


Anmerkung zu:	BVerfG 1. Senat, Beschluss vom 30.06.2020 - , 1 BvR 1679/17, BVerfG 1. Senat, Beschluss vom 30.06.2020 - 1 BvR 2190/17
Autor:	Thorsten Kirch, RA
Erscheinungsdatum:	03.12.2020
Quelle:	
Normen:	§ 118 EnWG 2005, § 17d EnWG 2005, § 5 SeeAnIV, § 4 BImSchG, § 73 VwVfG ... mehr
Fundstelle:	jurisPR-UmwR 12/2020 Anm. 2
Herausgeber:	Prof. Dr. Ferdinand Kuchler, RA Dr. Martin Spieler, RA
Zitiervorschlag:	Kirch, jurisPR-UmwR 12/2020 Anm. 2

Verfassungswidrigkeit des Windenergie-auf-See-Gesetzes hinsichtlich fehlender Ausgleichsregelung für bestehende Planungen und Untersuchungen

Leitsätze

- 1. Art. 14 Abs. 1 GG schützt unter Umständen das Vertrauen in den Bestand der Rechtslage als Grundlage von Investitionen in das Eigentum. Das setzt aber eine eigentumsfähige Rechtsposition voraus.**
- 2. Art. 12 Abs. 1 GG kann eine Übergangsregelung gebieten, wenn eine in der Vergangenheit in erlaubter Weise ausgeübte Berufstätigkeit künftig unzulässig ist. Hingegen bietet Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich keinen Vertrauensschutz wegen frustrierter Investitionen, die mit Blick auf eine künftige unternehmerische Tätigkeit erfolgt sind.**
- 3. Der allgemeine Vertrauensschutz nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ergänzt die spezifischen Vertrauensschutzverbürgungen der besonderen Freiheitsrechte. Das Kriterium der Rückwirkung kann Aufschluss darüber geben, ob eine Rechtsänderung schutzwürdige Stabilitätsersparungen enttäuscht, also nicht bloß die allgemeine Erwartung betrifft, das geltende Recht werde unverändert fortbestehen. Die durch Verhältnismäßigkeitsanforderungen konkretisierten verfassungsrechtlichen Grenzen der Rückwirkung finden über das Steuerrecht hinaus auch in anderen Rechtsgebieten Anwendung.**

A. Problemstellung

Zum 01.01.2017 trat das Windenergie-auf-See-Gesetz („WindSeeG“) in Kraft. Das Gesetz umfasst insbesondere die Fachplanung und Voruntersuchung für bestimmte Flächen und zentralisierte auch die Vorgaben für die Zulassung, Errichtung, Inbetriebnahme und den Betrieb von Windenergieanlagen auf See („OWEA“) in einem Gesetz. Das Zulassungsrecht für OWEA war vor der Einführung des WindSeeG in der Seeanlagenverordnung („SeeAnIV“) geregelt. In der bis zum 30.01.2012 geltenden Fassung der SeeAnIV war vorgesehen, dass die Errichtung, der Betrieb und die wesentliche Änderung der Anlagen oder ihres Betriebs der Genehmigung durch das zuständige Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie („BSH“) bedürfen. Durch eine Änderung der

SeeAnIV wurde anschließend ein Planfeststellungsverfahren für die Zulassung von OWEA eingeführt. Seit dem 01.01.2017 findet sich das Planfeststellungserfordernis in § 45 Abs. 1 WindSeeG.

Das WindSeeG enthält in § 77 WindSeeG Übergangsbestimmungen. Nach § 77 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WindSeeG sind auf Anlagen, die nach den Bestimmungen der SeeAnIV errichtet und vor Inkrafttreten des WindSeeG in Betrieb genommen wurden, die bisherigen Bestimmungen der SeeAnIV so lange weiter anzuwenden, bis wegen einer wesentlichen Änderung der Einrichtung ein Antrag auf Planfeststellung gestellt wird. Nach § 77 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WindSeeG ist die SeeAnIV auch auf Anlagen weiter anzuwenden, die bis zum Ablauf des 31.12.2020 in Betrieb genommen werden sollen und über eine unbedingte Netzanbindungszusage nach § 118 Abs. 12 EnWG oder über eine Zuweisung von Anschlusskapazität nach § 17d Abs. 3 Satz 1 EnWG jeweils in der vor dem 01.01.2017 geltenden Fassung verfügen.

Allerdings sieht die Regelung des § 46 Abs. 3 Satz 1 WindSeeG vor, dass mit dem 01.01.2017 sämtliche laufenden Planfeststellungsverfahren oder Genehmigungsverfahren zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen auf See enden, soweit die Vorhaben nicht in den Anwendungsbereich der Ausschreibungen für bestehende Projekte nach § 26 Abs. 2 WindSeeG fallen. Nach § 46 Abs. 3 Satz 2 WindSeeG bestätigt die Planfeststellungsbehörde die Beendigung des Verfahrens auf Antrag des Vorhabenträgers.

Die §§ 26 ff. WindSeeG sehen für sogenannte bestehende Projekte Übergangsausschreibungen vor. Bestehende Projekte sind gemäß § 26 Abs. 2 WindSeeG jedoch lediglich Projekte zur Errichtung und zum Betrieb von OWEA, für die vor dem 01.08.2016 nach § 5 oder § 17 SeeAnIV in der vor dem 01.01.2017 geltenden Fassung für die ausschließliche Wirtschaftszone („AWZ“) ein Plan festgestellt oder eine Genehmigung erteilt worden ist, nach § 4 Abs. 1 des BImSchG für das Küstenmeer eine Genehmigung erteilt worden ist oder ein Erörterungstermin nach § 73 Abs. 6 VwVfG durchgeführt worden ist und die geplant sind im Fall von Vorhaben in der ausschließlichen Wirtschaftszone in der Nordsee in einem der Cluster 1 bis 8 des Bundesfachplans Offshore für die deutsche AWZ der Nordsee 2013/2014 des BSH oder der Ostsee in einem der Cluster 1 bis 3 des Bundesfachplans Offshore für die deutsche AWZ der Ostsee 2013 des BSH.

§ 39 WindSeeG gewährt den Inhabern bestehender Projekte über die Übergangsausschreibungen hinaus zudem ein Eintrittsrecht in anderen Projektinhabern erteilte Zuschläge.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Die Beschwerdeführerinnen sind Projektgesellschaften, deren Unternehmenszweck die Entwicklung und teilweise auch der eigene Betrieb eines Offshore-Windparks („OWP“) ist. Die Projekte liegen überwiegend in Zone 3 der AWZ in der Nordsee. Drei Projekte liegen in Zone 4. Lediglich ein Projektinhaber verfügt bereits über eine Genehmigung nach Maßgabe der SeeAnIV, die das BSH am 12.06.2013 erteilte. Das BSH erteilte zudem am 31.10.2014 bereits die erste Freigabe zum Vollzug der Genehmigung nach Maßgabe der Standard Konstruktion. Eine Nebenbestimmung zu der Genehmigung regelt, dass diese „erlischt, wenn nicht bis spätestens bis zum 31.12.2019 mit den Bauarbeiten für die Installation der Anlagen begonnen wird oder die in Anlage 3 aufgeführten Nachweise nicht zu den in der Anlage bestimmten Terminen erbracht worden sind. Alle anderen Beschwerdeführerinnen haben noch keine Zulassung erhalten. Ihre Projekte sind im Zulassungsverfahren zum Teil bereits öffentlich erörtert worden. Die überwiegende Anzahl der Beschwerdeführerinnen beruft sich darauf, dass ihre Projekte so weit entwickelt seien, dass diese erörterungsfähig seien.

Das BVerfG hat durch Beschl. v. 30.06.2020 entschieden, dass die Verfassungsbeschwerden nur zum Teil begründet sind. Soweit das WindSeeG die Zulassung von OWP auf ein grundlegend neues Regelungssystem umstelle und hierdurch die nach früher geltendem Recht erledigten Verfah-

rensschritte einschließlich erlangter Genehmigungen und Planfeststellungsbeschlüsse ihre rechtliche Bedeutung verlieren, sei dies mit Art. 14 Abs. 1 GG vereinbar (nachfolgend unter Ziffer 1). Darin liege auch kein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG, da der Eingriff in die Berufsfreiheit gerechtfertigt sei (nachfolgend unter Ziffer 2). Jedoch sei die mit der Umstellung einhergehende unechte Rückwirkung nicht in jeder Hinsicht mit dem allgemeinen Vertrauensschutzgrundsatz gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar (nachfolgend unter Ziffer 3).

1. Eigentumsgarantie gemäß Art. 14 Abs. 1 GG

Das BVerfG sieht schon den Schutzbereich des Art. 14 GG nicht eröffnet. Genehmigungen zum Betrieb gefährlicher Anlagen seien staatliche Erlaubnisse, mit denen präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt überwunden würden. Die nach der SeeAnIV erteilten Genehmigungen und Planfeststellungsbeschlüsse dienten mit der Feststellung der Rechtskonformität der geplanten Anlage der Überwindung eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, nicht aber der Schaffung von Eigentumspositionen. Der Betrieb eines OWP könne unter anderem Gefahren für die Tier- und Pflanzenwelt, die Meeresumwelt insgesamt und für die Schifffahrt verursachen. Funktion des Zulassungsverfahrens für OWP sei insbesondere zu überprüfen, ob solche Gefahren dem Vorhaben entgegenstünden.

Der Eigentumscharakter der nach der SeeAnIV erteilten Genehmigung werde auch nicht durch ihre wirtschaftliche Bedeutung oder ihre Veräußerungsfähigkeit begründet. Zwar könnten die Genehmigungen rechtsgeschäftlich übertragen werden und seien auch tatsächlich regelmäßig veräußert worden. Dass die Genehmigung eines OWP einen Marktwert besitze und der Genehmigungsinhaber im Vorfeld mehrere Millionen Euro investiert habe, mache dies indessen nicht schon zu Eigentum i.S.d. Grundgesetzes. Vor diesem Hintergrund nähmen auch die Verfahrenspositionen der übrigen Beschwerdeführerinnen am Schutz des Eigentums durch Art. 14 Abs. 1 GG nicht teil. Wenn schon die erteilte Genehmigung kein Eigentum i.S.d. Grundgesetzes darstelle, seien die der Genehmigung vorausliegenden bloßen Verfahrenspositionen erst recht kein Eigentum.

2. Berufungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG

Das BVerfG sieht auch die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG nicht verletzt. Das mit einem Zulassungsvorbehalt verbundene Verbot des Betriebs von OWEA greife zwar in die Berufsfreiheit der OWP-Betreiber ein. Dieser Eingriff sei aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Das WindSeeG diene gemäß § 1 Abs. 1 WindSeeG den Zielen des Klima- und des Umweltschutzes. Hierzu sei der Gesetzgeber nach Art. 20a GG verfassungsrechtlich berechtigt und verpflichtet. Konkret ziele das Gesetz sowohl auf größere Wirtschaftlichkeit des Ausbaus der Windenergie auf See durch Steigerung der Kosteneffizienz als auch auf die Verbesserung der Planungssicherheit für OWEA durch bessere Koordination und Steuerung. Zum einen solle die beabsichtigte Steigerung der installierten Leistung OWEA auf See stetig und kosteneffizient erfolgen. Zum anderen sollten der Ausbau von OWEA und der Ausbau der für die Übertragung des darin erzeugten Stroms erforderlichen Offshore-Anbindungsleitungen aufeinander abgestimmt und ein Gleichlauf der jeweiligen Planungen, Zulassungen, Errichtungen und Inbetriebnahmen erreicht werden (§ 1 Abs. 2 Satz 3 WindSeeG). Diese Gesetzesziele seien schon für sich genommen legitime Gemeinwohlzwecke. Zudem dienten sie mittelbar wiederum dem übergreifenden Gesetzeszweck des Ausbaus und der Nutzung der OWEA und seien so ebenfalls vom verfassungsrechtlichen Umwelt- und Klimaschutzgebot (Art. 20a GG) getragen.

Soweit die angegriffenen Vorschriften den Betrieb von OWEA im Grundsatz unterbänden und nur im Fall eines Zuschlags und behördlicher Einzelzulassung erlaubten, seien sie zur Erreichung des Gesetzeszwecks geeignet. Die Einschätzung des Gesetzgebers sei plausibel. Dieser wolle durch

die zentralen Regelungselemente des WindSeeG eine bessere Steuerung und Kosteneffizienz bei dem Ausbau der erneuerbaren Energien erreichen (BT-Drs 18/8860, S. 1, 150, 266f.). Zentrale Mechanismen des Gesetzes seien die staatliche Voruntersuchung (§§ 9 ff. WindSeeG) der im Flächenentwicklungsplan (§§ 4 ff. WindSeeG) ausgewiesenen Flächen, die Ausschreibung der voruntersuchten Flächen (§§ 16 ff., 26 ff. WindSeeG), das exklusive Planfeststellungsrecht der Bezuschlagten (§§ 24 Abs. 1 Nr. 1, 45 ff. WindSeeG) und deren Netzanbindungs- und Nutzungsanspruch (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 WindSeeG).

Durch diese Instrumente würden die Ziele des Gesetzes zumindest gefördert. Zum einen werde mit dem zentralen Ausschreibungsmodell auf Grundlage staatlicher Vorerkundung die Ungewissheit der früher schwer steuerbaren Flächenauswahl und der Netzanbindung vermieden. Eine strukturierte Netzanbindung sei bereits über die Rechtsfolgen der Ausschreibung und des Zuschlags gewährleistet. Offenkundig lasse sich die Errichtung von OWP so besser mit deren Netzanbindung koordinieren und werde den Vorhabenträgern höhere Planungssicherheit geboten. Erkennbar sei zum anderen, dass die Umstellung zur Kostensenkung führen könne. Durch die staatliche Voruntersuchung der Flächen werde verhindert, dass nicht geeignete Flächen im Ausschreibungsverfahren berücksichtigt würden (BT-Drs. 18/8860, S. 266). Auch die grundsätzliche Eignung der Ausschreibung, Wettbewerb zu fördern und kosteneffiziente Projekte zum Zuge kommen zu lassen, stehe außer Frage.

Soweit die angegriffenen Vorschriften den Betrieb von OWP unterbänden und erst im Fall eines Zuschlags aufgrund eines Planfeststellungsbeschlusses erlaubten, seien sie gemessen an Art. 12 Abs. 1 GG auch erforderlich. Bei der Einschätzung der Erforderlichkeit verfüge der Gesetzgeber über einen Beurteilungs- und Prognosespielraum. Es sei nicht ersichtlich, dass er seine Ziele hier durch ein anderes Regelungssystem gleich wirksam, aber mit geringeren Grundrechtseinschränkungen erreichen könnte.

Schließlich seien die Regelungen auch angemessen bzw. verhältnismäßig im engeren Sinne. Dem aus Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Gebot, Übergangsregelungen für diejenigen vorzusehen, die eine künftig unzulässige Tätigkeit in der Vergangenheit bereits in erlaubter Weise ausgeübt haben, habe der Gesetzgeber durch § 77 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WindSeeG hinreichend Rechnung getragen.

Auch wenn eine Beschwerdeführerin bereits über eine BSH-Genehmigung für ihren OWP verfügt habe, verlange Art. 12 Abs. 1 GG nicht, dass der Gesetzgeber weiter gehende Übergangsregelungen schaffen müsse. Trotz der Genehmigung sei auch diese Beschwerdeführerin von einer Realisierung und Inbetriebnahme ihres OWP noch weit entfernt gewesen. Es habe insbesondere an der Netzanbindung gefehlt, die eine zentrale Voraussetzung für den Betrieb eines OWP darstelle. Das Netzanbindungserfordernis relativiere daher die Bedeutung der nach altem Recht erteilten Zulassung erheblich, weil mit dieser eine zeitnahe Netzanbindungsperspektive nicht sicher verbunden sei. Tatsächlich sei in den konkreten Verfahren der Beschwerdeführerinnen auch kaum mit einer baldigen Netzanbindung und Realisierung ihrer Projekte zu rechnen. Eine Netzanbindungszusage des zuständigen Übertragungsnetzbetreibers hätten diese nicht erhalten. Seit der nach § 17 Abs. 2a und 2b EnWG 2006 bestehende Netzanbindungsanspruch durch die §§ 17a ff. EnWG 2012 von einer diskriminierungsfreien Zuteilung von Kapazität auf der Grundlage des Offshore-Netzentwicklungsplans abgelöst worden sei, habe in den Zonen 3 und 4, in denen die Projekte der Beschwerdeführerinnen liegen, erst recht mit erheblichen Verzögerungen gerechnet werden müssen. Der in den Netzanbindungsplänen im Jahr 2016 zuletzt genannte zeitliche Rahmen habe eine Anbindung in den Zonen 3 und 4 erst ab dem Jahr 2025 bis zum Jahr 2035 vorgesehen.

Die Zulassungsentscheidungen nach der SeeAnIV seien zudem auflösend bedingt. Die Inhaberin der Genehmigung hätte daher bis zum 30.06.2017 die vom BSH festgesetzten „Meilensteine“ realisieren und spätestens bis 31.12.2019 mit dem Bau beginnen müssen. Diese Realisierungsfristen

hätten zwar durch das BSH verlängert werden können. Dies hätte jedoch im Ermessen des BSH gestanden. Im Genehmigungsbescheid sei zugleich angekündigt worden, dass bei längerer Verzögerung möglicherweise ein gänzlich neues Genehmigungsverfahren durchgeführt werden müsste. Gerade wegen der zögerlichen Netzanbindung sei es nach Auffassung des BVerfG daher ungewiss gewesen, ob die Zulassung über einen hinreichenden Zeitraum Bestand haben würde, um im Zeitpunkt der Netzanbindung noch wirksam zu sein.

3. Vertrauensschutzgebot gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG

Das BVerfG hat entschieden, dass die mit den angegriffenen Vorschriften des WindSeeG erfolgte Systemumstellung mit dem allgemeinen Vertrauensschutzgebot nicht vollständig vereinbar sei. Es liege eine unechte Rückwirkung vor, weil die angegriffenen Normen auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkten und damit zugleich die betroffene Rechtsposition kausal entwerteten, indem belastende Rechtsfolgen erst nach ihrer Verkündung einträten, tatbestandlich aber von einem bereits ins Werk gesetzten Sachverhalt ausgelöst würden.

Die angegriffenen Vorschriften genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nach Auffassung des BVerfG an die Rechtfertigung unechter Rückwirkung nicht in jeder Hinsicht. Die angegriffenen Regeln seien nicht uneingeschränkt erforderlich. Dem Gesetzgeber stehe mit der Gewährung eines finanziellen Ausgleichs für die Kosten bestehender Planungen und Untersuchungen ein milderer, ebenso geeignetes Mittel zur Verfügung, um die Ziele des WindSeeG zu erreichen.

a) Einstufung als bestehende Projekte gemäß § 26 WindSeeG

Die betroffenen Projekte hätten zunächst als bestehende Projekte i.S.d. § 26 WindSeeG eingestuft werden können. Diese lägen allerdings in Zonen, in denen nach § 26 Abs. 2 Nr. 2a WindSeeG zunächst keine Flächen ausgeschrieben würden und auch keine Netzanbindungen erfolgen sollten. Wesen des zentralen Modells sei es aber gerade, dass immer nur auf den zentral bestimmten und ausgeschrieben Flächen OWP errichtet würden, weil die Netzanbindung so kontinuierlich bedarfsgerecht hergestellt werden solle. Die Ausweitung der Übergangsregelung des § 26 WindSeeG könnte demgegenüber dazu führen, dass in beliebigen Clustern der Zonen 3 und 4 ein Zuschlag erteilt werden müsste. Dies könnte schon im Hinblick auf den dann frühzeitig auch in den Zonen 3 und 4 erforderlichen Netzanschluss höhere Kosten verursachen und den zentral gesteuerten Ausbau beeinträchtigen. Dies sei weniger wirksam als die Gesetz gewordene Lösung.

b) Gewährung eines Eintrittsrechts gemäß § 39 WindSeeG

Auch die Gewährung eines Eintrittsrechts bei Ausschreibungen nach dem zentralen Modell wäre zwar für die Beschwerdeführerinnen weniger belastend. Auch dieses Mittel sei aber nicht gleichermaßen geeignet, die Ziele des WindSeeG zu erreichen. Das Eintrittsrecht sei jetzt in § 39 WindSeeG nur für die nach § 26 Abs. 2 Nr. 2a WindSeeG in den Zonen 1 und 2 gelegenen bestehenden Projekte vorgesehen. Es komme zum Tragen, wenn diese Projekte sich in keiner Übergangsausschreibung durchsetzen könnten. Die Flächen blieben dann zunächst frei. Würden sie bis zum Jahr 2030 in einer zentralen Ausschreibung ausgeschrieben, könnten die Betreiber nach § 39 WindSeeG in das erfolgreiche Gebot eintreten. Allerdings könnten auch dann die begonnenen Verfahren nicht fortgeführt werden (§ 46 Abs. 5 WindSeeG). Es sei erneut ein vollständiges Planfeststellungsverfahren durchzuführen. Weil es sich nicht mehr um eine Ausschreibung im Übergangsmodell, sondern bereits um eine Ausschreibung im zentralen Modell handele, erfolge auch die staatliche Voruntersuchung (§§ 9 ff. WindSeeG). Die Vorleistungen der Betreiber sogenannter bestehender Projekte behielten hier allerdings nach der gesetzlichen Konstruktion insofern einen Wert, als nach § 39 Abs. 1 WindSeeG die Gewährung des Eintrittsrechts als Ausgleich für die in § 41

WindSeeG geregelte Überlassung der bei der Entwicklung des Projekts durch den Betreiber erhobenen Daten gelte. Der Gesetzgeber gehe also davon aus, dass die Behörde die nach altem Recht erbrachten Untersuchungsergebnisse des Betreibers weiterverwende. Er nehme an, dass diese Daten die staatliche Voruntersuchung erleichtern würden (BT-Drs. 18/8860, S. 306).

Indessen gelte all dies wiederum nur für bestehende Projekte i.S.d. § 26 WindSeeG und damit nicht für die in den Zonen 3 und 4 gelegenen Projekte der Beschwerdeführerinnen. Als milderer Mittel müsste das Eintrittsrecht also über den bestehenden Anwendungsbereich hinaus auf Projekte in diesen Zonen erweitert werden. Der Gesetzgeber habe eine solche weitere Erstreckung des Eintrittsrechts nicht als gleichermaßen geeignet angesehen. Dies sei plausibel. Schon die bloße Eintrittsmöglichkeit begründe eine Gefahr, dass Ausschreibungsverfahren scheitern oder höhere Kosten entstünden, weil andere Bieter mit dem Eintritt der Beschwerdeführerinnen rechnen müssten. Das Ziel des Gesetzes wäre nicht erreicht. Angesichts drohender höherer Kosten halte sich die Nichteinbeziehung der Projekte der Beschwerdeführerinnen im Rahmen des dem Gesetzgeber bei der Erforderlichkeit des Mittels zur Verfügung stehenden Beurteilungs- und Prognose-spielraums. Auch dass der Gesetzgeber die Risiken des Eintrittsrechts mit den §§ 26 Abs. 2 Nr. 2a und 39 WindSeeG in den Zonen 1 und 2 hingenommen habe, zwingt ihn nicht dazu, diese Risiken erneut zu akzeptieren, wenn es zu Ausschreibungen in weiteren Zonen komme.

c) Erstattung der notwendigen Kosten für Planungen und Untersuchungen

Nach Auffassung des BVerfG besteht ein die Belastung durch § 46 Abs. 3 Satz 1 WindSeeG partiell milderndes und doch ebenso geeignetes Mittel darin, den Beschwerdeführerinnen analog § 41 WindSeeG für notwendige Kosten ihrer Planungen und Untersuchungen gegen Herausgabe ihrer Daten und Unterlagen einen finanziellen Ausgleich zu gewähren, sofern für diese Flächen bis zum 31.12.2030 ein Zuschlag nach § 23 WindSeeG erfolge. Hierdurch würde das Vertrauen der Beschwerdeführerinnen weniger enttäuscht. Diese hätten im Vertrauen auf den Fortbestand des alten Rechts die danach erforderlichen Planungen und Untersuchungen in der Annahme durchgeführt, davon durch Errichtung und Inbetriebnahme der geplanten Anlagen profitieren zu können. Nach bestehender Rechtslage werde das Vertrauen vollständig enttäuscht, dass sich dieses Interesse realisieren könnte. Erhielten sie hingegen unter bestimmten Voraussetzungen einen Ausgleich für den Aufwand der getätigten Planungen und Untersuchungen, wäre insoweit immerhin ihr negatives Interesse finanziell gewahrt, keinen nutzlosen Aufwand betrieben zu haben.

d) Angemessenheit der Regelungen im Übrigen

Im Übrigen seien die Regelungen verhältnismäßig im engeren Sinne. Das Vertrauen der Einzelnen auf die Fortgeltung des Rechts verdiene hier zwar Schutz. Im Ergebnis überwiegen die Interessen der Allgemeinheit, die mit der unecht rückwirkenden Regelung verfolgt würden. Mit einer Änderung der Regelungen über die Errichtung von OWP habe angesichts der Komplexität und Dynamik des Rechtsgebiets gerechnet werden können. Das Zulassungsregime nach der SeeAnIV sei erkennbar vorläufig gewesen. Zulassungsentscheidungen seien in einem gesetzlich nur begrenzt angeleiteten Verfahren erteilt worden, in dem das BSH durch Verwaltungsvorschriften (Standard Konstruktion) das Zulassungsverfahren und die materiellen Anforderungen an die Anlagen konkretisierte. Dabei sei die Vergabe der faktisch ausschließlichen Nutzungsmöglichkeiten von Flächen in der AWZ nicht nach materiellen Kriterien, sondern allein nach dem Prioritätsprinzip geregelt worden. Bis zum Inkrafttreten des WindSeeG habe eine staatliche Flächenplanung nicht stattgefunden. Entsprechend seien die durch individuelle Vorhabenträger betriebenen Planungen in der AWZ nicht mit dem Netzausbau koordiniert gewesen. Dass angesichts der Komplexität der abstimmungsbedürftigen Prozesse des Anlagenbaus und des Netzausbaus ein Wechsel hin zu stärker koordinierenden, marktorientierten Zulassungsverfahren erfolgen könnte, sei unter diesen

Umständen absehbar gewesen. Demgemäß sei die konkrete Perspektive der Beschwerdeführerinnen von vornherein ungewiss gewesen.

Die vom Gesetzgeber getroffene Abwägung dieser Interessen sei im Ergebnis verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, zumal mit den hier zu beurteilenden Regelungen ein grundlegender Systemwechsel vollzogen worden sei, so dass von einem weiten Spielraum des Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Übergangs auszugehen sei. Die Rechtsänderung dient legitimen Interessen der Allgemeinheit, die sich im Grundsatz nur unter Aufgabe der von den Beschwerdeführerinnen erlangten Verfahrenspositionen erreichen ließen. Dabei habe der Gesetzgeber in § 77 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WindSeeG auch für noch nicht vollständig realisierte Anlagen eine Übergangsregelung getroffen, sofern diese bis zum Ablauf des 31.12.2020 in Betrieb genommen werden sollen und über eine unbedingte Netzanbindungszusage oder über eine Zuweisung von Anschlusskapazität verfügten. Diese Übergangsregelung trage der durch die absehbare Netzanbindung konkretisierten Realisierungsperspektive und damit der höheren Schutzwürdigkeit des Stabilitätsvertrauens der Vorhabenträger Rechnung, auch wenn die Beschwerdeführerinnen hiervon nicht profitierten. Darüber hinaus sei der Übergang zum neuen Recht für fortgeschrittene Projekte durch die §§ 26 ff. WindSeeG erleichtert worden, sofern sie in Clustern der Zonen 1 oder 2 geplant gewesen seien. Auch wenn diese Regelungen zu den Übergangsausschreibungen nicht auf Vertrauensschutz zielen mögen, sondern den aus staatlicher Sicht effektivsten Übergang in das neue Rechtsregime ebnen sollten, seien hierdurch Stabilitätserwartungen der Betreiber bestehender Projekte in den Zonen 1 und 2 erfüllt worden, deren Netzanbindung auch vor Inkrafttreten des WindSeeG eher absehbar gewesen sei als die Anbindung der von den Beschwerdeführerinnen geplanten Flächen. Das Vertrauen der Beschwerdeführerinnen in den Fortbestand der Rechtslage sei demgegenüber weniger schutzwürdig. Vom verfassungsrechtlich gebotenen Ausgleich für weiter verwertbare Planungen und Untersuchungen abgesehen, sei danach die Entscheidung des Gesetzgebers, den Bestandsinteressen der Beschwerdeführerinnen und anderer Unternehmen in vergleichbarer Lage kein überwiegendes Gewicht beizumessen, von seinem hier weiteren Spielraum gedeckt gewesen.

C. Kontext der Entscheidung

Aufgrund der Energiewende unterliegen das Energiewirtschaftsrecht und das Recht der erneuerbaren Energien einem ständigen Wandel. Dies gilt insbesondere für die gesetzlichen Rahmenbedingungen der Offshore-Windenergie, die in den vergangenen Jahren zahlreichen Änderungen unterworfen waren. Jüngst hat der Gesetzgeber die Ausbauziele der Windenergie auf See von 15 GW auf 20 GW bis 2030 angehoben und erstmalig ein Langfristziel von 40 GW bis 2040 in § 1 WindSeeG verankert (vgl. zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 19/20429, Kirch, jurisPR-UmwR 8/2020 Anm. 1). Die damit verbundenen künftigen Investitionen in die Offshore-Windenergie werden auch in den nächsten Jahren insbesondere stabile gesetzliche Rahmenbedingungen erfordern. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass OWP-Projekte von ihrer Initiierung, über die Planung und Genehmigung bis zur Inbetriebnahme der OWEA regelmäßig einen jahrelangen Zeitraum benötigen. Der Gesetzgeber hat daher unter Vertrauensschutzgesichtspunkten zwischenzeitliche Änderungen dieser rechtlichen Rahmenbedingungen durch Übergangsbestimmungen abzusichern. Andernfalls würden die Investitionen entwertet

D. Auswirkungen für die Praxis

Das BVerfG erklärt die angegriffenen Regelungen der §§ 46 Abs. 3 bis 6, 66 und 71 WindSeeG insoweit für unvereinbar mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG als dass kein Ausgleich für die Kosten notwendiger Planungen und Untersuchungen gewährt wird. Es hat dem Gesetzgeber aufgegeben, eine Neuregelung bis spätestens zum 30.06.2021 vorzunehmen.

Der Gesetzgeber hat zügig reagiert. Die Neuregelung wurde nachträglich in das laufende Gesetzgebungsvorhaben des Gesetzes zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes und anderer Vorschriften eingebracht (vgl. BT-Drs. 19/24039). Der Deutsche Bundestag hat das Änderungsgesetz am 05.11.2020 in zweiter und dritter Lesung in Form der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie beschlossen. Somit regelt der neue § 10a WindSeeG nun die Erstattung von notwendigen Kosten für Untersuchungen. Danach erstattet das BSH dem Inhaber eines Projekts, dessen Planfeststellungsverfahren oder Genehmigungsverfahren nach § 46 Absatz 3 Satz 1 WindSeeG beendet wurde oder dessen nach der SeeAnIV erteilte Genehmigung durch das WindSeeG seine Wirkung verloren hat, auf Antrag die notwendigen Kosten für Untersuchungen für das Vorhaben. Dies gilt jedoch nur dann, soweit (1.) das Vorhaben in einem der Cluster 9 bis 13 des Bundesfachplans Offshore für die deutsche AWZ der Nordsee 2013/2014 des BSH geplant war, (2.) die Untersuchungen für die Planfeststellung oder Genehmigung des Vorhabens nach der SeeAnIV in der vor dem 01.01.2017 geltenden Fassung notwendig waren und (3.) die Ergebnisse und Unterlagen aus den Untersuchungen nach Nummer 2 für die Voruntersuchung einer Fläche verwertet werden können, die im Flächenentwicklungsplan zur Ausschreibung vor dem 31.12.2030 vorgesehen ist. Der Inhaber des Projekts kann einen entsprechenden Antrag gemäß § 10a Abs. 2 WindSeeG bis zum 30.06.2021 stellen.

© juris GmbH