

Rechtsgutachten

**zur Frage der Verfassungskonformität
wichtiger Aspekte des Entwurfs
des WindSeeG (WindSeeG-E)
und der EEG-Novelle 2016 (EEG-E)**

erstattet von

Univ.-Prof. Dr. Martin Schulte

unter Mitarbeit von

RA Joachim Kloos

Dresden, 23.05.2016

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	3
1. Verfassungskonformität des WindSeeG-E im Hinblick auf die Reichweite der dort eingeräumten Verordnungsermächtigungen	5
a) Gesetzesentwurf des BMWi	5
b) Verfassungsrechtliche Prüfung	6
aa) Möglicher Verstoß gegen ein verfassungsrechtl. Delegationsverbot	7
bb) Möglicher Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot	9
cc) Mögliche Zustimmungspflicht des Bundesrates	12
c) Ergebnis	14
2. Verfassungsmäßigkeit der sog. "kalten Enteignung" der Offshore-Projekte in den Zonen 1 und 2 und in den Zonen 3 bis 5 der Nordsee gem. §§ 39 ff. WindSeeG-E	14
a) Gesetzesentwurf des BMWi	14
b) Verfassungsrechtliche Prüfung	15
c) Ergebnis	23
3. Verfassungsmäßigkeit der immissionsschutzrechtlichen Privilegierung kleiner Windparkbetreiber vor dem Hintergrund des Vorliegens eines sachlichen Differenzierungsgrundes i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG	23
a) Gesetzesentwurf des BMWi	23
b) Verfassungsrechtliche Prüfung	25
c) Ergebnis	28
4. Verfassungsmäßigkeit der sog. "Weltformel" oder "Kannibalisierungformel"	28
5. Mögliche Ausschreibungspflicht für Windpark-Projekte nach europäischem Recht	29

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. *§ 71 WindSeeG-E ist nicht verfassungskonform*

Aus Art. 80 GG ergibt sich, dass der Bundesgesetzgeber alles Wesentliche einer Sachmaterie selbst durch Bundesgesetz regeln oder zumindest Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Übertragung dieser Zuständigkeit an die Verwaltung durch eine sog. Verordnungsermächtigung hinreichend detailliert bestimmen muss. Hier ist eine Verordnungsermächtigung, wie in § 71 WindSeeG-E vorgesehen, zwar nicht ausgeschlossen. Die konkrete Art und Weise ihrer Umsetzung verletzt allerdings Verfassungsrecht: § 71 Nr. 1 bis Nr. 3 WindSeeG-E steht nicht mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG in Einklang. Dadurch werden das Gewaltenteilungs- und das Demokratieprinzip verletzt. Zudem beinhalten § 71 Nr. 2 oder Nr. 4 WindSeeG-E Vorgaben, die nicht ohne Einbeziehung des Bundesrates auskommen. Die geplanten Verordnungsermächtigungen führen zu einer Aushöhlung parlamentarischer Rechte und Zuständigkeiten. Die vorgenannte Einschätzung gilt ebenso für große Teile der Verordnungsermächtigungen im EEG-E 2016. Auch dort wird eine „eigene“ exekutive Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens postuliert, die eine vorangehende parlamentarische Ausgestaltung konterkariert.

2. *Die sog. „kalte Enteignung“ der Offshore-Projekte erweist sich als verfassungswidrig*

Die §§ 39 ff. WindSeeG-E und speziell § 46 Abs. 3 WindSeeG-E, wonach bereits eingeleitete Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren mit dem Inkrafttreten der Neuregelung schlicht enden und an ihre Stelle ein „Ausschreibungsverfahren“ tritt, entwertet gutgläubig geschaffene Rechtspositionen auf Seiten der Vorhabenträger. Es liegt eine Situation sog. „echter“ Rückwirkung vor, die sich verfassungsrechtlich als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip erweist und unzulässig ist. Scheinbar vorbeugende Reaktionen des Gesetzesentwurfs – insbesondere das Selbsteintrittsrecht des bisherigen Vorhabenträgers – greifen dagegen zu kurz. Sie können die verfassungsrechtliche Rechtsverletzung nicht aufheben. Dies gilt für die Zonen 1 und 2, ebenso wie für die Zonen 3 bis 5.

Von einer Beendigung laufender Genehmigungs- oder Planfeststellungsverfahren betroffener Vorhabenträger stünde nach diesseitiger Einschätzung der Rechtsbehelf einer unmittelbaren Urteilsverfassungsbeschwerde zur Seite, es müsste nicht erst gegen einzelne negative Bescheide „durchgeklagt“ werden.

3. *Die Privilegierung „kleiner“ Windparkbetreiber i.S.v. § 36 f EEG-E 2016 ist ebenfalls verfassungswidrig*

Es fehlt an einer sachlichen Rechtfertigung für die mit § 36 f EEG-E 2016 einhergehende Ungleichbehandlung bestimmter kleiner Windparkbetreiber im Vergleich zu allen anderen. Dem könnte nur durch einen Verzicht auf das vorgesehene Ausschreibungssystem oder dessen grundsätzliche Umgestaltung entgegengewirkt werden.

4. *Verfassungswidrigkeit der sog. „Weltformel“*

Auch wenn das EEG zwischen 2012 und 2014 wesentlichen Änderungen unterworfen war, führt dies nicht dazu, dass das Recht der EE nun generell eine Materie wäre, in der schutzwürdiges Vertrauen nicht mehr erwachsen kann. Ein schutzwürdiges Vertrauen in ein „freies“ Wachstum der unterschiedlichen Arten der EE (Offshore-/Onshore- sowie PV-Kapazitäten) unterlag und unterliegt somit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes.

5. *Mögliche Ausschreibungspflicht für Windpark-Projekte nach europäischem Recht*

Eine verbindliche europarechtliche Ausschreibungspflicht für alle Windpark-Projekte „Onshore“ in Deutschland bzw. „Offshore“ im Bereich der deutschen AWZ kann nicht ausgemacht werden. Einer andersartigen Sichtweise ist der Souveränitätsvorbehalt der Mitgliedstaaten bei Entscheidungen über die allgemeine Struktur der Energieversorgung aus Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV entgegenzuhalten.

1. *Verfassungskonformität des WindSeeG-E im Hinblick auf die Reichweite der dort eingeräumten Verordnungsermächtigungen*

a) *Gesetzesentwurf des BMWi*

Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung von Ausschreibungen für Strom aus erneuerbaren Energien und zu weiteren Änderungen des Rechts der erneuerbaren Energien des BMWi mit Bearbeitungsstand vom 14.04.2016 beinhaltet in Art. 2 das Gesetz zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See.¹ In § 71 des WindSeeG-E sind folgende Verordnungsermächtigungen vorgesehen:

„§ 71

Verordnungsermächtigung

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie wird ermächtigt durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrats zu regeln

1. im Bereich der Voruntersuchung von Flächen nach Teil 2 Abschnitt 2

- a) weitere Untersuchungsgegenstände der Voruntersuchung über die in § 10 Absatz 1 genannten hinaus,*
- b) nähere Anforderungen an den Umfang der in § 10 Absatz 1 genannten Untersuchungsgegenstände,*
- c) ergänzende Festlegungen zu § 10 Absatz 2, wann eine Einhaltung des Standes von Wissenschaft und Technik vermutet wird,*
- d) Kriterien, die bei der Feststellung der installierbaren Leistung nach § 10 Absatz 3 und der Eignungsprüfung nach § 11 zu berücksichtigen sind, und*
- e) das Verfahren der Voruntersuchung nach § 12, und*

2. im Bereich der Ausschreibungen für voruntersuchte Flächen nach den §§ 16 bis 25

- a) weitere Voraussetzungen zur Teilnahme an den Ausschreibungen; dies sind insbesondere*
 - aa) Mindestanforderungen an die Eignung der Teilnehmer,*
 - bb) von § 31 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes abweichende oder dessen Bestimmungen ergänzende Anforderungen zu der Art, der Form und dem Inhalt von Sicherheiten und zu den entsprechenden Regelungen zur teilweisen oder vollständigen Zurückzahlung dieser Sicherheiten,*
 - cc) die Festlegung, wie Teilnehmer an den Ausschreibungen die Einhaltung der Anforderungen nach den Doppelbuchstaben aa und bb nachweisen müssen,*

¹ Nachfolgend: WindSeeG-E abgekürzt.

- b) die Festlegung von Mindestgebotswerten,*
- c) eine von § 23 abweichende Preisbildung und den Ablauf der Ausschreibungen,*
- d) die Art, die Form, das Verfahren, den Inhalt der Zuschlagserteilung, die Kriterien für die Zuschlagserteilung und die Bestimmung des Zuschlagswerts, und*
- e) die Art, die Form und den Inhalt des durch einen Zuschlag erteilten Anspruchs nach § 19 des Erneuerbare-Energien-Gesetzes, insbesondere die Regelung, dass der Anspruch für die Bereitstellung installierter Leistung in Euro pro Kilowatt, für eine bestimmte Gesamtmenge elektrischer Arbeit in Kilowattstunden oder für eine Kombination aus der Bereitstellung installierter Leistung und elektrischer Arbeit pro Kilowattstunde besteht,*

3. zur Sicherstellung der Errichtung der Windenergieanlagen auf See

- a) eine Änderung der Fristen nach § 59 oder ergänzende Fristen,*
- b) von § 60 Absatz 3 abweichende oder diesen ergänzende Bestimmungen zu den Voraussetzungen eines Widerrufs des Zuschlags, und*
- c) Anpassungen der Höhe von Strafzahlungen nach § 60 Absatz 1 und 2, und*

4. der Hilfe welcher anderen Behörden sich das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie bei der Erfüllung seiner Aufgaben im Bereich der Voruntersuchung von Flächen nach Teil 2 Abschnitt 2 und der Zulassung von Einrichtungen nach den §§ 45 bis 54 bedienen darf.“

Die Begründung des Gesetzesentwurfs verhält sich in Ansehung der umfänglichen Verordnungsermächtigung schmallippig. Es findet eine rein deskriptive Erläuterung des Regelungsgegenstandes statt, die die getroffenen Ermächtigungsgegenstände lediglich mit anderen Worten, als sie der Normtext verwendet, umschreibt.²

b) Verfassungsrechtliche Prüfung

Fraglich ist, ob die in § 71 WindSeeG-E vorgesehenen, umfangreichen Verordnungsermächtigungen zugunsten des BMWi den zu stellenden verfassungsrechtlichen Anforderungen standhalten.

§ 71 WindSeeG-E ist dabei an den verfassungsrechtlichen Vorgaben für Verordnungsermächtigungen zu messen, die sich vor allem aus Art. 80 Abs. 1 und 2 GG ergeben. Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG normiert dabei ein „Delegationsverbot“ für bestimmte Regelungsmaterien, die ausschließlich einer parlamentarischen Entscheidung vorbehalten sind, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG enthält hingegen einen „Delegationsfilter“ in den Fällen,

² Referentenentwurf des BMWi (IIB2) vom 14.04.2016 (Umdruck), S. 110 f.

in welchen zwar eine Zuweisung auf die Ebene der exekutiven Rechtssetzung möglich, deren materiell-rechtliche Anforderungen aber durch den parlamentarischen Gesetzgeber zu bestimmen sind.³

aa) Möglicher Verstoß gegen ein verfassungsrechtliches Delegationsverbot

(1) Nach der sog. Wesentlichkeitstheorie⁴ ist der Gesetzesvorbehalt – jedenfalls nach h.M. – in einen parlamentsgesetzlichen, auf formelle Gesetze beschränkten Vorbehalt und einen materiell-gesetzlichen, auch Rechtsverordnungen und Satzungen einschließenden Vorbehalt zu untergliedern.⁵ Welcher dieser beiden Vorbehalte in Betracht kommt, bemisst sich nach dem Grad der Wesentlichkeit, die dem zur Regelung anstehenden normativen Gegenstand beizumessen ist. Normative Angelegenheiten von besonderer Wichtigkeit, z. B. sehr intensive grundrechtliche Eingriffe oder die Harmonisierung miteinander kollidierender Grundrechte, sind nur einer Regelung durch Parlamentsgesetz zugänglich. Demgegenüber stehen normative Angelegenheiten, denen diese besondere Wichtigkeit fehlt, einer Regelung auch durch eine Rechtsverordnung auf Grund einer parlamentsgesetzlichen Ermächtigung offen, wobei je nach Grundrechtsrelevanz eine hohe gesetzliche Regelungsdichte im ermächtigenden Gesetz erforderlich ist.⁶

(2) § 71 WindSeeG-E sieht Ermächtigungen – allesamt ohne Zustimmung des Bundesrates – in vier Regelungsbereichen vor: Erstens soll § 10 WindSeeG-E, der die Voruntersuchung von Flächen zum Inhalt hat, hinsichtlich der Untersuchungsgegenstände, der Anforderungen an den Umfang der Untersuchung und der Vermutung der Einhaltung des Standes von Wissenschaft und Technik sowie weiterer Kriterien und des Verfahrens der Voruntersuchung nach § 12 WindSeeG-E, durch die ministerielle Ebene ohne weitere Einschränkung modifiziert werden dürfen. Zweitens soll das BMWi auch im Bereich von Ausschreibungen für voruntersuchte Flächen nach den §§ 16 bis 25 WindSeeG-E weitere Voraussetzungen zur Teilnahme an den Ausschreibungen, die Festlegung von Mindestgebotswerten, eine abweichende Preisbildung und einen abweichenden Ablauf der Ausschreibungen, weitgehende Einzelheiten über das Verfah-

³ Zu den Begriffen: Mann, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 80 Rz. 21 ff.

⁴ Vgl. dazu die umfangreiche Judikatur zu Art. 20 Abs. 3 GG: BVerfGE 34, 165, 192 f.; 40, 237, 249; 77, 170, 230 f.; 98, 218, 251 ff.; 101, 1, 34; 108, 282, 311; zur Wesentlichkeit bei Grundrechtsbezug vgl. auch BVerwGE 109, 29, 37; 109, 97, 105; 134, 59 ff.; 139, 43 ff.

⁵ R Emmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 75. EGL 2015, Art. 80 Rz. 57 ff. (v.a. 58).

⁶ BVerfGE 49, 89, 126 f.; 58, 257, 274; 83, 130, 151 f.; 91, 148, 162 f.; 101, 1, 34, dezidiert hierzu: Mann, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 80 Rz. 22

ren sowie die Kriterien der Zuschlagserteilung definieren dürfen. Konkretisierungen dieser spezifischen Ermächtigung erfolgen zwar, jedoch ausnahmslos durch Regelbeispiele („insbesondere“). Drittens erfolgt eine Ermächtigung zur Änderung von Umsetzungsfristen, zu den Voraussetzungen eines Widerrufs von Zuschlägen und zur Anpassung der Höhe von Strafzahlungen. Viertens darf das BMWi im Rechtsverordnungswege regeln, welcher anderen Behörden sich das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie im Bereich der o.g. Voruntersuchungen bedienen darf.

(3) Auch wenn auf den ersten Blick lediglich Regelungen über Verfahrensausgestaltungen und Behördenzusammenarbeit getroffen werden mögen, können jedenfalls die ersten drei Verordnungsermächtigungen (Ziff. 1 bis 3) direkten Bezug zu Grundrechten, die die Anlagenbetreiber von Windenergieanlagen im Offshore-Bereich für sich in Anspruch nehmen dürfen, haben. Der von einer Voruntersuchung, der Ausgestaltung einer Ausschreibung oder aber von nachträglichen Eingriffen in die erfolgte Zuschlagspraxis betroffene Private, der bereits Vieles, wenn nicht Alles getan hat, um eine Genehmigung oder eine positive Planfeststellungsentscheidung für von ihm projektierten Anlagen zu erhalten, vermag sich auf Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit), Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentum sowie Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) sowie residual auch auf Art. 2 Abs. 1 GG zu stützen. Er wird sich – je nach Stadium der von ihm angestrebten Verfahren und des Finanz-, Sach- und Personalmitteleaufwandes auf Vertrauensschutzaspekte berufen können. Zumindest im Einzelfall ist auch eine durch aufgrund von § 71 Ziff. 1, 2 oder 3 herbeigeführte, rein exekutiv unterlegte Entscheidungen hervorgerufene Existenzvernichtung entsprechender Vorhabenträger zu befürchten, die sich auf eine aus ihrer Sicht abgeschlossene Planung verlassen haben und dann mit zur Undurchführbarkeit des Vorhabens führenden „exekutiven Änderungen“ konfrontiert werden.

Eine Grundrechtsrelevanz ist somit fraglos gegeben. Allerdings wiegt sie – in Ansehung der Wesentlichkeitstheorie, die ausschließlich „die grundsätzlich wesentlichen Fragen“ einer Materie mit Grundrechtsbezug der parlamentarischen Befassung im Rahmen eines Gesetzes unterwirft – nicht so schwer, wie in entsprechenden Vergleichsfällen. Deutlich wird dies bei der Betrachtung verfassungsrechtlicher Judikatur zur „Wesentlichkeit“ von raumordnungsrechtlichen bzw. (landes)planerischen Entscheidungen. Hierzu hat beispielhaft der nordrhein-westfälische Verfassungsgerichtshof entschieden, dass die landesplanerische Ordnung des Braunkohlentagebaus durch

Aufstellung und Genehmigung von Braunkohlenplänen zu den wesentlichen Fragen gehöre, die aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes nicht am Parlament vorbei entschieden werden dürfen. Zugleich hat es indes festgestellt, dass der Landtag NRW diese wesentlichen Fragen durch das nordrhein-westfälische Landesplanungsgesetz geregelt habe. Daher müsse der Landtag weder über das “Ob” eines konkreten Tagebaus noch über dessen Standort oder räumliche Ausdehnung durch einen zusätzlichen Gesetzgebungsakt entscheiden.⁷

Auf § 71 WindSeeG-E übertragen lässt sich ableiten, dass die Voruntersuchung als solche, ebenso wie der Ausschreibungsmechanismus einer Regelung durch ein formelles Gesetz zwingend bedürfen. Dies soll auch durch das WindSeeG-E erfolgen. Bestimmte Einzelheiten dürfen hingegen delegiert werden.

(4) In einem Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass ein Delegationsverbot im Hinblick auf die Regelungsgegenstände in § 71 WindSeeG-E nicht besteht.

bb) Möglicher Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot

Mit dem Befund, ein Verstoß gegen das Delegationsverbot aus Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG sei nicht auszumachen, ist indes noch nicht belegt, dass § 71 WindSeeG-E den Anforderungen aus Art. 80 GG standhielte. Hierzu kommt es auch darauf an, dass den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG Genüge getan wird.

(1) Aus Gründen der Gewaltenteilung und des Demokratieprinzips unterliegt die Exekutivrechtsetzung in Form von Rechtsverordnungen einem Parlamentsvorbehalt, der durch ein spezifisches Bestimmtheitsgebot konkretisiert wird. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG statuiert für den Parlamentsgesetzgeber – sofern er nicht a priori durch das o.g. Delegationsverbot an der Übertragung rechtsetzender Gewalt auf die Exekutive gehindert ist – die Verpflichtung, Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung festzulegen.⁸ Das Bestimmtheitsgebot ist somit nur auf solche Regelungsgegenstände anzuwenden, die entweder dem materiell-gesetzlichen Vorbehaltsbereich zugehören oder die zwar gänzlich aus dem Anwendungsfeld des Vorbehalts des Gesetzes herausfallen,

⁷ NWVerfGH, Urteil v. 29.04.1997, Az.; VerfGH 9/95; Ls. 5, zit. nach juris; vgl. zur „Wesentlichkeit“ von Umsiedlungsplänen auch: BVerfG, Beschl. v. 03.05.1991, Az. 1 BvR 756/90, NVwZ 1991, 978.

⁸ Mann, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 80 Rz. 23 ff.; Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S. 143 ff.; Eberle, DÖV 1984, 485, 486 f.; Krebs Jura 1979, 304, 311; Nolte AöR 118 (1993), 378, 400 f. – abweichend: v. Danwitz, Die Gestaltungsfreiheit des Ordnungsgebers, 1989, S. 86 ff.

aber von dem gesetzlichen Totalvorbehalt des Art. 80 Abs. 1 S. 2 erfasst werden.⁹ Als Ausfluss dieses Vorbehalts ist die sog. Subdelegation, also die Weiterübertragung der Ermächtigung, beschränkt.

Ob der Grad der Bestimmtheit hinreichend ist, ist von der Bedeutsamkeit der normativen Regelungen abhängig, zu denen die Exekutive ermächtigt wird. Aus der bereits oben angeführten Wesentlichkeitstheorie folgt, dass die Bestimmtheit des Ausmaßes, des Inhaltes sowie des Zweckes der erteilten Ermächtigung umso größer sein muss, je wesentlicher die übertragenen Materien, d.h. je grundrechtsrelevanter die Auswirkungen für die von einer Rechtsverordnung potentiell Betroffenen sind. Davon abgesehen hängt der Grad der erforderlichen Bestimmtheit auch von den Konkretisierungsmöglichkeiten ab, die ein normativer Regelungsgegenstand auf Grund seiner Eigenart überhaupt zulässt; so sind bei vielgestaltigen Sachverhalten geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen, desgleichen, wenn zu erwarten ist, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse alsbald ändern werden.¹⁰ Nach heutiger Judikatur des BVerfG ist es zulässig, dass sich die notwendige Bestimmtheit nicht aus der spezifischen Regelung als solcher ergeben muss, sondern aus dem gesamten – nicht nur aus der Verordnungsermächtigung sondern auch weiteren Normen bestehenden – Gesetzeswerk ergeben und im Wege der juristischer Methodik folgenden Interpretation ermittelt werden kann.¹¹ Nach hier vertretener Auffassung muss Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG indes wörtlich genommen werden. Demnach hat in der Ermächtigungsgrundlage die ausdrückliche oder jedenfalls zweifelsfrei interpretierbare Angabe enthalten zu sein, welche Sachfragen in welchem Umfang und mit welcher Zielrichtung von der Exekutive durch Verordnung geregelt werden können oder müssen.¹²

(2) Vorliegend kommt es jedoch nicht einmal darauf an, ob Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, wonach sich „Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung“ hinreichend deutlich der gesetzlichen Regelung entnehmen lassen müssen, wörtlich oder in einem globaleren, interpretationsfähigen Sinne zu verstehen sind. Betrachtet man § 71 Nr. 1 und Nr. 2 WindSeeG-E, so erhält das BMWi gleichsam die Zugriffsmöglichkeit hinsichtlich Umfang, Kriterien und Verfahren der Voruntersuchung, aber auch der verga-

⁹ R Emmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 75. EGL 2015, Art. 80 Rz. 63 hingegen spricht dabei lediglich von einem „Bestimmungsgebot“, zeigt aber zugleich auf, dass die Judikatur des BVerfG Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG als „Bestimmtheitsgebot“ qualifiziert.

¹⁰ Mann, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 80 Rz. 29.

¹¹ BVerfGE 8, 274, 307; 80, 1, 20 f.; 85, 97, 104 f.; 91, 148, 163 f.; 130, 151, 199 ff.

¹² So auch R Emmert, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 75. EGL 2015, Art. 80 Rz. 73 m.w.N.

berechtigten Verfahrensweise und Zuschlagserteilung nicht allein punktuell zu konkretisieren, sondern eigene alternative Prozesse auszugestalten, die neben und über die formell-gesetzliche Ebene hinaus, dezidiert andere Schwerpunkte setzen. Es ist nicht mehr gewährleistet, dass die vom Gesetzgeber in den §§ 10 ff. sowie für das Ausschreibungsverfahren getroffenen Entscheidungen dann noch eingehalten werden. Somit kann nicht einmal aus dem „Gesamtzusammenhang“ des WindSeeG-E eine hinreichende Konkretisierung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung entnommen werden, weil § 71 WindSeeG-E in keinem der vorgesehenen ministeriellen Rechtsetzungsbereiche verbindliche inhaltliche Anknüpfungspunkte übriglässt. Solche gäbe es, wenn die Vorschrift bspw. dem BMWi die – weitere – Ausgestaltung der Verfahren *ohne* Abweichung vom Gesetz überweisen würde. Dies geschieht aber nicht. Vielmehr lässt es § 71 WindSeeG-E bewusst zu, dass es die exekutive Ebene – insbesondere bei den Themen Voruntersuchung und Ausschreibung – auch „ganz anders“ als der Gesetzgeber machen dürfe. Der Gesamtzusammenhang des WindSeeG-E bietet somit gerade keine norminterpretatorische Grundlage, um die Verordnungsermächtigungen des § 71 WindSeeG-E verfassungsrechtlich unbeanstandet zu konkretisieren.

Zugespitzt stellt sich die Frage, aus welchem Grund der parlamentarische Gesetzgeber zunächst selbst zur „Voruntersuchung von Flächen“ immerhin fünf und zum „Ausschreibungsverfahren“ ganze 29, teilweise sehr detaillierte Einzelregelungen im Entwurf des WindSeeG beschließen soll, um dann in § 71 Nr. 1 und Nr. 2 WindSeeG-E jedenfalls verfahrensbezogen „zwei Schritte zurück“ zu weichen und die Ausgestaltung mit zahlreichen Einfalltoren in die Hand der Exekutive zu geben. Eine hinreichende Absteckung eines Regelungsprogramms durch die legislative Ebene ist auf diese Weise nicht mehr vorhanden. Ursprünglich – in Ansehung der §§ 9 ff. bzw. 14 ff. WindSeeG-E zwar vorhanden – wird diese durch § 71 Nr. 1 und Nr. 2 WindSeeG-E vollständig konterkariert. Eine derartige Verordnungsermächtigung zu beschließen, stellte eine kaum verbrämte Selbstentmachtung des Parlaments dar. Etwas ketzerisch formuliert, erscheinen Teil 2, Abschnitt 2, und Teil 3 des WindSeeG-E unter diesen Umständen auch verzichtbar. Stattdessen könnte auch eine allgemeine Generalklausel implementiert werden, die Voruntersuchung und Ausschreibungsverfahren dann wenigstens offen und transparent verwaltungsbehördlicher Gestaltungs- und Entscheidungszuständigkeit unterwirft.

(3) Schließlich vermögen andere – wettbewerbs- und vergaberechtlich induzierte – Verordnungsermächtigungen, die ihrerseits für verfassungskonform gehalten werden, § 71 WindSeeG-E nicht zu retten. Allen anderen voran ist auf § 97 Abs. 6 GWB zu rekurrieren, der die Exekutiveebene ermächtigt, im Wege von Rechtsverordnungen „Regelungen über die Bekanntmachung, den Ablauf und die Arten der Vergabe, über die Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote, über den Abschluss des Vertrages und sonstige Fragen des Vergabeverfahrens“ zu treffen. Diese Norm sieht die h.M. im Einklang mit den Anforderungen aus Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG.¹³ § 71 WindSeeG-E kann daraus indes nichts gewinnen. Dem WindSeeG-E fehlt zum einen, anders als dem inzwischen durch europäisches Vergaberecht determinierten GWB, der zwingende europarechtliche „Überbau“, dessen Grenzen deutsches Rechtsverordnungsrecht einhalten muss. Zum anderen und bedeutsameren ist § 71 WindSeeG-E indes anders als § 97 Abs. 6 GWB strukturiert: Letztere Norm ermächtigt die exekutive Ebene, ergänzend zu den gesetzlich im GWB selbst geregelten Materien tätig zu werden. Erstgenannte weist dem Ordnungsgeber dagegen die eigentlichen Gestaltungsspielräume bei den inhaltlichen Anforderungen an die Voruntersuchung (§ 71 Nr. 1) zu bzw. gewährt sogar dezidierte Abweichungsrechte von Gesetzesrecht im formellen und materiellen Sinne (§ 71 Nr. 2 a bb und c; Nr. 3). Auch hierin verdichtet sich nochmals die unverhohlene Entmachtung der legislativen Ebene, die § 71 WindSeeG beinhaltet.

(4) In einem weiteren Zwischenfazit ist festzuhalten, dass § 71 Nr. 1 bis Nr. 3 WindSeeG nicht mit Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG in Einklang stehen. Auch wenn diese Vorschrift mit der Entscheidungspraxis des BVerfG weit verstanden ist, sprengt die Reichweite der hier angestrebten Verordnungsermächtigungen den verfassungsrechtlich zulässigen Rahmen. Gewaltenteilungs- und Demokratieprinzip werden verletzt.

cc) Mögliche Zustimmungspflicht des Bundesrates zu einzelnen Rechtsverordnungen

Zum Schutz der Mitwirkungsrechte der Länder schließlich bedürfen manche Rechtsverordnungen der Zustimmung des Bundesrates.

Charakteristisch für diese „rechtsgrundlagebedingten“ Zustimmungsverordnungen“ ist nach Art. 80 Abs. 2 GG, dass sie ihre Ermächtigungsgrund-

¹³ Statt vieler: Dörr, in: Dreher /Motzke, BeckOK Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 97 Abs. 6 GWB Rz. 4 ff. m.w.N.

lage nicht in Einspruchsgesetzen, sondern in Bundesgesetzen finden, die der Zustimmung des Bundesrates bedürfen.¹⁴ Unter diesen zustimmungsbedürftigen Bundesgesetzen sind deren sämtliche Bestimmungen inklusive einschlägiger Ermächtigungsnormen, also die Gesetze als Ganzes, zu verstehen. Mit anderen Worten führen bereits einzelne zustimmungspflichtige Materien in einem umfangreicheren Gesetzeszusammenhang zur Einschlägigkeit von Art. 80 Abs. 2 GG und zur entsprechenden Zustimmungspflichtigkeit des Bundesrates zu einzelnen Rechtsverordnungen auf der Grundlage einer in jenem Gesetz enthaltenen Ermächtigungsnorm.¹⁵ Schließlich wird ein Zustimmungserfordernis auch dann ausgelöst, wenn die Bundesländer „vollzugsbedingt“ tangiert werden, also durch die Regelungen des Ermächtigungsgesetzes, die in der jeweiligen Rechtsverordnung konkretisiert werden, im Rahmen der Umsetzung betroffen werden.¹⁶

Während die grundsätzliche Zulässigkeit einer Delegation der Regelungsmaterien in § 71 WindSeeG-E im Hinblick auf eine Bundesratszustimmung eher unproblematisch erscheint, gilt dies für den Ausschluss einer solchen Zustimmung jedenfalls im Hinblick auf § 71 Nr. 2 und Nr. 4 WindSeeG-E nicht.

Hinsichtlich der vergaberechtlichen Bezüge der exekutiven „Modifikationsmöglichkeiten“ von Ausschreibungen für voruntersuchte Flächen und im Hinblick auf die umfangreiche Heranziehungsermächtigung „aller“ Bundes- und Landesbehörden ist gerade das Zustimmungserfordernis des Bundesrates zu betrachten, zumal eine entsprechende Berücksichtigung im Rahmen von § 71 WindSeeG-E explizit nicht mehr vorgesehen ist. § 97 Abs. 6 GWB zeigt – quasi als normatives Gegenmodell – dass speziell im Bereich von Ausschreibungs- und Vergaberecht, mag dies hier auch lediglich „Offshore“ von Relevanz sein – ein Beteiligungs- und Zustimmungsvorbehalt der Länder einzuräumen ist. In § 71 WindSeeG-E wird dem in keiner Weise Rechnung getragen.

Problematisch ist zudem die pauschale Verpflichtungsmöglichkeit jeder Landesbehörde durch § 71 Nr. 4 WindSeeG-E, durch welche die Länder in die Rolle eines Handlangers des BMWi gedrängt werden, auf den – entsprechend dem Pauschalverweis – jederzeit und ohne weiteres zurückgegriffen werden kann. Diese Verordnungsermäch-

¹⁴ Mann, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 80 Rz. 36.

¹⁵ BVerfGE 24, 184, 194 ff.; Brenner, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 80 Rz. 92

¹⁶ BVerfGE 114, 196, 230.

tigung ist derart weit und unbestimmt hinsichtlich der Möglichkeiten des (landes-)behördlichen Zugriffs geraten, dass Art. 80 Abs. 2 GG an dieser als vollzugsbedingte Vorgabe nicht unberücksichtigt bleiben darf.

In einem dritten Zwischenfazit ergibt sich, dass jedenfalls Rechtsverordnungen, die den Regelungsgegenstand aus § 71 Nr. 2 oder Nr. 4 WindSeeG-E zum Inhalt haben, nicht ohne Einbeziehung des Bundesrates auskommen. Auch an dieser Stelle erweisen sich jedenfalls Teile des geplanten § 71 WindSeeG-E als nicht verfassungskonform.

c) Ergebnis

(1) § 71 WindSeeG-E verstößt gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 sowie Abs. 2 GG. Eine derartige Regelung greift in die Funktionsbereiche der Legislative und der Bundesländer ein und führte, würde sie derart in Kraft treten, zu einer Aushöhlung vor allem parlamentarischer Rechte und Zuständigkeiten.

(2) Exkurs: Die vorgenannte Einschätzung gilt in gleicher Weise für die nahezu wortlautidentisch formulierte Verordnungsermächtigung in § 88 EEG-E 2016.¹⁷ Sie gilt ebenso für § 88 a Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 8 EEG-E 2016. Auch dort wird eine „eigene“ exekutive Ausgestaltung des Ausschreibungsverfahrens postuliert, die eine vorangehende parlamentarische Ausgestaltung im EEG-E 2016 konterkariert. Außerdem wird insoweit auch dort verfassungsrechtlich nicht vertretbar auf ausreichende Zustimmungsvorbehalte des Bundesrates verzichtet.

2. *Verfassungsmäßigkeit der sog. „kalten Enteignung“ der Offshore-Projekte in den Zonen 1 und 2 und in den Zonen 3 bis 5 der Nordsee gem. §§ 39 ff. WindSeeG-E*

a) Gesetzesentwurf des BMWi

Teil 3 Abschnitt 4 des WindSeeG-E (§§ 39 ff.) regelt ein Eintrittsrecht für Inhaber bestehender Projekte, die bei den Ausschreibungen in der Übergangsphase keinen Zuschlag erhalten haben. Ihre Vorleistungen in Form von Daten und Unterlagen haben sie zuvor dem Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) überlassen müs-

¹⁷ Referentenentwurf des BMWi (IIIB2) vom 14.04.2016 (Umdruck), dort: Art. 1 Änderung des Erneuerbare Energiengesetz.

sen, wogegen das Eintrittsrecht im Rahmen des Gesetzesentwurfs als „Ausgleich“ fungieren soll.¹⁸

Speziell § 46 Abs. 3 WindSeeG-E widmet sich sodann dem Verhältnis zwischen bereits begonnenen Planfeststellungsverfahren (sowie sonstigen Genehmigungsverfahren) und den de lege ferenda vorgesehenen Ausschreibungen. Er normiert:

„(3) Mit dem [einsetzen: Datum des Inkrafttretens dieses Gesetzes] enden sämtliche laufenden Planfeststellungsverfahren oder Genehmigungsverfahren zur Errichtung und zum Betrieb von Windenergieanlagen auf See, soweit die Vorhaben nicht unter den Anwendungsbereich der Ausschreibungen für bestehende Projekte nach § 26 Absatz 2 fallen. Die Planfeststellungsbehörde bestätigt die Beendigung des Verfahrens auf Antrag des Vorhabenträgers.“

b) Verfassungsrechtliche Prüfung

(1) Die §§ 39 ff. WindSeeG-E im Allgemeinen und § 46 Abs. 3 WindSeeG-E im Besonderen betreffen Sachverhalte – die Einleitung und Durchführung teilweise sehr ressourcenaufwändiger Zulassungsverfahren – ,die offenbar bereits heute zu großen Teilen in der Vergangenheit liegen. Es liegt auf der Hand, dass sich gesetzliche Eingriffe, wie sie durch die vorgenannten Normen vorgesehen sind, am Maßstab des rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbotes messen lassen müssen. Zwar bezieht sich die Vorschrift nur auf den Zeitraum nach ihrem Inkrafttreten. Sie hat jedoch insoweit rückwirkende Kraft, als sie auch auf davor eingeleitete, bereits seit längerem laufende Planfeststellungs- bzw. Genehmigungsverfahren Anwendung findet und in diesen Fällen bereits in der Vergangenheit begründete, aber noch andauernde kostenintensive Planungsverfahren und auch schuldrechtliche Bindungen (jedenfalls unter Privaten) berührt.

(2) Das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot enthält für verschiedene Fallgruppen unterschiedliche Anforderungen.¹⁹ Eine unechte Rückwirkung ist verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig. Sie liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet. Allerdings können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Diese sind erst überschritten, wenn die vom

¹⁸ Referentenentwurf des BMWi (IIIB2) vom 14.04.2016 (Umdruck), S. 86

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 18. 2. 2009, 1 BvR 3076/08, NVwZ 2009, 1025, 1029 f. (Neuregelung der Vergütung von Strom aus mehreren Biomasseanlagen); BVerfGE 101, 239, 263f.

Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.²⁰ Eine echte Rückwirkung ist dagegen verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig. Sie liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift.²¹ Auch in diesem Fall gibt es aber Ausnahmen. Das Rückwirkungsverbot findet im Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht nur seinen Grund, sondern auch seine Grenze.²² Es gilt dort nicht, wo sich kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte. Das ist namentlich dann der Fall, wenn die Betroffenen schon im Zeitpunkt, auf den die Rückwirkung bezogen wird, nicht mit dem Fortbestand der Regelungen rechnen konnten. Ferner kommt ein Vertrauensschutz nicht in Betracht, wenn die Rechtslage so unklar und verworren war, dass eine Klärung erwartet werden musste. Schließlich muss der Vertrauensschutz zurücktreten, wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung erfordern.²³

(3) Hieran gemessen ist zu prüfen, ob die §§ 39 ff. WindSeeG-E einer verfassungsrechtlichen Prüfung im Ergebnis standhalten.

Insoweit ist bei bereits im Planungsablauf begonnenen Projekten zeitlich zwischen solchen zu differenzieren, die noch nach § 3 SeeAnIV a.F.²⁴ bei Vorliegen der Genehmigungsvoraussetzungen Anspruch auf eine gebundene Genehmigungsentscheidung geltend machen können²⁵ und „neueren“, die für Errichtung und Betrieb der Anlagen im Sinne des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 SeeAnIV n.F.²⁶ der Planfeststellung bedürfen. Mit dem Inkrafttreten der Novelle trat an die Stelle der zuvor gebundenen Genehmigungsentscheidung eine behördlichem Ermessen unterliegende Planentscheidung, in der die berührten öffentlichen und privaten Belange einschließlich der Umweltverträglichkeit im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen waren und – de lege lata vor dem Hinzukommen des hiesigen Gesetzesentwurfs – auch noch sind.²⁷

²⁰ Ständige Rspr., vgl. nur: BVerfGE 95, 64, 86.

²¹ BVerfGE 11, 139, 145 f.

²² BVerfGE 88, 384, 404.

²³ BVerfGE 13, 261, 272.

²⁴ In der Fassung der 1. Änderungs-VO, BGBl. I, S. 1296, in Kraft getreten am 26.07.2008.

²⁵ Dazu: Schmälter, in: Danner/Theobald, Energierecht, 71. EL 2011, § 3 See-AnIV Rz. 1.

²⁶ Seeanlagen-NeuregelungsVO, BGBl. 2013 I, S. 112, in Kraft getreten am 31.01.2012.

²⁷ Einen detaillierten Überblick zum Ablauf des Planfeststellungsverfahrens gibt Zabel, NordÖR 2012, 263 ff.

Im erstgenannten Fall ist von einem abgeschlossenen Sachverhalt in der Vergangenheit jedenfalls dann auszugehen, wenn die Vollständigkeit der von Seiten des Vorhabenträgers zusammengestellten und eingereichten Antrags- sowie Genehmigungsunterlagen entweder behördlich bestätigt oder tatsächlich gegeben ist und die Erteilung, d.h. letztlich die Bearbeitung und die Ausreichung der erforderlichen Genehmigung nach § 3 SeeAnIV a.F. lediglich noch als behördeninterner Prozess beim BSH angesprochen werden muss. Eine Abgeschlossenheit setzt hier nicht die eigentliche Genehmigungserteilung voraus. Dies folgt aus den strikten Vorgaben aus § 5 Abs. 1 SeeAnIV a.F. über den Ablauf und die „Wirksamkeit“ einer Antragstellung. Danach hatte der Antragsteller die für die Prüfung relevanten Unterlagen *„auf Verlangen der Genehmigungsbehörde innerhalb einer angemessenen Frist zu ergänzen; andernfalls verfällt der Antrag“* (vgl. § 5 Abs. 1 S. 3 SeeAnIV a.F.). Postuliert wurde also kein „offenes Genehmigungsverfahren“, welches allenfalls durch „Kann-Bestimmungen“ über behördliche Bearbeitungsfristen geprägt war – wie bspw. die bauordnungsrechtlichen Genehmigungsverfahren in den Bauordnungen der meisten Bundesländer für sog. Sonderbauten – , sondern ein spezifisches, gestuftes Zulassungsverfahren, welches zunächst einen „wirksamen Antrag“ voraussetzte, der allein – bei Vorliegen der übrigen gebundenen Kriterien nach § 3 SeeAnIV a.F. – zu einer „wirksamen Genehmigung“ führen konnte (und dann auch musste). Die besondere „Verfall-Regelung“ untauglicher oder unvollständiger Antragsunterlagen, die eine gesetzliche Rücknahmefiktion darstellt, wirkt dabei in zwei Richtungen: Einerseits sollten und konnten unzulängliche Antragsunterlagen für Offshore-Windparkprojekte nicht einfach „auf Verdacht“ eingereicht werden; entsprechende Anträge galten dann – jedenfalls ohne Nachbesserung – als zurückgenommen und nicht mehr existent. Umgekehrt durfte sich der ernsthafte Antragsteller, der alles getan hat, um einen vollständigen Antrag vorzulegen (und die Genehmigung nach § 3 SeeAnIV a.F. dann auch zu erhalten), auf die Wirksamkeit seines Antrags verlassen. Insoweit entfaltete § 5 Abs. 1 S. 3 SeeAnIV a.F. eine – ebenfalls gebundene – verfahrensrechtliche Vorwirkung: Der Antragsteller eines „wirksamen Antrags“ hat zwar keinen Anspruch auf die Erteilung der Genehmigung in einem spezifischen Zeitpunkt. Er hat aber sehr wohl einen Anspruch – bei Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen – überhaupt eine Genehmigung zu erhalten. Dies begründet einen bereits abgeschlossenen Tatbestand in der Vergangenheit.

Für neuere Projekte, deren Planungen erst nach Inkrafttreten der Novelle der SeeAnIV n.F. (s.o.) beim BSH vorgelegt wurden und die nunmehr eines Planungsfeststellungsverfahrens bedürfen, ist eine ähnlich strikte Situation nicht auszumachen. Die behördliche Abwägungsentscheidung nach § 2 SeeAnIV n.F. beinhaltet ein planerisches Ermessen, welches mit der gesetzlich normierten Gebundenheit des früheren Zulassungsverfahrens grundsätzlich nicht vergleichbar ist. Indessen ergibt sich eine identische Situation, wie oben beschrieben, dann, wenn der Vorhabenträger alles getan, also nachweislich sehr hohen verfahrensbezogenen Aufwand betrieben hat, um einen Planfeststellungsbeschluss bzw. eine Genehmigung zu erhalten, und das BSH von § 4 Abs. 3 SeeAnIV n.F. Gebrauch gemacht hat. Nach dieser Norm kann die Planfeststellungsbehörde dem Vorhabenträger nach Anhörung angemessene Fristen im Verfahren vorgeben, um Unterlagen vorzulegen oder Fragen zu beantworten. *„Werden die Fristen nicht eingehalten, kann die Planfeststellungsbehörde den Antrag ablehnen.“* (vgl. § 4 Abs. 3 S. 2 SeeAnIV n.F.). Diese Regelung schafft eine mit § 5 Abs. 1 S. 3 SeeAnIV a.F. vergleichbare Stufung des Zulassungsverfahrens. Ein durch Einhaltung einer dezidiert gesetzten Frist „behördlich akzeptierter“ Antrag im Rahmen eines Planfeststellungs- oder sonstigen Genehmigungsverfahrens, steht dem o.g. „wirksamen Antrag“ gleich. Ähnlich wie oben ist in solch einem Fall auch nach novelliertem Recht ein abgeschlossener Tatbestand vorhanden, bei dem der Vorhabenträger auf den Abschluss des Planfeststellungsverfahrens vertrauen durfte. Tritt dann noch eine Reduzierung des planerischen Ermessens „auf Null“ hinzu, weil der Vorhabenträger alles Notwendige veranlasst hat und das spezifische Vorhaben offensichtlich zulassungsfähig ist, gilt auch für nach dem 31.01.2012 beim BSH beantragte Vorhaben das oben Dargestellte.

Nach diesseitiger Auffassung sind die oben geschilderten, für sich abgeschlossenen Rechtspositionen vergleichbar mit gesetzlich bereits heute zugesagten Begünstigungen, bspw. einer Fortsetzung bestehender finanzieller Förderung im Bereich der Einspeisevergütungen für bestehende Projekte, wie sie sich aus § 102 EEG 2014 – auch und gerade in Ansehung künftiger Systemänderungen (durch Implementierung von Ausschreibungsverfahren) ergibt. Wenn hier durch eine gesetzliche Neuregelung der einmal zugesagte Förderanspruch nach § 19 Abs. 1 EEG 2014 aufgehoben würde, wäre das nicht nur widersprüchlich, sondern würde verfassungsrechtlich geschütztes Vertrauen der Betreiber als Ausfluss des Rechtsstaatsgebots zerstören. Ähnlich verhielte sich dies bei wirtschaftlichen Schlechterstellungen, z.B. durch Einführung einer Ein-

maldegression o.ä., die mit dem ursprünglichen Fördermechanismus finanziell nicht mehr vergleichbar wäre. Eine solche würde die erlangte Position – und den mithin „abgeschlossenen Sachverhalt“ – aus § 19 Abs. 1 i.V.m. § 34 bzw. § 37 f. EEG 2014 unterminieren und erschiene als „echte“ Rückwirkung. Nichts anderes gilt hier.

(4) Jedenfalls diejenigen Vorhabenträger, die auf die Rechtssicherheit einer Fort- und Zuendeführung von Planungen für Offshore-Windenergieanlagenprojekte auf der Grundlage der bisherigen Rechtslage nach SeeAnlV vertrauen durften, weil sie sich auf einen „wirksamen Genehmigungsantrag“ oder auf eine vergleichbare Situation in einem Planfeststellungsverfahren (s.o.) stützen können, dürfen verfassungsrechtlich zulässig – unter Beachtung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes – nicht zur zwingenden Beendigung dieser Projekte verpflichtet werden.

Erfasst werden dabei zwar nicht unmittelbar Eigentumsrechte an bereits bestehenden Offshore-Anlagen oder Offshore-Windparks, jedoch Rechtspositionen in und durch Planungs- und Genehmigungsverfahren, die für sich bereits kostenintensiv waren (und sind). Dies belastet den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (s.o.) des jeweiligen Vorhabenträgers und stellt einen Eingriff in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG dar. Die Frage, ob und inwieweit sich jemand auf ein Gesetz bzw. den Bestand einer Rechtslage verlassen kann, ist unabhängig davon in jedem Fall ein Ausfluss des sich aus Art. 20 GG ergebenden Rechtsstaatsprinzips, das insbesondere auch die Verlässlichkeit des Rechts betrifft.²⁸ Der jeweilige Träger eines Projektes mag zwar wirtschaftliche Risiken eingehen. Die durch Gesetz herbeigeführte Beendigung eines zuvor gleichsam zugesicherten gestuften Zulassungsverfahrens auf der Grundlage eines „wirksamen“ bzw. „bestätigten“ Antrags fällt aus diesem Rahmen unternehmerischer Risikotragung allerdings deutlich heraus.

Ausgehend davon, spricht jedenfalls für Fälle des § 46 Abs. 3 WindSeeG-E Vieles für einen echten Rückwirkungstatbestand, da Planfeststellungs- und Genehmigungsverfahren sowie alle auf Vorhabenträgerseite vorangegangenen Vorbereitungsmaßnahmen nachträglich so gestellt werden, als seien sie entweder nie betrieben worden oder von Anfang an aussichtslos gewesen. Eine solche apodiktische gesetzliche Veränderung bestehender Zulassungsanforderungen greift – schon bei „wirksamen“ bzw. „bestätigten“ Anträgen (und erst recht bei tatsächlich erteilten Genehmigungen oder erlas-

²⁸ Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand 15.7.2009, Art. 20 Rz. 168

senen Planfeststellungsbeschlüssen) – deshalb „echt“ in die Vergangenheit zurück, weil zuvor verpflichtende und gebundene Entscheidungen das Verwaltungshandeln geprägt haben. Weil dies so ist, durften die Vorhabenträger bislang auch darauf vertrauen, dass jedenfalls ihr Verfahrensaufwand nicht vergeblich sein werde. Dieses rechtlich geschützte Vertrauen wird durch die geplante Neuregelung verletzt. Letztere dürfte bei künftigen Projekten ansetzen – die jetzige Konzeption stellt indessen einen Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes dar.

(5) Rückausnahmetatbestände greifen nicht: Weder war die Rechtslage bisher verworren oder klärungsbedürftig noch liegen – für die Vergangenheit – überragende Gesichtspunkte des gemeinen Wohls vor, die eine solche Regelungssystematik, wie durch den WindSeeG-E vorgesehen, rechtfertigen. Letzteres kann – je nach Gewicht des Eingriffs – ohnehin nur dann der Fall sein, wenn schwerste Gefahren für höchste Verfassungsgüter anzunehmen sind.²⁹ Hier ist nicht ersichtlich, welche „entgegenstehenden“ Verfassungsgüter durch eine Fortsetzung begonnener Planfeststellungs- oder Genehmigungsverfahren bei Offshore-Windparkprojekten „so schwer“ betroffen sein könnten, dass eine echte Rückwirkung ausnahmsweise zulässig wäre. Die Begründung des Gesetzesentwurfs schweigt dazu bezeichnenderweise.³⁰

Aber auch das in Teil 3 Abschnitt 4 aufgenommene Selbsteintrittsrecht für den Inhaber eines bestehenden Projekts führt nicht zu einer angemessenen Rückausnahme, die die echte Rückwirkung unbedenklich erscheinen ließe. Zwar könnte ein solches Recht derart wirken, dass es dem bisherigen Vorhabenträger ermöglicht, unbedingt und ohne zeitlichen oder inhaltlichen Nachteil im Hinblick auf den räumlichen Umfang eines bereits begonnenen Projekts seine erlangte Rechtsposition auch künftig zu wahren. Die §§ 39 ff. WindSeeG-E sind aber gerade nicht so ausgestaltet, dass ein bisheriger Vorhabenträger ein unbedingtes Sicherungsrecht erhielte. Nach § 40 Abs. 1 S. 1 WindSeeG-E muss sich zunächst einmal die ausgeschriebene Fläche mit der bislang projektgegenständlichen Fläche überschneiden. Nach den §§ 16 ff. steuern indes die BNetzA bzw. andere zuständige Behörden nicht nur das „Wie“, sondern auch das „Ob“ der Ausschreibungen und bestimmen damit, ob die §§ 39 ff. WindSeeG überhaupt zur Anwendung gelangen können. § 40 Abs. 2 WindSeeG-E führt dabei nur

²⁹ BVerfGE 129, 37, 46; 133, 40 ff.

³⁰ Referentenentwurf des BMWi (IIIB2) vom 14.04.2016 (Umdruck), S. 92; dort wird vielmehr rein deskriptiv – ohne jede Begründung – ausgeführt, dass noch nicht abgeschlossene Verfahren durch Gesetz beendet werden.

scheinbar zu einem Schutz bisheriger Vorhabenträger: Zwar genügt eine teilweise Flächenüberschneidung mit einer voruntersuchten Fläche, diese verpflichtet den bisherigen Projektträger dann aber zum Eintritt in ein räumlich ggf. deutlich verändertes Vorhaben und zwingt ihm ein anderes Projekt auf. Selbst wenn räumliche Identität zu verzeichnen ist, erlegt § 40 Abs. 1 WindSeeG-E dem Vorhabenträger im Übrigen eine Beteiligungspflicht am neu hinzutretenden Ausschreibungsverfahren auf. Der an sich vertrauensgeschützte (s.o.) bisherige Träger des Projekts wird dadurch in eine Konkurrenzsituation mit Dritten gezwungen, in der er allermindestens erheblichen zusätzlichen Verfahrensaufwand zu tragen hat, der nach den bisherigen Regelungen der SeeAnlV in keiner Weise absehbar war und in der er im „worst case“ trotz all des zusätzlichen Ressourceneinsatzes dennoch sein Projekt verliert. Eine solche gesetzliche Verpflichtung öffnet einem Missbrauch zur „Marktberreinigung“ Tür und Tor.

Dabei ist es im Übrigen zweitrangig, in welche Zonen der Nordsee (1 und 2 bzw. 3 bis 5) durch den WindSeeG-E entsprechend eingegriffen wird. Die o.g. Überlegungen gelten in beiden Fällen.

(6) Lediglich hilfsweise sei darauf hingewiesen, dass die obigen Überlegungen zur Frage des Vertrauensschutzes auch dann – erst recht – zum Tragen kommen, wenn man bei den §§ 39 ff. WindSeeG-E bzw. § 46 Abs. 3 WindSeeG-E einen Fall unechter Rückwirkung unterstellte.

Vorliegend ist jedenfalls keine mit der Sach- und Rechtslage in Ansehung von § 19 Abs. 1 EEG 2009 vergleichbare Situation gegeben. Den seinerzeitigen Beschwerdeführern, die im Rahmen von Verfassungsbeschwerden eine höhere Vergütung für den Betrieb von Biomasseanlagen durchsetzen wollten, hielt das BVerfG entgegen, dass „jeweils bereits vor Errichtung und Inbetriebnahme ihrer Anlagen aus der Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 2 EEG 2004 (BTDrucks 15/2864, S. 30) ersichtlich (gewesen sei), dass der Gesetzgeber die dem „Gesetzeszweck widersprechende Umgehung der für die Vergütungshöhe geltenden Leistungsschwellen durch Aufteilung in kleinere Einheiten“ verhindern wollte.“³¹ Eine solche Offensichtlichkeit ist hier nicht gegeben: Weder konnte sich der Antragssteller eines „wirksamen“ oder „anerkannten“ Antrags nach der SeeAnlV im obigen Sinne auf das nun gänzlich neue System von „Voruntersuchungen“ und „Ausschreibungen“ einstellen – der Gesetzgeber hat es vor Konzipie-

³¹ BVerfG, Beschluss vom 03.04.2009, Az. 1 BvR 3369/08, zit. nach juris.

nung des Entwurfs des WindSeeG nie erwähnt – noch erschiene das Betreiben bisheriger Genehmigungs- oder Planfeststellungsverfahren in irgendeiner Weise „rechtsmissbräuchlich“ oder – so wie im Falle der höheren EEG-Vergütung nach § 19 EEG a.F. (s.o.) – auf einen unangemessenen Partikularvorteil gerichtet.

Seinerzeit vermochte der Betreiber mehrerer Biomasseanlagen keinen Vertrauensschutz auf Erlangung einer bestimmten höheren Vergütung zu entwickeln, weil bereits die Ursprungsrechtslage in der Gesetzesbegründung nach vielfältigen Stimmen der Literatur, aber auch des Gesetzgebers selbst, widersprüchlich war.

(7) *Exkurs:* Angesichts des o.g. Befundes – einer zu konstatierenden Verfassungskonformität – und bei gleichzeitiger Betrachtung der Regelung in § 46 Abs. 3 WindSeeG-E zum Umgang mit bestehenden Planfeststellungsverfahren stellt sich die Frage nach (verfassungsgerichtlichem) Rechtsschutz der betroffenen Vorhabenträger. Gegen ein unverändert in Kraft gesetztes WindSeeG käme eine Individualverfassungsbeschwerde zum BVerfG in Betracht. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG sieht allgemein eine Subsidiarität dieses Rechtsbehelfs vor. Demnach muss – auch bei der Gesetzesverfassungsbeschwerde – grundsätzlich der instanzgerichtliche Rechtsweg erst ausgeschöpft werden, ehe der Weg zum BVerfG zulässig eröffnet ist.³² Dies wird damit gerechtfertigt, dass auch die gerichtliche Inzidentprüfung eine Subsidiarität begründen könne und daher erst ausgeschlossen werden müsse.

Auch wenn die Anforderungen an eine unmittelbare Gesetzesverfassungsbeschwerde beständig gestiegen sind,³³ erscheint eine solche möglich, wenn der Beschwerdeführer entweder alles getan hat, um auf andere Weise die Verletzung ihm zustehenden grundgesetzlichen Schutzes zu verhindern oder zu korrigieren, oder derartige Optionen im konkreten Zusammenhang eines Gesetzes („Self-executing“-Wirkung) nicht zur Verfügung stehen. Hier spricht Vieles für den letztgenannten Fall. § 46 Abs. 3 S. 1 WindSeeG-E ordnet von Gesetzes wegen das Ende aller noch anhängigen Planfeststellungsverfahren an, ohne dass es eines weiteren Vollzugsakts bedürfte. Die in § 46 Abs. 3 S. 2 WindSeeG-E genannte „Bestätigung“ besitzt hingegen rein deklaratorischen Charakter; sie ist nicht einmal zwingend vorgeschrieben. Weitere, außerordentliche, aber einfachgesetzliche Rechtsbehelfe wie eine Anhörungsrüge o.ä. kommen dabei aus derzei-

³² BVerfG, Beschl. v. 30.01.1985, Az. 1 BvR 1341/82, zit. nach juris; dazu ausführlich: Schenke, NJW 1986, 1451 ff.

³³ BVerfGE 134, 106, 115.

tiger Sicht nicht in Betracht; sie würden dem Betroffenen keinerlei zusätzlichen oder einfacheren Rechtsschutz mit gleicher Zielrichtung oder Wirksamkeit an die Hand geben.

Eine unmittelbare Gesetzesverfassungsbeschwerde durch § 46 Abs. 3 WindSeeG-E oder vergleichbar betroffener Vorhabenträger erschiene somit nach diesseitiger Einschätzung zulässig; ihr stünde § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG nicht entgegen.

c) Ergebnis

Es ist festzustellen, dass die §§ 39 ff. WindSeeG-E und speziell § 46 Abs. 3 WindSeeG-E unter den oben näher erläuterten Voraussetzungen eine Situation „echter“ Rückwirkung begründen würden. Hilfsweise liegt auch ein Verstoß gegen die Anforderungen an eine „unechte“ Rückwirkung vor. Sie erweisen sich daher als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip. Scheinbar vorbeugende Reaktionen des Gesetzesentwurfs – insbesondere das Selbsteintrittsrecht – fangen dagegen nicht. Sie können die verfassungsrechtliche Rechtsverletzung nicht neutralisieren.

Von einer Beendigung laufender Genehmigungs- oder Planfeststellungsverfahren betroffener Vorhabenträger stünde nach diesseitiger Einschätzung der Rechtsbehelf einer unmittelbaren Urteilsverfassungsbeschwerde zur Seite.

3. *Verfassungsmäßigkeit der immissionsschutzrechtlichen Privilegierung kleiner Windparkbetreiber vor dem Hintergrund des Vorliegens eines sachlichen Differenzierungsgrundes i.S.v. Art. 3 Abs. 1 GG*

a) Gesetzesentwurf des BMWi

Im Rahmen der geplanten EEG-Novelle ist eine immissionsschutzrechtliche Privilegierung kleiner Windparkbetreiber und sog. Bürgerenergiegesellschaften im Onshore-Bereich hinsichtlich der Ausschreibungsanforderungen beabsichtigt. § 36 f EEG-E 2016 privilegiert diese insofern, als sie – anders als andere Marktakteure – bereits vor der Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung Gebote für bis zu sechs Anlagen an Land abgeben dürfen. Andere, größere potentielle Betreiber sind dagegen

auf die Phase nach Erteilung dieser Genehmigung verwiesen. Dies stellt auch den verfahrensrechtlichen Normalfall dar („späte Ausschreibung“).

Konkret ist folgende Regelung vorgesehen:

§ 36f

Besondere Ausschreibungsbedingungen für Bürgerenergiegesellschaften

(1) Bürgerenergiegesellschaften können Gebote für bis zu sechs Windenergieanlagen an Land mit einer installierten Leistung von insgesamt nicht mehr als 18 Megawatt abweichend von § 36 Absatz 1 bereits vor der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz abgeben, wenn

1. das Gebot ein Gutachten über den zu erwartenden Stromertrag für die geplanten Anlagen enthält, das den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht,

2. in dem Gebot in Ergänzung zu den Angaben nach § 30 und § 36 Absatz 2 die Anzahl der an dem Standort geplanten Anlagen angegeben wird,

3. in dem Gebot durch Eigenerklärung nachgewiesen wird, dass

a) die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Gebotsabgabe eine Bürgerenergiegesellschaft ist,

b) weder die Gesellschaft noch eines ihrer stimmberechtigten Mitglieder selbst oder als stimmberechtigtes Mitglied einer anderen Gesellschaft in den zwölf Monaten, die der Gebotsabgabe vorangegangen sind, einen Zuschlag für eine Windenergieanlage an Land erhalten hat und

c) die Gesellschaft Eigentümerin der Fläche ist, auf der die Windenergieanlagen an Land errichtet werden sollen, oder das Gebot mit Zustimmung des Eigentümers dieser Fläche abgibt.

Es wird vermutet, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik nach Satz 1 Nummer 1 eingehalten worden sind, wenn die Technischen Richtlinien für Windenergieanlagen, Teil 6, der „FGW e. V. – Fördergesellschaft Windenergie und andere Erneuerbare Energien“ eingehalten werden und das Gutachten von einer nach diesen Richtlinien berechtigten Institution erstellt wurde.

(2) Bei Geboten von Bürgerenergiegesellschaften nach Absatz 1 unterteilt sich die Sicherheit nach den §§ 31 und 36a

1. in eine Erstsicherheit in Höhe von 15 Euro pro Kilowatt installierter Leistung, die bei Gebotsabgabe zu entrichten ist, und

2. in eine Zweitsicherheit, die im Fall eines Zuschlags innerhalb von zwei Monaten nach der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz zusätzlich zur Erstsicherheit zu entrichten ist; diese Zweitsicherheit bestimmt sich aus der installierten Leistung der genehmigten Anlagen multipliziert mit 15 Euro pro Kilowatt installierter Leistung.

(3) Der Zuschlag, der auf ein Gebot nach Absatz 1 erteilt wird, ist an den in dem Gebot angegebenen Landkreis als Standort gebunden. Die Bürgerenergiegesellschaft muss innerhalb von zwei Monaten nach der Erteilung der Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (materielle Ausschlussfrist) bei der Bundesnetzagentur die Zuordnung des Zuschlags zu den genehmigten Windenergieanlagen an Land beantragen. Der Zuschlag erlischt, wenn die Zuordnung nicht innerhalb dieser Frist beantragt oder der Antrag abgelehnt worden ist. Die Bundesnetzagentur ordnet den Zuschlag auf den Antrag nach Satz 2 bis zu sechs Windenergieanlagen an Land mit einer installierten Leistung von insgesamt nicht mehr als 18 Megawatt, höchstens jedoch in der Höhe der Gebotsmenge des bezuschlagten Gebots, verbindlich und dauerhaft zu, wenn

- 1. der Antrag nach Satz 2 die Angaben nach § 36 Absatz 2 enthält,*
- 2. die Windenergieanlagen in dem in dem Gebot angegebenen Landkreis errichtet werden sollen,*
- 3. durch Eigenerklärung nachgewiesen wird, dass die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Antragstellung eine Bürgerenergiegesellschaft ist, und*
- 4. die Zweitsicherheit nach Absatz 2 geleistet worden ist.*

Erst mit der Zuordnungsentscheidung liegt ein Zuschlag im Sinn von § 22 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 vor. Ab dem Tag der Zuordnungsentscheidung ist § 36e anzuwenden. Die Frist nach § 36d Absatz 1 verlängert sich um 24 Monate.

(4) Der Bundesnetzagentur müssen auf Verlangen geeignete Nachweise zur Überprüfung der Eigenerklärungen nach Absatz 1 Nummer 3 und Absatz 3 Nummer 3 Satz 1 Buchstabe b vorgelegt werden.

b) Verfassungsrechtliche Prüfung

Hierdurch ergibt sich ohne Zweifel eine Ungleichbehandlung innerhalb der Vergleichsgruppe „Windparkbetreiber“.

(1) Fraglich ist, ob sie verfassungsrechtlich zulässig ist. Dazu muss eine Rechtfertigungsprüfung vorgenommen werden, auch wenn bereits offen sein dürfte, ob „kleine“ Windparkbetreiber – als „Bürgerenergiegesellschaften“ – von „großen“ Vorhabenträgern überhaupt in tauglicher Weise unterschieden werden können. Ob zunächst zwei Gegenstände gleich oder ungleich behandelt werden, beurteilt sich nämlich nicht rein semantisch, indem Begriffe miteinander verglichen werden, sondern anhand eines Vergleichs der Rechtsfolgen.³⁴ Die anschließende Feststellung, ob sich diese Behandlung auf gleiche oder ungleiche Gegenstände bezieht, ist in solcher Absolutheit nicht

³⁴ Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck OK Grundgesetz, Stand: 28. Edition 01.032016, Art. 3 Rz. 15 f.

sinnvoll möglich, da zwei Gegenstände niemals in jeder Hinsicht gleich, also identisch sein können; es läge dann nur ein einziger Gegenstand vor.³⁵

(2) Zu prüfen ist somit die sachliche Rechtfertigung. Der Gesetzesentwurf verweist darauf, dass ohne eine entsprechende Sonderstellung im Ausschreibungsprozess viele kleine und lokale Akteure abgeschreckt würden, da bis zur (potentiellen) Genehmigungserteilung ca. 10 % der Gesamtkosten aufgewendet und ein 3 bis 5 Jahre dauernder Verfahrenslauf zu gewärtigen sei, was „lokale Bürgerprojekte“ nicht meistern könnten.³⁶

Dabei dürfte unstreitig sein, dass die Kosten bis zum Erreichen einer Genehmigung für eine Windenergieanlage bei etwa 70 bis 115 EUR pro kW installierter Leistung liegen.³⁷ Diese Kosten – und auch das Risiko, keinen Zuschlag zum angestrebten Preis im Rahmen des in der EEG-Novelle vorgesehenen Ausschreibungssystems zu erhalten – treffen alle Windparkbetreiber, nicht nur die bürgerschaftlich getragenen.

Selbst wenn man eine besondere, „strukturelle“ Benachteiligung dieser spezifischen kleinen Anlagenbetreiber einmal als gegeben unterstellt und die von dieser Seite vertretene Auffassung, das Hauptrisiko bestehe darin, dass sie die möglichen Ausfallkosten nicht wie größere Betreiber auf mehrere Projekte verteilen könnten und in besonderer Weise auf Risikokapital zur Vorfinanzierung angewiesen seien, welches mit der Einführung von Ausschreibungen und den damit einhergehenden zusätzlichen Unsicherheiten über die Projektrealisierung dann kaum noch zur Verfügung stehe,³⁸ aufgreifen würde, könnte dies ein Hinweis auf tatsächlich erwägenswerte „Härtefallregelungen“ für diese Marktakteure bedeuten. § 36 f EEG-E 2016 würde sich gleichwohl – und gerade deshalb – als untaugliche Reaktion erweisen.

Bestünde wirklich Privilegierungsbedarf der kleinen, bürgerschaftlichen Projektträger, so müsste diesen – um einen funktionsfähigen Mechanismus zu erhalten – ein *verbindlicher* Vorrang bei der Realisierung eines Windparkprojekts eröffnet werden. § 36 f Abs. 1 S. 1 EEG-E hält indessen am Vorbehalt einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung fest. Die frühe Berücksichtigung im Ausschreibungsverfahren sagt somit noch nichts über den tatsächlichen Projekterfolg. Mit anderen Worten müssen kleine

³⁵ BVerfGE 6, 273, 280; 81, 108, 117.

³⁶ Referentenentwurf des BMWi zum EEG 2016, S. 181 f.

³⁷ BMWi, Marktanalyse an Land, Umdruck, S. 10.

³⁸ Dazu eingehend: Thomas, DÖV 2016, 376, 377 f.

Betreiber auch im Verfahren nach § 36 f EEG-E 2016 jedenfalls ein positives Fachgutachten vorlegen und – um Risikokapitalgeber zu überzeugen – in einem frühen Zeitpunkt bereits – letztlich wohl nur durch die Einbindung externen Sachverständigen möglich – eine valide Einschätzung der insbesondere immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsfähigkeit vorlegen. Diese Anforderungen mögen zu einer Verlagerung des Kosteneinsatzes (auf die Phase *vor* früher Einbindung in das Ausschreibungsverfahren) führen, nicht aber zu einer spürbaren Entlastung von etwaigen zusätzlichen Kostenrisiken, die mit einem Ausschreibungsverfahren einhergehen.

Bezeichnend erscheint in diesem Zusammenhang das auch für Bürgerenergiegesellschaften bestehende Risiko, einer Pönale gem. § 55 EEG-E 2016 zu unterfallen. Zwar hält § 55 Abs. 2 EEG-E 2016 insofern Sonderregelungen bereit; diese knüpfen jedoch – wie in allen anderen Fällen – zeitlich an und greifen auch und gerade dann, wenn ein Projekt scheitert, weil die immissionsschutzrechtliche Genehmigung versagt wird.

Schließlich ist die grundsätzliche Zielstellung des EEG *de lege lata*, aber auch des Novellierungsentwurfs zu betrachten. Danach steht nicht die Stärkung bürgerschaftlichen Engagements – so positiv dies auch zu bewerten ist – im Zentrum, sondern der Ausbau von EE, der als zentraler Baustein der Energiewende bestimmte vorgenannte Erzeugungsquoten erreichen soll. Wer dabei als Betreiber fungiert, ist hingegen zweitrangig. Weshalb nicht auch anderen Marktakteuren – bei Parks mit kleinen Erzeugungskapazitäten – Erleichterungen im Ausschreibungsverfahren gewährt werden sollten, um die Zielstellung des EEG noch sicherer umzusetzen, liegt also zumindest nicht auf der Hand.

(3) Eine Norm wie § 36 f EEG-E 2016 erscheint nach alledem nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Sie privilegiert bestimmte „kleine“ Betreiber scheinbar auf den ersten Blick, erweist sich bei näherer Betrachtung aber als untauglich, das verfolgte Ziel einer „Härtefallregel“, dem möglicherweise aus verfassungsrechtlichen Gründen entsprochen werden müsste,³⁹ zu erreichen. Dies wäre jedenfalls dann so, wenn eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG auf die hiesige Sachmaterie zum Tragen käme. Anders gewendet besteht ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Gleichbehandlung aller vergleichbaren Marktakteure, wenn

³⁹ Vgl. die durchaus beachtlichen Erwägungen zu Art. 3 Abs. 1 GG von Thomas, DÖV 2016, 376, 384.

und soweit der Staat einen Wettbewerb durch Ausschreibungsverfahren eröffnet. Die Untauglichkeit des § 36 f EEG-E 2016, an dieser Stelle eine Wahrung der Chancengleichheit sicherzustellen, zeigt, dass es sich bei der Einrichtung des gesamten Ausschreibungsmechanismus im Gesetzesentwurf, so wie er gestaltet ist, um eine grundsätzliche Fehlerquelle handelt.

c) Ergebnis

Somit stellt sich der Befund ein, dass es an einer sachlichen Rechtfertigung für die mit § 36 f EEG-E 2016 einhergehende Ungleichbehandlung bestimmter kleiner Windparkbetreiber im Vergleich zu allen anderen mangelt. Dem könnte nur durch einen Verzicht auf das vorgesehene Ausschreibungssystem oder dessen grundsätzliche Umgestaltung, bspw durch Heranziehen rein quantitativer de-minimis-Grenzen (geringe Anlagenzahl/ Höchstgrenze für Stromerzeugungskapazität eines Projekts),⁴⁰ wirksam vorgebeugt werden.

4. Verfassungsmäßigkeit der sog. „Weltformel“ oder „Kannibalisierungsfornel“

Der mit der EEG-Novelle 2016 im ursprünglichen Regierungsentwurf vorgesehene „Deckel“ für die Ausbauleistung im EE-Bereich hätte – wie unter Ziff. 2 dieses Rechtsgutachtens ausgeführt – ebenfalls Vertrauensschutzaspekte gegen sich gehabt. Verfassungswidrig – unter Anlegung der Maßstäbe aus Art. 20 Abs. 3 GG – wäre es gewesen, wenn Bundesregierung und Bundesgesetzgeber eben nicht „nach Jahrzehnten“, sondern kaum zwei Jahre nach der letzten EEG-Novelle eine wesentliche Kursänderung propagiert hätten. Ein derartiges „Ping-Pong“ auf gesetzlicher Ebene ist rechtlich nicht hinnehmbar. Die Position des BMWi, wonach eine Branche, die sich einmal auf tiefgreifende Änderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen eingestellt habe, dies jederzeit und beliebig wiederholen könne, ist nicht sachlich bedenklich, sondern rechtlich – gemessen am Grundsatz des Vertrauensschutzes – falsch. Hiervon scheint das BMWi aber nach wie auszugehen, wenn formuliert wird.⁴¹

⁴⁰ Insoweit beispielhaft: KOM, 2014/C 200/01, Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014 – 2020, ABl. v. 28.06.2014., Rz. 127, der für Windenergieanlagen von einer Stromerzeugungskapazität von max. 6 MW oder max. 6 Erzeugungsanlagen ausgeht. Weitere „persönliche“ Anforderungen an den Vorhabenträger werden dagegen nicht formuliert.

⁴¹ Antwort des BMWi auf die Fragen der Länder zu dem Entwurf des EEG 2016 v. 19.05.2016 (Umdruck), S. 4.

„Es hat sich gezeigt, dass die im EEG 2014 beschlossenen Maßnahmen (Vergütungsabsenkung, Einführung des atmenden Deckels und Anpassungen des Referenzertragsmodells) trotz massiver Kritik wichtige Änderungen waren, auf die sich alle Akteure schnell eingestellt haben. Es ist insofern auch bei einer Einmaldegression zum 1. Januar 2017 zu erwarten, dass die Projekte durch Anpassungen ihrer Kostenstrukturen kurzfristig reagieren werden.“

Kurzfristige Rechtsänderungen, die die Grundstruktur einer Regelungsmaterie betreffen, führen indes rechtlich nicht dazu, dass sie jederzeit – in diesem Fall nach ca. zwei Jahren (!) – wiederholt werden dürften. Im Bereich des EEG mag zwar zwischen den Regelungen des EEG 2012 und jenen des EEG 2014 aus besonderen Gründen und durch die mehrfachen Informationen der Öffentlichkeit über alsbaldige Neuregelungen ausnahmsweise kein solches Vertrauen erwachsen sein,⁴² dies führt aber nicht dazu, dass das Recht der EE nun generell eine Materie wäre, in der schutzwürdiges Vertrauen nicht mehr erwachsen kann. Das Gegenteil ist der Fall. Dem Gesetzgeber muss unterstellt werden, dass er gerade mit dem EEG 2014, welches vielfache Strukturprobleme bis hin zur EU-beihilfenrechtlichen Relevanz des früheren Vergütungsmechanismus (s. dazu unten Ziff. 5) betraf, eine nun beständige, solche Defizite ausräumende Regelung schaffen wollte und auch geschaffen hat.

Ein schutzwürdiges Vertrauen in ein „freies“ Wachstum der unterschiedlichen Arten der EE (Offshore-/Onshore- sowie PV-Kapazitäten) unterlag und unterliegt somit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes, als nicht in bestehende und erarbeitete Rechts- und Eigentumspositionen heutiger Windparkbetreiber und Vorhabenträger aus Art. 14 Abs. 1 GG und Art 12 Abs. 1 GG eingegriffen werden darf.

Der „EEG-Gipfel“⁴³ im Bundeskanzleramt vom 12.05.2016 scheint diese Thematik aber offenbar vom Tisch gebracht zu haben und hat eine eingehende verfassungsrechtliche Prüfung an dieser Stelle obsolet werden lassen.

5. Mögliche Ausschreibungspflicht für Windpark-Projekte nach europäischem Recht

Nachdem sich die Ausschreibungsregeln im WindSeeG-E und im EEG-E 2016 aus den oben genannten Gründen als rechtlich problematisch – jedenfalls in ihrer konkreten Ausgestaltung – erwiesen haben, soll abschließend bewertet werden, ob sich eine

⁴² Gordalla, in: Greb/Boewe, BeckOK EEG, 5. Edition, Stand: 01.04.2016, § 100 Rz. 15 ff.

⁴³ Vgl. Pressemitteilung energeate, „Koalitionsausschuss entscheidet über EEG-Empfehlung“ vom 10.05.2016.

Ausschreibungspflicht aus höherrangigem, hier insb. EU-Recht, ergibt. In der Tat könnte dies – bei erster Betrachtung – in Ansehung umweltbeihilfenrechtlicher Vorgaben von Unionsebene der Fall sein. Jüngst hat das Europäische Gericht 1. Instanz durch Urteil vom 10.05.2016⁴⁴ entschieden, dass im Rahmen des (nicht mehr in Kraft befindlichen) EEG 2012 Beihilfen aus staatlichen Mitteln gewährt worden sind und es sich beim umlagefinanzierten System des EEG um eine Beihilfe handelt. Mit dieser Zuordnung geht nicht automatisch ein Rechtswidrigkeitsverdikt einher, vielmehr können – bspw. nach der Gruppenfreistellungs-VO – unionsrechtlich durchaus zulässige Beihilfen gegeben sein, wenn die dortigen Anforderungen, zu denen ein transparentes und diskriminierungsfreies Ausschreibungsverfahren gehört, erfüllt werden.

In einem größeren Kontext könnte sich somit durchaus eine unionsrechtliche Pflicht zu Ausschreibungen im EE-Bereich ergeben, die in den hier behandelten Normentwürfen ihren Niederschlag findet.

Demgegenüber ist aber darauf hinzuweisen, dass das EU-Recht dort, wo es wirkt, zwar Anwendungsvorrang vor mitgliedstaatlichem Recht genießt. Die EU ist im Übrigen aber durch die Grundsätze der Subsidiarität und der beschränkten Einzelermächtigung geprägt.⁴⁵ Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV formuliert als Souveränitätsvorbehalt entsprechend das Recht eines jeden Mitgliedstaates, die Bedingungen für die Nutzung seiner Energieressourcen zu bestimmen. Außerdem wird den Mitgliedstaaten das Recht vorbehalten, die allgemeine Struktur ihrer Energieversorgung zu bestimmen. Dies schließt europarechtliche Regelungen nicht aus, beschränkt sie aber auf einen Bereich, der die dem jeweiligen Mitgliedstaat weiter vorbehaltene grundsätzliche Strukturentscheidung unberührt lässt.⁴⁶ Dieses primärrechtliche Postulat nimmt die EU-Ebene auch ernst; die bereits seit Jahren in Kraft befindlichen sekundärrechtlichen Vorgaben zur Förderung von EE belassen es bspw. in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, wie diese Förderung konkret ausgestaltet wird, eben um Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV Rechnung zu tragen.⁴⁷

Das vorgenannte Recht zur Bestimmung der Struktur der Energieversorgung wird durch die Pflicht einer (EU-weiten) Ausschreibung verletzt. Folge wäre nämlich, dass

⁴⁴ EuG, Rechtssache T 47/15, Urteil v. 16.05.2016.

⁴⁵ Bast, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. EL 2016 Art. 5 EUV Rz. 19 ff.; Hatje, in: Schwarze/Becker/Hatje, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 4 EUV Rz. 2 m.w.N.

⁴⁶ Neveling, ET 2004, S. 343.

⁴⁷ Vgl. die entsprechende, die Souveränität der Mitgliedstaaten wahrende Fördersystematik in Artt. 3 ff. der RL 2009/28/EG v. 23.04.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (...).

ein Mitgliedstaat unter Umständen nicht erneuerbare Energien im eigenen Hoheitsgebiet, sondern solche im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats finanziell fördert. Diese finanziellen Mittel fehlen dann aber, um im eigenen Hoheitsgebiet erzeugte Energiequellen zu fördern und damit eigene Kapazitäten zu fördern und strukturell zu entwickeln. Dadurch wird die Möglichkeit der Mitgliedstaaten eingeschränkt, durch die finanzielle Unterstützung bestimmter Energiequellen die nationale Energiestruktur zu beeinflussen. Das Recht zur Bestimmung der Struktur der Energieversorgung würde also durch die Pflicht zu einer EU-weiten Ausschreibung und auch die Grundsätze der Subsidiarität und der beschränkten Einzelermächtigung der EU würden verletzt.⁴⁸ Entsprechendes gilt für etwa aus dem Unionsrecht hergeleitete Postulate einer (rein) mitgliedstaatlichen Ausschreibungspflicht.

Als Resultat ergibt sich, dass eine – wirksam induzierte – globale europarechtliche Ausschreibungspflicht für alle Windpark-Projekte „Onshore“ in Deutschland bzw. „Offshore“ im Bereich der deutschen AWZ nicht ausgemacht werden kann. Einer andersartigen Sichtweise v.a. der Europäischen Kommission in ihren Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen⁴⁹ ist insbesondere Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV entgegenzuhalten. Dabei ist höchst bemerkenswert, dass sich die Kommission auf diese Weise zu dem bestehenden EU-Richtlinienrecht in Widerspruch setzt, welches – wie oben ausgeführt – entsprechende Entscheidungsspielräume der Mitgliedstaaten, über ein konkretes System von Ausschreibungen im EE-Sektor eigenständig zu entscheiden, bereits seit langem bestätigt.⁵⁰

Univ.-Prof. Dr. Martin Schulte
2016

Dresden, den 24. 5.

⁴⁸ Grabmayr/Münchmeyer/Pause u.a., Förderung erneuerbarer Energien und EU-Beihilferahmen, Rechtsgutachten 2014, S. 71 ff., insb. S. 76.

⁴⁹ Vgl. KOM, 2014/C 200/01, Leitlinien für staatliche Umwelt- und Energiebeihilfen 2014 – 2020, ABl. v. 28.06.2014.

⁵⁰ S.o.: RL 2009/28/EG v. 23.04.2009.