

## Windenergie auf See

Dipl. Jur. Antonia Hagedorn und Dipl. Jur. Felix Lücke

BVerfG 1 BvR 1679/17

Art. 2 Abs. 1; Art. 12 Abs. 1; Art. 14 Abs. 1; Art. 20 Abs. 3 GG; WindSeeG

### **Sachverhalt (vereinfacht und gekürzt)**

Die A-GmbH ist ein deutsches Unternehmen, das die Zulassung von Offshore-Windparks in der ausschließlichen Wirtschaftszone nach der bis 2017 geltenden Seeanlagenverordnung, die keine staatliche Flächenplanung sowie eine behördliche Zulassung von Bauvorhaben nach dem Kriterium zeitlicher Priorität vorsah, beantragt hat. Danach hat die A-GmbH – wie gewohnt – auf eigene Kosten notwendige Planungsarbeiten durchgeführt. Diese umfassten Wasser-, Luft- und Umweltverträglichkeitsuntersuchungen.

Zum 01.01.2017 wurde mit den Vorschriften des Gesetzes zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See („WindSeeG“) die Errichtung von Offshore-Windparks in der ausschließlichen Wirtschaftszone in Nord- und Ostsee neu geregelt. Nach dem WindSeeG wird die Zulassung des Betriebs eines Offshore-Windparks zwar weiterhin durch ein Planfeststellungsverfahren geregelt; dabei liegt die Flächenentwicklung jedoch nunmehr beim Staat, der einen Zuschlag zur Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens an interessierte Unternehmen erteilt. Ausschreibungen werden zentral im Voraus durchgeführt und die Anlagenerrichtung und Netzanbindung zentral aufeinander abgestimmt. Die Gesetzesreform soll vordergründig dem Klima- und Umweltschutz durch einen staatlich gesteuerten Ausbau der Nutzung von Windenergie auf See dienen.

Das WindSeeG enthält verschiedene Übergangsregelungen, deren Voraussetzungen die A-GmbH allerdings nicht erfüllt, da jene insbesondere auf bereits errichtete und in Kürze zu errichtende Anlagen abzielen. Im Übrigen verlieren bereits durchgeführte Verfahrensschritte ihre rechtliche Bedeutung. Vielmehr müsste die A-GmbH sich nun für einen Zuschlag auf Durchführung eines Planfeststellungverfahrens nach dem WindSeeG bewerben.

Die A-GmbH sieht sich dadurch in ihrer Eigentumsfreiheit verletzt. Der nach früher geltendem Recht erreichte Verfahrensstand, einschließlich der bereits erteilten Genehmigung für die Inbetriebnahme ihres Windparks, habe nach dem WindSeeG rückwirkend keine rechtliche Bedeutung mehr, ohne dass ihr insoweit ein Ausgleich gewährt würde, zumal die bereits erlangten Untersuchungsergebnisse vom Staat im weiteren Planungsverlauf ohne Weiteres nutzbar gemacht werden können. Es könne in einem Rechtsstaat nicht hingenommen werden, dass das Vertrauen der ansässigen Unternehmen derart enttäuscht werde. Ferner sei eine Verletzung der Berufsfreiheit darin zu erblicken, dass der Betrieb eines Offshore-Windparks nun grundsätzlich verboten und nur im Falle eines Zuschlags im Wege behördlicher Einzelzulassung erlaubt werde. Daran ändere es auch nichts, dass sie von der Realisierung des Windparks mangels Netzanschlusses noch weit entfernt ist.

Die A-GmbH möchte sich bezüglich der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des WindSeeG an das BVerfG wenden.

Hat ein in Betracht kommendes Verfahren vor dem BVerfG Aussicht auf Erfolg?

**Bearbeitervermerk:** Von der Einhaltung der einschlägigen Formvorschriften und Fristen ist auszugehen. Eine mögliche Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG durch das WindSeeG ist nicht zu prüfen. Vom Abdruck der Normen des WindSeeG wurde aus Übersichtlichkeitsgründen abgesehen. Es genügt daher eine Auseinandersetzung mit den im Sachverhalt aufgeworfenen Rechtsproblemen.

## EINORDNUNG

Das BVerfG hatte erneut Gelegenheit, sich zu dem grundrechtlichen Vertrauenschutzgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG und in diesem Zusammenhang zur unechten Rückwirkung bzw. tatbestandlichen Rückanknüpfung zu äußern. Insofern stellte sich die Frage, ob das enttäuschte Vertrauen eines Offshore-Windpark-Projektentwicklers unter Abwägung mit den vom WindSeeG verfolgten Zielen – vorrangig Klima- und Umweltschutz – jedenfalls insoweit schützenswert ist, dass für die bereits durchgeführten Planungsarbeiten und Untersuchungen ein Ausgleich zu gewähren ist.

Im Rahmen der Verfassungsbeschwerde mehrerer solcher Projektentwickler beschäftigte sich das BVerfG ferner mit der Problematik, ob eine erteilte Genehmigung oder ein bereits erreichter Verfahrensstand als eigentumsfähige Rechtsposition im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG anzusehen ist. Schließlich wurde im Rahmen der Rechtfertigung einer möglichen Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG die Frage relevant, inwieweit das enttäuschte Vertrauen in die Fortführbarkeit einer beruflichen Tätigkeit unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten grundrechtlich zu schützen ist.

Der Fall verbindet grundlegende Fragen im Blickfeld von Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG mit einer Prüfung des allgemeinen Vertrauenschutzgebots, das in der Entscheidung des BVerfG selbstständig neben den anderen geprüften Grundrechten steht. Der Beschluss beweist insbesondere die Aktualität einer Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit einer unechten Rückwirkung, die immer wieder Gegenstand juristischer Prüfungsarbeiten im Staatsrecht ist.

## 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 Vertrauenschutz wegen frustrierter Investitionen, die mit Blick auf

eine künftige unternehmerische Tätigkeit erfolgt sind.

3. Der allgemeine Vertrauenschutz nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ergänzt die spezifischen Vertrauenschutzverbürgungen der besonderen Freiheitsrechte. Das Kriterium der Rückwirkung kann Aufschluss darüber geben, ob eine Rechtsänderung schutzwürdige Stabilitäts erwartungen 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.

## GUTACHTERLICHE LÖSUNG

- A. Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde
- I. Zuständigkeit des BVerfG
- II. Beschwerdefähigkeit, § 90 Abs. 1 BVerfGG
- III. Prozessfähigkeit
- IV. Beschwerdegegenstand, § 90 Abs. 1 BVerfGG
- V. Beschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG
- VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität, § 90 Abs. 2 BVerfGG
- VII. Form und Frist
- VIII. Ergebnis zu A.
- B. Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde
- I. Verletzung eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts
- 1. Schutzbereichseröffnung**
- 2. Eingriff
- 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung**
- a) Einschränkungsmöglichkeit
- b) Verfassungsmäßige Konkretisierung der Einschränkungsmöglichkeit**
- c) Ggf. Verfassungsgemäße Konkretisierung im Einzelfall
- II. Ergebnis zu B.
- C. Ergebnis

In Betracht kommt die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG durch die A-GmbH. Diese hat Erfolg, wenn sie zulässig und soweit sie begründet ist.

### A. Zulässigkeit

Die Verfassungsbeschwerde der A-GmbH müsste zulässig sein.

### I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. §§ 13 Nr. 8a, 90ff. BVerfGG für die Entscheidung der Verfassungsbeschwerde zuständig.

### II. Beschwerdefähigkeit, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Die A-GmbH müsste im Verfassungsbeschwerdeverfahren beschwerdefähig sein. Dies ist i.S.v. § 90 Abs. 1 BVerfGG jedermann, d.h. jeder, der Träger von Grundrechten oder den in § 90 Abs. 1 BVerfGG aufgeführten grundrechtsgleichen Rechten ist.<sup>1</sup>

Fraglich ist insofern, ob die A-GmbH als juristische Person des Privatrechts gem. § 13 Abs. 1 GmbHG Trägerin von Grundrechten bzw. grundrechtsgleichen Rechten sein kann. Sie beruft sich im vorliegenden Verfahren auf die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG. Nach Art. 19 Abs. 3 GG sind inländische juristische Personen des Privatrechts grundsätzlich grundrechts- und damit auch beschwerdefähig, soweit die vermeintlich verletzten Grundrechte ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind.<sup>2</sup> Dies ist dann nicht mehr der Fall, wenn der Schutzbereich des betreffenden Grundrechts an bestimmte äußere oder innere Merkmale seines Trägers anknüpft, die nur natürlichen Personen „wesenseigen“ sind.<sup>3</sup> Entscheidend ist demnach die Möglichkeit einer auch korporativen Betätigung des jeweiligen Grundrechts.<sup>4</sup> Eine solche besteht insbesondere für die (auch) auf den Wirtschaftsverkehr ausgerichteten Grundrechte der Eigentums- und Berufsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG) sowie der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>5</sup> Folglich ist die A-GmbH als inländische juristische Person des Privatrechts mit Blick auf Art. 19 Abs. 3 GG Trägerin dieser Grundrechte und somit nach § 90 Abs. 1 BVerfGG beschwerdefähig.

### III. Prozessfähigkeit

Die A-GmbH wird gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG durch ihren Geschäftsführer vertreten.

### IV. Beschwerdegegenstand, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Tauglicher Beschwerdegegenstand i.S.v. § 90 Abs. 1 BVerfGG ist jeder Akt der öffentlichen Gewalt. Erfasst ist demnach grundsätzlich sämtliches Handeln der Legislative, der Exekutive und der Judikative entsprechend Art. 1 Abs. 3 GG.<sup>6</sup> Die A-GmbH wendet sich gegen diejenigen Vorschriften des WindSeeG, die den nach früherem Recht erreichten Verfahrensstand einschließlich der bereits erteilten Genehmigung hinsichtlich der Zulassung und des Betriebs von Windenergieanlagen auf See rückwirkend be seitigen. Bei diesen Gesetzen handelt es sich um Akte der Legislative, mithin um taugliche Beschwerdegegenstände nach § 90 Abs. 1 BVerfGG.

### V. Beschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Die A-GmbH müsste auch beschwerdebefugt sein. Die Beschwerdeführerin muss geltend machen, in einem ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte möglicherweise verletzt zu sein, eine Grundrechtsverletzung darf nicht von vornherein ausgeschlossen sein<sup>7</sup> und sie muss durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein.<sup>8</sup>

Durch die Vorschriften des WindSeeG wird der durch die A-GmbH bereits erreichte Verfahrensstand bzgl. der Planung und Errichtung von Windenergieanlagen auf See dadurch rückwirkend entwertet, dass nunmehr ein von Grund auf neu gestaltetes Zuschlags-, Planungs- und Genehmigungsverfahren nach dem WindSeeG durchzuführen ist. Insoweit ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass hierdurch die Eigentums- (Art. 14 Abs. 1 GG), Berufs- (Art. 12 Abs. 1 GG) oder jedenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit der A-GmbH aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sein könnte.

Daneben beenden die Vorschriften des WindSeeG das laufende Planungsverfahren der A-GmbH durch Gesetz, sodass diese auch selbst, noch andauernd bzw. demnach

<sup>1</sup> Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Kommentar zum BVerfGG, 59. EL 2020, § 90 Rn. 125.

<sup>2</sup> Vgl. C. Grünewald in: BeckOK-BVerfGG, 9. Edition 2020, § 90 Abs. 1 Rn. 23.

<sup>3</sup> BVerfGE 21, 362 (368f.); 95, 220 (242); 106, 28 (42).

<sup>4</sup> BVerfGE 42, 212 (219); 122, 342 (355).

<sup>5</sup> Für Art. 14 GG BVerfGE 66, 116 (130); für Art. 12 GG BVerfGE 105, 252 (265); 121 317 (370); für Art. 2 Abs. 1 GG BVerfGE 10, 221 (225); vgl. Bethge in: Maunz et al. (Fn. 1), BVerfGG, § 90 Rn. 140; Scherzberg in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009, § 13 Rn. 26.

<sup>6</sup> C. Grünewald in: BeckOK-BVerfGG (Fn. 2), § 90 Abs. 1 Rn. 47.

<sup>7</sup> BVerfGE 129, 49 (67); Manssen, Staatsrecht II – Grundrechte, 17. Aufl. 2020, Rn. 915.

<sup>8</sup> BVerfGE 79, 1 (13f.); Manssen, StaatsR II (Fn. 7), Rn. 919.

gegenwärtig und mangels notwendigen Vollzugsakts unmittelbar durch das Gesetz betroffen ist.<sup>9</sup>

Die A-GmbH ist somit beschwerdebefugt.

## VI. Rechtswegerschöpfung und Subsidiarität,

### § 90 Abs. 2 BVerfGG

Die A-GmbH müsste gem. § 90 Abs. 2 BVerfGG den Rechtsweg erschöpft und daneben den Grundsatz der Subsidiarität gewahrt haben. Weil ein Rechtsweg gegen Bundesgesetze wie das WindSeeG nicht gegeben ist, kommt insoweit nur der durch das BVerfG entwickelte Grundsatz der Subsidiarität in Betracht. Hiernach hat der Beschwerdeführer vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde „grundsätzlich alle nach Lage der Dinge zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten [zu] ergreifen, um die geltend gemachte Grundrechtsverletzung in dem unmittelbar mit ihr zusammenhängenden sachenächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen“.<sup>10</sup> Eine ggf. zu erhebende Feststellungsklage vor den Verwaltungsgerichten hätte allein die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Normen zum Thema gehabt und daneben nicht etwa zu einer Aufklärung der Sachlage in sachlicher und rechtlicher Hinsicht beitragen können, zumal die Auslegung des einfachen Rechts an dieser Stelle nicht entscheidungserheblich ist. Insoweit hat die A-GmbH den Grundsatz der Subsidiarität gewahrt.

## VII. Form und Frist

Die Formvorschriften (§ 23 Abs. 1 BVerfGG) und die Frist (§ 93 Abs. 3 BVerfGG) können eingehalten werden.

## VIII. Ergebnis

Eine Verfassungsbeschwerde der A-GmbH wäre zulässig.

## B. Begründetheit

Weiterhin müsste die Verfassungsbeschwerde begründet sein. Dies ist der Fall, wenn das angegriffene WindSeeG die A-GmbH in ihren Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i.V.m. § 95 Abs. 1 S. 1 BVerfGG. In Betracht kommt eine Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG, von Art. 12 Abs. 1 GG sowie des allgemeinen Vertrauenschutzes gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG.

## I. Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG

Das WindSeeG könnte die Beschwerdeführerin in ihrem Eigentumsrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzen, indem die nach früherem Recht erteilte Genehmigung sowie der bereits erreichte Verfahrensstand keine rechtliche Bedeutung mehr haben.

### 1. Schutzbereichseröffnung

Zunächst müsste der Schutzbereich der von Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Eigentumsfreiheit eröffnet sein. In sachlicher Hinsicht schützt Art. 14 Abs. 1 GG grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem jeweils Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zum privaten Nutzen ausüben darf.<sup>11</sup>

Fraglich erscheint, ob die der A-GmbH nach der früher geltenden Seeanlagenverordnung erteilte Genehmigung eine eigentumsrechtliche Position darstellt. Zwar ist der sachliche Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG nicht auf Eigentumspositionen im Sinne des Privatrechts begrenzt.<sup>12</sup> Die vor Inkrafttreten des WindSeeG erteilte Genehmigung diente mit der Feststellung der Rechtskonformität der geplanten Anlage jedoch der Überwindung eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, welches die Überprüfung von Gefahren durch den Betrieb eines Offshore-Windparks bezieht. Dagegen will die Genehmigung nicht die Schaffung einer Eigentumsposition herbeiführen.<sup>13</sup> Mangels Qualifizierung der Genehmigung als vermögenswerte Rechtsposition im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG ist der sachliche Schutzbereich der Eigentumsfreiheit insofern nicht eröffnet.

Ferner könnte die von der Beschwerdeführerin nach früherem Recht erlangte Verfahrensposition als solche ein vermögenswertes Recht darstellen. Dagegen spricht allerdings, dass die der Genehmigung selbst vorausgehende bloße Verfahrensposition erst recht nicht als Eigentumsrecht im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG angesehen werden kann. Etwas anderes könnte anzunehmen sein, wenn die Verfahrensposition dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zuzuordnen ist. Ob dieses überhaupt dem sachlichen Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG unterfällt, ist bislang noch nicht abschließend entschieden.

<sup>9</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1679/17, Rn. 61 – juris.

<sup>10</sup> BVerfGE 63, 77 (78); 134, 106 (115); 129, 78 (92); 134, 242; vgl. Niesler in: BeckOK-BVerfGG (Fn. 2), § 90 Rn. 50.

<sup>11</sup> BVerfGE 131, 66 (79).

<sup>12</sup> BVerfGE 95, 267 (300).

<sup>13</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1679/17, Rn. 77 – juris; siehe bereits zuvor zur Verneinung der Frage der Eigentumsfähigkeit von Anlagenzulassungsentscheidungen BVerfGE 143, 246.

worden.<sup>14</sup> Auf die Frage käme es vorliegend allerdings nicht an, wenn die Verfahrensposition dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht unterfiele. Der Schutz dieses Rechts kann grundsätzlich nicht weiter reichen als der Schutz, den seine wirtschaftliche Grundlage genießt.<sup>15</sup> Als wirtschaftliche Grundlage ist der nach der Seeanlagenverordnung erreichte Verfahrensstand zu betrachten, der ungeachtet seines Marktwerts nicht als Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 GG anzusehen ist. Die Verfassungsmäßigkeit der aus der Rechtsänderung resultierenden praktischen Erschwerung des Gewerbebetriebs ist im Rahmen der Vereinbarkeit der Vorschriften mit Art. 12 Abs. 1 GG zu untersuchen.<sup>16</sup> Demnach handelt es sich auch bei dem erreichten Verfahrensstand nicht um eine vermögenswerte Rechtsposition, sodass auch diesbezüglich der sachliche Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG nicht eröffnet ist.

## 2. Zwischenergebnis

Eine Verletzung der A-GmbH in ihrem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG durch das WindSeeG scheidet mangels Betroffenheit des sachlichen Schutzbereichs aus.

## II. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG

Das WindSeeG könnte die A-GmbH jedoch in ihrer von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit verletzen, indem der Betrieb von Windenergieanlagen auf See nach dem WindSeeG verboten und nur im Falle eines Zuschlags im Wege behördlicher Einzelzulassung erlaubt und die nach altem Recht erteilte Zulassung sowie der bloße Verfahrensstand wirkungslos sind. Insofern bedarf es wiederum eines nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigten Eingriffs in die grundrechtlich verbürgte Position.

### 1. Schutzbereichseröffnung

Der sachliche Schutzbereich der Berufsfreiheit müsste eröffnet sein. Art. 12 Abs. 1 GG gewährt das Recht, eine Tätigkeit als Beruf zu ergreifen (sog. Berufswahl) und frei auszuüben (sog. Berufsausübung).<sup>17</sup> Unter einem Beruf versteht man jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage.<sup>18</sup> Das Betreiben eines Offshore-Windparks ist als eine Tätigkeit zur Schaffung

<sup>14</sup> BVerfGE 143, 246 (331); BGHZ 111, 349 (355f.); BVerwGE 81, 49 (54).

<sup>15</sup> BVerfGE 58, 300 (353).

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1679/17, Rn. 84ff. – juris.

<sup>17</sup> BVerfGE 141, 121 (130).

<sup>18</sup> BVerfGE 141, 121 (130f.).

<sup>19</sup> Herdegen in: Maunz/Düring, Kommentar zum GG, 90. EL 2020, Art. 1 Rn. 40.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu Epping, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Rn. 392ff.

<sup>21</sup> BVerfGE 7, 377 (402f.).

und Erhaltung der Lebensgrundlage anzusehen, sodass der sachliche Schutzbereich eröffnet ist.

Aufgrund der Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG ist auch der persönliche Schutzbereich der Berufsfreiheit für die A-GmbH eröffnet.

## 2. Eingriff

Bei dem grundsätzlichen Verbot des Betriebs eines Windparks könnte es sich um einen Eingriff in die Berufsfreiheit der A-GmbH handeln. Unter einem Eingriff versteht man die Verkürzung des grundrechtlichen Schutzbereichs.<sup>19</sup> In Betracht kommt insofern ein Eingriff im klassischen Sinne, also durch einen unmittelbaren, finalen und imperativen Rechtsakt.<sup>20</sup> Bei dem WindSeeG handelt es sich um eine Norm und damit um einen Rechtsakt der Legislative, der als Verbot imperativ auf die Berufsfreiheit der A-GmbH wirkt. Es zielt gerade darauf ab, den Betrieb des Windparks zu verbieten und unter den Zulassungsvorbehalt zu stellen, sodass auch die Finalität gegeben ist. Letztlich ist dem WindSeeG auch eine unmittelbare Wirkung beizumessen, da zwischen dem Rechtsakt und der Verkürzung des grundrechtlichen Schutzes keine Zwischenursache erkennbar ist. Mithin liegt ein klassischer Eingriff vor.

## 3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn er den Anforderungen genügt, die das Grundgesetz an Eingriffe dieser Art stellt. Das WindSeeG müsste demnach eine verfassungsgemäße Konkretisierung der für Art. 12 Abs. 1 GG geltenden Einschränkungsmöglichkeit darstellen.

### a) Einschränkungsmöglichkeit

Eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG erfordert zunächst, dass die Berufsfreiheit einschränkbar ist. Art. 12 Abs. 1 GG wird als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit verstanden, sodass die nach dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG lediglich für die Berufsausübung geltende Einschränkungsmöglichkeit auch auf die Berufswahl ausgeweitet wird.<sup>21</sup> Aus der Formulierung „durch ein Gesetz oder auf Grund eines Ge-

setzes“ folgt, dass die Berufsfreiheit einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt.<sup>22</sup> Bei dem WindSeeG handelt es sich um eine gesetzliche Vorschrift, die die Anforderungen eines einfachen Gesetzesvorbehalts erfüllt. Art. 12 Abs. 1 GG ist mithin grundsätzlich durch die Vorschriften des WindSeeG einschränkbar.

### **b) Verfassungsmäßige Konkretisierung der Einschränkungsmöglichkeit**

Fraglich erscheint weiterhin, ob das WindSeeG auch eine verfassungsmäßige Konkretisierung der für Art. 12 Abs. 1 GG geltenden Einschränkungsmöglichkeit darstellt.

#### **aa) Die bei Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigende Drei-Stufen-Theorie**

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG ist die vom BVerfG entwickelte Drei-Stufen-Theorie zu berücksichtigen. Ihr zufolge kann ein Eingriff auf der ersten Stufe der Berufsausübungsfreiheit gerechtfertigt werden, wenn er vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls dient. Hinsichtlich eines Eingriffs in die subjektive und in die objektive Berufswahl auf zweiter und dritter Stufe sind strengere Anforderungen an die Rechtfertigung zu stellen.<sup>23</sup>

Grundsätzlich kann die A-GmbH weiterhin einen Windpark betreiben. Ihr ist es lediglich verboten, den Betrieb in dem das WindSeeG betreffenden Gebiet ohne behördliche Einzelzulassung aufzunehmen, sodass es nicht um das „Ob“ der Berufswahl geht, sondern um das „Wie“ im Sinne der Berufsausübung. Folglich handelt es sich um einen Eingriff auf erster Stufe.

Das WindSeeG bezweckt den Klima- sowie den Umweltschutz,<sup>24</sup> bei dem es sich um eine vernünftige Erwägung des Allgemeinwohls handelt. Der Eingriff genügt demnach grundsätzlich den Anforderungen der Drei-Stufen-Theorie.

#### **bb) Die Wahrung der Anforderungen des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**

Obwohl die Drei-Stufen-Theorie ähnliche Maßstäbe wie diejenigen des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anwendet, erscheint es überzeugender, diesen zu-

mindest neben der Theorie anzuwenden. Hierfür spricht auch, dass mit dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz individuellere Ergebnisse erzielt werden können.<sup>25</sup> Somit müsste das WindSeeG verhältnismäßig sein.

Bei dem in Art. 20a GG normierten Schutz natürlicher Lebensgrundlagen, der auch den Schutz von Klima und Umwelt erfasst, handelt es sich um ein rechtlich erlaubtes Ziel und damit um einen legitimen Zweck. Die einzelnen Regelungen des WindSeeG fördern zumindest den Schutz der genannten Rechtsgüter, sodass die Vorschriften auch geeignet sind.<sup>26</sup> Erforderlich wäre das Gesetz, wenn keine milderer und zugleich weniger eingriffsintensiven Mittel gegenüber dem prinzipiellen Verbot des Betriebs und dem Erfordernis eines Zuschlags infrage kommen.<sup>27</sup> Insofern sind andere Regelungssysteme, die ebenso zwecktauglich sind und sich dabei milder im Hinblick auf den grundrechtlichen Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG auswirken, nicht ersichtlich.

Letztlich müsste das aus dem WindSeeG folgende grundsätzliche Verbot des Betriebs eines Windparks in dem betreffenden Gebiet ohne behördliche Genehmigung auch angemessen sein. Insofern sind die in Art. 20a GG verankerten gewichtigen Ziele des Umwelt- und Klimaschutzes zu berücksichtigen, die mit der Berufsausübungsfreiheit der Betreiber von Windparks abzuwägen sind. Im Rahmen einer abstrakten Bewertung überwiegen die hohen Ziele des Klima- und Umweltschutzes. Ferner ist zu beachten, dass die Intensität des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG nicht sehr hoch ist, da der Betrieb an sich nicht absolut untersagt, sondern lediglich von dem vorherigen Zuschlag abhängig gemacht wird.

Gegen das Überwiegen der mit dem WindSeeG verfolgten Ziele im Rahmen einer konkreten Abwägung könnte jedoch sprechen, dass das Vertrauen der Windparkbetreiber in die rechtliche Fortführbarkeit der beruflichen Tätigkeit enttäuscht worden ist. Insofern ist allerdings bedeutsam, dass das WindSeeG Übergangsregelungen für die Betreiber enthält, die ihre Tätigkeit vor dem Inkrafttreten des WindSeeG am 01.01.2017 aufgenommen haben. Den Regelungen unterfallen hingegen die Betreiber nicht, die den Betrieb in der Vergangenheit noch nicht aufgenommen ha-

<sup>22</sup> Mangold/Lange JuS 2018, 161 (167).

<sup>23</sup> BVerfGE 7, 377 (405ff.).

<sup>24</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1679/17, Rn. 100 – juris.

<sup>25</sup> Classen, Staatsrecht II – Grundrechte, 2018, S. 207.

<sup>26</sup> BVerfGE 126, 112 (144).

<sup>27</sup> BVerfGE 90, 45 (172).

ben, sondern zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes eine Genehmigung oder eine bloße Verfahrensposition innehaben.<sup>28</sup> Folglich hat der Gesetzgeber die Aspekte des enttäuschten Vertrauens der Betreiber auf die Fortführung ihrer beruflichen Tätigkeit hinreichend berücksichtigt; insbesondere ist das Unternehmen von der Realisierung des Windparks mangels Netzanschlusses noch weit entfernt. Dies erscheint im Rahmen der konkreten Abwägung des Eingriffs in ihre Berufsfreiheit mit den hohen Zielen des WindSeeG überzeugend, da das enttäuschte Vertrauen vor der Aufnahme des Betriebes weniger schwer zu gewichten ist.

Schlussfolgernd sind die das Verbot des Betriebes regelnden Vorschriften des WindSeeG auch im Rahmen der konkreten Güterabwägung angemessen und damit verhältnismäßig.

#### 4. Zwischenergebnis

Eine Verfassungswidrigkeit der Regelungen des WindSeeG folgt nicht aus ihrer Unvereinbarkeit mit der in Art. 12 Abs. 1 GG normierten Berufsfreiheit der A-GmbH.

### III. Verletzung des allgemeinen Vertrauensschutzes (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG)

Das WindSeeG könnte aber dergestalt Grundrechte der A-GmbH verletzen, dass es den allgemeinen Vertrauensschutzanforderungen des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG nicht genügt.

#### 1. Schutzbereich

Der Schutzbereich müsste eröffnet sein. Soweit die speziellen Vertrauensschutzgrundlagen der besonderen Freiheitsrechte nicht eingreifen, kommt auf Grundlage der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG ein allgemeiner, grundrechtlicher Vertrauensschutz in Betracht.<sup>29</sup>

Bewusst wurde hier der auch vom BVerfG gewählte Aufbau übernommen, der das allgemeine, grundrechtliche Vertrauensschutzgebot selbstständig neben die anderen einschlägigen Grundrechte setzt. Hierher

röhrt auch die Mitzitierung von Art. 2 Abs. 1 GG. Gerade in Fällen unechter Rückwirkung prüft das BVerfG einen möglichen Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot nicht selbstständig als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG, sondern auf grundrechtlicher Ebene. Gewiss wäre es daher auch hier zulässig, die Rückwirkungsproblematik im Rahmen der vorangegangenen Grundrechtsprüfung zu erörtern.

Dieser sichert das im Grundsatz schutzwürdige Vertrauen des Grundrechtsträgers ab, nicht in unzulässiger Weise mit rückwirkenden Gesetzen belastet zu werden.<sup>30</sup> Durch das WindSeeG wurde der von der A-GmbH auf Grundlage der Vorgängerregelungen bereits erreichte Verfahrensstand sowie deren Genehmigung zur Durchführung eines Planungsverfahrens für die Errichtung von Windenergieanlagen auf See rückwirkend beseitigt. Der Schutzbereich des allgemeinen, grundrechtlichen Vertrauensschutzes ist insoweit eröffnet.

#### 2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Rückwirkung

Fraglich ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Rückwirkung.

##### a) Differenzierung zwischen echter und unechter Rückwirkung

Hinsichtlich der Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der durch das WindSeeG herbeigeführten Rückwirkung ist zunächst zwischen echter und unechter Rückwirkung zu unterscheiden.<sup>31</sup> Danach entfaltet eine Rechtsnorm echte Rückwirkung, wenn sie nachträglich in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt eingreift und dessen Rechtsfolgen somit nachträglich abändert.<sup>32</sup> Demgegenüber zeichnet sich die unechte Rückwirkung einer Rechtsnorm dadurch aus, dass sie auf einen gegenwärtig noch nicht abgeschlossenen Sachverhalt einwirkt und künftig eintretende Rechtsfolgen modifiziert, dabei aber zugleich eine betroffene Rechtsposition entwertet.<sup>33</sup> Während eine echte Rückwirkung verfassungsrechtlich grundsätzlich unzulässig ist, also nur in besonderen Ausnahmen

<sup>28</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1679/17, Rn. 106ff. – juris.

<sup>29</sup> BVerfGE 128, 90 (105); Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 122 – juris.

<sup>30</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 127 – juris; BVerfGE 148, 217 (254).

<sup>31</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 128ff. – juris; Grzeszick in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 20 Rn. 80ff.; Sodan/Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2018, Rn. 50ff.

<sup>32</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 129 – juris; vgl. die im Wesentlichen synonyme Bezeichnung des Zweiten Senats „Rückbewirkung von Rechtsfolgen“, BVerfGE 63, 343 (353); 72, 200 (241); Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 17 Rn. 105.

<sup>33</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 130 – juris; BVerfGE 148, 217 (255); vgl. die im Wesentlichen synonyme Bezeichnung des Zweiten Senats „tatbeständliche Rückanknüpfung“, BVerfGE 63, 343 (353); 72, 200 (241); Maurer, StaatsR I (Fn. 32), § 17 Rn. 105.

fällen gestattet sein kann,<sup>34</sup> sind unechte Rückwirkungen von Verfassung wegen im Grundsatz nicht zu beanstanden.<sup>35</sup>

Durch die Vorschriften des WindSeeG wird in das laufende Planungsverfahren zur Errichtung von Windenergieanlagen auf See der A-GmbH derart eingegriffen, dass die nach altem Recht durchgeführten Verfahrensschritte ihre rechtliche Bedeutung verlieren. Gleichwohl ist der Verfahrenssachverhalt selbst wegen der jedenfalls noch erforderlichen Errichtung der Windenergieanlagen und deren Netzanbindung nicht abgeschlossen. Insofern werden die Rechtsfolgen eines bereits vollständig abgeschlossenen Sachverhalts durch das WindSeeG nicht nachträglich negativ verändert. Mithin liegt eine echte Rückwirkung nicht vor.<sup>36</sup>

Wie bereits festgestellt werden allerdings die von der A-GmbH bereits durchgeführten Planungs- und Verfahrensschritte durch die Gesetzesreform vollständig entwertet, sodass eine Rechtsposition der A-GmbH betroffen ist. Die der späteren Inbetriebnahme von Windenergieanlagen dienenden Maßnahmen sind damit nutzlos geworden. Eine unechte Rückwirkung ist damit gegeben.

### b) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der unechten Rückwirkung

Die unechte Rückwirkung von Rechtsnormen ist zwar grundsätzlich zulässig, Grenzen ergeben sich hierbei aber aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Insoweit ist eine Abwägung danach vorzunehmen, ob die Bestandsinteressen des Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.<sup>37</sup> Dabei ist insbesondere auch von Relevanz, inwieweit das Vertrauen des Betroffenen schutzwürdiger Natur ist<sup>38</sup>

Aus Sicht der A-GmbH gab es zunächst keinen Anlass, an eine baldige Gesetzesänderung zu denken und Investitionen entsprechend risikohaft einzusetzen. Demzufolge konnte sie berechtigterweise davon ausgehen, dass die von ihr durchgeführten Planungs- und Verfahrensschritte

te Bestand haben und in der tatsächlichen Errichtung von Windenergieanlagen auf See münden würde. Andererseits ist aber zu bemerken, dass im Grundsatz jederzeit mit Rechtsänderungen gerechnet werden muss; aus dem verfassungsrechtlichen Vertrauenschutz ergibt sich gerade nicht, Betroffene vor Enttäuschungen hinsichtlich der Dauerhaftigkeit der Rechtslage zu bewahren.<sup>39</sup>

Gleichzeitig verfolgt das WindSeeG das legitime Ziel, Wettbewerb und Planungssicherheit durch ein ausdifferenziertes Regelungssystem zu stärken und damit dem Klima- und Umweltschutz zu dienen.<sup>40</sup> Die Vorschriften sind hierzu auch geeignet.<sup>41</sup>

Es könnte sich aber ein milderer und gleichermaßen geeignetes Mittel dahingehend ergeben, dass der betroffene A-GmbH jedenfalls die notwendigen Kosten für die bisherigen Planungsuntersuchungen, die durch die Einführung des WindSeeG nutzlos geworden sind, zu erstatten sind. Hierdurch würde das enttäuschte Vertrauen der A-GmbH in den Bestand ihres Verfahrenstands jedenfalls abgemildert, indem der getätigte, dann aber letztlich fruchtbare Aufwand der Planung und Untersuchung ausgeglichen würde. Dafür spricht entscheidend auch, dass der Staat die Ergebnisse der bereits durchgeführten Umweltuntersuchungen auch im weiteren Planungsgang verwerten kann und insoweit eigene Aufwendungen erspart. An der Eignung für die Erreichung der Umweltschutz- und Regelungsziele würde eine Ausgleichszahlung indes nichts ändern.<sup>42</sup> Letztlich würde damit einerseits der durch die A-GmbH geleistete Aufwand gewürdigt, der mangels Aufnahme des Betriebs einer Windenergieanlage noch nicht durch die Übergangsregelungen des WindSeeG abgesichert wurde, andererseits hätte der Staat nicht mehr Kosten als ihm durch die notwendige Durchführung der einschlägigen Planungs- und Untersuchungsarbeiten ohnehin entstünden. In einer entsprechenden Ausgleichsregelung bestünde damit ein gleich effektives, aber mit Blick auf die A-GmbH milderes Mittel.

Folglich stellt sich die unechte Rückwirkung hier mangels

<sup>34</sup> BVerfGE 13, 261(271); 25, 371 (403); 30, 367 (385f.); 30, 392 (401); 41, 205 (225); 45, 142 (173f.); 72, 200 (253); 88, 384 (403f.); 97, 67 (80); Grzeszick in: Maunz/Dürig (Fn. 19), Art. 40 Rn. 80.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 131 – juris.

<sup>36</sup> Vgl. ebd., Rn. 135.

<sup>37</sup> BVerfGE 132, 302 (320).

<sup>38</sup> Maurer, StaatsR I (Fn. 32), § 17 Rn. 122ff.

<sup>39</sup> BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 125 – juris.

<sup>40</sup> Vgl. ebd., Rn. 152.

<sup>41</sup> S. oben B.II.3.b)bb).

<sup>42</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.06.2020 – 1 BvR 1879/17, Rn. 157ff. – juris.

Ausgleichsregelung als nicht erforderlich und damit als verfassungsrechtlich unzulässig dar.

### c) Zwischenergebnis

Die unechte Rückwirkung durch das WindSeeG ist verfassungsrechtlich unzulässig.

### 3. Zwischenergebnis

Der allgemeine Vertrauensschutz der A-GmbH aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG ist verletzt.

## IV. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der A-GmbH wäre begründet.

## C. Ergebnis

Eine durch die A-GmbH erhobene Verfassungsbeschwerde wäre zulässig und begründet und hätte daher Erfolg.

## FAZIT

Die Fallkonstellation verbindet die klassische Grundrechtsprüfung im Rahmen der Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde mit der Frage nach der Wahrung des allgemeinen Vertrauensschutzgebots. Hinsichtlich einer möglichen Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG ist insbesondere bedeutsam, dass die Definition des grundrechtlich geschützten Eigentums Grenzen erfährt. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Rechtfertigung eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG zeigt auf, dass das Vertrauen in eine zukünftige Berufsausübung lediglich teilweise schützenswert ist. Schließlich wird im Hinblick auf die Prüfung des allgemeinen Vertrauensschutzgebots die Relevanz einer Unterscheidung von echter und unechter Rückwirkung bedeutsam. Insoweit ist die unechte Rückwirkung ebenso wie die Beschränkung einzelner Freiheitsgrundrechte am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen, der eine differenzierte Abwägung erfordert. Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung ist insbesondere die Möglichkeit der Gewährung einer Ausgleichszahlung von Bedeutung. Die Entscheidung des BVerfG beweist, dass sich mit dem in der Ausbildung zum Verfassungsrecht erlernten Grundwissen auch aktuelle Sachverhalte aus einem unbekannten Normkontext lösen lassen. Insoweit ist eine saubere Prüfungsstruktur entscheidender als Detailwissen.