

**DHI**

**Martin Burgi**

**Rechtliche Beurteilung der  
Betätigungsverbote für  
Gebäudeenergieberater  
des Handwerks in  
Förderprogrammen des  
Bundes**

Gefördert durch:



Bundesministerium  
für Wirtschaft  
und Energie

aufgrund eines Beschlusses  
des Deutschen Bundestages



**DHKT**  
DEUTSCHER  
HANDWERKSKAMMERTAG

sowie die  
Wirtschaftsministerien  
der Bundesländer

Martin Burgi

**Rechtliche Beurteilung der Betätigungsverbote für  
Gebäudeenergieberater des Handwerks  
in Förderprogrammen des Bundes**

© Copyright 2015 Ludwig-Fröhler-Institut  
für Handwerkswissenschaften, München  
Bereich Handwerksrecht (HRI)  
Forschungsinstitut im Deutschen Handwerksinstitut\*

ISBN 978-3-7734-0340-7

Kommissionsverlag: Gildebuchverlag GmbH  
22605 Hamburg

Druck: Seidel Marketing  
30966 Hemmingen

---

\* Das Deutsche Handwerksinstitut e.V. wird gefördert vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie auf Grund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages sowie von den Wirtschaftsministerien der Bundesländer und vom Deutschen Handwerkskammertag.

**Rechtliche Beurteilung der Betätigungsverbote für  
Gebäudeenergieberater des Handwerks  
in Förderprogrammen des Bundes**

von

Professor Dr. Martin Burgi

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht,  
Wirtschaftsverwaltungsrecht, Umwelt- und Sozialrecht  
an der Ludwig-Maximilians-Universität München

März 2015



# Gliederung

<b>A. Die Behandlung von Gebäudeenergieberatern des Handwerks in Förderprogrammen des Bundes</b>	S. 7
I. Ausgewählte relevante Förderprogramme	S. 7
1. Vor-Ort-Beratung (BAFA-Programm)	S. 7
2. Förderprogramme der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)	S. 8
II. Fördervoraussetzungen	S. 9
1. Gegenstand	S. 9
2. Voraussetzungen für die Bescheinigung der Förderfähigkeit	S. 10
3. Antragsberechtigter Personenkreis	S. 10
4. Beraterbezogene Fördervoraussetzung jenseits der Qualifikation: Unabhängigkeit	S. 11
a) BAFA-Programme: Absolutes Betätigungsverbot für Gebäudeenergieberater des Handwerks	S. 11
b) KfW-Programme: Relatives Betätigungsverbot für Gebäudeenergieberater des Handwerks	S. 12
III. Die Qualifikation der Gebäudeenergieberatung durch Leiter oder Mitarbeiter von Handwerksbetrieben	S. 13
IV. Aufbau	S. 13
<b>B. Rechtliche Beurteilung</b>	S. 15
I. Der rechtliche Zugriff auf die Förderprogramme	S. 15
1. Gesetzesvertretender und ermessenslenkender Charakter	S. 15
2. Höherrangiger Rechtsrahmen	S. 16
3. Objektive Rechtspflichten des Bundes und subjektive Rechte der betroffenen Berater	S. 17

II. Wahrung der gesetzlichen Grenzen und der Zweckbestimmung?	S. 18
III. Vereinbarkeit mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG?	S. 19
1. Objektiv berufsregelnde Tendenz	S. 19
2. Verortung zwischen Berufsausübungs- und Berufswahlregelung	S. 20
3. Konsequenz: Rechtfertigungsbedürftigkeit	S. 22
a) Zweck der Berufsregelung: Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter	S. 22
b) Geeignetheit zur Sicherung der Unabhängigkeit	S. 22
c) Erforderlichkeit zur Sicherung der Unabhängigkeit?	S. 22
d) Keine Angemessenheit im Hinblick auf die Sicherung der Unabhängigkeit	S. 25
4. Zwischenergebnis	S. 27
IV. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG	S. 27
1. Ungleichbehandlung von Architekten und Handwerkern als Gebäudeenergieberater	S. 27
2. Fehlen sachlicher Gründe	S. 28
3. Konsequenzen	S. 29
<b>C. Zusammenfassung</b>	S. 30



## A. Die Behandlung von Gebäudeenergieberatern des Handwerks in Förderprogrammen des Bundes

Die öffentlich geförderte Tätigkeit von Gebäudeenergieberatern erfolgt im Kontext der politischen Anstrengungen zur Energieeinsparung. Die wichtigste relevante Rechtsgrundlage im Europarecht bildet die Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 zur Energieeffizienz<sup>1</sup>, in Deutschland ist im konkreten Zusammenhang die Energieeinsparverordnung (EnEV) vom 16.11.2001<sup>2</sup>, zuletzt geändert durch Verordnung vom 18.11.2013<sup>3</sup> maßgeblich<sup>4</sup>. Instrumente der Energieeffizienzpolitik bilden das klassische Ordnungsrecht, aber auch Fördermaßnahmen, mit denen Anreize für eine überobligatorische Erfüllung der rechtlichen Anforderungen gesetzt werden sollen<sup>5</sup>. Wie sogleich im Einzelnen entfaltet wird, betrifft dies sowohl Wohngebäude als auch Gebäude und Anlagen im Mittelstand. Die Eigentümer dieser Gebäude als potenzielle Träger von Investitionsmaßnahmen zur Verbesserung der Energieeffizienz bedürfen hierbei einer sachverständigen Beratung. Wie dem Endbericht des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) „Evaluation der Energiesparberatung vor Ort“ auf dem Stand 2014 entnommen werden kann, haben sich allein im Förderprogramm „Vor-Ort-Beratung“ die Antragszahlen für Förderanträge im Zeitraum von 1998 bis zum 30.06.2013 von 1.034 bis 32.661 (im Jahr 2009) und zuletzt 7.232 Förderanträgen (im Juli 2013) entwickelt. Dabei wurde ferner festgestellt, dass 9 % aller antragsberechtigten Berater (1.200 von 12.700 Personen) regelmäßig im Rahmen von Förderprogrammen aktiv sind bzw. mehr als 10 geförderte Beratungen seit Oktober 2009 durchgeführt haben<sup>6</sup>.

### I. Ausgewählte relevante Förderprogramme

#### 1. Vor-Ort-Beratung (BAFA-Programm)

a) Dieses Förderprogramm zielt zum einen auf die Förderung der Energieberatung in Wohngebäuden vor Ort. Maßgeblich ist gegenwärtig noch die „Richtlinie über die Förderung der Energieberatung in Wohngebäuden vor

---

<sup>1</sup> ABl. L 315/1.

<sup>2</sup> BGBl. I, S. 3085.

<sup>3</sup> BGBl. I, S. 3951.

<sup>4</sup> Einen instruktiven Gesamtüberblick über den Kontext bieten Britz/Eifert/Reimer (Hrsg.), Energieeffizienzrecht, 2010; Schneider, in: Ders./Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage 2013, § 21 Rn. 181 f., und Knauff, Die Verwaltung 47 (2014), S. 407 ff.

<sup>5</sup> Explizit Jessen, in: Energieeffizienzrecht (Fn. 4), S. 15 ff.; Stock, in: Härtel/Pielow (Hrsg.), Effektiv zu mehr Energieeffizienz?, 2012, S. 137 (139).

<sup>6</sup> Endbericht, S. 46.

Ort“ vom 11.06.2012 (veröffentlicht im Bundesanzeiger am 25.06.2012)<sup>7</sup>, am 01.03.2015 wird die „Richtlinie über die Förderung der Energieberatung in Wohngebäuden vor Ort“ vom 29.10.2014<sup>8</sup> den relevanten (und auch nachfolgend zugrunde gelegten) Rechtsrahmen bilden. Während die Höhe des gezahlten Zuschusses für eine Vor-Ort-Beratung für Ein- und Zweifamilienhäuser zunächst 400 EUR und für Wohnhäuser mit mindestens drei Wohneinheiten 500 EUR betrug (Ziff. 5.1.1 der Richtlinie 2012), werden diese Beträge mit Inkrafttreten der Richtlinie vom 29.10.2014 erhöht. Danach erhalten Berater eine Zuwendung in Höhe von bis zu 60 % der förderfähigen Beratungskosten, wobei der Höchstzuschuss für Ein- und Zweifamilienhäuser maximal 800 EUR, für Wohngebäude mit drei oder mehr Wohneinheiten maximal 1.100 EUR beträgt (Ziff. 5.2. der Richtlinie 2014).

b) Vom 28.10.2014 datiert die „Richtlinie über die Förderung von Energieberatungen im Mittelstand“, mit der Energiesparpotenziale in Gebäuden und Anlagen von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) gefördert werden sollen<sup>9</sup>. Hier beträgt die maximale Förderhöhe 8.000 EUR für die Beratung von Unternehmen, deren jährliche Energiekosten über 10.000 EUR liegen (Ziff. 5 Abs. 2). Beide BAFA-Programme sind durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie aufgelegt worden.

## 2. Förderprogramme der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)

Bei der KfW sind zwei weitere Förderprogramme aufgelegt:

a) Das Förderprogramm „Energieeffizient bauen (153: Kredit)“ zielt auf die Finanzierung besonders energieeffizienter Neubauten, das sog. KfW-Effizienzhaus im Rahmen des CO<sub>2</sub>-Gebäudesanierungsprogramms des Bundes. Insoweit können bis zu 100 % der Bauwerkskosten finanziert werden, wobei der maximale Kreditbetrag 50.000 EUR pro Wohneinheit beträgt (S. 4). Hierbei werden vergleichsweise günstige Finanzierungsbedingungen gewährt.

b) Im Programm „Energieeffizient sanieren – Investitionszuschuss (430: Zuschuss)“ geht es um die Förderung von Maßnahmen zur Energieeinsparung und zur Minderung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes bei bestehenden Wohngebäuden. Förderfähige Investitionskosten sind hier die durch die fachgerechte Durchführung von energetischen Maßnahmen unmittelbar bedingten Kosten (S. 2). Bei diesem Programm geht es nicht um verbilligte Kredite, sondern um Investitionszuschüsse, wobei die förderfähigen Investitionskosten bis max. 75.000 EUR pro Wohneinheit bei einer Sanierung zum KfW-Effi-

---

<sup>7</sup> BAnz AT vom 25.06.2012, B1.

<sup>8</sup> Veröffentlicht im BAnz AT vom 12.11.2014, B2.

<sup>9</sup> Veröffentlicht im BAnz AT vom 12.11.2014, B1.

zienzaus betragen können.

## II. Fördervoraussetzungen

Die Einzelheiten der Förderung einschließlich des Verfahrens sind in den o.g. Richtlinien sowie im Internet auf der Homepage des Bundeswirtschaftsministeriums näher entfaltet<sup>10</sup>.

### 1. Gegenstand

a) Im Programm BAFA-Wohngebäude ist eine „Vor-Ort-Beratung, die dem Beratenen Möglichkeiten der energetischen Gebäudesanierung aufzeigt“ förderfähig (Ziff. 2.1). Aufgabe des Beraters ist es, die Sanierung zu einem KfW-Effizienzhaus darzustellen oder einen Sanierungsfahrplan zu erstellen, der aufzeigt, „wie das Gebäude umfassend, d.h. unter Einbeziehung der thermischen Hülle und der Anlagentechnik, in aufeinander abgestimmten Maßnahmen energetisch saniert werden kann.“ In Ziff. 4.1 der Richtlinie werden „Mindestanforderungen“ nach näherer Maßgabe der „Anlage 1“ aufgestellt. Danach muss eine Vor-Ort-Beratung mindestens bestehen aus „der Datenaufnahme vor Ort, der Anfertigung des Energieberatungsberichts sowie der anschließenden Erläuterung ... des auszuhändigenden Berichts.“

Im Grundsatz vergleichbar zielt das Programm BAFA-Mittelstand auf ein „systematisches Verfahren zur Erlangung ausreichender Informationen über das bestehende Energieverbrauchsprofil eines Gebäudes oder einer Gebäudegruppe, eines Betriebsablaufs oder einer industriellen oder gewerblichen Anlage, zur Ermittlung und Quantifizierung der Möglichkeiten für wirtschaftliche Energieeinsparungen und Erfassung der Ergebnisse in einem Bericht“ (Ziff. 1.3.1.).

b) Auch das Programm KfW-Bauen intendiert einen niedrigeren Energieverbrauch und CO<sub>2</sub>-Ausstoß. Ferner soll die finanzielle Belastung von Eigentümern durch Bau- und Heizkosten reduziert werden. In diesem Programm wird nicht die Beratung als solche gefördert. Die (insbesondere) Hauseigentümer als Träger der geförderten Investitionsmaßnahme benötigen aber für die Antragsstellung einen „Sachverständigen Energieberater“ (S. 1), dessen Aufgabe in der „Beantragung der Förderung und Begleitung des Vorhabens“ (S. 2) besteht. Die erstrebten günstigen Finanzierungsbedingungen können mithin nur realisiert werden, wenn einer der hierfür durch das Förderprogramm vorgesehenen Energieberater eingeschaltet worden ist.

---

<sup>10</sup> Abrufbar unter <http://www.bmwi.de/DE/Themen/Energie/Energieeffizienz/energieberatung-und-foerderung.html> (abgerufen am 16.02.2015).

Entsprechendes gilt für das Programm KfW-Sanieren. Dort bestehen die förderfähigen Investitionskosten in den durch die „fachgerechte Durchführung der energetischen Maßnahmen unmittelbar bedingten Kosten einschließlich der Beratungs-, Planungs- und Baubegleitungsleistungen durch einen Sachverständigen“ (S. 2).

## *2. Voraussetzungen für die Bescheinigung der Förderfähigkeit*

In beiden Programmen sind die Voraussetzungen, unter denen die Tätigkeit eines Energieberaters förderfähig (BAFA-Programme) bzw. eine KfW-Förderung möglich ist, detailliert festgelegt. So werden in der Anlage 1 zum Programm BAFA-Wohngebäude auf mehreren Seiten zahlreiche Anforderungen an die erforderlichen Daten und die konzeptionellen Aussagen aufgestellt. Namentlich bei der Vor-Ort-Beratung handelt es sich um ein „Energieaudit“ i.S.v. Art. 8 der Richtlinie 2012/27/EU vom 25.10.2012 zur Energieeffizienz.

Durchgehend fällt auf, dass sich die Beratungsleistungen nicht etwa auf einzelne Gewerke, sondern stets das Gebäude bzw. die betroffenen Anlagen als Ganzes und gerade in ihrem funktionalen Zusammenhang beziehen. Sowohl die Diagnose (die Identifizierung von Einsparpotenzialen) als auch die Therapie (Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz) sind gewerksübergreifend angelegt. Dies kommt besonders klar im Titel der EU-Richtlinie 2010/31 über die „Gesamtenergieeffizienz“ von Gebäuden<sup>11</sup> zum Ausdruck. So verwundert es nicht, dass eine Liste, die das Umweltministerium Baden-Württemberg im Rahmen der Initiative „Energiespar-Check“ für die Jahre 2004 bis 2008 erstellt hat, zeigt, dass Energieberater des Handwerks durchgehend unterschiedliche Maßnahmen zur Umsetzung empfohlen haben und nicht etwa von Sanitäts-, Heizungs- und Klimatechnik-Handwerkern ausschließlich Heizungsmodernisierungen empfohlen worden sind.

## *3. Antragsberechtigter Personenkreis*

a) Im BAFA-Wohngebäudeprogramm ist der Berater selbst antragsberechtigt (Ziff. 3.1), d.h. es gehört gleichsam zu seinem Aufgabenkreis, für seine eigene Finanzierung zu sorgen. Im BAFA-Programm für den Mittelstand sind die KMU selbst (Ziff. 3.1) antragsberechtigt; mit der eingeworbenen Fördersumme ist sodann der Berater zu entlohnen.

b) In den beiden KfW-Programmen (Bauen bzw. Sanieren) sind die Träger der jeweils geförderten Investitionsmaßnahme antragsberechtigt. Der

---

<sup>11</sup> ABl. 2010, L 153/13.

Energieberater erhält in diesen Konstellationen sein Entgelt von jenen Trägern.

#### *4. Beraterbezogene Fördervoraussetzung jenseits der Qualifikation: Unabhängigkeit*

Selbstverständlich statuieren alle Programme eine Vielzahl von Anforderungen an die Qualifikation der Energieberater. So wird beispielsweise gemäß Ziff. 3.1.1 des Programms BAFA-Wohngebäude als „Grundqualifikation“ gefordert, dass der jeweilige Berater die zur Ausstellung von Energieausweisen nach § 21 der EnEV notwendigen Anforderungen erfüllt<sup>12</sup>. Zusätzlich ist „eine Weiterbildung, deren Inhalt und Umfang den Anforderungen nach Anlage 2 dieser Richtlinie genügt“ erforderlich (Ziff. 3.1.2). Hierauf wird näher aus Anlass der Beschreibung der Qualifikation von Energieberatern aus dem Handwerk (zu III.) eingegangen.

In den vergangenen Jahren hat die Deutsche Energie-Agentur (Dena) im Auftrag des Bundes eine „Energieeffizienz-Expertenliste für Förderprogramme des Bundes“ ([www.Energie-Effizienz-Experten.de](http://www.Energie-Effizienz-Experten.de)) erarbeitet, auf die die verschiedenen Förderprogramme in unterschiedlicher Weise Bezug nehmen. Während sich im BAFA-Wohngebäudeprogramm ein bloßer Hinweis auf diese Liste befindet (Ziff. 8), überantwortet das BAFA-Mittelstandsprogramm die Auswahl des Beraters dem antragstellenden Unternehmen (Ziff. 4.1). Im Programm KfW-Bauen heißt es, dass für die Antragstellung überhaupt nur Energieberater herangezogen werden dürfen, die auf der „Energieeffizienz-Expertenliste“ stehen (S. 1; ebenso im Programm KfW-Sanieren; 1.1). Des Weiteren wird explizit eingefordert, dass die Energieberater „über die nötige Zuverlässigkeit verfügen“ müssen (vgl. z.B. Ziff. 6 Abs. 1 des Programms BAFA-Mittelstand). Die Fördervoraussetzung „Unabhängigkeit“ ist wie folgt näher ausgestaltet:

##### *a) BAFA-Programme: Absolutes Betätigungsverbot für Gebäudeenergieberater des Handwerks*

Im Programm BAFA-Wohngebäude wird explizit statuiert, dass die Beratung „unabhängig von Anbietern und deren Produkten erfolgen“ muss (Ziff. 4.3). Demzufolge kann nur derjenige als Berater mit Erfolg einen Antrag stellen, der „unabhängig“ ist. Für nichtantragsberechtigt erklärt wird, „wer ein wirtschaftliches Eigeninteresse an Investitionsentscheidungen des Beratenden haben oder insofern durch wirtschaftliche Interessen eines Dritten beeinflusst sein kann“ (Ziff. 3.2.). Sodann werden in einer Art Regelbeispielstechnik („insbesondere“) verschiedene Konstellationen aufgezählt,

---

<sup>12</sup> Zu den mit der Ausstellung von Energieausweisen zusammenhängenden Rechtsfragen vgl. *Frenz*, ZMR 2014, S. 852.

in denen „insbesondere“ eine solche Beeinflussungsmöglichkeit besteht; eine der Konstellationen betrifft denjenigen, der „einen Handwerksbetrieb führt, daran beteiligt oder bei einem solchen beschäftigt ist“. Hierdurch wird mithin ein absolutes Betätigungsverbot für Leiter oder Mitarbeiter von Handwerksbetrieben als Energieberater errichtet. Folgerichtig können Leiter und Mitarbeiter von Handwerksbetrieben auch nicht Aufnahme in die erwähnte „Energieeffizienz Expertenliste für Förderprogramme des Bundes“, auf die Ziff. 8 der Richtlinie erläuternd hinweist, finden. Ungeachtet dieser Rechtslage erklären ausweislich des Endberichts „Evaluation der Energie-sparberatung vor Ort“<sup>13</sup> „über die Hälfte der Berater“, dass sie in dieser Tätigkeit eine „zusätzliche Akquisemöglichkeit für ihr Kerngeschäft“ sehen würden (S. 54).

Im Rahmen der Aufzählung der Regelbeispiele, die zum Ausschluss der Un-abhängigkeit und damit der Antragsberechtigung laut Ziff. 3 führen sollen, findet sich eine explizite Ausnahme, und zwar zugunsten von „Planungs- und Ausschreibungsleistungen sowie die Übernahme von Baubegleitungen oder Bauleitungen im Anschluss an eine Vor-Ort-Beratung“; diese insbesondere von Architekten erbrachten Leistungen seien „zulässig“, d.h. für Architekten gilt das absolute Betätigungsverbot nicht. Vielmehr können sie gleichzeitig die Vor-Ort-Beratung übernehmen und sodann Planungs- und Ausschreibungsleistungen und Baubegleitungen oder Bauleitungen im Hinblick auf ein und dasselbe Wohngebäude und zugunsten ein und desselben Eigentümers erbringen.

Im Programm *BAFA-Mittelstand* wird ebenfalls gefordert, dass der Berater das Unternehmen, welches ihn beauftragt, „hersteller-, anbieter-, produkt- und vertriebsneutral sowie technologieoffen beraten müsse“ (Ziff. 6, Spiegelstrich 4). Demzufolge dürfe ein Berater „nicht an einem Energieversorgungsunternehmen oder einem Unternehmen beteiligt oder dort beschäftigt sein, das Produkte herstellt, vertreibt oder Anlagen errichtet oder vermietet, die bei Energiesparinvestitionen im Unternehmen verwendet werden oder das Leistungen im Bereich Gebäudesanierung und/oder anderen Energieeffizienzmaßnahmen anbietet.“ Das Handwerk wird in diesem Zusammenhang nicht ausdrücklich erwähnt.

b) KfW-Programme: Relatives Betätigungsverbot für Gebäudeenergieberater des Handwerks

Im Programm KfW-Bauen wird ebenfalls explizit verlangt, dass „der Sachverständige ... für das Bauvorhaben wirtschaftlich unabhängig zu beauftragen“ sei, und dass er neben einer „Beratung, Planung und Baubegleitung ...

---

<sup>13</sup> Vgl. Fn. 6.

weder in einem Inhaber-, Gesellschafts- oder Beschäftigungsverhältnis zu den bauausführenden Unternehmen oder Lieferanten stehen noch Lieferungen oder Leistungen vermitteln“ dürfe<sup>14</sup>. Eine vergleichbare Aussage findet sich im Programm KfW-Sanieren (ab der Fassung 02/2015 nur noch bezogen auf Sanierungsvorhaben „zum KfW-Effizienzhaus“, also nicht mehr auf Einzelvorhaben). Die Energieberater müssen (wie bereits erwähnt) auf der „Energieeffizienz-Expertenliste“ stehen.

In beiden Fällen handelt es sich mithin nicht um ein absolutes, sondern um ein relatives Betätigungsverbot. Denn der einzelne Sachverständige hat im Hinblick auf das jeweils infrage stehende Vorhaben die Wahl, ob er entweder ausschließlich die Energieberatung (einschließlich Planung und Baubegleitung!) übernehmen oder aber die eigentliche Bauausführung verantworten will.

### **III. Die Qualifikation der Gebäudeenergieberatung durch Leiter oder Mitarbeiter von Handwerksbetrieben**

Leiter oder Mitarbeiter von Handwerksbetrieben sind Meister oder Gesellen und verfügen als solche bereits über eine sehr hohe, auf jahrelanger Aus- und Fortbildung sowie praktischer Tätigkeit fußende Qualifikation. Wollen sie in der Gebäudeenergieberatung tätig werden, so verfügen sie jedenfalls über die für die Berechtigung zur Ausstellung von Energieausweisen nach § 21 EnEV erforderlichen Qualifikationen. Überdies haben sie eine „weitere Qualifizierung“ im Umfang von mindestens 210 Unterrichtseinheiten über sämtliche relevanten Aspekte der Gebäudeenergieberatung nach Ziff. 1.2 der Anlage 2 des BAFA-Wohngebäudeprogramms absolviert. Infolge ihrer hohen und unbestrittenen Erfahrung in der Ausführung von Konzepten verfügen sie überdies über eine Einschätzungskompetenz für das „Machbare“, die sie von allen anderen für die Gebäudeenergieberatung infrage kommenden Berufsgruppen, deren Kompetenzen vielfach eher im konzeptionellen Bereich liegen, unterscheiden dürfte.

### **IV. Aufbau**

Die rechtliche Beurteilung der vorstehend beschriebenen Behandlung von Gebäudeenergieberatern des Handwerks in den Förderprogrammen des Bundes erfordert zunächst die juristische Einordnung der Förderprogramme in das System der verwaltungsrechtlichen Handlungsformen und sodann die

---

<sup>14</sup> A.a.O., S. 2.

Ermittlung der hierdurch u.U. beeinträchtigten subjektiven Rechte der Berater (B. I.). Sodann muss ermittelt werden, ob sich die Förderprogramme innerhalb des gesetzlichen Rahmens des Haushalts- und des Energieeffizienzrechts bewegen und ob die Zweckbestimmung, eine Beratung in unabhängiger Weise sicherzustellen, durch die vorgenommenen Regelungen gewährleistet werden kann (B. II.). Im Anschluss daran geht es um die Vereinbarkeit des gewählten Mechanismus zur Sicherstellung der Unabhängigkeit einerseits mit Art. 12 Abs. 1 GG (B. III.) und andererseits mit Art. 3 Abs. 1 GG (B. IV.). Zunächst ist jeweils sorgfältig die Wirkung des zum Einsatz kommenden Mechanismus zu bestimmen. Sodann müssen die sich aus der aktuellen Rechtsprechung ergebenden grundrechtsdogmatischen Determinanten ermittelt und in ihrer Bedeutung konkret für die relevanten Förderprogramme entfaltet werden.



## B. Rechtliche Beurteilung

### I. Der rechtliche Zugriff auf die Förderprogramme

#### 1. Gesetzesvertretender und ermessenslenkender Charakter

Nach ganz h.A. stellen im Bereich des fördernden Wirtschaftsverwaltungs-handelns die jeweiligen Haushaltsgesetze eine ausreichende Ermächti-gungsgrundlage dar. Es bedarf mithin keiner spezialgesetzlichen Grundlage für die Gewährung von Subventionen, vielmehr genügt die Bereitstellung unter Festlegung einer Zweckbestimmung im jeweiligen Haushaltsplan<sup>15</sup>. Die jeweiligen Fördervoraussetzungen und das Förderverfahren werden regel-mäßig durch sog. Verwaltungsvorschriften (teilweise auch Richtlinien, Programme o.ä. genannt) festgelegt. Diesen kommt über den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG entgegen ihres sonstigen Cha-rakters als Innenrecht eine rechtliche Außenwirkung zu<sup>16</sup>.

Dies ist ganz konkret im Zusammenhang mit dem BAFA-Vor-Ort-Pro-gramm durch das VG Frankfurt a.M. bestätigt worden. So heißt es im Urteil vom 23.01.2003<sup>17</sup>, dass „die im Haushaltsgesetz vorgenommene Bereitstel-lung der Fördermittel und deren Zweckbindung mit der Auflage, die Zu-schüsse nach Maßgabe besonderer Richtlinien zu gewähren, ... eine ausrei-chende Grundlage für die vorgesehene Subventionierung“ bilde. Im Urteil vom 14.10.2005<sup>18</sup> bestätigte das Gericht diese Einschätzung und stellte fest, dass dies auch den Anforderungen an das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage i.S. von Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG genüge (da es sich um eine „Re-gelung der Berufsausübung“ handle; dazu noch ausführlicher B. III. 2.).

Die nähere Betrachtung erweist, dass Verwaltungsvorschriften der hier in-frage stehenden Art einerseits gesetzestretenden, andererseits ermessens-lenkenden Charakters sind, wobei die Grenze zwischen beiden Inhalten flie-ßend ist. Konkret im Zusammenhang mit Subventions-Verwaltungsvor-schriften, für die in Gestalt des Haushaltsgesetzes nur eine sehr rudimentäre formalgesetzliche Grundlage besteht, kommt der Verwaltungsvorschrift zu-nächst die Funktion zu, die erforderlichen Entscheidungsmaßstäbe, die im Gesetz allenfalls in groben Umrissen angelegt sind, zu liefern<sup>19</sup>. Da bei Sub-ventions-Verwaltungsvorschriften regelmäßig kein Anspruch der potenziel-

---

<sup>15</sup> Vgl. statt vieler BVerwG, NJW 1977, S. 1838 (1839); BVerwGE 104, 220 (222); *Stober*, Allgemeines Wirt-schaftsverwaltungsrecht, 18. Auflage 2014, S. 48.

<sup>16</sup> Vgl. statt vieler *Kühling*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht I*, 3. Auflage 2012, § 29 Rn. 9.

<sup>17</sup> – 1 E 1687/01 –, S. 4.

<sup>18</sup> – 1 E 2004/05 –, S. 10 f.

<sup>19</sup> Vgl. BVerwGE 58, 45; ebenso bereits BVerwGE 19, 48 (55 ff.); näher *Maurer*, Allgemeines Verwaltungs-recht, 18. Auflage 2011, § 24 Rn. 11.

len Zahlungsempfänger statuiert wird, sondern die Auszahlung ins Ermessen der für den Einzelfall zuständigen Behörden gestellt ist, bestimmen die entsprechenden Verwaltungsvorschriften regelmäßig zugleich darüber, in welcher Weise von dem der Verwaltung eingeräumten Ermessen im Einzelfall Gebrauch gemacht werden soll. Dies zielt auf eine einheitliche und gleichmäßige Ermessensausübung; diese zweite Charakterisierung wird als „ermessenslenkend“ bezeichnet<sup>20</sup>. Konkret im Hinblick auf das hier infrage stehende BAFA Vor-Ort-Beratungsprogramm hat dies das VG Frankfurt a.M. in seiner Entscheidung vom 14.10.2005<sup>21</sup> ausdrücklich bestätigt. Nachfolgend wird es darum gehen, den Rahmen zu bestimmen, innerhalb dessen sich jene gesetzvertretenden und ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften halten müssen.

Dabei konzentriert sich die rechtliche Beurteilung ausschließlich auf die Fördervoraussetzung „Unabhängigkeit der Beratung“, während dem Umstand einer Aufnahme in die „Energieeffizienz-Expertenliste für Förderprogramme des Bundes“ nicht zusätzlich Aufmerksamkeit geschenkt zu werden braucht. Denn diese Liste dokumentiert jeweils nur den Rechtsstand, der sich aus dem jeweiligen Förderprogramm ergibt (d.h. das Bestehen eines absoluten oder relativen Betätigungsverbots für Gebäudeenergieberater des Handwerks), so dass die rechtliche Beurteilung allein von der Vereinbarkeit jener Betätigungsverbote mit dem einfachen bzw. den höherrangigen Recht abhängt. Da sich die genannte Liste überdies auf die Förderprogramme des Bundes beschränkt und verschiedene weitere Listen bzw. Portale existieren, kommt der dortigen Eintragung auch kein überschießender Effekt in dem Sinne zu, dass die Betätigung von Gebäudeenergieberatern des Handwerks auch im nicht durch den Bund geförderten Bereich in rechtlich relevanter Weise beeinträchtigt wäre.

## 2. Höherrangiger Rechtsrahmen

Neben den zu III. und IV. ausführlich entfalteten Vorgaben des Grundgesetzes bilden zum einen die EU-Energieeffizienz-Richtlinie 2012/27/EU<sup>22</sup>, die EU-Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden<sup>23</sup> und die EnEV den relevanten Rechtsrahmen. Sodann sind die allgemeinen haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten. Maßgeblich für die Gewährung von Subventionen, die dort mit dem Terminus „Zuwendungen“ bezeichnet werden, sind die §§ 23 und 44 BHO, deren Inhalt wiederum durch die „Allgemeinen Verwaltungsvorschriften“ zur BHO kon-

---

<sup>20</sup> Vgl. wiederum *Maurer*, a.a.O., § 24 Rn. 10.

<sup>21</sup> – 1 E 2004/05 –, S. 11, Rn. 26 f.

<sup>22</sup> Vgl. Fn. 1.

<sup>23</sup> ABl. 2010, L 153/13.

cretisiert werden. In (beispielsweise) Ziff. 6.6 des BAFA-Wohngebäude-Programms wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „für Bewilligung, Auszahlung und Abrechnung des Zuschusses, für den Nachweis und die Prüfung der Verwendung sowie Rücknahme und Widerruf des Zuwendungsbescheids und die Rückforderung des gewährten Zuschusses ... die §§ 23, 44 BHO, die hierzu erlassenen Allgemeinen Verwaltungsvorschriften mit den dazugehörigen Nebenbestimmungen sowie die §§ 48 bis 49a des Verwaltungsverfahrensgesetzes gelten.“ Überdies ist gemäß §§ 91, 100 BHO der Bundesrechnungshof zur Prüfung berechtigt.

### 3. *Objektive Rechtspflichten des Bundes und subjektive Rechte der betroffenen Berater*

Der Bund ist selbstverständlich objektiv-rechtlich dazu verpflichtet, die Gesetze und die Verfassungsvorgaben zu beachten. Als Urheber von Verwaltungsvorschriften ist er deutlich weniger frei als in der Rolle des Gesetzgebers, denn die Verwaltungsvorschriften sind auf der Ebene des Verwaltungshandelns angesiedelt. Indem sie die zahlreichen Einzelentscheidungen sachlich vorab koordinieren wollen, sind sie den für Einzelentscheidungen maßgeblichen rechtlichen Determinanten unterworfen und überdies der gerichtlichen Kontrolle. Aufgrund des Koordinierungs-Charakters entfalten sie sogar eine deutlich beeinträchtigendere Wirkung, als wenn (beispielsweise) ein einzelner Berater durch eine einzelne Verwaltungsstelle abgelehnt würde<sup>24</sup>.

Die maßgebliche Frage lautet hierbei, ob ein sog. Ermessensfehlgebrauch vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn

- entweder die gesetzlichen Grenzen des Energieeffizienz- und des Haushaltsrechts überschritten bzw. gemäß § 40 VwVfG der Zweck der gesetzlichen Ermächtigung missachtet worden ist (hierzu II.);
- oder die Grenzen des höherrangigen Rechts, d.h. im vorliegenden Zusammenhang die Grundrechte, missachtet worden sind (III. und IV.).

In diesem Umfang besteht auch ein subjektives öffentliches Recht jedes einzelnen Antragstellers auf Einhaltung der Ermessensgrenzen, d.h. die Verwaltungsgerichte überprüfen im Hinblick auf den ihnen unterbreiteten jeweiligen Einzelfall gemäß § 114 VwGO, ob ermessensfehlerhaft gehandelt worden ist. Dies führt zu einer Inzidenzkontrolle der infrage stehenden Verwaltungsvorschriften, d.h. der oben beschriebenen Förderprogramme.

---

<sup>24</sup> Vgl. hierzu konkret im Hinblick auf das BAFA-Vor-Ort-Beratungsprogramm VG Frankfurt a.M., Urteil vom 14.10.2005 – 1 E 2004/05 –, Rn. 26; allgemein *Maurer* (Fn. 19), § 24 Rn. 31.

## II. Wahrung der gesetzlichen Grenzen und der Zweckbestimmung?

Anhaltspunkte dafür, dass die BHO und die EnEV durch die Förderprogramme zur Gebäudeenergieberatung missachtet würden, bestehen nicht. Der mit den geschilderten Unabhängigkeitsregelungen verfolgte Zweck, die Unabhängigkeit der Energieberater zu sichern, ergibt sich aus der Sache selbst, weil „Beratung“ nur als distanziert/unabhängige (synonym: unparteiliche) Tätigkeit denkbar ist. Dieser Zusammenhang ist rechtswissenschaftlich seit langem geklärt und insbesondere im Hinblick auf die Einbeziehung Privater bei der Verwirklichung öffentlicher Zwecke weiter entfaltet worden<sup>25</sup>.

So eindeutig und unumstritten der Zweck – die Sicherung der Unabhängigkeit von Beratungstätigkeiten – mithin ist, so vielfältig sind freilich die Mechanismen, mit deren Hilfe dieser Zweck verfolgt werden kann. Dies bringt vortrefflich gerade die im vorliegenden Zusammenhang einschlägige EU-Energieeffizienzrichtlinie 2012/27 zum Ausdruck. Darin heißt es in Art. 8 Abs. 1, dass die Mitgliedstaaten „die Verfügbarkeit von hochwertigen Energie-Audits für alle Endkunden, die kostenwirksam sind (fördern) und a) in unabhängiger Weise von qualifizierten und/oder akkreditierten Experten nach Qualifikationskriterien durchgeführt werden“.

Mit der Formulierung „in unabhängiger Weise“ (die sich wortgleich auch in Art. 17 der Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz in Gebäuden findet), wird explizit der Zweck (Sicherstellung der Unabhängigkeit der Beratung) normiert, die einzelnen Sicherstellungsmechanismen werden aber gerade nicht fix vorgegeben, sondern sind den Umsetzungsgesetzgebern bzw. den Behörden in den Mitgliedstaaten überlassen. Die in den BAFA- bzw. den KfW-Programmen gewählten Mechanismen des absoluten bzw. relativen Betätigungsverbots für Gebäudeenergieberater aus dem Handwerk sind also weder durch die EU-Energieeffizienzrichtlinie noch durch die EnEV oder durch sonstige gesetzliche Vorgaben legitimiert. Vielmehr sind sie der freien verwaltungspolitischen Entscheidung des Bundes entsprungen und müssen sich als solche rechtfertigen lassen, und zwar im Hinblick auf das hier berührte Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG.

---

<sup>25</sup> U.a. durch den Verfasser dieses Gutachtens (*Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 370 ff.); monographisch *Fehling*, Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsausgabe, 2001, v.a. S. 195 ff.

### III. Vereinbarkeit mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG?

#### 1. Objektiv berufsregelnde Tendenz

Um als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff qualifiziert werden zu können, müsste die hier infrage stehende Subventionsregelung eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweisen. Mit Hilfe dieses Kriteriums grenzt das Bundesverfassungsgericht gegenüber Vorschriften, die das Berufsleben nur am Rande berühren, sich also lediglich als abstrakte Rahmenbedingungen einer konkreten Berufstätigkeit erweisen, ab. Entscheidend ist, dass zumindest eine mittelbare und indirekte Auswirkung auf Art und Umfang einzelner Berufe erkennbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn die infrage stehenden staatlichen Maßnahmen „infolge ihrer Gestaltung in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen“; dies liegt insbesondere dann vor, „wenn die maßgeblichen Normen oder Maßnahmen im Schwerpunkt Tätigkeiten betreffen, die typischerweise beruflich ausgeübt werden“<sup>26</sup>.

Im Hinblick auf Subventionsmaßnahmen kann eine lediglich allgemeine Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition nicht ohne weiteres als berufsregelnder Eingriff gegenüber den nicht zum Zuge kommenden Konkurrenten gewertet werden. Insbesondere allgemeinen Unterstützungssubventionen zugunsten einzelner, in wirtschaftliche Not geratene Wettbewerbsteilnehmer, wird vielfach eine berufsregelnde Tendenz abgesprochen<sup>27</sup>.

Etwas anderes gilt freilich, wenn eine unmittelbare Auswirkung auf die Wettbewerbsposition der nicht zum Zuge kommenden Unternehmen besteht, weil die Vergabe der Subvention verpflichtend an bestimmte Verhaltensweisen des Empfängers geknüpft wird. So liegt im hier zu beurteilenden Fall die Grundrechtsbeeinträchtigung der Gebäudeenergieberater des Handwerks nicht so sehr darin, dass Personen aus anderen Berufsgruppen im Gegensatz zu ihnen ohne Verzicht auf ihre angestammten beruflichen Aktivitäten die infrage stehenden Förderleistungen erhalten können. Vielmehr sind die Fördertatbestände so formuliert, dass Gebäudeenergieberater des Handwerks nur bei einer grundlegenden Änderung ihres Verhaltens in den Genuss der Förderleistungen kommen können, nämlich dann, wenn sie sich dem ausgesprochenen (absoluten bzw. relativen) Betätigungsverbot unterwerfen. Ihr diesbezügliches Verhalten wird mithin durch den Staat determi-

<sup>26</sup> BVerfGE 82, 209; BVerfGE 97, 228 (254); jüngst OVG Rheinland-Pfalz, DVBl. 2014, S. 1609 (1610); weiterführend *Schneider*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Band V, 2013, § 113 Rn. 108 ff.

<sup>27</sup> Vgl. nur *Kühling*, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Fn. 16), § 29 Rn. 14 f. *passim*.

niert, indem ein bestimmtes berufsbezogenes Verhalten (Unterlassen der Betätigung als Handwerker) explizit zur tatbestandlichen Fördervoraussetzung gemacht wird. Die Berufsfreiheit ist damit in einer Intensität betroffen, die der eines klassischen Grundrechtseingriffs (etwa einem allgemeinen Betätigungsverbot ohne Bezug zu Fördermaßnahmen) durchaus nahe kommt. Dies beeinträchtigt die Handwerker in der allgemein durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten freien Führung ihres Unternehmens sowie in der Dispositions-, Investitions-, Produktions- und in der Preisfreiheit, da sie auch solchen Kunden gegenüber, die auf die Inanspruchnahme der staatlichen Förderleistungen verzichten wollen, voraussichtlich nur noch ein um die Förderleistung abgesehenes Entgelt werden durchsetzen können<sup>28</sup>.

Zutreffenderweise ist daher auch die bislang mit verschiedenen Fördervoraussetzungen in Energieberatungsprogrammen befasste hessische Verwaltungsgerichtsbarkeit vom Vorliegen einer berufsregelnden Tendenz ausgegangen<sup>29</sup>. Merkwürdigerweise findet sich diese Einschätzung aber ausgerechnet in den beiden Entscheidungen, in denen es um die Fördervoraussetzung „Unabhängigkeit der Beratung“ geht<sup>30</sup>, nicht. Vielmehr wird dort ausschließlich der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG als Prüfungsmaßstab herangezogen. Da kein sachlicher Grund dafür erkennbar ist, warum die hier infrage stehenden Subventionsrichtlinien im Hinblick auf die Fördervoraussetzungen „Qualifikation“ bzw. „Zuverlässigkeit“ berufsregelnde Tendenz besitzen sollen, im Hinblick auf die Fördervoraussetzung „Unabhängigkeit“ aber nicht, wird man hierin ein Versehen erblicken müssen, das freilich die nachfolgend noch relevant werdende Konsequenz hat, dass eine Rechtfertigungsprüfung am Maßstab des Berufsfreiheitsgrundrechts in diesen beiden Entscheidungen unterblieben ist. Damit steht fest, dass das letzte grundrechtliche Wort (das abgesehen davon sowieso dem Bundesverwaltungsgericht bzw. dem Bundesverfassungsgericht zukommen würde) noch nicht gesprochen sein kann.

## 2. Verortung zwischen Berufsausübungs- und Berufswahlregelung

War der Umgang mit dem Berufsfreiheitsgrundrecht nach Art. 12 Abs. 1 GG lange Zeit durch die Zuordnung unterschiedlicher Rechtfertigungsanforderungen zu Berufsausübungsregelungen einerseits, Berufswahlregelungen andererseits, gekennzeichnet, so ist vermehrt eine Abkehr von einem starren Stufendenken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu be-

<sup>28</sup> Allgemein zu diesen Zusammenhängen, *Kühling*, a.a.O., Rn. 14 und 15; *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR VIII*, 3. Auflage 2010, § 171 Rn. 96 ff. und § 170 Rn. 87 und 89.

<sup>29</sup> Beginnend mit VG Frankfurt a.M., Urteil vom 14.10.2005 (Fn. 18), Rn. 33; vgl. ferner HessVGH, Beschluss vom 13.02.1995 – A 8 TG 3493/94 –, Rn. 15.

<sup>30</sup> Nämlich im Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 29.11.2005 – 1 E 2317/05 –, und im Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 28.08.2013 – 5 K 1765/13.F. –.

obachten. Dieses betont zu Recht die Einheitlichkeit des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG und entschärft die vielfach bestehenden Schwierigkeiten in der Abgrenzung zwischen Berufswahl- und Berufsausübungsregeln dadurch, dass es den Regelungsvorbehalt zugunsten des Staates aufgrund einer flexibleren Abwägung ausgestaltet. Die Qualifizierung als Berufswahl- oder Berufsausübungsregelungen hat hierbei nur noch „vorstrukturierende Bedeutung“<sup>31</sup>.

Im Hinblick auf die hier zu prüfende Betroffenheit von Gebäudeenergieberatern des Handwerks liegt zunächst jedenfalls eine Berufsausübungsregelung vor. Denn dieser Personenkreis strebt gerade nicht eine Tätigkeit als selbstständiger Energieberater an, sondern möchte die damit verbundenen Tätigkeiten parallel mit der herkömmlichen Betätigung als Handwerker verbinden<sup>32</sup>. Betrachtet man freilich die Betätigung als Handwerker als einen Beruf, die Betätigung als Gebäudeenergieberater als einen anderen, zweiten Beruf, dann wirken sich die hier infrage stehenden Betätigungsverbote qua Förderprogramme durchaus auf die Wahl dieses zweiten Berufes aus. Daher hat der HessVGh in seinem Beschluss vom 13.02.1995<sup>33</sup> es offen gelassen, ob nicht auch die Freiheit der Berufswahl beeinträchtigt ist; jedenfalls hat er bei der Prüfung der Rechtfertigung der dort infrage stehenden Fördervoraussetzung (Zuverlässigkeit) die an Berufswahlregelungen gestellten höheren Rechtfertigungsanforderungen formuliert. Auch das Bundesverfassungsgericht geht in seiner (allgemeinen) Rechtsprechung von einer Zuordnung von Inkompatibilitätsregelungen, d.h. von Bestimmungen, die die Entscheidung für einen zweiten Beruf betreffen, von einer Qualifikation als Berufswahl-, nicht lediglich als Berufsausübungsregelung aus<sup>34</sup>.

Für die nachfolgend zu unternehmende Rechtfertigungsprüfung bedeutet dies, dass die vergleichsweise schwachen Anforderungen an reine Berufsausübungsregelungen im vorliegenden Zusammenhang nicht ausreichen. Unter Orientierung an den herkömmlich für sog. subjektive Berufswahlregelungen formulierten Anforderungen wird es vielmehr darauf ankommen, ob die infrage stehenden Förderprogramme dem „Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen“<sup>35</sup>, und ob sodann die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfüllt sind. Denn insbesondere das durch die BAFA-Programme verfügte absolute Betätigungsverbot zwingt Handwerker dazu, ihren Handwerksberuf aufzugeben, um den Zweiterwerb des Gebäudeenergieberaters überhaupt ausüben zu können.

<sup>31</sup> Vgl. statt vieler *Breuer*, in: HdbStR VIII (Fn. 28), § 170 Rn. 84; *Stern*, Staatsrecht IV/1, 2006, § 111, S. 1893 f.

<sup>32</sup> Insoweit auch VG Frankfurt a.M., Urteil vom 14.10.2005 – 1 E 2004/05 –, Rn. 33.

<sup>33</sup> 8 TG 3493/94, Rn. 23.

<sup>34</sup> BVerfG, NJW 2013, S. 3357 (3358); vgl. bereits BVerfGE 21, 173 (181); ausführlich hierzu *Stern*, Staatsrecht (Fn. 31), S. 1894; *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Auflage 2014, Art. 12 Rn. 140.

<sup>35</sup> Vgl. nur BVerfGE 9, 338 (345); BVerfGE 64, 72 (82).

### 3. Konsequenz: Rechtfertigungsbedürftigkeit

Die hier auf dem Prüfstand stehenden absoluten bzw. relativen Betätigungsverbote zulasten von Gebäudeenergieberatern des Handwerks müssen dem Schutze wichtiger Gemeinschaftsgüter dienen und den sodann näher spezifizierten Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen. Dabei geht es zu a) um die Legitimität des Zwecks der Sicherstellung von Unabhängigkeit als solchem, während bei b) - d) hinsichtlich der Unterpunkte der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit) die Legitimität des konkreten Mittels zur Sicherstellung der Unabhängigkeit, eben des absoluten bzw. des relativen Betätigungsverbot infrage, steht.

#### a) Zweck der Berufsregelung: Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter

Wie bereits festgestellt (B. II.), ist es legitim, die Unabhängigkeit der Beratung zur Fördervoraussetzung zu machen. Damit verbindet sich zum einen die berechnete Erwartung, möglichst richtige und weiterführende Beratungsergebnisse erzielen zu können, und zwar im Interesse der Steigerung von Energieeffizienz (Ergebnisrichtigkeit). Zum zweiten verbindet sich mit der Fördervoraussetzung der Unabhängigkeit eine verbesserte Akzeptanz der Beratungsergebnisse, die ja vielfach erhebliche finanzielle Belastungen (trotz der Förderung) mit sich bringen, bei den Betroffenen<sup>36</sup>. Insofern deckt sich der Gemeinwohlzweck der Sicherstellung der Unabhängigkeit mit den von der Rechtsprechung bereits legitimierten Gemeinwohlzwecken der Sicherstellung der Qualifikation der Berater<sup>37</sup> bzw. der Sicherstellung ihrer Zuverlässigkeit<sup>38</sup>.

#### b) Geeignetheit zur Sicherung der Unabhängigkeit

Der Ausschluss von Gebäudeenergieberatern des Handwerks ist geeignet, um die Zwecksetzung einer unabhängigen Beratung zu erreichen. Obgleich hierdurch die Zahl der Energieberater beträchtlich verringert wird, sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dies eine ausreichende Bedienung des Beratungsbedürfnisses bei den Hauseigentümern infrage stellen würde.

#### c) Erforderlichkeit zur Sicherung der Unabhängigkeit?

Das sog. Übermaßverbot verlangt, dass die den Grundrechtsträgern zugemutete Beeinträchtigung erforderlich sein muss. Dies bedeutet, dass der verfolgte Zweck (hier: die Sicherung einer unabhängigen Beratung) „nicht durch ein anderes Mittel erreicht werden kann, das den Grundrechtsträger

<sup>36</sup> Ebenso HessVGh, Beschluss vom 13.02.1995 – 8 TG 3493/94 –, Rn. 23.

<sup>37</sup> Zu ihnen VG Frankfurt a.M., Urteil vom 23.01.2003 (Fn. 17).

<sup>38</sup> HessVGh, Beschluss vom 13.02.1995 (Fn. 29), Rn. 23.



weniger belastet“<sup>39</sup>. Bei der Einschätzung darüber, ob andere Mittel überhaupt zur Verfügung stehen und falls ja, ob sie gleich wirksam sind, kommt dem Gesetzgeber ein gewisser Spielraum zu, den das Bundesverfassungsgericht respektiert, indem es seine Kontrolle reduziert. Hierbei ist die Rechtsprechung freilich uneinheitlich, indem die Kontrollmaßstäbe des Gerichts von schlichter Evidenzkontrolle, über Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu intensiver inhaltlicher Kontrolle reichen<sup>40</sup>. Bei der Bestimmung des jeweils relevanten Kontrollmaßstabs wirkt sich aus, ob es sich um eine reine Berufsausübungsregelung handelt oder ob (wie im vorliegenden Fall) Elemente einer Berufswahlbeschränkung erkennbar sind. Wie oben (B. III. 2.) festgestellt, betreffen die absoluten Betätigungsverbote der BAFA-Programme die Entscheidung für die Wahl des Berufs eines Gebäudeenergieberaters als Zweitberuf zum bereits zuvor gewählten Handwerksberuf, weswegen eine schlichte Evidenzkontrolle der vom Urheber der Verwaltungsvorschriften angestellten Überlegungen zu kurz greifen würde.

Daraus ergeben sich die folgenden Konsequenzen:

- Bei den beiden KfW-Programmen Bauen bzw. Sanieren sind keine milderen, gleich wirksamen Mittel zur Sicherung der Unabhängigkeit der Energieberatung ersichtlich. Das dort vorgesehene relative Betätigungsverbot schließt Gebäudeenergieberater des Handwerks nicht vollständig von der öffentlich geförderten Energieberatung aus, sondern nur dann, wenn sie parallel die den Beratungsgegenstand bildenden Ausführungsleistungen erbringen wollen. Nimmt man hinzu, dass jenseits der öffentlich geförderten Beratung weitere Betätigungsmöglichkeiten bestehen, so handelt es sich um eine dem Übermaßverbot entsprechende Ausgestaltung.
- Misst man das absolute Betätigungsverbot der BAFA-Programme am Maßstab des Übermaßverbots, so drängt sich sofort als milderes Mittel auch dort die Statuierung eines bloß relativen Betätigungsverbots auf. Dieses könnte in Orientierung (beispielsweise) am KfW-Programm „Energieeffizient Bauen“ dahingehend formuliert sein, dass neben einer Beratung für das Vorhaben keine bauausführenden Tätigkeiten möglich sind, d.h. dass weder ein „Inhaber-, Gesellschafts- oder Beschäftigungsverhältnis zu den bauausführenden Handwerksunternehmen“ bestehen darf (nach Seite 2 des KfW-Bauen-Programms). Zur formalen Absicherung könnten die Fördervoraussetzungen dahingehend ergänzt werden, dass die Berater eine Erklärung beifügen müssen, wonach sie sich an der nachfolgenden Bauausführung nicht beteiligen werden. Eine zusätzliche

---

<sup>39</sup> BVerfGE 30, 292 (316); BVerfGE 53, 135 (145); BVerfGE 106, 216 (219); BVerfGE 117, 163 (189).

<sup>40</sup> Nachvollziehbar mit zahlreichen Belegen bei *Mann*, in: Sachs (Fn. 34), Art. 12 Rn. 145.

Absicherung könnte darin bestehen, die letztlich förderbegünstigten Gebäudeeigentümer dazu zu verpflichten, zusätzlich zu den bereits bislang als „zuwendungserheblich“ eingestuften Unterlagen (nach Ziff. 8.3 Abs. 3 des BAFA-Mittelstand-Programms) auch die Rechnungen über die nach erfolgter Vor-Ort-Beratung durchgeführten Baumaßnahmen „mindestens fünf Jahre lang vorzuhalten“; sollte sich bei einer während dieses Zeitraums schon bislang möglichen Überprüfung herausstellen, dass die Bauausführung durch den Handwerksbetrieb des Beraters durchgeführt worden ist, könnte die Zuwendung zurückgefordert werden. Weitere Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten eröffnet das im Zusammenhang mit der Dena-Expertenliste (A. II. 4.) aufgebaute Qualitätssicherungssystem mit Stichprobenkontrollen, Weiterbildungspflichten, Praxisnachweisen und dem drohenden Ausschluss aus der Expertenliste.

Die bislang (soweit ersichtlich) zum Erfordernis der Unabhängigkeit in der Gebäudeenergieberatung ergangenen Gerichtsentscheidungen, der Beschluss des HessVGH vom 01.03.2010<sup>41</sup> und das Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 28.08.2013<sup>42</sup>, haben mildere Mittel gegenüber dem absoluten Betätigungsverbot erst gar nicht ins Auge gefasst, weil sie sich (wie bereits oben B. III. 1. festgestellt) mit dem Berufsfreiheitsgrundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG gar nicht auseinandergesetzt haben. Das Gleiche gilt für das Urteil des VG Frankfurt a.M. vom 29.11.2005<sup>43</sup>, in dem es aber immerhin für vereinbar mit dem Ziel der Sicherung der Unabhängigkeit der Gebäudeenergieberatung angesehen wird, dass Architekten nicht in das absolute Betätigungsverbot bei der Vor-Ort-Beratung einbezogen sind (dazu noch unter Gleichheitsaspekten unten B. IV.).

Der einzige Gesichtspunkt, der – bei gleichzeitiger Anerkennung eines weiten Einschätzungsspielraums zugunsten des Richtliniengebers – die Annahme eines Verstoßes gegen das Übermaßverbot entfallen lassen könnte, ist der Gedanke der Verwaltungsökonomie. So ist allgemein anerkannt, dass die in Betracht kommenden milderen Mittel „nicht merklich höhere Aufwendungen der öffentlichen Hand notwendig“ machen dürfen<sup>44</sup>. Das VG Frankfurt a.M. formuliert freilich ausschließlich im Kontext des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG in seinem Urteil vom 28.08.2013<sup>45</sup> dementsprechend, dass sich das BAFA-Programm „aufgrund der Vielzahl der zu bearbeitenden Antragsverfahren ... auf eine generalisierende Betrachtungsweise stützen und demzufolge Vor-Ort-Beratungen von

---

<sup>41</sup> – 11 A 2800/09.Z –.

<sup>42</sup> – 5 K 1765/13.F –.

<sup>43</sup> – 1 E 2317/05 –.

<sup>44</sup> BVerfGE 77, 84 (110).

<sup>45</sup> – 5 K 1765/13.F –, S. 5.

Schornsteinfegern grundsätzlich von der Förderung ausschließen“ können müsse. M.E. wirkt diese Argumentation nicht nur recht pauschal, sie wird auch dem eingangs (B. III. 1. u. 2.) sichtbar gemachten berufsfreiheitsgrundrechtlichen Hintergrund nicht gerecht.

Da das absolute Betätigungsverbot der BAFA-Programme die Wahl des Berufs des Gebäudeenergieberaters erheblich beeinträchtigt, sind strengere Anforderungen an seine Rechtfertigung zu stellen. In Anlehnung an den Beschluss der Zweiten Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 23.08.2013<sup>46</sup> ist vielmehr festzustellen, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Situationen dieser Art „Zurückhaltung bei der Entwicklung typisierender Unvereinbarkeitsregelungen“ gebietet, weil „die Beschränkung der Berufswahlfreiheit dem Betroffenen nur zumutbar ist, wenn der Unvereinbarkeitsgrundsatz nicht starr gehandhabt wird.“ Sodann heißt es: „Die Einführung einer Berufswahlshranke hinsichtlich gewerblicher Tätigkeiten ist nur dort erforderlich und zumutbar, wo die Gefahr einer Interessenkollision sich deutlich abzeichnet und nicht mit Hilfe von Berufsausübungsregeln zu bannen ist.“ Da im vorliegenden Zusammenhang in Gestalt der ja auch in den KfW-Programmen praktizierten relativen Betätigungsverbote Berufsausübungsregeln möglich sind, bestehen m.E. erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der absoluten Betätigungsverbote in den BAFA-Programmen mit dem Übermaßverbot.

d) Keine Angemessenheit im Hinblick auf die Sicherung der Unabhängigkeit

Sodann darf der Eingriff in das Berufsfreiheitsgrundrecht nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen, d.h. er muss „angemessen“ sein. Dies erfordert eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe. Wird die „Grenze der Zumutbarkeit“ überschritten, so ist der betreffende Eingriff verfassungswidrig<sup>47</sup>. Dabei kommt es wiederum auf den Charakter der zu prüfenden Eingriffsmaßnahme an. Je tiefer in die Berufsfreiheit eingegriffen wird, d.h. je eher auch Elemente einer Berufswahlregelung vorliegen, desto größer muss das Gewicht des verfolgten Zwecks sein<sup>48</sup>. Die zu 3. a) angestellten Überlegungen zu den hier verfolgten Gemeinwohlzwecken haben ergeben, dass das Ziel der Sicherung der Unabhängigkeit der Gebäudeenergieberatung zum einen im Interesse der Erzielung möglichst richtiger Beratungsergebnisse (1) und zum anderen im Interesse der Akzeptanzsteigerung (2) gegenüber den beratenen Gebäudeeigentümern verfolgt wird.

---

<sup>46</sup> – 1 BvR 291/11 –, NJW 2013, S. 3357 (3358).

<sup>47</sup> Vgl. BVerfGE 102, 197 (220); BVerfGE 107, 163 (192 f.).

<sup>48</sup> Vgl. statt vieler *Jarass*, in: Ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 13. Auflage 2014, Art. 12 Rn. 44.

(1) Im Hinblick auf den Aspekt der Ergebnisrichtigkeit spielt zuallererst die Qualifikation der Berater die entscheidende Rolle. Namentlich die Gebäudeenergieberater aus dem Handwerk verfügen über eine anerkanntermaßen große, teilweise exklusiv auch die Machbarkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen einbeziehende Fachkompetenz. Der Gegenstand der Beratung ist durch die Richtlinienprogramme intensiv determiniert, d.h. ganz überwiegend handelt es sich nicht um eine frei-gestalterische Tätigkeit, sondern um eine subsumtionsähnliche Prüftätigkeit. Dabei geht es durchgehend um die Anlage in ihrer Gesamtheit, sowohl im Hinblick auf den Änderungsbedarf (Diagnose) als auch im Hinblick auf die Änderungsmaßnahmen (Therapie). Ein relatives Betätigungsverbot in dem oben (B. III. 3. c) näher entfalteteten Sinne vermag sicherlich noch einen zu diesen Faktoren hinzu tretenden weiteren Impuls zur Erzielung möglichst richtiger Beratungsergebnisse zu liefern. Ein absolutes Betätigungsverbot scheint aber nicht indiziert, weil mit ihm kein so starker zusätzlicher Effekt zugunsten der Ergebnisrichtigkeit erzielt würde, wie es erforderlich wäre, um diesen so starken Eingriff noch zumutbar erscheinen zu lassen.

(2) Die Akzeptanz bei den beratenen Gebäudeeigentümern ist bereits dadurch sichergestellt, dass diese die Gebäudeenergieberater selbst auswählen und insbesondere die daraufhin vorgeschlagenen Maßnahmen aus eigener Tasche bezahlen (bei den BAFA-Programmen). Zusätzlich akzeptanzsteigernd würde ein relatives Betätigungsverbot nebst der oben vorgeschlagenen Pflicht zur Abgabe einer Erklärung und das Eingreifen des skizzierten Sanktionsarsenals (B. III. 3. c) wirken. Ein absolutes Betätigungsverbot erscheint angesichts der hier obwaltenden Umstände nicht mehr angemessen; es ist Ausdruck eines paternalistischen Verständnisses, das sich anmaßt, die Auswahl eines möglichst vertrauenswürdigen Gebäudeenergieberaters als fernab von den Verhältnissen vor Ort sitzende Behörde besser beurteilen zu können als der konkret vor Ort betroffene Gebäudeeigentümer. Ermöglichte man diesem die freie Entscheidung zugunsten des Handwerkers seines Vertrauens als Vor-Ort-Berater (bei gleichzeitigem Ausschluss von den sich daraus ergebenden späteren bauausführenden Tätigkeiten), so dürfte dies die Akzeptanz der Beratung und damit die Verbesserung der Energieeffizienz (um die es ja eigentlich geht) eher steigern.

Nun wird zwar auch bezüglich der Angemessenheit des Eingriffs in die Berufsfreiheit ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers angenommen. Dieser beruht auf der „Komplexität der wirtschaftlichen Sachverhalte, deren aktueller Status häufig nur schwer zu ermitteln und deren zukünftige Entwicklung noch schwerer vorherzusagen ist“<sup>49</sup>. Der Gesetzgeber darf daher

---

<sup>49</sup> Wieland, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Auflage 2013, Art. 12 Rn. 116.

insoweit nicht einer Ex-Post-Kontrolle durch die Verfassungsgerichtsbarkeit unterworfen werden. Vielmehr nimmt das Gericht häufig lediglich eine Art „Vertretbarkeitskontrolle“ vor<sup>50</sup>. Im Hinblick auf das hier zu beurteilende absolute Betätigungsverbot in den BAFA-Programmen geht es allerdings nicht um hochkomplexe wirtschaftliche Entwicklungen oder um Prognoseentscheidungen im Hinblick auf sozial- bzw. gesellschaftspolitische Zukunftsfragen. Vielmehr lässt sich ohne weiteres feststellen, dass den zwar legitimen Aspekten der Ergebnisrichtigkeit und der Akzeptanzsicherung bei den beratenden Gebäudeeigentümern ein vergleichsweise starkes, da undifferenziert-pauschal wirkendes Eingriffsmittel gegenüber steht. Berücksichtigt man überdies auch hier, dass es um mehr als um eine reine Berufsausübungsregelung geht, so ist m.E. der dem Gesetzgeber grundsätzlich eröffnete Gestaltungsspielraum im Hinblick auf die Angemessenheit überschritten. Das absolute Betätigungsverbot der BAFA-Programme erweist sich mithin bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn angeblich rechtfertigenden Gründe als unzumutbar.

#### *4. Zwischenergebnis*

Das in den KfW-Förderprogrammen vorgesehene relative Betätigungsverbot zulasten von Gebäudeenergieberatern des Handwerks ist mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit vereinbar. Das in den BAFA-Programmen vorgesehene absolute Betätigungsverbot weckt hingegen erhebliche Zweifel im Hinblick auf das verfassungsrechtlich verankerte Übermaßverbot, da in Gestalt eines relativen Betätigungsverbots, verbunden mit einer Pflicht zur Eigenerklärung sowie mit Kontroll- und Subsumtionsmechanismen ein milderes Mittel zur Erreichung des an sich legitimen Ziels der Sicherung einer unabhängigen Gebäudeenergieberatung zur Verfügung steht. Jedenfalls erweist sich das absolute Betätigungsverbot bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere seiner Eingriffswirkung und dem Gewicht jenes Gemeinwohlziels als unzumutbar. Das Ziel der Sicherstellung einer unabhängigen Beratung rechtfertigt mit anderen Worten nicht jedes Mittel.

## **IV. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3**

### **Abs. 1 GG**

#### *1. Ungleichbehandlung von Architekten und Handwerkern als Gebäudeenergieberater*

Während in den beiden KfW-Programmen hinsichtlich der Fördervoraussetzung „Unabhängigkeit“ nicht zwischen Architekten und Handwerkern dif-

---

<sup>50</sup> BVerfGE 90, 200 (333 ff.).

ferenziert wird, nehmen die beiden BAFA-Programme die typischerweise von Architekten erbrachten „Planungs- und Ausschreibungsleistungen sowie die Übernahme von Baubegleitungen oder Bauleitungen im Anschluss an eine Vor-Ort-Beratung“ explizit von der Regelvermutung der fehlenden Unabhängigkeit bei Bestehen „wirtschaftlicher Interessen“ aus (vgl. z.B. Ziff. 3.3 BAFA-Wohngebäudeprogramm). Dies bedeutet, dass ein Architekt zunächst unter Inanspruchnahme staatlicher Förderung eine Vor-Ort-Beratung erbringen kann und dann, wenn diese zum Ergebnis führt, dass Umbaumaßnahmen indiziert sind, die damit verbundenen Planungs- und Ausschreibungsleistungen ebenso wie die Baubegleitung und die Bauleitung übernehmen darf. Insoweit wird also nicht einmal ein relatives Betätigungsverbot statuiert. Wie bereits festgestellt, hat das VG Frankfurt a.M. dies als noch mit dem Gemeinwohlzweck der Sicherung einer unabhängigen Energieberatung für vereinbar erachtet<sup>51</sup>. Nichtsdestoweniger stellt sich die Frage, ob in der hier vorliegenden Ungleichbehandlung zwischen Architekten und Handwerkern ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG liegt.

## 2. *Fehlen sachlicher Gründe*

Eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte muss durch „hinreichend gewichtige Gründe“ gerechtfertigt sein<sup>52</sup>. Hierbei besteht ein vergleichsweise weiter Spielraum des Regelsetzers (hier: des Urhebers der Verwaltungsvorschriften), allerdings muss die gewählte Differenzierung „sachlich vertretbar“ sein<sup>53</sup>. Nach Einschätzung des HessVGH<sup>54</sup> liegen solche Gründe im Zusammenhang mit der Privilegierung von Architekten bei der Vor-Ort-Beratung vor, weil deren wirtschaftliches Interesse „weit mittelbarer als das Interesse“ beispielsweise der Handwerker oder der Hersteller von Energieeffizienzprodukten und Anlagen sei. Überdies seien freie Architekten schon aufgrund der architektenrechtlichen Vorschriften verpflichtet, Unabhängigkeit und Eigenverantwortung gegenüber Auftraggebern walten zu lassen.

Diese Erwägungen überzeugen m.E. nicht, weil das Interesse des Architekten am Erhalt von Planungs- und Ausschreibungs- sowie Bauleitungsaufgaben durchaus unmittelbarer Natur ist; so wie ein Fensterbauer möglicherweise mit besonderer Intensität die Notwendigkeit einer Dämmung der Fenster betonen würde (die in seine Fachkompetenz fällt), ist es nicht unrealistisch, dass ein Architekt zugunsten einer gewerkeübergreifenden Ge-

<sup>51</sup> Im Urteil vom 29.11.2005 – 1 E 2317/05 –.

<sup>52</sup> BVerfGE 100, 138 (174); *Jarass*, in: *Ders./Pieroth* (Fn. 48), Art. 3 Rn. 14 f.

<sup>53</sup> Ständige Rechtsprechung; BVerfGE 90, 145 (196); BVerfGE 103, 242 (258).

<sup>54</sup> Beschluss vom 01.03.2010 – 11 A 2800/09.Z –.

samtsanierung votiert, obwohl der schlichte Austausch der vorhandenen Fenster ganz ohne Notwendigkeit einer Planungs- und Ausschreibungsleistung ausreichend wäre. Im Gegenteil besteht im Hinblick auf die Gebäudeenergieberatung durch Architekten in viel größerem Umfang eine Identität von Beratungsgegenstand (Gesamtgebäude) und eigenem Tätigkeitsradius (Planung und Leitung hinsichtlich des Gesamtgebäudes) als bei den Handwerkern, die ihre Beratungsleistungen zwar ebenfalls auf das Gesamtgebäude beziehen müssen, über eigene Durchführungscompetenz aber ja nur im Hinblick auf ein Teilgewerk verfügen.

### *3. Konsequenzen*

Teilt man die hier geäußerten Zweifel an der Berechtigung der vorgenommenen Differenzierung zwischen Architekten und Handwerkern, dann liegt ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vor. Das Bundeswirtschaftsministerium als Urheber der Verwaltungsvorschriften für die BAFA-Förderung müsste darauf entweder mit der Einführung eines absoluten Betätigungsverbots auch für Architekten reagieren; dieser Weg ist ihm allerdings dadurch verwehrt, dass sich damit ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Berufsfreiheit der Architekten (anhand der oben III. dargestellten Grundsätze) verbinden würde. Damit bleibt als Reaktion auf den festgestellten Gleichheitsverstoß nur die Beseitigung des absoluten Betätigungsverbots für Handwerker; die auch dann noch fortbestehende Ungleichbehandlung gegenüber den Architekten, die gegenwärtig in den BAFA-Programmen ja nicht einmal einem relativen Betätigungsverbot unterworfen sind, könnte in der Tat mit dem Hinweis auf deren berufsrechtlich stärker verankerte Pflicht zu Unabhängigkeit und Eigenverantwortung gegenüber dem Auftraggeber begründet werden.

## C. Zusammenfassung

1. Die Tätigkeit von Gebäudeenergieberatern im Kontext der politischen Anstrengungen zur Energieeinsparung wird durch verschiedene Förderprogramme auf Bundesebene begleitet. Diese formulieren bestimmte Voraussetzungen zur Sicherung einer unabhängigen Beratung. Während in den vom Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) verantworteten Programmen der sog. Vor-Ort-Beratung ein absolutes Tätigkeitsverbot für Gebäudeenergieberater des Handwerks statuiert ist, finden sich in den Förderprogrammen der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) teilweise relative Betätigungsverbote; hier hat der einzelne Berater im Hinblick auf das jeweils infrage stehende Vorhaben die Wahl, ob er entweder ausschließlich die Energieberatung übernehmen oder aber die eigentliche Bauausführung verantworten möchte.
2. Leiter oder Mitarbeiter von Handwerksbetrieben verfügen als Meister oder Gesellen über eine sehr hohe Fachqualifikation und haben überdies eine „weitere Qualifizierung“ im Umfang von mindestens 210 Unterrichtseinheiten erworben. In besonderem Maße verfügen sie schließlich über eine Einschätzungskompetenz für das jeweils Machbare.
3. Bei den einschlägigen Förderprogrammen handelt es sich um Verwaltungsvorschriften mit teils gesetzvertretendem, teils ermessenslenkendem Charakter. Als solche müssen sie zunächst die gesetzlichen Grenzen und die Zweckbestimmung der Förderung, nämlich die Verbesserung der Energieeffizienz vermittels einer unabhängigen Beratung, wahren. Dies kann den hier untersuchten Förderprogrammen bescheinigt werden. Daneben müssen die sich aus dem höherrangigen Recht ergebenden Grenzen eingehalten werden.
4. Während das in den KfW-Förderprogrammen vorgesehene relative Betätigungsverbot zulasten von Gebäudeenergieberatern des Handwerks mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit vereinbar ist, bestehen im Hinblick auf das in den BAFA-Programmen vorgesehene absolute Betätigungsverbot erhebliche Zweifel im Hinblick auf das verfassungsrechtlich verankerte Übermaßverbot. Jedenfalls erweist sich das absolute Betätigungsverbot bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere seiner Eingriffswirkung und dem Gewicht des Gemeinwohlziels als unzumutbar. Das legitime Ziel der Sicherstellung einer unabhängigen Beratung rechtfertigt mithin nicht jedes Mittel, zumal mit objektiv berufsregelnder Tendenz die Wahl des Berufs eines Gebäudeenergieberaters als Zweitberuf betroffen ist.
5. Des Weiteren sind keine sachlichen Gründe dafür erkennbar, dass in den BAFA-Programmen die typischerweise von Architekten erbrachten „Pla-



nungs- und Ausschreibungsleistungen sowie die Übernahme von Baubegleitungen oder Bauleitungen im Anschluss an eine Vor-Ort-Beratung“ explizit von der Regelvermutung der fehlenden Unabhängigkeit bei Bestehen „wirtschaftlicher Interessen“ ausgenommen werden. Damit wird gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen.

6. Die Verwaltungsvorschriften für die Vor-Ort-Beratung müssen daher insoweit geändert werden, einzelne Ablehnungsentscheidungen können nicht auf die den Gebäudeenergieberatern des Handwerks angeblich fehlende Unabhängigkeit gestützt werden. Förderinteressenten aus dem Handwerk bzw. antragsberechtigte Unternehmen aus dem Mittelstand können sich hierauf auch vor den Verwaltungsgerichten berufen.

