

Einführung einer zweiten wettbewerblichen Gebotskomponente in das WindSeeG –

**Verfassungs- und unionsrechtliche Fragen im Hinblick auf das Eintrittsrecht nach
§ 39 WindSeeG**

Kurzgutachten

Berlin, den 29. Mai 2020

Dr. Ulrich Karpenstein, Rechtsanwalt (Berlin/Brüssel)

Dr. Christian Johann, Rechtsanwalt (Berlin)

Bonn Berlin Leipzig Brüssel London München

Executive Summary

Im Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes vom 26. Mai 2020 ist für die Ausschreibung von Windparkflächen auf See die Einführung einer zweiten Gebotskomponente in Gestalt eines „Offshore-Netzausbaubeitrags“ vorgesehen. Dieser wäre von Bietern mit bezuschlagten Null-Cent-Geboten zu zahlen, sowie von Inhabern bestehender Projekte, die gem. § 39 WindSeeG in einen solchen Zuschlag eintreten.

Die geplante Änderung sieht sich mit Blick auf das Eintrittsrecht aus § 39 WindSeeG erheblichen verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Das Eintrittsrecht stellt eine subjektiv-öffentliche Rechtsposition dar, die eigentumsrechtlich geschützt ist (Art. 14 GG). Die nachträgliche Belastung des Eintrittsrechts mit dem Offshore-Netzausbaubeitrag wäre verfassungsrechtlich insbesondere deshalb nicht gerechtfertigt, weil sie gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes verstieße. Dabei fällt ins Gewicht, dass es sich beim Eintrittsrecht um eine Regelung mit Kompensationsfunktion handelt, welche die Folgen der vorzeitigen Beendigung der Projektentwicklungen durch das 2017 in Kraft getretene WindSeeG mildern soll und damit dem Ziel dient, die Verfassungskonformität des WindSeeG zu wahren. Ein hinreichend gewichtiges Gemeinwohlinteresse, das die Enttäuschung des Vertrauens in den Bestand dieser Übergangsregelung rechtfertigen könnte, ist nicht erkennbar.

Die nachträgliche Belastung des Eintrittsrechts wäre außerdem mit dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) nicht vereinbar. Sie führte zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung der Inhaber bestehender Projekte, die bei den Ausschreibungen im sog. Übergangsmodell (§§ 26 ff. WindSeeG) nicht zum Zuge gekommen sind, gegenüber denjenigen Projektinhabern, die insoweit einen (von weiteren Zahlungspflichten unbelasteten) Zuschlag erhalten haben.

Zweifelhaft ist des Weiteren, ob der Offshore-Netzausbaubeitrag mit den Vorgaben der Finanzverfassung vereinbar wäre. Mangels gruppennütziger Verwendung des Aufkommens kann er nicht als zulässige Sonderabgabe angesehen werden. Unabhängig davon dürfte er sich auf keinen der anerkannten sachlichen Gründe für die Erhebung nichtsteuerlicher Abschöpfungsabgaben stützen lassen.

Bei der Einführung einer zweiten Gebotskomponente hätte der Gesetzgeber schließlich auch die Grundfreiheiten und Grundrechte der Europäischen Union zu berücksichtigen. Insoweit ergeben sich ähnliche Bedenken wie im Falle des Eigentumsgrundrechts aus Art. 14 GG.

A. Sachverhalt und Fragestellung

- (1) Gem. § 14 Abs. 1 des geltenden Gesetzes zur Entwicklung und Förderung der Windenergie auf See (Wind-Energie-auf-See-Gesetz – WindSeeG) haben Betreiber von Windenergieanlagen auf See, die nach dem 31. Dezember 2020 in Betrieb genommen werden, einen Anspruch auf eine Marktprämie nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) nur, solange und soweit für diese Anlagen ein von der Bundesnetzagentur erteilter Zuschlag nach § 23 WindSeeG oder § 34 WindSeeG wirksam ist.
- (2) Der Zuschlag ist ferner Voraussetzung für den Anspruch auf Anschluss an die Offshore-Anbindungsleitung sowie für die Zuweisung von Netzanbindungskapazität (vgl. § 24 Abs. 1 Nr. 3 WindSeeG) und somit notwendige Bedingung für die Projektrealisierung.
- (3) Das WindSeeG sieht insoweit unterschiedliche Ausschreibungsverfahren für Windenergieanlagen vor, die ab dem 1. Januar 2026 auf gem. §§ 9 ff. WindSeeG von der Bundesnetzagentur voruntersuchten Flächen in Betrieb genommen werden (sog. zentrales Modell¹, §§ 16-25 WindSeeG), und Windenergieanlagen, die nach dem 31. Dezember 2020 in Betrieb genommen werden (Übergangsmodel: Ausschreibungen für schon vor dem Stichtag 1. August 2016 bestehende Projekte,² §§ 26-38 WindSeeG).
- (4) Für die bestehenden Projekte i.S.d. § 26 Abs. 2 WindSeeG waren nach § 26 Abs. 1 WindSeeG zwei Gebotstermine (1. April 2017 und 1. April 2018) vorgesehen. Den Zuschlag erhielten nach § 34 Abs. 1 Nr. 1 a) WindSeeG grundsätzlich die Gebote mit den niedrigsten Gebotswerten.³ In der ersten Ausschreibung erhielten vier Projekte einen Zuschlag,⁴ in der zweiten Ausschreibung sechs Projekte.⁵

¹ Vgl. BT-Drs. 18/8860, S. 286.

² Siehe dazu Liste über Offshore-Windparkvorhaben im Sinne des § 26 WindSeeG1, Stand 19.12.2016, abrufbar unter:
https://www.bsh.de/SharedDocs/Meldungen_Oeffentl_Bekanntmachungen/_Anlagen/Downloads/Liste_Windparkvorhaben.html?nn=1939528.

³ Vgl. *Lutz-Bachmann*, in: Spieth/Lutz-Bachmann, Offshore-Windenergierecht, 2018, § 34 WindSeeG, Rn. 4.

⁴ Bundesnetzagentur, BK6-17-001, WindSeeG - 1. Ausschreibung für bestehende Projekte nach § 26 WindSeeG, Ergebnisse der 1. Ausschreibung vom 01.04.2017, Bekanntgabe der Zuschläge, abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Ausschreibungen/Offshore/offshore-node.html.

⁵ Bundesnetzagentur, BK6-18-001, WindSeeG - 2. Ausschreibung für bestehende Projekte nach § 26 WindSeeG, Ergebnisse der 2. Ausschreibung vom 01.04.2018, Bekanntgabe der Zuschläge, abrufbar unter:

- (5) Für Windenergieanlagen, die ab dem 1. Januar 2026 auf voruntersuchten Flächen in Betrieb genommen werden, wird die Bundesnetzagentur ab dem Jahr 2021 die Anspruchsberechtigten und den anzulegenden Wert nach Maßgabe des zentralen Modells ermitteln (§ 16 WindSeeG). Den Zuschlag erhält nach § 23 WindSeeG das Gebot mit dem niedrigsten Gebotswert. Zugleich gilt für die Gebote gem. § 22 WindSeeG in seiner derzeitigen Fassung ein Höchstwert, der dem niedrigsten bezuschlagten Gebotswert zum Gebotstermin 1. April 2018 entspricht. Der Höchstwert für Gebote im zentralen Modell beträgt demzufolge nach der geltenden Rechtslage **0,00 ct/kWh**. Dies bedeutet, dass das einzige wettbewerbliche Differenzierungskriterium im zentralen Modell faktisch entfällt.⁶ Alle Bieter sind aufgrund des Höchstwerts gleichermaßen zur Abgabe von Null-Cent-Geboten gezwungen. Über die Zuschlagserteilung im zentralen Modell kann nach geltendem Recht daher nur das Los entscheiden (§ 15 WindSeeG i.V.m. § 32 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 Hs. 2 EEG).⁷
- (6) Vor diesem Hintergrund liegt nunmehr ein Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes und anderer Vorschriften⁸ vor, der u.a. die folgenden Änderungen des WindSeeG vorsieht:

„14. § 22 Absatz 1 wird wie folgt gefasst:

„(1) Der Höchstwert für Strom aus Windenergieanlagen auf See beträgt

1. für Ausschreibungen im Jahr 2021 7,3 Cent pro Kilowattstunde,
2. für Ausschreibungen im Jahr 2022 6,4 Cent pro Kilowattstunde, und
3. für Ausschreibungen ab dem Jahr 2023 6,2 Cent pro Kilowattstunde.“

15. § 23 wird wie folgt geändert:

[...]

b) Absatz 2 wird durch die folgenden Absätze 2 bis 4 ersetzt:

(2) „Hat für eine Fläche ein Bieter ein Gebot mit einem Gebotswert von 0 Cent pro Kilowattstunde abgegeben und hat ein Inhaber eines bestehenden Projekts, der nicht der Bieter ist, für die Fläche gemäß § 40 Absatz 1 ein Eintrittsrecht, informiert die Bundesnetzagentur den Bieter darüber, dass er innerhalb einer Frist noch ein verbessertes Gebot mit einer zweiten Gebotskomponente abgeben kann. Bei der

https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Ausschreibungen/Offshore/offshore-node.html.

⁶ Vgl. Lutz-Bachmann, in: Spieth/Lutz-Bachmann, Offshore-Windenergierecht, 2018, § 22 WindSeeG, Rn. 3.

⁷ Lutz-Bachmann, in: Spieth/Lutz-Bachmann, Offshore-Windenergierecht, 2018, § 23 WindSeeG, Rn. 3; Uibeleisen/Mlynek, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 6, 4. Aufl. 2018, § 23 WindSeeG, Rn. 14.

⁸ Referentenentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Windenergie-auf-See-Gesetzes und anderer Vorschriften, Bearbeitungsstand 26.05.2020, 17:55 Uhr.

Abgabe des weiteren Gebots muss der Bieter sein zuvor abgegebenes Gebot um eine zweite Gebotskomponente erweitern. Die zweite Gebotskomponente wird in Euro pro Megawatt des auf die Fläche gemäß § 17 Nummer 2 verteilten Ausschreibungsvolumens mit zwei Dezimalstellen angegeben. Hat die Bundesnetzagentur in diesem Kalenderjahr nur eine Fläche ausgeschrieben, so wird die zweite Gebotskomponente in Euro pro Megawatt des gemäß § 17 in diesem Kalenderjahr ausgeschriebenen Ausschreibungsvolumens mit zwei Dezimalstellen angegeben. Bei einem Gebot, das eine zweite Gebotskomponente beinhaltet, beträgt die erste Gebotskomponente stets 0 Cent pro Kilowattstunde. Gibt der Bieter ein weiteres Gebot mit einer zweiten Gebotskomponente ab, erteilt die Bundesnetzagentur diesem Gebot den Zuschlag. Gibt der Bieter kein weiteres Gebot mit einer zweiten Gebotskomponente ab, erteilt die Bundesnetzagentur dem bereits abgegebenen Gebot den Zuschlag.

(3) Der anzulegende Wert ist der Gebotswert des bezuschlagten Gebots. In den Fällen des Absatzes 2 Satz 6 ist der anzulegende Wert 0 Cent pro Kilowattstunde. Die Bundesnetzagentur erteilt den Zuschlag unter dem Vorbehalt des Widerrufs nach § 60 Absatz 3 und unter dem Vorbehalt eines Übergangs nach § 43 bei wirksamer Ausübung eines Eintrittsrechts.

(4) Haben für eine Fläche mehrere Bieter Gebote mit einem Gebotswert von 0 Cent pro Kilowattstunde abgegeben, erteilt die Bundesnetzagentur keinen Zuschlag und führt für diese Fläche das dynamische Gebotsverfahren gemäß den §§ 23a ff. durch.“

16. Nach § 23 werden die folgenden §§ 23a bis 23c eingefügt:

„§ 23a

Dynamisches Gebotsverfahren

(1) Haben für eine Fläche mehrere Bieter Gebote mit einem Gebotswert von 0 Cent pro Kilowattstunde abgegeben, führt die Bundesnetzagentur im Anschluss für diese Fläche ein weiteres Gebotsverfahren durch (dynamisches Gebotsverfahren).

(2) Teilnahmeberechtigt sind alle Bieter, die für diese Fläche ein Gebot mit dem Gebotswert 0 Cent pro Kilowattstunde abgegeben haben. Hat ein Inhaber eines bestehenden Projekts für die Fläche ein Eintrittsrecht, ist dieser im dynamischen Gebotsverfahren nicht teilnahmeberechtigt. Nachdem feststeht, dass für eine Fläche ein dynamisches Gebotsverfahren durchzuführen ist, informiert die Bundesnetzagentur unverzüglich alle teilnahmeberechtigten Bieter über ihre Berechtigung zur Teilnahme an dem dynamischen Gebotsverfahren, über die Anzahl der anderen teilnahmeberechtigten Bieter und darüber ob gemäß § 40 Absatz 1 ein Inhaber eines bestehenden Projekts für die Fläche ein Eintrittsrecht hat.

(3) Das dynamische Gebotsverfahren besteht regelmäßig aus mehreren Gebotsrunden mit ansteigenden Gebotsstufen, in der die teilnehmenden Bieter Gebote mit einer zweiten Gebotskomponente abgeben. § 23 Absatz 2 Satz 3 bis 5 findet Anwendung. Vor jeder Gebotsrunde bestimmt die Bundesnetzagentur eine Gebotsstufe nach Maßgabe des § 23b Absatz 3 und informiert die Bieter, die für die bevorstehende Gebotsrunde teilnahmeberechtigt sind, über die Höhe der Gebotsstufe sowie über die Anzahl der teilnahmeberechtigten Bieter. Hat die Bundesnetzagentur die Gebotsabgabefrist nach § 23b Absatz 2 nicht vor Bekanntgabe der Ausschreibung bestimmt, bestimmt sie diese vor jeder Gebotsrunde und informiert die teilnahmeberechtigten Bieter über die Bestimmung.

(4) Um in die nächste Gebotsrunde zu gelangen, müssen die Bieter innerhalb der Gebotsabgabefrist der Gebotsstufe zustimmen, daher ein Gebot mit einer zweiten Gebotskomponente in Höhe der Gebotsstufe abgeben. Die Gebotsabgabe erfolgt verdeckt. Alle abgegebenen Gebote sind bindend. Stimmen mehrere Bieter der Gebotsstufe zu, beginnt eine neue Gebotsrunde, an der nur diese Bieter teilnehmen. Die Bundesnetzagentur führt das dynamische Gebotsverfahren so lange fort, bis nur noch höchstens ein Bieter innerhalb der Gebotsabgabefrist der Gebotsstufe zustimmt.

(5) Stimmt in einer Gebotsrunde innerhalb der Gebotsabgabefrist nur ein Bieter der Gebotsstufe zu, endet das dynamische Verfahren. Die Bundesnetzagentur erteilt dem Gebot in Höhe der Gebotsstufe den Zuschlag. Hat ein Inhaber eines bestehenden Projekts gemäß § 40 Absatz 1 für die Fläche ein Eintrittsrecht, informiert die Bundesnetzagentur den Bieter darüber, dass er innerhalb einer Frist noch ein weiteres Gebot mit einer höheren zweiten Gebotskomponente abgeben kann. Gibt der Bieter innerhalb der Frist ein weiteres Gebot mit einer höheren zweiten Gebotskomponente ab, erteilt die Bundesnetzagentur diesem Gebot den Zuschlag. Sofern der Bieter innerhalb der Frist kein weiteres Gebot mit einer höhe-

ren zweiten Gebotskomponente abgibt, erteilt die Bundesnetzagentur dem Gebot den Zuschlag, das der Bieter zuletzt abgegeben hatte.

(6) Ist ein Bieter nicht bereit, der Gebotsstufe zuzustimmen, hat er die Möglichkeit, innerhalb der Gebotsabgabefrist ein Gebot abzugeben, dessen zweite Gebotskomponente, niedriger als die Gebotsstufe, jedoch höher als die Gebotsstufen der vorherigen Gebotsrunden ist (Zwischenrunden-Gebot). Stimmt in einer Gebotsrunde keiner der Bieter der Gebotsstufe zu, erteilt die Bundesnetzagentur dem Zwischenrunden-Gebot mit der höchsten zweiten Gebotskomponente den Zuschlag. Geben mehrere Bieter Zwischenrunden-Gebote mit der gleichen zweiten Gebotskomponente ab oder gibt in einer Gebotsrunde keiner der Bieter innerhalb der Gebotsabgabefrist ein Gebot ab, so entscheidet das Los über das zu bezuschlagende Gebot. In dem Fall, in dem in einer Gebotsrunde keiner der Bieter ein Gebot innerhalb der Gebotsabgabefrist abgibt, lost die Bundesnetzagentur zwischen den letzten Geboten, die diese Bieter abgegeben haben.

(7) Der anzulegende Wert ist 0 Cent pro Kilowattstunde. § 23 Absatz 3 Satz 3 findet Anwendung.

§ 23b

Nähere Ausgestaltung des dynamischen Gebotsverfahrens

[...]

§ 23c

Offshore-Netzausbaubeitrag

(1) Der nach § 23 Absatz 2 Satz 6 oder im dynamischen Gebotsverfahren nach § 23a bezuschlagte Bieter zahlt einen Offshore-Netzausbaubeitrag an den zuständigen Übertragungsnetzbetreiber, der zur Senkung der Kosten verwendet wird, die in den Ausgleich nach § 17f Absatz 1 Satz 2 und den Aufschlag nach § 17f Absatz 5 Satz 1 des Energiewirtschaftsgesetzes einfließen.

(2) Zur Berechnung des Offshore-Netzausbaubeitrags wird die zweite Gebotskomponente des bezuschlagten Gebots mit dem auf die Fläche gemäß § 17 Nummer 2 verteilten Ausschreibungsvolumen bzw. im Fall des § 23 Absatz 2 Satz 3 mit dem in diesem Kalenderjahr gemäß § 17 ausgeschriebenen Ausschreibungsvolumen multipliziert.

(3) Die Zahlung des Offshore-Netzausbaubeitrags muss innerhalb von 15 Jahren nach der Erbringung des Nachweises gemäß § 59 Absatz 2 Nummer 4 in gleichhohen jährlichen Raten geleistet werden.“

- (7) Von der Einführung einer zweiten Gebotskomponente berührt wären demnach insbesondere auch die Inhaber der bestehenden Projekte nach § 26 WindSeeG, die keinen Zuschlag nach § 34 WindSeeG erhalten haben und deshalb nach § 39 WindSeeG ein Eintrittsrecht in einen bis zum 31. Dezember 2030 nach § 23 WindSeeG (bzw. § 23a WindSeeG-RefE) erteilten Zuschlag haben. Rechtsfolge des wirksam ausgeübten Eintrittsrechts ist gem. § 43 WindSeeG der vollständige Übergang des dem Bieter nach § 23 WindSeeG (bzw. § 23a WindSeeG-RefE) erteilten Zuschlags für die betroffene Fläche auf den Inhaber des bestehenden Projekts. Damit geht einher, dass der Eintretende insbesondere auch den nunmehr angedachten Offshore-Netzausbaubeitrag zu leisten hätte.⁹ Das Eintrittsrecht würde also mit einer zusätzlichen – ursprünglich weder vorgesehenen noch absehbaren – Belastung versehen. Dies wirft die Frage auf, ob eine derar-

⁹ Vgl. S. 46 des Referentenentwurfs vom 26.05.2020.

tige nachträgliche Verschlechterung der Rechtsposition der Inhaber der Eintrittsrechte mit den vom Gesetzgeber zu beachtenden verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen wäre.

B. Rechtliche Würdigung

- (8) Die Einführung einer auch das Eintrittsrecht nach § 39 WindSeeG belastenden zweiten Gebotskomponente begegnet sowohl verfassungs- als auch unionsrechtlichen Bedenken.

I. Verfassungsrecht

- (9) Verfassungsrechtlich wirkt die Einführung einer zweiten Gebotskomponente in Gestalt eines Offshore-Netzausbaubeitrags Fragen des Eigentums- und Vertrauensschutzes, des Gleichheitsgrundsatzes und des Finanzverfassungsrechts auf.

1. Eigentumsrecht und Vertrauensschutzgrundsatz

a) Eingriff in den Schutzbereich

- (10) Eine nachträgliche Belastung des Eintrittsrechts mit einer zweiten Gebotskomponente würde zunächst in das Eigentumsgrundrecht der Inhaber der bestehenden Projekte eingreifen. Das Eintrittsrecht fällt als subjektiv-öffentliche Rechtsposition in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG. Ein subjektiv-öffentliches Recht genießt eigentumsrechtlichen Schutz, wenn der Einzelne dabei eine Rechtsstellung erlangt hat, die der des Eigentümers entspricht.¹⁰ Charakteristisch hierfür ist, dass das Recht dem Inhaber nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts zugeordnet ist¹¹ und diesem eine so verfestigte Rechtsposition verschafft, dass sie nach ihrer rechtlichen Ausgestaltung und rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht mehr ersatzlos entzogen werden kann.¹² Kennzeichnend ist ferner, dass die Rechtsstellung eine zumindest eingeschränkte Verfügungsbefugnis auf-

¹⁰ BVerfGE 40, 65 (82 f.); BVerfGE 53, 257 (289); BVerfGE 72, 175 (195); BVerfGE 88, 384 (401); BVerfGE 143, 246 (Rn. 231); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 10.

¹¹ BVerfGE 72, 175 (195); BVerfGE 128, 90 (101); BVerfGE 92, 365 (405); BVerfGE 100, 1 (32 f.).

¹² BVerfGE 45, 142 (170 f.); BVerfGE 48, 403 (412 f.); BVerfG NVwZ 2002, 197.

weist sowie auf eine eigene Leistung zurückzuführen ist und nicht ausschließlich auf einer staatlichen Gewährung beruht.¹³

- (11) All dies ist hier der Fall. Das Eintrittsrecht ist den Inhabern bestehender Projekte nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts als eigenständiges vermögenswertes Recht zugeordnet, das ihnen – ähnlich einem Vorkaufsrecht¹⁴ – die Möglichkeit gibt, an die Stelle des nach § 23 WindSeeG Bezuschlagten zu treten. Sie können dieses Recht gem. § 39 Abs. 3 S. 1 WindSeeG auf andere natürliche oder juristische Personen übertragen. Das Eintrittsrecht ist auch nicht nur auf eine staatliche Gewährung zurückzuführen, sondern beruht im Wesentlichen auf eigenen Leistungen der Inhaber bestehender Projekte i.S.d. § 26 Abs. 2 WindSeeG. Beim Eintrittsrecht nach § 39 WindSeeG handelt es sich insbesondere um eine kompensatorische Regelung, welche die Nachteile ausgleichen soll, die für die Inhaber bestehender Projekte dadurch entstehen, dass sie ihre Projekte nach Einführung des Ausschreibungssystems des WindSeeG nicht mehr wie geplant fort- und durchführen konnten.¹⁵ Es geht hier um vergebliche Investitionen für bereits erbrachte und weit fortgeschrittene Planungsarbeiten für das Zulassungsverfahren nach der Seeanlagenverordnung, die sich regelmäßig im zweistelligen Millionenbereich bewegen dürften und mit dem Inkrafttreten des WindSeeG weitgehend entwertet wurden.¹⁶ Das Eintrittsrecht des § 39 WindSeeG soll mit Blick hierauf einen „nicht-monetären Ausgleich in der Form eines Eintrittsrechts als Amortisierungschance“ darstellen.¹⁷ Darüber hinaus ist in § 39 Abs. 1 WindSeeG ausdrücklich festgehalten, dass das Eintrittsrecht als Ausgleich für die Überlassung der bei der Entwicklung des bestehenden Projekts durch den Inhaber erhobenen Daten gem. § 41 WindSeeG dient. Auch insoweit hat das Ein-

¹³ BVerfGE 143, 246 (Rn. 231); siehe auch BVerfGE 14, 288 (294); BVerfGE 18, 392 (397); BVerfGE 45, 142 (170 f.); BVerfGE 48, 403 (412 f.); BVerfGE 88, 384 (401); BVerfGE 116, 96 (121); BVerfG NVwZ 2002, 1232.

¹⁴ Zum eigentumsrechtlichen Schutz von Vorkaufsrechten siehe BVerfGE 83, 201 (210 f.).

¹⁵ Vgl. Dannecker/Ruttloff, Kein Vertrauensschutz für Offshore-Windpark-Projekte?, EnWZ 2016, 490 (492); Huebler/Lutz-Bachmann, in: Spieth/Lutz-Bachmann, Offshore-Windenergierecht, 2018, § 39 WindSeeG, Rn. 2; Plicht, Gesetz zur Entwicklung und Förderung der Windenergieanlagen auf See, EnWZ 2016, 550 (554); Schulte/Kloos, Zur Verfassungswidrigkeit des „neuen Rechts“ der erneuerbaren Energien, DVBl. 2017, 596 (601); Schulz/Appel, Das WindSeeG als neuer Rechtsrahmen für Offshore-Windenergie, ER 2016, 231 (238); Uibelesen/Mlynek, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 6, 4. Aufl. 2018, § 39 WindSeeG, Rn. 3.

¹⁶ Vgl. Uibelesen/Mlynek, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 6, 4. Aufl. 2018, § 39 WindSeeG, Rn. 3; siehe auch BT-Drs. 18/8860, S. 304: „Die Vorhabenträger haben ihr jeweiliges Projekt bis zu den Ausschreibungen in der Übergangsphase in ein fortgeschrittenes Planungsstadium gebracht.“

¹⁷ Huebler/Lutz-Bachmann, in: Spieth/Lutz-Bachmann, Offshore-Windenergierecht, 2018, § 39 WindSeeG, Rn. 2.

trittsrecht damit den Charakter einer Gegenleistung für zuvor erbrachte Leistungen der Inhaber der bestehenden Projekte.

b) Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung

aa) Keine Erforderlichkeit

- (12) Ob der mit der Belastung des Eintrittsrechts mit der zweiten Gebotskomponente verbundene Eingriff in das Eigentumsrecht gerechtfertigt wäre, erscheint zweifelhaft. Selbst wenn insoweit unterstellt würde, dass die Einführung eines zweiten wettbewerblichen Differenzierungskriteriums im Rahmen des zentralen Modells grundsätzlich einen legitimen Zweck darstellen könnte und die zweite Gebotskomponente zur Erreichung dieses Zwecks geeignet wäre, spräche nichts für die Erforderlichkeit der Erstreckung einer im zentralen Modell etablierten Zahlungspflicht auf den Inhaber des jeweiligen Eintrittsrechts. Die Ausübung des Eintrittsrechts steht ohnehin außerhalb des wettbewerblichen Verfahrens. Welcher Vorteil auch immer in Hinblick auf die bezweckte wettbewerbliche Differenzierung zwischen den Bietern im zentralen Modell aus einer zweiten Gebotskomponente folgen mag: Der im zentralen Modell erteilte Zuschlag würde bei Ausübung des Eintrittsrechts „ausgestochen“. Hieran würde auch die Erstreckung der Zahlungsverpflichtung auf den Eintrittsberechtigten nichts ändern. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der mit einer zweiten Gebotskomponente verfolgte Zweck sich nicht ebenso gut erreichen ließe, wenn ihre Wirkung auf den Bezuschlagten im zentralen Gebotsverfahren beschränkt bliebe.

bb) Verletzung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes

- (13) Jedenfalls erschiene die Erstreckung der Wirkungen einer zweiten Gebotskomponente auf die Inhaber bestehender Projekte unangemessen, da sie den Grundsatz des Vertrauensschutzes verletzen würde. Bei der nachträglichen Belastung des Eintrittsrechts handelte es sich um eine Regelung mit unechter Rückwirkung. Eine unechte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition entwertet.¹⁸ Dies wäre bei einer nachträglichen Belastung des noch nicht ausgeübten Eintrittsrechts mit einer zusätzlichen Zahlungsverpflichtung der Fall. Eine unechte Rückwirkung ist zwar nicht grundsätzlich unzulässig. Die Grenzen der Zuläs-

¹⁸ BVerfGE 123, 186 (257); BVerfGE 51, 356 (362); BVerfGE 72, 141 (154); BVerfGE 63, 152 (175).

sigkeit sind allerdings überschritten, wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.¹⁹

- (14) Besonderen Grenzen unterliegt die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, wenn er zuvor einen qualifizierten Vertrauenstatbestand geschaffen hat. Dies gilt insbesondere für die Enttäuschung des Vertrauens in Übergangsvorschriften, deren erklärter Zweck es ist, Vertrauensschutz zu gewährleisten:

„Enttäuscht der Gesetzgeber das Vertrauen in den Fortbestand einer begrenzten Übergangsvorschrift, die er aus Vertrauensschutzgründen erlassen hat, indem er sie vor Ausschöpfung ihres ursprünglich vorgesehenen Geltungsumfangs zu Lasten der Berechtigten beseitigt, so ist dies jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes nur unter besonderen Anforderungen möglich. In einem solchen Fall geht es nicht allgemein um den Schutz des Vertrauens der Bürgerinnen und Bürger in den Fortbestand geltenden Rechts. Hier vertraut der Bürger vielmehr auf die Kontinuität einer Regelung, auf Grund deren altes Recht oder eine bestimmte Übergangsregelung noch für eine bestimmte Zeit in Bezug auf einen eingegrenzten Personenkreis nach Prüfung der Vereinbarkeit der Fortgeltung mit dem öffentlichen Interesse aufrechterhalten wird. Mit einer solchen Regelung hat der Gesetzgeber einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen. Um sie vorzeitig aufzuheben oder zum Nachteil der Betroffenen zu ändern, genügt es nicht, dass sich die politische Bewertung der damit in Kauf genommenen Gefahren, Risiken oder Nachteile für die Allgemeinheit geändert hat. Es müssen darüber hinaus – vorausgesetzt, das Interesse der Betroffenen auf einen Fortbestand der Regelung ist schutzwürdig und hat hinreichendes Gewicht – schwere Nachteile für wichtige Gemeinschaftsgüter zu erwarten sein, falls die geltende Übergangsregelung bestehen bleibt [...].“²⁰

Dieser Maßstab gilt grundsätzlich auch im Bereich des Rechts der Erneuerbaren Energien.²¹

¹⁹ BVerfGE 95, 64 (86); BVerfGE 101, 239; BVerfGE 105, 17 (44); BVerfGE 109, 96 (22); BVerfGE 68, 287 (307); BVerfGE 72, 141 (155).

²⁰ BVerfGE 143, 246 (Rn. 336); vgl. auch BVerfGE 102, 68 (97 f.); BVerfGE 116, 96 (131).

²¹ Siehe BVerfG Beschl. v. 20.09.2016 (1 BvR 1299/15), Juris-Rn. 25; BVerfG Beschl. v. 12.02.2019 (1 BvR 2914/17), Juris-Rn. 15.

- (15) Bei dem in §§ 26 ff. WindSeeG vorgesehenen Übergangsmodell und dem Eintrittsrecht nach § 39 WindSeeG handelt es sich um eben solche Übergangsvorschriften, die einen besonderen Vertrauenstatbestand für die Inhaber des Eintrittsrechts begründen. Die Regelungen gewähren den Inhabern der bestehenden Projekte eine Abmilderung der Folgen der vorzeitigen Beendigung der Projektentwicklungen durch das WindSeeG und dienen damit ausdrücklich dem Ziel, die Verfassungskonformität des WindSeeG zu wahren.²² In der Gesetzesbegründung heißt es insoweit:

„2. Vereinbarkeit mit nationalem Verfassungsrecht

[...]

b) Auslaufen von Genehmigungen für Windenergieanlagen auf See im Wind-SeeG

[...]

Um aber den langen Vorlaufzeiten der Projekte angemessen Rechnung zu tragen und einen „Fadenriss“ zu vermeiden, wird in der Übergangsphase hin zum zentralen Modell die Höhe der EEG-Zahlungen wettbewerblich durch Ausschreibungen ermittelt, an denen bereits genehmigte oder in der Planung weit fortgeschrittene Projekte (solche, bei denen schon ein Erörterungstermin stattgefunden hat) teilnehmen. Die Entwickler solcher bestehender Projekte, die in der Übergangsphase nicht zum Zuge kommen, werden im zentralen Modell bevorzugt behandelt: Wenn ihre Flächen ausgeschrieben werden, können sie zu den Bedingungen des besten Gebots ihr Projekt realisieren (sog. Eintrittsrecht oder „last call“). Im Gegenzug müssen sie die Daten, die sie aus der Projektentwicklung gewonnen haben, dem BSH zur Verfügung stellen, das sie für die weitere Voruntersuchung von Flächen nutzen kann.“²³

- (16) Es geht demnach nicht um das Vertrauen in den Fortbestand des „alten“, vor dem Jahr 2017 für die Errichtung von Windenergieanlagen auf See geltenden Rechtsrahmens. Be-

²² Vgl. *Plicht*, Gesetz zur Entwicklung und Förderung der Windenergieanlagen auf See, EnWZ 2016, 550 (552); *Schulte/Kloos*, Zur Verfassungswidrigkeit des „neuen Rechts“ der erneuerbaren Energien, DVBl. 2017, 596 (601); *Schulz/Appel*, Das WindSeeG als neuer Rechtsrahmen für Offshore-Windenergie, ER 2016, 231 (238).

²³ BT-Drs. 18/8860, S. 157 f.

troffen ist vielmehr das Vertrauen in die Kontinuität der zur Abmilderung der Folgen der Neuregelung geschaffenen Übergangsregelungen.

- (17) Dieses Vertrauen ist auch schutzwürdig. Der Bestand des von zusätzlichen Zahlungspflichten unbelasteten Eintrittsrechts ist nicht nur Grundlage für die Fortsetzung von Investitionstätigkeiten in die bestehenden Projekte, sondern war auch wertbestimmender Faktor beim Erwerb von Vorhabenträgern durch andere Unternehmen. Insbesondere war das Bestehen des unbelasteten Eintrittsrechts aber auch maßgeblich für das Gebotsverhalten bei den Gebotsterminen nach § 26 WindSeeG. Hätten die Inhaber bestehender Projekte gewusst, dass bei den späteren Ausschreibungen im zentralen Modell keine „Absicherung“ in Gestalt eines unbelasteten Eintrittsrechts mehr bestehen würde, wären sie zu einer entsprechenden Risikoabwägung veranlasst gewesen und hätten ihre Gebotswerte entsprechend (nach unten) anpassen können. Schutzwürdig ist das Vertrauen im Übrigen auch deshalb, weil die Gewährung des Eintrittsrechts als „Kompensation“ für die mit dem WindSeeG für bestehende Projekte verbundenen Nachteile ihren Inhabern Anlass gegeben hat, davon abzusehen, das WindSeeG innerhalb der Jahresfrist des § 93 Abs. 3 BVerfGG zum Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung zu machen.
- (18) Schließlich ist auch kein schwerer Nachteil für ein wichtiges Gemeinschaftsgut erkennbar, der die Enttäuschung des Vertrauens in das unbelastete Eintrittsrecht rechtfertigen könnte. Selbst wenn insgesamt – und nicht nur zu Lasten der Inhaber der bestehenden Projekte – auf die Einführung einer zweiten Gebotskomponente verzichtet würde, hieße dies lediglich, dass weiterhin per Los zwischen Null-Cent-Geboten entschieden werden müsste. Es würde damit nur ein Zuschlagsmechanismus beibehalten, der ohnehin bereits im Recht der Erneuerbaren Energien etabliert ist (§ 32 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 Hs. 2 EEG). Insbesondere entstünden auf diese Weise keine zusätzlichen Kosten. Es bliebe vielmehr dabei, dass der Zuschlag für einen anzulegenden Wert Höhe von 0,00 ct/kWh erteilt würde und demnach keinerlei Zahlungsflüsse an die Bezuschlagten ausgelöst würden.
- (19) An einer Verletzung des Vertrauensschutzgrundsatzes würde sich nach alledem auch dann nichts ändern, wenn dem Eintrittsrecht gem. § 39 WindSeeG entgegen dem oben gesagten kein Eigentumsschutz aus Art. 14 Abs. 1 GG zugemessen würde. Die aus der Einführung einer zweiten Gebotskomponente folgenden Beeinträchtigungen der Inhaber bestehender Projekte wären dann am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) oder aber des Art. 2 Abs. 1 GG (allgemeine Handlungsfreiheit) in Verbindung mit dem

Rechtsstaatsprinzip zu messen. Inhalt und Grenzen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes gelten insoweit entsprechend.²⁴

2. Gleichheitsgrundsatz

- (20) Die nachträgliche Belastung der Inhaber des Eintrittsrechts aus § 39 WindSeeG mit einer zweiten Gebotskomponente stünde überdies auch nicht mit dem Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG im Einklang. Sie führte zu einer Benachteiligung der Inhaber bestehender Projekte, die bei den Gebotsterminen nach § 26 Abs. 1 WindSeeG nicht zum Zuge gekommen sind gegenüber denjenigen Projektinhabern, die einen Zuschlag nach § 34 WindSeeG erhalten haben. Während letztere ihre bestehenden Projekte von zusätzlichen Zahlungen unbelastet durchführen können, müssen die verbleibenden Projektinhaber eine womöglich beträchtliche Zusatzbelastung in Kauf nehmen. Eine sachliche Rechtfertigung für eine solche Ungleichbehandlung der Inhaber bestehender Projekte ist nicht ersichtlich. Das WindSeeG geht vielmehr selbst davon aus, dass alle Inhaber bestehender Projekte im Sinne von § 26 Abs. 2 WindSeeG im Rahmen des Übergangsmodells eine gleichwertige Möglichkeit haben sollen, die mit der Einführung des WindSeeG für sie entstehenden Nachteile auszugleichen. Soweit der Nachteilsausgleichs nicht schon im Zuge eines Zuschlags gem. § 34 WindSeeG gelingt, muss dieser zu gleichen Bedingungen im Wege des Eintrittsrechts aus § 39 WindSeeG erfolgen können: *„Die Entwickler solcher bestehender Projekte, die in der Übergangsphase nicht zum Zuge kommen, werden im zentralen Modell bevorzugt behandelt: Wenn ihre Flächen ausgeschrieben werden, können sie zu den Bedingungen des besten Gebots ihr Projekt realisieren (sog. Eintrittsrecht oder „last call“).“*²⁵ Dementsprechend hat der Zuschlag im zentralen Modell, in welchen nach § 39 WindSeeG eingetreten werden kann, gem. § 24 WindSeeG grundsätzlich dieselben Rechtsfolgen wie der Zuschlag nach § 37 WindSeeG im Übergangmodell.²⁶ Dieser mit Blick auf die Kompensationsfunktion des Eintrittsrechts gebotene Gleichlauf würde mit der Einführung einer zweiten Gebotskomponente, welche die Inhaber des Eintrittsrechts zusätzlich belastet, zerstört.

²⁴ BVerfG Beschl. v. 20.09.2016 (1 BvR 1299/15), Juris-Rn. 41.

²⁵ BT-Drs. 18/8860, S. 157 f.

²⁶ BT-Drs. 18/8860, S. 303: „Nach Absatz 1 hat der Zuschlag in der Übergangsphase dieselben Rechtsfolgen wie im zentralen Modell (§ 24 WindSeeG) mit der Ausnahme, dass den Inhabern von bestehenden Projekten systembedingt kein Recht auf Durchführung eines Planfeststellungsverfahrens gewährt werden muss. Die Begründung zu § 24 ist auch für § 37 zutreffend.“

3. Finanzverfassungsrechtliche Schranken

(21) Zweifelhaft erscheint ferner, ob eine zweite Gebotskomponente in Gestalt eines Offshore-Netzausbaubeitrags mit den Vorgaben der Finanzverfassung vereinbar wäre. Beim Offshore-Netzausbaubeitrag handelt es sich – entgegen der Bezeichnung im Gesetzentwurf – nicht um einen „Beitrag“ im finanzverfassungsrechtlichen Sinne. Beiträge sind Abgaben zur vollen oder teilweisen Finanzierung einer öffentlichen Einrichtung, die von denjenigen erhoben wird, denen die Einrichtung einen besonderen Vorteil gewährt.²⁷ Daran fehlt es hier. Der Offshore-Netzausbaubeitrag soll keiner öffentlichen Einrichtung zugute kommen, sondern unmittelbar den Übertragungsnetzbetreibern (ÜNB) und mittelbar den Stromkunden (§ 23c Abs. 1 WindSeeG-RefE).²⁸ Im Übrigen dürfte der Offshore-Netzausbaubeitrag auch weder als Sonderabgabe noch als Abschöpfungsabgabe zu rechtfertigen und damit unzulässig sein.

a) Unzulässige Sonderabgabe

(22) Soweit der Offshore-Netzausbaubeitrag mit Blick auf die beabsichtigte Senkung der Stromkosten als Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion eingeordnet würde, dürfte sie die insoweit anzulegenden verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht erfüllen. Sonderabgaben sind hoheitlich auferlegte Geldleistungspflichten, *„der keine Gegenleistung der öffentlichen Hand entspricht. Aus diesem Grunde gerät jede Sonderabgabe zwangsläufig in Konkurrenz zu dem verfassungsrechtlich umfassend geregelten Institut der Steuer, mit dem sie jedenfalls insoweit übereinstimmt, als sie den Betroffenen eine Geldleistungspflicht „voraussetzungslos“ – d.h. ohne Rücksicht auf eine korrespondierende Gegenleistung der öffentlichen Hand – auferlegt [...].“*²⁹ Dies würde auf den Offshore-Netzausbaubeitrag zutreffen. Er wird gem. § 23c Abs. 1 WindSeeG-RefE hoheitlich auferlegt. Eine korrespondierende Gegenleistung der öffentlichen Hand ist nicht ersichtlich. Sie kann insbesondere nicht in der Erteilung des Zuschlags gesehen werden. Dies folgt schon daraus, dass dieser gem. § 23 Abs. 2 S. 7 WindSeeG-RefE auch ohne Abgabe eines weiteren Gebots mit einer zweiten Gebotskomponente erteilt werden kann.

(23) Der Offshore-Netzausbaubeitrag kann – anders als z.B. die EEG-Umlage oder die Zwangsrabatte nach § 130a SGB V – auch nicht etwa als bloße Preisreglementierung

²⁷ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 105, Rn. 20 m.w.N.

²⁸ Vgl. S. 50 des Referentenentwurfs vom 26.05.2020.

²⁹ BVerfGE 81, 156 (186 f.).

eingearbeitet werden, auf die die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Auferlegung nichtsteuerlicher Abgaben keine Anwendung fänden.³⁰ Es fehlt insoweit schon an einer Leistungsbeziehung zwischen den Vorhabenträgern und den ÜNB, die einer Preisreglementierung zugänglich wäre. Dementsprechend soll der Offshore-Netzausbaubeitrag auch nur der Abschöpfung von „Zahlungsbereitschaft“ dienen, um so wiederum die Stromkosten zu senken.³¹ Der Offshore-Netzausbaubeitrag führt demnach – wie dies für eine Sonderabgabe charakteristisch ist³² – dazu, dass eine bestimmte von der Allgemeinheit abgrenzbare homogene Gruppe zur Finanzierung eines bestimmten Zwecks herangezogen wird: Die in § 23c Abs. 1 WindSeeG-RefE bezeichneten Bieter bzw. die nach § 39 WindSeeG in das Gebot eintretenden Vorhabenträger sollen einen Sonderbeitrag zur Senkung der Offshore-Netzumlage bzw. der Stromkosten des Endverbrauchers leisten.

- (24) Sonderabgaben sind nur in engen Grenzen zulässig.³³ Zentrale Voraussetzung für ihre Zulässigkeit ist ihre gruppennützige Verwendung; d.h. es muss eine sachgerechte Verknüpfung zwischen der von der Sonderabgabe bewirkten Belastung und der mit ihr finanzierten Begünstigung bestehen, die durch die Verwendung zugunsten der belasteten Gruppe hergestellt wird.³⁴ Dafür ist vorliegend nichts ersichtlich. Der Offshore-Netzausbaubeitrag kommt in keiner Weise den bezuschlagten bzw. eingetretenen Vorhabenträgern zugute, sondern ausschließlich den Endverbrauchern, die von einem Teil der von ihnen sonst zu tragenden Stromkosten entlastet werden sollen.
- (25) Abgesehen davon würde der Offshore-Netzausbaubeitrag als Sonderabgabe auch mit dem aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Grundsatz der Belastungsgleichheit in Widerspruch stehen. Zum Offshore-Netzausbaubeitrag würden nur solche Vorhabenträger herangezogen werden, die einen Zuschlag nach § 23 Abs. 2 S. 6 WindSeeG-RefE oder im dynamischen Gebotsverfahren nach § 23a WindSeeG-RefE erhalten haben (bzw. in einen solchen Zuschlag eingetreten sind), nicht aber diejenigen Bieter, die einen Zuschlag für ein Gebot mit einem Gebotswert von mehr als 0 Cent erhalten haben (bzw. in

³⁰ Siehe zur EEG-Umlage BGHZ 201, 355, Juris-Rn. 12 ff.; zu den Zwangsrabatten BVerfGE 114, 196 (249 f.).

³¹ Siehe S. 50 des Referentenentwurfs.

³² Siehe nur *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 105 Rn. 11.

³³ BVerfGE 110, 370 (389); BVerfGE 122, 316 (334); BVerfGE 123, 132 (141); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 105, Rn. 11.

³⁴ BVerfGE 123, 132 (142); BVerfGE 124, 348 (366); BVerfGE 135, 155 (Rn. 121 ff.); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 105, Rn. 11.

einen solchen Zuschlag eingetreten sind). Eine sachliche Rechtfertigung hierfür ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Der Offshore-Netzausbaubeitrag würde ausgerechnet diejenigen Vorhabenträger zusätzlich belasten, die wegen ihres Null-Cent-Gebots ohnehin schon keine Marktprämie erhalten und auf diese Weise zu einer Reduzierung der Stromkosten beitragen.

b) Unzulässige Abschöpfungsabgabe

- (26) Unabhängig von den bestehenden Zweifeln an seiner Zulässigkeit als Sonderabgabe dürfte der Offshore-Netzausbaubeitrag auch nicht als Abschöpfungsabgabe zu rechtfertigen sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verlöre die grundgesetzliche Finanzverfassung ihren Sinn und ihre Funktion, *„wenn unter Rückgriff auf die Sachgesetzkompetenzen von Bund und Ländern daneben beliebig Abgaben unter Umgehung der bundesstaatlichen Verteilung der Gesetzgebungs- und Ertragskompetenz für das Steuerwesen erhoben werden könnten [...] Nicht-steuerliche Abgaben bedürfen daher – über die Einnahmeerzielung hinaus oder an anderer Stelle – eine besondere sachliche Rechtfertigung [...]. Sie müssen sich zudem ihrer Art nach von der Steuer, die voraussetzungslos auferlegt und geschuldet wird [...], deutlich unterscheiden.“*³⁵ Insbesondere muss die Erhebung einer nicht-steuerlichen Abgabe überdies *„der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen Rechnung tragen. Der Schuldner einer nicht-steuerlichen Abgabe ist regelmäßig zugleich Steuerpflichtiger und wird als solcher zur Finanzierung der die Gemeinschaft treffenden Lasten herangezogen [...]. Neben dieser steuerlichen Inanspruchnahme bedürfen nicht-steuerliche Abgaben, die den Einzelnen zu einer weiteren Finanzleistung heranziehen, einer besonderen Rechtfertigung aus Sachgründen.“*³⁶ *„Als sachliche Gründe, die die Bemessung einer nichtsteuerlichen Abgabe rechtfertigen können, sind neben dem Zweck der Kostendeckung auch Zwecke des Vorteilsausgleichs, der Verhaltenslenkung sowie soziale Zwecke anerkannt [...]“*³⁷
- (27) Bei einer Zahlungsverpflichtung, die allein dazu dienen soll, ein (zusätzliches) wettbewerbliches Differenzierungskriterium zu schaffen, erscheint keiner der vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Zwecke für eine nicht-steuerliche Abgabe einschlägig. Der Offshore-Netzausbaubeitrag würde zunächst offenkundig nicht zur Kostendeckung er-

³⁵ BVerfGE 93, 319 (342 f.); siehe auch BVerfG Beschl. v. 05.03.2018 (1 BvR 2864/13), Juris-Rn. 30.

³⁶ BVerfGE 93, 319 (343); siehe auch BVerfG Beschl. v. 05.03.2018 (1 BvR 2864/13), Juris-Rn. 30.

³⁷ BVerfG Beschl. v. 05.03.2018 (1 BvR 2864/13), Juris-Rn. 30; siehe auch BVerfG Beschl. v. 20.01.2010 (1 BvR 1801, 1 BvR 1878/01), Juris-Rn. 11.

hoben. Abgesehen davon, dass er unmittelbar an die ÜNB fließt, sieht § 76 WindSeeG insoweit vielmehr die Erhebung von Gebühren vor. Dies betrifft insbesondere auch die Kosten der Voruntersuchung im zentralen Modell.³⁸ Ebenso offenkundig diene der Offshore-Netzausbaubeitrag nicht sozialen Zwecken. Auch ein Verhaltenslenkungszweck könnte in ihm nicht erblickt werden. Er bietet jedenfalls keinen Anreiz, sich an einer Ausschreibung zu beteiligen. Eher wäre er geeignet, Vorhabenträger von der Realisierung ihrer Projekte abzuhalten. Ein solcher Zweck stünde indes in einem unauflösbaren Widerspruch mit dem in § 1 Abs. 1 WindSeeG festgeschriebenem Zweck, die Nutzung der Windenergie auf See im Interesse des Klima- und Umweltschutzes auszubauen. Ein Verhaltenslenkungszweck, der darin besteht, Beiträge zur Erreichung dieses Ziels möglichst unattraktiv auszugestalten, wäre hiernach nicht zu rechtfertigen.

- (28) Schließlich dürfte eine zweite Gebotskomponente in Gestalt eines Offshore-Netzausbaubeitrags auch unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsabschöpfung nicht legitimierbar sein. Zwar erhält der erfolgreiche Bieter mit dem Zuschlag im zentralen Modell nach § 24 WindSeeG eine Reihe von Vorteilen (ausschließliches Recht auf Durchführung des Planfeststellungsverfahrens, Anspruch auf die Marktprämie, Anspruch auf Anschluss an eine Offshore-Anbindungsleitung und zugewiesene Netzanbindungskapazität). Die bloße Verleihung bestimmter Rechte rechtfertigt jedoch noch keine Abschöpfung der damit verbundenen Vorteile.³⁹ Es bedarf vielmehr eines individuellen „Sondervorteils“.⁴⁰ Ein solcher wird etwa im Bereich von Umweltabgaben darin gesehen, dass eine knappe natürliche Ressource wie z.B. das Wasser⁴¹ oder die Reinheit der Luft⁴² auf Kosten der Allgemeinheit verbraucht wird. Um eine solche Konstellation ginge es vorliegend indes nicht. Die mit dem Zuschlag nach § 23 WindSeeG ermöglichte Tätigkeit entspricht vielmehr gerade dem expliziten gesetzgeberischen Ziel, die Nutzung der Windenergie auf See im Interesse des Klima- und Umweltschutzes auszubauen (§ 1

³⁸ Siehe Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Besondere Gebührenverordnung für den Zuständigkeitsbereich Strom des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Besondere Gebührenverordnung Strom – StromBGebV), Stand 02.11.2016, S. 5, abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Service/besondere-gebuehrenverordnung-strom-stromgebv.html>.

³⁹ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 105, Rn. 105; *Wernsmann/Bering*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Vorteilsabschöpfungsabgaben, NVwZ 2020, 497 (502).

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 93, 319 (345), BVerfG Beschl. v. 05.03.2018 (1 BvR 2864/13), Juris-Rn. 32; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 15. Aufl. 2018, Art. 105, Rn. 105; *Wernsmann/Bering*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Vorteilsabschöpfungsabgaben, NVwZ 2020, 497 (502).

⁴¹ Siehe BVerfGE 93, 319 (345); BVerfG Beschl. v. 20.01.2010 (1 BvR 1801, 1 BvR 1878/01), Juris-Rn. 13.

⁴² Siehe BVerfG Beschl. v. 05.03.2018 (1 BvR 2864/13), Juris-Rn. 33.

Abs. 1 WindSeeG). Die hiermit verbundenen Rechte des bezuschlagten Vorhabenträgers sind demnach notwendiger Bestandteil der Umsetzung der gesetzgeberischen Ziele und damit das Gegenteil einer zweckwidrigen Fehlallokation von Vorteilen, die Anlass für eine Vorteilsabschöpfung geben könnten. Die mit dem Zuschlag erteilten Rechte beinhalten deshalb keinen „Sonder“-Vorteil, sondern lediglich den „normalen“ Vorteil, der mit jeder Ermöglichung einer staatlich regulierten – aber zugleich erwünschten – Tätigkeit einhergeht.

II. Unionsrecht

1. Grundfreiheiten

(29) Soweit Vorhabenträger bestehender Projekte von ihrer Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) und/oder ihrer Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV) Gebrauch gemacht haben – etwa weil sie als in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ansässiges Unternehmen eine Projektgesellschaft im Geltungsbereich des WindSeeG gegründet oder in eine solche investiert haben – müsste sich die nachträgliche Einführung einer zweiten Gebotskomponente auch an den insoweit geltenden Diskriminierungs- und Beschränkungsverboten messen lassen. Eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit liegt stets vor, wenn nationale Maßnahmen deren Ausübung behindern oder weniger attraktiv machen; solche Beschränkungen können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses nur gerechtfertigt werden, sofern sie verhältnismäßig⁴³ und vorhersehbar sind, d.h. das berechtigte Vertrauen und die spezifische Situation der betroffenen Wirtschaftsteilnehmer hinreichend berücksichtigen.⁴⁴ Ein zwingender Grund des Allgemeininteresses ist vorliegend nicht ersichtlich. Insbesondere können rein wirtschaftliche Gründe keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses darstellen.⁴⁵ Zur Rechtfertigung der Einführung einer zweiten Gebotskomponente könnte indes noch nicht einmal auf einen wirtschaftlichen Grund verwiesen werden, weil sich die Förderkosten für Windenergieanlagen auf See bei einem anzulegenden Wert von 0,00 ct/kWh auch beim Verzicht auf die zweite Ge-

⁴³ EuGH, C-171/07, C- 172/07, Apothekerkammer, EU:C:2009:316, Rn. 25; EuGH, C-570/07 u. C-571/07, Blanco Perez, EU:C:2010:300, Rn. 61; EuGH, C-55/94, Gebhard, EU:C:1995:411, Rn. 37.

⁴⁴ Vgl. EuGH, C-98/14, Berlington Hungary u.a., ECLI:EU:C:2015:386, Rn. 79; EuGH, C-17/03, VEMW u. a., EU:C:2005:362, Rn. 81; EuGH, C-201/08, Plantanol, EU:C:2009:539, Rn. 49; vgl. auch EuGH, C-487/01 und C-7/02, Gemeinde Leusden und Holin Groep, EU:C:2004:263, Rn. 70.

⁴⁵ EuGH, C-400/08, Kommission/Spanien, ECLI:EU:C:2011:172, Rn. 74; EuGH, C-72/10 u. C-77/10, Costa u. Cifone, ECLI:EU:C:2012:80, Rn. 59 ; EuGH, C-221/12, Belgacom, ECLI:EU:C:2013:736, Rn. 41.

botskomponente nicht verändern würden. Unabhängig davon kommen auch im Bereich der Unionsgrundfreiheiten die spezifischen mit dem Eintrittsrecht nach § 39 WindSeeG verbundenen Vertrauensschutzgesichtspunkte zum Tragen (dazu oben, Rn. (13) ff.) und stehen einer Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungs- und/oder Kapitalverkehrsfreiheit entgegen.

2. Unionsgrundrechte

- (30) Zu berücksichtigen hätte der Gesetzgeber bei der Einführung einer zweiten Gebotskomponente schließlich auch die Rechte der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh). Die Charta gilt für die Mitgliedstaaten nach Art. 51 Abs. 1 GRCh „*bei der Durchführung des Rechts der Union*“. Nach ständiger Rechtsprechung finden die durch die Charta garantierten Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen Anwendung und sind daher auch zu beachten, wenn eine nationale Regelung die Grundfreiheiten des AEUV beschränkt.⁴⁶ Insbesondere sind die Mitgliedstaaten auch bei der Umsetzung von Richtlinien an die Unionsgrundrechte gebunden.⁴⁷ Das WindSeeG bezweckt den Ausbau der Nutzung der Windenergie auf See (§ 1 Abs. 1 WindSeeG) und dient damit der Umsetzung der Richtlinie 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen.⁴⁸
- (31) Betroffen wäre von der Einführung einer zweiten Gebotskomponente insbesondere das in Art. 17 GRCh geschützte Eigentumsrecht. Dieses erfasst alle vermögenswerten Rechte, „*aus denen sich im Hinblick auf die Rechtsordnung eine gesicherte Rechtsposition ergibt, die eine selbständige Ausübung dieser Rechte durch und zugunsten ihres Inhabers ermöglicht.*“⁴⁹ Indiz für den Vermögenswert eines Rechts ist u.a. auch die Mög-

⁴⁶ EuGH, C-98/14, *Berlington Hungary u.a.*, ECLI:EU:C:2015:386, Rn. 90; EuGH, *Pfleger u. a.*, C-390/12, EU:C:2014:281, Rn. 57 und 59; EuGH, C-235/17, *Kommission/Ungarn*, ECLI:EU:C:2019:432, Rn. 63 bis 66 f.; vgl. auch EuGH, C-260/89, *ERT*, EU:C:1991:254, Rn. 42; EuGH, C-368-95, *Familiapress*, EU:C:1997:325, Rn. 24 ff.; EuGH, C-390/12, *Pfleger*, EU:C:2014:281, Rn. 34 f.; EuGH, C-182/15, *Petruhin*, EU:C:2016:630, Rn. 52 f.; EuGH, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, Rn. 20; EuGH, C-198/13, *Hernández*, EU:C:2014:2055, Rn. 33; EuGH, C-457/09, *Chartry*, EU:C:2011:101, Rn. 25; EuGH, C-60/00, *Carpenter*, ECLI:EU:C:2002:434, Rn. 40; *Karpenstein*, *Praxis des EU-Rechts*, 2. Aufl. 2013, Rn. 281 m.w.N.

⁴⁷ EuGH, C-275/06, *Promusicae*, ECLI:EU:C:2008:54, Rn. 68; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl. 2019, Art. 51, Rn. 48 m.w.N.; *Jarass*, *Charta der Grundrechte der EU*, 3. Aufl. 2016, Art. 51, Rn. 21.

⁴⁸ ABl. L 140/16 v. 05.06.2009; siehe *Dannecker/Ruttloff*, *Kein Vertrauensschutz für Offshore-Windpark-Projekte?*, *EnWZ* 2016, 490 (496).

⁴⁹ EuGH, C-283/11, *Sky Österreich GmbH*, ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 34; *Wollenschläger*, in: von der Groben/Schwarze/Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 17 GRCh, Rn. 10.

lichkeit seines entgeltlichen Erwerbs.⁵⁰ Das Eintrittsrecht nach § 39 WindSeeG fällt hiernach in den Schutzbereich des Art. 17 GRCh. Die Ausführungen zu Art. 14 Abs. 1 GG gelten insoweit entsprechend (siehe oben, Rn. (10) f.). Der mit der Einführung einer zweiten Gebotskomponente verbundene Eingriff in Art. 17 GRCh sähe sich schließlich auch mit Blick auf seine Erforderlichkeit und den Grundsatz des Vertrauensschutzes⁵¹ den gleichen Einwänden ausgesetzt wie der Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG (dazu oben, Rn. (12) und (13) ff.).

C. Fazit

- (32) Die Einführung einer zweiten Gebotskomponente in Gestalt eines Offshore-Netzausbaubeitrags begegnet mit Blick auf das Eintrittsrecht aus § 39 WindSeeG erheblichen rechtlichen Bedenken. Sie geriete sowohl mit den Grundrechten der Inhaber des Eintrittsrechts aus Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG in Konflikt als auch mit den Vorgaben der Finanzverfassung. Das gleiche gilt für die unionsrechtlichen Grundfreiheiten und Grundrechte.

⁵⁰ Vgl. EuGH, C-283/11, Sky Österreich GmbH, ECLI:EU:C:2013:28, Rn. 35; *Wollenschläger*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 17 GRCh, Rn. 10.

⁵¹ Dazu *Heselhaus*, in: Heselhaus/Nowak, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2. Aufl. 2020, § 36, Rn. 40.