

**Regierungsvorlage einer Novelle zum Ökostromgesetz
Überblick über die enthaltenen Verfassungswidrigkeiten
Arbeitspapier für Pressekonferenz am 16.11.2004**

Verstoß gegen Vertrauensschutz für bereits getätigte Investitionen

Hinsichtlich „alter Neuanlagen“

Wer auf Basis der geplanten neuen Rechtslage in Ökostromanlagen investiert, ist mutig (oder selbst schuld). Die bisherigen Investitionen wurden jedenfalls auf Basis der bisherigen Rechtslage getätigt. Eine nachträgliche Verschlechterung der Rechtslage für bereits getätigte Investitionen verstößt gegen den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz.

Das geltende Ökostromgesetz verspricht ganz ausdrücklich *Investitionssicherheit*:

- § 4 Abs 1 Z 6 ÖkostromG erhebt die Gewährleistung von Investitionssicherheit für bestehende und zukünftige Anlagen ausdrücklich zu einem *Ziel des Gesetzes*.
- § 11 Abs 2 nennt die Investitionssicherheit als Begründung für den zehnjährigen Mindestzeitraum für die Geltung der Einspeisetarife.
- § 11 Abs 3 gebietet ausdrücklich die Berücksichtigung des Vertrauens der Investoren bei der Festsetzung der Einspeisetarife.

Das bisher geltende Ökostromgesetz sicherte Investoren die unbedingte Abnahme von Ökostrom zu, und zwar zu Preisen, die sich an den *durchschnittlichen Produktionskosten von kosteneffizienten Anlagen* orientieren und die *eine kontinuierliche Steigerung der Produktion aus Ökostromanlagen* bewirken (§ 10 f). Diese Rechtslage soll nun – auch für Anlagen, in die auf Basis der bisherigen Rechtslage investiert wurde - geändert werden. Die Abnahmepflicht soll zukünftig nicht mehr unbedingt, sondern nur mehr nach Maßgabe der zur Abgeltung der Mehraufwendungen zur Verfügung stehenden Mittel bestehen. Diese nachträgliche Verschlechterung verstößt gegen *den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz*.

Hinsichtlich „neuer Neuanlagen“

Durch die nachträgliche Verschlechterung der Rechtslage – ohne ausreichende Übergangsfristen – werden auch fast alle Kosten, die in bisherige Planungsarbeit für „neue Neuanlagen“ investiert wurden, frustriert. Auch dies verstößt gegen den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz. (Ökostromprojekt benötigen ca 2 bis 4 Jahre Planung.)

Verstöße gegen Rechtsstaatlichkeit: Mangelnde Determinierung des Gesetzgebers ermöglicht Willkür der Vollziehung (vgl. Rechtsgutachten Univ.-Prof. Janko, Uni Linz)

Ermächtigung zur Kürzung der Einspeisetarife völlig undeterminiert

Aus der Anordnung, dass die Abnahmepflicht *nur nach Maßgabe der zur Verfügung stehenden Mittel* besteht, ergibt sich letztlich eine Ermächtigung zur Kürzung der Einspeisetarife bei Finanzierungsengpässen. Diese Ermächtigung bleibt jedoch völlig unspezifiziert. Wie, wann, bei wem, und in welchem Umfang zu kürzen ist, wird völlig in das Belieben der Ökoenergie AG gestellt.

Anforderungen an Vertragsantrag völlig undeterminiert

Anlagenbetreiber sollen ihrem Antrag an die Ökoenergie AG *alle zur Beurteilung der Abnahmepflicht erforderlichen Unterlagen* anschließen müssen (§ 10a Abs 5). Abgesehen von der Nennung des Anerkennungsbescheides nach § 7 bleibt der Gesetzgeber jede weitere Spezifizierung dieser Unterlagen schuldig. Angesichts der vorgesehenen Regelung, dass *unvollständige Anträge unter Rangverlust nicht zu berücksichtigen sind* und durch eine Verzögerung ein Herausfallen aus dem kontrahierbaren Einspeisetarifvolumens droht, wird damit der Ökoenergie AG unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkt ein zu großer Spielraum eingeräumt.

Willkürliche Festlegung von Ausschreibungsbedingungen durch die Energie-Control GmbH

Bei der Ausschreibung von Windkraftanlagen ermächtigt der Entwurf die Energie-Control GmbH zur Festlegung *sonstiger Bedingungen, die Voraussetzung für die Berücksichtigung von Angeboten darstellen*. Es können seitens der ECG auch *besondere technische Spezifikationen hinsichtlich der zum Einsatz gelangenden Technologien* vorgesehen werden (§ 25 a Abs 2 Z 7 und Abs 4). Auch diese Ermächtigungen verleihen der Energie-Control GmbH eine völlig undeterminierte Blankettvollmacht.

Kriterien zur Festsetzung von Einspeisetarifen zu undeterminiert

Bei der Festsetzung der Einspeisetarife soll der BMWA nun auch *Mindestanforderungen hinsichtlich der zum Einsatz gelangenden Technologie* vorsehen dürfen (§ 11 Abs 1). Auch diese Ermächtigung ist nicht ausreichend determiniert.

Außerdem soll der BMWA für die dem Jahr 2005 *nachfolgenden Kalenderjahre in Bezug auf die jeweiligen Vorjahreswerte* einen Abschlag vorsehen, *der jährlich neu zu bestimmen ist (jährliche Degression)*. Das Gesetz schweigt aber zu der maßgeblichen Frage, an Hand welcher Kriterien dieser Abschlag durch den BMWA festzusetzen ist – ein Musterbeispiel einer formalgesetzlichen Delegation an ein demokratisch nicht legitimierte Verwaltungsorgan.

Verstöße gegen Gleichheitsgrundsatz: Sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen und willkürliche Regelungen

Zufallsprinzip bei der Abgrenzung der Rechtsänderung

Ob eine Anlage noch eine „alte Neuanlage“ oder aber bereits eine „neue Neuanlage“ wird, hängt ganz maßgeblich vom Arbeitstempo der zuständigen Genehmigungsbehörden, und damit von Umständen ab, die der Rechtsunterworfenen kaum beeinflussen kann. Die Etablierung eines Abgrenzungskriteriums, das der Rechtsunterworfenen nicht beeinflussen kann, das jedoch ganz erhebliche Auswirkungen hat, ist jedoch willkürlich und damit sachlich nicht gerechtfertigt.

Windhundprinzip für alle „neuen Neuanlagen“ ist nicht sachgerecht

Nach dem Entwurf soll für die Berücksichtigung im kontrahierbaren Einspeisetarifvolumen allein das schlichte Zuvorkommen entscheiden („first come – first served“). Ein Gesetz, das ausschließlich das „Windhundprinzip“ (also das schlichte Zuvorkommen) als Auswahlkriterium vorsieht, entbehrt jedoch der Sachlichkeit (so BKA in seiner Stellungnahme unter Berufung auf VfGH in VfSlg 10.179/1984). Damit wird verabsäumt die Fördermittel nach Effizienzkriterien zu verteilen. Das Zuvorkommen hängt auch hier vom Arbeitstempo der zur Erlassung des Anerkennungsbescheides nach § 7 zuständigen Behörde, und damit von Umständen ab, die der Rechtsunterworfenen nicht beeinflussen kann. Auch dies ist sachlich nicht zu rechtfertigen.

Differenzierungen zwischen Anlagentypen ist sachlich nicht nachvollziehbar

Die sachlichen Rechtfertigungen für die unterschiedlichen Abnahmepflichten, die unterschiedlichen Tarifgarantien (etwa für Wasserkraft), die unterschiedliche Behandlung von Altanlagen (Wasserkraft) und die unterschiedliche Behandlung von Windkraftanlagen (im Ausschreibungsverfahren) ist nicht ersichtlich (so NÖ Landesregierung).

Auch für die prozentuale Aufteilung des kontrahierbaren Einspeisetarifvolumens auf die einzelnen Anlagentypen (§ 21b) sind kaum sachlich nachvollziehbaren Kriterien erkennbar.

Pauschale jährliche Senkung des Höchsttarifs für Windkraftausschreibungen ist willkürlich

Der Höchsteinspeisetarif für Windkraft von 6,9 Cent/kWh soll jährlich automatisch um 5 % sinken (§ 25a Abs 3). Eine sachliche Rechtfertigung für gerade diese Degression ist nicht ersichtlich.

Spreizung Förderbeiträge ist willkürlich

Die Staffelung der Förderbeiträge (Spreizung) ist willkürlich und widerspricht dem Gleichheitsgrundsatz (so NÖ Landesregierung).

Inkrafttreten von § 14

§ 32a Abs 1 normiert, das § 14 der Neufassung *mit der Aufnahme der operativen Tätigkeit der Ökoenergie-AG, spätestens jedoch mit 30. Juni 2005* in Kraft tritt. Das In-Kraft-Treten eines Gesetzes darf jedoch nicht von Handlungen eines Normunterworfenen abhängig gemacht werden.

Verfall von Sicherheitsleistung und Verfall der Einspeisetarife: Verstoß gegen Grundrecht auf Eigentum

Die bei Windkraftanlagen bei der Bewerbung um Ausschreibungen zu erlegenden Sicherheitsleistung soll verfallen, falls zum vorgegebenen Inbetriebnahmezeitpunkt das Vadium nicht zweckentsprechend verwendet worden ist und der Betreiber nicht nachweist, dass die Verzögerung nicht in seiner Sphäre liegt, (§ 25f Abs 3). Dass der Verfall damit auch unabhängig von einem Verschulden des Bewerbers eintreten kann, verstößt gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot des Grundrechts auf Eigentum (vgl Rechtsgutachten Univ.-Prof. Janko).

Gleiches gilt auch für den Verfall auf die Einspeisetarife wenn der vorgegebene Inbetriebnahmezeitpunkt um mehr als zwei Jahre überschritten wird (§ 25h).

„Verantwortungslosigkeit“ der Ökoenergie AG verstößt gegen Verantwortungsprinzip der Vollziehung

Die Ökoenergie AG ist nach dem Entwurf niemandem verantwortlich. Damit wird das verfassungsrechtliche „Verantwortlichkeitsprinzip“ verletzt: Untergeordnete Verwaltungsorgane müssen den übergeordneten Verantwortungsorganen, oberste Organe müssen dem (demokratisch legitimierten) Parlament verantwortlich sein.

Nach der Rechtsprechung des VfGH (vgl VfSlg 16.400/2001) müssen auch (mit Staatsaufgaben) beliehene Unternehmen obersten Organen der Vollziehung weisungsgebunden sein. Nach dem Entwurf ist die Ökoenergie AG jedoch niemandem weisungsunterworfen und daher niemandem verantwortlich. Die bloße „Wirtschaftsaufsicht der E-Control (nach § 14 Abs 1) begründet keine Weisungsbefugnis (vgl Rechtsgutachten Univ.-Prof. Janko).

Rechtsschutz mangelhaft

Der Entwurf lässt die Frage des Rechtsschutzes nicht berücksichtigter Antragsteller völlig ungelöst. Es bleibt nach dem Entwurf völlig offen, ob eine Ablehnung seitens der Ökoenergie AG als Bescheid zu qualifizieren ist oder ob ein abgewiesener Antragsteller dagegen bei den ordentlichen Gerichten klagen muss. Das rechtsstaatliche Prinzip gebietet es jedoch dem Antragsteller zumindest darüber Klarheit zu verschaffen. Man gewinnt aus dem Entwurf den Eindruck, dass das Gesetz zu dieser Frage bewusst schweigt, um es abgewiesenen Antragstellern möglichst schwer zu machen.

Zum Ausschreibungsverfahren für Windkraftanlagen wird ausdrücklich gesagt, dass kein Anspruch auf den Zuschlag besteht. Hier besteht nach dem Entwurf noch die zusätzliche Unsicherheit wer im Falle einer Klage vor den ordentlichen Gerichten überhaupt zu klagen ist: Die Energie-Control GmbH, die die Ausschreibung durchführt, oder die Ökoenergie AG, mit der im Falle des Zuschlags der Vertrag abzuschließen wäre? Man gewinnt den Eindruck, dass der Hoheitsträger Bund durch die Ausgliederung dieser Aufgaben auf private Rechtsträger versucht sich aus seiner rechtsstaatlich gebotenen Verantwortung zu stehlen.

Gemeinschaftsrechtswidrigkeit

Ausschreibungen sollen Vergaberecht umgehen

Die Ökoenergie AG ist nach Gemeinschaftsrecht öffentlicher Auftraggeber und unterliegt den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für das öffentliche Auftragswesen. Die gesetzliche Ausnahme vom Bundesvergabegesetz (§ 25a Abs 1) ist daher gemeinschaftsrechtswidrig. Die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen finden auch unmittelbare Anwendung (so BKA).

Wien, am 14.11.2004

RA Dr. Reinhard Schanda