich als Teil der Länder zu behandeln**.¹⁴⁴ Soweit diese grundsätzliche Zweistufigkeit der Finanzverfassung im GG modifiziert ist und Gemeinden/Gemeindeverbänden durch einzelne Vorschriften eine unmittelbare finanzverfassungsrechtliche Stellung eingeräumt ist,¹⁴⁵ ist dies für die hier relevanten Zuwendungsfragen ohne Bedeutung. Ob und inwieweit Gemeinden/Gemeindeverbände eigene Förderprogramme vorsehen dürfen, die geforderte gebäuderechtliche Pflichten betreffen, bestimmt sich finanzierungskompetenziell nach den nachfolgend dargestellten Verhältnissen zwischen Bund und Ländern.¹⁴⁶ Aus kommunalen Förderprogrammen kann sich mangels Qualität der Kommunen als staatlicher Ebene aber keine eigene Frage nach einer „Sperrwirkung“ im Kontext von Fordern und Fördern ergeben.

7.2.2 Finanzierungskompetenzen von Bund und Ländern

Die beiden föderalen Ebenen Bund und Länder dürfen Zuwendungen nur vornehmen, wenn sie über die entsprechende **Finanzierungskompetenz** verfügen.¹⁴⁷ Das erhebliche „Interesse“, das sie an der Erfüllung bestimmter Zwecke nach § 14 HGrG in Verbindung mit § 23 BHO (Bund) beziehungsweise nach § 14 HGrG in Verbindung mit § 23/Art. 23 der Landeshaushaltsordnung (Länder) haben müssen, ist nämlich ein kompetenzrechtlich gebundenes Interesse; ein Zuwendungsinteresse kann also nur dort bestehen, wo die entsprechende Finanzierungskompetenz vorliegt.¹⁴⁸

¹⁴² Etwa Waldhoff, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 116 Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes Rn. 17 f.; Hellermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 57.

¹⁴³ Vgl. nur Art. 28 Abs. 2 S. 1 und 2, Art. 84 Abs. 1 S. 7, Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG.

¹⁴⁴ von Arnim, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 3; Hellermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 23 m.w.N.; vgl. auch Heintzen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 26; s. auch Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 27. Mai 1992 – 2 BvF 1/88 –, juris Rn. 263: „Im Bundesstaat des Grundgesetzes stehen sich Bund und Länder und die Länder untereinander gegenüber; die Kommunen sind staatsorganisatorisch den Ländern eingegliedert.“

¹⁴⁵ Etwa Art. 91e Abs. 2 GG (Verbindung von Bund und Gemeinden/Gemeindeverbänden auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitsuchende), Art. 106 Abs. 8 S. 1 GG (Bundesausgleich für veranlasste Sonderbelastungen).

¹⁴⁶ Nicht Gegenstand dieses Gutachtens ist die Frage, unter welchen Umständen Gemeinden/Gemeindeverbände überhaupt Förderprogramme auflegen dürfen. Dies bestimmt sich nach dem eigenständigen Regelwerk des kommunalen Haushaltsrechts, s. Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, B. II. 1. Rn. 45; Gröpl, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 105 Rn. 24 ff.

¹⁴⁷ Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 5.1; Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 54; von Lewinski/Burkat, HGrG, 2013, § 14 Rn. 11.

¹⁴⁸ Rossi, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019, § 44 Rn. 54.

Die Finanzierungskompetenz verweist auf die **Ausgabenkompetenz**, wie sie sich **nach der bundesstaatlichen Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG)** bestimmt.¹⁴⁹ Die Ausgabenkompetenz ist grundsätzlich von anderen föderalen Kompetenzverteilungen abzugrenzen, insbesondere von den Gesetzgebungskompetenzen (Art. 70 ff. GG) und den Verwaltungskompetenzen (Art. 83 ff. GG).¹⁵⁰ Diese Kompetenzbereiche sind aber miteinander verbunden.

Denn **nach dem Grundsatz des Art. 104a Abs. 1 GG folgt die Ausgabenkompetenz der Aufgabenkompetenz, also der Verwaltungskompetenz nach Art. 83 ff. GG.**¹⁵¹ Dieser Grundsatz bestimmt, dass Bund und Länder gesondert die Ausgaben tragen, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt (sog. Grundsatz der Konnexität von Aufgaben- und Ausgabenverantwortung¹⁵²).

Dieser Grundsatz gilt auch für den Bereich der gesetzessfreien Verwaltung,¹⁵³ also für Zuwendungen.¹⁵⁴ Liegt die Verwaltungskompetenz beim Bund, ist der Bund zu Zuwendungen berechtigt. Liegt die Verwaltungskompetenz bei den Ländern, sind die Länder zu Zuwendungen berechtigt. Die Finanzierungskompetenzverteilung des Grundgesetzes spiegelt sich auch im Haushaltsrecht wider: Voraussetzung für eine Zuwendung nach § 23 BHO durch den Bund ist nach § 2 S. 1, § 6 BHO, dass Aufgaben des Bundes erfüllt werden.¹⁵⁵ Entsprechendes gilt für Zuwendungen der Länder (§/Art. 2 S. 1, §/Art. 6 der Landeshaushaltsordnungen).

Für die Verwaltungskompetenz nach Art. 83 ff. GG wiederum ist die **Gesetzgebungskompetenz** nach Art. 70 ff. GG bedeutsam: Art. 83 ff. GG beziehen sich auf die Ausführung von Bundesgesetzen¹⁵⁶, also von Gesetzen, für die der Bund die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 ff. GG hat.

7.2.3 Finanzierungskompetenzen im Gebäudebereich nach dem GEG

Aus diesen Grundsätzen folgt, dass Ausgangspunkt der Frage einer Bundeszuwendungsfähigkeit zu Maßnahmen, die landesrechtlich verpflichtend sind, die Kompetenzverteilung nach dem GEG ist.

¹⁴⁹ Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 5.1; von Lewinski/Burbar, HGrG, 2013, § 14 Rn. 11 f.

¹⁵⁰ Vgl. dazu den allgemeinen Grundsatz des Art. 30 GG, wonach die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder ist, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt.

¹⁵¹ Der Wortlaut des Art. 104a Abs. 1 GG lässt zwar nicht eindeutig erkennen, ob die Finanzierungskompetenz an die Gesetzgebungs- oder an die Verwaltungskompetenz anknüpft (dazu näher Heintzen, in: von Münch/Kunig [Hrsg.], GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 15 ff.). Es herrscht jedoch Einigkeit, dass die Auslegung ergibt, dass die Finanzierungs- an die Verwaltungskompetenz anknüpft, vgl. nur Waldhoff, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 116 Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes Rn. 72; von Arnim, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 68, Heintzen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2021, Art. 104a Rn. 15 ff.; Kment, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. 2020, Art. 104a Rn. 4; s. aus haushaltsrechtlicher Sicht auch von Lewinski/ Burbar, HGrG, 2013, § 14 Rn. 11 m.w.N.; Dittrich, BHO, 58. AL Januar 2020, § 6 Rn. 3 f.; Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 5.1.

¹⁵² S. nur von Lewinski/ Burbar, HGrG, 2013, § 14 Rn. 12; Kube, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 48. Ed. Stand: 15.08.2021, Art. 104a vor Rn. 1.

¹⁵³ von Arnim, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 13, 18; s. auch Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 5.1; von Lewinski/Burbar, HGrG, 2013, § 14 Rn. 11 f.

¹⁵⁴ Bei Zuwendungen handelt es sich im finanzverfassungsrechtlichen Sinne um sogenannte Zweckausgaben, denn sie dienen der Erfüllung bestimmter Zwecke durch Stellen außerhalb der zugewendungsgewährenden Staatsverwaltung (Müller/Richter/Ziekow, Handbuch Zuwendungsrecht, 2017, A. III. 1. a) Rn. 170).

¹⁵⁵ Dittrich, BHO, 58. AL Januar 2020, § 6 Rn. 3 f.; Dittrich, BHO, 60. AL Januar 2021, § 23 Rn. 5.1.

¹⁵⁶ Vgl. bereits die Überschrift des VIII. Teils des GG „Die Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung“.

Gesetzgebungskompetenzen

Das GEG stützt sich ausweislich seiner Gesetzesbegründung auf die Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 (Recht der Wirtschaft, namentlich der Energiewirtschaft) sowie des Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 (Luftreinhaltung).¹⁵⁷

Dabei handelt es sich um Kompetenztitel der **konkurrierenden Gesetzgebung** im Sinne des Art. 72 GG. Macht der Bundesgesetzgeber von einem entsprechenden Kompetenztitel Gebrauch, tritt eine **Sperrwirkung** ein: Die Länder können damit im Bereich ihrer grundsätzlichen Gesetzgebungskompetenz auch im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 30, Art. 70 GG) nur noch wirksam Gesetze erlassen, „solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat“ (Art. 72 Abs. 1 Hs. 2 GG). Inwieweit den Ländern eine Gesetzgebungskompetenz verbleibt, ist dann durch einzelfallbezogene Auslegung des Bundesgesetzes festzustellen.¹⁵⁸

Für das GEG ordnet **§ 56 GEG**¹⁵⁹ eine „**Abweichungsbefugnis**“ (amtlicher Titel) an:

„Die Länder können

1. für bestehende öffentliche Gebäude, mit Ausnahme der öffentlichen Gebäude des Bundes, eigene Regelungen zur Erfüllung der Vorbildfunktion nach § 4 treffen und zu diesem Zweck von den Vorschriften dieses Abschnitts abweichen und

2. für bestehende Gebäude, die keine öffentlichen Gebäude sind, eine Pflicht zur Nutzung von erneuerbaren Energien festlegen.“

§ 56 GEG ordnet damit ausdrücklich an, dass der Bund von seinen Gesetzgebungskompetenzen in den in § 56 Nr. 1 und Nr. 2 GEG beschriebenen Bereichen keinen abschließenden Gebrauch machen wollte.¹⁶⁰ Folglich **bleibt es für die Länder im Bereich des § 56 GEG bei ihrer originären Kompetenz (Art. 30, 70 GG)**, da insoweit die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 Hs. 2 GG nicht greift.

¹⁵⁷ BT-Drucksache 19/16716 vom 22. Januar 2020, S. 108. Die Bußgeldvorschriften des GEG stützen sich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG (Strafrecht) (ebd.), was für dieses Gutachten jedoch ohne Bedeutung ist. Zur Gesetzgebungskompetenz des EEWärmeG s. Müller, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), EEWärmeG, 2010, Einl. Rn. 111 ff.

¹⁵⁸ Vgl. Uhle, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Werkstand: 76. EL Dezember 2015, Art. 72 Rn. 103 ff.; Oeter, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 72 Rn. 72 ff., 83 ff.

¹⁵⁹ § 56 GEG knüpft an den früheren § 3 Abs. 4 EEWärmeG an (BT-Drucksache 19/16716 vom 22. Januar 2020, S. 141), der durch das Gesetz vom 12. April 2011 (BGBl. I S. 619) in das EEWärmeG eingefügt wurde und der strukturell § 56 GEG entspricht (vgl. auch den Gesetzesentwurf in BT-Drucksache 17/3629 vom 8. November 2010, S. 12, 45).

¹⁶⁰ Aus Gründen der Vollständigkeit sei darauf hingewiesen, dass die beiden Nummern des § 56 GEG unterschiedlich gefasst sind: Nr. 1 erlaubt den Ländern, von Pflichten nach dem GEG abzuweichen; Nr. 2 betrifft Landesrecht in Angelegenheiten, in denen das GEG keine Regelung trifft. Beide Nummern sind nach hier vertretener Auffassung aber mit Blick auf die hier allein relevante Gesetzgebungsvorschriften gleich auszulegen, nämlich als Bestimmung der Reichweite der Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 Hs. 2 GG. Ausdrücklich wird dies zwar in den Gesetzgebungsmaterialien nur für § 56 Nr. 2 GEG festgehalten, während mit Bezug auf § 56 Nr. 1 GEG von „Öffnungsklausel“ die Rede ist (BT-Drucksache 19/16716 vom 22. Januar 2020, S. 141; Lesehinweis: Die Drucksache bezeichnet § 56 GEG(-Entwurf) als § 52 Abs. 6 GEG(-Entwurf); hierbei handelt es sich offenkundig um ein Redaktionsversehen, das auf eine frühere Fassung des GEG-Entwurfs abstellt). Deutlicher ist insoweit die Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 4 EEWärmeG, der Vorgängervorschrift von § 56 GEG, welche die beiden Nummern der Norm als Ausdruck einer beschränkten Sperrwirkung fasst („Der neue § 3 Absatz 4 EEWärmeG stellt klar, dass der Bund [...] von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nur teilweise abschließend Gebrauch gemacht hat, so dass den Ländern nach Artikel 72 Absatz 1 GG weiterhin in Teilbereichen die Gesetzgebung zusteht.“, Drucksache 17/3629 vom 8. November 2010, S. 45). Die in dieser Gesetzesbegründung zum Ausdruck kommende Auffassung einer einheitlichen Qualifizierung beider Nummern des (heutigen) § 56 GEG trifft zu. Denn solche Öffnungsklauseln wie § 56 Nr. 1 GEG (beziehungsweise früher § 3 Abs. 4 Nr. 1 EEWärmeG) sind höchstrichterlich anerkannt (etwa Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 –, juris Rn. 83, 150; Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 10. Februar 2004 – 2 BvR 834/02 –, juris Rn. 148, 157 f.; Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 27. Oktober 1998 – 1 BvR 2306/96 –, juris Rn. 356), wengleich ihre genaue dogmatische Konstruktion als offen zu bezeichnen sein dürfte (ungenau etwa die Darstellung von Greve, Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine Länderöffnungsklausel im Rahmen der Novellierung der Grundsteuer, NVwZ 2019, 701 [702]: „[Der Bund] überträgt hierbei den Ländern einzelne Regelungsbefugnisse[.]“).

Legen die Länder Pflichten in den Bereichen fest, die § 56 GEG beschreibt, handelt es sich um Landesgesetze aus originärer Gesetzgebungskompetenz der Länder, zu der die Länder auch nicht etwa erst durch § 56 GEG ermächtigt wurden.

Mit Blick auf solche landesrechtlichen Verpflichtungen, wie sie inhaltlich in § 56 GEG beschrieben werden, wird unter 7.3 geprüft, ob hierzu Bundeszuwendungen möglich sind.

Verwaltungs- und Finanzierungskompetenzen

Infolge der Gesetzgebungskompetenzen stellen sich die Finanzierungskompetenzen wie folgt dar:

- **Teil 6 des GEG erlaubt Bundeszuwendungen.** So kann nach § 89 S. 1 GEG die Nutzung erneuerbarer Energien für die Erzeugung von Wärme oder Kälte, die Errichtung besonders energieeffizienter und die Verbesserung der Energieeffizienz bestehender Gebäude durch den Bund nach Maßgabe des Bundeshaushaltes gefördert werden.¹⁶¹
Damit nimmt das GEG die Finanzierungskompetenz des Bundes an.
- **Landesgesetze, die inhaltliche Verpflichtungen machen, wie sie sachlich in § 56 GEG beschrieben sind,** begründen eine Aufgabe des Landes. Es handelt sich hierbei nämlich um Landesrecht aufgrund einer originären Gesetzgebungskompetenz der Länder. Solches Landesrecht wird von den Ländern vollzogen. Die entsprechende Aufgabe liegt damit **in der Finanzierungskompetenz des Landes.**

7.3 Bundesförderung einer landesrechtlich verpflichtenden Maßnahme

7.3.1 Beschreibung der Fallgruppe

Im Bereich des Gebäuderechts haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz, landesrechtliche Verpflichtungen in denjenigen Bereichen zu treffen, die § 56 GEG beschreibt. Damit können die Länder gebäuderechtliche Pflichten schaffen, die das GEG nicht vorgibt.

Zu prüfen ist, ob (und gegebenenfalls: inwieweit) dem Bund aus Gründen, die im bundesdeutschen Mehrebenenystem des Föderalismus liegen, die Förderung einer solchen Maßnahme verwehrt ist. Hierfür wird in diesem Abschnitt der föderale Rahmen der Möglichkeiten von Bundeszuwendungen zu Landesforderungen untersucht.

7.3.2 Zur Einführung: Gegenwärtige Rechtslage nach dem GEG

Die in diesem Gutachten vertretene Auffassung, dass eine Bundesförderung zu landesrechtlich geforderten Maßnahmen möglich sein kann, deckt sich mit der geltenden Rechtslage. **Bereits unter**

Nach hier verteilter Auffassung gilt: Die Öffnungsklausel in § 56 Nr. 1 GEG ist auch als Ausprägung der Reichweitenbestimmung der Sperrwirkung von Art. 72 Abs. 1 Hs. 2 GG zu verstehen (vgl. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 25. März 2021 – 2 BvF 1/20 –, juris Rn. 83; Greve, Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine Länderöffnungsklausel im Rahmen der Novellierung der Grundsteuer, NVwZ 2019, 701 [702]). Damit sind im Ergebnis beide Nummern des § 56 GEG mit Blick auf die Gesetzgebungskompetenz gleich zu behandeln: Im Anwendungsbereich von § 56 Nr. 1 und Nr. 2 GEG werden die Länder aufgrund eigener Gesetzgebungskompetenz tätig (Art. 30, Art. 70 GG), da insoweit der Bundesgesetzgeber von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat.

¹⁶¹ Dazu bereits ausführlich unter 6.3.3.

dem gegenwärtigen GEG kann nämlich eine Bundesförderung von landesrechtlich Verpflichtendem nach dem GEG erfolgen.

Denn nach § 89 S. 1, S. 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 91 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 lit. b, Nr. 4 lit. b, Abs. 3 GEG kann der Bund in den Bereichen des § 56 GEG Zuwendungen zu Gesamtmaßnahmen vornehmen, die über das landesrechtlich Geforderte hinausgehen, damit aber das landesrechtlich Geforderte auch umfassen. Folglich kann eine Bundeszuwendung für Maßnahmen erfolgen, die (wenn auch nur teilweise) eine landesrechtliche Pflicht erfüllen.

Damit bringt der Bundesgesetzgeber zum Ausdruck, dass nach seiner Rechtsauffassung Bundeszuwendungen zu landesrechtlich Gefordertem mit verfassungsrechtlichen, bundesstaatlichen Vorgaben vereinbar sind. Anderenfalls bestünde keine verfassungskonforme Möglichkeit einer Förderung, wie sie in § 89 S. 1, S. 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 91 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 lit. b, Nr. 4 lit. b, Abs. 3 GEG vorgesehen ist.

7.3.3 Föderaler Rahmen für Bundeszuwendungen

Eine Bundesförderung von **Verpflichtungen, die das landesrechtlich Geforderte übererfüllen, kann nach hier vertretener Auffassung mit den bundesstaatlichen Regelungen nach dem Grundgesetz vereinbart werden.** Hingegen **begegnet eine Bundesförderung von Verpflichtungen, die das landesrechtlich Geforderte (nur) erfüllen, größeren Bedenken;** eine solche Bundesförderung ist nach hier vertretener Auffassung **aber nicht kategorisch ausgeschlossen.**

Dies ergibt sich unter Bewertung der vertikalen und horizontalen Regelungen des Grundgesetzes zu Abgrenzungen der Kompetenzen von Bund und Ländern, unter Bewertung der haushaltsrechtlichen Frage nach einem Bundesinteresse im Sinne des § 23 BHO sowie unter Berücksichtigung des landesrechtlichen Ordnungsrechts.

Vertikale Vorgaben des grundgesetzlichen Föderalismus

Die oben unter 7.2.2 ausgeführten Grundsätze der bundesstaatlichen Kompetenzabgrenzung ergeben in **vertikaler Hinsicht** (also im Verhältnis des Bundes zum konkret verpflichtenden Land) Folgendes:

Das Land setzt die gebäuderechtlichen Verpflichtungen aufgrund originärer eigener Kompetenzen fest (Art. 30, Art. 70 GG).¹⁶² Damit ergeben sich zwar **Bedenken** gegen eine Bundeszuwendung mit Blick auf die Ausschließlichkeitsregelung in Art. 104a Abs. 1 GG, wonach mit Statuierung einer entsprechenden landesrechtlichen Verpflichtung in diesem Bereich die Landesfinanzierungskompetenzen auch für Zuwendung entstehen. Im Ausgang gilt für eine Finanzierung durch den Bund daher: Eine freiwillige Fremdfinanzierung im Verhältnis zwischen Bund und Ländern ist ausgeschlossen (Verbot der Mischfinanzierung),¹⁶³ um kompetenzwidrige

¹⁶² Vgl. dazu näher oben Fußnote 160. Aus Gründen der Vollständigkeit: Wollte man entgegen der Ausführungen in der genannten Fußnote § 56 Nr. 1 GEG nicht als Form der Beschränkung der Sperrwirkung von Art. 72 Abs. 1 Hs. 2 GG sehen, ändert sich für die hier erörterten Aspekte nichts. Denn in jedem Fall hat der Bundesgesetzgeber eine Gestaltung des GEG gewählt, die dem Landesgesetzgeber erlaubt, Gebäudeverpflichtungen ohne Kollision mit dem GEG festzulegen. Damit sind beide Rechtssphären deutlich getrennt.

¹⁶³ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 19. Januar 2000 – 11 C 6/99 –, juris Rn. 34; Kube, in: BeckOK GG, Epping/Hillgruber (Hrsg.), 48. Ed. Stand: 15.08.2021, Art. 104a Rn. 5 m.w.N.; Hellermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018, Art. 104a Rn. 55.

Einflussnahmen durch „goldene Zügel“ zu verhindern.¹⁶⁴ Nach diesem finanzverfassungsrechtlichen grundsätzlichen Verbot der Mischfinanzierung könnte im vorliegenden Fall die Möglichkeit von Bundeszuwendungen gesperrt sein. Das Argument wäre dabei: Hat im entsprechenden Bereich das Land von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht, kommt (nur) ihm in diesem Bereich auch die Aufgaben- und damit die Finanzierungskompetenz zu.

Dabei darf nicht verkannt werden, dass die Trennung der Finanzierungslast ein Verfassungsgebot ist, dem entsprechend hohe Bedeutung zukommt¹⁶⁵ und das normative Leitbild des Grundgesetzes zu den Kompetenzen der Grundsatz von Trennung und Alternativität ist¹⁶⁶. Auch ist darauf hinzuweisen, dass gerade im Bereich der Finanzen Formen des Zusammenwirkens von Bund und Ländern immer wieder kritisiert werden.¹⁶⁷ Dennoch spricht das (allerdings nicht-normative) Leitbild eines kooperativen Föderalismus dafür, bestehende Argumentationsspielräume für ein Nebeneinander von Bund- und Ländertätigkeit zu nutzen.¹⁶⁸

In der Gesamtabwägung sprechen vertretbare Argumente dafür, **eine Bundeszuwendung anzuerkennen, die auf Übererfüllung einer landesrechtlichen Pflicht gerichtet ist**. Würde das Landesrecht beispielsweise zur Erfüllung bestimmter Vorgaben bis zu einem bestimmten Zeitpunkt verpflichten, dürfte der Bund nach dieser Auffassung eine vorzeitige Erfüllung fördern¹⁶⁹.

Auch in dieser Konstellation bestehen zwar Bedenken gegen die Möglichkeit einer Bundesförderung. So lässt sich etwa annehmen, dass auch bei der Übererfüllung, also gleichsam im Umfeld einer landesrechtlichen Verpflichtung, eine (nach Art. 104a Abs. 1 GG ausschließliche) Finanzierungskompetenz der Länder besteht.

Während solche Bedenken nicht von der Hand zu weisen sind, sind sie nach Auffassung dieses Gutachtens aber nicht zwingend. Denn wo keine Landesverpflichtung (auf vorzeitige Erfüllung) besteht, besteht jedenfalls keine Landesfinanzierungskompetenz, die eine Bundesfinanzierungskompetenz ausschließt. Es lässt sich argumentieren, dass die Rechtsnatur von Zuwendungen durch ihre Umsetzung mittels gesetzesfreier Verwaltung eine gewisse Unschärfe mit sich bringt: Die Verwaltung handelt in einem Bereich, der gerade **nicht** gesetzlich bestimmt ist. Damit lässt sich begründen: Ein Sachbereich, der nicht durch Bundes-, aber auch nicht durch Landesrecht geregelt ist, ist juristisch neutral. Damit darf der Bund (soweit die bundeshaushaltsrechtlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, dazu unten) Bundeszuwendungen vornehmen, soweit ein erhebliches Bundesinteresse besteht.

¹⁶⁴ Kube, in: BeckOK GG, Epping/Hillgruber (Hrsg.), 48. Ed. Stand: 15.08.2021, Art. 104a Rn. 5; vgl. auch von Arnim, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 138 Finanzzuständigkeit Rn. 14: „Angebotsdiiktatur“; „wer zahlt, schafft an“.

¹⁶⁵ S. etwa Waldhoff, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007, § 116 Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes Rn. 72: „Soweit das Grundgesetz nicht ausdrücklich eine Ausnahme vorsieht, ist es nach dem Konnexitätsprinzip dem Bund wie gleichermaßen den Ländern verwehrt, Vorhaben zu finanzieren, die nicht ihrer Verwaltungskompetenz unterfallen.“

¹⁶⁶ Etwa Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, 3. Aufl. 2008, § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz Rn. 35, ähnlich auch Rn. 95 ff. Für den Fall der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen jüngst: Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 7. Dezember 2021 – 2 BvL 2/15 –, juris Rn. 51.

¹⁶⁷ Etwa Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, 3. Aufl. 2008, § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz Rn. 35, ähnlich auch Rn. 109.

¹⁶⁸ Damit sollen keine „Doppelkompetenzen“ befürwortet werden, die das Grundgesetz nicht kennt (s. nur Pietzcker, in: Isensee/Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, 3. Aufl. 2008, § 134 Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat Rn. 32). Vielmehr geht es um ein Nebeneinander.

¹⁶⁹ Vgl. auch das Beispiel unter 6.4.1.

Wo die **Bundeszuwendung auf die Erfüllung einer landesrechtlichen Pflicht** gerichtet ist, bleiben **größere, aber nicht zwingende Bedenken** am Bestehen einer Bundesfinanzierungskompetenz.

Die Erfüllung einer landesrechtlichen Pflicht liegt in der Aufgaben- und damit Finanzierungskompetenz des Landes (Art. 104a Abs. 1 GG). Im Grundsatz gilt damit umso gewichtiger dasselbe, was oben zum Fall der Bundeszuwendung zu einer Maßnahme ausgeführt wurde, die auf Übererfüllung einer Landespflicht gerichtet ist: Besteht in diesem Bereich eine Länderfinanzierungskompetenz, könnte dies einer Bundeszuwendung entgegenstehen.

Für eine trotzdem mögliche Bundeszuwendung können dennoch Argumente vorgebracht werden. Erstens ist es den Ländern selbst versagt, die bloße Erfüllung einer Landespflicht durch Zuwendung zu fördern (die unter 6.3.2 ausgeführten Grundsätze gelten auch für das Landeshaushaltsrecht). Darf das Land aber nicht handeln, kollidiert eine Bundesförderung nicht mit Länderkompetenzen.

Zweitens kann für eine Bundeszuwendung folgendes Gedankenexperiment angeführt werden: Besteht **keine** landesrechtliche Pflicht und ist damit eine Bundesfinanzierungskompetenz nicht gesperrt, kann sich hieran nichts dadurch ändern, dass ein Land eine entsprechende landesrechtliche Pflicht einführt. Würde etwa nur ein Land eine solche Pflicht einführen, dürfte ein entsprechendes Bundesförderprogramm für die Gebäudeeigentümer und -eigentümerinnen in 15 Ländern aufgelegt werden, aber nicht in jenem Land, das eine entsprechende Pflicht statuiert hat. Dies überzeugt nicht. Vielmehr kann hier argumentiert werden, dass die Bundesfinanzierungskompetenz sich nicht mit der Landesfinanzierungskompetenz überschneidet: Der Bund finanziert nämlich in einer formalen Rechtsperspektive keine Landesaufgabe, sondern einen Bereich erheblichen Bundesinteresses (dazu unten); dass dieses erhebliche Bundesinteresse landesrechtlich verpflichtend sein mag, ändert daran nichts.

Weitere Bedenken bezüglich der Bundeszuwendungen bestehen insoweit, als dass sich argumentieren lässt, dass mit einer Bundesförderung einer landesrechtlich verpflichtenden Maßnahme eben doch die Abgrenzung der Finanzierungskompetenzen durchbrochen würde. Mit Bundeszuwendungen zu landesrechtlich Gefordertem beeinflusst der Bund nämlich faktisch, wie die landesrechtliche Verpflichtung wirkt. Dies könnte als Lenkung der Länder durch die „goldenen Zügel“¹⁷⁰ des Bundes angegriffen werden, die gerade nach der bundesstaatlichen (Finanzierungs-)Kompetenzverteilung ausgeschlossen sein soll.

Diese Bedenken greifen nach hier vertretener Auffassung aber nicht durch. Entscheidend ist die **normative** und nicht die faktische Bewertung der Lage. Faktisch mag die Bundesförderung auf die nach Landesrecht geforderte Situation einwirken. Normativ bleiben beide Bereiche getrennt. Dabei wird nicht verkannt, dass auch Handlungen, die nicht unmittelbar verbindliche Wirkungen hervorrufen (die Bundeszuwendung zwingt niemanden und beeinflusst die landesrechtliche Situation nicht grundsätzlich) die Ausübung von Staatsgewalt darstellen können. So hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass eine Volksbefragung der Länder zu einem Gegenstand der Bundesgesetzgebungskompetenz verfassungswidrig ist, wenn die Länder damit politischen Druck aufbauen wollen, damit der Bund seine Sachentscheidung entsprechend ändert.¹⁷¹ Dies würde auch im umgekehrten Fall der Einflussnahme des Bundes auf Landeskompetenzen gelten.¹⁷² Mit Blick

¹⁷⁰ Dazu unter 7.2.2.

¹⁷¹ Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 30. Juli 1958 – 2 BvF 3/58 u.a. –, juris Rn. 34 ff.

¹⁷² Vgl. mit Blick auf die Volksbefragungssituation Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 30. Juli 1958 – 2 BvF 3/58 u.a. –, juris Rn. 39.

darauf ließe sich durchaus begründen, dass ein Zuwendungsprogramm des Bundes mit den entsprechenden Anreizen durchaus in einen Bereich der Landeskompetenzen eingreift.

Allerdings stehen diese Aspekte des Gebots zu länderfreundlichem Verhalten (als Ausdruck der Bündnistreue im Bundesstaat)¹⁷³ einer Bundeszuwendung zu landesrechtlich Gebotenen nicht grundsätzlich entgegen. Die Grenzen bundesstaatlich erlaubter Bundeszuwendungen müssen vielmehr im Einzelfall bestimmt werden. Eine Bundeszuwendung darf danach nicht dazu führen, faktische Widersprüche zu landesrechtlich Gefordertem zu schaffen. Soweit aber ein (intendierter oder auch nur faktischer) Einfluss der Bundeszuwendung auf die Situation nach Landesrecht ausscheidet, ist eine Bundeszuwendung vertretbar.

Horizontale Vorgaben des grundgesetzlichen Föderalismus

Nach hier vertretener Auffassung stehen einer Bundeszuwendung zu landesrechtlich Gefordertem auch keine horizontal wirkenden Grundsätze der Bundesstaatlichkeit (also im Verhältnis der Länder untereinander) entgegen.

Bedenken könnten etwa bestehen, wenn sich aus der Förderung Ungleichwertigkeiten in den Ländern ergeben würden. Soweit Bundesförderprogramme aber neutral mit Blick auf etwaige landesrechtliche Pflichten ausgestaltet würden (also Zuwendungen anbieten unabhängig davon, ob und wie eine landesrechtliche Pflicht besteht), ergeben sich gerade keine Verzerrungen im Verhältnis der Länder untereinander. Dieselben Maßnahmen würden vielmehr unabhängig davon gefördert, ob der Zuwendungsempfänger damit eine landesrechtliche Pflicht erfüllt oder nicht.

Tatbestandliche Vorgaben des § 23 BHO: Bundesinteresse trotz § 56 GEG

Föderale Fragen spielen auch auf der einfachrechtlichen Ebene des Haushaltsrechts eine Rolle. § 23 BHO erlaubt Bundeszuwendungen nur, wenn der Bund an der Erfüllung bestimmter Zwecke durch die Zuwendungsempfänger ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.

Insoweit bestehen **Bedenken, ob es nicht ausgeschlossen ist, dass der Bund einerseits seine Gesetzgebungskompetenz nicht auf die in § 56 GEG beschriebenen Bereiche erstreckt, andererseits aber an der Entwicklung in diesem Bereich ein erhebliches Interesse hat.** Solche Bedenken sind nicht von der Hand zu weisen. Sie stehen aber Bundeszuwendungen nach hier vertretener Auffassung **nicht zwingend** entgegen.

Denn aus rechtlicher Sicht wirkt sich § 56 GEG so aus, dass für die dort beschriebenen Bereiche keine rechtlichen Vorgaben des Bundes bestehen.¹⁷⁴ Genau dies ist die Grundlage für die Gewährung von Zuwendungen im Rahmen der gesetzessfreien Verwaltung. Die Kontrollfrage lautet daher, ob auch ein Bundesinteresse an einer bestimmten Zuwendung bejaht werden dürfte, wenn der Bundesgesetzgeber das GEG nicht geschaffen hätte. Denn normativ betrachtet besteht kein

¹⁷³ Zur Terminologie: Im Anschluss an Ossenbühl, Abschied von der Ländertreue? NVwZ 2003, 53 (53) wird hier von Bündnistreue gesprochen. Dies umfasst sowohl die Treue der Länder gegenüber dem Bund (Bundestreue) als auch die Treue des Bundes gegenüber den Ländern (Ländertreue). Der so verstandene Grundsatz der Bündnistreue wird unmittelbar aus dem Bundestaatsprinzip abgeleitet und verpflichtet alle Glieder des Bundesstaats zu gegenseitiger Rücksichtnahme; die Bündnistreue ist gegenüber speziellen Regelungen des Grundgesetzes nachrangig (s. Sachs, in: Sachs [Hrsg.], GG, 9. Aufl. 2021, Art. 20 Rn. 68 f.).

¹⁷⁴ Es sei nochmals auf die unterschiedlichen Fassungen von § 56 Nr. 1 und Nr. 2 GEG hingewiesen, dazu näher oben Fn. 160. Nach hier vertretener Auffassung hat der Bund aber alle in § 56 GEG aufgezählten Bereiche von seiner Gesetzgebung ausgenommen.

Unterschied, ob der Bund das Gebäudeenergierecht überhaupt nicht regelt oder ob er seine Regelung nur auf bestimmte Bereiche erstreckt. In beiden Fällen gibt es keine bundesgesetzlichen Vorgaben zu den fraglichen Bereichen.

Damit sind Bundeszuwendungen grundsätzlich möglich. Denn der moderne Staat übt seine Hoheitsgewalten durch eine Vielzahl von Handlungsformen aus. Diese stehen teils nebeneinander, teils sind sie miteinander verschränkt. Aus einer fehlenden Einwirkung auf einen bestimmten Bereich durch Gesetz kann daher nicht geschlossen werden, dass der Bund an diesem Bereich kein Interesse hat – sondern nur, dass er dieses Interesse nicht durch gesetzliche Vorgaben befriedigen möchte. Es stellt nach hier vertretener Auffassung daher keinen Widerspruch dar, wenn der Bund einerseits keine gesetzlichen Vorgaben in einem bestimmten Bereich machen möchte und somit die Länder gesetzeskompetent bleiben; und andererseits als Bund in diesem Bereich doch erhebliche Interessen hat. Bereits die Verfassungsverpflichtung zur Erreichung von Klimaneutralität (Art. 20a GG)¹⁷⁵ spricht dafür, dass der Bund ein solches Interesse hat und haben darf.

Tatbestandliche Vorgaben des § 23 BHO: Bundesinteresse unter Achtung des Landesordnungsrechts

Entscheidet sich der Gesetzgeber für ordnungsrechtliche Vorgaben, muss er diese auch mit dem Instrumentarium des Ordnungsrechts durchsetzen. Eine Entscheidung der Verwaltung, daneben einen finanziellen Anreiz zur Befolgung der ordnungsrechtlichen Pflichten zu setzen, würde das Prinzip einer hinreichenden demokratischen Legitimation von ordnungsrechtlichen Verpflichtungen gefährden.

Fraglich ist, ob diese Gesichtspunkte nicht auch einer Bundeszuwendung zu einer landesrechtlich geforderten Pflicht entgegenstehen. Auch hier könnte argumentiert werden, dass die Bundeszuwendung ausgeschlossen ist, um die demokratisch legitimierte Landesentscheidung für ordnungsrechtliche Vorgaben nicht zu unterminieren.

Wenngleich auch diese Bedenken einiges Gewicht haben, greifen sie nach hier vertretener Auffassung nicht durch. Eine Bundeszuwendung ist daher möglich. Denn das Verbot eines Unterminierens des Ordnungsrechts kann aus formaler normativer Sicht nur mit Blick auf denselben Hoheitsverband gelten: Zuwendungen der Bundesverwaltung zu bundesrechtlich Gefordertem unterscheiden sich kategorial von Bundeszuwendungen zu landesrechtlich Gefordertem.

Zwar ließe sich dies als eine zu formale Betrachtung angreifen mit dem Argument, dass sich beide Fälle faktisch entsprechen und eine Bundeszuwendung aus föderalen Gründen damit doch ausgeschlossen sei. Dies greift nach hier vertretener Auffassung aber nicht durch: Das Landesordnungsrecht bleibt unberührt – die Bundeszuwendung wird nicht als Anreiz für die Erfüllung von landesrechtlichen Pflichten gesetzt, sondern um eigene (von den landesrechtlichen Pflichten unabhängige) erhebliche Bundesinteressen zu befriedigen.

¹⁷⁵ Dazu oben 6.3.2.

7.3.4 Rahmen für Bundeszuwendungen nach dem GEG

Je nach Inhalt der (landesrechtlich geforderten) Maßnahmen, zu denen Bundeszuwendungen erfolgen sollen, ist gegebenenfalls eine Novellierung des GEG erforderlich.¹⁷⁶

Das GEG statuiert de lege lata nämlich einen grundsätzlichen Ausschluss für Zuwendungen zu Maßnahmen, soweit diese der Erfüllung der Anforderungen einer landesrechtlichen Pflicht nach § 56 GEG dienen (§ 91 Abs. 1 GEG).

In Ausnahme hiervon sind Bundeszuwendungen bereits de lege lata möglich in den in § 91 Abs. 2 Nr. 3 lit. b, Nr. 4 lit. b, Abs. 3 GEG beschriebenen Fällen.¹⁷⁷

Bundeszuwendungen zu anderen landesrechtlichen Pflichten, die im Anwendungsbereich von § 56 GEG liegen, sind im Umkehrschluss damit nach dem GEG de lege lata nicht möglich. **Sollen solche Bundeszuwendungen erfolgen, bedürfte es einer Novellierung des GEG.**

¹⁷⁶ Zum Förderungsrahmen des GEG s. näher 6.3.3.

¹⁷⁷ Zum Anwendungsbereich von § 91 GEG s. ausführlich 6.3.3.

8 Fordern und Fördern nach EU-Beihilferecht (Arbeitspaket 3)

8.1 Zusammenfassung

Im Folgenden wird analysiert, inwieweit eine Förderung im Gebäudebereich aus beihilferechtlicher Sicht zulässig ist, wenn gleichzeitig eine Pflicht in dem Recht eines Mitgliedstaates zur Umsetzung der geförderten Maßnahme besteht. Wenn der Staat Fördermittel für ein Vorhaben gewährt, ist auch die Vereinbarkeit mit EU-Beihilferecht zu berücksichtigen. Beihilfen sind nach Art. 107 AEUV staatliche Mittel, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Sie sind mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Für die Zwecke dieser Untersuchung wird zunächst unterstellt, dass eine geplante Förderung die Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe nach Art. 107 AEUV¹⁷⁸ erfüllt. Der Schwerpunkt der Betrachtung befasst sich mit Investitionsmaßnahmen¹⁷⁹ zur Sanierung oder Renovierung bestehender Gebäude.

In einem ersten Schritt werden die primärrechtlichen Grundlagen des Beihilferechts (hierzu 8.2) sowie die Rahmenbedingungen für eine zulässige Beihilfe, insbesondere nach den Beihilfeleitlinien der EU-Kommission und der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung, dargestellt (hierzu 8.3). Dabei werden die allgemeinen Kriterien für die Zulässigkeit von gleichzeitigem Fordern und Fördern identifiziert. Im Grundsatz kann bereits festgehalten werden, dass eine Maßnahme nach dem Beihilferecht ein Fordern und Fördern möglich ist, wenn dadurch ein Standard erreicht wird, der über das Niveau einer Unionsnorm hinausgeht oder die Maßnahmen zur frühzeitigen Erfüllung einer Unionsnorm führt. Im Anschluss werden spezifische Vorgaben für Beihilfen im Gebäudebereich untersucht und wie diese sich auf die Möglichkeit zu fordern und zu fördern auswirken (hierzu 8.4).

Im nächsten Schritt gilt es daher zu ermitteln, ob im Gebäudebereich eine Unionsnorm existiert, die einen beihilferechtlich relevanten Standard für das Fordern und Fördern enthält und falls ja, wie dieser Standard definiert ist (hierzu 8.5). Zunächst werden kurz Beispiele für Unionsnormen im Bereich Umwelt und Energie dargestellt, bevor auf sekundärrechtliche Vorgaben im Gebäudebereich eingegangen wird. Zuletzt werden auch die Standards betrachtet, die sich direkt aus beihilferechtlichen Vorgaben ergeben.

Auf dieser Grundlage werden im letzten Schritt die Spielräume für ein Fordern und Fördern nach dem EU-Beihilferecht dargestellt (hierzu 8.6). Es wird insbesondere dargelegt, in welchem Umfang eine geförderte Maßnahme über das Unionsniveau hinausgehen müsste und welche Anforderungen an eine frühzeitige Erfüllung bestehen, damit eine Förderung mit dem Beihilferecht vereinbar ist. In einem Exkurs werden weitere potenzielle Spielräume betrachtet, die sich im Zusammenhang mit dem EU-Beihilfebegriff ergeben könnten.

¹⁷⁸ Vgl. zu den Merkmalen einer Beihilfe: Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, [C/2016/2946](#), ABI. C 262 vom 19.7.2016, S. 1–50.

¹⁷⁹ Siehe allgemein zur beihilferechtlichen Zulässigkeit von Betriebsbeihilfen beim Vorliegen einer ordnungsrechtlichen Pflicht: Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 23 vom 5. November 2021 S. 38, 40.

Im Hinblick auf die allgemeinen Vereinbarkeitskriterien einer Beihilfe ergeben sich aus den Vorgaben zum Anreizeffekt die Rahmenbedingungen zur Beurteilung der Zulässigkeit einer Maßnahme oder einer Tätigkeit, zu der ein Beihilfeempfänger gleichzeitig gesetzlich verpflichtet ist (hierzu 8.3.1). Im Grundsatz besteht der Anreizeffekt einer Beihilfe nur, wenn sie den Empfänger dazu veranlasst, das Verhalten entsprechend den Zielen der Union zu ändern (hierzu 8.3.4). Diese Voraussetzung ist regelmäßig nicht erfüllt, wenn das erwünschte Verhalten bereits gesetzlich verpflichtend ist. Maßgeblich ist jedoch, dass diese Pflicht zum Zeitpunkt besteht, in dem die Beihilfe gewährt wird, und von einer Unionsnorm ausgeht. In Abgrenzung dazu ergeben sich Spielräume für ein gleichzeitiges Fordern und Fördern (hierzu 8.3.4).

Ein Spielraum ergibt sich, wenn die nationale Norm ein Schutzniveau beziehungsweise einen Standard verlangt, der über die Unionsnorm hinausgeht. Dies gilt auch, wenn gar keine relevante Unionsnorm existiert. Ein weiterer Fall ist, wenn durch die Förderung ein Vorhaben abgeschlossen wird, für das eine relevante Unionsnorm existiert, die noch nicht in Kraft getreten ist (hierzu 8.3.4). Die laufende Beihilferechtsreform, insbesondere die neuen Leitlinien, führt dabei sowohl zu Verschärfungen als auch zu Lockerungen. Ferner können Beihilfen in Form von Steuervergünstigungen gewährt werden, unabhängig davon, ob eine Norm auf nationaler oder auf Unionsebene eine Pflicht zur Durchführung des geförderten Vorhabens oder der Tätigkeit enthält. Hier ist ein Fordern und Fördern im Grundsatz zulässig (hierzu 8.3.4).

Es gibt besondere Vereinbarkeitskriterien für Beihilfen im Gebäudebereich, die im Verhältnis zu den allgemeinen Vereinbarkeitskriterien mit Einschränkungen und Chancen verbunden sind, um Maßnahmen im Gebäudebereich zu fördern, für deren Umsetzung im nationalen Recht eine Pflicht besteht. Bei Beihilfen für die Renovierung bestehender Gebäude muss die Maßnahme unabhängig vom Bestehen einer Norm, auf nationaler oder europäischer Ebene, einen Standard erreichen, der in den beihilferechtlichen Vorgaben definiert wird. Da das Bestehen einer Norm ohne Bedeutung für die Vereinbarkeit der Förderung ist, steht dies einem gleichzeitigen Fordern und Fördern nicht entgegen. Für Effizienzmaßnahmen für neue Gebäude ist aufgrund der Bezugnahme auf nationale Normen, die unionsrechtlich geprägt sind, ein Fordern und Fördern im Ergebnis ausgeschlossen. Die Förderung für die frühzeitige Anpassung einer Unionsnorm bleibt jedoch im Gebäudebereich möglich, selbst wenn zum Zeitpunkt der geförderten Maßnahme eine entsprechende Pflicht auf nationaler Ebene existiert (hierzu 8.4.3).

Aus der Definition der **Unionsnorm** ergeben sich keine konkreten Kriterien, um zu beurteilen, ob eine unionsrechtliche Regelung auch als Unionsnorm im Sinne des Beihilferechts zu behandeln ist. Materielle Vorgaben des Unionsrechts im Gebäudebereich sind insbesondere in Richtlinien geregelt. Eine Unionsnorm kann sich grundsätzlich aus einer Richtlinie ergeben. Die Richtlinien im Gebäudebereich können jedoch im Ergebnis nicht als Unionsnorm im beihilferechtlichen Sinn eingestuft werden (hierzu 8.5.5).

Die Chancen für ein Fordern und Fördern werden durch weitere Punkte beeinflusst. So ist etwa zu berücksichtigen, dass das Vorliegen einer nationalen Norm de facto Auswirkungen auf die Höhe der Förderung haben kann. Gelingt es, eine Förderung zu gestalten, die nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe erfüllt, ist diese als beihilfefrei einzustufen und die Einschränkungen des Beihilferechts greifen nicht. Dies kann Spielräume für die Gestaltung von Fördermaßnahmen eröffnen. Gleichzeitig können sich aus der Notwendigkeit, die Beihilfefreiheit zu wahren, neue Einschränkungen ergeben (hierzu 8.6.3).

8.2 Primärrechtliche Grundlagen des Beihilferechts

Beihilfen sind zulässig, wenn sie die Kriterien nach Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV erfüllen. Beihilfen in den Bereichen Energie, Umwelt- und Klimaschutz fallen in die Kategorie der Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft, Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV. Die Kommission ist zuständig für die Überwachung der primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben des Beihilferechts. Ein Mitgliedstaat muss danach eine Beihilfe vor der Einführung bei der Kommission anzeigen (Art. 108 Abs. 3 AEUV). Die Kommission ermittelt im ersten Schritt, ob eine Fördermaßnahme überhaupt eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV darstellt. In einem zweiten Schritt prüft sie, ob die Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Die Prüfung kann sich dabei entweder auf eine Beihilferegelung beziehen oder auf einzeln anzumeldende Beihilfen, Rn. (22) UE BLL, Rn. 18 KUE BLL. Eine Beihilferegelung stellt einen Rahmen dar, der im Falle einer Genehmigung die Grundlage für Beihilfen für einzelne Vorhaben bildet, die nicht erneut angemeldet werden müssen.¹⁸⁰ Einzelbeihilfen sind Beihilfen für konkrete Vorhaben, die bei der Kommission angemeldet werden müssen, entweder weil sie ad hoc, das heißt nicht auf der Grundlage einer Beihilferegelung, gewährt werden, oder weil die zugrundeliegende Beihilferegelung eine Anmeldung vorsieht.¹⁸¹

Für Maßnahmen im Gebäudebereich ergeben sich Kriterien für die rechtliche Zulässigkeit einer Beihilfe aus der allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung¹⁸² (AGVO) und auch sogenannten Beihilfeleitlinien der Kommission. Die AGVO und die Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien (UE BLL)¹⁸³ sollten ursprünglich nur bis zum Ende des Jahres 2020 gelten.¹⁸⁴ Nach einer vorübergehenden Verlängerung der Anwendbarkeit¹⁸⁵ dieser Regelungen erfolgt derzeit eine Reform des Beihilferechts. In ihrem am 07.06.2021 veröffentlichten Entwurf hatte die Kommission eine grundlegende Überarbeitung der Leitlinien vorgeschlagen.¹⁸⁶ Der Entwurf wurde im Nachgang zu den öffentlichen Konsultationen weiterentwickelt (Interservice-Fassung).¹⁸⁷ Die Kommission hat die finale Fassung der Klima, Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien (KUE BLL)¹⁸⁸ am 21.12.2021 angenommen;¹⁸⁹ sie tritt nach der Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft.¹⁹⁰ Zweck der Beihilfenkontrolle und dieser Regelungen

¹⁸⁰ Die Beihilferegelung ist nicht in den UE BLL beziehungsweise KUE BLL legaldefiniert; die Einzelbeihilfe ist nach Rn. (19) Nr. 19 UE BLL beziehungsweise Rn. 19 Nr. (50) KUE BLL eine auf der Grundlage einer Beihilferegelung oder ad hoc gewährte Beihilfe.

¹⁸¹ Rn. (19) Nr. 30 UE BLL, Rn. 19 Nr. (3) KUE BLL.

¹⁸² Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 187 vom 26.6.2014, S. 1–78, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23. Juli 2021, C/2021/5336, ABl. L 270 vom 29.7.2021, S. 39–75 (AGVO).

¹⁸³ Mitteilung der Kommission - Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014–2020, ABl. C 200 vom 28.6.2014, S. 1–55 (UE BLL).

¹⁸⁴ Art. 59 AGVO in der ursprünglichen Fassung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014.

¹⁸⁵ Art. 59 AGVO geändert durch Verordnung (EU) 2020/972 der Kommission vom 2. Juli 2020, C/2020/4349, ABl. L 215 vom 7.7.2020, S. 3–6; Pressemitteilung der Kommission vom 7. Januar 2019, IP/19/182.

¹⁸⁶ Pressemitteilung der Kommission vom 7. Juni 2021, IP/21/2784; Entwurf ist abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-ceeag_de.

¹⁸⁷ Die „Interservice“-Fassung ist nicht öffentlich zugänglich, wurde jedoch den Bearbeiter:innen für diese Studie vertraulich zur Verfügung gestellt.

¹⁸⁸ Die EU-Kommission hat die KUE BLL am 21.12.2021 genehmigt (vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 21.12.2021, IP/21/6982), C (2021) 9817 final, Annexes to the Communication to the Commission, Approval of the content of a draft for a Communication from the Commission on the Guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy 2022. Zum Zeitpunkt der Bearbeitung sind die Leitlinien jedoch noch nicht in Kraft getreten und es liegt nur die englische Sprachfassung vor.

¹⁸⁹ European Commission, Press Release 21. December 2021, IP/21/6982.

¹⁹⁰ Die Mitgliedstaaten sind ausdrücklich dazu verpflichtet, verschiedene Maßnahmen zur Förderung der Energieeffizienz und der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen zu treffen. Diese Maßnahmen stehen jedoch unter den Vorbehalt der beihilferechtlichen Zulässigkeit, vgl. etwa Art. 20 RL 2012/27/EU vom 25. Oktober 2012, zuletzt geändert durch die RL (EU) 2019/944 vom 5. Juni 2019 („EED“) und Art. 4 RL (EU) 2018/2001 vom 18. Dezember 2018 (RED II). Weitere beihilferechtliche Vorgaben ergeben sich aus der De-minimis-Verordnung. Hierzu wird auf die Ausführungen unter 8.6.2 verwiesen.

ist es, die gewährte Förderung auf ein angemessenes, das heißt notwendiges Maß zu beschränken, um Wettbewerbsverzerrungen auf dem Binnenmarkt zu vermeiden.¹⁹¹

Die AGVO stellt als Verordnung einen Rechtsakt dar, der unmittelbare Geltung entfaltet und für Mitgliedstaaten und Unternehmen verbindlich ist (Art. 288 Abs. 2 AEUV). Wenn eine Fördermaßnahme nach den inhaltlichen Vorgaben der AGVO ausgestaltet ist, ist der Mitgliedstaat von der Pflicht befreit, die Maßnahme gegenüber der Kommission nach Art. 108 AEUV zu notifizieren und genehmigen zu lassen. Der wesentliche Vorteil der AGVO besteht also darin, dass teils langwierige Genehmigungsverfahren vermieden werden.

Sofern die Rahmenbedingungen der AGVO nicht eingehalten werden und eine Notifizierung erforderlich ist, richtet sich die Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt der EU-Kommission nach den UE BLL beziehungsweise ab Januar 2022 den KUE BLL. Bei diesen Leitlinien handelt es sich um ermessenslenkende Vorschriften einer Prüfung nach Art. 107 Abs. 3 lit. c) AEUV. Sie entfalten über die ständige Praxis der EU-Kommission de facto eine rechtliche Wirkung, die zur Selbstbindung der EU-Kommission in der Ausübung ihrer Befugnisse führt.¹⁹² Werden die dort niedergelegten Vorgaben eingehalten, ist eine Genehmigung wahrscheinlich. Die Ausgestaltung einer Förderung außerhalb der KUE BLL-Vorgaben ist nicht ausgeschlossen, geht jedoch mit einem erhöhten Begründungsaufwand sowie geringerer Sicherheit und voraussichtlich einer längeren Genehmigungsdauer einher.¹⁹³

8.3 Allgemeine Vereinbarkeitskriterien

Die Prüfungspunkte für die Vereinbarkeit einer Beihilfe werden in den UE BLL beziehungsweise KUE BLL konkretisiert. Als erstes werden daher diese Kriterien allgemein dargestellt und es wird auf Prüfungspunkte eingegangen, die für die Bewertung der beihilferechtlichen Zulässigkeit von Fördern und Förderern relevant sind (hierzu 8.3.1). Als zweites werden die entsprechenden allgemeinen Vereinbarkeitskriterien der AGVO betrachtet und der Entwurf für eine Änderung der AGVO im Rahmen der laufenden Beihilferechtsreform ausgewertet (hierzu 8.3.2).

8.3.1 Kriterien nach den UE BLL und KUE BLL

Damit eine Beihilfe mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, muss sie bestimmte allgemeine Voraussetzungen erfüllen. Die UE BLL definierten zu diesem Zweck sieben Prüfkriterien.¹⁹⁴ Insbesondere drei der genannten Bereiche können eine Hürde für die Förderung von Maßnahmen bilden, die zugleich ordnungsrechtlich gefordert sind: der Beitrag zum Ziel von gemeinsamem Interesse, die Geeignetheit der Beihilfe und der Anreizeffekt. Die allgemeinen Vereinbarkeitskriterien in Abschnitt 3 KUE BLL sind hinsichtlich der allgemeinen Prüfkriterien mit den UE BLL vergleichbar. Der Aufbau hat sich verändert, sodass eine Beihilfe nunmehr zwei Hauptkriterien erfüllen muss: sie muss die Entwicklung eines Wirtschaftszweigs fördern (positive Voraussetzung, Rn. 22 lit. a), Abschnitt 3.1 KUE BLL) und darf die Handelsbeziehungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft (negative Voraussetzung, Rn. 22 lit. b), Abschnitt 3.2 KUE BLL).

¹⁹¹ Vgl. Kühling/Rüchardt, in: Streinz, AEUV Art. 107 Rn. 122.

¹⁹² Rusche, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 1. Teil, I. Abschnitt, D. Art. 107 Abs. 3 Rn. 11.

¹⁹³ Vgl. EuG, Rs. T-357/02 RENV, ECLI:EU:T:2011:376, Rn. 45; EuGH, Rs. C-526/14 Kotnik and Others, ECLI:EU:C:2016:570, Rn. 41; zur Rechtsprechungslinie des Gerichtshofs Rusche, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 1. Teil, I. Abschnitt, D. Art. 107 Abs. 3 Rn. 15.

¹⁹⁴ Rn. (27) UE BLL, Rn. 45

In einem dritten Prüfungspunkt werden die positiven und negativen Auswirkungen der Beihilfen gegeneinander abgewogen (Abschnitt 3.3 KUEBLL). Die sieben Vereinbarkeitskriterien der UEBLL lassen sich diesen zwei Hauptkriterien jedoch zuordnen.¹⁹⁵ Insbesondere müssen weiterhin der Beitrag zum Ziel von gemeinsamem Interesse und der Anreizeffekt (positives Kriterium) sowie die Geeignetheit der Beihilfe (negatives Kriterium) erfüllt sein. Neu ist, dass als eigener Punkt zu prüfen ist, ob die Beihilfe gegen relevante Bestimmungen des Unionsrechts verstößt.

Zunächst werden alle allgemeinen Prüfkriterien kurz umrissen, bevor auf die drei genannten Bereiche näher eingegangen wird.

Prüfkriterien im Einzelnen

Die allgemeinen Grundsätze für die beihilferechtliche Würdigung werden unter Abschnitt 3.1 UEBLL aufgelistet und in Abschnitt 3.2 UEBLL näher erläutert.

- **Ziel von gemeinsamem Interesse:** Mitgliedstaaten müssen sich auf ein Ziel der EU beziehen und erläutern, wie die geförderte Maßnahme einen Beitrag zu diesem Ziel leistet.¹⁹⁶ Das Ziel kann sich auch aus Mitteilungen oder Strategien ergeben. Für den Gebäudebereich sind hier insbesondere der Green Deal¹⁹⁷ und die Renovierungswelle¹⁹⁸ zu nennen.
- **Erforderlichkeit:** Staatliche Maßnahmen sind erforderlich, wenn dadurch beispielsweise ein Marktversagen behoben oder wesentlich verbessert wird. Negative externe Effekte sind eine Form von Marktversagen und darauf zurückzuführen, dass Umweltbelastungen in der Regel keinen angemessenen Preis haben, mithin kein hinreichender Anreiz besteht, Auswirkungen einer Tätigkeit auf die Umwelt zu berücksichtigen.¹⁹⁹ Energieeffizienzmaßnahmen im Gebäudebereich zielen auf negative externe Effekte ab und schaffen individuelle Anreize zur Verwirklichung von Energieeinsparungen und der Verringerung von Treibhausgasemissionen.²⁰⁰
- **Geeignetheit:** Eine Beihilfe ist nicht geeignet, wenn derselbe Beitrag zu dem gemeinsamen Ziel durch andere Instrumente erreicht werden kann, die den Wettbewerb weniger verfälschen.²⁰¹
- **Anreizeffekt:** Die Beihilfemaßnahme führt dazu, dass die betreffenden Unternehmen ihr Verhalten ändern und zusätzliche Tätigkeiten aufnehmen, die sie ohne die Beihilfe nicht, nur in geringerem Umfang oder auf andere Weise ausüben würden.²⁰²
- **Angemessenheit:** Eine Beihilfe ist angemessen, wenn der Beihilfebetrag pro Beihilfeempfänger auf das zur Verwirklichung des angestrebten Umwelt- oder Energieziels erforderliche Minimum beschränkt ist.²⁰³ Unter diesem Punkt erfolgt eine umfangreiche Prüfung, welche Kosten der Maßnahmen förderfähig sind (etwa die Investitionskosten oder die Investitionsmehrkosten) und welcher Anteil dieser Kosten gefördert werden darf.

¹⁹⁵ Das Ziel des gemeinsamen Interesses und der Anreizeffekt (Rn. (27) lit. a) und d) UEBLL) sind der positiven Voraussetzung zuzuordnen; die Erforderlichkeit, Geeignetheit, Angemessenheit und Transparenz der Beihilfe sowie die Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel (Rn. (27) lit. b), c), d), g), f) UEBLL) sind Kriterien der negativen Voraussetzung.

¹⁹⁶ Rn. (31) UEBLL, Rn. 25 KUEBLL.

¹⁹⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Der europäische Grüne Deal, [COM/2019/640 final](#).

¹⁹⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Eine Renovierungswelle für Europa – umweltfreundlichere Gebäude, mehr Arbeitsplätze und bessere Lebensbedingungen, [COM/2020/662 final](#).

¹⁹⁹ Rn. (35) UEBLL, Rn. 33 lit. a KUEBLL.

²⁰⁰ Nach der Auffassung der Kommission sind daher Beihilfen insbesondere im Falle von Renovierungsarbeiten an Gebäuden erforderlich, da typischerweise die Mieter von den Maßnahmen profitieren und nicht die Eigentümer, die in der Regel auch die Renovierungskosten tragen, Rn. (142) UEBLL, 135 KUEBLL.

²⁰¹ Rn. (40) UEBLL, Rn. 39 KUEBLL.

²⁰² Rn. (27) lit. d), (49) UEBLL, Rn. 26 KUEBLL.

²⁰³ Rn. (69) UEBLL, Rn. 47 KUEBLL.

- **Vermeidung negativer Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel:** Die positiven Auswirkungen der Beihilfe, insbesondere der Beitrag zum Ziel von gemeinsamem Interesse, müssen die negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel überwiegen.²⁰⁴
- **Transparenz:** Eine Beihilfe muss bestimmten Transparenzkriterien nach Rn. 58 ff. KUEBLL erfüllen.²⁰⁵

Auswirkungen auf ein Fordern und Fördern

Die Erläuterungen zum Ziel von gemeinsamem Interesse, zur Geeignetheit und zum Anreizeffekt enthalten Anhaltspunkte für die Zulässigkeit einer Beihilfe für Maßnahmen, für die gleichzeitig eine rechtliche Umsetzungspflicht besteht. Nachstehend werden diese Erläuterungen und ihre möglichen Auswirkungen dargestellt. Dabei wird deutlich, dass die Erläuterungen der KUEBLL, aus denen sich Anhaltspunkte zur grundsätzlichen Vereinbarkeit von Fordern und Fördern ergeben, den Regelungen der UEBLL entsprechen.

Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz und zur Nutzung erneuerbarer Energien im Gebäudebereich stehen grundsätzlich im Einklang mit den gemeinsamen europäischen Klimaschutzziele, sodass keine allgemeinen Bedenken hinsichtlich des **Beitrags zu einem gemeinsamen Ziel** bestehen. Für einzeln anzumeldende Beihilfen gelten jedoch weitergehende Anforderungen. Danach muss ein Mitgliedstaat den konkreten Beitrag der geförderten Maßnahme nachweisen. Hierfür sind Indikatoren heranzuziehen, die möglichst quantifizierbar sein sollen. Ein Indikator kann eine bestehende Unionsnorm sein. Konkretisierend heißt es in Rn. (33) UEBLL, ein Beitrag zum Ziel von gemeinsamem Interesse ist

„die über die Unionsnorm hinausgehende Verbesserung des Umweltschutzniveaus in absoluten Zahlen und in Prozent [...], die ohne die Beihilfe nicht erreicht worden wäre;“

sowie die

„Beschleunigung der Umsetzung künftiger Normen, d. h. eine früher einsetzende Verringerung von Umweltbelastungen“.

Die Regelung hat nur einen engen Anwendungsbereich, da sie nicht für Beihilferegulungen gilt, sondern nur für einzeln anzumeldende Beihilfen, das heißt für konkrete Vorhaben. Es können jedoch bereits zwei Grundkonstellationen abgeleitet werden, in denen ein Fordern und Fördern grundsätzlich in Betracht kommt. Die erste Konstellation betrifft die Förderung einer Maßnahme zur Erreichung eines Standards oder eines Schutzniveaus, das ambitionierter als eine Unionsnorm ist. Im Umkehrschluss leistet also eine Maßnahme keinen Beitrag zum gemeinsamen Ziel und kann nicht genehmigt werden, die lediglich eine bestehende Norm erfüllt. Die zweite Konstellation betrifft die schnellere Umsetzung einer Norm. Die UEBLL konkretisiert keine weiteren Vorgaben zu diesen Konstellationen. Als Ableitung kann aber festgehalten werden, dass sich der maßgebliche Standard oder das Schutzniveau aus einer Unionsnorm und nicht aus einer nationalen Norm ergibt. Dies spricht dafür, dass es

²⁰⁴ Rn. (88) UEBLL; Erwägungsgrund (13) AGVO in der ursprünglichen Fassung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014. In den KUEBLL wird die Vermeidung übermäßiger negativer Auswirkungen auf den Wettbewerb und Handel in Rn. 63 ff., Abschnitt 3.2.2 behandelt. Darüber hinaus erfolgt in einem eigenen Prüfungsschritt nach Rn. 71 ff., Abschnitt 3.3 KUEBLL eine Abwägung der positiven Auswirkungen der Beihilfe gegen die negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel.

²⁰⁵ Die Transparenzanforderungen waren zuvor in Rn. 104 ff. UEBLL geregelt und sind nun in den KUEBLL neu gefasst.

beihilferechtlich unschädlich ist, wenn eine geförderte Maßnahme der Erfüllung einer nationalen Norm dient, die über das Schutzniveau einer Unionsnorm hinausgeht.

In den KUEBLL ist ebenfalls vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten darlegen, ob und wie eine Beihilfe zu den klima-, umwelt- und energiepolitischen **Zielen der Union** beiträgt, Rn. 25 KUEBLL. Die neue Regelung ist im Vergleich zu den UEBLL allgemeiner gefasst, da keine Bezüge auf etwaige Unionsnormen erfolgen.

Im Rahmen der **Geeignetheit** wird geprüft, ob derselbe positive Beitrag zum Ziel durch andere Maßnahmen erreicht werden kann, die den Wettbewerb weniger verfälschen. Als Beispiel beziehen sich Rn. (44) UEBLL und Rn. 42 KUEBLL auf das im Umweltrecht verankerte Verursacherprinzip. Staatliche Beihilfen sind danach nicht geeignet, ein Marktversagen zu beheben, wenn der Empfänger der Beihilfe nach dem Unionsrecht oder nationalem Recht ohnehin für einen Umweltschaden haftbar gemacht werden kann. Maßgeblich ist nicht nur eine Haftung nach dem Unionsrecht, sondern auch nach dem nationalen Recht. Dieses Beispiel ist nicht auf Maßnahmen im Gebäudebereich übertragbar, da Effizienzmaßnahmen nicht auf die Beseitigung von Schäden abzielen. Gleichwohl ergibt sich aus dieser Regelung eine kritische Haltung für eine Förderung in Fällen, in denen eine Verpflichtung oder Verantwortung zum Tätigwerden besteht. Für die Zulässigkeit von Fördern und Fördern im Gebäudebereich dürfte dieser Prüfungspunkt im Ergebnis nur eine geringe Bedeutung haben.

Für den **Anreizeffekt** müssen formelle und materielle Voraussetzungen erfüllt sein. In formeller Hinsicht ist es notwendig, dass der Beihilfeempfänger einen Förderantrag vor Beginn der Arbeiten für das Vorhaben oder die Tätigkeit gestellt hat.²⁰⁶ Es darf mithin keine Beihilfe gewährt werden, wenn etwa aufgrund gesetzlicher Vorgaben mit dem Vorhaben oder der Tätigkeit vor der Antragstellung begonnen wurde. In ihrer Entscheidungspraxis ist die Kommission von diesem Grundsatz abgewichen, wenn ein gesetzlicher Anspruch auf die Förderung besteht und der Mitgliedstaat darlegt, dass eine grundsätzliche Lücke zwischen den Strommarktproduktionskosten und dem Strommarktpreis besteht, wie etwa im EEG oder KWKG.²⁰⁷ Diese Praxis wurde nun in den KUEBLL als Ausnahmefall zur Antragstellung vor Vorhabenbeginn geregelt, vgl. Rn. 31 KUEBLL. Danach ist eine Anmeldung entbehrlich, wenn die Beihilfe ohne Ermessensausübung durch den Mitgliedstaat gewährt wird, vor Beginn der Arbeiten die Einführung der Beihilfe öffentlich bekannt gegeben wurde, vorbehaltlich der Genehmigung durch die Kommission oder bei Betriebsbeihilfen für bestehende umweltfreundliche Produktionsanlagen. Als weitere formelle Voraussetzungen des Anreizeffekts müssen die Mitgliedstaaten ein Antragsformular für Beihilfen einführen und verwenden.²⁰⁸ Diese zweite formelle Voraussetzung gilt nicht, wenn die Beihilfe im Rahmen einer Ausschreibung gewährt wird.²⁰⁹ In materieller Hinsicht muss die Förderung, wie sich schon aus dem Begriff selbst ergibt, der Auslöser dafür sein, dass der Beihilfeempfänger sich im Interesse des gemeinsamen Ziels auf eine bestimmte Weise verhält. Die Beihilfe darf weder die Kosten einer Tätigkeit subventionieren, die ein Unternehmen ohnehin zu tragen hätte, noch das übliche Geschäftsrisiko einer Wirtschaftstätigkeit ausgleichen, vgl. Rn. (49) UEBLL, Rn. 27 KUEBLL. Nach den KUEBLL soll dieser Aspekt auch im Rahmen der Angemessenheitsprüfung aufgegriffen werden. Dies spricht zunächst dagegen, dass ein

²⁰⁶ Rn. (50) UEBLL, Rn. 29 KUEBLL.

²⁰⁷ C(2021) 2660 final vom 29.4.2021, SA. 57779 – Germany EEG 2021, Rn. 269; C(2016) 6714 final vom 14.10.2016, SA-42393 – Germany Reform of support for cogeneration in Germany, Rn. 155, 158; vgl. Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fördern“, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 S. 31.

²⁰⁸ Rn. (51) UEBLL.

²⁰⁹ Rn. (52) Satz 3 UEBLL.

Unternehmen für etwas unterstützt werden darf, zu dem es gesetzlich verpflichtet ist. Der Anreizeffekt wird jedoch in den zwei Grundkonstellationen ausdrücklich bejaht, die sich mit dem Beitrag zum gemeinsamen Ziel decken: die frühere Erfüllung und der Beitrag, der über die Unionsnorm hinausgeht. Die materiellen Vorgaben zum Anreizeffekt gelten nicht nur für einzeln anzumeldende Beihilfen, sondern auch für Beihilferegulungen und werden im Abschnitt 3.2.4.1 UEBlL beziehungsweise 3.1.2 KUEBlL näher erläutert.

Für die Grundkonstellation der Beihilfen zur Anpassung an eine künftige Unionsnorm besteht ein Anreizeffekt, wenn die Norm bereits angenommen, aber noch nicht in Kraft ist. Die Investition muss vor Inkrafttreten der Norm getätigt werden, was nach Rn. (53) UEBlL bedeutet:

„Bei Beihilfen für die Anpassung an bereits angenommene, aber noch nicht in Kraft getretene Unionsnormen wird von einem Anreizeffekt ausgegangen, wenn die Investition spätestens ein Jahr vor Inkrafttreten der Norm durchgeführt und abgeschlossen wird.“²¹⁰

Daraus leitet sich ab, dass eine Unionsnorm und nicht eine nationale Norm maßgeblich ist für das Inkrafttreten und es auf die Fertigstellung und nicht den Beginn des Vorhabens ankommt. Der Zeitraum ist mit einem Jahr vor dem Inkrafttreten klar definiert²¹¹ und wurde nun durch Rn. 32 KUEBlL auf 18 Monate verlängert, was eine Verschärfung der Regelung bedeutet.

Für die Grundkonstellation der Beihilfen für Investitionen, mit denen ein Beihilfeempfänger Maßnahmen ergreifen kann, die über die geltende Unionsnorm hinausgehen, werden die Vorgaben in Rn. (55) UEBlL konkretisiert. Auch hier bildet die Unionsnorm und nicht die nationale Norm den Maßstab. Ergänzend dazu wird der Anreizeffekt ausdrücklich bejaht

„unabhängig davon [...], ob es verbindliche nationale Normen gibt, die strenger sind als die Unionsnormen.“²¹²

Zur Begründung heißt es, dass Mitgliedstaaten nicht davon abgehalten werden sollen, verbindliche nationale Normen festzulegen, die strenger sind als Unionsnormen. Dies gilt auch für den Fall, dass eine verbindliche nationale Norm festgelegt wurde, ohne dass entsprechend Unionsnormen bestehen.²¹³ Im Entwurf der KUEBlL vom 07.06.2021 fand sich der Hinweis, dass eine strengere Norm auf der nationalen Ebene unschädlich ist für die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Unionsrecht. In der finalen Fassung ist hierzu jedoch in Rn. 32 KUEBlL eine Klarstellung erfolgt, wonach Mitgliedstaaten weiterhin nicht davon abgehalten werden sollen, Maßnahmen zu ergreifen, die über die Unionsnorm hinausgehen.

Mithin werden zwei Unterfälle definiert, in denen ein Fordern und Fördern beihilferechtlich zulässig ist: wenn die nationale Norm über den Standard der Unionsnorm hinausgeht und wenn eine nationale Norm in einem Bereich besteht, für den es keine Unionsnorm gibt. Damit verbleibt für den Fall, dass die nationale Norm der bloßen Umsetzung einer Unionsnorm dient, nur die Möglichkeit, Maßnahmen zu fördern, die über das Schutzniveau dieser (EU und nationalen) Normen hinaus gehen.

²¹⁰ Es gibt abweichende Vorgaben für Beihilfen für Fahrzeuge für den Straßen-, Schienen-, Binnenschiffahrts- und Seeverkehr in Rn. 54 UEBlL. Auf eine Erläuterung wird jedoch mangels Relevanz für den Gebäudesektor verzichtet.

²¹¹ Rn. (53) UEBlL.

²¹² Rn. (55) UEBlL.

²¹³ Rn. (55) UEBlL.

Die UE BLL definieren ferner, welche Kosten in welcher Höhe gefördert werden dürfen bei Beihilfen für Unternehmen, die über Unionsnormen hinausgehen sowie für die frühzeitige Anpassung an künftige Unionsnormen.²¹⁴ Danach sind die Investitionsmehrkosten beihilfefähig, die erforderlich sind, um über das in den Unionsnormen vorgeschriebene Umweltschutzniveau hinauszugehen.²¹⁵

Große Unternehmen können eine Förderung von 40 % dieser Kosten erhalten, mittlere Unternehmen 50 % und kleine Unternehmen 60 %. Falls die Investition eine Öko-Innovation darstellt, können zusätzlich 10 % der Kosten gefördert werden und im Falle einer Ausschreibung sogar 100 % der Kosten.²¹⁶ Für Beihilfen zur frühzeitigen Anpassung an künftige Unionsnormen ist ebenfalls auf die Investitionsmehrkosten abzustellen;²¹⁷ es gilt eine Beihilfeintensität von 10 %, 15 % oder 20 % je nach Unternehmensgröße, wenn eine Anpassung mehr als drei Jahre vor Inkrafttreten erfolgt, und von 5 %, 10 % oder 15 % bei einer Anpassung ein bis drei Jahre vor dem Inkrafttreten der Norm. In den KUE BLL gibt es keine Vorgaben mehr zu typischen kontrafaktischen Fallkonstellationen bei der Bestimmung der beihilfefähigen Kosten und keine Angaben zur Beihilfeintensität. Die fehlenden Angaben erschweren einerseits eine rechtssichere Einschätzung zur Höhe der Förderung bei Maßnahmen zur früheren Erfüllung oder Übererfüllung von Unionsnormen. Zugleich besteht damit mehr Freiraum für die Kommission, ihr Ermessen auszuüben, und für die Mitgliedstaaten, entsprechend gegenüber der Kommission zu argumentieren. Außerdem verweisen die Leitlinien zur Konkretisierung auf die besonderen Vorgaben für Gruppen von Beihilfen nach den Abschnitten 4.1 bis 4.13, die ergänzende Regelungen zum Anreizeffekt enthalten. Für Effizienzmaßnahmen in Gebäuden gelten besondere Voraussetzungen zum Anreizeffekt nach Rn. 141 bis 143 KUE BLL.

Abweichend von den allgemeinen Kriterien enthält Abschnitt 3.2.4.2. UE BLL zusätzliche Voraussetzungen für den Anreizeffekt für einzeln anzumeldende Beihilfen. Das betrifft Ad-hoc-Beihilfen, die ohne Beihilferegulierung gewährt werden, sowie Beihilfen, die aufgrund ihres Umfangs von der Kommission genehmigt werden müssen. Es gelten strengere Anforderungen, wenn sich ein Unternehmen an eine nationale Norm anpasst, die über Unionsnormen hinausgeht oder die nationale Norm in einem Bereich besteht, in dem keine Unionsnorm existiert. Die Kommission prüft, ob das Unternehmen durch den mit der Maßnahme verbundenen Kostenanstieg erheblich belastet ist und nicht in der Lage wäre, die mit der Umsetzung der nationalen Norm verbundenen Kosten zu tragen, Rn. (66) UE BLL. Ein Anreizeffekt kann verneint werden, wenn die Investitionen den auf dem Markt verfügbaren technischen Mindeststandards entsprechen, Rn. (67) UE BLL. Unklar bleibt, was als erhebliche Belastung gilt. Ein gleichzeitiges Fordern und Fördern ist damit nicht per se unzulässig, allerdings ist im Falle einer einzeln anzumeldenden Beihilfe zumindest mit einem höheren Begründungsaufwand im Genehmigungsverfahren zu rechnen. Nach den KUE BLL bestehen keine besonderen Einschränkungen mehr für Einzelbeihilfen, wenn sich ein Unternehmen an eine nationale Norm anpasst. Dadurch werden mehr Spielräume eröffnet.

²¹⁴ Rn. (25) lit. c) und d), Rn. (74) mit Verweis auf Anhang II und Rn. (77) mit Verweis auf Anhang I UE BLL.

²¹⁵ Anhang II UE BLL.

²¹⁶ Anhang I UE BLL; kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sind in Rn. (19) Nr. 17 UE BLL mit Verweis auf die Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen, [ABl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36–41](#); große Unternehmen sind Unternehmen, die nicht unter die KMU-Definition fallen (Rn. (19) Nr. 18 UE BLL).

²¹⁷ Anhang II UE BLL enthält keine besondere Regelung zu den beihilfefähigen Kosten für die frühzeitige Erfüllung. Dieser Fall kann aber so behandelt werden wie das Fehlen einer Unionsnorm; vgl. Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021, S. 37.

8.3.2 Kriterien nach der AGVO

Die AGVO stellt eine Verfahrensvereinfachung dar, indem sie Feststellungen dazu trifft, unter welchen Voraussetzungen bestimmte Gruppen von Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar anzusehen sind.²¹⁸ Sind die festgelegten Voraussetzungen erfüllt, ist die Anmeldung der Beihilfe bei der Kommission nach Art. 108 Abs. 3 AEUV entbehrlich, Art. 3 AGVO. Dementsprechend ist auch der Prüfungsaufbau vereinfacht.

Die Vereinbarkeitskriterien ergeben sich aus den einzelnen Freistellungstatbeständen. Diese sind nach Fördergegenstand beziehungsweise dem Ziel der Förderung geordnet. Investitionsbeihilfen für erneuerbare Energien und Effizienzmaßnahmen in Gebäuden fallen unter die Gruppe der Umweltschutzbeihilfen nach Kapitel III Abschnitt 7 AGVO. Spezifische Vorgaben zu beihilfefähigen Kosten, Höhe und Dauer regeln, wann eine Beihilfe als geeignet, erforderlich, angemessen und vereinbar mit dem Wettbewerb und Handel anzusehen ist. Neben den Freistellungstatbeständen sind auch allgemeine Vorgaben zu beachten, die sich aus Kapitel I AGVO ergeben. Das betrifft insbesondere den für die Zulässigkeit von „Fordern und Fördern“ wichtigen Anreizeffekt nach Art. 6 AGVO. Der **Anreizeffekt** erfordert in formeller Hinsicht, ähnlich wie nach den UEBLL, dass der Beihilfeempfänger vor Beginn der Arbeiten für das Vorhaben oder die Tätigkeit einen schriftlichen Beihilfeantrag stellt, Art. 6 Abs. 2 AGVO. Darüber hinaus bestehen für bestimmte Fallgruppen weitergehende materielle Anforderungen an den Anreizeffekt, auf die nachstehend eingegangen wird. Außerdem werden einzelne Freistellungstatbestände erläutert, die für ein gleichzeitiges Fördern und Fordern allgemein relevant sein können.

Ad-hoc-Beihilfen für große Unternehmen

Es gibt nach Art. 6 Abs. 3 lit. b) AGVO zusätzliche materielle Vereinbarkeitsanforderungen für den Anreizeffekt bei Ad-hoc-Beihilfen für große Unternehmen.²¹⁹ Ad-hoc-Beihilfen sind Beihilfen, die nicht auf der Grundlage einer Beihilferegelung gewährt werden.²²⁰ Danach muss belegt werden, dass durch die Beihilfe eine signifikante Erweiterung des Gegenstands des Vorhabens oder der Tätigkeit, eine signifikante Zunahme der Gesamtausgaben des Beihilfeempfängers oder ein signifikant beschleunigter Abschluss des betreffenden Vorhabens oder der Tätigkeit erreicht wird. Der Anwendungsbereich dieser zusätzlichen Voraussetzungen ist begrenzt, da weder Ad-hoc-Beihilfen für kleine und mittlere Unternehmen noch Beihilferegelungen davon erfasst sind. Für große Unternehmen, die Ad-hoc-Beihilfen erhalten, könnte diese Regelung jedoch eine zusätzlich Hürde für das Fordern und Fördern darstellen. Sofern ein Unternehmen nämlich verpflichtet ist, ein Vorhaben oder eine Tätigkeit durchzuführen, müsste ein Unternehmen den konkreten Anreizeffekt gesondert darlegen.²²¹

Steuervergünstigungen

Für Beihilfen in Form von Steuervergünstigungen ist der Anreizeffekt gegeben, sofern ein auf objektiven Kriterien beruhender Anspruch auf die Beihilfe besteht, ohne dass es zusätzlich einer Ermessensentscheidung des Mitgliedstaats bedarf und die Beihilfe vor Beginn der Arbeiten für das

²¹⁸ Nowak, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, 1. Teil, II. Abschnitt, A. Allgemeines, Rn. 1.

²¹⁹ Große Unternehmen sind nach Art. 2 Nr. 24 AGVO Unternehmen, die die Voraussetzungen des Anhangs I AGVO nicht erfüllen.

²²⁰ Vgl. Definition der „Ad-hoc-Beihilfe“ nach Art. 2 Nr. 17 AGVO.

²²¹ So auch im Ergebnis Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studien zum Umweltenergieerecht Nr. 23 vom 5. November 2021, S. 42.

geförderte Vorhaben oder die geförderte Tätigkeit eingeführt worden und in Kraft getreten ist, Art. 6 Abs. 4 AGVO. Die Regelung bezieht sich nicht auf Pflichten nach nationalen oder Unionsnormen, sodass ein Anreizeffekt bei solchen Steuervergünstigungen nach diesen Kriterien unabhängig von etwaigen ordnungsrechtlichen Regelungen vorliegt. Somit ist Fördern durch Steuervergünstigungen bei gleichzeitigem Fordern beihilferechtlich zulässig.²²²

Umweltsteuerermäßigungen

Für weitere Gruppen von Beihilfen verlangt die AGVO keinen Anreizeffekt. Das umfasst nach Art. 6 Abs. 5 lit. e) AGVO insbesondere Beihilfen in Form von Umweltsteuerermäßigungen im Sinne der Energiesteuer-RL²²³. Die Beihilfen müssen für eine Freistellung die zusätzlichen Voraussetzungen nach dem Freistellungstatbestand in Art. 44 AGVO erfüllen. Daraus ergibt sich, dass Beihilfen für Biokraftstoffe, für die eine Liefer- oder Beimischverpflichtung besteht, nicht gewährt werden dürfen. Anderweitige Verpflichtungen einschließlich zur Nutzung anderer Kraftstoffe sind jedoch im Umkehrschluss unschädlich für die beihilferechtliche Zulässigkeit einer Förderung durch Umweltsteuervergünstigungen.

Freistellung: Maßnahmen, die über eine Unionsnorm hinausgehen

Nach Art. 36 AGVO sind Investitionsbeihilfen zulässig, die Unternehmen in die Lage versetzen, über die Unionsnormen für den Umweltschutz hinauszugehen oder bei Fehlen solcher Normen den Schutz zu verbessern. Dieser Freistellungstatbestand entspricht den materiellen Vorgaben zum Anreizeffekt nach Rn. (55) UE BLL. Zum einen gilt auch im Rahmen der AGVO die Unionsnorm als der maßgebliche Standard für die Zulässigkeit einer Beihilfe, unabhängig von verbindlichen nationalen Normen. Zum anderen bezieht sich Art. 36 AGVO auf dieselben zwei Unterfälle, die in den UE BLL genannt sind: wenn die Maßnahme über den Standard der Unionsnorm hinausgeht und wenn keine einschlägige Unionsnorm existiert.

Auch hinsichtlich der Höhe der Förderung weist Art. 36 AGVO Parallelen zu den UE BLL auf. Nach Art. 36 Abs. 5 AGVO sind die Investitionsmehrkosten beihilfefähig und die Beihilfeintensität beträgt maximal 40 % dieser Kosten für große Unternehmen sowie 50 % beziehungsweise 60 % für mittlere und kleine Unternehmen, Art. 36 Abs. 6 und 7 AGVO.

Freistellung: frühzeitige Anpassung an Unionsnormen

Nach Art. 36 Abs. 3 AGVO dürfen im Grundsatz keine Beihilfen gewährt werden für Investitionen, die sicherstellen, dass ein Unternehmen bereits angenommene, aber noch nicht in Kraft getretene Unionsnormen erfüllt. Etwas anderes gilt jedoch, wenn die zusätzlichen Voraussetzungen nach Art. 37 AGVO für Beihilfen zur frühzeitigen Anpassung an künftige Unionsnormen erfüllt sind.²²⁴ Bei diesem Freistellungstatbestand zeigen sich ebenfalls Parallelen zu den Vorgaben in Rn. (53) UE BLL: Erneut

²²² So auch Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 23 vom 5. November 2021, S. 43.

²²³ Richtlinie 2003/96/EG des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom, ABl. L 283 vom 31.10.2003, S. 51–70, zuletzt geändert durch Durchführungsbeschluss (EU) 2018/552 der Kommission vom 6. April 2018 zur Aktualisierung der in der Richtlinie 2003/96/EG des Rates angeführten Bezugnahmen auf die Codes der Kombinierten Nomenklatur für bestimmte Erzeugnisse, C/2018/1938, ABl. L 91 vom 9.4.2018, S. 27–29.

²²⁴ Beihilfen für den Erwerb und die Umrüstung von Fahrzeugen für den Straßen-, Schienen- Binnenschiffahrts- und Seeverkehr können abweichend von der Einschränkung in Art. 36 Abs. 3 AGVO unter Einhaltung der Voraussetzungen nach Art. 36 Abs. 4 AGVO gewährt werden. Da diese Ausnahme keine Relevanz für die energetische Sanierung von Gebäude aufweist, wird diese Ausnahme vorliegend nicht vertieft. Vgl. hierzu Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 23 vom 5. November 2021, S. 45.

ist die Unionsnorm und nicht eine nationale Norm maßgeblich für das Inkrafttreten der Pflicht, es kommt auf die Fertigstellung und nicht den Beginn des Vorhabens an und in zeitlicher Hinsicht muss das Vorhaben ebenfalls mindestens ein Jahr vor Inkrafttreten abgeschlossen sein.

Es sind ebenfalls die Investitionskosten beihilfefähig, Art. 37 Abs. 3 AGVO. Abhängig vom Zeitpunkt, in dem das Vorhaben abgeschlossen ist, gelten dieselben Beihilfeintensitäten wie nach den UEBLL von 10 % für große, 15 % für mittlere und 20 % kleine Unternehmen drei Jahre vor Inkrafttreten der Unionsnorm und 5 % für große, 10 % für mittlere und 15 % für kleine Unternehmen ein Jahr vor Inkrafttreten der Unionsnorm.

8.3.3 Neue Vereinbarkeitskriterien: AGVO-Entwurf

Erste Anpassungen der AGVO wurden bereits im Jahr 2021 vorgenommen²²⁵ und am 06.10.2021 hat die Kommission einen Entwurf mit weiteren Änderungen vorgelegt (AGVO-Entwurf).²²⁶ Der Entwurf behält den Grundaufbau der Verordnung bei. Im Hinblick auf den Anreizeffekt nach Art. 6 AGVO bleiben die formellen Vorgaben sowie die materiellen Vorgaben für Ad-hoc-Beihilfen für große Unternehmen, Steuervergünstigungen und Umweltsteuerermäßigungen unberührt.²²⁷ Im Folgenden werden der Vorschlag für eine Änderung der AGVO und die potenziellen Auswirkungen auf die Möglichkeit zu fordern und zu fördern untersucht.

Hinsichtlich der Freistellungstatbestände soll Art. 37 AGVO über die frühzeitige Anpassung an Unionsnormen gestrichen und mit einem geänderten Art. 36 AGVO, der allgemein für Investitionen in Umweltschutz einschließlich Klimaschutz gelten würde, zusammengeführt werden. Somit würden die zwei Konstellationen, die für ein paralleles Fordern und Fördern relevant sind, einheitlich in einem Tatbestand geregelt. Nach dem Entwurf wäre weiterhin die Unionsnorm der Maßstab für das beihilferechtlich relevante Niveau des Umwelt- und Klimaschutzes. Das Vorliegen einer nationalen Norm bleibt damit für die Bewertung der Vereinbarkeit einer Beihilfe irrelevant.

Die zwei Unterfälle für Beihilfen, die über den Schutz einer Unionsnorm hinausgehen, sind weiterhin in Art. 36 Abs. 2 AGVO-Entwurf verankert. Das umfasst Beihilfen für Investitionen, die den Umweltschutz über den Standard einer Unionsnorm hinaus verbessern, sowie für Investitionen in den Umweltschutz, ohne dass ein Beihilfeempfänger hierzu durch eine entsprechende Unionsnorm verpflichtet ist.

Für die frühzeitige Anpassung ist eine Verschärfung des Freistellungstatbestands vorgesehen. Danach müssen Investitionen mindestens 18 Monate, statt wie bislang ein Jahr, vor Inkrafttreten der Unionsnorm abgeschlossen sein, Art. 36 Abs. 3 AGVO-Entwurf.

Der Freistellungstatbestand soll nach Art. 36 Abs. 1a AGVO-Entwurf ausdrücklich nicht für Maßnahmen gelten, für die spezifischere Vorschriften unter anderem in den Art. 38 bis 48 AGVO festgelegt sind. Für den Gebäudebereich könnten sich aus Art. 38 AGVO (Investitionsbeihilfen für Energieeffizienzmaßnahmen) und Art. 39 AGVO (Investitionsbeihilfen für gebäudebezogene

²²⁵ Verordnung (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23. Juli 2021 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, C/2021/5336, ABl. L 270 vom 29.7.2021, S. 39–75.

²²⁶ Pressemitteilung der Kommission vom 6. Oktober 2021, IP/21/5027.

²²⁷ Die Regelung zu den Beihilfen für Umweltsteuerermäßigungen verweist auf Art. 44 AGVO, der nach dem Entwurf überarbeitet werden soll. Darin sind zusätzliche Vorgaben enthalten für geförderte Kraftstoffe und Steuerermäßigungen für energieintensive Betriebe vorgesehen.

Energieeffizienzprojekte in Form von Finanzinstrumenten) vorrangige Regelungen ergeben, die im Folgenden gesondert betrachtet werden.

Die beihilfefähigen Kosten würden sich weiterhin aus den Investitionsmehrkosten ergeben, Art. 36 Abs. 5 AGVO-Entwurf. Allerdings enthält der Absatz nach dem Entwurf neue Vorgaben zur Bestimmung der kontrafaktischen Investition, die mit der geförderten Investition verglichen wird, um die Mehrkosten zu ermitteln. Hier wird differenziert zwischen dem Szenario, dass ohne Beihilfe eine weniger umweltfreundliche Investition getätigt wird, dieselbe Investition zu einem späteren Zeitpunkt getätigt wird, bestehende Anlagen in Betrieb gehalten werden, Leasingvereinbarungen für Ausrüstungen bestehen und Investitionen in eine zusätzliche Anlage getätigt werden. Somit ergibt sich ein differenziertes Bild zur Höhe der Förderung, je nach Förderkonstellation.

Die Beihilfeintensität würde für alle Konstellationen gleich geregelt und darf 40 % nicht überschreiten, Art. 36 Abs. 6 AGVO-Entwurf, was eine Erhöhung der Beihilfeintensität für die frühzeitige Anpassung gegenüber der aktuell geltenden Regelung bedeuten würde.²²⁸ bedeuten würde. Für Investitionen, die keine direkten Emissionen verursachen, dürfte die Beihilfeintensität sogar 50 % betragen, Art. 36 Abs. 6 AGVO-Entwurf. Ferner soll, wie es bereits in den UEBLL vorgesehen war, die Möglichkeit eingeführt werden, eine Beihilfeintensität von 100 % der beihilfefähigen Kosten im Falle einer Ausschreibung zu gewähren, Art. 36 Abs. 6b AGVO-Entwurf.

8.3.4 Zwischenergebnis: allgemeine Prüfkriterien

Aus den allgemeinen Vereinbarkeitskriterien einer Beihilfe ergeben sich in erster Linie aus den Erläuterungen zum Anreizeffekt konkrete Hinweise zur Möglichkeit, eine Maßnahme oder eine Tätigkeit zu fördern, zu der ein Beihilfeempfänger gleichzeitig rechtlich verpflichtet ist. Im Grundsatz besteht der Anreizeffekt einer Beihilfe nur, wenn sie den Empfänger dazu veranlasst, das Verhalten entsprechend den Zielen der Union zu ändern. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn das erwünschte Verhalten infolge einer Unionsnorm bereits rechtlich verpflichtend ist und die Unionsnorm zum Zeitpunkt in Kraft getreten ist, in dem Beihilfe gewährt wird. In Abgrenzung dazu ergeben sich Spielräume für ein gleichzeitiges Fordern und Fördern.

Da es für die beihilferechtliche Bewertung auf die Unionsnorm ankommt, bestehen Spielräume für ein Fordern und Fördern, sofern die Pflicht von einer nationalen Norm ausgeht, die von der Unionsnorm abweicht. Das ist der Fall, wenn die nationale Norm ein Schutzniveau beziehungsweise einen Standard verlangt, der über die Unionsnorm hinausgeht. Dies gilt auch, wenn gar keine relevante Unionsnorm existiert. Ein weiterer Fall ist, wenn durch die Förderung ein Vorhaben abgeschlossen wird, für das eine relevante Unionsnorm existiert, die noch nicht in Kraft getreten ist.

Die KUEBLL und der AGVO-Entwurf enthalten sowohl Verschärfungen als auch Lockerungen. Die Verschärfung besteht etwa darin, dass ein Vorhaben bei einer frühzeitigen Umsetzung einer Unionsnorm nunmehr 18 Monate vor Inkrafttreten der Norm umgesetzt sein müsste, statt wie bisher ein Jahr vor Inkrafttreten. Lockerungen ergeben sich daraus, dass nach den KUEBLL keine festen Vorgaben zur Höhe der Beihilfe zur frühzeitigen oder Übererfüllung einer Unionsnorm bestehen. In der AGVO sind ebenfalls nach Art. 36 Abs. 6 AGVO-Entwurf dieselben Beihilfeintensitäten für die zwei

²²⁸ Vgl. hierzu unter 8.3.2.

Grundkonstellationen der frühzeitigen Erfüllung und der Übererfüllung einer Unionsnorm vorgesehen, was zu einer Erhöhung der Förderung für die frühzeitige Erfüllung führt.

Ferner können Beihilfen in Form von Steuervergünstigungen gewährt werden, unabhängig davon, ob eine Norm auf nationaler oder auf Unionsebene eine Pflicht zur Durchführung des geförderten Vorhabens oder der Tätigkeit enthält. Hier ist ein Fordern und Fördern im Grundsatz zulässig.

Insgesamt beziehen sich die allgemeinen Prüfkriterien und Freistellungstatbestände der AGVO nicht auf Betriebsbeihilfen. Dies könnte damit zusammenhängen, dass es bisher keine Unionsnormen gibt, die zum Betrieb bestimmter Erzeugungs- oder Produktionstechnologien verpflichten.²²⁹ Mithin dürfte es sich um einen Fall der zulässigen Übererfüllung handeln. Sofern eine entsprechende Pflicht eingeführt würde, müsste entsprechend den Vorgaben zu Investitionsbeihilfen die Höhe der Förderung anhand der Mehrkosten für den Betrieb der geförderten Anlagen ermittelt werden im Vergleich zu den Kosten der Anlage, die ohne Förderung betrieben werden würde.²³⁰

8.4 Besondere Vorgaben zu Beihilfen im Gebäudebereich

Neben den allgemeinen Prüfkriterien enthalten die Beihilfeleitlinien und die AGVO besondere Vereinbarkeitskriterien für Beihilfen zur Verbesserung der Gesamtenergieeffizienz und der Umweltbilanz von Gebäuden. Die Kriterien werden nachstehend dargestellt und es wird hervorgehoben, inwiefern diese ein Fördern und Fordern im Gebäudebereich hindern oder begünstigen. Dabei werden die aktuelle Rechtslage und die jeweiligen Reformvorschläge gemeinsam betrachtet.

8.4.1 AGVO und AGVO-Entwurf

Es gibt in Art. 38 und Art. 39 besondere Freistellungstatbestände für Effizienzmaßnahmen in Gebäuden.

Art. 39 AGVO

Art. 39 AGVO regelt den Freistellungstatbestand für Investitionsbeihilfen für Energieeffizienzprojekte in Form von Finanzinstrumenten wie etwa eine Dotation, Beteiligung, Garantie oder Kredit, Art. 39 Abs. 4 AGVO. Der Tatbestand gilt nach Art. 39 Abs. 2 AGVO ausdrücklich für gebäudebezogene Energieeffizienzprojekte.

Beihilfefähig sind die Gesamtkosten des Energieeffizienzprojekts, Art. 39 Abs. 3 AGVO. Es gibt keine besonderen materiellen Anforderungen an den Standard, den das Projekt erreichen muss, sodass hierin auch keine besonderen Folgen für ein Fordern und Fördern für die Übererfüllung einer Unionsnorm erkennbar sind.

Für die frühzeitige Erfüllung gilt nach Art. 39 Abs. 10 AGVO, dass keine Beihilfen gewährt werden dürfen für Verbesserungen, die sicherstellen sollen, dass Unternehmen bereits (im EU-Rechtssetzungsverfahren) angenommene Unionsnormen erfüllen. Maßgeblich ist zwar weiterhin die Unionsnorm und nicht die nationale Norm. Allerdings wird, im Gegensatz zur allgemeinen Regelung in

²²⁹ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021, S. 38.

²³⁰ Ebd.

Art. 37 AGVO, nicht auf den später liegenden Zeitpunkt des Inkrafttretens der Norm abgestellt. Dies ergibt sich auch aus dem Freistellungstatbestand nach Art. 38 Abs. 2 AGVO, der ebenfalls für den Gebäudesektor relevant ist und eine nahezu wortgleiche Formulierung enthält. Dadurch wird der Spielraum für ein Fordern und Fördern auf die Fälle reduziert, in denen keine Unionsnorm besteht oder eine Unionsnorm noch nicht angenommen wurde.

Diese Einschränkung soll künftig speziell für den Gebäudebereich wegfallen. Nach Art. 39 Abs. 10 AGVO-Entwurf würde gelten, dass Beihilfen für Investitionen gewährt werden können,

„die auf die Erfüllung von angenommenen, aber noch nicht in Kraft getretenen Unionsnormen abzielen, sofern die Investition spätestens 18 Monate vor Inkrafttreten der Norm durchgeführt und abgeschlossen wird“.

Somit wäre eine Beihilfe zur frühzeitigen Anpassung an eine Unionsnorm nach Art. 39 AGVO zu denselben Bedingungen freigestellt, wie nach den allgemeinen Kriterien von Art. 36 Abs. 3 AGVO-Entwurf.

Art. 38 AGVO

Art. 38 AGVO regelt den Freistellungstatbestand für Investitionsbeihilfen für Energieeffizienzmaßnahmen. Aus den Bestimmungen nach Art. 38 Abs. 3, 7 AGVO ergibt sich, dass auch Investitionen in Gebäudeeffizienzmaßnahmen von dem Tatbestand erfasst sind.

Die bereits erwähnte Einschränkung für Beihilfen zur **frühzeitigen Anpassung** nach Art. 38 Abs. 2 AGVO soll künftig nach Art. 38 Abs. 2a AGVO-Entwurf durch eine spezielle Regelung für den Gebäudebereich wegfallen. Nach Art. 38 Abs. 2a AGVO-Entwurf würde gelten:

„Abweichend von Absatz 2 können für Verbesserungen der Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden bestimmte Beihilfen, die auf die Einhaltung von angenommenen, aber noch nicht in Kraft getretenen Unionsnormen abzielen, nach diesem Artikel gewährt werden, sofern die Investition spätestens 18 Monate vor Inkrafttreten gewährt wird“.

Dem Inhalt nach würden dieselben Rahmenbedingungen gelten wie nach Art. 36 Abs. 3 AGVO-Entwurf.

Darüber hinaus gibt es materielle Anforderungen, die sich auf Spielräume für ein Fordern und Fördern auswirken, bei Maßnahmen, die **über eine Unionsnorm hinausgehen**. Grundsätzlich sind die Investitionsmehrkosten beihilfefähig.²³¹

Nach Art. 38 Abs. 3 lit. a) AGVO sind jedoch für bestimmte Vorhaben die gesamten Investitionskosten beihilfefähig, die direkt mit der Verbesserung der Energieeffizienz zusammenhängen. Außerdem dürfen Investitionen zur Verbesserung der Energieeffizienz für diese Vorhaben mit anderen Investitionen kombiniert werden, etwa in Erzeugungs- und Speicheranlagen, Ladeinfrastruktur oder Investitionen in die Digitalisierung eines Gebäudes. Diese Privilegierung gilt nach Art. 38 Abs. 3 lit. b) AGVO für Investitionen in Wohngebäude, Gebäude für die Erbringung von Bildungsleistungen oder

²³¹ Im Entwurf zur Änderung des Art. 38 Abs. 3 AGVO sind neue umfangreiche Vorgaben zur Bestimmung der Investitionsmehrkosten vorgesehen.

sozialen Leistungen, Gebäude der öffentlichen Verwaltung und gemischt genutzte Gebäude, bei denen mindestens 65 %²³² der Nettofläche für die genannten Tätigkeiten genutzt werden. Als zusätzliche Voraussetzung muss die Verbesserung der Energieeffizienz nach Art. 38 Abs. 3 lit. b) AGVO

„im Falle der Renovierung zu einer Verringerung des Primärenergiebedarfs um mindestens 20 % und im Falle neuer Gebäude zu Primärenergieeinsparungen von mindestens 10 % gegenüber dem Schwellenwert für die Anforderungen an Niedrigstenergiegebäude bei nationalen Maßnahmen zur Durchführung der [Gebäudeeffizienz-RL]²³³ führen“.

Diese zusätzlichen Voraussetzungen bleiben auch im AGVO-Entwurf in Art. 38 Abs. 3a enthalten. Die Regelung unterscheidet zwischen neuen Gebäuden und bestehenden Gebäuden.

Für bestehende Gebäude werden die Effizienzverbesserungen, die durch die Beihilfe gegenüber dem Ausgangszustand erreicht werden müssen, konkret beziffert. Entsprechend sind ordnungsrechtliche Pflichten aus einer etwaigen Unionsnorm oder einer nationalen Norm irrelevant. Ein Fordern und Fördern bleibt grundsätzlich möglich, solange mit der Maßnahme eine Verringerung des Primärenergiebedarfs um mindestens 20 % erreicht wird.

Für **neue Gebäude** ist eine Beihilfe nur zulässig, wenn die Primärenergieeinsparungen des normierten Gebäudestandards um 10 % übererfüllt wird. Besonders an dieser Regelung ist, dass der maßgebliche Niedrigstenergiestandard eine unionsrechtliche Grundlage hat, aber durch nationale Normen konkretisiert wird.²³⁴ Es bestehen nur Vorgaben für eine gemeinsame Methodik, sodass Mitgliedstaaten bei der Umsetzung in das nationale Recht ein Spielraum zukommt. Damit hängt die Vereinbarkeit der Beihilfe nicht von der Übererfüllung einer Unionsnorm ab, sondern von Vorgaben, die sich sowohl aus dem nationalen Recht als auch dem Unionsrecht ergeben.

Entsprechend wirkt sich auch jede Änderung der nationalen Umsetzungsnorm darauf aus, in welchem Maße die Investition in die Energieeffizienz eines neuen Gebäudes nach Art. 38 Abs. 3 lit. b) AGVO überhaupt gefördert werden darf. Wird etwa der Schwellenwert für die Anforderungen an Niedrigstenergiegebäude im nationalen Recht, also das, was gefordert ist, um 5 % angehoben, können Maßnahmen, die diesen höheren Standard von 5 % erfüllen, nicht mehr gefördert werden. Vielmehr muss die geförderte Maßnahme nach den beihilferechtlichen Vorgaben auch 10 % mehr Primärenergieeinsparungen gegenüber dem neuen, höheren Wert erreichen, also insgesamt 15 % gegenüber dem früheren Standard. Eine Förderung ist insoweit nur möglich, wenn eine nationale Norm in einem bestimmten Maße übererfüllt wird, nicht jedoch, um das Niveau der nationalen Norm lediglich zu erreichen. Ein gleichzeitiges Fördern und Fordern wird damit praktisch ausgeschlossen. Es käme nur die Konstellation in Betracht, dass ein ordnungsrechtlicher Standard besteht, der höhere Schwellenwerte vorsieht im Vergleich zu den nationalen Maßnahmen zur Durchführung der Gebäudeeffizienz-RL. Denkbar wäre etwa neben dem Grundsatz zur Errichtung von

²³² Nach Art. 38 Abs. 3a iv) AGVO-Entwurf soll der Anteil auf 50 % der Innenfläche gesenkt werden.

²³³ Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABl. L 153 vom 18.6.2010, S. 13–35, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, ABl. L 328 vom 21.12.2018, S. 1–77, nachstehend: [Gebäudeeffizienz-RL](#).

²³⁴ Art. 2 Nr. 2, 9, Anhang I Gebäudeeffizienz-RL, umgesetzt in §§ 3 Nr. 25, 10 GEG.

Niedrigstenergiegebäuden nach § 10 GEG für die genannten Gebäudetypen strengere Vorgaben einzuführen.

Diese Einschränkungen betreffen nur Beihilfen für Maßnahmen an den benannten Gebäudetypen und gelten nur für den Fall, dass eine Förderung auf der Grundlage der gesamten Investitionskosten angestrebt wird. Es gibt keine entsprechenden Effizienzanforderungen für andere Gebäudetypen, wie etwa gewerblich genutzte Gebäude. Eine Beihilfe kann für die Fälle, die nicht von Art. 38 Abs. 3 AGVO erfasst sind, auf der Grundlage der Investitionsmehrkosten nach Art. 38 AGVO gewährt werden, was jedoch gegebenenfalls zu einer geringeren Förderhöhe führt.

Es könnte auch ein Rückgriff auf den allgemeinen Freistellungstatbestand nach Art. 36 Abs. 2 AGVO in Betracht kommen für Beihilfen, die über die geltende Unionsnorm hinausgehen. Hierzu müsste Art. 36 Abs. 2 AGVO jedoch für Effizienzmaßnahmen im Gebäudebereich anwendbar sein. Dafür könnte sprechen, dass Art. 38 Abs. 3 lit. b) AGVO beziehungsweise Art. 38 Abs. 3a AGVO-Entwurf nur spezielle Freistellungsvoraussetzungen für bestimmte Gebäudetypen enthalten, und nicht für alle Gebäude. Dagegen spricht jedoch, dass Gebäudeeffizienzmaßnahmen unter den allgemeinen Freistellungstatbestand für Investitionsbeihilfen in Energieeffizienz nach Art. 38 AGVO fallen. Gegen die Anwendbarkeit des Art. 36 Abs. 2 AGVO spricht ferner, dass dies künftig nach Art. 36 Abs. 1a AGVO-Entwurf ausdrücklich ausgeschlossen sein soll. Darin heißt es, dass Art. 36 AGVO nicht für Maßnahmen gilt, für die in den Artikeln 38 bis 48 AGVO spezifischere Vorschriften festgelegt sind.

Von den beihilfefähigen Kosten dürfen 30 % gefördert werden, bei mittleren Unternehmen 40 % und bei kleinen Unternehmen 50 %, Art. 38 Abs. 4 und 5 AGVO. Zudem gelten höhere Beihilfeintensitäten für Investitionen in bestimmten regionalen Fördergebieten der EU nach Art. 107 Abs. 3 AEUV, Art. 38 Abs. 6 AGVO. Für große Unternehmen stellt dies eine geringere Förderung dar, als nach dem Freistellungstatbestand in der Fassung des Art. 36 AGVO-Entwurf, wo eine Beihilfeintensität von 40 % vorgesehen ist. Darüber hinaus soll nach Art. 38 Abs. 6a AGVO-Entwurf eine Ergänzung der Förderung erfolgen, wonach die Beihilfeintensität weitere 15 % erhöht werden dürfte, wenn die Renovierung bestehender Gebäude der benannten Typen zu einer Verringerung des Primärenergiebedarfs von 40 % führt.

Zuletzt sollen künftig nach Art. 38 Abs. 3d AGVO-Entwurf auch Beihilfen für die Verbesserung der Energieeffizienz der **Heiz- oder Kühlanlagen** in Gebäuden gewährt werden. Die Freistellung würde nicht für öl-, kohle- oder gasbetriebene Energieanlagen gelten. Beihilfen für energieeffiziente, gasbetriebene Energieanlagen könnten nur gewährt werden, wenn sie öl- oder kohlebetriebene Anlagen ersetzen und sichergestellt ist, dass sie bis 2050 durch Anlagen ersetzt werden, die erneuerbare Brennstoffe nutzen.

8.4.2 UEBLL und KUEBLL

In den UEBLL gab es keinen besonderen Abschnitt über Beihilfen zur Förderung der Energieeffizienz in Gebäuden. Demgegenüber ist in den KUEBLL ein ganzer neuer Abschnitt 4.2 für Beihilfen zur Verbesserung der Gesamtenergieeffizienz und der Umweltbilanz von Gebäuden enthalten. Darin sind besondere Vorgaben zum Anreizeffekt und zu materiellen Voraussetzungen für die Genehmigung einer Beihilfe geregelt, die Auswirkungen auf das Fordern und Fördern haben können.

Anreizeffekt

Rn. 141 bis 143 KUEBLL enthalten besondere Vorgaben zum Anreizeffekt. Die neue Regelung setzt zunächst voraus, dass das Unionsrecht Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden vorschreibt, die als Unionsnorm einzustufen sind. Eine Beihilfe für alle erforderlichen Investitionen, die es den Unternehmen ermöglichen, diese Mindestanforderungen zu erfüllen, hat nach Rn. 143 KUEBLL einen Anreizeffekt, wenn die Beihilfe gewährt wird, bevor die Anforderungen für das Unternehmen verbindlich werden. Als weitere Voraussetzung muss der Mitgliedstaat sicherstellen, dass der Beihilfeempfänger einen Sanierungsplan und einen Zeitplan vorlegt. Aus dem Plan soll hervorgehen, dass die angestrebte Maßnahme ausreicht, um das Gebäude in Einklang mit den Mindesteffizienzanforderungen zu bringen.

Aus dieser Formulierung ergibt sich, dass die Kommission davon ausgeht, dass es für Effizienzmaßnahmen im Gebäudebereich eine beihilferechtlich relevante Unionsnorm gibt oder zukünftig geben wird. Für die Frage, ob und inwiefern eine nationale Pflicht nach dem Beihilferecht gefördert werden kann, müsste also der Standard dieser Unionsnorm mit der nationalen Norm verglichen werden. Der Sanierungsplan stellt eine zusätzliche materielle Voraussetzung dar, mithin eine Verschärfung der Anforderungen gegenüber den UEBLL und den allgemeinen Vorgaben. Zugleich fällt die Frist weg, die Investition 18 Monate vor Inkrafttreten der Unionsnorm abzuschließen. Es heißt lediglich, dass die Mindesteffizienzanforderungen vor dem Zeitpunkt erfüllt sein müssen, in dem die Einhaltung für den Beihilfeempfänger verpflichtend wird. Danach wären Beihilfen für Investitionen in eine frühzeitige Erfüllung möglich, die erst unmittelbar vor dem Eintritt der Pflicht abgeschlossen werden. Hierin wäre zumindest in zeitlicher Hinsicht eine Erleichterung gegenüber den bestehenden und künftigen allgemeinen Vereinbarkeitskriterien zu sehen.

Materielle Effizienzvorgaben

In Rn. 139 lit. a bis c KUEBLL sind materielle Anforderungen für das Effizienzniveau vorgesehen, das durch die Beihilfe erreicht werden muss. Dies würde sich auf die Möglichkeit auswirken, Maßnahmen zu fördern, die über den Standard einer Unionsnorm hinausgehen. Dabei ist ebenfalls zwischen Maßnahmen an bestehenden Gebäuden und an neuen Gebäuden zu differenzieren.

Für die Renovierung **bestehender Gebäude** (lit. a) soll gelten, dass die Beihilfe zu einer Verringerung des Primärenergiebedarfs um mindestens 20 % gegenüber der Situation vor der Renovierung führen muss. Im Falle einer schrittweisen Renovierung kann diese über einen Zeitraum von fünf Jahren²³⁵ erfolgen, wobei eine Verringerung des Primärenergiebedarfs von 30 % erreicht werden muss. Bei der Renovierung von Gebäudekomponenten im Sinne der Gebäudeeffizienz-RL²³⁶ (lit. b) muss eine Verringerung des Primärenergiebedarfs um 10 % erreicht werden und der Mitgliedstaat muss darlegen, dass die Maßnahme insgesamt eine signifikante Wirkung auf die Verringerung des Primärenergiebedarfs hat. Für **neue Gebäude** (lit. c) müssen Verbesserungen der Gesamtenergieeffizienz zu Primärenergieeinsparungen führen, die mindestens 10 % über dem Schwellenwert liegen, der für die Anforderungen an Niedrigstenergiegebäude im Sinne der nationalen

²³⁵ Der erste KUEBLL-Entwurf der Kommission hatte einen Zeitraum von drei statt fünf Jahren vorgeschlagen.

²³⁶ Rn. 139 lit. b KUEBLL verweisen hier auf die Definition der Gebäudekomponente nach Art. 2 Nr. 9 der Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABl. L 153 vom 18.6.2010, S. 13–35, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, ABl. L 328 vom 21.12.2018, S. 1–77 ([Gebäudeeffizienz-RL](#)).

Umsetzung der Vorgaben der Gebäudeeffizienz-RL gilt. Für Deutschland wäre hier § 10 GEG maßgeblich.

Diejenigen Investitionskosten wären beihilfefähig, die unmittelbar mit der Erzielung einer besseren Gesamtenergieeffizienz oder Umweltbilanz verbunden sind, Rn. 146 KUEBLL. Die Beihilfeintensität darf höchstens 30 % der beihilfefähigen Kosten betragen für Maßnahmen an bestehenden und neuen Gebäuden im Sinne der Rn. 139 lit. a und c KUEBLL, Rn. 147 KUEBLL. Für Maßnahmen an Gebäudekomponenten (Rn. 139 lit. b KUEBLL) ist eine maximale Beihilfeintensität von 25 % vorgesehen, Rn. 147 KUEBLL.

Der Zeitpunkt, zu dem eine Maßnahme umgesetzt wird, kann sich auf die Förderhöhe auswirken. Zwar ist die Förderung im Gebäudebereich, im Gegensatz zu den allgemeinen Vorgaben, nicht ausgeschlossen, wenn eine Maßnahme kurzfristiger als 18 Monate vor dem Eintritt einer Pflicht nach dem Unionsrecht umgesetzt wird. In dem Fall gilt für neue und bestehende Gebäude eine Beihilfeintensität von höchstens 20 % und für Gebäudekomponenten von 10 %, vgl. Rn. 147 KUEBLL.

Ferner können in bestimmten Fällen höhere Beihilfeintensitäten gelten. Wird mit einer Maßnahme am bestehenden Gebäude eine Verringerung des Primärenergieverbrauchs von mindestens 40 % erreicht, kann die Beihilfeintensität um 15 % erhöht werden, vgl. Rn. 148 KUEBLL. Für mittlere Unternehmen ist außerdem eine Erhöhung um 10 % möglich, für kleine Unternehmen um 20 %, vgl. Rn. 149 KUEBLL. Zudem kann bei Investitionen in Fördergebieten nach Art. 107 Abs. 3 AEUV die Beihilfeintensität um weitere 15 % erhöht werden, Rn. 150 KUEBLL.

Die Regelung entspricht inhaltlich weitgehend den Vorgaben nach Art. 38 AGVO-Entwurf. Der größte Unterschied besteht darin, dass die KUEBLL-Vorgaben für Maßnahmen an allen Gebäuden gelten und nicht auf bestimmte Gebäudetypen beschränkt sind. Die KUEBLL sehen ferner weiterreichende Möglichkeiten zur Gestaltung der Förderung vor, etwa indem eine Förderung für einzelne Gebäudekomponenten ausdrücklich möglich ist und die 18-Monats-Frist nicht zum Ausschluss, sondern lediglich zur Verringerung der Förderhöhe führt.

Es gelten dieselben grundsätzlichen Schlussfolgerungen für die Möglichkeit zu fordern und zu fördern. Für bestehende Gebäude ist der Standard einer nationalen Norm oder einer Unionsnorm irrelevant, sodass es jedenfalls beihilferechtlich unkritisch ist, eine Maßnahme zu fördern, die auch ordnungsrechtlich gefordert wird, solange die erforderlichen Einsparungen erreicht werden. Für neue Gebäude würde jede Anhebung des gesetzlichen Standards für Niedrigstenergiegebäude auf der nationalen Ebene de facto eine parallele Förderung unzulässig machen. Denkbar wäre allenfalls neben dem Niedrigstenergiegebäudestandard einen weiteren ordnungsrechtlichen Standard zu definieren.²³⁷

Als weitere alternative Fördermöglichkeit nach den KUEBLL, die nicht in den AGVO vorgesehen ist, kann ein Mitgliedstaat in Ausnahmefällen und nach den besonderen Merkmalen einer Maßnahme nachweisen, dass ein höherer Beihilfebetrug erforderlich ist. In dem Fall wird die Beihilfe auf der Grundlage einer Analyse der **Finanzierungslücke** gewährt, statt gemäß den aufgeführten Beihilfeintensitäten. Wird über diesen Weg eine Förderung gewährt, innerhalb des Zeitraums von

²³⁷ Siehe hierzu etwa den Vorschlag der Kommission zur Novellierung der Gebäudeeffizienzrichtlinie vom 15.12.2021, [COM \(2021\) 802 final](#), wonach der neue Standard des Null-Emissionsgebäudes eingeführt werden soll.

18 Monaten, bevor ein Unionsstandard für den Beihilfeempfänger verbindlich wird, wird die Förderung auf 70 % der Finanzierungslücke begrenzt, vgl. Rn. 151 KUEBLL. Eine Beihilfe kann ferner auf der Grundlage einer **Ausschreibung** gewährt werden, vgl. Rn. 152 KUEBLL. Hier gilt ebenfalls, dass die Höhe der Beihilfe zu begrenzen ist, wenn die geförderte Maßnahme zur Erfüllung eines künftigen Unionsmindesteffizienzstandards dient und die Maßnahme weniger als 18 Monate vor dem Eintritt der Verpflichtung durchgeführt wird. Die Kommission schlägt etwa vor, Gebotsobergrenzen vorzusehen.

8.4.3 Zwischenergebnis: Beihilfen im Gebäudebereich

Im Verhältnis zu den allgemeinen Vereinbarkeitskriterien ergeben sich aus den besonderen Vorgaben im Gebäudebereich sowohl nach den AGVO beziehungsweise dem AGVO-Entwurf als auch nach den KUEBLL Einschränkungen und Chancen, um Maßnahmen im Gebäudebereich zu fördern, für deren Umsetzung im nationalen Recht eine Pflicht besteht.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass im Grundsatz weiterhin eine Förderung möglich ist für Maßnahmen im Gebäudesektor, für die eine Umsetzungspflicht nach nationalem Recht besteht, soweit es dafür keine einschlägige Unionsnorm gibt.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht bei Beihilfen für die Renovierung bestehender Gebäude. Dort muss die Maßnahme unabhängig vom Bestehen einer Norm auf nationaler oder europäischer Ebene einen Standard erreichen, der in den beihilferechtlichen Vorgaben der AGVO und den KUEBLL definiert wird. Da das Bestehen einer Norm ohne Bedeutung für die Vereinbarkeit der Förderung ist, steht dies einem gleichzeitigen Fordern und Fördern nicht entgegen. Dasselbe gilt für eine Förderung von Gebäudekomponenten nach den KUEBLL.

Für neue Gebäude ergibt sich aus den beihilferechtlichen Vorgaben der AGVO und den KUEBLL im Gebäudesektor, dass der Standard des Niedrigstenergiegebäudes für die Vereinbarkeit der Förderung wie eine Unionsnorm wirkt. Die Beihilfe muss danach eine Übererfüllung dieses Standards im Umfang von mindestens 10 % Primärenergieeinsparung erreichen. Da der Standard durch die nationale Norm konkretisiert wird, ist ein Fordern und Fördern für Effizienzmaßnahmen in neuen Gebäuden praktisch ausgeschlossen.

Zuletzt ist eine Förderung für die frühzeitige Anpassung einer Unionsnorm auch im Gebäudebereich mit dem Binnenmarkt vereinbar, selbst wenn zum Zeitpunkt der geförderten Maßnahme eine entsprechende Pflicht auf nationaler Ebene existiert. Nach dem AGVO-Entwurf muss die geförderte Investition 18 Monate vor Inkrafttreten der Unionsnorm abgeschlossen sein. In den KUEBLL ist sogar die Förderung kurzfristigerer Maßnahmen möglich, wenn auch mit einer geringeren Förderhöhe.

8.5 Die Unionsnorm

Sowohl die allgemeinen Vereinbarkeitskriterien als auch die Vorgaben für Beihilfen im Gebäudebereich beziehen sich auf den Standard oder das Schutzniveau einer Unionsnorm. Das Bestehen einer Unionsnorm bestimmt mithin, ob und in welchem Umfang eine Maßnahme gefördert werden darf. Es gilt zu klären, was eine Unionsnorm im Sinne der beihilferechtlichen Vorgaben auszeichnet. Hierzu wird zunächst der Begriff der Unionsnorm untersucht (unter 8.5.1), bevor unstrittige Beispiele für solche Unionsnormen erläutert werden (unter 8.5.2). In einem dritten Schritt werden Normen des Unionsrechts im Gebäudesektor dahingehend geprüft, ob sie als Unionsnorm im beihilferechtlichen Sinne einzustufen sind (unter 8.5.3).

8.5.1 Begriff der Unionsnorm

Der Begriff der Unionsnorm ist sowohl in Art. 2 Nr. 102 lit. a) AGVO als auch in Rn. (19) Nr. 3 lit. a) UEBlL mit demselben Wortlaut definiert als eine

„a) verbindliche Unionsnorm für das von einzelnen Unternehmen zu erreichende Umweltschutzniveau“.

In einer erläuternden Fußnote Nr. 21 der UEBlL wird ergänzt:

„Folglich gelten auf Unionsebene festgelegte Normen oder Ziele, die für die Mitgliedstaaten, nicht aber für einzelne Unternehmen verbindlich sind, nicht als Unionsnormen“.

Im AGVO-Entwurf bleibt diese Definition unberührt. In Rn. 19 Nr. 89 lit. a) KUEBlL wird die Erläuterung der Fußnote mit der bisherigen Definition zusammengeführt:

„verbindliche Unionsnorm für das von einzelnen Unternehmen zu erreichende Umweltschutzniveau, nicht jedoch auf Ebene der Union geltende Normen oder festgelegte Ziele, die für Mitgliedstaaten, aber nicht für einzelne Unternehmen verbindlich sind“.

Aus den Definitionen geht nicht eindeutig hervor, wie weit der Begriff der Unionsnorm reicht. Zunächst liegt es nahe, sich zur Abgrenzung an den Rechtsakten im Sinne des Art. 288 AEUV zu orientieren. Danach hat eine Verordnung allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Eine Verordnung, die ein Umweltschutzniveau regelt, das von Unternehmen einzuhalten ist, stellt also zweifelsohne eine Unionsnorm dar. Eine Richtlinie ist demgegenüber nur für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich und überlässt den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Ein Unternehmen ist damit nicht Adressat einer Unionsnorm. Die Orientierung an Art. 288 AEUV würde dafür sprechen, dass Richtlinien keine Unionsnormen im Sinne des Beihilferechts darstellen.

Gegen diese enge Auslegung, wonach Richtlinien keine Unionsnormen im beihilferechtlichen Sinne sind, sprechen weitere Vorgaben der UEBlL. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Definition der Unionsnorm selbst in der jeweiligen lit. b) einen weiteren Fall der Unionsnorm definiert, der sich auf Verpflichtungen zur Nutzung der besten verfügbaren Techniken nach der Industrieemissions-RL²³⁸ bezieht. Ferner nehmen die UEBlL und KUEBlL an einer weiteren Stelle Bezug auf eine Pflicht, die sich aus einer Richtlinie ableitet: nach den Rn. (56) und (57) UEBlL beziehungsweise Rn. 451 KUEBlL haben Beihilfen für Energieaudits bei großen Unternehmen nur insoweit einen Anreizeffekt, als sie nicht dem Ausgleich für ein nach der Energieeffizienz-RL²³⁹ vorgeschriebenes Energieaudit dienen. Gegen eine enge Auslegung spricht ferner, dass die Begriffsbestimmung nicht auf die Begriffe der Richtlinie und Verordnung beziehungsweise den Art. 288 AEUV Bezug nimmt. Wäre eine enge Auslegung seitens

²³⁸ Richtlinie 2010/75/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über Industrieemissionen, ABl. L 334 vom 17.12.2010, S. 17–119.

²³⁹ Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, ABl. L 315 vom 14.11.2012, S. 1–56, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 158 vom 14.6.2019, S. 125–199, nachstehend: [Energieeffizienz-RL](#).

der Kommission erwünscht, hätte die laufende Beihilferechtsreform Anlass zur Klarstellung geboten, von der jedoch nicht Gebrauch gemacht wurde.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Unionsnorm im Sinne der beihilferechtlichen Vorgaben auch in einer Richtlinie geregelt sein kann.²⁴⁰ Zugleich muss das zu erreichende Umweltschutzniveau in der Unionsnorm hinreichend konkretisiert sein, damit verbindliche Vorgaben für Unternehmen daraus abgeleitet werden können. Im Zweifel ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Regelung des Unionsrechts eine Unionsnorm im Sinne des Beihilferechts darstellt. Zu diesem Zwecke werden im Folgenden Beispiele für Unionsnormen im Bereich Umwelt und Energie (hierzu 8.5.2) sowie Vorgaben des Unionsrechts im Gebäudesektor (hierzu 8.5.3) genannt. Dabei gilt: je weniger Umsetzungsspielraum einem Mitgliedstaat verbleibt, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Vorgabe als Unionsnorm zu behandeln ist. Es folgt abschließend eine kurze Einschätzung zur Entwicklung von Unionsnormen im Gebäudebereich (hierzu 8.5.4) und ein Zwischenergebnis (hierzu 8.5.5).

8.5.2 Beispiele für Unionsnormen im Bereich Umwelt und Energie

Da die Industrieemissions-RL und die Energieeffizienz-RL in den UEBLL erwähnt werden, bietet es sich an, diese Richtlinien als erstes Beispiel für eine Unionsnorm im Sinne des Beihilferechts zu betrachten.

Für die **Industrieemissions-RL** wird etwa in Art. 2 Nr. 102 lit. b) AGVO konkretisiert, dass die maßgebliche Unionsnorm in der Verpflichtung besteht, die besten verfügbaren Techniken (BVT) einzusetzen und sicherzustellen, dass Schadstoffemissionswerte nicht über den Werten liegen, die aus dem Einsatz der besten verfügbaren Technologien resultieren würden. Aus der Industrieemissions-RL ergibt sich ferner, dass die besten verfügbaren Techniken in zentralen sogenannten BVT-Merkblättern und -Schlussfolgerungen im Sinne des Art. 3 Nr. 11 und 12 Industrieemissions-RL konkretisiert werden. Die Kriterien für die Ermittlung der besten verfügbaren Techniken sind in Anhang III der Industrieemissions-RL geregelt. Ferner legen die Anhänge der Richtlinie unionsweit geltende detaillierte technische Bestimmungen für verschiedene Anlagen einschließlich der Emissionsgrenzwerte fest. Mithin ergeben sich im Hinblick auf diese technischen Bestimmungen kaum Spielräume für die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung und Anwendung der Richtlinie im nationalen Recht.

Ein vergleichbares Maß an Konkretisierung ist beim Beispiel **Energieeffizienz-RL** erkennbar. Ein Energieaudit ist ein systemisches Verfahren zur Erlangung ausreichender Informationen über das Energieverbrauchsprofil eines Gebäudes oder einer Gebäudegruppe sowie zur Ermittlung und Quantifizierung der Möglichkeiten für kostenwirksame Energieeinsparungen.²⁴¹ Nach Art. 8 Abs. 4 Energieeffizienz-RL müssen Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Unternehmen, die keine KMU sind, Gegenstand eines Energieaudits sind, welches alle vier Jahre durchgeführt werden muss. Anhang VI Energieeffizienz-RL regelt Mindestkriterien für die Durchführung eines Energieaudits, die inzwischen über die europäische Norm DIN EN 16247 konkretisiert werden. Die Energieeffizienz-RL adressiert damit zwar die Mitgliedstaaten. Die Pflicht für Unternehmen, die sich erst aus der Umsetzung der Richtlinie ergibt, ist jedoch in der Richtlinie so weit konkretisiert, dass sich nur wenig Gestaltungsspielraum für die Mitgliedstaaten ergibt.

²⁴⁰ So im Ergebnis auch Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 32.

²⁴¹ Siehe für die vollständige Begriffsdefinition Art. 2 Nr. 25 Energieeffizienz-RL, die neben Gebäuden auch Betriebsabläufe oder industrielle oder gewerbliche Anlagen sowie private oder öffentliche Dienstleistungen erfasst.

Als drittes Beispiel können Vorgaben aus dem produktbezogenen Recht herangezogen werden, wie der **Ökodesign-RL**²⁴². Die Richtlinie bildet die Grundlage für einheitliche technische Standards für energieverbrauchsrelevante Geräte. Die Anforderungen an verschiedene Produktgruppen werden von der Kommission im Rahmen von delegierten Verordnungen und Durchführungsmaßnahmen sowie Selbstregulierungsmaßnahmen konkretisiert.²⁴³ Für den Gebäudebereich sind dabei insbesondere die Verordnungen über zentrale Heizungsanlagen²⁴⁴ und über Warmwasserverbreitungsanlagen²⁴⁵ maßgeblich. Anlagen, die den Standard dieser Verordnung nicht erfüllen, dürfen nicht in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen werden²⁴⁶ und erst recht nicht über eine Beihilfe gefördert werden.

8.5.3 Sekundärrechtliche Unionsnormen im Gebäudebereich

EU-Richtlinien regeln die Energieeffizienz und die Nutzung emissionsarmer Energie in Gebäuden. Hier ist neben der bereits erwähnten Gebäudeeffizienz-RL insbesondere die Erneuerbare-Energien-RL (RED II)²⁴⁷ zu nennen. Unter Berücksichtigung der unter 8.5.2 gezeigten Beispiele für Richtlinien, die als Unionsnorm im Sinne des Beihilferechts zu behandeln sind, werden im Folgenden einige Regelungen zum Gebäudebereich kurz dargestellt. Im nächsten Schritt wird erörtert, inwiefern diese Regelungen Unionsnormen im Sinne des Beihilferechts darstellen.

Vorgaben aus Richtlinien im Gebäudebereich

Die zentrale Norm für Energieeffizianzforderungen für Gebäude ist die Gebäudeeffizienz-RL. Nach Art. 9 Gebäudeeffizienz-RL gilt seit dem 31.12.2020, dass neue Gebäude den Standard eines **Niedrigstenergiegebäudes** erfüllen müssen. Dieser Standard ist in Art. 2 Nr. 2 Gebäudeeffizienz-RL definiert als

„ein Gebäude, das eine sehr hohe nach Anhang I bestimmte Gesamtenergieeffizienz aufweist. Der fast bei Null liegende oder sehr geringe Energiebedarf sollte zu einem ganz wesentlichen Teil durch Energie aus erneuerbaren Quellen – einschließlich Energie aus erneuerbaren Quellen, die am Standort oder in der Nähe erzeugt wird – gedeckt werden“.

Der Anhang, auf den die Definition verweist, enthält einen gemeinsamen Rahmen für die Berechnung der Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden. Die Gesamtenergieeffizienz wird durch einen numerischen Indikator für den Primärenergieverbrauch ausgedrückt (kWh/(m².a)). Als zusätzlicher

²⁴² [Richtlinie 2009/125/EG](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte, zuletzt geändert durch [Richtlinie 2012/27/EU](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, ABl. L 315 vom 14.11.2012, S. 1–56, nachstehend: [Ökodesign-RL](#).

²⁴³ Durchführungsmaßnahmen nach 19 Abs. 3, Anhang I bis VII ÖkodesignRL, mit Verweis auf den [Beschluss 1999/468/EG](#) des Rates vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. L 184 vom 17.7.1999, S. 23–26, aufgehoben durch die [Verordnung \(EU\) Nr. 182/2011](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen die Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABl. L 55 vom 28.02.2011, S. 13–18; Art. 15 Abs. 1, Selbstregulierungsmaßnahmen nach Art. 3 lit. b) und Anhang VIII Ökodesign-RL.

²⁴⁴ [Verordnung \(EU\) Nr. 813/2013](#) der Kommission vom 2. August 2013 zur Durchführung der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von Raumheizgeräten und Kombiheizgeräten, ABl. L 239 vom 06.09.2013, S. 136–161, zuletzt geändert durch [Verordnung \(EU\) 2016/2282](#) der Kommission vom 30. November 2016, ABl. L 346 vom 20.12.2016, S. 51–110 ([konsolidierte Fassung](#)).

²⁴⁵ [Verordnung \(EU\) Nr. 814/2013](#) der Kommission vom 2. August 2013 zur Durchführung der Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von Warmwasserbereitern und Warmwasserspeichern, ABl. L 239 vom 06.09.2013, S. 162–183, zuletzt geändert durch [Verordnung \(EU\) 2016/2282](#) der Kommission vom 30. November 2016, ABl. L 346 vom 20.12.2016, S. 51–110 ([konsolidierte Fassung](#)).

²⁴⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Ökodesign-RL, wonach Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen müssen, um sicherzustellen, dass Produkte nur in Verkehr gebracht und/oder in Betrieb genommen werden, wenn sie den für sie geltenden Durchführungsmaßnahmen entsprechen und die CE-Kennzeichnung gemäß Artikel 5 tragen.

²⁴⁷ [Richtlinie \(EU\) 2018/2001](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. L 328 vom 21.12.2018, S. 82–209, nachstehend: RED II.

Indikator kann die Gesamtenergieeffizienz ferner in Treibhausgasemissionen in kg CO₂eq/(m².a) angegeben werden. Die Mitgliedstaaten legen ihre nationale Berechnungsmethode auf der Grundlage fest und beschreiben diese gemäß den übergreifenden Normen ISO 52000-1, 52003-1, 52010-1, 52016-1 und 52018-1, die im Rahmen des Normungsauftrags M/480 vom Europäischen Komitee für Normung (CEN) entwickelt wurden. Diese Bestimmungen stellen jedoch ausdrücklich keine rechtliche Kodifizierung der genannten Normen dar.²⁴⁸

Vorgaben für Effizienzmaßnahmen an bestehenden Gebäuden ergeben sich aus Art. 7 Gebäudeeffizienz-RL. Danach müssen Mitgliedstaaten gewährleisten, dass Gebäude oder Gebäudeteile nach einer größeren Renovierung²⁴⁹ bestimmte Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz erfüllen. Die Mitgliedstaaten legen Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz eines Gebäudes oder Gebäudeteils nach Art. 4 Gebäudeeffizienz-RL im nationalen Recht fest. Dabei müssen sie sicherstellen, dass die Mindestanforderungen ein **kostenoptimales Niveau** an die Gesamtenergieeffizienz gewährleisten. Dabei handelt es sich nach Art. 2 Nr. 14 Gebäudeeffizienz-RL um das Gesamtenergieeffizienzniveau, das während der geschätzten wirtschaftlichen Lebensdauer mit den niedrigsten Kosten verbunden ist:

„Das kostenoptimale Niveau liegt in dem Bereich der Gesamtenergieeffizienzniveaus, in dem die über die geschätzte wirtschaftliche Lebensdauer berechnete Kosten-Nutzen-Analyse positiv ausfällt“.

Vorgaben für eine Vergleichsmethode zur Berechnung dieses Niveaus sind in Art. 5 und Anhang III Gebäudeeffizienz-RL enthalten sowie in einer delegierten Verordnung²⁵⁰ und Leitlinien der Kommission²⁵¹ konkretisiert. Mitgliedstaaten können zwischen einer „finanziellen“ Vergleichsmethode, die nur auf betriebswirtschaftlichen Parametern beruht, und einer „makroökonomischen“ Methode wählen, bei der auch die volkswirtschaftlichen Kosten berücksichtigt werden.²⁵²

Mitgliedstaaten müssen nach Art. 15 Abs. 4 RED II in ihren Bauvorschriften und Regelwerken Maßnahmen aufnehmen, um den **Anteil erneuerbarer Energien im Gebäudebereich zu erhöhen**. Dafür müssen sie insbesondere vorsehen, dass in bestehenden Gebäuden, in denen größere Renovierungen vorgenommen werden, ein Mindestmaß erneuerbarer Energie genutzt wird, sofern dies technisch machbar, zweckmäßig und wirtschaftlich tragbar ist, unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Kostenoptimalitätsberechnung nach der Gebäudeeffizienz-RL.

²⁴⁸ Vgl. Anhang I Nr. 1 Gebäudeeffizienz-RL.

²⁴⁹ Eine größere Renovierung eines Gebäudes liegt nach Art. 2 Nr. 10 Gebäudeeffizienz-RL vor, wenn „a) die Gesamtkosten der Renovierung der Gebäudehülle oder der gebäudetechnischen Systeme 25 % des Gebäudewerts — den Wert des Grundstücks, auf dem das Gebäude errichtet wurde, nicht mitgerechnet — übersteigen oder b) mehr als 25 % der Oberfläche der Gebäudehülle einer Renovierung unterzogen werden“.

²⁵⁰ [Delegierte Verordnung \(EU\) Nr. 244/2012](#) der Kommission vom 16. Januar 2012 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/31/EU, ABl. L 81 vom 21.3.2012, S. 18–36.

²⁵¹ [Leitlinien zur delegierten Verordnung \(EU\) Nr. 244/2012](#) der Kommission vom 16. Januar 2012 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden durch die Schaffung eines Rahmens für eine Vergleichsmethode zur Berechnung kostenoptimaler Niveaus von Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden und Gebäudekomponenten, ABl. C 115 vom 19.4.2012, S. 1–28.

²⁵² Art. 3 [Delegierte Verordnung \(EU\) Nr. 244/2012](#) der Kommission vom 16. Januar 2012 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/31/EU, ABl. L 81 vom 21.3.2012, S. 18–36.

Einstufung als Unionsnorm

Anhand der geschilderten Vorgaben ist zu klären, ob sich aus den genannten Richtlinien ein Standard ergibt, der als Unionsnorm im Sinne des Beihilferechts für Fördermaßnahmen im Gebäudebereich berücksichtigt werden muss.

Zunächst ist allgemein festzuhalten, dass keine der aufgeführten Regelungen im Gebäudebereich verbindliche quantitative Vorgaben enthält. Weder die Vorgaben zu Niedrigstenergiegebäuden noch zu Mindestanforderungen für bestehende Gebäude beziehen sich auf einen festen Mindestwert für die Gesamtenergieeffizienz, die zu erreichen ist, weder in (kWh/(m².a)) noch in kg CO₂eq/(m².a). Die RED II definiert ebenfalls keinen Mindestanteil für die Nutzung erneuerbarer Energien in Gebäuden. Hierdurch unterscheiden sich die Regelungen im Gebäudebereich von den unter 8.5.2 gezeigten Beispielen, was zunächst gegen die Einstufung als Unionsnorm sprechen würde. Die Mitgliedstaaten haben hier in allen Bereichen einen Umsetzungsspielraum, sodass auch die potenziellen Pflichten für Unternehmen zunächst inhaltlich konkretisiert werden müssen.

Im Hinblick auf die Vorgaben zum **Niedrigstenergiegebäude** scheint hingegen eine differenziertere Betrachtung geboten. Die Bewertung der besonderen Vorgaben für Beihilfen im Gebäudebereich hat gezeigt, dass der Standard des Niedrigstenergiegebäudes bereits wie eine Unionsnorm als Maßstab für die Vereinbarkeit einer Beihilfe herangezogen wird.²⁵³ Dies kann jedoch unterschiedlich ausgelegt werden. Einerseits kann daraus abgeleitet werden, dass die Kommission den Niedrigstenergiegebäudestandard bereits als hinreichend konkretisiert ansieht, um ihn wie eine Unionsnorm im Sinne beihilferechtlicher Vorgaben zu behandeln. Andererseits kann im Umkehrschluss argumentiert werden, dass die Regelung gerade keine Unionsnorm darstellt, weswegen die Bezugnahme in den beihilferechtlichen Vorgaben erforderlich war. Für die zweite Auslegung spricht auch der Wortlaut der beihilferechtlichen Vorgaben. Danach muss Primärenergieeinsparung erreicht werden im Verhältnis zum

„Schwellenwert für die in nationalen Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie 2010/31/EU festgelegten Anforderungen an Niedrigstenergiegebäude“.²⁵⁴

Die Bezugnahme auf die nationale Maßnahme wäre entbehrlich, wenn der Standard der Richtlinie bereits ausreichen würde, um Auswirkungen auf die beihilferechtliche Vereinbarkeit zu haben.

Im Ergebnis wäre der Niedrigstenergiegebäudestandard damit zwar nicht als Unionsnorm einzustufen. Für die konkrete Möglichkeit im Gebäudebereich zu Fordern und Fördern hat dieses Ergebnis jedoch keine Auswirkungen. Die Untersuchung der beihilferechtlichen Vorgaben für Maßnahmen im Gebäudebereich hat gezeigt, dass es für Beihilfen für Effizienzmaßnahmen in neuen Gebäuden gerade nicht darauf ankommt, ob eine Unionsnorm frühzeitig erfüllt oder übererfüllt wird (hierzu 8.3.4). Vielmehr ist für solche Maßnahmen die nationale Umsetzungsnorm ausschlaggebend.

Die **Mindestanforderungen für Gebäude**, bei denen eine größere Renovierung durchgeführt wird, bedürfen ebenfalls einer näheren Betrachtung. Die Vorgaben definieren keine verbindlichen Mindestwerte für die Gesamtenergieeffizienz. Es wird vielmehr nur ein Rahmen gesetzt, nach dem die

²⁵³ Siehe hierzu unter 8.4.

²⁵⁴ Art. 38 Abs. 3a AGVO-Entwurf; Vgl. ferner die entsprechende Regelung in Rn. 118 lit. b) KUEBLL-E beziehungsweise Rn. 133 lit. b) Interservice-Fassung und Art. 38 Abs. 3 lit. b) AGVO.

Mitgliedstaaten die Anforderungen auf nationaler Ebene bestimmen. Gleichwohl fällt auf, dass dieser Rahmen weitgehend durch Vorschriften zur Berechnung der Anforderungen konkretisiert ist. Auf dieser Grundlage ließe sich argumentieren, dass das kostenoptimale Effizienzniveau einer Unionsnorm gleichzusetzen ist, und keine Förderung für die Erfüllung von Mindestanforderungen für Gebäude in Betracht kommt. Dagegen spricht, dass auch innerhalb der Rahmenvorgaben noch ein Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten besteht zur Gestaltung der Vorgaben für die Gesamtenergieeffizienzvorgaben. Das betrifft etwa die Frage, ob eine betriebswirtschaftlich oder volkswirtschaftlich orientierte Vergleichsrechnung für das kostenoptimale Niveau zugrunde gelegt wird. Gegen das Vorliegen einer Unionsnorm spricht ferner, dass die beihilferechtlichen Vorgaben, im Gegensatz zu Beihilfen für neue Gebäude, auf die Bezugnahme auf diese Vorgaben verzichtet haben. Vielmehr wird der Standard, den eine förderfähige Maßnahme erreichen muss, in der AGVO beziehungsweise in den KUEBLL definiert.

Zuletzt weisen die Vorgaben zur Nutzung erneuerbarer Energien in Gebäuden nach Art. 15 Abs. 4 RED II den geringsten Grad an Konkretisierung auf. Es lassen sich keine Pflichten für Unternehmen ableiten, sodass diesbezüglich nicht von einer Unionsnorm auszugehen ist.

8.5.4 Entwicklungen zu Unionsnormen

Im Zusammenhang mit dem *Green Deal*²⁵⁵ hat die EU-Kommission eine Überarbeitung zahlreicher Rechtsakte zum Klimaschutz in der EU angekündigt. Im Juli 2021 wurden mit dem „fit for 55“-Paket²⁵⁶ mehrere Richtlinienentwürfe veröffentlicht. In dem Zusammenhang ist auch eine Änderung der RED II geplant,²⁵⁷ um einen neuen Art. 15a über erneuerbare Energien im Gebäudesektor einzuführen. Darin sind jedoch keine Änderungen ersichtlich, die eine Unionsnorm im Sinne des Beihilferechts darstellen könnten.

Die Kommission hat im Rahmen ihrer Strategie *Eine Renovierungswelle für Europa* angekündigt, einen Vorschlag zur Einführung verbindlicher Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden einzubringen.²⁵⁸ Hierzu hat sie am 15.12.2021 einen Entwurf für eine novellierte Gebäudeeffizienzrichtlinie veröffentlicht.²⁵⁹ Insbesondere ist vorgesehen, dass neue Gebäude den neuen Standard des Null-Emissions-Gebäudes erfüllen müssen (Art. 7 EPBD-Entwurf) und Mindesteffizienzvorgaben für bestehende Gebäude gelten (Art. 8 und 9 EPBD-Entwurf). Es erscheint möglich, dass sich aus diesen Regelungen künftig verbindliche Unionsnormen im Sinne des Beihilferechts ergeben. Eine Einschätzung hierzu sollte jedoch die Positionen der Gesetzgebungsorgane der EU, also des Rates, in dem die Mitgliedstaaten vertreten sind, sowie des Europäischen Parlaments berücksichtigen, die zum Zeitpunkt der Bearbeitung noch nicht vorliegen.

²⁵⁵ Mitteilung der EU-Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 11.12.2019, [Der europäische Grüne Deal](#), COM/2019/640 final.

²⁵⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 14.7.2021, Fit for 55: delivering on the EU's 2030 Climate Target on the way to climate neutrality, [COM/2021/550 final](#); eine Übersicht der von der Kommission vorgeschlagenen Maßnahmen ist abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_en.

²⁵⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 98/70/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/652 des Rates, [COM/2021/557 final](#).

²⁵⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine Renovierungswelle für Europa – umweltfreundlichere Gebäude, mehr Arbeitsplätze und bessere Lebensbedingungen, [COM/2020/662 final](#).

²⁵⁹ [COM\(2021\) 802 final](#).

8.5.5 Zwischenergebnis: Unionsnorm im Gebäudebereich

Aus der Definition der Unionsnorm ergeben sich keine konkreten Kriterien, um zu beurteilen, ob eine unionsrechtliche Regelung auch als Unionsnorm im Sinne des Beihilferechts zu behandeln ist. Eine beispielhafte Auswertung zeigt jedenfalls, dass eine Unionsnorm auch in einer Richtlinie verankert sein kann, selbst wenn diese formell nur die Mitgliedstaaten und keine Unternehmen adressiert. Eine Prüfung sekundärrechtlicher Vorgaben im Gebäudebereich ergibt jedoch, dass hierzu aktuell keine Unionsnormen im Sinne des Beihilferechts existieren. Es bestehen Ankündigungen dahingehend, dass demnächst Unionsnormen über Mindestanforderungen für Gebäudeeffizienz eingeführt werden sollen; hierzu bleibt abzuwarten, wie sich der Vorschlag der Kommission zur Novellierung der Gebäudeeffizienz-RL vom 15.12.2021 entwickelt.

Zugleich haben die Ergebnisse zu den beihilferechtlichen Vorgaben für Maßnahmen im Gebäudebereich gezeigt, dass es, im Gegensatz zu den allgemeinen beihilferechtlichen Vorgaben, nicht auf das Vorliegen einer Unionsnorm ankommt. Für neue Gebäude wird auf die nationale Umsetzungsnorm abgestellt, um die beihilferechtliche Vereinbarkeit zu beurteilen, und für bestehende Gebäude regelt das Beihilferecht eigene materielle Anforderungen an die Effizienzverbesserung. Das Vorliegen einer Unionsnorm ist mithin nur zu prüfen, wenn die Vereinbarkeit einer Beihilfe nach allgemeinen Kriterien der UEBlL beziehungsweise KUEBlL oder nach Art. 36, 37 AGVO in Betracht kommt.

8.6 Spielräume für ein Fordern und Fördern

Die bisherige Prüfung hat aufgezeigt, in welchen Fällen eine Beihilfe für eine Maßnahme, die gleichzeitig Gegenstand einer Pflicht nach dem nationalen Recht ist, mit dem Binnenmarkt vereinbar ist. Abschließend sollen verbleibende Spielräume beleuchtet werden, die für ein Fordern und Fördern aus der Sicht des Beihilferechts relevant sein können. Das betrifft einerseits Vorgaben in dem Umfang, in dem gefördert werden darf (hierzu 8.6.1). Andererseits werden Möglichkeiten betrachtet, eine Förderung von vornherein als beihilfefrei zu gestalten, wodurch die Einschränkungen des Beihilferechts nicht anwendbar wären (hierzu 8.6.2).

8.6.1 Höhe der Förderung

Wenn feststeht, dass eine Maßnahme grundsätzlich gefördert werden darf, etwa weil sie mit den Energie- und Klimaschutzzielen der EU vereinbar ist, erfolgt danach die Prüfung, wie hoch die Förderung ausfallen darf. Die Höhe der Förderung wird in erster Linie durch Vorgaben zur Angemessenheit der Beihilfe beeinflusst.

Die Untersuchung der Vereinbarkeitskriterien in 8.3 zeigt, dass im Bereich der Investitionsbeihilfen die Höhe der Förderung weiterhin in der Regel in zwei Schritten festgestellt wird: Zuerst werden die beihilfefähigen Kosten ermittelt und danach wird die Beihilfeintensität bestimmt.

Die Vorgaben zur Angemessenheit können auf diese Weise zu unterschiedlich hohen Beihilfen führen, je nachdem, welche Methode vorgegeben ist oder angewendet wird. Auch wenn eine Beihilfe zur Erfüllung einer ordnungsrechtlichen Pflicht nach dem nationalen Recht im Grundsatz zulässig ist, kann die Angemessenheitsprüfung im Ergebnis zu hohen oder niedrigen Fördersätzen führen. Somit

können Vorgaben zur Angemessenheit einen erheblichen Einfluss auf die Wirkung eines Forderns und Förderns haben.

Ein Mitgliedstaat muss zudem in der Lage sein, anhand von Berechnungen und Nachweisen die Höhe der Förderung darzulegen, die gewährt werden soll. Für eine Förderung, die sich nach den Investitionskosten oder den Investitionsmehrkosten richtet, ist etwa zu regeln, welche tatsächlichen Kosten einer Maßnahme erfasst sind und welche nicht berücksichtigt werden können.

Im Folgenden werden kurz Vorgaben zur Höhe der Förderung erläutert, die für die ermittelten Grundkonstellationen für ein Fördern und Fordern einschlägig sind.

Übererfüllung der Unionsnorm

Nach Rn. 55 UEBLL, Rn. 32 KUEBLL und Art. 36 Abs. 2 AGVO ist jeweils vorgesehen, dass eine Beihilfe für eine Maßnahme gewährt werden darf, mit der ein Standard oder ein Umweltschutzniveau erreicht wird, das über eine Unionsnorm hinausgeht. Für den Gebäudebereich sind ausschließlich Investitionskosten erfasst, die unmittelbar mit der Erzielung einer besseren Gesamtenergieeffizienz oder Umweltbilanz verbunden sind, vgl. Rn. 146 KUEBLL.

Die beihilfefähigen Kosten sind in dem Fall die zusätzlichen Investitionskosten, die erforderlich sind, um über das in der Unionsnorm vorgeschriebene Schutzniveau hinaus zu gehen. Das bedeutet, dass im Grundsatz die Kosten abzuziehen sind, die zur Erfüllung einer einschlägigen Unionsnorm ohnehin angefallen wären.²⁶⁰ Erreicht die geförderte Maßnahme nur eine geringfügige Übererfüllung der Unionsnorm, wäre auch nur ein entsprechend geringer Anteil der Kosten beihilfefähig. Die AGVO stellt ergänzend klar, dass Kosten, die nicht direkt mit der Verbesserung des Umweltschutzes zusammenhängen, nicht beihilfefähig sind.²⁶¹

Das Fehlen einer Unionsnorm ist damit nicht zwingend die Konstellation, die zu der höchsten Förderung führt. Zwar müssen die Kosten zur Erfüllung des nationalen Schutzniveaus nicht abgezogen werden.²⁶² In diesem Fall könnte jedoch ein Vergleich mit den Kosten einer weniger effizienten Investition anzustellen sein, die der üblichen Geschäftspraxis in dem Wirtschaftszweig entspricht.²⁶³ Wenn eine Pflicht zur Umsetzung der Maßnahmen besteht, die gefördert werden soll, könnte im Ergebnis die geförderte Maßnahme gleich sein, wie die Maßnahme der üblichen Geschäftspraxis. In dem Fall bestünde keine Kostendifferenz und die beihilfefähigen Kosten reduzieren sich auf Null.

Für den Gebäudebereich ergibt sich aus dieser Vorgabe beispielsweise, dass Kosten, die regulär zum Erhalt eines Gebäudes getätigt werden müssten, nicht beihilfefähig sind und daher von förderfähigen Kosten abzuziehen sind. In Rn. 143 KUEBLL heißt es allerdings, dass Beihilfen zur Erfüllung von Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, die als Unionsnorm einzustufen sind, stets einen Anreizeffekt haben, wenn sie gewährt werden, bevor die Vorgabe für den

²⁶⁰ Anhang 2 UEBLL sowie die erläuternde Fußnote 6; Art. 36 Abs. 5 Satz 1 AGVO.

²⁶¹ Vgl. Art. 36 Abs. 5 und für den Gebäudebereich Art. 38 Abs. 3 AGVO beziehungsweise Art. 38 Abs. 3 AGVO-Entwurf.

²⁶² So etwa Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergie recht, Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergie recht, S. 37.

²⁶³ Vgl. Art. 36 Abs. 5 lit. a) AGVO-Entwurf.

Beihilfeempfänger verpflichtend wird. Das gilt ausdrücklich unabhängig davon, ob zu dem Zeitpunkt bereits geltende Unionsnormen existieren.²⁶⁴

Frühzeitige Anpassung

Nach Rn. 53 UEBLL, Rn. 32 KUEBLL, Art. 37 AGVO und 36 AGVO-Entwurf können Maßnahmen gefördert werden, die zu einer früheren Anpassung an eine Unionsnorm führen. In den AGVO ist vorgesehen, dass die Mehrkosten der Investition im Vergleich zu einer Investition ermittelt werden, die ohne die Beihilfe durchgeführt worden wäre.²⁶⁵ Die UEBLL berücksichtigen die Tatsache, dass es sich dabei nur um eine vorgezogene Investition handelt, dadurch, dass die Beihilfeintensität mit 5 % bis 20 % geringer ausfällt, je nach Zeitpunkt der Umsetzung und Größe des Unternehmens.²⁶⁶ In den KUEBLL sind Gebäudeeffizienzmaßnahmen im Vergleich zu den allgemeinen Vorgaben privilegiert, da die frühzeitige Anpassung nicht 18 Monate vor Inkrafttreten abgeschlossen sein muss, sondern bis unmittelbar vor dem Zeitpunkt, in dem die Regelung verbindlich wird, gefördert werden kann. In dem Fall ist eine geringere Förderhöhe vorgesehen, die aber mit 15 % bis 40 %, je nach Unternehmensgröße, deutlich großzügiger ist, als zuvor nach den UEBLL.

Mit der AGVO-Reform ist hier eine Änderung vorgesehen.²⁶⁷ Danach werden die beihilfefähigen Kosten für den Fall, dass dieselbe Investition zu einem anderen Zeitpunkt vorgenommen wird, aus der Differenz zwischen den Kosten der Investition und dem Kapitalwert (NPV) der Kosten der späteren Investition ermittelt. Die Kosten werden abgezinst auf den Zeitpunkt, in dem die Investition getätigt wurde.²⁶⁸ Daraus könnte die Höhe der beihilfefähigen Kosten geringer ausfallen, als bei der Berücksichtigung der Investitionsmehrkosten nach der aktuellen Fassung der AGVO. Dafür sollen dieselben, höheren Beihilfeintensitäten von 30 % bis 75 % gelten, wie für andere Investitionsbeihilfen.²⁶⁹

Finanzierungslücke

Es wäre gemäß Rn. 151 KUEBLL ferner in Ausnahmefällen möglich, die Höhe der Förderung auf der Grundlage der Finanzierungslücke zu ermitteln. Die festgestellte Finanzierungslücke kann zu 100 % gefördert werden und ist auf 70 % zu begrenzen bei einer Anpassung innerhalb von 18 Monaten, bevor eine einschlägige Unionsnorm für Energieeffizienz in Gebäuden verbindlich wird.

Dabei sind die zusätzlichen Hinweise der Rn. 48, 51 und 52 KUEBLL zu berücksichtigen. Die Finanzierungslücke bezeichnet die erforderlichen zusätzlichen Nettokosten, die zur Verwirklichung des Ziels der Beihilfemaßnahme erforderlich sind. Diese Kosten bestimmen sich grundsätzlich anhand eines Vergleichs der Differenz zwischen den erwirtschafteten Einnahmen und den Kosten des unterstützten Vorhabens und der entsprechenden Differenz bei einem Vorhaben, das ein Beihilfeempfänger aller Wahrscheinlichkeit nach auch ohne Beihilfe durchführen würde, Rn. 48 KUEBLL. Das kontrafaktische Szenario, das bei diesem Rentabilitätsvergleich zugrunde gelegt wird, muss plausibel sein und es muss eine Quantifizierung vorliegen. Sofern also eine Finanzierungslücke für den Fördertatbestand zugrunde gelegt wird, wäre im Rahmen eines Genehmigungsverfahrens

²⁶⁴ Vgl. Fußnote 76 KUEBLL.

²⁶⁵ Art. 37 Abs. 5 AGVO.

²⁶⁶ Vgl. Anhang I UEBLL, Art. 37 Abs. 4 AGVO.

²⁶⁷ Im KUEBLL-E sind nach Rn 141 der Interservice-Fassung geringere Beihilfeintensitäten für die frühzeitige Anpassung an eine Unionsnorm vorgesehen, wenn diese weniger als 18 Monate vor Inkrafttreten umgesetzt wird.

²⁶⁸ Art. 36 Abs. 5 lit. b), 38 Abs. 3 lit. b) AGVO-Entwurf.

²⁶⁹ Art. 36 Abs. 6, 38 Abs. 4 AGVO.

darzulegen, wie diese Lücke ermittelt wurde. Hierfür können beispielsweise Berechnungen für typisierte Fallgruppen herangezogen werden, Rn. 51 KUEBLL.

Sofern das kontrafaktische Szenario darin besteht, dass ein Beihilfeempfänger eine Tätigkeit oder eine Investition nicht durchführt oder die Geschäftstätigkeit unverändert fortsetzt, kann kein Rentabilitätsvergleich durchgeführt werden. In diesem Fall kann für die Finanzierungslücke ein Näherungswert ermittelt werden, der dem negativen NPV des Vorhabens beim tatsächlichen Szenario ohne Beihilfe während der Lebenszeit entspricht, Rn. 52 KUEBLL. Diese Methode zur Ermittlung der Förderhöhe kommt insbesondere bei Infrastrukturvorhaben in Betracht. Somit wäre für eine Beihilfe im Gebäudebereich auf der Grundlage darzulegen, dass das kontrafaktische Szenario im Grunde in der Untätigkeit des Beihilfeempfängers läge.

8.6.2 Der Beihilfebegriff

Die beihilferechtlichen Limitierungen bestehen nur, wenn die Maßnahme die kumulativen Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt. Im Umkehrschluss gilt, dass die Einschränkungen des Beihilferechts unbeachtlich sind, wenn eine Maßnahme eines dieser Tatbestandsmerkmale nicht erfüllt. Im Folgenden wird untersucht, welche Möglichkeiten bestehen, Energieeffizienzmaßnahmen im Gebäudebereich als beihilfefrei zu gestalten. Hier wird insbesondere auf die Merkmale (1) des Unternehmens, (2) des Vorteils, (3) der Selektivität und (4) der Gefahr einer Wettbewerbsverfälschung eingegangen.²⁷⁰ Die Analyse berücksichtigt schwerpunktmäßig die Bekanntmachung der EU-Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe,²⁷¹ die sogenannten Guiding Templates²⁷² sowie die Entscheidungspraxis der Kommission.

Unternehmen

Der Unternehmensbegriff wird weit ausgelegt und erfasst jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform oder Art der Finanzierung.²⁷³ Entsprechend fallen Energiedienstleister wie Contractoren, Fernwärmeversorgungsunternehmen und Unternehmen der Immobilienwirtschaft grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Beihilferechts. Dies gilt auch für natürliche Personen, sofern sie am Markt tätig sind. Das ist etwa der Fall, wenn private Gebäudeeigentümer ihren Strom aus einer PV-Dachanlage in der geförderten oder sonstigen Direktvermarktung am Strommarkt anbieten.²⁷⁴

Öffentliche Stellen sind von dem Anwendungsbereich des Beihilferechts erfasst, wenn und soweit sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, die von der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse losgelöst werden kann.²⁷⁵ Eine öffentliche Stelle darf demnach beihilfefrei Energieeffizienzmaßnahmen ergreifen, solange diese Maßnahmen ausschließlich Gebäude betreffen, die im staatlichen Eigentum stehen oder durch öffentliche Stellen genutzt werden und nicht von der Ausübung hoheitlicher

²⁷⁰ Ein weiteres Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe ist, dass sie staatlich ist oder aus staatlichen Mitteln gewährt wird. Da Fördermaßnahmen im Gebäudebereich typischerweise aus Haushaltsmitteln gewährt werden, handelt es sich hierbei um staatliche Mittel, so dass die Bearbeiter:innen keinen Spielraum für ein Fordern und Fördern im Hinblick auf dieses Tatbestandsmerkmal sehen. Ein Beispiel für eine Förderung, die keine Beihilfe darstellt, ist das EEG 2012. Vgl. hierzu auch Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergie recht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergie recht, S. 28.

²⁷¹ C/2016/2946, ABl. C 262, 19.7.2016, S. 1–5, S. 11 ff.

²⁷² EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding templates, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/rf-guiding-templates_en.

²⁷³ C/2016/2946, ABl. C 262, 19.7.2016, S. 1–5, S. 11 ff., Rz. 7.

²⁷⁴ Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergie recht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergie recht, S. 26.

²⁷⁵ C/2016/2946, ABl. C 262, 19.7.2016, S. 1–5, S. 11 ff., Rz. 18.

Befugnisse trennbar sind.²⁷⁶ Dasselbe gilt im Grundsatz für Beihilfen für Privatpersonen, solange diese keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.²⁷⁷ Für Energieeffizienzmaßnahmen ergibt sich daraus ein Handlungsspielraum im Bereich der Wohngebäude, sofern private Mieter und Mieterinnen oder Gebäudeeigentümer und -eigentümerinnen eine finanzielle Unterstützung erhalten, sowie zur Umsetzung der Vorbildfunktion öffentlicher Gebäude. Einschränkend ist zu erwähnen, dass die akteursbezogene Betrachtung keine Grundlage für umfassende Lösungen für den gesamten Gebäudebereich darstellen kann.

Exkurs: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI)

Neben den nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten, die als beihilfefrei einzustufen sind, gibt es auch die Kategorie der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) im Sinne des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Dabei handelt es sich zwar um die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, jedoch ist diese vom Anwendungsbereich des Beihilferechts ausgenommen. Mitgliedstaaten können für die Kosten von DAWI Ausgleichszahlungen leisten, wenn sie hierbei bestimmte Kriterien einhalten, die sich aus der „Altmark-Trans“-Rechtsprechung²⁷⁸ ergeben und von der Kommission²⁷⁹ konkretisiert werden.

Es existiert keine unionsrechtlich harmonisierte Definition der DAWI.²⁸⁰ Mitgliedstaaten verfügen über ein Ermessen bei der Bestimmung darüber, was als DAWI gilt. Der Aufgabe sollte jedoch ein universaler, obligatorischer Charakter zukommen.²⁸¹ Die Einstufung als DAWI dient regelmäßig dazu, ein Marktversagen zu adressieren.²⁸² Es genügt, wenn ein Teil der Bevölkerung oder etwa einer Gemeinde ein Interesse an der Leistung hat. Im Zusammenhang mit Effizienzmaßnahmen im Gebäudebereich stellt sich die Frage, ob bestimmte Leistungen in dem Kontext als DAWI einzustufen wären. Zu denken wäre etwa an Energie-Agenturen oder bestimmte Beratungsleistungen.

Im Übrigen gilt für Gebäude, die für die Erbringung von DAWI genutzt werden, dasselbe wie für Gebäude, die durch öffentliche Stellen genutzt werden: die Förderung von Energieeffizienzmaßnahmen stellt keine Beihilfe dar.²⁸³ Die Kommission nennt hier etwa die Möglichkeit, Effizienzmaßnahmen im Bereich der sozialen Wohnraumförderung zu unterstützen. Allerdings schließt die Kommission mit Verweis auf Art. 5 Abs. 9 des DAWI-Beschlusses die Mitversorgung Dritter aus Anlagen zur Erzeugung erneuerbaren Stroms oder Wärme in dieser Konstellation aus.²⁸⁴ Entsprechend bestehen auf der Grundlage nur beschränkte Möglichkeiten zur Entwicklung und Förderung von Quartierskonzepten.

²⁷⁶ EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding template: Energy efficiency in buildings Nr. 14.

²⁷⁷ EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding template: Energy efficiency in buildings Nr. 14; dies ist etwa der Fall, wenn der Strom aus einer PV-Dachanlage gegen eine gesetzlich festgelegte Vergütung und unter Abnahmegarantie an den Netzbetreiber abgegeben wird, vgl. Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht, S. 26.

²⁷⁸ Urteil des Gerichtshofes vom 24. Juli 2003, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

²⁷⁹ 2012/21/EU: Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011, ABl. L 7 vom 11.1.2012, S. 3–10 (DAWI-Beschluss).

²⁸⁰ Urteil des Gerichts vom 1. März 2017, T-454/13, ECLI:EU:T:2017:134 Rn. 113; Vgl. auch Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Text von Bedeutung für den EWR, ABl. C 8 vom 11.1.2012, S. 4–14 (DAWI-Mitteilung).

²⁸¹ Jung, in: Calliess/Ruffert, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 106 Rn. 37 m.w.N.

²⁸² Jung, in: Calliess/Ruffert, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 106 Rn. 38 m.w.N.

²⁸³ EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding template: Energy efficiency in buildings Nr. 44 ff.

²⁸⁴ EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding template: Energy efficiency in buildings Nr. 46.

Vorteil

Ein Vorteil im Sinne des Beihilfegriffs nach Art. 107 Abs. 1 AEUV ist jede wirtschaftliche Vergünstigung, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen, das heißt ohne Eingreifen des Staates, nicht erhalten könnte. Dabei wird geprüft, ob sich die finanzielle Lage eines Unternehmens verbessert, weil der Staat zu Konditionen eingreift, die von den normalen Marktbedingungen abweichen. Ein Vorteil im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt auch dann vor, wenn die Maßnahme so ausgestaltet ist, dass der finanzielle Vorteil nicht unmittelbar einem Unternehmen zukommt, aber die Auswirkungen der Zuwendungen bestimmtem Unternehmen oder Gruppen von Unternehmen mittelbar zugeleitet werden. Das ist etwa der Fall, wenn die Beihilfe davon abhängig gemacht wird, dass nur bestimmte Dienstleistungen erworben werden können. Entsprechend kann bei der Prüfung eines Vorteils die gesamte Wertschöpfungskette berücksichtigt werden. Für die Fernwärmeversorgung betrifft das etwa den Eigentümer und den Betreiber der Infrastruktur bis hin zu den Endkunden.²⁸⁵

Der Vorteil ist von einer sekundären wirtschaftlichen Auswirkung abzugrenzen, die nicht vom Beihilfegriff erfasst ist. Darunter fällt etwa ein Anstieg der Produktion, der auf die Beihilfemaßnahme zurückgeführt werden kann. Nach dem Verständnis der Kommission sollte ein Unternehmen nicht als Beihilfeempfänger angesehen werden, wenn es lediglich als Instrument zur Übermittlung des Vorteils an den Empfänger dient und ihm selbst kein Vorteil verbleibt.²⁸⁶ Das zwischengeschaltete Unternehmen muss dafür den Vorteil in vollem Umfang an den eigentlichen Beihilfeempfänger weiterleiten.

Für Effizienzmaßnahmen im Gebäudebereich sind Spielräume denkbar, die sich aus der Abgrenzung zwischen einem beihilferechtlich relevanten Vorteil von einer beihilferechtlich irrelevanten sekundären wirtschaftlichen Auswirkung ergeben. Eine Konstellation wäre, wenn Privatpersonen, für die das Beihilferecht nicht gilt, Förderung für eine Maßnahme in Anspruch nehmen, und dabei einen Energiedienstleister beauftragen. Grundsätzlich fällt das Dienstleistungsunternehmen in den Anwendungsbereich des Beihilferechts und profitiert wirtschaftlich von der Förderung, da es ermöglicht, die Dienstleistung zu günstigeren wirtschaftlichen Konditionen anzubieten. Sofern jedoch die Förderung vollständig an private Kunden weitergegeben wird, sind diese Kunden zumindest auch als Empfänger des Vorteils anzusehen. Hier stellt sich die Frage, ob Vorteile für Dienstleistungsunternehmen als sekundäre wirtschaftliche Auswirkungen eingeordnet werden können.

Dagegen spricht, dass die Entscheidungspraxis der Kommission und die Rechtsprechung auf der Ebene des Beihilferechts keine klare und belastbare Abgrenzung des unmittelbaren und mittelbaren Vorteils zu sekundären Auswirkungen erlaubt.²⁸⁷ Zugleich hat die EU-Kommission bereits in einer Entscheidung über Beihilfen für erneuerbare Wärme anerkannt, dass nur der Endnutzer als Beihilfeempfänger anzusehen ist, selbst wenn dieser seinen Anspruch auf Förderung an den

²⁸⁵ EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding template: District heating/cooling generation and distribution infrastructure Nr. 22 ff.

²⁸⁶ C/2016/2946, ABl. C 262, 19.7.2016, S. 1–5, S. 11 ff., Rz. 116.

²⁸⁷ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 5.2.2013, SA.34611 (12/N), ABl. der EU, R 077, 15. März 2013, Rz. 122, wo die Kommission den Vorteil für das Unternehmen bejaht hat, obwohl dieser an die Endnutzer weitergereicht wurde; vgl. auch Urteil des Gerichtshofs vom 28. Juli 2011, C-403/10 P, ECLI:EU:C:2011:533, Rn. 81.

Energiedienstleister abtritt. Das gilt auch, wenn der Dritte an der Finanzierung der Anlage beteiligt ist und sogar den Anspruch auf Förderung gegenüber dem Fördergeber geltend macht.²⁸⁸

Aufgrund der unklaren Rechtslage und im Interesse der Rechtssicherheit empfiehlt es sich, Handlungsspielräume, die sich aus der Abgrenzung des beihilferechtlichen Vorteils und sekundärer wirtschaftlicher Auswirkungen ergeben, in Abstimmung mit der EU-Kommission zu erörtern.

Selektivität

Eine Maßnahme ist selektiv, wenn sie nicht alle Wirtschaftsbeteiligten begünstigt, sondern nur bestimmten Unternehmen, Gruppen von Unternehmen oder bestimmten Wirtschaftszweigen einen Vorteil gewährt, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Regelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden.²⁸⁹ Der Maßstab ist dabei die tatsächliche Wirkung der Maßnahme. Demgegenüber fällt eine Maßnahme von allgemeinem Charakter nicht in den Anwendungsbereich des Beihilferechts. Es besteht eine umfangreiche Entscheidungspraxis des EuGH.²⁹⁰

Ein Beispiel für eine nicht-selektive Maßnahme ist das im Herbst 2020 beschlossene Programm zur Bundesförderung effiziente Gebäude (BEG).²⁹¹ Nach der Einschätzung der Kommission sind Energieeffizienzmaßnahmen im Gebäudebereich nicht als selektiv anzusehen, sofern sie für alle Gebäudeeigentümer und –eigentümerinnen oder Nutzer und Nutzerinnen zugänglich sind, die Maßnahme in offener, transparenter, objektiver und nicht-diskriminierender Weise auf die Verbesserung der Energieeffizienz von Gebäuden ausgerichtet ist und die Förderung nicht an die Nutzung bestimmter Produkte oder Dienstleistungen bestimmter Unternehmen gebunden ist.²⁹² Hier sei ergänzend auf den Förderwettbewerb im Rahmen des Programms Bundesförderung Energieeffizienz in der Wirtschaft hingewiesen, der ebenfalls nach allgemeinen Kriterien gestaltet ist, und daher nach der Auskunft des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz nicht als selektiv eingestuft wird.²⁹³

Über die Selektivität kann es gelingen, Effizienzmaßnahmen im Gebäudebereich als beihilfefrei einzustufen, was beachtliche Handlungsspielräume bei der Gestaltung von Förderprogrammen eröffnet. Einschränkend ist jedoch zu erwähnen, dass ein förmlicher Beschluss im Sinne des Art. 288 AEUV über die Beihilfefreiheit des BEG nicht vorliegt. Die Kommission hatte vergleichbare Maßnahmen im Gebäudebereich in vergangenen Entscheidungen ausdrücklich als selektiv eingestuft, da etwa die Immobilienwirtschaft de facto in besonderem Maße von der Förderung profitiert.²⁹⁴ Das Template als Auslegungshilfe der Beihilfekriterien nach Art. 107 AEUV stellt keine verbindliche Rechtsgrundlage dar. Mithin bleibt auch offen, ob die Vorgehensweise der Kommission im Hinblick auf die BEG als Änderung der Entscheidungspraxis angesehen werden kann. Dagegen spricht, dass die Kommission im Rahmen der Beihilferechtsreform die Vorgaben zur Förderung im Gebäudebereich

²⁸⁸ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 27.2.2017, SA.44622 (2016/N), ABl. C 274, 18.8.2017, S. 1–7, Rz. 64; nach Art. 39 AGVO gilt der Gebäudeeigentümer oder Mieter als Empfänger der Förderung, auch wenn ein Finanzintermediär dazwischengeschaltet ist.

²⁸⁹ C/2016/2946, ABl. C 262, 19.7.2016, S. 1–5, S. 11 ff., Rz. 117.

²⁹⁰ Vgl. für weitere Nachweise etwa Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker AEUV Art. 107 Rn. 170 ff.; von Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 73. EL Mai 2021, Art. 107 Rn. 41 ff.

²⁹¹ Das ergibt sich aus der Darstellung auf der Internetseite des BMWK (Stand: 27.11.2021): <https://www.deutschland-machts-effizient.de/KAENEF/Redaktion/DE/FAQ/FAQ-Uebersicht/BEG/faq-bundesfoerderung-fuer-effiziente-gebaeude.html>. Dort wird verwiesen auf die Ausführungen der EU-Kommission in ihrem Guiding template: Energy efficiency in buildings.

²⁹² EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding template: Energy efficiency in buildings Nr. 22.

²⁹³ Das ergibt sich aus der Darstellung auf der Internetseite des BMWK (Einsichtnahme 29.11.2021): <https://www.wettbewerb-energieeffizienz.de/WENEFF/Navigation/DE/Foerderungswettbewerb/Rahmenbedingungen/rahmenbedingungen.html>.

²⁹⁴ EU-Kommission, Entscheidung vom 5.2.2013, SA.34611 (12/N), ABl. der EU, R 077, 15. März 2013, Rz. 125.

entwickelt, die Kommission mithin von einer weiterhin hohen Beihilferelevanz auszugehen scheint. Ferner ist die Einschätzung der Kommission zur BEG in den Kontext der Beihilfen während der Corona-Pandemie zu stellen. Zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen hatte die Kommission unter anderem durch Veröffentlichung der Templates eine temporäre Lockerung der Beihilfenkontrolle signalisiert. Dies würde dagegen sprechen, dass die Kommission auch für künftige Förderprogramme eine großzügige Auslegung der Selektivität zulässt.²⁹⁵

Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Handlungsspielraum nur besteht, solange die Voraussetzungen einer „allgemeinen“ Maßnahme erfüllt sind. Instrumente, die nicht für Energieeffizienz im Gebäudebereich im engeren Sinne bestimmt sind, sondern die Bereiche KWK und Fernwärme unterstützen, adressieren im Regelfall keinen allgemeinen Empfängerkreis, sondern bestimmte Akteure der Energiewirtschaft wie Eigentümer und Eigentümerinnen sowie Betreiber und Betreiberinnen solcher Anlagen.²⁹⁶

Auswirkungen auf Handel und Wettbewerb

Die Gefahr der Verfälschung des Wettbewerbs und der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten sind getrennte Voraussetzungen, die jedoch eng miteinander verbunden sind und von der Kommission häufig gemeinsam geprüft werden.²⁹⁷ In dem Zusammenhang ist die De-minimis-Verordnung²⁹⁸ zu nennen. Nach Art. 3 De-minimis-Verordnung sind Beihilfen bis zu einem Höchstbetrag von 200.000 EUR, die einem einzigen Unternehmen über einen bestimmten Zeitraum (drei Steuerjahre) gewährt werden, als Maßnahmen anzusehen, die nicht dem Beihilfebegriff des Art. 107 AEUV unterliegen. Der Grund hierfür ist, dass bei der Einhaltung dieser Grenzen davon auszugehen ist, dass die Maßnahmen weder Auswirkungen auf den Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten haben, noch den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Ein Unternehmen erfasst nach Art. 2 Abs. 2 De-minimis-VO alle Einheiten, die – rechtlich oder faktisch – von ein und derselben Einheit kontrolliert werden. Sofern also diese Grenze eingehalten wird, kann ein Mitgliedstaat ohne weitere beihilferechtliche Einschränkungen fordern und fördern.

Im Hinblick auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten geht die Kommission in den meisten Fällen ohne vertiefte Prüfung von einer Beeinträchtigung aus. In ihren Guiding Templates stellt sie zwar fest, dass eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels durch Förderung für Effizienzmaßnahmen für Gebäudeeigentümer und –eigentümerinnen oder Mieter und Mieterinnen sowie für Fernwärmeversorgungsunternehmen gegebenenfalls ausgeschlossen werden kann, wenn die Förderung rein lokale Auswirkungen hat.²⁹⁹ Dies hat der Mitgliedstaat allerdings anhand von Daten zu begründen, wobei nicht nur die Auswirkungen auf die Nutzenden der Gebäude oder der Fernwärme zu beachten sind, sondern auch die Auswirkungen auf grenzüberschreitende

²⁹⁵ So auch im Ergebnis Klug et al., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“, Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht S. 29.

²⁹⁶ Vgl. EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding template: District heating/cooling generation and distribution infrastructure sowie Guiding Template: Energy from renewable sources, including renewably sourced hydrogen production, wonach die Kommission davon ausgeht, dass Maßnahmen in den Bereichen Fernwärme und Erzeugung erneuerbarer Energie typischerweise selektiv sind.

²⁹⁷ C/2016/2946, ABl. C 262, 19.7.2016, S. 1–5, S. 11 ff., Rn. 186.

²⁹⁸ Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen, ABl. L 352 vom 24.12.2013, S. 1–8, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2020/972 der Kommission vom 2. Juli 2020 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 hinsichtlich ihrer Verlängerung und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014 hinsichtlich ihrer Verlängerung und relevanter Anpassungen, ABl. L 215 vom 7.7.2020, S. 3–6.

²⁹⁹ Vgl. EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding template: District heating/cooling generation and distribution infrastructure Rn. 33 sowie Guiding template Energy efficiency in buildings Rn. 30.

Investitionen.³⁰⁰ Zudem schließt die Kommission eine rein lokale Auswirkung der Förderung für Programme, die auf dem gesamten Staatsgebiet eines Mitgliedstaats gelten, aus.³⁰¹

Hinsichtlich einer Verfälschung des Wettbewerbs sieht die Kommission mehr Spielräume im Bereich der Wärmenetze, welche im Folgenden nur angedeutet werden sollen: Eine Wettbewerbsverzerrung ist naturgemäß dort ausgeschlossen, wo kein Wettbewerb besteht. Dies kann beim Wärmenetzbetreiber der Fall sein. Eine zentrale Voraussetzung ist allerdings, dass – ähnlich wie bei Strom- oder Gasnetzen – eine Entflechtung von Wärmeerzeugung, Vertrieb und Netz erfolgt und das Wärmenetz fremden Wärmelieferanten offensteht. Die diesbezüglichen tatsächlichen wie rechtlichen Hürden sind offensichtlich. Ein „Unbundling“ der Wärmeversorgung könnte jedoch ein Instrument sein, um insbesondere im urbanen Raum Investitionen in Wärmenetzinfrastruktur und Wettbewerb in der Wärmeversorgung anzureizen und die Transparenz des Wärmemarktes zu erhöhen. In diesem Zusammenhang ist auf den Entwurf des Berliner Energiewendegesetzes hinzuweisen, dessen Novellierung sich gerade im parlamentarischen Verfahren befindet. Der Entwurf sieht in § 23 ausdrücklich einen (dem EEG nachgebildeten) Anspruch auf vorrangigen Anschluss von Erzeugungsanlagen vor, welche „klimaschonende Wärme“ erzeugen.³⁰² Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass Förderung für die Wärmeerzeugung im Fall der Entflechtung nach Ansicht der Kommission weiterhin unter beihilferechtliche Vorgaben fallen würde.³⁰³

8.6.3 Zwischenergebnis: Spielräume

Die Chancen für ein Fordern und Fördern werden durch weitere Punkte beeinflusst. So ist etwa zu berücksichtigen, dass das Vorliegen einer nationalen Norm de facto Auswirkungen auf die Höhe der Förderung haben kann. Gelingt es, eine Förderung zu gestalten, die nicht alle Tatbestandsmerkmale einer Beihilfe erfüllt, ist diese als beihilfefrei einzustufen und die Einschränkungen des Beihilferechts greifen nicht. Dies kann Spielräume für die Gestaltung von Fördermaßnahmen eröffnen. Gleichzeitig können sich aus der Notwendigkeit, die Beihilfefreiheit zu wahren, neue Einschränkungen ergeben.

³⁰⁰ Vgl. EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding template: District heating/cooling generation and distribution infrastructure Rn. 33 sowie Guiding template Energy efficiency in buildings, Rn. 31.

³⁰¹ EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding template Energy efficiency in buildings, Rn. 31.

³⁰² Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 18/3567 13.04.2021, S. 13 und 33 f.

³⁰³ EU-Kommission, RECOVERY AND RESILIENCE FACILITY – STATE AID, Guiding template: District heating/cooling generation and distribution infrastructure, Rn. 34 ff.

9 Schlussbemerkungen

Dieses Gutachten hat gezeigt, dass sich Fordern und Fördern rechtlich keineswegs gegenseitig ausschließen müssen. Beides, Fordern und Fördern, sind vielmehr verschiedene Formen politischer Gestaltung. Um ihr rechtskonformes Miteinander zu erreichen, müssen jedoch die Vorgaben verschiedener Rechtsbereiche beachtet werden.

Das konkrete Design eines aufzulegenden Bundesförderprogramms im Gebäudebereich muss dabei mindestens die Vorgaben derjenigen drei Rechtskomplexe erfüllen, die in diesem Gutachten erörtert werden: nationale Vorgaben des Verfassungs-, Haushalts- und Fachrechts (vgl. dazu Kapitel 6), der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung (vgl. dazu Kapitel 7) sowie unionsrechtliche Vorgaben des Beihilferechts (vgl. dazu Kapitel 8).

Auf nationaler Ebene sind zunächst die Vorgaben zu berücksichtigen, die sich aus dem Zusammenspiel von (Bundes-)Haushaltsrecht einerseits und dem Fachrecht des GEG andererseits ergeben. Das Verfassungsrecht hingegen verhält sich zum Thema Fordern und Fördern neutral: Aus dem Grundgesetz lassen sich kaum relevante Gebote oder Verbote ableiten.

Entscheidend sind vielmehr die haushaltsrechtlichen Tatbestandsmerkmale des § 23 BHO (in Verbindung mit § 14 HGrG), und dort besonders der gegenständliche Zuwendungszweck: Ein Förderprogramm muss bestimmen, „wofür“ genau die Zuwendung erfolgt, welches Projekt also genau gefördert werden soll, das nicht bereits durch ordnungsrechtliche Verpflichtungen erreicht würde. Dabei zeigen die drei ausgeführten Beispiele (unter 6.4), dass der Gesetzgeber bereits bei der Festlegung ordnungsrechtlicher Pflichten die Möglichkeiten, aber auch die Grenzen von Förderungen durch Zuwendungen in den Blick nehmen sollte. So gelingen Vorgaben „aus einem Guss“. Denn die Beispiele zeigen, dass bestimmte ordnungsrechtliche Gestaltungsoptionen (etwa die Festlegung von Zielvorgaben, aber nicht von konkreten Einzelmaßnahmen zur Zielerreichung) es erlauben, einen gegenständlichen Zuwendungszweck zu definieren, der nicht bereits ordnungsrechtlich vorgegeben ist.

Wichtig ist im bundesstaatlichen System des Grundgesetzes aber auch, dass sowohl die ordnungsrechtlichen Vorgaben von Bund und Ländern als auch die jeweiligen Förderprogramme aufeinander abgestimmt sind. Das Mit-/Nebeneinander von Bund und Ländern im Bereich freiwilliger staatlicher Leistungen (Zuwendungen) ist von einem komplexen Verfassungssystem der Kompetenzverteilungen bestimmt. Das sowohl dem Bund als auch den Ländern aufgebene Ziel von Klimaschutz und Klimaneutralität erlaubt nicht, sich über diese Kompetenzverteilungen hinwegzusetzen. Gleichzeitig haben die Fachgespräche, die begleitend zur Erstellung dieses Gutachtens stattgefunden haben, bewiesen, wie fruchtbar, aber auch notwendig der Austausch der verschiedenen Bundes- und Landeserfahrungen ist. Da sich das Zusammenspiel von Bund- und Ländervorgaben komplex mit den jeweiligen Förderprogrammen verbindet, ist die Kenntnis der jeweiligen Ansätze und Entwicklungen eine entscheidende Voraussetzung, um das gemeinsame Ziel im Rahmen der jeweiligen Kompetenzen zu erreichen.

Neben der Achtung dieser nationalen Vorgaben sind Förderprogramme so zu gestalten, dass sie dem EU-Beihilferecht genügen. Dabei spielen die primärrechtlichen Grundlagen des Beihilferechts sowie

die Rahmenbedingungen für eine zulässige Beihilfe, insbesondere nach den Beihilfeleitlinien der EU-Kommission und der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung, eine entscheidende Rolle.

Das Gutachten weist auf mögliche beihilferechtliche Spielräume hin und nimmt dabei auf die laufenden Beihilfereformen Bezug (KUEBILL, AGVO-Entwurf); zudem gibt es auch einen Ausblick auf zukünftige unionsrechtliche Fachvorgaben (etwa auf den Vorschlag der Kommission zur Novellierung der Gebäudeeffizienz-RL). Im Grundsatz wird im Gutachten festgestellt, dass ein Fordern und Fördern beihilferechtlich möglich ist, wenn dadurch ein Standard erreicht wird, der über das Niveau einer Unionsnorm hinausgeht oder die Maßnahmen zur frühzeitigen Erfüllung einer Unionsnorm führen.

Damit verdeutlicht dieses Gutachten insgesamt, wie vernetzt die einzelnen Zuwendungs- und Fachvorgaben sind. Bei allem Handlungsdruck, den die aktuelle Klimasituation mit sich bringt, muss klar sein, dass die im Gebäudesektor erforderlichen Investitionen immens sein werden. Nur ein aufeinander abgestimmtes Gesamtpaket von Fordern und Fördern kann diese Herausforderungen meistern. Dass es Möglichkeiten für neue Wege des Forderns und Förderns gibt, hat dieses Gutachten gezeigt.

10 Literaturverzeichnis

von Arnim, Hans Herbert (2007): § 138 Finanzzuständigkeit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007.

Berneiser, Jessica/Burkhardt, Alexander/Henger, Ralph/Köhler, Benjamin/Meyer, Robert/Sommer, Stephan/Yilmaz, Yasin/Kost, Christoph/Herkel, Sebastian (2021): Ariadne-Hintergrund – Maßnahmen und Instrumente für eine ambitionierte, klimafreundliche und sozialverträgliche Wärmewende im Gebäudesektor – Teil 1: Analyse der Herausforderungen und Instrumente im Gebäudesektor. Herausgegeben vom Kopernikus-Projekt Ariadne Potsdam-Institut für Klimafolgenforschung (PIK). Gefördert vom Bundesministerium für Bildung und Forschung, August 2021.

Braungardt, Sibylle/Degen, Solveig (2021): Ausstieg aus dem Heizen mit fossilen Energien – Empfehlungen für eine gesellschaftlich akzeptierte Umsetzung. Öko-Institut e.V., Policy Brief vom 23. Juni 2021.

Bundesrechnungshof (2012): Bemerkungen des Bundesrechnungshofes 2012 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes (einschließlich der Feststellungen zur Jahresrechnung 2011, BT-Drucksache 17/11330 vom 12. November 2012.

Bundesrechnungshof (2014): Bemerkungen des Bundesrechnungshofes 2014 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes (einschließlich der Feststellungen zur Jahresrechnung 2013), BT-Drucksache 18/3300 vom 1. Dezember 2014.

Bundesrechnungshof (2015): Bemerkungen des Bundesrechnungshofes 2015 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung des Bundes (einschließlich der Feststellungen zur Jahresrechnung 2014), BT-Drucksache 18/6600 vom 16. November 2015.

Dittrich, Norbert (2019 – 2021): Bundeshaushaltsordnung mit Schwerpunkt Zuwendungsrecht – Kommentar.

Greve, Holger (2019): Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine Länderöffnungsklausel im Rahmen der Novellierung der Grundsteuer, NVwZ 2019, 701.

Gröpl, Christoph (2007): § 121 Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007.

Gröpl, Christoph (2019): Einleitung zur BHO, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019.

Gröpl, Christoph (2019): Kommentierung zu § 6, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019.

Gröpl, Christoph (2019): Kommentierung zu § 7, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019.

Gröpl, Christoph (2019): Kommentierung zu § 105, in: Gröpl (Hrsg.), Bundeshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019.

Heintzen, Markus (2007): § 120 Staatshaushalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007.

Heintzen, Markus (2021): Kommentierung zu Art. 104a, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021.

Heintzen, Markus (2021): Kommentierung zu Art. 109, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021.

Heintzen, Markus (2021): Kommentierung zu Art. 114, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 7. Aufl. 2021.

Hellermann, Johannes (2018): Kommentierung zu Art. 104a, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018.

Isensee, Josef (2008): § 133 Die bundesstaatliche Kompetenz, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, 3. Aufl. 2008.

Jarass, Hans D. (2020): Kommentierung zu Art. 109, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. 2020.

Jung, Christian (2016): Kommentierung zu Art. 106 AEUV, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016.

Kämmerer, Jörn Axel (2007): § 124 Subventionen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007.

Kirchhof, Gregor (2018): Kommentierung zu Art. 109, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018.

Klinski, Stefan (2021): Zu den Möglichkeiten der öffentlichen Förderung im Bereich bestehender gesetzlicher Pflichten („Fördern trotz Fordern“). Rechtswissenschaftliche Stellungnahme zu Fragen der Deutschen Unternehmensinitiative Energieeffizienz e.V. (DENEFF). Finale Fassung vom 9. März 2021.

Klug Katharina/Kahles, Markus/Kamm, Johanna/Halbig, Anna/Müller, Thorsten (2021): Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“ – Untersuchung der rechtlichen Spielräume zur finanziellen Förderung der Erfüllung gesetzlicher Pflichten im Bereich des Energie- und Klimaschutzrechts. Gefördert durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages. Würzburger Studie zum Umweltenergierecht Nr. 23 vom 5. November 2021 der Stiftung Umweltenergierecht.

Kment, Martin (2020): Kommentierung zu Art. 104a, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. 2020.

Kube, Hanno (2011): Kommentierung zu Art. 109, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Werkstand: 62. EL Mai 2011.

Kube, Hanno (2013): Kommentierung zu Art. 110, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Werkstand: 70. EL Dezember 2013.

Kube, Hanno (2021): Kommentierung zu Art. 104a, in: BeckOK GG, Epping/Hillgruber (Hrsg.), 48. Ed. Stand: 15.08.2021.

von Lewinski, Kai/Burbar, Daniela (2013): Haushaltsgrundsätzegesetz, 2013.

Mayer, Volker (2016): Der Zuwendungszweck in seiner zweifachen Ausprägung, DÖV 2016, 555.

Mestmäcker, Ulrich /Schweitzer, Heike (2016): Band 3, 1. Teil, I. Abschnitt, B. Art. 107 Abs. 1 AEUV, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016.

Müller, Hans-Martin/Richter, Bettina/Ziekow, Jan (2017): Handbuch Zuwendungsrecht, 2017.

Müller, Thorsten (2010): Einleitung, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz, 2010.

Nowak, Carsten (2016): Band 3, 1. Teil, II. Abschnitt, A. Allgemeines, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016.

Oeter, Stefan (2018): Kommentierung zu Art. 72, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018.

Oschmann, Volker (2010): Kommentierung zu § 13, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz, 2010.

Ossenbühl, Fritz (2003): Abschied von der Ländertreue?, NVwZ 2003, 53.

Otto, Lars S. (2011): Anmerkung zu NWVerfGH, Urteil vom 15. 3. 2011 - VerfGH 20/10, LKV 2011, 363.

Pause, Fabian (2010): Kommentierung zu § 14, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz, 2010.

Pehnt, Martin/Mellwig, Peter/Lempik, Julia/Werle, Mandy/Schulze Darup, Burkhard/Schöffel, Winfried/Drusche, Volker (2021): Neukonzeption des Gebäudeenergiegesetzes (GEG 2.0) zur Erreichung eines klimaneutralen Gebäudebestandes – Ein Diskussionsimpuls. Im Auftrag des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft, verfasst vom Institut für Energie- und Umweltforschung Heidelberg (ifeu), Architekturbüro Schulze Darup und Energie Effizienz Institut, September 2021.

Pietzcker, Jost (2008): § 134 Zuständigkeitsordnung und Kollisionsrecht im Bundesstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 6, 3. Aufl. 2008.

Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Hrsg.), Prüfung der Vergabe und Bewirtschaftung von Zuwendungen – Typische Mängel und Fehler im Zuwendungsbereich, 2. Aufl. 2016.

Reimer, Ekkehart (2021): Kommentierung zu Art. 109, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber (Hrsg.), 48. Ed. Stand: 15.05.2021.

Rossi, Matthias (2019): Kommentierung zu § 23 BHO, in: Gröpl (Hrsg.), Bundshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019.

Rossi, Matthias (2019): Kommentierung zu § 44 BHO, in: Gröpl (Hrsg.), Bundshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019.

Rusche, Tim Maxian (2016): 1. Teil, I. Abschnitt, D. Art. 107 Abs. 3, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016.

Sachs, Michael (2021): Kommentierung zu Art. 20, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021.

Schwarz, Kyrill-Alexander (2018): Kommentierung zu Art. 114, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 3, 7. Aufl. 2018.

Schwarz, Kyrill-Alexander (2019): Kommentierung zu § 97 BHO, in: Gröpl (Hrsg.), Bundshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019.

Siekmann, Helmut (2021): Kommentierung zu Art. 109, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021.

Tappe, Henning (2019): Kommentierung der Vorbemerkungen zu §§ 11 ff., in: Gröpl (Hrsg.), Bundshaushaltsordnung/Landeshaushaltsordnungen, 2. Aufl. 2019.

Thomaßen, Georg/Langenheld, Alexandra/Graichen, Patrick/Pehnt, Martin/Weiß, Uta/Werle, Mandy (2021): Ein Gebäudekonsens für Klimaneutralität. 10 Eckpunkte[,] wie wir bezahlbaren Wohnraum und Klimaneutralität 2045 zusammen erreichen – Impuls. Erstellt von der Agora Energiewende. Version: 1.0, Juni 2021.

Uhle, Arnd (2013): Kommentierung zu Art. 72, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Werkstand: 76. EL Dezember 2015.

Von Wallenberg, Gabriela/Schütte, Michael (2021): Kommentierung von Art. 107 Abs. 1 AEUV, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 73. EL Mai 2021.

Waldhoff, Christian (2007): § 116 Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 5, 3. Aufl. 2007.

Wustlich, Guido (2010): Kommentierung zu § 15, in: Müller/Oschmann/Wustlich (Hrsg.), Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz, 2010.

11 Abkürzungen

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGVO	Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung (Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI. L 187 vom 26. Juni 2014, S. 1–78, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2021/1237 der Kommission vom 23. Juli 2021, ABI. L 270 vom 29. Juli 2021, S. 39–75)
AGVO-Entwurf	Entwurf der Kommission vom 6. Oktober 2021 zur Änderung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung
BHO	Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 21 des Gesetzes vom 20. August 2021 (BGBl. I S. 3932) geändert worden ist
BVT	beste verfügbare Techniken
EU	Europäische Union
EEWärmeG	Gesetz zur Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich (Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz) vom 7. August 2008 (BGBl. I S. 1658), das zuletzt durch Art. 261 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist, aufgehoben durch Art. 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 des Gesetzes vom 8. August 2020 (BGBl. I S. 1728)
EPBD-Entwurf	Vorschlag der Kommission zur Neufassung der Gebäudeeffizienz-Richtlinie vom 15. Dezember 2021, COM(2021) 802 final
GEG	Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden (Gebäudeenergiegesetz) vom 8. August 2020 (BGBl. I S. 1728)
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätzegesetz) vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122) geändert worden ist
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KUEBLL	Entwurf Mitteilung der Kommission — Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 (Veröffentlichung im ABI. C steht noch aus)
NPV	net present value

RL	Richtlinie
UEBLL	Mitteilung der Kommission — Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl. C 200 vom 28. Juni 2014, S. 1–55
VO	Verordnung
VV-BHO	Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung vom 14. März 2001 (GMBI 2001 Nr. 16/17/18, S. 307) in der Fassung des BMF-Rundschreibens vom 7. Mai 2021 - II A 3 - H 1012-6/19/10003 :003 - 2021/0524501 -, berichtigt durch BMF-Rundschreiben vom 9. Juni 2021 - II A 3 - H 1012-6/19/10003 :003 - 2021/0644338
WoGG	Wohngeldgesetz vom 24. September 2008 (BGBl. I S. 1856), das zuletzt durch Artikel 88 des Gesetzes vom 20. August 2021 (BGBl. I S. 3932) geändert worden ist

