

Dr. Till Markus, LL. M. (Rotterdam), und Dr. Andreas Maurer, LL. M. (Toronto)\*

## Windenergie und Gewerbesteuer

### Zur Lückenhaftigkeit des Rechts der Offshore-Windenergie-Besteuerung

Der Ausbau der Offshore-Windenergiegewinnung in Nord- und Ostsee wirft aktuell die Frage auf, wer eigentlich das Recht hat, entsprechende Aktivitäten in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) bzw. auf dem Festlandsockel zu besteuern? Die Länder Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen haben, so scheint es, vermeintlich eine Antwort auf diese Frage gefunden. In den Jahren 2007 und 2008 sowie 2010 haben sie jeweils nahezu wortgleiche Landesverordnungen über die Erhebung von Gewerbesteuern in gemeindefreien Gebieten erlassen. Darin wird unter anderem geregelt, dass die Gewerbesteuer in dem der Bundesrepublik Deutschland zustehenden Anteil am Festlandsockel in der Nordsee von der Gemeinde Helgoland, vom Land Mecklenburg-Vorpommern bzw. vom Land Niedersachsen erhoben wird. Als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Verordnung wird jeweils § 4 II GewStG zitiert. Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich eine solche Zuordnung aber weder aus dem Völker-, noch aus dem Verfassungs- noch aus einfachgesetzlichem Recht. Im Folgenden wird zu zeigen sein, wie sich die Zuordnung nach geltendem Recht vollziehen könnte und sollte und welche Regeln derzeit zur Klärung dieser Frage bereitstehen.

#### I. Einleitung

Das internationale Seerecht weist Küstenstaaten exklusive und souveräne Rechte zur Ausbeutung und Bewirtschaftung lebender und nichtlebender Ressourcen in den Gebieten des Festlandsockels und der Ausschließlichen Wirtschaftszone zu. Aus der Perspektive des einzelnen Küstenstaats ist insoweit zu klären, wie die innerstaatliche Zuordnung dieser zugewiesenen Hoheitsbefugnisse zu erfolgen hat. In einem föderalen Staat wie der Bundesrepublik Deutschland sind grundsätzlich verschiedene Ansätze vorstellbar: z. B. könnten alle Hoheitsbefugnisse a) dem Bund, b) den Ländern, c) dem Bund und den Ländern oder d) ausgewählten Ländern (z. B. den Küstenbundesländern) zufallen<sup>1</sup>. In der deutschen Rechtswissenschaft und der Verwaltungspraxis wurde das Problem der innerstaatlichen Zuteilung völkerrechtlich zugewiesener Rechte und Befugnisse bereits in den 1960er Jahren

im Zuge der Proklamation des Festlandsockels diskutiert<sup>2</sup>. Damals stellte sich insbesondere die Frage, wer die Befugnis zur Regelung, Verwaltung und Ertragsabschöpfung von bzw. bezüglich Meeresbergbauaktivitäten ausüben darf. Aktuell, d. h. im Zuge des Ausbaus von Offshore-Windenergieanlagen, erfährt die gleiche Frage in abgewandelter Form erneute Aufmerksamkeit. So gehen die Bundesländer Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen derzeit offensichtlich davon aus, dass sie dazu berechtigt seien, für den ihnen jeweils „zugeordneten Bereich des Festlandsockels“ bestimmen zu können, dass die Gemeinde Helgoland bzw. die Länder Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen gewerbesteuerberechtigt sind<sup>3</sup>. Als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Verordnung dient jeweils § 4 II GewStG. Diese aktuell vertretene Rechtsauffassung soll Anlass sein, sich noch einmal grundlegend mit der innerstaatlichen „Verteilung“ der an die Bundesrepublik Deutschland

\* Der Autor *Markus* ist tätig an der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht (FEU), Bremen International Graduate School for Marine Sciences (GLOMAR) an der Universität Bremen. Der Autor *Maurer* ist Wiss. Mitarbeiter bei Professor *Dr. Graft-Peter Calliess*, Bürgerliches Recht, internationales Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtstheorie an der Universität Bremen.

1 *Weiß*, Möglichkeiten der Regelung der Fischerei, des Bergbaus und der Schifffahrt in „Baltic Sea Protected Areas“ (BSPAs) in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) der Bundesrepublik Deutschland vorgelagerten Ostsee, 1999, S. 28.  
2 S. z. B. *Frohwein*, ZaöRV 1965, 1 (7); *Maier*, UPR 2004, 103 (107); *Kölble*, DÖV 1964, 217 (223); *Ipsen*, DVBl 1964, 407 (407); *Seidl-Hohewaldern*, in: Festschr. f. Jahrreiß, 1964, S. 395 ff. (408).  
3 S. § 1 Nr. 2 der Schleswig-Holsteinischen Landesverordnung über die Erhebung der Gewerbesteuer in gemeindefreien Gebieten v. 3. 12. 2007 und § 1 I Nr. 2 der Niedersächsischen Verordnung über die Erhebung der Gewerbe- und der Grundsteuer in gemeindefreien Gebieten v. 9. 10. 2008, s. Landesverordnung über die Erhebung der Gewerbesteuer in gemeindefreien Gebieten v. 3. 12. 2007, SchlHGVB, S. 538 und Nds GVBl 2008, Bl. 19, S. 304. Das Land Niedersachsen hatte sich durch Rechtsverordnung bereits im Jahr 1981 in einer Verordnung für berechtigt erklärt, die Gewerbesteuer in bestimmten Gebieten der deutschen Nordsee zu erheben, s. NdsGVBl 1981, Bl. 21, S. 203. Diese Verordnung wurde mit Wirkung v. 10. 10. 2008 aufgehoben. In Mecklenburg-Vorpommern gilt die entsprechende Landesverordnung zur Bestimmung der gewerbesteuerlichen Heheberechtigung in gemeindefreien Hoheitsgebieten des Landes Mecklenburg-Vorpommern v. 16. 12. 2010, MVGVBl, S. 804.

durch das Völkerrecht zugewiesenen Rechten auseinanderzusetzen. Argumente für und gegen verschiedene innerstaatliche Zuordnungsmodelle sollen hierbei diskutiert werden. In einem ersten Schritt wird der folgende Beitrag die völkerrechtliche Ordnung der Meere im Hinblick auf die Nutzung von Windenergie überblicksartig und in gebotener Kürze zusammenfassen. In einem zweiten Schritt sollen die verfassungsrechtlichen Grundlagen der innerstaatlichen Zuordnung der Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich zugeordneten Nutzungsrechte analysiert werden. Ungeklärte Rechtsfragen werden identifiziert und rechtliche Argumente für und gegen verschiedene Regelungsvarianten diskutiert und abgewogen. In einem letzten Schritt soll die Annahme der Küstenbundesländer, sie könnten nach geltendem Völker-, Verfassungs- oder einfachgesetzlichem Recht eine Zuordnung des Gewerbesteuerertrags an die Gemeinde Helgoland bzw. an sich selbst vornehmen, widerlegt werden.

## II. Überblick über die völkerrechtliche Ordnung der Nutzung von Offshore-Windenergie

Sind Rechtsfragen mit seerechtlichem Bezug zu klären, ist zunächst auf die Grundordnung der Meere, das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen (SRÜ), einzugehen. Als das für das internationale Seerecht zentrale Rahmenübereinkommen erklärt es in seiner Präambel, dass die Vertragsstaaten von dem Bestreben geleitet seien, „alle das Seerecht betreffenden Fragen im Geiste gegenseitiger Verständigung und Zusammenarbeit zu regeln [...]“. Die Bundesrepublik Deutschland hat das SRÜ am 29. 7. 1994 gezeichnet und am 6. 6. 1995 das SRÜ-Ausführungsgesetz erlassen<sup>4</sup>. Das SRÜ unterteilt die Meere in verschiedene Zonen und weist den Küstenstaaten darin unterschiedliche Hoheitsbefugnisse, souveräne Rechte sowie Pflichten zu.

### 1. Rechte des Küstenstaates im Küstenmeer, in der AWZ und auf dem Festlandsockel

Das SRÜ unterteilt die Meere generell in verschiedene Zonen. Für die vorliegende Untersuchung sind vor allem das Küstenmeer, die AWZ sowie der so genannte Festlandsockel relevant, weshalb die Erläuterung der Regime lediglich dieser drei Zonen angezeigt ist.

Gemäß Art. 3 SRÜ hat jeder Staat das Recht, die Breite seines Küstenmeeres bis zu einer Grenze festzulegen, die höchstens 12 Seemeilen (sm) von der Basislinie entfernt sein darf<sup>5</sup>. Die Bundesrepublik Deutschland hat mit der Bekanntmachung vom 19. 10. 1994 eine Küstenzone in der Nordsee mit der Ausdehnung von 12 Seemeilen und in der Ostsee in etwas geringerem Umfang in Anspruch genommen<sup>6</sup>. Gemäß des Art. 2 I SRÜ erstreckt sich die Souveränität des Küstenstaates auf das Küstenmeer<sup>7</sup>. Nach Art. 2 II SRÜ umfasst sie dabei auch den Luftraum über dem Küstenmeer sowie dessen Meeresboden und Meeresuntergrund.

An das Küstenmeer schließt sich seewärts die AWZ an. Gemäß Art. 55 SRÜ ist sie „ein jenseits des Küstenmeeres gelegenes und an dieses angrenzendes Gebiet.“ Sie erstreckt sich bis zu 200 sm seewärts der Basislinie (Art. 57 SRÜ). Die Bundesrepublik hat durch Proklamation vom 25. 11. 1994 eine AWZ im Bereich der Nord- sowie der Ostsee errichtet<sup>8</sup>. Auf Grund der dortigen räumlichen Verhältnisse erreicht die deutsche AWZ nicht die maximal mögliche Ausdehnung. Sie endet, wo die Zonen anderer Anrainerstaaten beginnen. Gemäß Art. 56 I lit. a SRÜ hat der Küstenstaat souveräne Rechte zum Zweck der Erforschung und Ausbeutung, Erhaltung und Bewirtschaftung der lebenden und nicht lebenden

natürlichen Ressourcen der Gewässer über dem Meeresboden, des Meeresbodens und seines Untergrunds sowie hinsichtlich anderer Tätigkeiten zur wirtschaftlichen Erforschung und Ausbeutung der Zone wie der Energieerzeugung aus Wasser, Strömung und Wind. Art. 56 I lit. a SRÜ überträgt somit der Bundesrepublik Deutschland Nutzungsrechte und die Befugnis zur Regelung der Nutzungsbedingungen. Gemäß Art. 55 SRÜ unterliegt die AWZ einer „besonderen Rechtsordnung“. Entscheidend ist, dass die weitreichenden souveränen Rechte und Hoheitsbefugnisse zur Nutzung der Ressourcen *final bzw. funktional begrenzt* sind. Rechte und Pflichten des Küstenstaates knüpfen nicht an die Zone im räumlichen Sinn, sondern an die dort vorhandenen Ressourcen und deren Nutzung an<sup>9</sup>. Man spricht insofern weitläufig auch von einem „Funktionshoheitsraum“<sup>10</sup>. Der Küstenstaat verfügt jedoch nicht über Gebietshoheit in der AWZ; sie ist kein Teil seines Staatsgebiets<sup>11</sup>. Die Rechte des Küstenstaates in der AWZ ergeben sich mit anderen Worten nicht aus seiner Souveränität, sondern aus der begrenzten völkerrechtlichen Zuweisung bzw. Ermächtigung<sup>12</sup>. Jedwede Souveränitätsnahme ist dem Küstenstaat explizit verwehrt (s. Art. 58 II i. V. mit Art. 89 SRÜ). Insbesondere bleiben die in Art. 58 I und Art. 87 SRÜ genannten Freiheiten anderer Staaten unberührt (z. B. Freiheit der Schifffahrt, des Überflugs und der Verlegung unterseeischer Kabel).

Gemäß Art. 76 I SRÜ umfasst der Festlandsockel eines Küstenstaates „den jenseits seines Küstenmeeres gelegenen Meeresboden und Meeresuntergrund der Unterwassergebiete, die sich über die gesamte natürliche Verlängerung seines Landgebiets bis zur äußeren Kante des Festlandrands erstrecken oder bis zu einer Entfernung von 200 sm von den Basislinien, von denen aus die Breite des Küstenmeeres gemessen wird, wo

4 Vertragsgesetz zum Seerechtsübereinkommen 1982 aus Nr. 41 v. 9. 2. 1994 (BGBl II, 1798) und Vertragsgesetz zum Übereinkommen v. 28. 7. 1994 zur Durchführung des Teils XI des Seerechtsübereinkommens aus Nr. 46 v. 4. 10. 1994 (BGBl II, 2565, 3796); s. auch allg. dazu *Jenisch*, Eine Verfassung für die Meere. Das VN-Seerechts-Übereinkommen tritt in Kraft, 1995, S. 30 ff.

5 Die Abgrenzung der im SRÜ festgeschriebenen Zonen orientiert sich an der so genannten Basislinie. Basislinien können nach unterschiedlichen Methoden festgelegt werden (s. Art. 14 SRÜ). Insbesondere ist zwischen der „normalen Basislinie“ und der „geraden Basislinie“ zu unterscheiden (Art. 5 und Art. 7 SRÜ). Entlang der Nord- und Ostseeküste der Bundesrepublik Deutschland wurde von der Methode der „geraden Basislinien“ in weitem Umfang Gebrauch gemacht. Die Seekarten sind beim Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) erhältlich; s. auch Abbildung in: *Czybulka/Stredak*, Rechtsfragen der marinen Kies- und Sandgewinnung in Nord- und Ostsee. Zulassungserfordernisse und Umweltauswirkungen, 2008, S. 29 f.

6 Bekanntmachung der Proklamation der Bundesregierung über die Ausweitung des deutschen Küstenmeeres aus Nr. 80 v. 11. 11. 1994 (BGBl I, 3428). Die Bundesrepublik hatte bereits 1984 für Teile der Nordsee ein Küstenmeer proklamiert, s. Bekanntmachung des Beschlusses der Bundesregierung über die Erweiterung des Küstenmeeres der Bundesrepublik Deutschland in der Nordsee zur Verhinderung von Tankerunfällen in der Deutschen Bucht aus Nr. 47 v. 16. 11. 1984 (BGBl I, 1366).

7 Die Souveränität wird gem. Art. 2 III SRÜ „nach Maßgabe dieses Übereinkommens und der sonstigen Regeln des Völkerrechts“ ausgeübt. Insofern ist Schiffen, die unter der Flagge eines anderen Staates fahren, die „friedliche Durchfahrt“ i. S. des Art. 17 ff. SRÜ zu gewähren.

8 Bekanntmachung der Proklamation der Bundesrepublik Deutschland über die Errichtung einer ausschließlichen Wirtschaftszone der Bundesrepublik Deutschland in der Nordsee und in der Ostsee aus Nr. 59 v. 8. 12. 1994 (BGBl II, 3769).

9 *Proelß*, in: *Graf v. Vitzthum*, Hdb. d. SeeR, 2006, S. 161 (228).

10 *Jarras*, Naturschutz in der Ausschließlichen Wirtschaftszone. Völkerrechtliche, EG-rechtliche und verfassungsrechtliche Probleme der Ausweisung von Meeresschutzgebieten, 2002, S. 18; *Erbguth/Müller*, DVBl 2003, 625 (626).

11 *Proelß*, in: *Graf v. Vitzthum* (o. Fußn. 9), S. 229.

12 *Wolf*, NuR 2005, 375 (376).

die äußere Kante des Festlandrands in einer geringeren Entfernung verläuft“<sup>13</sup>.

Mit der Proklamation vom 20. 1. 1964 hat die Bundesrepublik Deutschland den Anspruch an ihrem Festlandsockel geltend gemacht<sup>14</sup>. Nach Art. 77 I SRÜ übt der Küstenstaat „souveräne Rechte zum Zweck der Erforschung und Ausbeutung“ der dort befindlichen natürlichen Ressourcen aus. Die natürlichen Ressourcen umfassen insbesondere die mineralischen und sonstigen nicht lebenden Ressourcen des Meeresbodens und seines Untergrunds sowie die zu den sesshaften Arten gehörenden Lebewesen (Art. 77 IV SRÜ). Das gilt selbst dann, wenn der Küstenstaat diese Tätigkeit unterlässt (Art. 77 II und III SRÜ). Da – wie in der AWZ – die Rechte des Küstenstaates am Festlandsockel zweckgebunden, d. h. funktional, auf die Erforschung und Ausbeutung der natürlichen Ressourcen beschränkt sind, unterliegt der Festlandsockel nicht der Gebietshoheit des Küstenstaates und stellt somit auch keinen Teil seines Staatsgebiets dar<sup>15</sup>. Nationalstaatliche Ordnungen des Festlandsockels können demnach auch nicht auf gebietshoheitlicher Grundlage erlassen werden<sup>16</sup>.

## 2. Das völkerrechtliche Regime der AWZ und des Festlandsockels im Hinblick auf Windenergiegewinnung

Die dem Küstenstaat zustehenden Rechte und Befugnisse zur Errichtung von Windenergieanlagen in der AWZ bzw. auf dem Festlandsockel finden sich insbesondere in Art. 56 I SRÜ sowie Art. 60 i. V. mit Art. 80 SRÜ. Wie oben erwähnt, erklärt Art. 56 I lit. a SRÜ, dass der Küstenstaat „souveräne Rechte [...] zur wirtschaftlichen Nutzung Erforschung und Ausbeutung der Zone wie der Energieerzeugung aus Wasser, Strömung und Wind“ hat. Da die Gewinnung von Windenergie notwendigerweise das Errichten künstlicher Anlagen voraussetzt, wird allgemein angenommen, dass für die Rechte zur Errichtung und Nutzung von Windenergieanlagen Art. 56 I lit. b und lit. i SRÜ i. V. mit Art. 60 und Art. 80 SRÜ über die Errichtung und Nutzung von künstlichen Inseln, Anlagen und Bauwerken als *leges speciales* einschlägig sind<sup>17</sup>. Insofern werden Offshore-Windenergieanlagen als Anlagen i. S. des Art. 60 I lit. b SRÜ qualifiziert<sup>18</sup>. Dabei ist zu beachten, dass die Regelung über die Errichtung künstlicher Anlagen in der AWZ (Art. 60 SRÜ) auch auf dem Festlandsockel gilt (Art. 80 SRÜ). Insofern ist der Unterschied der beiden Regime für den Bereich der Regelung der Offshore-Windenergie weitgehend unbedeutend<sup>19</sup>.

Art. 60 I lit. b i. V. mit Art. 80 SRÜ gewährt dem Küstenstaat das ausschließliche Recht in der AWZ und auf dem Festlandsockel zur Errichtung sowie zur Genehmigung und Regelung der Errichtung, des Betriebs und der Nutzung von Anlagen für die in Art. 56 SRÜ genannten und andere wirtschaftliche Zwecke<sup>20</sup>. Dies schließt die Regulierungsbefugnis bezüglich des Standorts und der Ausgestaltung der Nutzung ein<sup>21</sup>. Gemäß Art. 60 II SRÜ hat der Küstenstaat über die Anlagen auch ausschließliche Hoheitsbefugnisse in Bezug auf Zoll- und Finanzgesetze, Gesundheits-, Sicherheits- und Einreisegesetze und „diesbezügliche sonstige Vorschriften“<sup>22</sup>. Insbesondere ergibt sich aus der Exklusivität der Hoheitsbefugnisse, im Falle einer innerstaatlichen Erstreckung, die Möglichkeit der Geltung der vollständigen Rechtsordnung des Küstenstaates<sup>23</sup>. Die küstenstaatlichen Befugnisse zur Errichtung und Nutzung von Windenergieanlagen werden dabei lediglich durch das allgemeine Völkerrecht sowie die Regeln des SRÜ beschränkt<sup>24</sup>.

## III. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Nutzung der Offshore-Windenergie

Wie oben erklärt, stehen der Bundesrepublik Deutschland in der AWZ und am Festlandsockel final begrenzte souveräne Rechte sowie Hoheitsrechte zu. Da weder AWZ noch Festlandsockel Teil des Staatsgebiets der Bundesrepublik darstellen, ist das Gebrauchmachen dieser Rechte und Befugnisse durch den Bund oder die Länder als *extraterritoriales Handeln* zu qualifizieren<sup>25</sup>. Insofern ist zu klären, inwieweit die innerstaatliche Rechtsordnung in den genannten extraterritorialen Funktionshoheitsräumen gilt und wie sich die innerstaatliche Zuordnung der durch das Völkerrecht der Bundesrepublik zugewiesenen Rechte vollzieht.

### 1. Geltung des Grundgesetzes

Die Bindung der durch staatliche Organe und Institutionen der Bundesrepublik Deutschland in der AWZ oder auf dem

- 13 S. zu den alternativen Definitionen sowie zur Festlegung der äußeren Grenzen, *Lagoni*, in: *Graf v. Vitzthum* (o. Fußn. 9), S. 161 (185–195).
- 14 Bekanntmachung der Proklamation der Bundesregierung über die Erforschung und Ausbeutung des deutschen Festlandsockels aus Nr. 5 v. 6. 2. 1964, (BGBl II, 104). Das Festlandsockelregime sieht vor, dass der Anspruch auf den Festlandsockel dem Küstenstaat eo ipso zusteht, eine Proklamation also nicht zur Begründung des Anspruchs erforderlich ist, s. Art. 77 III SRÜ. Seit dem Vertragsschluss mit den Niederlanden, Dänemark sowie Großbritannien im Jahre 1971 erstreckt sich der Festlandsockel der Bundesrepublik Deutschland bis in den Bereich der Doggerbank, s. Gesetz zu den drei Verträgen von 1971 mit dem Königreich Dänemark, dem Königreich der Niederlande und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland über die Abgrenzung des Festlandsockels unter der Nordsee aus Nr. 52 v. 30. 8. 1972, (BGBl II, 881).
- 15 *Lagoni*, in: *Graf v. Vitzthum* (o. Fußn. 9), S. 186.
- 16 *Proelß*, in: *Graf v. Vitzthum*, *VölkerR*, 2011, S. 389 (426).
- 17 *Jenisch*, in: *Ehlers/Erbguth*, Aktuelle Entwicklungen im Seerecht. Dokumentation der Rostocker Gespräche zum Seerecht 1996–1999, 2000, S. 21 (28 ff.); s. auch *Proelß*, in: *Graf v. Vitzthum* (o. Fußn. 9), S. 249.
- 18 *Risch*, Windenergieanlagen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone. Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Zulassung von Windenergieanlagen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ), 2006, S. 41 f.
- 19 Generell gilt: Soweit vom Küstenstaate proklamiert, stellen die Gewässer über dem Festlandsockel die AWZ dar, s. Art. 57 und Art. 76 SRÜ. Insofern wird das Festlandsockelregime zu einem „integralen Bestandteil der besonderen Rechtsordnung der AWZ“, s. *Lagoni*, in: *Graf v. Vitzthum* (o. Fußn. 9), S. 186; *Proelß*, in: *Graf v. Vitzthum* (o. Fußn. 9), S. 232. Nichtsdestotrotz gilt es zu beachten, dass das Festlandsockelregime neben dem der AWZ weiter gilt, Art. 78 I SRÜ. Art. 56 III SRÜ stellt insofern klar, dass die Rechte des Küstenstaats hinsichtlich des Meeresbodens und seines Untergrunds „in Übereinstimmung mit Teil VI ausgeübt“ werden. Insofern kommt das Festlandsockelregime – wenn auch nur in geringem Umfang – zur Anwendung, s. *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *VölkerR*, I/1, 2. Aufl. (1989), S. 530.
- 20 Die Überlagerung der AWZ- und Festlandsockelregime spielt insofern bezüglich der Errichtung und der Nutzung von Offshore-Windenergieanlagen keine Rolle. Beide Regime verweisen hinsichtlich der Regelungen über künstliche Inseln, Anlagen und Bauwerke auf die gleiche Vorschrift des SRÜ, s. Art. 80 SRÜ.
- 21 *Gündling*, Die 200 Seemeilen-Wirtschaftszone. Entstehung eines neuen Regimes des Meeresvölkerrechts, 1983, S. 219; *Risch* (o. Fußn. 18), S. 43.
- 22 Hervorhebung durch die Autoren.
- 23 *Proelß*, in: *Graf v. Vitzthum* (o. Fußn. 9), S. 252 f.; *Jenisch*, NuR 1997, 373 (375); *Erbguth/Müller*, DVBl 2003, 625 (626); *Risch* (o. Fußn. 18), S. 43; *Lagoni*, NuR 2002, 121 (124). Dies ermöglicht u. a. auch die Einbeziehung von Windenergieanlagen in der AWZ in den Anwendungsbereich des nationalen Steuerrechts, s. *Hille/Herrmann*, RdE 2008, 237 (240).
- 24 S. z. B. Art. 60 VII SRÜ; s. hierzu auch weitergehend *Gündling* (o. Fußn. 21), S. 219; *Proelß*, in: *Graf v. Vitzthum* (o. Fußn. 9), S. 252; *Erbguth/Müller*, DVBl 2003, 625 (626); *Risch* (o. Fußn. 18), S. 43.
- 25 *Wolf/Nebelsiek/Runge*, Naturschutzfläche und naturschutzrechtliche Anforderungen im Gefolge der Ausdehnung der Raumordnung auf die deutsche Ausschließliche Wirtschaftszone. Umweltforschungsplan 2004, 2006, S. 36; *Risch* (o. Fußn. 18), S. 43; s. allg. zur Frage des Wirkungsbereichs des Grundgesetzes im Ausland auch *BVerfGE* 6, 290 [295] = NJW 1957, 745 = VerwRspr 1957, 521; *BVerfGE* 57, 9 [23] = NJW 1981, 1154; *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. (2011), Präambel Rdnrn. 8 ff.

Festlandsockel ausgeübten Hoheitsgewalt an das Grundgesetz ist praktisch unumstritten<sup>26</sup>. Anerkannt ist generell, dass weder Verfassungs- noch Grundrechtsbindung an der Staatsgrenze enden<sup>27</sup>. Entscheidend ist dabei, dass eine Nichtanbindung extraterritorialen staatlichen Handelns an die Verfassung ihre Bedeutung als Ausgangspunkt und rechtliche Grundlage aller deutschen Staatsgewalt verkennen würde<sup>28</sup>. Insbesondere wird die extraterritoriale Erstreckung der Verfassung vor dem Hintergrund der ausdrücklichen Regelung extraterritorialer Sachverhalte wie den Abschluss völkerrechtlicher Verträge (Art. 25 GG), die Bildung einer Handelsflotte (Art. 27 GG), oder die Bezugnahme der Verfassung auf extraterritoriale Regelungsbereiche wie die Hochseeschifffahrt (Art. 74 I Nr. 21 GG) oder die Hochseefischerei (Art. 74 I Nr. 17 GG) erkennbar.

## 2. Innerstaatliche Zuordnung der Rechte am Festlandsockel und der AWZ

Die Frage der innerstaatlichen Zuordnung der Rechte und Hoheitsbefugnisse am Festlandsockel und in der AWZ erfolgt nicht durch das Völkerrecht<sup>29</sup>. Das SRÜ weist Rechte und Hoheitsbefugnisse lediglich der Bundesrepublik Deutschland als Völkerrechtssubjekt zu; d. h. es trifft keine Aussagen, wie eine Verteilung der Rechte und Hoheitsbefugnisse in einem föderal strukturierten Staat zu erfolgen hat. Wie diese Verteilung in der Bundesrepublik Deutschland vorgenommen werden kann, richtet sich somit nach der innerstaatlichen bundesdeutschen Rechtsordnung. Als Grundordnung des bundesdeutschen Rechts ist wiederum die Verfassung Ausgangspunkt der Zuordnung<sup>30</sup>.

a) *System der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern.* In der Verwaltungspraxis und Literatur ist vielfach erwogen worden, ob sich eine Alleinzuständigkeit des Bundes, insbesondere im Hinblick auf die Regelung und Verwaltung der Nutzungen und des Schutzes des Festlandsockels und der AWZ aus der „Natur der Sache“, „kraft Sachzusammenhang“ oder aus der „Kompetenz zur Pflege der auswärtigen Beziehungen“ ergibt<sup>31</sup>. Wie *Ehlers* richtig betont, verkennen solche Erwägungen aber, dass der Verfassungsgesetzgeber eine Länderkompetenz für Fragen mit Seebezug (sogar hinsichtlich der Hohen See) durchaus für möglich hielt bzw. hält. So weisen Art. 74 I Nrn. 17 und 21 GG die Seeschifffahrt sowie die Hochseefischerei dem Katalog der konkurrierenden Kompetenzen zu. Die Annahme einer „auf allgemeinen Rechtsgrundsätzen gestützten generellen Bundeskompetenz“ stünde hierzu im Widerspruch<sup>32</sup>. Daraus ergibt sich, dass für jede Sach- bzw. Regelungsmaterie im Einzelnen zu fragen ist, welche Kompetenzzuweisung das Grundgesetz trifft<sup>33</sup>. Grundlage für die Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern sind insbesondere die Vorschriften der Art. 30 GG (allgemein), Art. 72 ff. GG (Gesetzgebungskompetenz), Art. 104 a ff. GG (Finanzwesen) sowie Art. 82 ff. GG (Gesetzesvollzug)<sup>34</sup>.

b) *Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern für den Bereich der Offshore-Windenergie.* Für die Nutzung der Offshore-Windenergie auf dem Festlandsockel bzw. in der AWZ bedeutsame Kompetenztitel und -zuordnungen sollen hier kurz dargestellt werden: Hinsichtlich der Errichtung, des Betriebs und der Besteuerung der Offshore-Windenergiegewinnung sind verschiedene Rechtsmaterien betroffen. Wie oben festgestellt, richtet sich die Kompetenz zur Regulierung der Errichtung, des Betriebs sowie der Besteuerung von solchen Anlagen grundsätzlich nach den Art. 30, 72 ff., 104 a ff. sowie 82 ff. GG.

aa) *Legislative und exekutive Kompetenzen des Bundes.* Weitgehend wird davon ausgegangen, dass sich die Kompetenz des Bundes zur Regelung der Errichtung und des Betriebs von Offshore-Windenergieanlagen grundsätzlich aus Art. 74 I Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft, insbesondere Energiewirtschaft) herleiten lässt<sup>35</sup>. Da das Verlegen von Zu- und Ableitungskabeln Teil der Energiewirtschaft ist, ist die Regelung dieser Tätigkeiten von Art. 74 I Nr. 11 GG mitumfasst<sup>36</sup>. Des Weiteren erscheint es sinnvoll, davon auszugehen, dass die Regelungskompetenz zur Vermeidung von Umwelt- oder Sicherheitsgefahren, die sich aus der wirtschaftlichen Tätigkeit „Offshore-Windenergiegewinnung“ ergeben, ebenfalls unter Art. 74 I Nr. 11 GG fällt. Insoweit handelt es sich um eine Annexkompetenz des Bundes<sup>37</sup>. Abschließend ist es denkbar, eine raumplanerische Koordination der Windenergienutzung und anderer Nutzungen auf Art. 74 I Nr. 11 GG zu gründen. Eine umfassende Berücksichtigung aller Interessen im Sinne einer vollständigen Gesamtplanung ist dabei aber wohl nicht auf der Grundlage des Art. 74 I Nr. 11 GG möglich<sup>38</sup>.

Neben diesen zentralen Regelungskompetenzen stehen dem Bund insbesondere die Regelungskompetenzen für die schifffahrtsbezogenen Aspekte der Errichtung und des Betriebs von Offshore-Windenergieanlagen zu (Art. 74 I Nr. 21 GG)<sup>39</sup>. Da Bau und Betrieb von Offshore-Windenergieanlagen erhebliche Schallemissionen mit sich bringen, wäre gegebenenfalls auch noch eine Regelungskompetenz des Bundes für den Bereich des Lärmschutzes einschlägig (Art. 74 I Nr. 24 GG)<sup>40</sup>. Des Weiteren können der anlagenunabhängige Naturschutz und die funktionale Raumplanung i. S. des Art. 74 I Nrn. 29 und 31 GG eine Rolle spielen. Macht der Bund insoweit von seiner Zuständigkeit Gebrauch, können die

26 *Ehlers*, NordÖR 2003, 385 (385); *Wolf/Niebelsieck/Runge* (o. Fußn. 25), S. 36; *Jarass* (o. Fußn. 10), S. 51; *Erbguth/Mahlburg*, DÖV 2003, 665 (667).

27 S. die Diskussion bei *Risch* (o. Fußn. 18), S. 64 f.

28 *Ehlers*, NordÖR 2003, 385 (386); *Risch* (o. Fußn. 18), S. 67.

29 v. *Münch*, AVR 1964, 393 (411).

30 So die wohl h. M.: *Jarass* (o. Fußn. 10), S. 50; *Wolf/Niebelsieck/Runge* (o. Fußn. 25), S. 38; *Janssen*, Die rechtlichen Möglichkeiten der Einrichtung von Meeresschutzgebieten in der Ostsee unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und schwedischen NaturschutzR, 2002, S. 170; *Erbguth/Mahlburg*, DÖV 2003, 665 (667); *Ehlers*, NordÖR 2003, 385 (386); i. E. wohl auch *Weiß* (o. Fußn. 1), S. 27 f.; *Frohwein*, ZaöRV 1965, 1 (7); *Risch* (o. Fußn. 18), S. 69 ff.; a. A.: *Maier*, UPR 2004, 103 (107); *Kölblle*, DÖV 1964, 217 (223).

31 S. Diskussion und weitere Nachweise bei *Risch* (o. Fußn. 18), S. 75 ff.; *Ehlers*, NordÖR 2003, 385 (386) und *Janssen* (o. Fußn. 30), S. 170 ff.; s. zur Kompetenz des Bundes kraft Natur der Sache auch die Diskussion bei *Jarass* (o. Fußn. 10), S. 51 f.

32 *Ehlers*, NordÖR 2003, 385 (386). Gleich argumentierend *Jarass* (o. Fußn. 10), S. 52; *Erbguth/Mahlburg*, DÖV 2003, 665 (671).

33 *Ehlers*, NordÖR 2003, 385 (386). Gleich argumentierend *Jarass* (o. Fußn. 10), S. 52; *Erbguth/Mahlburg*, DÖV 2003, 665 (671); i. E. auch *Risch* (o. Fußn. 18); S. 81; *Weiß* (o. Fußn. 1), S. 27 f.; *Wolf*, in: *Henler/Marburger/Reiff/Schröder*, Jahrb. d. Umwelt- und TechnikR, 2008, S. 123.

34 S. Übersichten zu den Zuständigkeiten hinsichtlich einzelner Nutzungen bei *Ehlers*, NordÖR 2003, 385 (386–391); *Risch* (o. Fußn. 18), S. 74–115; *Janssen* (o. Fußn. 30), S. 168–193; s. auch *Wolf/Niebelsieck/Runge* (o. Fußn. 25), S. 38 ff.

35 *Ehlers*, NordÖR 2003, 385 (389); *Pestke*, Offshore-Windfarmen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone. Im Zielkonflikt zwischen Klima- und Umweltschutz, 2008, S. 207 f.; *Risch* (o. Fußn. 18), S. 88 ff.; *Wolf*, NuR 2005, 375 (379); *Czybulka*, in: *Ehlers/Erbguth*, Aktuelle Entwicklungen im Seerecht II, 2003, S. 43 ff. (51); *Klinski*, Rechtliche Probleme der Zulassung von Windkraftanlagen in der AWZ, 2001, S. 37.

36 *Risch* (o. Fußn. 18), S. 89.

37 *Risch* (o. Fußn. 18), S. 89; *Klinski* (o. Fußn. 35), S. 39.

38 *Erbguth/Müller*, DVBl 2003, 625 (631).

39 *Ehlers*, NordÖR 2003, 385 (389); *Risch* (o. Fußn. 18), S. 90 ff.

40 *Risch* (o. Fußn. 18), S. 93. Zur Thematik von Schallemissionen in der Meeresumwelt s. *Markus*, NuR 2010, 236 (236 ff.).

Länder hiervon jeweils abweichende Regelungen treffen (Art. 72 III GG).

Alle genannten Gesetzgebungskompetenzen sind dem Katalog der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zuzuordnen (Art. 70 II GG, Art. 72 I GG, Art. 74 I und II GG). Insbesondere für die Annahme einer Bundeskompetenz hinsichtlich der Regelung der Errichtung und des Betriebs von Offshore-Windenergieanlagen aus Art. 74 I Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft, insbesondere Energiewirtschaft) ist erforderlich, dass die Voraussetzungen des Art. 72 II GG erfüllt sind. Danach hat der Bund das Gesetzgebungsrecht, „wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundeseinheitliche Regelung erforderlich macht“. Das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 72 II GG wird im Schrifttum in diesem Zusammenhang allgemein als unproblematisch betrachtet<sup>41</sup>. Eine einheitliche Regelung durch den Bund diene vor allem der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit, da sie eine Rechtszersplitterung sowie Wettbewerbsverzerrungen verhindern könne<sup>42</sup>.

Der Bund hat von seiner Gesetzgebungskompetenz durch Erlass des Seeaufgabengesetzes (SeeAufgG) Gebrauch gemacht. Insbesondere obliegt dem Bund gem. § 1 Nr. 10 a SeeAufgG die Prüfung, Zulassung und Überwachung von Anlagen in der AWZ im Hinblick auf ihre Eignung für den Verkehr, die Abwehr von Gefahren für die Meeresumwelt sowie im Hinblick auf die Erfordernisse der Raumordnung. Im Ergebnis ist dabei festzuhalten, dass schiffahrtsbezogene Regeln kompetenzrechtlich auf Art. 74 I Nr. 21 GG und alle übrigen Regeln auf Art. 74 I Nr. 11 GG gründen<sup>43</sup>.

Grundsätzlich stehen Verwaltungskompetenzen gem. Art. 82 GG den Ländern zu. Dies gilt, wie oben aufgezeigt, auch für die AWZ und den Festlandsockel. Soweit der Bund aber von seiner Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 I Nr. 11 GG Gebrauch gemacht hat, hat er allerdings die Möglichkeit, die Aufgaben durch bundeseigene Verwaltung zu vollziehen (Art. 87 III 1 GG). Art. 87 III 1 GG begründet dabei nicht nur eine organisationsrechtliche, sondern auch eine materielle Verwaltungskompetenz des Bundes<sup>44</sup>. Der Bund hat eine Zuweisung seiner Verwaltungskompetenz an das Bundesamt für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) nach § 5 I Nr. 4 SeeAufgG vorgenommen<sup>45</sup>. Das BSH nimmt als Bundesbehörde sämtliche Aufgaben im Zusammenhang mit der Genehmigung, Prüfung und Überwachung von Windenergieanlagen in der AWZ (bzw. auf dem Festlandsockel) entsprechend der Seeanlagenverordnung wahr<sup>46</sup>.

bb) *Steuerhoheit gem. Art. 104 a ff. GG.* Für den Bereich der Finanzverfassung gelten die besonderen Regelungen der Art. 104 a ff. GG. Art. 104 a GG regelt die so genannte Ausgabenverteilung, Art. 104 b GG die Finanzhilfen des Bundes an die Länder, Art. 105 GG nimmt die Zuweisung der Steuergesetzgebungskompetenzen an den Bund oder die Länder vor, Art. 106 bis Art. 107 GG regeln die Verteilung des Steueraufkommens und Art. 108 die Steuerverwaltungskompetenzen. Im Bereich des Festlandsockels und der AWZ gelten für die Vorschriften der Finanzverfassung die gleichen Argumente, die auch bereits im Zusammenhang mit Art. 70 ff. GG und Art. 83 ff. GG geltend haben: Eine eindeutige Zuordnung der Steuergesetzgebungskompetenz für die Offshore-Windenergieerzeugung ist dem Grundgesetz

nicht zu entnehmen. Die Kompetenzverteilung der Finanzverfassung ist darüber hinaus abschließend und zwingend<sup>47</sup>. Folglich richtet sich die Verteilung der Kompetenzen zur Regelung der Besteuerung von Offshore-Windenergiegewinnung sowie die Frage der Verteilung von Steuereinnahmen aus dieser wirtschaftlichen Tätigkeit grundsätzlich nach den Vorschriften der Art. 104 a ff. GG. Insoweit ist anzumerken, dass die grundgesetzliche Finanzverfassung weder die Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich der Besteuerbarkeit von Offshore-Windenergieanlagen in der AWZ oder auf dem Festlandsockel noch die Verteilung der dort anfallenden Steuern ausdrücklich regelt. Im Grundsatz muss es daher auf die Gesetzgebungskompetenzen und Verteilungsregeln ankommen, die jeweils für die unterschiedlichen Steuerarten vorgeschrieben sind. So steht z. B. die Gewerbesteuer gem. Art. 106 VI 1 GG grundsätzlich den Gemeinden zu. Gemeindegebiete, wie zu zeigen sein wird, erstrecken sich aber nicht in die Bereiche der AWZ bzw. des Festlandsockels. Dessen ungeachtet ist eine Erhebung und Verteilung der Gewerbesteuer für Aktivitäten auf dem Festlandsockel, wie oben erwähnt, sowohl bundesrechtlich als auch landesrechtlich grundsätzlich vorgesehen. Die Rechtmäßigkeit dieser einfachgesetzlichen Zuordnung erscheint vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Unbestimmtheit der steuerhoheitlichen Gesetzgebungs- und Verteilungsordnung fraglich.

c) *Kompetenzabgrenzung zwischen den Bundesländern.* Nach der generellen Klärung der Rechtslage hinsichtlich der Aufteilung der Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Steuerkompetenz zwischen Bund und Ländern sowie der grundsätzlichen Anerkennung von Länderkompetenzen auf dem Festlandsockel und in der AWZ stellt sich nunmehr die Frage, wie eine Kompetenzabgrenzung zwischen den Bundesländern zu erfolgen hat. Hier ist vorab anzumerken, dass dieser juristische Fragenbereich weder von der Rechtswissenschaft noch der Rechtsprechung abschließend durchdrungen ist und somit durch erhebliche Unsicherheiten gekennzeichnet wird<sup>48</sup>. Vor allem ist dabei fraglich, ob die den Ländern in der AWZ und auf dem Festlandsockel zustehenden bzw. verbleibenden Hoheitsrechte automatisch den Küstenbundesländern zugeordnet sein sollen. Insofern sollen im Folgenden die Argumente dargestellt und analysiert werden, die für oder gegen eine Zuordnung der Kompetenzen zu den Küstenbundesländern sprechen.

aa) *Rechtliche Argumente für die Zuordnung zu den Küstenbundesländern.* Die wohl vorherrschende Meinung in der Literatur und Rechtspraxis scheint davon auszugehen, dass Hoheitsaufgaben in der AWZ oder auf dem Festlandsockel neben dem Bund, soweit sie in den Kompetenzbereich der Bundesländer fallen, *allein* den Küstenbundesländern zuzuordnen sind. Rechtlich wird diese Zuordnung – wenn überhaupt – durch einen „territorialen Bezug“ gerechtfertigt. Gedanklicher Anknüpfungspunkt ist dabei wohl, dass die *geografisch-räumliche Lage der Küstenstaaten* die Zuweisung der Rechte und Befugnisse durch das Völkerrecht an Küstenstaaten (nicht Bundesländer!) begründet. Dementsprechend

41 Klinski (o. Fußn. 35), S. 38 ff.

42 Risch (o. Fußn. 18), S. 96.

43 So wohl auch Ehlers, NordÖR 2003, 385 (389) und Risch (o. Fußn. 18), S. 93.

44 Sachs, GG, 5. Aufl. (2009), Art. 87 Rdnr. 11.

45 Wolf, NuR 2005, 375 (379); Risch (o. Fußn. 18), S. 152; s. auch Jensich, NuR 1997, 373 (376).

46 Risch (o. Fußn. 18), S. 152; i. E. wohl auch Ehlers, NordÖR 2003, 385 (389).

47 Kube, in: Epping/Hillgruber, GG, 13. Aufl. (2012), Art. 104 a Rdnr. 3.

48 So z. B. Erbuth/Mahlburg, DÖV 2003, 665 (670 f.) hinsichtlich der raumordnerischen Handlungsmöglichkeiten der Länder in der AWZ.

biete es sich an, die geografisch-räumliche Lage der Küstenbundesländer auch als Anknüpfungspunkt für die innerstaatliche Zuordnung der Rechte und Befugnisse zu nutzen<sup>49</sup>. Dies wird vor allem im Hinblick auf den Festlandsockel von verschiedenen Autoren damit begründet, dass die Küstenbundesländer Landeshoheit über das Land verfügen, welches sich als „natürliche Verlängerung“ unter dem Meer fortsetzt<sup>50</sup>. Weitergehend wird vertreten, dass die Tatsache, dass Verwaltungszuständigkeiten der Küstenbundesländer bereits für den Festlandsockel im Bereich der Bergaufsicht bestünden, für eine generelle Zuweisung spreche<sup>51</sup>. Weniger rechtlich als faktisch könnte eine Zuständigkeit der Küstenbundesländer wohl mit ihrer sozioökonomischen und kulturellen Nähe sowie ihrer Erfahrung hinsichtlich der Verwaltung ihrer Küstenmeere begründet werden.

bb) *Rechtliche Argumente gegen eine exklusive Zuordnung zu den Küstenbundesländern.* Gegen eine ausschließliche Kompetenzzuweisung an die Küstenbundesländer wird vorgebracht, dass sie vor dem Hintergrund des geltenden Rechts willkürlich erscheine<sup>52</sup>. Entscheidend sei insoweit, dass in dem föderalen System der Bundesrepublik, wie oben erwähnt, verschiedene Zuordnungsvarianten denkbar seien, das Recht aber keine dieser Möglichkeiten ausdrücklich regle. Das Völkerrecht treffe keine Aussage darüber, wie die innerstaatliche Zuweisung von Rechten, Befugnissen und Pflichten in einem föderalen Bundesstaat zu erfolgen habe. Da insofern lediglich die Verfassung als Bezugspunkt für die Verteilung der innerstaatlichen Kompetenzen verbleibe, komme es insoweit auf den in ihr enthaltenen Regelungsansatz an. Die Verfassung enthalte aber keine ausdrückliche Zuweisungs- bzw. Aufteilungsregel hinsichtlich legislativer, exekutiver oder steuerhoheitlicher Kompetenzen zwischen den Bundesländern für die Gebiete der AWZ und des Festlandsockels<sup>53</sup>. Insofern sei die rechtliche Lage unklar; es fehle aber in jedem Fall an einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage für eine exklusive Zuweisung an die Küstenbundesländer<sup>54</sup>.

Weitergehend spreche gegen eine exklusive Kompetenz der Küstenbundesländer hinsichtlich der Ausübung der Länderkompetenzen auf dem Festlandsockel und in der AWZ, dass die Küstenbundesländer auch sonst keinen besonderen rechtlichen Status in Bezug auf den Festlandsockel bzw. die AWZ aus geltendem Recht ableiten können. Das Völkerrecht gewähre, wie oben aufgezeigt, der Bundesrepublik Deutschland lediglich funktional begrenzte, d. h. von der Gebietshoheit losgelöste Rechte. Insoweit verbiete sich jedwede gebietshoheitliche Argumentation hinsichtlich der Ausweitung staatlicher Ordnung auf diese Gebiete. Somit sei aber weder die bloße faktische geografisch-räumliche noch die soziokulturelle Nähe zwingendes rechtliches Argument für die Annahme einer exklusiven legislativen und exekutiven Zuständigkeit auf dem Festlandsockel oder in der AWZ<sup>55</sup>. Auch die Tatsache, dass das Völkerrecht das Recht auf Errichtung einer AWZ bzw. eines Anspruchs am Festlandsockel an die geografisch-räumliche Lage von Küstenstaaten anknüpfe, nämlich ihr räumliches Angrenzen an die See bzw. die Verbindung der Landmassen des Festlandsockels und der Küstenstaaten, erlaube keinesfalls zwingend den Schluss, dass die innerstaatliche Zuweisung der durch das SRÜ zugewiesenen Rechte und Befugnisse durch das Grundgesetz an die Küstenbundesländer zu erfolgen hat<sup>56</sup>. Dies wird von verschiedenen Vertretern der Auffassung, dass eine Zuordnung an die Küstenbundesländer zu erfolgen hat, auch nicht in Abrede gestellt. Insofern wird die Anwendung der völkerrechtlichen Zuordnungsregeln auch lediglich „analog“<sup>57</sup> oder „solange das

Grundgesetz selbst nichts anderes bestimme“<sup>58</sup> oder z. T. aus pragmatischen Erwägungen befürwortet<sup>59</sup>.

cc) *Diskussion.* Die Zuordnung der legislativen, exekutiven und steuerhoheitlichen Länderkompetenzen im Bereich des Festlandsockels und in der AWZ ausschließlich an die Küstenbundesländer entbehrt einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage im Völker- und Verfassungsrecht. Vor dem Hintergrund verschiedener Zuweisungsvarianten erscheint eine Zuweisung der Kompetenzen ausschließlich an die Küstenbundesländer somit willkürlich. Argumente, die dennoch einen „territorialen Bezug“ zwischen Küstenbundesländern und Festlandsockel sowie AWZ herstellen, um so eine ausschließliche Kompetenz zu begründen, vernachlässigen die Tatsache, dass Festlandsockel- und AWZ-Regime lediglich funktional begrenzte Hoheitsbefugnisse an den Bundesstaat als Völkerrechtssubjekt zuordnen. Die Tatsache, dass dabei ein geografisch-räumlicher Bezug zu den Küsten des Bundesstaates als Völkerrechtssubjekt und somit zu seinen Küstenbundesstaaten besteht, ist unbestritten. Hieraus folgt aber keineswegs rechtlich zwingend, dass dieser Bezug ausschlaggebend für die innerstaatliche Verteilung der völkerrechtlich der Bundesrepublik zugewiesenen Rechte und Befugnisse sein sollte. Des Weiteren beinhaltet das Argument, dass den Küstenbundesländern bereits bergrechtliche Verwaltungszuständigkeiten zugeordnet sind, ebenfalls keinen zwingenden rechtlichen Grund für eine ausschließliche Zuständigkeit der Küstenbundesländer. Diese ergibt sich fraglos auch nicht de facto aus der sozioökonomisch-kulturellen Verbundenheit der Küstenbundesländer mit den Gebieten der Nord- und Ostsee.

#### IV. Rechtmäßigkeit der einfachgesetzlichen Zuordnung von Steuerrechten an die Küstenbundesländer

Wie oben erwähnt haben die Länder Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen in den Jahren 2007, 2008 und 2010 jeweils nahezu wortgleiche Landesverordnungen über die Erhebung von Gewerbesteuern in gemeindefreien Gebieten erlassen<sup>60</sup>. Darin wird unter anderem geregelt, dass die Gewerbesteuer in dem Teil des der Bundesrepublik Deutschland zustehenden Anteils am Festlandsockel, der den jeweiligen Küstenländern „zugeordnet“ ist, von der Gemeinde Helgoland bzw. vom Land Niedersachsen

49 Janssen (o. Fußn. 30), S. 172; *Erbguth/Mahlburg*, DÖV 2003, 665 (671 f.); *Risch* (o. Fußn. 18), S. 112; i. E. wohl auch, aber ohne Begründung *Wolf/Niebelsieck/Runge* (o. Fußn. 25), S. 40; *Jarass* (o. Fußn. 10), S. 51; s. auch *Frohwein*, ZaöRV 1965, 1 (12). Hinsichtlich des Festlandsockels wurde so z. B. auch argumentiert, dass die Hoheitsrechte über die Bodenschätze am Festlandsockel innerstaatlich den Küstenbundesländern zustehen sollen, da die Festlandsockel sich als ihre „natürliche Verlängerung unter Meer“ darstellten, s. *Lagoni*, Ländergrenzen in der Elbmündung und der Deutschen Bucht. Verfassungsrechtl., staats- u. völkerrechtl. Aspekte d. ZwischenländerR, 1982, S. 97 ff.

50 *Lagoni* (o. Fußn. 49), S. 99; i. E. wohl auch *Seidel-Hohenveldern* (o. Fußn. 2), S. 406.

51 Janssen (o. Fußn. 30), S. 172.

52 S. hierzu auch *Weiß* (o. Fußn. 1), S. 28 und *Czybulka*, NuR 1999, 562 (568).

53 Hinsichtlich der Zuordnung von Hoheitsbefugnissen im Allgemeinen s. *Weiß* (o. Fußn. 1), S. 28; zu Einzelfragen s. auch *Czybulka*, NuR 1999, 562 (568).

54 Im Hinblick auf die „Feststellung der dann erforderlichen marinen Grenzen“ zutreffend *Czybulka*, NuR 1999, 562 (568).

55 S. auch *Weiß* (o. Fußn. 1), S. 28.

56 *Weiß* (o. Fußn. 1), S. 28.

57 *Seidel-Hohenveldern* (o. Fußn. 2), S. 406.

58 *Lagoni* (o. Fußn. 49), S. 99.

59 Im Hinblick auf die Zuordnung der Rechte am Festlandsockel, differenziert *Willecke*, DVBl 1966, 461 (467 f.) und *Kölblle*, DÖV 1964, 217 (220); s. aber auch *Frohwein*, ZaöRV 1965, 1 (12, 21 ff.).

60 S. o. Fußn. 3.

oder vom Land Mecklenburg-Vorpommern erhoben wird<sup>61</sup>. Als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Verordnung wird jeweils § 4 II GewStG zitiert. Es soll hier bezweifelt werden, dass die Länder auf der Grundlage des § 4 GewStG oder auf einer anderen rechtlichen Grundlage zu dieser Zuordnung berechtigt waren.

## 1. Verfassungsrechtliche Zuordnung der Gewerbesteuer

Wie oben bereits erwähnt, steht die Gewerbesteuer im bundesrepublikanischen Staatsgefüge gem. Art. 106 VI GG den Gemeinden zu. Ihnen kommt die alleinige Ertragshoheit zu<sup>62</sup>. Zudem bestimmen sie gem. Art. 28 II 3 Halbs. 2 GG die Hebesätze für die Gewerbesteuer. Die Verfassung sieht keine Zuweisung der Gewerbesteuer an bestimmte Gemeinden bestimmter Länder, insbesondere bestimmter Küstenbundesländer, für die Gebiete der AWZ und des Festlandssockels vor.

## 2. Einfachgesetzliche Gewerbesteuerzuweisung

Die Landesverordnungen nennen § 4 II GewStG als einfachgesetzliche Rechtsgrundlage für die Zuweisung der Gewerbesteuer an die durch sie bestimmte Gemeinde Helgoland bzw. an das Land Niedersachsen oder Mecklenburg-Vorpommern. Grundsätzlich stellt sich insoweit die Frage der Erstreckung des GewStG auf die Gebiete des Festlandssockels. § 2 I 1 GewStG erklärt diesbezüglich, dass jeder stehende Gewerbebetrieb, soweit er im Inland betrieben wird, Steuergegenstand des Gewerbesteuerrechts ist. § 2 VII Nr. 1 GewStG ergänzt, dass auch „der der Bundesrepublik Deutschland zustehende Anteil am Festlandssockel, soweit dort Naturschätze des Meeresgrundes und des Meeresuntergrundes erforscht oder ausgebeutet werden oder dieser der Energieerzeugung unter Nutzung erneuerbarer Energien dient ...“ zum Inland im Sinne des Gewerbesteuergesetzes gehört. Insofern könnte der § 4 II GewStG grundsätzlich einschlägig sein. § 4 I und II besagen dann:

- (1) Die stehenden Gewerbebetriebe unterliegen der Gewerbesteuer in der Gemeinde, in der eine Betriebsstätte zur Ausübung des stehenden Gewerbes unterhalten wird. [...]
- (2) Für Betriebsstätten in gemeindefreien Gebieten bestimmt die Landesregierung durch Rechtsverordnung, wer die nach diesem Gesetz den Gemeinden zustehenden Befugnisse ausübt.

Da die auf dem Festlandssockel verankerten Windenergieanlagen somit nicht innerhalb des Gebiets einer bestimmten Gemeinde liegen, liegt es nahe, dass beide Länder die AWZ und den Festlandssockel als „gemeindefreies Gebiet“ i. S. des § 4 II GewStG interpretiert haben. Gemeindefreie Gebiete sind solche, die keiner Gemeinde zugeordnet sind. Vor dem Hintergrund der Erstreckung des GewStG auf den deutschen Anteil des Festlandssockels stellt sich allerdings die Frage, ob den Ländern das Recht, die Ausübung der Befugnisse der Gemeinden zuzuordnen, tatsächlich für den Bereich des Festlandssockels zusteht. Voraussetzung dafür wäre, dass der Bereich des Festlandssockels gewerbesteuerrechtlich als gemeindefreies Gebiet anzusehen wäre oder diesem zumindest gleichgesetzt werden müsste.

Gegen eine Qualifizierung des Festlandssockels und der AWZ als gemeindefreies Gebiet sprechen diverse Gründe. Zuvorderst ist der Regelungszweck des § 4 II GewStG nicht die Qualifizierung des Festlandssockels als gemeindefreies Gebiet. Weitergehend ist auch die bloße Erstreckung des GewStG auf den Bereich des Festlandssockels keine Ermächtigung der Küstenbundesländer, für diesen Bereich die Gewerbesteuerberechtigung festzulegen. Zuletzt ist hervorzuheben, dass § 4 II GewStG nicht bestimmt, welches Bundesland für die Bestimmung im Bereich des Festlandssockels zuständig ist. Wie oben

dargelegt, ergibt sich eine solche Bestimmung auch nicht aus der Verfassung. Die verschiedenen Argumente sollen im Folgenden vor dem Hintergrund einer Analyse des Regelungszwecks, der historischen Entwicklung des § 4 II GewStG sowie der Neufassungen des GewStG in den Jahren 1974 und 2008 näher erläutert werden. Außerdem ist klarzustellen, dass eine Zuordnung des Rechts zur Bestimmung der hebeberechtigten Gemeinden an die Küstenbundesländer nicht aus § 4 GewStG ableitbar ist.

a) *Festlandssockel als gemeindefreies Gebiet i. S. des § 4 II GewStG?* Die jetzige Regelung des § 4 II GewStG gilt seit dem 1. 1. 1974<sup>63</sup>. Sie geht zurück auf § 4 des Gewerbesteuergesetzes vom 1. 12. 1936<sup>64</sup> und § 12 der Gewerbesteuerdurchführungsverordnung vom 26. 2. 1937<sup>65</sup>.

aa) *Ursprüngliche Rechtslage gem. GewerbesteuerG 1936 und anderen Vorschriften.* § 4 II des Gewerbesteuergesetzes 1936 besagt, dass die oberste Landesbehörde die näheren Bestimmungen über die Erhebung der Steuer trifft, wenn die Betriebsstätte sich in einem Gutsbezirk befindet. § 12 der Gewerbesteuerdurchführungsverordnung 1937 besagt, dass die oberste Landesbehörde Bestimmungen über die Erhebung der Steuer trifft, wenn sich die Betriebsstätten auf gemeindefreien Grundstücken befinden, wobei in diesem Zusammenhang ein Verweis auf § 12 II der Deutschen Gemeindeordnung erfolgt, der lautet: „Jedes Grundstück soll zu einer Gemeinde gehören. Aus besonderen Gründen können Grundstücke außerhalb einer Gemeinde verbleiben (gemeindefreie Grundstücke, Gutsbezirke).“ Diese Vorschrift folgte dem Grundsatz der Restlosigkeit des Gemeindegebiets<sup>66</sup>. § 12 II der Deutschen Gemeindeordnung von 1935 wiederum ist im Zusammenhang mit § 13 S. 3 und § 119 Nr. 2 der Deutschen Gemeindeordnung 1935 zu sehen. § 13 der Deutschen Gemeindeordnung 1935 besagt: „Gemeindegrenzen können aus Gründen des öffentlichen Wohles geändert werden. Das gleiche gilt, wenn Gemeinden aufgelöst oder neu gebildet und wenn Gemeinden oder Gemeindeteile zu gemeindefreien Grundstücken (Gutsbezirken) erklärt werden. § 119 Nr. 2 der Deutschen Gemeindeordnung regelt: „Der Reichsminister des Innern kann durch Verordnung (...) für gemeindefreie Grundstücke (Gutsbezirke) Vorschriften erlassen (...).“

Die Qualifizierung der gemeindefreien Gebiete als Gutsbezirke und das Bestreben, diese aufzulösen, gründen sich auf historischen Entwicklungen. Die ursprüngliche Unabhängigkeit der Dorfgemeinden wich im Mittelalter einer Gesellschaftsordnung, die die Bauern mehr und mehr unter den Zwang gutsherrlicher Gewalt stellte<sup>67</sup>. Daran änderte zumindest im Grundsatz auch die Gesetzgebung des preußischen Allgemeinen Landrechts nichts<sup>68</sup>. Erst im Jahr 1927 konnten sich die Koalitionsparteien auf ursprüngliches Betreiben der kommunistischen Partei hin auf ein Gesetz einigen, durch das die Gutsbezirke aufgelöst und kommunalisiert wurden<sup>69</sup>. Von den im Jahr 1928 zum Beispiel in Preußen noch bestehenden 11 894 Gutsbezirken bestanden im Jahr 1930 nur noch 275, von denen die meisten Forstbezirke waren<sup>70</sup>. Der

61 § 1 I Nr. 2 NdsLandesVO 2008 und § 1 Nr. 2 der SchlHVO.

62 *Sachs/Siekmann* (o. Fußn. 44), Art. 106 Rdnrn. 41 f.

63 Gesetz zur Reform des Vermögensteuerrechts und zur Änderung anderer Steuergesetze (Vermögensteuerreformgesetz – VStRG) aus Nr. 43 v. 23. 4. 1974 (BGBl I, 949).

64 Das Gewerbesteuergesetz v. 1. 12. 1936 (RGBl I, 979).

65 Gewerbesteuerdurchführungsverordnung v. 26. 2. 1937 (RGBl I, 257).

66 *Küchenhoff/Berger*, Deutsche Gemeindeordnung v. 30. 1. 1935, 1935, § 12 Rdnr. 7.

67 *Gronemeyer*, Die gemeindefreien Gebiete, 1971, S. 6.

68 *Gronemeyer* (o. Fußn. 67), S. 8.

69 *Gronemeyer* (o. Fußn. 67), S. 24 f.

70 *Gronemeyer* (o. Fußn. 67), S. 26 f.

Grundsatz der Deutschen Gemeindeordnung, dass jedes Grundstück zu einer Gemeinde gehören sollte, formulierte daher den Regelfall. Die Ausnahme waren Gutsbezirke, die im Rahmen der Kommunalisierung versehentlich gemeindefrei geblieben waren<sup>71</sup>.

Vor diesem Hintergrund ergibt sich aus der Zusammenschau der § 4 II GewStG 1936, § 12 II GewStDVO 1937, §§ 12 II, 13 S. 2 und 119 Nr. 2 der Deutschen Gemeindeordnung 1935 und den damit im Zusammenhang stehenden historischen Hintergründen folgendes Bild: Der historische Gesetzgeber des Gewerbesteuergesetzes hatte vor Augen, dass das gesamte Reichsgebiet aus Gemeinden bestehen sollte. Abweichungen von diesem Grundsatz waren nur ausnahmsweise zulässig und betrafen vor allem Gutsbezirke, die trotz der Auflösung und Kommunalisierung von Gutsbezirken in den Jahren nach 1928 (versehentlich noch) verblieben waren. Beabsichtigt war jedoch eine vollständige Eingliederung so genannter kommunalfreier Grundstücke<sup>72</sup>. Eine Einbeziehung des Festlandssockels in die Gruppe der gemeindefreien Gebiete konnte der historische Gesetzgeber aber bereits deshalb nicht beabsichtigt haben, weil der Festlandssockel und dessen Nutzung erst durch deutlich später erfolgte völkerrechtliche Vereinbarungen Gegenstand rechtlicher Betrachtungen geworden ist.

bb) *Qualifizierung des Festlandssockels als gemeindefreies Gebiet durch die Neufassung des § 4 II GewStG 1974?* Der gesetzgeberische Hintergrund des § 4 GewStG hat gezeigt, dass der historische Gesetzgeber eine Qualifizierung des Festlandssockels als gemeindefreies Gebiet nicht vor Augen hatte. Das war auch gar nicht möglich, da der Festlandssockel als funktionales Hoheitsgebiet erst durch das Genfer Übereinkommen zum Festlandssockel vom 29. 4. 1958 völkerrechtlich konstituiert worden ist. Wie oben dargestellt beansprucht die Bundesrepublik Deutschland dieses Gebiet im Wege einer vorläufigen Regelung erst seit dem 20. 1. 1964 für sich<sup>73</sup>. Steuergesetzlich fand diese Regelung im Entwurf eines Zweiten Steueränderungsgesetzes vom 9. 1. 1974<sup>74</sup> und später im Zweiten Steueränderungsgesetz 1973 vom 18. 7. 1974<sup>75</sup> Niederschlag. Durch dieses Gesetz wurden in das Einkommenssteuergesetz, das Körperschaftssteuergesetz und das Gewerbesteuergesetz jeweils Vorschriften eingeführt, die den Geltungsbereich der Gesetze auf den Festlandssockel ausdehnen, „soweit dort Naturschätze des Meeresgrundes und des Meeresuntergrundes erforscht oder ausgebeutet werden.“ Zur Begründung dieser Erstreckung in Bezug auf das Einkommenssteuergesetz führte die damalige Bundesregierung aus:

„Die Vorschrift stellt klar, dass der Festlandssockel in bestimmtem Umfang zum Inland im Sinne des Einkommensteuerrechts gehört. Der einem Staat vorgelagerte Festlandssockel ist nach dem Völkerrecht nicht Teil seines Staatsgebiets. Dem Küstenstaat stehen jedoch nach der Genfer Konvention über den Festlandssockel vom 29. 4. 1958 dort beschränkte Hoheitsrechte insoweit zu, als es sich um die Erforschung und Ausbeutung der Naturschätze des Meeresgrundes und des Meeresuntergrundes handelt (vgl. das Gesetz zur vorläufigen Regelung der Rechte am Festlandssockel v. 24. 7. 1964 – BGBl I, 497). Daraus folgt, dass sich die Hoheitsrechte in Bezug auf den Festlandssockel auf alle Tatbestände erstrecken, die mit der Erforschung und Ausbeutung seiner Naturschätze in unmittelbarem sachlichem Zusammenhang stehen.“<sup>76</sup>

In Bezug auf die Körperschaftsteuer und die Gewerbesteuer wird auf diese Begründung verwiesen<sup>77</sup>.

Dieser Gesetzentwurf jedenfalls enthielt erstmals die noch heute gültige Regelung, dass für Betriebsstätten in gemeindefreien Gebieten die Landesregierung durch Rechtsverordnung bestimmt, wer die nach dem Gewerbesteuergesetz den Ge-

meinden zustehenden Befugnisse ausübt<sup>78</sup>. Eine Qualifizierung des Festlandssockels als gemeindefreies Gebiet erfolgte durch diese Vorschrift aber weder nach deren Wortlaut noch nach dem gesetzgeberischen Willen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die gewerbesteuerliche Erfassung von Betriebsstätten im Bereich des Festlandssockels als rechtliches Problem überhaupt nicht identifiziert war und auch nicht Gegenstand der Neuregelung werden sollte. Andernfalls hätte mit der Qualifizierung des Festlandssockels als Inland im Sinne des (Gewerbe-)Steuerrechts auch eine Änderung des § 4 II GewStG einhergehen müssen. Dies ist jedoch nicht erfolgt.

cc) *Auswirkung des Art. 5 Jahressteuergesetz 2008.* Auch Art. 5 des Jahressteuergesetzes 2008 könnte den Schluss zulassen, dass der Bereich des der Bundesrepublik Deutschland zustehenden Anteils am Festlandssockel als gemeindefreies Gebiet angesehen werden kann und somit den Ländern insoweit eine Verfügungsbefugnis über die Besteuerung von dort errichteten Windkraftanlagen eingeräumt würde.

Diese Vorschrift ergänzte im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2008<sup>79</sup> § 2 VII Nr. 1 GewStG dahingehend, dass zum Inland im Sinne des Gewerbesteuergesetzes der der Bundesrepublik Deutschland zustehende Anteil am Festlandssockel auch insoweit gehört, als dieser der Energieerzeugung unter der Nutzung erneuerbarer Energien dient<sup>80</sup>. Gleichlautende Regelungen wurden im Einkommenssteuergesetz<sup>81</sup> sowie im Körperschaftssteuergesetz<sup>82</sup> vorgenommen. Diese Gesetzesänderung geht zurück auf eine Initiative des Bundesrats, die bereits im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2007 eingebracht<sup>83</sup>, von der Bundesregierung aber zu diesem Zeitpunkt abgelehnt worden waren<sup>84</sup>. Hintergrund der Regelung war, dass der der Bundesrepublik Deutschland zustehende Anteil am Festlandssockel auch in Bezug auf die Energieerzeugung bei Nutzung erneuerbarer Energien steuerbar sein sollte, denn bis zur Änderung des Gewerbesteuergesetzes durch das Jahressteuergesetz 2008 konnten Betriebsstätten auf See, wie zum Beispiel Windkraftanlagen, nicht besteuert werden<sup>85</sup>.

Eine Qualifizierung des der Bundesrepublik Deutschland zustehenden Anteils am Festlandssockel als gemeindefreies Gebiet geht aus Art. 5 Jahressteuergesetz 2008 jedoch nicht hervor. Zwar war es der Wille des Gesetzgebers, Gewerbeerträge, die in diesem Bereich erwirtschaftet werden, der Besteuerung zu unterwerfen. Jedoch erfolgte keine eindeutige

71 Gronemeyer (o. Fußn. 67), S. 44.

72 Kerrl/Weidemann, Die Deutsche Gemeindeordnung, 1935, S. 112 f.

73 Proklamation der Bundesregierung über die Erforschung und Ausbeutung des deutschen Festlandssockels v. 20. 01. 1964 (BGBl II, 104).

74 Zum Entwurf eines zweiten Steueränderungsgesetzes v. 9. 1. 1974, s. BT-Dr 7/1509.

75 Zum Zweiten Steueränderungsgesetz aus Nr. 75 v. 18. 7. 1974 (BGBl I, 1489 ff.).

76 Zum Entwurf eines zweiten Steueränderungsgesetzes v. 9. 1. 1974 s. BT-Dr 7/1509, S. 12.

77 Zum Entwurf eines zweiten Steueränderungsgesetzes v. 9. 1. 1974 s. BT-Dr 7/1509, S. 14.

78 Entwurf eines zweiten Steuerreformgesetzes mit Begründung der Bundesregierung v. 4. 5. 1972 s. BT-Dr 6/3418, S. 36.

79 Jahressteuergesetz 2008 (JStG 2008) aus Nr. 69 v. 28. 12. 2007 (BGBl I, 3150).

80 JStG 2008 aus Nr. 69 v. 28. 12. 2007 (BGBl I, 3150, 3168).

81 JStG 2008 aus Nr. 69 v. 28. 12. 2007 (BGBl I, 3150).

82 JStG 2008 aus Nr. 69 v. 28. 12. 2007 (BGBl I, 3150, 3165).

83 Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2007 (JStG 2007) mit Stellungnahme des Bundesrats v. 13. 10. 2006, s. BR-Dr 622/06 (Beschluss), S. 1 ff.

84 Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2007 (JStG 2007) mit Stellungnahme des Bundesrats und Gegenäußerung der Bundesregierung v. 19. 10. 2006, s. BT-Dr 16/3036, S. 19.

85 Vgl. Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2007 (JStG 2007) mit Stellungnahme des Bundesrats v. 13. 10. 2006, s. BR-Dr 622/06 (Beschluss), S. 3.

Regelung der Frage, wer für die Erhebung der Gewerbesteuer zuständig sein sollte.

b) *Übertragung der den Gemeinden zustehenden Befugnisse an einzelne Bundesländer.* Selbst wenn entgegen der Auslegung des Wortlauts der einschlägigen Vorschriften, der historischen Hintergründe und der dogmatischen Zusammenhänge eine Einordnung des Festlandssockels als gemeindefreies Gebiet infrage käme, würde dies nicht zur Folge haben, dass die Küstenbundesländer gemäß § 4 II GewStG einfach regeln dürften, wem die den Gemeinden zustehenden steuerhoheitlichen Befugnisse übertragen werden sollen. Denn § 4 II GewStG bestimmt nicht, welchem konkreten Bundesland diese Befugnisse zustehen sollen. Für gemeindefreie Gebiete an Land ist recht klar, dass eine Regelung denjenigen Bundesländern zustehen soll, auf deren Gebiet sich das jeweilige gemeindefreie Gebiet befindet. Für das Küstenmeer mag es noch plausibel erscheinen, dass die landwärts angrenzenden Bundesländer hier zuständig sein sollen. Wie oben dargestellt, gehört der Festlandssockel aber nicht zum Staatsgebiet, ist somit nicht bloß im Wortsinn „gemeindefrei“, sondern zugleich auch „bundeslandfrei“. Der Festlandssockel entzieht sich damit einer Zuordnung zu einzelnen Bundesländern<sup>86</sup>. Es fehlt somit an einer Landesregierung, die bestimmen könnte, wer die nach dem Gewerbesteuergesetz den Gemeinden zustehenden Befugnisse ausübt. Eine Grundlage, auf der die Küstenbundesländer in der Weise tätig werden durften, wie es durch die verschiedenen Verordnungen<sup>87</sup> über die Erhebung der Gewerbe- und der Grundsteuer in gemeindefreien Gebieten geschehen ist, ergibt sich jedenfalls weder aus § 4 II GewStG noch aus anderen gesetzlichen oder verfassungsrechtlichen Vorschriften.

### 3. Rechtmäßigkeit der Landesverordnungen

Entscheidend ist, dass alle drei Landesverordnungen weder in § 4 II GewStG noch in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes oder in anderen rechtlichen Regelungen eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage finden. Das Grundgesetz weist in Art. 106 VI die Gewerbesteuer eindeutig den Gemeinden zu. An welche Gemeinden in welchen Ländern diese Zuweisung aber erfolgt, lässt das Grundgesetz im Hinblick auf den „Funktionshoheitsraum Festlandssockel“, der eben nicht Teil des Staatsgebiets ist, offen. § 4 II GewStG scheidet als Ermächtigungsgrundlage jedenfalls aus. Zum einen ist der Regelungszweck des § 4 II GewStG nicht die Qualifizierung des Festlandssockels als gemeindefreies Gebiet. Zum anderen ist auch die bloße Erstreckung des GewStG auf den Bereich des Festlandssockels keine Ermächtigung der Küstenbundesländer, für diesen Bereich die Gewerbesteuerberechtigung festzulegen. Zuletzt bestimmt § 4 II GewStG auch nicht, welches Bundesland für die Bestimmung im Bereich des Festlandssockels zuständig sein soll. Insoweit fehlt an einer gesetzlichen Grundlage für die jeweiligen Verordnungen der Küstenbundesländer, für diesen Bereich Vorschriften über die Gewerbebesteuerung zu treffen. Insoweit sind diese Regelungen rechtswidrig.

### V. Zu berücksichtigende Aspekte bei der Schaffung klarer gesetzlicher Grundlagen

Da die Offshore-Windenergiegewinnung derzeit einen enormen Boom erlebt und nicht nur die ersten Windparks bereits ans Netz gegangen sind, sondern weitere in großer Zahl folgen werden, ist es erforderlich, die politisch gewollte Besteuerung dieser Anlagen möglichst zeitnah eindeutig zu regeln. Daran hat nicht nur die öffentliche Hand ein enormes Interesse. Die Regelung der Gewerbebesteuerung hat auch

für die investierenden Unternehmen eine erhebliche Bedeutung. So können über die Ausgestaltung der Hebesätze für die Gewerbesteuer Standortfaktoren beeinflusst und so Strukturmaßnahmen geleitet werden. Die derzeitige Rechtslage jedenfalls birgt enormes Konfliktpotential. Werden nämlich auf Grundlage der Landesverordnungen der Länder Schleswig-Holstein, Niedersachsen und Mecklenburg-Vorpommern Gewerbesteuerbescheide erlassen, werden diese Bescheide anfechtbar sein, weil sie auf rechtswidrigen Grundlagen beruhen.

Bei der Regelung der Frage der Gewerbesteuerberechtigung sind jedoch einige Aspekte zu berücksichtigen. So hatte zum Beispiel die Belastung der Infrastruktur von Standortgemeinden bei landgestützten Windkraftanlagen dazu geführt, dass der Gesetzgeber mit § 29 I Nr. 2 GewStG eine Regelung geschaffen hat, die – stark vereinfacht – den Gewerbesteuerertrag im Verhältnis 70% zu 30% aufteilt. 70% des Steueraufkommens erhalten dabei die Standortgemeinden der Windkraftanlage, während die Sitzgemeinde des Windkraftunternehmens nur 30% des Steueraufkommens erhält. Hintergrund dieser Regelung war die immer geringer werdende Bereitschaft der Standortgemeinden der Windkraftanlagen, diese erheblichen Baumaßnahmen zu genehmigen und damit erhebliche Infrastrukturbelastungen in Kauf zu nehmen, ohne am Ertrag der Anlagen beteiligt zu werden<sup>88</sup>.

Zwar finden sich in der AWZ keine Gemeinden, deren Infrastruktur durch Offshore-Windkraftanlagen beeinträchtigt wären, jedoch sind Beeinträchtigungen an anderer Stelle durchaus denkbar. So werden einige Gemeinden die Hafenanlagenbau überhaupt zu ermöglichen. Andere Gemeinden werden Umspannwerke oder andere Einrichtungen genehmigen müssen, die als Einspeiseknoten für die offshore erzeugte Energie dienen. Eine Neuregelung des Gewerbesteuerrechts könnte und müsste derartige Interessen berücksichtigen.

### VI. Fazit und Ausblick

Die Frage der Befugnis zur Erhebung von Gewerbesteuer für die Gewinnung von Offshore-Windenergie in der Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ) bzw. auf dem Festlandssockel ist derzeit weder völker- noch verfassungsrechtlich noch einfachgesetzlich geklärt. Das Grundgesetz weist die Berechtigung zur Erhebung von Gewerbesteuer grundsätzlich den Gemeinden zu. Da aber sowohl AWZ als auch der Festlandssockel gebietsrechtlich als extraterritorial zu qualifizieren sind, erstreckt sich das Gemeindegebiet nicht auf diese Bereiche. Daran ändert derzeit auch die einfachgesetzliche Regelung des § 4 II GewStG nichts. Die Rechtsverordnungen der Länder Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen, die bestimmen, dass die Gemeinde Helgoland

86 Das ist die wohl überwiegende Auffassung in der Völkerrechtslehre. S. hierzu *Köblle*, DÖV 1964, 217 (220), der eine automatische föderative Zuordnung des Gebietes des Festlandssockels ablehnt. S. auch *Willecke*, DVBl 1966, 461 (466), der ebenfalls eine gebietsrechtliche Zuordnung des Festlandssockels ablehnt. In die gleiche Richtung gehen auch *Prohwein*, ZaöRV 1965, 1 (24f.) und *Ipsen*, DVBl 1964, 407 (407); anders aber wohl *Seidl-Hohenveldern* (o. Fußn. 2), S. 408 und *Lagoni* (o. Fußn. 49), S. 79, jew. mit dem Argument, das Grundgesetz sehe kein bundesunmittelbares Gebiet vor, weshalb sich die Gebietshoheit der Küstenländer auf den Festlandssockel erstrecken müsse. Dieses Argument überzeugt indes nicht, denn der Festlandssockel ist gerade kein Staatsgebiet.

87 S. o. Fußn. 3.

88 S. dazu auch die gesetzgeberischen Erwägungen im Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2009 (JStG 2009) mit Stellungnahme des Bundesrats und Gegenäußerung der Bundesregierung v. 7. 10. 2008, s. BT-Dr 16/10494, S. 21.

bzw. die Länder Mecklenburg-Vorpommern und Niedersachsen gewerbesteuerberechtigt sind, entbehren demnach einer rechtlichen Grundlage und sind somit rechtswidrig. Angesichts des aktuell rasch voranschreitenden Ausbaus der Offshore-Windenergie ist es dem Gesetzgeber daher anzuraten, eine Regelung zu schaffen, die

1. eine eindeutige Zuordnung der Gewerbesteuerberechtigung vornimmt,
2. die verfassungsmäßige Grundentscheidung der Zuordnung der Gewerbesteuer an die Gemeinden berücksichtigt und die

3. darüber hinaus einen Ausgleich für Infrastrukturbelastungen einzelner Gemeinden an Land regelt.

Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Ausarbeitung einer solchen Regelung unter Beteiligung sowohl des Bundes als auch der Länder erfolgen, weil die verfassungsmäßige Ordnung eine eindeutige Gesetzgebungskompetenz weder des Bundes noch der Länder vorsieht. ■