

RECHTSGUTACHTLICHE STELLUNGNAHME

zum Entwurf für eine geplante Ökostromgesetz-Novelle 2005

in der Fassung des Ausschussberichtes 1225 BlgNR 22. GP

erstattet von:

Univ.-Prof. Dr. Andreas Janko

Der Wirtschaftsausschuss des Nationalrates hat in seiner Sitzung vom 25.11.2005 den in der Regierungsvorlage 655 BlgNR 22. GP enthaltenen Entwurf für eine umfassende Novelle zum Ökostromgesetz, der ziemlich genau vor einem Jahr auf Eis gelegt wurde, neuerlich beraten und unter Berücksichtigung eines Abänderungsantrages der Abgeordneten *Karlheinz Kopf*, *Dipl.-Ing. Maximilian Hofmann* und *Georg Oberhaidinger* mit Stimmenmehrheit angenommen. Zu Ihrem Auftrag, den vom Ausschuss mit seinem **Bericht 1225 BlgNR 22. GP** vorgelegten Text einer geplanten **Ökostromgesetz-Novelle 2005** auf seine Verfassungskonformität hin zu untersuchen, ist – in der gebotenen Kürze – Folgendes anzumerken:

1. In seinen Grundzügen begegnet der vorliegende Formulierungsvorschlag **denselben Bedenken, die bereits gegen die Regierungsvorlage 655 BlgNR 22. GP ins Treffen zu führen waren** und in meinen Stellungnahmen an Herrn Landesrat *Rudi Anschöber* vom 5.11.2004 und vom 30.11.2004 (siehe Beilage) näher ventiliert wurden.

Der Wirtschaftsausschuss **verzichtet** zwar – wenn auch nicht völlig konsequent (vgl etwa die summarische Darstellung des Inhalts der geplanten Ökostromgesetz-Novelle 2005 auf Seite 1 des Ausschussberichtes 1225 BlgNR 22. GP und § 5 Z 9) – auf die ursprünglich geplante, in der Ende 2004 geführten Diskussion dann aber besonders heftig kritisierte Sonderbehandlung von **Windkraftanlagen** in Form eines Ausschreibungsverfahrens ohne Rechtsanspruch der teilnehmenden Bieter. Erhalten bleiben jedoch etwa

- a) die **Ungleichbehandlung von Ökostrom auf Basis verschiedener Primärenergieträger**, nämlich von Kleinwasserkraftwerksanlagen auf der einen Seite, für die § 10 Z 3 eine persönlich und zeitlich grundsätzlich unbeschränkte Abnahmepflicht festlegt, und sonstigen Ökostromanlagen auf der anderen Seite, die besondere Tarife für die von ihnen produzierte Energie gemäß § 10 Z 4 **nur für maximal zwölf Jahre** und überdies bloß nach Maßgabe des sog „**kontrahierbaren Einspeisetarifvolumens**“ lukrieren können, welches nach dem (per se nicht unproblematischen) „**first come – first serve**“-Prinzip auf die Antragsteller verteilt wird (vgl dazu Punkt 1. sowie Punkt 4. Absatz 1 meiner Stellungnahme vom 5.11.2004);
- b) die sachlich nicht näher begründete und daher in einem Spannungsverhältnis zum Gleichheitssatz stehende **prozentuelle Aufteilung des „kontrahierbaren Ein-**

speisetarifvolumens“ auf die unterschiedlichen Primärenergieträger in § 21b (vgl dazu Punkt 1. Absatz 2 meiner Stellungnahme vom 5.11.2004);

- c) die verfassungsrechtlich bedenkliche, weil auf den – von den zuständigen Behörden manipulierbaren – **Zeitpunkt der Genehmigungserteilung** abstellende Abgrenzung von „alten“ sonstigen Ökostromanlagen, die weiterhin nach dem Förderregime der Stammfassung des Ökostromgesetzes in Verbindung mit der Verordnung BGBl II 2002/508 betitelt werden, und „neuen“ sonstigen Ökostromanlagen, auf die das rigorose Kürzungsmodell des § 10a Abs 5 bis 8 zur Anwendung kommt (vgl dazu Punkt 3. meiner Stellungnahme vom 5.11.2004);
- d) die im systematischen Kontext mit § 11 Abs 1a, § 21a sowie § 22a Abs 1 und 2 schwer verständliche, zu wenig determinierte und – angesichts ihrer Maßgeblichkeit für sog „alte Neuanlagen“ – iS der Vertrauensschutz-Judikatur des Verfassungsgerichtshofes auch unsachliche **Deckelung der Abnahmepflicht „nach Maßgabe der zur Abgeltung der Mehraufwendungen gemäß § 21 zur Verfügung stehenden Mittel“** im Einleitungssatz zu § 10 (vgl dazu Punkt 2. meiner Stellungnahme vom 5.11.2004; dass dieser Wendung eigenständige normative Bedeutung zukommen soll, ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass sie auf Seite 1 des Ausschussberichtes 1225 BlgNR 22. GP sogar eigens als wesentlicher Inhalt der geplanten Ökostromgesetz-Novelle 2005 angesprochen wird);
- e) die in § 11 Abs 1 enthaltene, jedoch in keiner Weise näher determinierte und daher als Schulbeispiel für eine verfassungswidrige „formalgesetzliche Delegation“ heranziehbare Verpflichtung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit, unter dem Titel **„jährliche Degression“** für die der Neugestaltung der Tarife im Jahr 2006 nachfolgenden Kalenderjahre „in Bezug auf die jeweiligen Vorjahreswerte“ einen „Abschlag“ vorzusehen, „der jährlich neu zu bestimmen ist“ (vgl dazu Punkt 9. meiner Stellungnahme vom 5.11.2004);
- f) die **gleichheitswidrige Pflicht zur ordnungsförmigen Kürzung der seinerzeit verordneten Einspeisetarife für bestimmte Altanlagen** bei Finanzierungsengpässen in § 11 Abs 1a (vgl dazu Punkt 10. meiner Stellungnahme vom 5.11.2004; der Wirtschaftsausschuss hat zwar – in Übereinstimmung mit meiner letztjährigen Annahme – klargestellt, dass § 11 Abs 1a nur bei Überschreitung der Höchstgrenze der durchschnittlichen Gesamtkostenbelastung gemäß § 22a Abs 1

zum Tragen kommt, die Abgrenzung der von der Kürzung betroffenen Kleinwasserkraftwerksanlagen bleibt jedoch unverändert sachwidrig); sowie

- g) die im Hinblick auf das Konzept von Art 20 Abs 2 und Art 133 Z 4 B-VG fragwürdige und auch mit der neueren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum Demokratieprinzip sowie den daraus resultierenden Grenzen weisungsfreier Verwaltungsführung wohl kaum vereinbare **Betrauung der Energie-Control Kommission mit der Kompetenz zur Festlegung der Förderbeiträge durch § 22a Abs 1 und 2** (vgl dazu Punkt 11. meiner Stellungnahme vom 5.11.2004; durch die vorgeschlagene Neufassung des § 13 Abs 10 wird dieses problematische Konzept sogar **auf die Festlegung des KWK-Zuschlages ausgedehnt**).

2. Als **wesentliche Neuerungen** des vom Wirtschaftsausschuss beschlossenen Papieres sind in erster Linie die (zusätzliche) Förderung von **KWK-Anlagen** sowie die (gänzlich neue) Förderung von sog „**mittleren Wasserkraftwerken**“ in Form von **Investitionszuschüssen** zu nennen. Die in dieser Beziehung einschlägigen Bestimmungen (vgl insbesondere § 12 Abs 2 bis 6, § 13 Abs 10 und § 13a) erwecken vor allem in folgender Hinsicht Bedenken:

- a) Nach der geltenden Fassung des – seinerzeit als Verfassungsbestimmung erlassen – § 13 Abs 10 sollte der KWK-Zuschlag vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit so festgelegt werden, dass er „den erwarteten Aufwendungen für die Mehraufwendungen für Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen“ [sic!] entspricht, und bei allfälligen Differenzen **im jeweiligen Folgejahr entsprechend sinken**. Nach den – etwas unglücklich formulierten – Vorstellungen des Wirtschaftsausschusses (vgl § 12 Abs 5 und § 13 Abs 10, wobei in § 12 Abs 5 wohl ein „nicht“ fehlt) sind die für die Kalenderjahre 2003 bis 2005 vereinnahmten – und offenbar bei weitem noch nicht verbrauchten – Mittel nun jedoch **nicht in Form einer Zuschlagssenkung an die Verbraucher zurückzuerstatten, sondern zur Finanzierung der neuen Investitionszuschüsse für KWK-Anlagen heranzuziehen**. Das von den Befürwortern einer Reduktion der Förderung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern gebrauchte Argument, dass die geltende Rechtslage zu inakzeptabel hohen Kosten für die Endverbraucher führt und aus diesem Grund eine Novellierung des

geltenden Ökostromgesetzes unausweichlich ist, scheint im Zusammenhang mit KWK-Anlagen also offenbar nicht in gleicher Weise zu gelten: Statt die Zuschläge zu senken, wird lieber ein neues Förderungsprogramm kreiert. Die **Sachlichkeit** dieser Vorgangsweise darf **bezweifelt** werden.

- b) Im Zusammenhang mit der Ausweitung des Kreises förderbarer KWK-Anlagen (Schlagwort: „Prozesswärme“, Raumwärme“) ordnet § 12 Abs 2 unter anderem an, dass eine Förderung neuer KWK-Anlagen in Hinkunft auch dann zulässig sein soll, „**wenn die Energieträger Abfall oder Klärschlamm zumindest teilweise eingesetzt werden**“. Abgesehen davon, dass nicht völlig klar ist, wie sich diese Anordnung zu den unmittelbar davor formulierten Fördervoraussetzungen und zur derzeit noch geltenden Rechtslage verhält, bleibt jedenfalls anzumerken, dass getreu dem zitierten Wortlaut Investitionszuschüsse auch an KWK-Anlagen vergeben werden können, die **ausschließlich Abfall (und zwar nicht nur solchen mit hohem biogenen Anteil) oder Klärschlamm** einsetzen. Selbst wenn man konzediert, dass die Förderung von KWK-Anlagen mit der Thematik der erneuerbaren Energieträger von vornherein nichts zu tun hat und sie daher im Kontext des Ökostromgesetzes per se einen Fremdkörper darstellt, erscheint dies vor dem Hintergrund der im Ökostromgesetz sonst so strikt durchgehaltenen Diskriminierung der genannten Energieträger doch als **erheblicher Wertungswiderspruch**.
- c) Besonderen Zweifeln an ihrer – durch den Gleichheitssatz gebotenen – Sachlichkeit begegnen aber auch die neu eingeführten Investitionszuschüsse für **mittlere Wasserkraftwerke** in § 13a. Gehörte es bislang zu den Dogmen der Ökostrom-Gesetzgebung, dass **ausschließlich Kleinwasserkraftwerke** der Förderung bedürfen, um überlebensfähig zu sein und so einen Beitrag zur Erreichung der nationalen Kyoto-Ziele leisten zu können, wird nunmehr ohne ersichtlichen Grund der Kreis förderbarer Kraftwerksanlagen erweitert. Will man diesen Schritt nicht als Eingeständnis einer bisher verfehlten und damit wohl gleichheitswidrigen Abgrenzung des Förderregimes für Wasserkraft deuten, verwundert dies umso mehr, als der **Marktpreis** für Strom **zuletzt signifikant gestiegen** ist und daher ein erfolgreiches Wirtschaften für mittlere Wasserkraftwerke zum gegenwärtigen Zeitpunkt

weit leichter möglich sein müsste als etwa noch bei Erlassung der Stammfassung des Ökostromgesetzes.

Dass öffentlich kolportiert wird, die gegenständliche Förderung sei auf bestimmte Kraftwerksprojekte in Salzburg zugeschnitten und gleichsam der Preis für die Zustimmung der SPÖ, die schon aufgrund der besonderen kompetenzrechtlichen Situation (vgl § 1 Ökostromgesetz) erforderlich ist, scheint jedenfalls kaum geeignet, die vorstehend geäußerten Zweifel an der Sachlichkeit der Entscheidungsfindung im Wirtschaftsausschuss zu zerstreuen.

- d) Mit der **Abwicklung** der neu kreierte Investitionszuschüsse für KWK-Anlagen und mittlere Wasserkraftwerke ist gemäß § 13c Abs 1 – vorbehaltlich des Zustandekommens eines Vertrages iS von Abs 2 leg cit – die „**Kommunalkredit Public Consulting GmbH**“ als Abwicklungsstelle zu betrauen. Nur falls ein entsprechender Kontrakt nicht gelingt, ist die betreffende Tätigkeit nach Abs 9 leg cit und dem – insoweit beinahe deckungsgleichen und daher wohl verzichtbaren – § 30a öffentlich auszuschreiben.

Auch wenn der Rückgriff auf die „Kommunalkredit Public Consulting GmbH“ aus Sicht des Bundesgesetzgebers prima vista verständlich scheint, da dieser Gesellschaft bereits (per Verordnung) die Funktion der Abwicklungsstelle nach dem Umweltförderungsgesetz übertragen wurde, befremdet es doch, dass der Gesetzgeber diese Auswahl **selbst unmittelbar trifft**, ohne irgendwie auf die Frage einzugehen, welche besonderen Umstände die zu betrauende Gesellschaft für die betreffende Aufgabe prädestinieren und was zu geschehen hat, wenn die – diesbezüglich offenbar vorausgesetzten – Merkmale einmal nicht mehr vorhanden sein sollten. In dieser Beziehung wird offenbar dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, der mit der „Kommunalkredit Public Consulting GmbH“ gemäß § 13c Abs 2 Z 10 unter anderem „Vertragsauflösungsgründe“ zu vereinbaren hat und für den Fall der Nichteinigung die – gesetzlich nicht näher determinierte – Hoheit über das Ausschreibungsverfahren zuerkannt bekommt, **volle Handlungsfreiheit** eingeräumt. Ob diese Vorgangsweise mit dem **Legalitätsprinzip** vereinbar ist, scheint fraglich,

zählt es gemäß § 13c Abs 2 Z 3 und 4 doch zu den – vertraglich näher zu regelnden – Aufgaben der Abwicklungsstelle, **„im Namen und auf Rechnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit“** mit den Förderungswerbern Verträge abzuschließen sowie gewährte Investitionszuschüsse rückzufordern.

Im Hinblick darauf, dass die Begründung einer organschaftlichen Vertretungskompetenz für den Bund zwingend zur Folge hat, dass das diesbezügliche Verhalten der Abwicklungsstelle als **„Verwaltung“** zu qualifizieren ist, wäre überdies zu überlegen, ob nach der neueren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu den Grenzen der Übertragung staatlicher Aufgaben an außerhalb der Staatsorganisation stehende Rechtsträger dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit nicht ein spezielles **Weisungsrecht gegenüber der Abwicklungsstelle** eingeräumt werden müsste. Da Art 20 Abs 1 B-VG in dieser Beziehung nicht greift, könnte nur auf diesem Weg jene Verantwortlichkeit des Ministers für das ausgelagerte Verwaltungsgeschehen gesichert werden, die der Gerichtshof bereits in mehreren Erkenntnissen als essentiell für das Funktionieren des Demokratiekonzepts der österreichischen Bundesverfassung erachtet hat. Die in § 13c angesprochenen Aufsichtsrechte des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit tragen diesen Erfordernissen ebenso wenig Rechnung wie seine (gesetzlich weitgehend undeterminierte) Richtlinienkompetenz gemäß § 13d.

3. Im Übrigen ergeben sich auf Grundlage des vom Wirtschaftsausschuss verabschiedeten Gesetzesentwurfes folgende neue Detailprobleme:

- a) **§ 10 Z 1 und 2** grenzt „alte Neuanlagen“, die grundsätzlich nach den bisher geltenden Regeln weiter gefördert werden sollen, von den „neuen Neuanlagen“, die dem spürbar engeren Regime der geplanten Ökostromgesetz-Novelle 2005 unterliegen sollen, **auf Basis des zeitlichen Anwendungsbereiches der Stammfassung der Verordnung BGBl II 2002/508** ab.

Dies scheint jedenfalls insoweit verfassungswidrig, als hierdurch jene Förderungswerber, die durch die **Novelle BGBl II 2005/254** in den Anwendungsbereich

der genannten Verordnung einbezogen wurden und daher – bei Planung und Errichtung ihrer Ökostromanlage – bereits fix mit den ihnen dort zugesicherten Tarifen rechnen durften, ohne besonderen sachlichen Grund in ihrem Vertrauen auf die geltende Rechtslage verletzt würden.

Verfassungsrechtliche Bedenken erweckt allerdings auch die Behandlung jener Förderungswerber, die – zum Beispiel weil sie einzelne Genehmigungen, vielleicht sogar durch behördliches Fehlverhalten, erst nach dem 31.12.2004 erhalten haben – auch nach der besagten Novelle **nicht vom Anwendungsbereich der angesprochenen Verordnung erfasst** wurden. Diese Gruppe von Ökostromanlagenbetreibern konnte sich zwar nicht auf einen bestimmten **verordneten** Einspeisetarif verlassen, durfte aber immerhin darauf vertrauen, dass ihr **per Gesetz** ein – weder durch die „zur Verfügung stehenden Mittel“ noch durch ein „kontrahierbares Einspeisetarifvolumen“ nach oben hin absolut gedeckelter – Anspruch auf Abnahme der erzeugten Ökoenergie zu Sonderpreisen zugesagt war. Dass für sie bis heute keine Einspeisetarife verordnet wurden, geht ja allein auf eine rechtswidrige und wohl auch schuldhaftige Säumigkeit des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit bei der Erfüllung seiner durch § 11 Ökostromgesetz fixierten Pflichten zurück. Vor diesem Hintergrund wäre es aus Sicht des Gleichheitssatzes angebracht, zumindest jene Förderungswerber auch noch dem alten System zu unterstellen, die bis zum In-Kraft-Treten der Ökostromgesetz-Novelle 2005 bereits relevante Aufwendungen in puncto Planung und/oder Errichtung einer Ökostromanlage getätigt haben.

- b) **§ 10a Abs 1 Satz 1 und 2** nimmt elektrische Energie von der in § 10 statuierten Abnahmepflicht unter anderem dann aus, wenn für sie ein **Kostenersatz gemäß § 13** (Stichwort: „Kostenersatz für KWK-Energie“) in Anspruch genommen wird oder wenn – bei Erzeugung von Energie auf Basis von fester Biomasse – die betreffende Anlage keine Maßnahmen zur Vermeidung von **Feinstaub** aufweist. Nach der Textierung des § 10 Z 1 und 2 („unbeschadet der Bestimmungen des § 10a“) sollen diese Einschränkungen **offenbar auch für „alte Neuanlagen“** zum Tragen kommen, dh mit anderen Worten: Die Betreiber solcher Anlagen verlieren

nachträglich (mit In-Kraft-Treten der Ökostromgesetz-Novelle 2005) die ihnen durch die Stammfassung des Ökostromgesetzes in Verbindung mit der Verordnung BGBl II 2002/508 zugesicherten Tarife (selbst wenn mit der Auszahlung bereits begonnen wurde). Dass es sich hierbei **um einen sachlich nicht begründbaren und daher verfassungswidrigen Eingriff in das Vertrauen der betroffenen Personen auf die gesetzlichen Dispositionsgrundlagen** handelt, scheint nahe liegend.

- c) **§ 10a Abs 1 Satz 4 und 5** machen die Abnahmepflicht von elektrischer Energie aus **Photovoltaikanlagen iS des § 10 Z 4** grundsätzlich (vgl Abs 2 leg cit) von der Erfüllung der in Abs 9 leg cit – im Rang einer Verfassungsbestimmung – umschriebenen Voraussetzungen abhängig, dh dass 50vH der für die Abnahme dieser elektrischen Energie erforderlichen Aufwendungen **aus Mitteln des Landes** getragen werden müssen, in dem die Photovoltaikanlage errichtet worden ist. Abgesehen davon, dass die praktische Handhabung dieser Regelung unter Umständen schwierige Probleme bereiten könnte (vgl dazu Punkt 5. lit f meiner Stellungnahme vom 5.11.2004), scheint nicht völlig klar, in welcher Beziehung die erst vom Wirtschaftsausschuss in § 10a Abs 1 eingefügten Sätze zueinander stehen. Während Satz 4 den Eindruck erweckt, als käme die Schranke des § 10a Abs 9 **erst bei Überschreiten des für Photovoltaikanlagen iS des § 10 Z 2 festgelegten bundesweiten Gesamtausmaßes von 15 MW** zur Anwendung, ist Satz 5 (wie wohl auch der verfassungsrangige Abs 9) seinem Wortlaut nach eindeutig so zu lesen, dass die Erfüllung der in Abs 9 umschriebenen Voraussetzungen **jedenfalls eine conditio sine qua non für die Abnahmepflicht bei neuen Photovoltaikanlagen** darstellt. Eine Klarstellung scheint dringend geboten, will sich der Gesetzgeber nicht einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG vorwerfen lassen.
- d) Bei der Festlegung der Einspeisetarife hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit gemäß **§ 11 Abs 1 Satz 5** in Hinkunft auch „sicher zu stellen, dass die Förderungen den Projekten an den effizientesten Standorten zu Gute kommen“. Diese Klausel, die ja explizit nicht als Ermächtigung zur Festschreibung von Auswahl-

kriterien bei der Aufteilung des „kontrahierbaren Einspeisetarifvolumens“ konzipiert ist, sondern sich ausschließlich auf die Tariffestsetzung bezieht (arg „Durch die Preisbestimmung“), wird wohl als Auftrag zu verstehen sein, die Preise **so (niedrig) zu bestimmen, dass mit den verordneten Tarifen nur Anlagen „an den effizientesten Standorten“ das Auslangen finden können.** Diese Vorgabe steht freilich in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Satz 2 leg cit, dem zufolge sich die Preise „an den durchschnittlichen Produktionskosten von kosteneffizienten Anlagen, die dem Stand der Technik entsprechen“, zu orientieren haben. Eine Lösung dieses Widerspruchs scheint dringend geboten, um die ordnungsgemäße Vollziehung einer zentralen Bestimmung der geplanten Ökostromgesetz-Novelle 2005 nicht von vornherein unmöglich zu machen.

- e) Im Zusammenhang mit dem geplanten Ausbau der Förderung von KWK-Anlagen verpflichtet **§ 11 Abs 1 Satz 13** den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit dazu, „für Ökostromanlagen auf Basis von fester Biomasse, für die ein Einspeisetarif gemäß der Verordnung BGBl. II Nr. 508/2002 gewährt wird“, überdies eine **„kombinierte Unterstützung für elektrische Energie und Wärme“** vorzusehen, „wenn das bisherige maximale Förderausmaß nicht überschritten wird“. Dieses **„maximale Förderausmaß“** bestimmt sich nach den – untereinander wenig koordinierten und, was letzteren betrifft, auch grammatikalisch unvollständigen – Sätzen 14 und 16 leg cit wiederum aus dem Produkt aus der – bei Biogasanlagen mit 7.000 Stunden, bei Biomasseanlagen mit 6.000 Stunden gedeckelten – Einspeisemenge an elektrischer Energie der ersten zwölf Monate, nachdem der Vollbetrieb aufgenommen wurde, und dem gewährten Einspeisetarif abzüglich des Marktpreises. Verunsichernd wirkt zunächst schon der Umstand, dass **für Biogasanlagen** ein Deckel eingezogen wird, obgleich sie die kombinierte Unterstützung für elektrische Energie und Wärme gemäß **§ 11 Abs 1 Satz 13 gar nicht erhalten können.** Fraglich scheint aber auch, ob diese Unterstützung tatsächlich nur für „alte Neuanlagen“ zum Tragen kommen soll, wie es die Bezugnahme auf die Verordnung BGBl II 2002/508 nahe legt, obwohl die neu zu erlassende(n) Einspeisetarifverordnung(en) an sich nicht an derartige Anlagen adressiert sind; auch eine **sachliche Rechtfertigung** für eine Zusatzförderung an sich ohnehin privilegierter „alter

Neuanlagen“ scheint auf den ersten Blick **nicht auszumachen**. Angesichts des unveränderten Weitergeltens der gegenständlichen Verordnung für „alte Neuanlagen“ könnte die neue Unterstützung außerdem im Prinzip nur dann schlagend werden, wenn die Stromproduktion einer solchen Anlage mengenmäßig hinter der (ursprünglichen) Einspeisemenge zurückbleibt und sich so eine Lücke zum „maximalen Förderausmaß“ ergibt. Aus welchen **sachlichen** Gründen es eine solche, durch objektive Umstände (geringere Stromabgabe) entstandene Lücke zu schließen gilt, ist aufgrund der vorliegenden Unterlagen **nicht ersichtlich**.

- f) Der **3. Teil des Ökostromgesetzes** mit der Überschrift „Ökobilanzgruppe“ wird nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf insoweit grundlegend neu gestaltet, als die Funktion des Ökobilanzgruppenverantwortlichen nunmehr von den Regelzonenführern auf eine **bundesweite Ökostromabwicklungsstelle** übertragen werden soll. Der noch in der Regierungsvorlage 655 BlgNR 22. GP enthaltene Plan der Errichtung einer Ökoenergie-AG als „beliehenes Unternehmen des Bundes“ wurde fallen gelassen.

Abgesehen davon, dass es fraglich scheint, inwieweit die neue Ökostromabwicklungsstelle die Aufgaben des Ökobilanzgruppenverantwortlichen effizienter und kostengünstiger zu erfüllen vermag als die bisher damit betrauten Regelzonenführer und ob es Sinn macht, ihr zu diesem Zweck recht weit reichende Befugnisse, etwa sogar das Recht zum Betrieb von Kraftwerken (vgl § 16 Abs 3), einzuräumen, verursacht das vom Wirtschaftsausschuss präferierte Konzept zunächst einen **erheblichen zusätzlichen Regulierungsaufwand**, müssen doch die **Vergabe der Konzession** für den Betrieb der Ökostromabwicklungsstelle und deren **Erlösch** bis ins Detail reglementiert werden. Die diesem Zweck dienenden §§ 14 bis 14e werfen zum Teil aber auch schwierige Interpretationsfragen auf, die den Vorwurf einer **verfassungswidrigen, weil zu geringen Determinierung** begründen könnten.

So macht etwa **§ 14b Abs 2 Z 2** die Erteilung der Konzession davon abhängig, dass „die Personen, die eine qualifizierte Beteiligung am Unternehmen halten, den

im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung des Unternehmens zu stellenden Ansprüchen genügen“. Nicht nur, dass man trefflich darüber streiten wird können, welche Ansprüche „im Interesse einer soliden und umsichtigen Führung“ an die Gesellschafter zu stellen sind: Auch das an sich recht leicht bestimmbare Kriterium einer „**qualifizierten Beteiligung**“ entbehrt jeglicher näheren Spezifikation. Aus § 14e Abs 2 wird man wohl ableiten können, dass eine qualifizierte Beteiligung nach den Vorstellungen des Wirtschaftsausschusses bereits unter der Marke von 20% der Stimmrechte oder des Kapitals vorliegen dürfte; die Grenze für die Annahme einer solchen Beteiligung sind jedoch fließend.

Schwierigkeiten bereiten aber auch die eng damit zusammenhängenden Vorschriften über die Vorgangsweise bei einer **Änderung der Beteiligungsverhältnisse**. Zum einen räumt § 14e Abs 3 dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit in dieser Beziehung bloß die Kompetenz ein, **innerhalb von drei Monaten nach einer diesbezüglichen Anzeige** die beabsichtigte Beteiligung zu untersagen, wenn die in § 14b genannten Voraussetzungen nicht vorliegen (die Anführung von § 14a, der festlegt, welche Beilagen einem Konzessionserteilungsantrag angeschlossen werden müssen, beruht offenbar auf einem Irrtum). Was rechtens sein soll, wenn der Anteilserwerber die nach § 14e Abs 1 und 2 gebotene Anzeige **unterlässt**, bleibt offen. In Ermangelung eines Ergänzungsvorschlages zu den „Allgemeinen Strafbestimmungen“ des § 29 Ökostromgesetz erfüllt ein solches Unterlassen **nicht einmal den Tatbestand einer Verwaltungsübertretung**. Zum anderen bleibt aber auch unerfindlich, was der Wirtschaftsausschuss mit den „**in Abs. 4 und 5 genannten Absichten**“ gemeint hat, für deren Verwirklichung der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit einen Termin vorschreiben kann; an sich kann es hierbei nur um die **in Abs 1 und 2** angesprochene Absicht des erstmaligen Erwerbs oder der grenzwertüberschreitenden Erhöhung einer qualifizierten Beteiligung an der Ökostromabwicklungsstelle gehen.

Erwähnenswert scheint im gegebenen Kontext schließlich, dass § 15 – nun mit der Überschrift „Aufgaben der Ökostromabwicklungsstelle“ – zur Gänze als **einfaches Bundesgesetz** neu erlassen werden soll, obgleich § 15 Abs 3 des geltenden Öko-

stromgesetzes **Verfassungsrang** einnimmt. Art 1 Z 12 des vom Wirtschaftsausschuss verabschiedeten Gesetzesentwurfes verstößt somit gegen die Bundesverfassung.

- g) Von zentraler Bedeutung wird für sonstige Ökostromanlagen iS des § 10 Z 4 in Hinkunft das sog „**kontrahierbare Einspeisetarifvolumen**“ sein, grenzt es doch den zum Abschluss neuer Verträge über die Abnahmepflicht jährlich zur Verfügung stehenden Geldbetrag verbindlich ab.

Die Ermittlung dieses „kontrahierbaren Einspeisetarifvolumens“ wird in § 21a geregelt, und zwar mit folgender Textierung: „Für neu in Betrieb gehende sonstige Ökostromanlagen (§ 10 Z 4) wird das kontrahierbare Einspeisetarifvolumen aus dem zusätzlichen Unterstützungsvolumen (§ 5 Z 28 lit. a) gemäß § 22a Abs. 2 im Kalenderjahr der Antragstellung gemäß § 10a Abs. 5, zuzüglich dem Wert des kontrahierten Ökostroms zum durchschnittlichen Marktpreis im vorangegangenen Kalenderjahr (§ 20) abzüglich der aliquoten Aufwendungen gemäß § 21 Z 2 und 3 sowie abzüglich eines aliquoten Anteils der gemäß § 22a Abs. 4 an die Länder abzuführenden Mittel ermittelt.“

Dass diese Vorschrift von einem Rechtsunterworfenen nicht ohne eine gewisse Freude am Lösen von Denksportaufgaben iS der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Legalitätsprinzip des Art 18 B-VG verstanden werden kann und daher die Einhaltung der aus dem Rechtsstaatsgebot resultierenden **Pflicht des Gesetzgebers zur Erlassung klarer und nachvollziehbarer Normen** fürwahr bezweifelt werden muss, bedarf wohl auch nach wiederholter Lektüre des vorstehenden Zitates keines näheren Beweises. Signifikant ist etwa bereits, dass das „**zusätzliche Unterstützungsvolumen**“ nicht in § 5 Z 28 lit a, sondern in Z 31 lit a leg cit und auch dort nur in Form einer redundanten, normativ wertlosen Umschreibung definiert wird und der – in diesem Zusammenhang ebenfalls verwiesene – § 22a Abs 2 bloß erkennen lässt, dass das „zusätzliche Unterstützungsvolumen“ ab 2012 durch Gesetz neu zu bestimmen ist; festgelegt wird das „zusätzliche Unterstützungsvolumen“ in Wahrheit in § 21a selbst, nämlich in Satz 3 leg cit.

Abgesehen von diesen Fehlverweisen bleiben aber etwa auch folgende Fragen offen: Ist der „Wert des kontrahierten Ökostroms“, der dem „zusätzlichen Unterstützungsvolumen“ zugeschlagen werden muss, auf Basis der im vorangegangenen Kalenderjahr kontrahierten Mengen zu beurteilen oder bezieht sich die Wendung „im vorangegangenen Kalenderjahr“ – wie es der Klammerausdruck „(§ 20)“ eigentlich nahe legen würde – nur auf den als Faktor heranzuziehenden durchschnittlichen Marktpreis? Und falls ersteres zutrifft: Wie ist im Jahr 2006 vorzugehen, wo doch 2005 jeder Anbieter einen Vertrag bekommen musste? Nach welcher Bezugsgröße sind die aliquoten Aufwendungen gemäß § 21 Z 2 und 3 zu beurteilen? Auf Basis der Aufwendungen im Vorjahr? In Relation zur abnahmepflichtigen Menge an elektrischer Energie gemäß § 10 Z 1, 2 und 3? Dann wird der Anteil der § 10 Z 4-Energie von Jahr zu Jahr größer und damit das „kontrahierbare Einspeisetarifvolumen“ entsprechend gesenkt. Und was gilt für die Bemessung des aliquoten Anteils der gemäß § 22a Abs 4 an die Länder abzuführenden Mittel? Ist dabei zu berücksichtigen, dass die Länder nur an den Förderbeiträgen für sonstige Ökostromanlagen beteiligt werden und nicht an jenen für Kleinkraftwerksanlagen? Fragen über Fragen, die meines Erachtens nicht eindeutig lösbar sind und damit einen zentralen Punkt der geplanten Ökostromgesetz-Novelle 2005 **verfassungsrechtlich höchst bedenklich** erscheinen lassen.

4. Dass die im vorliegenden Entwurf für eine geplante Ökostromgesetz-Novelle 2005 enthaltenen Anordnungen den Vorgaben der Bundesverfassung in mehrfacher Hinsicht zuwiderlaufen, scheint auch dem Wirtschaftsausschuss durchaus bewusst gewesen zu sein. Anders lässt es sich nicht erklären, dass der vom Ausschuss verabschiedete Textvorschlag (mittlerweile) – allein auf das Ökostromgesetz bezogen – **sieben Verfassungsbestimmungen** enthält, mit denen versucht wird, zumindest einige der verfassungsrechtlich bedenklichen Passagen einer Überprüfung durch den Verfassungsgerichtshof zu entziehen und auf diese Weise abzusichern. Im Unterschied zur Regierungsvorlage 655 BlgNR 22. GP wurde dieser Weg vom Wirtschaftsausschuss nun insbesondere **auch im Zusammenhang mit der Festschreibung des – in Ermangelung sachlicher Auswahlkriterien verfassungsrechtlich bedenklichen – „first come – first serve“-Prinzips in § 10a Abs 5** gewählt.

Wie bereits in meiner Stellungnahme vom 30.11.2004 näher dargelegt wurde, darf die Wahl der Verfassungsform freilich nicht als Allheilmittel für gesetzgeberisches Unvermögen bzw einen leichtfertigen Umgang mit den Grundwerten der österreichischen Rechtsordnung missverstanden werden. Abgesehen davon, dass

- a) im Rahmen der – zu Beginn des heurigen Jahres abgeschlossenen – **Beratungen des Österreich-Konvents** weitgehend Einigkeit darüber erzielt wurde, dass für eine – irgendwann vielleicht doch realisierbare – neue österreichische Bundesverfassung grundsätzlich ein **Inkorporationsgebot** anzustreben ist, dh Verfassungsrecht außerhalb der zentralen Verfassungsurkunde nur in besonders begründeten Ausnahmefällen und nicht inflationär wie im vorliegenden Gesetzesentwurf vorkommen darf;
- b) der **Verfassungsgerichtshof** in seiner jüngeren Rechtsprechung ganz klar zu erkennen gegeben hat, dass er auch vor der **Aufhebung von Verfassungsgesetzen und -bestimmungen des Bundes** nicht zurückschreckt, wenn die parlamentarische Zweidrittelmehrheit den viel zitierten Verfassungsbogen – etwa in Form einer Durchbrechung von Kerngarantien des Gleichheitssatzes, durch eine Aushöhlung der Normenkontrollkompetenz des Verfassungsgerichtshofes oder mittels Veränderung der für das Demokratiekonzept der Bundesverfassung essentiellen Entscheidungs- und Verantwortungsstrukturen – verlässt; sowie
- c) in Lehre und Rechtsprechung völlig außer Streit steht, dass **bei Konflikten zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht** (zu diesbezüglichen Bedenken in Bezug auf den vorliegenden Gesetzestext für eine Ökostromgesetz-Novelle 2005 vgl die von *A. Univ.-Prof. Dr. Margit Maria Karollus LL.M. Harvard* verfasste Stellungnahme vom 9.12.2005) letzteres selbst dann vorgeht, wenn die nationale Norm **Verfassungsrang** besitzt,

sollte gerade auch der Verfassungsgesetzgeber – ungeachtet seiner Freistellung von der Beachtung des strikten Determinierungsgebotes gemäß Art 18 B-VG – darauf Bedacht sein, seine Anliegen **möglichst präzise zu formulieren**. Schließlich greifen solche Anordnungen regelmäßig in die (Grund-)Rechtssphäre der Bürgerinnen und Bürger ein und beschränken die Entscheidungsgewalt der einfachen Parlamentsmehrheit bei der Wahrnehmung ihrer tagespolitischen Aufgaben. Mit inhaltlich **unklaren** Aussagen wie etwa jenen in § 10a Abs 9 (vgl dazu bereits Punkt 5. lit f meiner Stellung-

nahme vom 5.11.2004) oder teilweise auch in § 13 Abs 10 wird der Verfassungsgesetzgeber diesem Anliegen **jedenfalls nicht gerecht**.

5. Abgerundet wird das Bild eines rundum missglückten Gesetzesentwurfes, der all jene bestätigen wird, die – wie jüngst in besonders eindringlicher Weise auch wieder der Präsident des Verfassungsgerichtshofes, *Karl Korinek* – die stetig sinkende legislative Qualität der heimischen Gesetze beklagen, schließlich auch noch durch eine Reihe von eher **formalen Mängeln**, die dem vorliegenden Papier des Wirtschaftsausschusses anhaften. Redundante, einander überschneidende Formulierungen, Verweise, die nicht stimmen oder überhaupt ins Leere gehen, Tippfehler, fehlende Leerräume, usw: Man braucht bei der Verfassung des Gesetzestextes nicht dabei gewesen zu sein, um den Zeitdruck zu erkennen, mit dem hier gearbeitet wurde (übrigens leider ein Phänomen, das in letzter Zeit gerade für Entwürfe aus dem Energiebereich besonders typisch geworden ist).

Zum Beweis dieses Vorwurfs seien einige besonders signifikante Fehlleistungen angeführt, die schon beim ersten Durchlesen des Gesetzestextes auffallen:

- a) In § 10a Abs 6 wird der Begriff „Unterstützungsvolumen“ in einer völlig anderen Bedeutung gebraucht als in § 5 Z 31.
- b) In § 10a Abs 7 wird noch der Begriff „Ökobilanzgruppenverantwortlicher“ verwendet. Art I Z 30 des vorliegenden Gesetzesentwurfes betrifft nur die durch die Ökostromgesetz-Novelle 2005 nicht geänderten Bestimmungen und vermag diesen Mangel daher nicht zu korrigieren.
- c) § 11 Abs 1 Satz 10 enthält Anordnungen für Anlagen „gemäß den Z 2, 3 und 5“, ohne dass ersichtlich wäre, welche Ziffern damit gemeint sein könnten.
- d) § 11 Abs 2 Ökostromgesetz wird nach dem vorliegenden Gesetzesentwurf nicht novelliert, obgleich der vorgeschlagene § 11 Abs 1 einen Teil seines Regelungsgehalts übernimmt.

- e) § 13d hat zwar einen Abs 3 und einen Abs 5, aber keinen Abs 4.
- f) § 14 Abs 2 Satz 1 hat gegenüber § 14b Abs 1 keine eigenständige normative Bedeutung.
- g) § 14 Abs 2 Satz 2 entspricht dem letzten Halbsatz von § 15 Abs 3.
- h) § 14c Abs 2 Z 3 verweist auf § 14 Abs 5, obwohl § 14 nur drei Absätze hat.
- i) § 14e Abs 5 spricht von der Über- und Unterschreitung der Beteiligungsgrenzen „im Sinne der Abs. 12, 13 und 15“, die im gegenständlichen Paragraphen und auch in seinem Umfeld nicht aufzufinden sind.
- j) § 15 Abs 4 Satz 1 und 2 entsprechen weitestgehend der vorgeschlagenen Neufassung des § 16 Abs 3.
- k) Die in § 21a Satz 2 enthaltene Anordnung, dass Differenzbeträge zwischen den gemäß § 22 vereinnahmten Mitteln und den sich gemäß § 21 ergebenden Mehraufwendungen im nächsten Kalenderjahr durch eine Anpassung der Förderbeiträge auszugleichen sind, hat keinen Bezug zum „kontrahierbaren Einspeisetarifvolumen“ und bildet daher im Kontext des § 21a einen systemwidrigen Fremdkörper. Außerdem findet sie sich im Wesentlichen schon wortgleich in § 22a Abs 1 und 2.
- l) Die Wendung „unter Heranziehung dieses zusätzlichen Unterstützungsvolumens“ in § 22a Abs 2 Satz 3 hat in ihrem näheren Umfeld keinen Bezugspunkt. Wenn überhaupt, müsste in dieser Beziehung auf § 21a verwiesen werden.
- m) Der – auch aus teleologischer Sicht nicht leicht nachvollziehbare und überdies in einem Spannungsverhältnis zu Art 11 Abs 2 B-VG stehende – § 30c spricht von Förderungen „gemäß § 13a Abs. 3 und 4“, meint aber offenbar jene nach § 13 Abs 3 und 4.

6. Dass es als Folge der offenbar überstürzten Vorgehensweise der Gesetzesverfasser nicht allein bei formalen Unzulänglichkeiten geblieben ist, sondern **auch der Inhalt** der Novelle offenbar unzureichend verhandelt wurde, kann nicht verwundern und wurde durch die weiter oben angeführten Kritikpunkte bereits bestätigt. Das Plenum des Nationalrates wäre gut beraten, es bei der Behandlung eines – für die Wirtschaft des Landes genauso wie für seine Umwelt – so wichtigen Gesetzes wie der Neuordnung der Förderung erneuerbarer Energien nicht bei einigen wenigen kosmetischen Korrekturen der ihm vorgelegten, wirklich mangelhaften Vorlage zu belassen, sondern das Projekt einer Ökostromgesetz-Novelle einer **grundlegenden Neubearbeitung** zuzuführen.

Linz, 9. Dezember 2005

Univ.-Prof. Dr. Andreas Janko