



Gutachterliche Stellungnahme zu Ansprüchen der berechtigten Antragsteller im Förderprogramm des Bundes für energieeffizientes Bauen (BEG 261 + 461) bis zum 31. Januar 2022

Nach dem unvermittelten Stopp der laufenden Förderprogramme der Kreditanstalt für Wiederaufbau KfW am 24. Januar 2022 stellt sich die Frage, ob in diesem Zusammenhang Ansprüche auf Erteilung eines Zuwendungsbescheides oder aber Aufwendungsersatz bestehen. Nachfolgend möchten wir daher mögliche Ansprüche derjenigen untersuchen und bewerten, die im Rahmen der seit Juli 2021 laufenden Förderprogramme der KfW entweder bereits umfassend Anträge bei der KfW eingereicht hatten oder die bis zum überraschenden Förderstopp durch das Bundeswirtschaftsministerium daran gearbeitet hatten, derartige Anträge vollständig bis Ende Januar 2022 bei den zuständigen Stellen einzureichen.

Zusammenfassend kann aus unserer Sicht Folgendes festgestellt werden:

I.

Alle Antragsteller in den Förderprogrammen für energieeffizientes Bauen nach den seit dem 1. Juli aufgelegten Förderprogrammen BEG 261 und 461, die ihre vollständigen Antragsunterlagen bis zum 31. Januar 2022 bei der KfW eingereicht haben oder hätten einreichen können, haben einen Anspruch auf Erteilung eines Zuwendungsbescheides in dem von Ihnen beantragten Umfang, solange die im geltenden Haushaltsplan bereitgestellten Mittel ausreichen.

II.

Sollte sich nach vollständiger Rechnungslegung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWi) herausstellen, dass - wie bisher behauptet - alle im geltenden Haushaltsplan des Bundes bereitgestellten Mittel für energieeffizientes Bauen auf der Basis des Klimaschutzprogramms 2030 bereits mit positiver Bescheidung aller bis zum 24. Januar 2022 eingereichten Anträge auch aufgebraucht sind, haben diejenigen Unternehmen, die trotz der eingereichten vollständigen

Bauantragsunterlagen keinen Zuwendungsbescheid mehr erhalten sollten, einen Anspruch auf Ersatz der vergeblichen tatsächlichen Aufwendungen.

III.

Die berechtigten Ansprüche sollten von den betroffenen Mitgliedsunternehmen vor dem zuständigen Landgericht Frankfurt im Eilverfahren nach §935 ZPO geltend gemacht werden und nicht erst in einem jahrelang dauernden Hauptsacheverfahren.

IV.

Ansprüche auf Kostenerstattung können nur im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten als normale Zahlungsklage verfolgt werden.

Wir werden im Folgenden versuchen, Ihnen und Ihren Mitgliedsunternehmen die rechtlichen Zusammenhänge in einer lesbaren Form darzustellen, die uns zu diesen eindeutigen Aussagen veranlasst haben.

1. Gesetzliche Anspruchsgrundlage

Ausgangspunkt aller möglichen Ansprüche der berechtigten Antragsteller zu den laufenden Förderprogrammen der KfW, ist die Existenz einer sogenannten gesetzlichen Anspruchsgrundlage. Im Rahmen unseres Verfassungsrechts hat der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit, grundsätzlich oder in jährlich wechselnden Bestimmungen Gesetze zu erlassen, die Geldleistungen gewähren. Dies ist ausdrücklich in Art. 104a Abs. 3 GG geregelt.

Weitere Voraussetzung eines solchen Bundesgesetzes und damit einer möglichen Anspruchsgrundlage der berechtigten Antragsteller wäre selbstverständlich die Zuständigkeit des Bundes für die mit diesem Gesetz verbundenen Aufgaben. Beispielhaft erwähnen wir hierbei den Anspruch auf Kindergeld gemäß § 1 Abs. 1 des Bundeskindergeldgesetzes oder aber der Anspruch auf Krankenhausförderung nach § 8 Abs. 1 des sogenannten Krankenhausfinanzierungsgesetzes des Bundes.

Diesen und ähnlichen gesetzlichen Bestimmungen ist eigen, dass in den gesetzlichen Bestimmungen eindeutig definiert worden ist, unter welchen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen welche juristischen oder natürlichen Personen derartige Geldzuweisungen des Bundes in Anspruch nehmen können. Es ist dabei unerheblich, ob im jährlichen

Haushaltsgesetz des Bundes für die im Gesetz definierte Leistung des Bundes genügend Haushaltsmittel zur Verfügung gestellt worden sind. Sollte sich im Laufe eines Jahres herausstellen, dass etwa die Mittel für die berechnete Krankenhausförderung im Haushaltsgesetz bereits deutlich überschritten worden sind, dann fallen die berechtigten Ansprüche nach dem Gesetz nicht etwa weg, der Bundesgesetzgeber muss dann durch entsprechende Nachtragshaushalte auf Initiative der Bundesregierung das Haushaltsgesetz ändern und die Mittel bereitstellen.

Unabhängig von der Frage, wer in derartigen gesetzlichen Anspruchsfällen die Entscheidung über die Verwendung der Mittel im Einzelnen trifft, haben die dafür eingesetzten staatlichen Stellen - etwa des Bundes, aber auch der Bundesländer oder der Kommunen - die Möglichkeit, in einem gewissen Umfang die Modalitäten der Förderung festzusetzen. Die Verwaltung hat aber keine grundsätzliche Berechtigung zu entscheiden, dass die Förderung nicht mehr gewährt wird. Dies kann ausschließlich durch den Bundesgesetzgeber selbst erfolgen. Dies ist in Art. 110 Abs. 3 GG ausdrücklich festgehalten. Die in dieser Vorschrift erwähnten Änderungsvorlagen zum jährlichen Haushaltsgesetz müssen zudem auch dem Bundesrat zur Entscheidung vorgelegt werden.

Im Zusammenhang mit den zu gewährenden Fördermitteln für das energieeffiziente Bauen gibt es eine solche ausdrückliche, unmittelbare gesetzliche Grundlage nicht. Soweit ein solches Gesetz aber nicht existiert, ist zunächst die entscheidende Anspruchsgrundlage für die Gewährung der Fördermittel das jeweilige Haushaltsgesetz für den streitgegenständlichen Zeitraum. Der Bundestag wird mit Zustimmung des Bundesrates den jährlichen oder zweijährlichen Haushaltsplan als Gesetz beschließen und kann dort entscheiden, dass für bestimmte Zwecke des politischen Handlungswillens Fördermittel bereitgestellt werden, die nach den üblichen Regeln für das Handeln der Verwaltung vergeben werden müssen.

Die generellen Regeln für die Verwendung derartiger Fördermittel werden nach der Bundeshaushaltsordnung (BHO), und zwar nach § 23 i.V.m. § 44 BHO bestimmt und es gibt zu diesem Gesetz jeweils Vorschriften, die im Rahmen der Förderprogramme regelmäßig als **Förderrichtlinien** bezeichnet werden.

Auf diese Vorgehensweise ist in der bereits seit Jahrzehnten geltenden Verwaltungsvorschrift Nr. 1 zu § 44 BHO ausdrücklich hingewiesen worden. Der Erlass derartiger konkretisierender Verwaltungsvorschriften verfolgt den Zweck, dass die mit der Verteilung der Mittel beauftragte Behörde - in unserem Fall das BMWI - nicht willkürlich und nach Belieben über die Vergabe

der Mittel bestimmt, sondern, dass der Grundsatz des willkürfreien und am Gleichheitsgrundsatz gemessenen Verwaltungshandelns aufrechterhalten werden kann.

Diese Verwaltungsvorschriften - oder anders ausgedrückt **Förderrichtlinien** - sollen sicherstellen, dass anhand abstrakter, für jeden potenziellen Antragsteller überprüfbarer Kriterien festgestellt werden kann, wer unter welchen Voraussetzungen Anträge stellen und mit der Gewährung entsprechender Fördermittel rechnen kann.

Es ist deshalb in der Rechtsprechung sowohl des Bundesverwaltungsgerichtes als auch des Bundesverfassungsgerichtes anerkannt, dass derartige Verwaltungsrichtlinien unter Berufung auf den Gleichheitsgrundsatz aus Artikel 3 Abs. 1 GG, aber auch unter Berufung auf das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Gebot des Vertrauensschutzes gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, eine anspruchsbegründende Außenwirkung für den Antragsteller nach sich ziehen kann.

Das Bundesverfassungsgericht spricht in diesem Fall von einem sogenannten **Teilhabe-Anspruch**, wenn die mit der Vergabe der Mittel beauftragte Behörde in vergleichbaren Fällen nach dem veröffentlichten Prinzip der Förderrichtlinien verfährt und ähnlich gelagerte Fälle mit einer Zuwendung der im Haushaltsgesetz verankerten Fördermittel bedient.

Die Rechtsprechung spricht in diesem Zusammenhang von einem sogenannten Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung und meint damit im Wesentlichen einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Wahlentscheidung.

Denn es kommt neben den in der Praxis gehandhabten Tatbestandsvoraussetzungen der entsprechenden Förderrichtlinien darauf an, dass auf der Basis des unverändert geltenden Haushaltsplanes noch Mittel zur Verfügung stehen, die bisher nicht ausgegeben worden sind.

Der Antragsteller im laufenden Programm hat also zweifellos einen Anspruch darauf, genauso behandelt zu werden, wie die übrigen Antragsteller, die sich nach den bereits veröffentlichten und gehandhabten Richtlinien verhalten haben. Es darf keine willkürliche Auswahlentscheidung getroffen werden.

Da der Bundesgesetzgeber durch die im Haushaltsplan bereitgestellten Mittel eine tatsächliche Obergrenze der Förderung definiert hat, kann die mit der Ausführung der Förderung beauftragte Bundesregierung nicht mehr Mittel gewähren, als im Bundeshaushaltsplan festgelegt worden ist. Zwar gibt es in Art. 112 GG auch die Möglichkeit des Bundesministers der Finanzen, überplanmäßige Ausgaben zu gewähren. Dies ist nach

der Verfassung aber nur bei unabweisbaren Bedürfnissen gerechtfertigt, sonst muss ein Nachtragshaushalt geschaffen werden (Art. 112 Satz 2 GG).

In dieser Hinsicht unterscheiden sich die Geldzuwendungen des Staates auf direkter gesetzlicher Grundlage vollständig von den Fördermitteln, die ausschließlich auf dem Haushaltsgesetz beruhen.

Die Obergrenze wird immer durch die im Haushaltsplan zur Verfügung gestellten Fördermittel gesetzt.

Sollte sich im Rahmen der Bearbeitung aller ansonsten nach den Förderrichtlinien vollständig und rechtzeitig eingereichten Förderanträge herausstellen, dass bei Gewährung entsprechender Zuwendungsbescheide der bereitgestellte Gesamtrahmen der Haushaltsmittel überschritten werden muss, hat die zuständige Behörde ein Auswahlrecht und kann nach bestimmten willkürfreien Kriterien zwischen den entsprechenden Antragstellern wählen. Dabei ist in der Rechtsprechung seit langem anerkannt, dass nach der Reihenfolge der eingereichten und vollständig ausgefüllten Anträge vorgegangen werden kann (BVerwG, Entscheidung vom 05.11.2002 - NVwZ 203, S. 207).

Es kommt bei den aktuellen Zuwendungsbescheiden nach den KfW-Programmen 263 und 461 hinzu, dass es sich zunächst nicht um die unmittelbare Auszahlung von Fördermitteln handelt, sondern nur um sogenannte Fördermittelzusagen, die erst nach Fertigstellung des streitgegenständlichen Neubauvorhabens ausgezahlt werden. Regelmäßig enthalten derartige Zuwendungsbescheide den Hinweis, dass die Benachrichtigung der Fertigstellung innerhalb eines Zeitraums von 18 bis 24 Monaten vorgelegt werden müsse und erst dann die zugesagten Fördermittel ausgezahlt werden. Die Bundeskasse wird also regelmäßig erst nach zwei oder drei Jahren nach Erlass des Zuwendungsbescheides mit den entsprechenden Fördermitteln belastet.

Es ist die Erfahrung sowohl der KfW-Programme als auch der üblichen Fördermittel aus anderen Bereichen des BMWI, dass bei solchen sogenannten zeitlich bedingten Zuwendungsermächtigungen, die aus besonderen Gründen auch noch einmal verlängert werden können, niemals alle zugesagten Zuwendungen abgerufen werden. Im Förderprogramm für energieeffizientes Bauen geht man davon aus, dass etwa 10 - 15 % aller Anträge nicht abgerufen werden und damit die Haushaltsmittel selbst bei nominell hundertprozentiger Ausschöpfung durch die bereits erlassenen Zuwendungsbescheide in einem Umfang von 10 - 15 % noch vorhanden sein werden.

Da die Entscheidung des Bundesgesetzgebers zur Gewährung der Fördermittel vom Bundeswirtschaftsminister nicht korrigiert werden kann, ohne dazu eine Gesetzesänderung herbeizuführen, wird hinsichtlich des Maßstabs der Zusagen in den erlassenen Zuwendungsbescheiden von einer Überbeanspruchung von mindestens 110 bis 115 % der im aktuellen Haushaltsplan zur Verfügung gestellten Mittel gerechnet werden müssen.

2. Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

Für uns steht nach Prüfung aller Unterlagen und nach Auswertung der Entstehungsgeschichte sowohl der beiden ursprünglichen Förderprogramme als auch der im Monatsrhythmus ergangenen Entscheidungen der neuen und alten Bundesregierung seit Juli 2021 fest, dass sowohl der Gedanke des Gleichheitsgrundsatzes und damit der Willkürfreiheit als auch der Gedanke des gesteigerten Vertrauensschutzes dazu führen muss, dass alle Antragsteller, die entweder bis zum vorübergehenden Förderstopp offiziell am 24. Januar 2022 vollständige Antragsunterlagen nach den streitgegenständlichen Förderprogrammen eingereicht haben, oder hätten einreichen können, wenn Ihnen bis zum 31. Januar 2022 diese Möglichkeit noch eingeräumt worden wäre und sie dies auch plausibel nachweisen können, einen Anspruch auf volle Zuwendung nach den ursprünglichen Programmen haben und dies auch rechtlich geltend machen können.

Hintergrund dafür ist zunächst, dass noch das von der alten Bundesregierung aufgrund der entsprechenden Entscheidungen des BVerfG vom 24.03.2021 (AZ BvR 78/20 u.a.) zum staatlichen Handelszwang gegen die drohende Klimawende eingeleitete sogenannte Klimaschutzprogramm 2030 ausdrücklich der Umsetzung der vom BVerfG verlangten Ziele gegolten hat. Ein Teil dieses Programmes (BEG) war offiziell, die beiden Förderprogramme für energieeffizienten Neubau von Gebäuden nach dem Programm KfW 261 und 461. Diese Förderprogramme sind mit Wirkung zum 1. Juli 2021 unter Berufung auf das Klimaschutzprogramm des Bundes veröffentlicht und von der KfW auch in ihr Förderprogramm aufgenommen worden.

Auf der Basis dieser Entscheidungen der alten Bundesregierung durften alle potenziellen Antragsteller davon ausgehen, dass jedenfalls für die Laufzeit des aktuellen Haushaltsgesetzes nach diesen Förderprogrammen alle Anträge gleich und willkürfrei behandelt werden.

Bis zu diesem Vorgang wich das Verhalten der alten Bundesregierung noch nicht so weit von

dem insgesamt üblichen Verhalten ab, das neben dem anerkannten Gleichheitsanspruch und damit der Willkürfreiheit zusätzlich auch von einem gesteigerten Vertrauensschutz ausgegangen werden kann.

Dies änderte sich aber mit den Reaktionen der Bundesregierung aufgrund der Neuwahl des Bundestages Ende September 2021.

Da sich bereits am Abend der Bundestagswahl selbst herausgestellt hatte, dass man mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit von einer neuen Zusammensetzung der Bundesregierung nach der Konstituierung des Bundestages hat ausgehen müssen, musste jeder Antragsteller damit rechnen, dass die neue Bundesregierung möglicherweise an den veröffentlichten Programmen und Förderrichtlinien auch noch im Rahmen des geltenden Haushaltsgesetzes Änderungen vornehmen wird.

Es hätte aufgrund der Handlungsfreiheit der neuen Bundesregierung geschehen können, dass unmittelbar nach der Neuwahl des Bundeskanzlers Anfang Dezember 2021 und der Ernennung der entsprechenden Bundesminister im Rahmen eines Eilverfahrens etwa nach Art. 110 Abs. 3 GG eine Änderung des Haushaltsplanes auf den Weg gebracht wird und die Fördermittel entsprechend reduziert werden. Auch die vollständige Beendigung des Förderprogramms der KfW mit Wirkung zum 1. Juli 2021 hätte der neue Bundesgesetzgeber beschließen können.

Darauf hatten sich auch die Antragsteller einrichten müssen.

Tatsächlich war den Koalitionären der laufenden Verhandlungen ab Oktober 2021 klar, dass sie schnell der Wohnungswirtschaft und der Bauwirtschaft insgesamt ein Signal haben geben müssen, wie aktuell und zukünftig mit den bereits gesetzlich festgelegten Fördermitteln umgegangen werden kann.

Die Umgehensweise mit diesen Förderrichtlinien der KfW war dann auch Gegenstand der Koalitionsverhandlungen, die schließlich Anfang November 2021 zu vorläufigen Ergebnissen geführt hatten, die noch von den an der zukünftigen Regierung beteiligten Parteien abgesegnet werden mussten.

Deshalb hat es aufgrund der internen Absprache sowohl des BMWI als auch des Bundesfinanzministeriums und des Bundeskanzleramtes am 10. November 2021 eine ausdrückliche Erklärung der Kreditanstalt für Wiederaufbau gegeben. Diese hat nämlich

erklärt, dass alle Anträge auf der Basis der Bundesförderung für effiziente Gebäude nach den seit Juli 2021 geltenden Förderrichtlinienregime nur noch bearbeitet werden, wenn diese Anträge bis zum 31. Januar 2022 vollständig eingereicht worden sein sollten.

Da diese Veröffentlichung erkennbar auf dem Willen der neuen Bundesregierung beruht hatte, konnten sich alle Antragsteller und damit alle potenziellen Bewerber für diese Fördermittel auf die konkretisierte Zusage und die damit zusammenhängende Begrenzung der Förderperiode verlassen.

Diese Handhabung der aktuellen Förderrichtlinien ist auch von der neuen Bundesregierung noch einmal Anfang Januar 2022 wiederholt worden. Nach der Neuwahl des Bundeskanzlers und der Ernennung des Bundeswirtschaftsministers hat die Kreditanstalt für Wiederaufbau am 5. Januar 2022 noch einmal ausdrücklich veröffentlicht, dass alle aktuellen Förderprogramme für energieeffizientes Bauen nach dem Programm 261 und dem Zuschussprogramm 461 nur noch für diejenigen Anträge gelten könne, die bis zum 31. Januar 2022 vollständig gestellt sein werden.

Es stellt sich bereits an dieser Stelle die Frage, ob diese Begrenzung der offensichtlich zu diesem Zeitpunkt noch ausreichend vorhandenen Mittel des Haushaltsgesetzes den Verfassungsrechtlichen Bestimmungen entsprechen, weil die Bundesregierung nach Art 110 Abs. 3 GG nicht ohne Einschaltung von Bundestag und Bundesrat den Haushaltsplan eigenständig hat ändern dürfen.

Unabhängig von dieser Frage war für alle potenziellen Antragsteller - auch bereits für diejenigen Antragsteller, die im Antragsprogramm angemeldet, nur noch nicht vollständig abgeschlossen waren - einen Vertrauensschutz begründet, dass sie nunmehr alle Mittel konzentrieren dürfen, um die notwendigen Schritte zur Einreichung vollständiger Unterlagen bis zum Monatsende Januar 2022 zu unternehmen.

Diese Einschätzung wird noch dadurch unterstützt, dass Anfang Januar 2022 die Fördermittel noch einmal in Höhe von 5 Milliarden € aufgestockt worden sind, die offiziell seitens des Bundeswirtschaftsministeriums angekündigt worden waren.

Auch dieses Vertrauen auf die Einhaltung der angekündigten Fristen für die nächsten 3 ½ Wochen ist natürlich nicht unbegrenzt. Auch in Anbetracht der erkennbaren Antragsflut mussten alle Antragsteller einkalkulieren, dass möglicherweise so viele Anträge eingereicht

werden könnten, dass auch die erhöhten Fördermittel für eine Zuwendung nicht mehr ausreichen werden.

Es gibt nach den aktuell vorliegenden Unterlagen eine Reihe von Unternehmen, die nach diesen bestätigenden Entscheidungen bereits vom November 2021 und auch vom 5. Januar 2022 noch einmal alle Kräfte gebündelt haben, um die notwendigen Antragsunterlagen bereitzustellen. Manche haben dann noch am Freitag, den 21. Januar oder am Samstag, den 22. Januar 2022 versucht, die entsprechenden Unterlagen bei der KfW hochzuladen und einzureichen. Diese Einreichung war bereits mehrere Tage vor dem offiziellen Annahmestopp für Anträge - also vor dem 24. Januar 2022 - nicht mehr möglich.

Eine Reihe der von uns bereits direkt vertretenden Unternehmen, bei denen es sich auch um Mitgliedsunternehmen Ihres Verbandes handelt, haben dann in den letzten Januartagen durch postalische Zustellung vollständige Antragsunterlagen bei der KfW und dem Bundeswirtschaftsministerium die Voraussetzungen geschaffen, um nachweisen zu können, dass sie bis zum öffentlich artikulierten Antragsannahmeende am 31. Januar 2022 alles Notwendige hätten tun können, um die Unterlagen auch beizubringen.

Aufgrund dieser außergewöhnlichen Umstände vor und nach der Bundestagswahl vom September 2021 und auch noch im Rahmen der Koalitionsverhandlungen der neuen Bundesregierung sowie der öffentlich artikulierten Entscheidungen nach der Einsetzung der neuen Bundesregierung durch den Bundestag Anfang Dezember 2021, gibt es nicht nur auf der Basis des Gleichheitsgrundsatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG und damit der Willkürfreiheit, sondern auch aufgrund des besonderen Vertrauensschutzes aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG einen Anspruch aller berechtigten Antragsteller auf Gewährung des rechtmäßig beantragten Zuschusses oder der sonstigen Fördermittel, unter der Voraussetzung, dass unter Berücksichtigung aller Anträge noch nicht sämtliche Fördermittel zu mindestens 110 bis ggf. 115 % ausgeschöpft sein dürfen.

3. Anspruch auf Erstattung der vergeblichen Aufwendungen

Wir sind aufgrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles davon überzeugt, dass ein berechtigter Anspruch auf die beantragte Zuwendung nur dann nicht gewährt werden dürfte, wenn unter Berücksichtigung aller gewährten Zuwendungen die im Haushaltsgesetz vorgesehenen Mittel um bis zu 115 % überschritten gewesen sind - bereits mit Vergabe der Anträge, die etwa bis zum 20. Januar 2022 vollständig eingereicht und vorgelegt worden waren.

Es stellt sich dann die Frage, ob die aufgrund dieser Überbeanspruchung der gesetzlichen Haushaltsmittel nicht zum Zug kommenden Antragsteller einen Anspruch auf den Ersatz derjenigen Kosten geltend machen können, die durch die Vorbereitung dieser Anträge gegenüber Planern oder Architekten entstanden sein könnten. Es handelt sich um einer Amtspflichtverletzung nämlich der Amtspflicht zum rechtmäßigen, konsequenten und widerspruchsfreiem Handeln sowie der Amtspflicht zu einem Handeln in Wahrnehmung der eigenen Zuständigkeit.

Für uns ist Anspruchsgrundlage eines solchen Kostenerstattungsanspruchs § 839 BGB.

Die Entscheidung des BMWI entgegen der bereits von der alten Bundesregierung öffentlich erklärten tagesgenauen Auslaufdatums des Förderprogrammes getroffenen Entscheidung zum Stopp der Annahme derartiger Förderanträge und damit auch der Förderung offiziell zum 24. Januar 2022 und tatsächlich bereits zum 20. Januar 2022 ist offensichtlich rechtswidrig und verletzt den Tatbestand des § 839 BGB.

Nachdem bereits die alte Bundesregierung das Förderprogramm erlassen hat und der am 10. November 2021 noch im Amt befindliche Bundeswirtschaftsminister die KfW angewiesen hatte, das Ende der Förderprogramme zum 31. Januar 2022 zu veröffentlichen, und zwar nach Rücksprache mit den laufenden Partnern der Koalitionsverhandlungen für die neue Bundesregierung und nachdem die neue Bundesregierung nach ihrer Inthronisierung Anfang Januar 2022 dies noch einmal wiederholt und weitere Fördermittel zur Verfügung gestellt hatte, darf sie nicht ohne vorherige Ankündigung und ohne Einschaltung des Bundesgesetzgebers nach Art. 110 Abs. 3 GG derartig weitgehende Maßnahmen treffen.

Wir gehen im Übrigen bei der Bewertung des vorliegenden Sachverhalts, ohne die dafür erforderlichen Unterlagen in gerichtsfester Form bisher ausgewertet zu haben, davon aus, dass nicht die bereitgestellten Fördermittel bereits vollständig ausgeschöpft waren, sondern der neue Bundeswirtschaftsminister die Befürchtung hatte, dass bei Ausschöpfung aller bereitgestellter Fördermittel für die von ihm gestoppten Programme seine eigenen politischen Zielsetzungen nicht umgesetzt werden können ohne weitere Haushaltsmittel und daher diese Entscheidung getroffen hat. Es war also nicht das Geld weg, der Bundeswirtschaftsminister will und wollte nur die von ihm und seiner Partei gewollten Förderung sicherstellen.

Sollte sich also herausstellen, dass die Haushaltsmittel tatsächlich zu keinem Zeitpunkt ausgeschöpft waren, sondern andere Motive für die Entscheidung des Annahmestopps

verantwortlich waren, so stellt diese Entscheidung eine rechtswidrige Amtshandlung dar, die einen Schadensersatzanspruch nach § 249 BGB in Höhe der vergeblichen Aufwendungen für die Vorbereitung der Anträge nach sich ziehen wird.

4. Rechtsweg

Nach sorgfältiger Prüfung aller rechtlichen Voraussetzungen gehen wir davon aus, dass der denkbare Anspruch der berechtigten Anspruchsteller auf Gewährung des beantragten Zuschusses im Rahmen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 935 ZPO vor dem Landgericht Frankfurt und folgend vor dem OLG Frankfurt geltend gemacht werden muss.

Dieses Ergebnis mag zunächst überraschen, weil in den vergangenen Jahrzehnten regelmäßig von den Gerichten davon ausgegangen worden war, dass im Rahmen der Gewährung von öffentlichen Zuschüssen oder Subventionen der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 VwGO als gegeben angenommen werden kann. Auch von diesen Grundsätzen hat es bereits mehrfach in der Vergangenheit Abweichungen gegeben, etwa, wenn die entsprechende Subvention von der Hausbank bei den Förderinstituten geltend gemacht worden ist und der Empfänger der Subvention die Gewährung dieser Fördermittel gegenüber seiner Hausbank mit einem zivilrechtlichen Kreditvertrag ausgezahlt bekommen hat. So etwa der Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Mai 2006 (3 B 78/05), in der bereits der ordentliche Rechtsweg als gegeben angenommen worden ist.

In dieser Tradition hat sich auch der 6. Senat des BVerwG bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unter dem Schwellenwert für die Anwendung des ordentlichen Rechtswegs und nicht für eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nach § 40 Abs. 1 VwGO entschieden. Der 6. Senat hat damit den Rechtswegbeschluss der Vorgängerinstanzen bestätigt (Beschluss vom 2. Mai 2007, Az. 6 B 10/07).

Gleichwohl sind unverändert ernstzunehmende Argumente ins Feld zu führen, auch die Vergabe der öffentlichen Fördermittel im Rahmen des energieeffizienten Bauens als eine im Kern hoheitliche Tätigkeit betrachten und damit den Verwaltungsgerichtsweg nach § 40 VwGO für gegeben halten.

Auch die im Rahmen des streitgegenständlichen Förderprogramms BEG 461 von der KfW erlassenen Zuschussanträge können den Eindruck vermitteln, als handele es sich um Verwaltungsakte.

Bei genauerer Betrachtung und unter Berücksichtigung der gerade in den letzten Wochen ergangenen Gerichtsentscheidungen müssen wir aber davon ausgehen, dass sowohl die Verwaltungsgerichte als auch die Zivilgerichte nach der Änderung der Fördermittelpraxis der KfW jetzt davon ausgehen, dass es sich um ein privatrechtliches Rechtsverhältnis zwischen der KfW und dem Antragsteller handelt und deshalb der ordentliche Rechtsweg gegeben ist.

Ausgangspunkt dieser Rechtsprechungswende, wenn man sie denn so nennen will, sind zwei Entscheidungen, und zwar des VG Göttingen vom 14. Juni 2021 und des 10. Senats beim OVG Lüneburg vom 11. Februar 2022 (Az. 10 OB 99/21).

Bei diesem Rechtsstreit ging es um die Frage, ob für die Geltendmachung des sogenannten Baukindergeldes gegenüber der KfW der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist.

Das OVG Lüneburg - immerhin das in der Verwaltungsrechtsinstanz existierende Oberverwaltungsgericht mit der größten flächenmäßigen Reichweite - hat sich unter Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der KfW dafür entschieden, dieses Rechtsverhältnis als privatrechtlich anzusehen. Dabei hat es sich auf dieselben Allgemeinen Geschäftsbedingungen berufen, die auch für die beiden Förderprogramme BEG 261 und BEG 461 Anwendung finden und in den entsprechenden Zuschussanträgen auch ausdrücklich erwähnt sind. Dort heißt es unter § 2 Abs. 4, dass „die KfW den Zuschuss im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages auszahlt“.

Auch wenn dieses Ergebnis zunächst überraschend ist, hat sowohl das OVG Lüneburg in seiner bereits zitierten Entscheidung als auch der 4. Zivilsenat des OLG Frankfurt in seiner Entscheidung vom 6. August 2021, Az.: 4 U 18/21, deutlich gemacht, dass auch die ordentlichen Gerichte selbstverständlich die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG und des Vertrauensschutzes gemäß Art. 20 Abs. 2 und 3 GG einhalten müssen und die verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Verhalten der öffentlichen Gebietskörperschaften auch im ordentlichen Rechtsweg überprüft werden muss.

Diese Konsequenz hatte auch bereits der 6. Senat des BVerwG in der bereits zitierten Entscheidung aus dem Jahr 2007 angenommen.

Unterstellt man also nach diesen aktuellen Entscheidungen den Rechtsweg zu den

ordentlichen Gerichten, muss in unserem Fall ein Antrag auf einstweilige Verfügung gemäß § 935 ZPO gestellt werden.

Diese Vorgehensweise verschlechtert aus unserer Sicht nicht den effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG der betroffenen Antragsteller, sondern verbessert ihn sogar. Denn für die im Rahmen der Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO notwendigen Prüfungen des Verfügungsanspruchs und des Verfügungsgrundes sind die Anforderungen geringer als für eine Eilentscheidung der Verwaltungsgerichte zugunsten der Antragsteller gemäß § 123 VwGO. Denn während es anerkannt ist, dass außerhalb der echten Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht die Eilentscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht auf eine Folgenabschätzung der unterschiedlichen Auswirkungen der zu treffenden Regelungen gestützt werden können, sondern auf eine summarische Prüfung des materiellen Rechts, kann die Sicherungsverfügung allein darauf gestützt werden, dass anders als mit der Anordnung der beantragten Sicherung mögliche Leistungsgewährungsansprüche der betroffenen Antragsteller nicht gesichert werden können.

Der einstweilige Rechtsschutzantrag nach § 935 ZPO an das Landgericht Frankfurt ist darauf zu stützen, dass die KfW im Rahmen einer einstweiligen Verfügung daran gehindert werden soll, weitere Zuwendungsanträge aus dem gesamten Förderprogramm an Dritte zu bewilligen, wenn auf diese Weise durch zwischenzeitliche Ausschöpfung der im Haushaltsplan bereitgestellten Mittel die Gewährung der Zuschüsse für die Antragsteller verhindert werden könnte.

Eine Zahlungsklage hilft hier auch nicht weiter, weil bei der langen Zeitdauer derartiger Verfahren davon ausgegangen werden muss, dass die KfW ohne einstweilige Anordnungen ihre Förderpraxis nach den bisherigen Veröffentlichungen fortsetzt und damit die entsprechenden Mittel in jedem Fall ausgereizt sein werden, wenn es zu einer rechtskräftigen Entscheidung hätte kommen können.

Deshalb ist der Eilantrag auch der einzige Weg, der den betroffenen Antragstellern helfen kann.

Eine solche Vorgehensweise hat zudem den Vorteil, dass die Voraussetzungen auch im Instanzenzug - also gegenüber dem OLG Frankfurt und ggf. gegenüber den Bundesgerichten - im Eilverfahren mit erheblich geringerem Kostenrisiko geltend gemacht werden können.

Da in diesem Fall das Landgericht Frankfurt für die Eilverfahren als Ausgangsinstanz

zuständig ist, wäre es auch möglich, dass der BFW im Rahmen einer gemeinsamen Initiative die Koordinierung der einzelnen Antragsverfahren, die noch identifiziert und ausgesucht werden müssten, für alle übernehmen könnte. Die Eilanträge selbst müssen von den einzelnen Unternehmen geführt werden.

Damit entspricht das vorliegende Eilverfahren auch dem bereits in meinem letzten Schreiben dargestellten Prinzip des effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz. Denn ähnlich wie bei der beamtenrechtlichen Konkurrentenklage oder - wie im Vergaberecht bei der Abschlussentscheidung über die Unterzeichnung öffentlicher Verträge – gilt bei der Fördermittelvergabe, dass bei Vollzug dieser Entscheidungen in der Hauptsache keine erfolgreiche Verfolgung der eigenen Interessen mehr vor Gericht möglich ist.

Jenseits der denkbaren Geltendmachung der direkten Zuwendungsansprüche müssen die Schadensersatzforderungen auf vergebliche Aufwendungen ohnehin vor den ordentlichen Gerichten in einem normalen Klagverfahren nach § 839 BGB geltend gemacht werden.

Im Ergebnis möchte ich noch einmal zusammenfassend darauf hinweisen, dass aus unserer Sicht für alle Antragsteller, die vollständige Anträge im Rahmen der beiden Förderprogramme BEG 261 und BEG 461 bis zum 31. Januar 2022 geltend gemacht haben oder hätten geltend machen können, eine berechtigte Aussicht besteht, die rechnerisch ermittelten Fördermittel zu erhalten und dies auch in einem zeitlich und kostenmäßig überschaubaren Eilverfahren vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen und damit zu sichern.

Roland Hoinka
Rechtsanwalt