

**Enreg Workshop:  
Die Entscheidung des BVerfG  
vom 30.6.2020 zum WindSeeG als  
Maßstab für zukünftige Reformen**

**Dr. Wolf Friedrich Spieth  
Sebastian Lutz-Bachmann  
Dr. Friedrich Gebert  
9. September 2020**

**pswp**

POSSER SPIETH WOLFERS & PARTNERS

# Die Entscheidung des BVerfG vom 30.6.2020 zum WindSeeG

- I. Hintergrund der Entscheidung des BVerfG
- II. Wesentliche Inhalte der Entscheidung des BVerfG
- III. Folgen der Entscheidung für zukünftige Reformen des Energierechts

# I. Hintergrund der Entscheidung des BVerfG

## Tatsächliche Rahmenbedingungen

Die Offshore-Windkraft ist **seit Anfang der 2000er Jahre** ein **zentraler Baustein der deutschen Energiewende**.

- Für die Erschließung der Offshore-Windparks waren **Investitionen in Milliardenhöhe** erforderlich. Dem Gesetzgeber war daher klar, dass er **erhebliche Anreize** schaffen musste, **um private Investitionen in die Entwicklung der Offshore-Windparks** zu fördern.
- In **rechtlicher Hinsicht** betraten die Projektentwickler mit ihrer Pionierarbeit Neuland:
  - Anders als für Investitionsvorhaben an Land gibt es in der AWZ mangels Eigentumsposition **keine Möglichkeit, die Investitionen zivilrechtlich abzusichern**.
  - Einzige Absicherung der Offshore-Entwickler war daher ihre **öffentlich-rechtliche Position in den Zulassungsverfahren** für den Bau und späteren Betrieb ihrer Windkraftanlagen.

# I. Hintergrund der Entscheidung des BVerfG



## Investitionsanreize durch den Gesetzgeber

Die ersten Jahrzehnte der Offshore-Windkraft waren von erheblichen Anreizen für die Investoren geprägt:

- Es wurden **finanzielle Förderungen** zugesagt (EEG),
- der **Netzanschluss** wurde **garantiert** (EnWG) und
- das **Genehmigungsregime** (SeeAnIV) hielt eine **Vorrangposition** bereit:

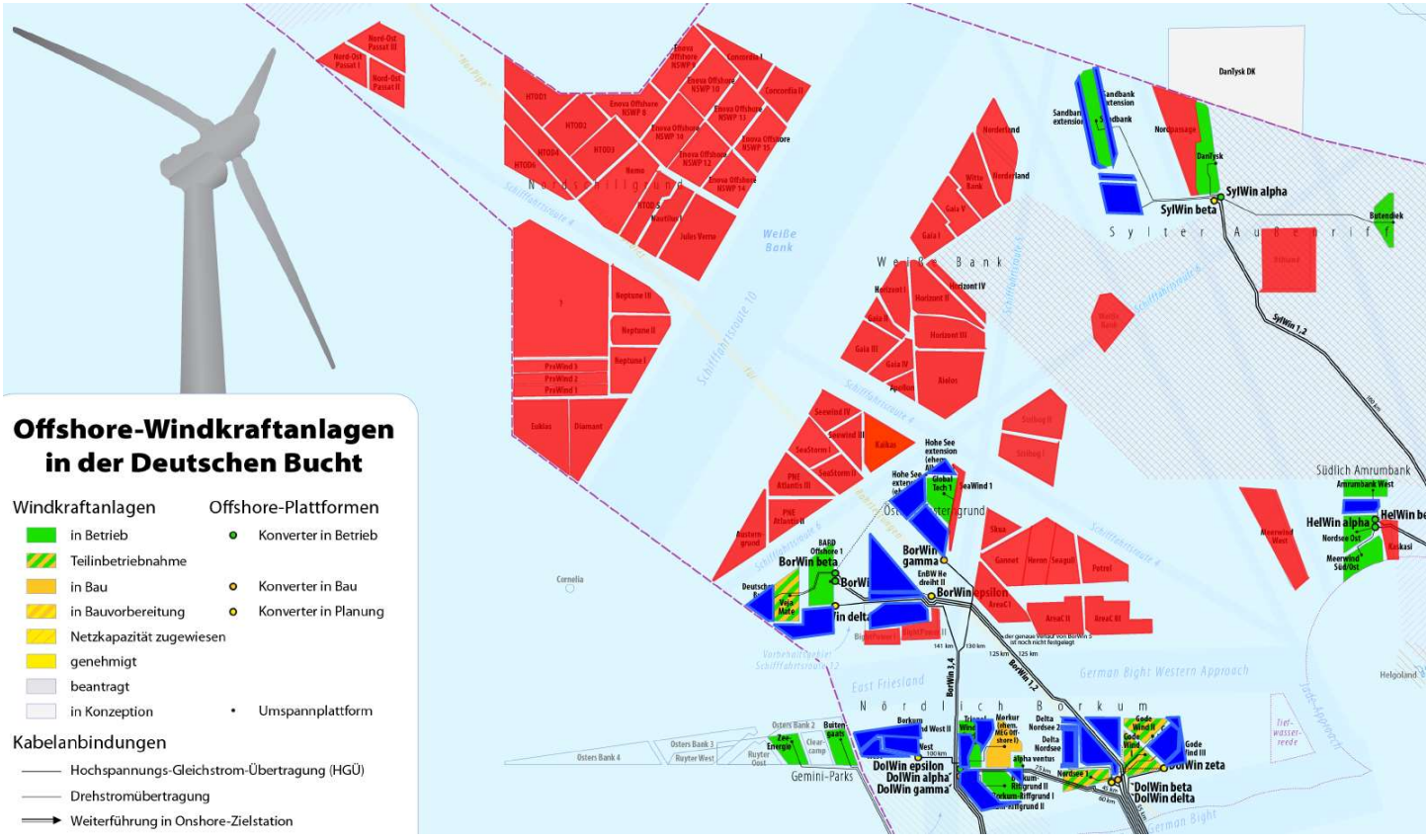
Ein einmal eingeleitetes Genehmigungsverfahren konnte, solange es stetig weiter betrieben wurde, nicht durch einen Konkurrenten übernommen werden, obwohl ein Erwerb der Fläche zivilrechtlich nicht möglich ist.

# I. Hintergrund der Entscheidung des BVerfG

- **Entwicklungen seit 2012:** Der regulatorische Rahmen setzte zunehmende Leitplanken (z.T. geringere Anreize, z.T. mehr Rechtsklarheit).
- **WindSeeG 2017 als „finaler Schlag“:** Einführung eines **zentralen Ausschreibungsmodells** für Offshore-Windparks: **nun staatliche Vorplanung.**
  - Flächen werden fachplanerisch festgelegt und ausgeschrieben.
  - Potentielle Investoren konkurrieren um neue Projekte; das niedrigste Gebot erhält den Zuschlag.
- Als **Kompensation** wurde ein **Eintrittsrecht** geschaffen:
  - Nur Projekte in den Zonen 1 und 2 sind erfasst,
  - wenn ein öffentlicher Erörterungstermin bis Sommer 2016 erfolgte.

Rechtsfolge: Ausübung des Eintrittsrechts durch Erklärung und Übernahme der Bedingungen des Ersteigerungs-Ergebnisses.

Im Gegenzug muss der Eintretende die Rechte an seinen Daten über die betroffene Fläche an das BSH abtreten.



# Blick auf die AWZ der Nordsee zum 01.01.2017

# Die Entscheidung des BVerfG vom 30.6.2020 zum WindSeeG

- I. Hintergrund der Entscheidung des BVerfG
- II. Wesentliche Inhalte der Entscheidung des BVerfG
- III. Folgen der Entscheidung für zukünftige Reformen des Energierechts

## II. Wesentliche Inhalte der Entscheidung des BVerfG



### Grundsätzliche Bedeutung

- Ausführliche Befassung des BVerfG mit dem Wind-auf-See-Gesetz, **Grundsatzentscheidung** für die Regulierung von Offshore-Windenergie in der AWZ
- Fortentwicklung des **Investitionsvertrauensschutzes**: ***Investitionsvertrauensschutz durch Verfahren***



## II. Wesentliche Inhalte der Entscheidung des BVerfG



### Grundsätzliche Aussagen

- Präzisierung der BVerfG-Rechtsprechung zu **Art. 14 Abs. 1 GG**
  - Eigentumsschutz fehlt nicht nur für Genehmigungen zum Betrieb gefährlicher Anlagen (wie Kernkraftwerken), sondern auch für andere Genehmigungen, durch die ein grundsätzliches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt überwunden wird (Rn. 77); dass in der AWZ kein Grundeigentum erworben werden kann, führt nicht dazu, dass Anlagenzulassung oder Verfahrenspositionen Eigentumscharakter hätten.
  - Im „Atomurteil“ (Rn. 373 ff.) hatte das BVerfG aus Art. 14 GG noch die Notwendigkeit einer „Regelung über den Ausgleich für frustrierte Investitionen“ über das Eigentum abgeleitet.
  - Wo aber schon kein Eigentum besteht (wie in der AWZ), können Investitionen keine durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Position bilden (Rn. 88).

## II. Wesentliche Inhalte der Entscheidung des BVerfG



### Art 12

- Das Betreiben eines Offshore-Windparks ist durch **Art. 12 Abs. 1 GG** geschützt (Rn. 93) – das BVerfG erkennt damit das **Berufsbild des Offshore-Windparkbetreibers** an (Rn. 98).
  - Ziele des WindSeeG (verbesserte Wirtschaftlichkeit + Planungssicherheit) rechtfertigen den Eingriff; Ausbau und Nutzung der Windenergie auf See sind zudem vom Umwelt- und Klimaschutzgebot (Art 20a GG) getragen (Rn. 101).
  - Art. 12 GG kann eine Übergangsregelung gebieten, wenn eine bislang erlaubte Berufungstätigkeit künftig unzulässig ist (Rn. 108). Aus Art. 12 GG folgt aber kein Vertrauensschutz wegen frustrierter Investitionen, die im Vertrauen auf die alte Rechtslage mit Blick auf künftige unternehmerische Tätigkeiten erfolgt sind (Rn. 110 ff.).

## II. Wesentliche Inhalte der Entscheidung des BVerfG



### Neuer Topos: „Investitionsvertrauensschutz durch Verfahren“

- Das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG schützt das berechnigte **Vertrauen in den Bestand der Rechtslage als Grundlage von Investitionen in das Eigentum** und seine Nutzbarkeit (Rn. 88). Sofern – wie in der AWZ – kein geschütztes Eigentum besteht, kann der Investitionsvertrauensschutz nicht zum Tragen kommen.
- Das BVerfG schafft daher den neuen Topos vom „**Investitionsvertrauensschutz durch Verfahren**“
  - Der Schutz des Investitionsvertrauens tritt damit eigenständig neben den Schutz des Bestandsinteresses.
  - Auch verfahrensrechtlich verfestigte Vorrangpositionen, die nicht eigentumsfähig sind, partizipieren am **allgemeinen Vertrauensschutz** und den daraus folgenden Schranken für rückwirkende Gesetze.

## II. Wesentliche Inhalte der Entscheidung des BVerfG



### Grundsätze zum Schutz des Investitionsvertrauens im Verfahren

- **Verfahrensschritte, die zur Erfüllung von staatlichen Zulassungsanforderungen erforderlich sind**, unterliegen dem verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz vor (unecht) rückwirkenden Gesetzen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.
- **Betroffene Rechtsposition** ist die Summe der Verfahrensschritte, die ihm Rahmen des gesetzlich vorgesehenen Zulassungsverfahrens getätigt wurden (Rn. 140).
- Die **Schutzwürdigkeit des Vertrauens** kann (nur) entfallen, wenn aufgrund besonderer Umstände mit einer kompensationslosen, unecht rückwirkenden Rechtsänderung gerechnet werden muss (Rn. 133).
  - Ein Vertrauenstatbestand wird insbesondere dadurch geschaffen, dass die bisherige Rechtslage ein **„dringliches staatliches Anreizinteresse“** an Investitionen signalisiert hat (vgl. Rn. 163).
  - Demgegenüber führen **bloße Unsicherheitsfaktoren**, denen die Betroffenen auch beim Fortbestand der alten Rechtslage ausgesetzt wären, nicht zum Entfallen des Vertrauensschutzes (Rn. 146).
  - Ein Vertrauen in den Fortbestand des Rechts ist nicht mehr berechtigt, sobald **mit einer Neuregelung ernsthaft zu rechnen** ist. Die Aussicht, dass es irgendwann zu einer grundlegenden Rechtsänderung kommen wird, lässt aber den Vertrauensschutz nicht entfallen (Rn. 150).

## II. Wesentliche Inhalte der Entscheidung des BVerfG



### Ausgleich von enttäuschem Investitionsvertrauen als Voraussetzung für die Verhältnismäßigkeit einer unechten Rückwirkung

- Von den Betroffenen getätigte **Planungsarbeiten und Untersuchungen**, die **entwertet** wurden, sind **ausgleichspflichtig**.
  - Erfolgt entweder durch die Gewährung eines **Eintrittsrechts** (Rn. 154 ff.) oder durch Gewährung eines **finanziellen Ausgleichs** gegen Herausgabe der Planungen und Untersuchungen (Rn. 157 ff.) – hier vom BVerfG als milderer Mittel gewählt.
  - Zu ersetzen ist **das negative Interesse**, keinen nutzlosen Aufwand getrieben zu haben (Rn. 158).
  - Untersuchungen und Arbeiten (mehrere Mio pro Projekt) können die staatlichen Voruntersuchungen jedenfalls erheblich vereinfachen (Rn. 159).
  - Verwertbarkeit bestimmt sich anhand eines **generalisierenden** Maßstabs (Fläche erhält Zuschlag bis 31.12.2030; für Basisaufnahme nur geringen Anteil; Maßstab § 10 WindSeeG; § 41 WindSeeG analog).
  - Verfassungsverstoß ist durch Gesetzgeber **bis 30.6.2021** zu beheben (Rn. 176).

# Die Entscheidung des BVerfG vom 30.6.2020 zum WindSeeG

- I. Hintergrund der Entscheidung des BVerfG
- II. Wesentliche Inhalte der Entscheidung des BVerfG
- III. Folgen der Entscheidung für zukünftige Reformen des Energierechts**

## Agenda

# III. Folgen der Entscheidung für zukünftige Reformen



## Allgemeine Schlussfolgerungen

- Der **verfassungsrechtliche Investitionsvertrauensschutz garantiert** im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG Schutz vor einer **Frustrierung von Investitionen durch kompensations- und ausgleichsfreie Rechtsänderungen**.
- Das Investitionsvertrauen genießt insbesondere dort besonderen verfassungsrechtlichen Schutz, wo der Staat **besondere Anreize für Investitionen** schafft, etwa durch günstige Zulassungsverfahren oder Subventionen.
- Greift der Investitionsvertrauensschutz, sind dem Gesetzgeber unecht rückwirkende Rechtsänderungen zwar nicht grundsätzlich verwehrt. Es muss jedoch sicherstellen, dass **bereits erfolgte Investitionen**, insb. Planungs- und Untersuchungsleistungen im Rahmen bislang geltender Zulassungsverfahren, **nicht grundlos frustriert** werden.

# III. Folgen der Entscheidung für zukünftige Reformen



## Auswirkungen auf die laufende Reform des WindSeeG

- Das BVerfG hat ausdrücklich anerkannt, dass die **Vorleistungen der Inhaber bestehender Projekte** i.S.d. § 26 WindSeeG insofern **einen Wert behalten**, als diese Betreiber als Ausgleich für die Überlassung der bei der Entwicklung des Projekts erhobenen Daten ein **Eintrittsrecht** erhalten (Rn. 155).
- Nach dem WindSeeG 2017 durften die Inhaber bestehender Projekte erwarten, im Gegenzug für ihre Datenüberlassung und Verzichtserklärung (§ 41 WindSeeG) ein **Eintrittsrecht für „ihre“ Projekte jedenfalls zum „Marktpreis“** zu erhalten, d.h. ohne Zahlung eines Offshore-Netzausbaubeitrags.
- Insofern stellt das Eintrittsrecht eine Kompensation für das Investitionsvertrauen der Projektinhaber dar, das durch den Systemwechsel enttäuscht wurde – das **Eintrittsrecht maximal ohne Subvention** stellt folglich das **Surrogat der bereits erworbenen verfahrensrechtlichen Position** dar.



# III. Folgen der Entscheidung für zukünftige Reformen



## Auswirkungen auf die laufende Reform des WindSeeG

- Durch die Einführung einer negativen Gebotskomponente wird dieses **Eintrittsrecht rückwirkend weiter entwertet**: Im dynamischen Gebotsverfahren erhält nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung der Bieter den Zuschlag, der die Zahlung des höchsten Offshore-Netzausbaubeitrags bietet.
- Die **Wirtschaftlichkeit und die Realisierungswahrscheinlichkeit** von Projekten, die über die zweiten Gebotskomponente bezuschlagt werden, wird so erheblich verringert.
- Das Eintrittsrecht wird damit **nachträglich unter die Bedingung einer auktionemäßig ermittelten Konzessionszahlung** gestellt. Die mit dem WindSeeG 2017 zugesprochene **Kompensation** für den damals angeordneten **Verlust der Projektrechte** wird somit **nachträglich entwertet**.

# III. Folgen der Entscheidung für zukünftige Reformen



## Auswirkungen auf die laufende Reform des WindSeeG

Die nachträgliche Entwertung des Eintrittsrechts bestehender Projektinhaber durch die Einführung negativer Gebote ist im Blicke **verfassungsrechtlich unzulässige Verletzung des Investitionsvertrauensschutzes** bedenklich:

- Im Zuge des Systemwechsels wurden die **Projekte der Eintrittsberechtigten durch § 46 WindSeeG von Gesetzes wegen beendet**. Im Gegenzug erhielten die Projektinhaber u.a. das Eintrittsrecht, sofern sie im Jahr 2018 ihre Projektunterlagen entschädigungslos dem BSH übergeben hatten.
- In dieses greift der Gesetzgeber nun ein, indem er die Konditionen des Eintrittsrechts nachträglich zum Schlechteren verändert.
- Gegen die Rechtfertigung dieser **nachträglichen Entwertung des Eintrittsrechts spricht**, dass die Projektinhaber die Beendigung ihrer Projekte und die entschädigungslose Übertragung der Projektrechte und der Planungsunterlagen an das BSH in dem schutzwürdigen Vertrauen hingenommen haben, das sie zum Ausgleich das werthaltiges Eintrittsrecht erhalten.

# III. Folgen der Entscheidung für zukünftige Reformen



## Auswirkungen auf zukünftige Reformen

- Die Entscheidung des BVerfG ist **auf den Einzelfall der Offshore-Windenergie bezogen**. In der **Zusammenschau mit früheren Entscheidungen**, insbes. dem Urteil zum Atomausstieg, zeichnet sich über den Einzelfall hinaus eine **Rechtsprechungstendenz** ab:
  - Grundsätzlich hängt es stets von den **Umständen des Einzelfalls** ab, inwieweit ein Vertrauen in den Bestand der Rechtslage als Grundlage von Investitionen berechtigt ist.
  - Ein **schutzwürdiges Investitionsvertrauen** kann jedenfalls dann entstehen, wenn der **Gesetzgeber selbst unmissverständlich zu Investitionen ermutigt hat**, ohne dass er nachteilige Rechtsänderungen in Aussicht gestellt hat.
  - Im gesamten Recht der Erneuerbaren Energien setzt der Gesetzgeber **erhebliche Investitionsanreize** durch Subventionen und günstige regulatorische Rahmenbedingungen.
  - Dies begründet **regelmäßig ein schutzwürdiges Vertrauen der Investoren**, nicht durch nachträglicher Rechtsänderungen ihrer zwischenzeitlich erlangten Verfahrenspositionen und Eigentumswerte wieder enthoben zu werden.

# Ihre Ansprechpartner



**Dr. Wolf Friedrich Spieth**  
Partner  
T + 49 30 814 542 501  
M Wolf.Spieth@pswp.de



**Sebastian Lutz-Bachmann, LL.M.**  
Principal Associate  
T + 49 30 814 542 507  
M Sebastian.Lutz-Bachmann@pswp.de



**Dr. Friedrich Gebert**  
Principal Associate  
T + 49 30 814 542 506  
M Friedrich.Gebert@pswp.de

## **POSSER SPIETH WOLFERS & PARTNERS**

Palais Holler  
Kurfürstendamm 170  
10707 Berlin  
Germany  
[www.pswp.de](http://www.pswp.de)