



Bundesministerium für Nachhaltigkeit
und Tourismus
Stubenring 1
1010 Wien

BUNDESARBEITSKAMMER

PRINZ-EUGEN-STRASSE 20-22
1040 WIEN
www.arbeiterkammer.at
erreichbar mit der Linie D

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel	Fax	Datum
BMNT-	WP-GSt/He/Jo	Dorothea Herzele	501 65 DW 12295	501 65 DW 142295	22.03.2019
551.100/000					
9-VI/2/2019					

Entwurf eines Grundsatzgesetzes über die Förderung zur Stromerzeugung aus Biomasse (Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz)

Die Bundesarbeitskammer (BAK) bedankt sich für die Möglichkeit der Stellungnahme zum vorliegenden Entwurf eines Grundsatzgesetzes zur Förderung von Biomasseanlagen.

Einleitend weist die BAK darauf hin, dass der gegenständliche Entwurf eines Biomasseförderungs-Grundsatzgesetzes aufgrund schwerwiegender – sowohl verfassungs- als auch EU-beihilferechtlicher – Bedenken abgelehnt wird. Der Bundesgesetzgeber überwälzt die rechtlichen und wirtschaftlichen Risiken, die mit diesem Gesetzesentwurf verbunden sind, auf die Länder. Die BAK untermauert diese verfassungsrechtlichen Bedenken durch ein Rechtsgutachten von o. Univ. Prof. Arno Kahl, Leiter des Instituts für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre, Universität Innsbruck. Prof. Kahl kommt darin zum Ergebnis, dass das gegenständliche Grundsatzgesetz verfassungswidrig ist.

Mit dem vorgelegten Gesetzesentwurf wird auch die ursprüngliche Intention der Novelle, nämlich eine rasche Kontrahierung und damit wirtschaftliche Absicherung von 47 alten Biomasseanlagen, nicht erreicht. Ganz im Gegenteil: Dieses Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz bedeutet für die Biomasseanlagenbetreiber hohe rechtliche Unsicherheiten und nicht kalkulierbare wirtschaftliche Risiken.

Zum Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz im Allgemeinen

Das Grundsatzgesetz führt zu einer „Verlängerung“ der Ökostromförderung und damit zu neun unterschiedlich hohen Biomasse-Förderbeiträgen. Damit werden die Haushalte, die derzeit schon den Großteil der Ökostromförderung finanzieren, je nach Bundesland unterschiedlich

hoch belastet. Haushalte in kleinen bzw. bevölkerungsärmeren Bundesländern mit verhältnismäßig vielen Biomasseanlagen – wie z.B. Kärnten – werden mit spürbar höheren Ökostromförderkosten belastet, als dies bei einer bundeseinheitlichen Regelung der Biomasseförderung der Fall wäre. Diese Entsolidarisierung der Ökostromfinanzierung ist abzulehnen. Erschwerend kommt hinzu, dass die geplante dreijährige Sonderförderung von Biomassekraftwerken, die bereits 13 Jahre lang Fördergelder erhalten haben, ohne strenge Effizienzvorgaben oder Zukunftskonzepte erfolgen soll. Damit werden unwirtschaftliche, technologisch veraltete Biomasseanlagen Sonderförderungen in Millionenhöhe erhalten, und es ist schon jetzt absehbar, dass sie weiterhin auf Subventionen angewiesen sein werden, um wirtschaftlich zu überleben.

Verfassungs- und EU-beihilferechtliche Erwägungen

Die Förderung sowie die Mittelaufbringung für die Erzeugung von erneuerbarem Strom sind im Ökostromgesetz 2012 (ÖSG 2012) geregelt. Ende November letzten Jahres wurde im Nationalrat ein Initiativantrag zur Änderung des ÖSG 2012 angenommen. Ziel des Antrags war es, zusätzliche Fördermittel für die sofortige Kontrahierung von 47 Biomasseanlagen, deren reguläre, 13jährige Förderverträge ausgelaufen sind, für weitere drei Jahre bereitzustellen. Zwar wurde die Novelle mit der erforderlichen verfassungsmäßigen Mehrheit im Nationalrat beschlossen, im Bundesrat wurde die erforderliche Verfassungsmehrheit jedoch verfehlt. Als Reaktion darauf ist nun geplant, die Förderung von Biomasseanlagen aus dem Regime des ÖSG 2012 herauszunehmen, um diese in einem einfachgesetzlichen Grundsatzgesetz zu regeln. Dies, obwohl § 1 ÖSG 2012 eine Verfassungsnorm ist, die die Regelungskompetenz ausschließlich dem Bund zuweist. Dazu gehören nach § 2 ÖSG 2012 u.a. die Voraussetzungen für die Förderung der Erzeugung elektrischer Energie aus erneuerbaren Energieträgern. Die Sperrwirkung von § 1 ÖSG 2012 ist absolut. Daher kann der Gesetzgeber diese Kompetenz auch nicht durch eine einfachgesetzliche Regelung wieder auf die Länder übertragen. Vielmehr bedarf es zur Aufhebung dieser verfassungsgesetzlichen Kompetenzzuteilung wiederum eines Verfassungsgesetzes. Die BAK legt dieser Stellungnahme ein Rechtsgutachten von o. Univ. Prof. Arno Kahl, Leiter des Instituts für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre, Universität Innsbruck, bei. Prof. Kahl kommt zum Ergebnis, dass das gegenständliche Grundsatzgesetz verfassungswidrig ist.

Neben der Verfassungswidrigkeit lässt das gegenständliche Grundsatzgesetz überdies EU-beihilferechtliche Probleme außer Acht. Die Bundesländer, die gemäß Grundsatzgesetz, das auf Art. 12 Abs. 2 Z 5 Bundesverfassungsgesetz (B-VG) beruht, für die Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung zuständig sind, müssen nämlich ihre Förderregeln für Biomasse von der EU-Kommission genehmigen lassen. Ansonsten droht den Biomasseanlagenbetreibern die Rückzahlung der erhaltenen Förderungen – inklusive Zinsen, falls im Nachhinein festgestellt werden sollte, dass es sich um eine verbotene Beihilfe gehandelt hat. Diese rechtliche Unsicherheit ist den Biomasseanlagenbetreibern nicht zumutbar. Es muss davon ausgegangen werden, dass solche Rückzahlungen viele Anlagenbetreiber in massive wirtschaftliche Schwierigkeiten bringen würden, sodass ihnen in vielen Fällen die Insolvenz drohen würde.

Zu den Regelungen im Detail

§ 3: Anwendungsbereich:

In den Erläuternden Bemerkungen wird zwar ausgeführt, dass es aufgrund der Kompetenzdeckungsklausel in § 1 ÖSG 2012 dem Grundsatzgesetzgeber verwehrt ist, in jenen Angelegenheiten, die vom Anwendungsbereich der kompetenzrechtlichen Bestimmungen erfasst sind, tätig zu werden. Die Begründung, wonach dies aber auf das gegenständliche Grundsatzgesetz nicht zutrefte, da nur jene Biomasseanlagen in den Anwendungsbereich des gegenständlichen Grundsatzgesetzes fallen, die nicht zugleich dem ÖSG 2012 unterliegen, ist nicht korrekt. Denn das ÖSG 2012 enthält auch für jene Anlagen, deren Förderungen in den Jahren 2017 bis 2019 auslaufen und damit in den Anwendungsbereich des gegenständlichen Grundsatzgesetzes fallen, anwendbare Rechtsvorschriften (vgl. u.a. § 17 ÖSG 2012).

§ 4: Abnahmepflicht der Verteilnetzbetreiber

Verteilnetzbetreiber haben die Pflicht, den erzeugten Ökostrom aus Biomasse in ihren jeweiligen Konzessionsgebieten abzunehmen und entsprechend der im Bundesland festgelegten Tarife zu vergüten. Hierbei haben sie sich der Ökostromabwicklungsstelle (OeMAG) als Stellvertreterin der Biomasseanlagebetreiber zu bedienen. Auch diese Regelung kommt nicht ohne mehrfache Verweise auf Regelungen im ÖSG 2012 aus.

Netzbetreiber mit bundesländerübergreifenden Konzessionsgebieten – wie z.B. die Wiener Netze – hätten als Folge der nun geplanten gesetzlichen Regelung unterschiedliche Tarife zu verrechnen, was bei diesen zu einem administrativen Mehraufwand führen würde. Die Notwendigkeit eines derart aufwendigen Verrechnungssystems für österreichweit nur 47 Biomasseanlagen ist mehr als fraglich.

§ 5: Vergütung

Die Bestimmung sieht vor, dass die Landesregierungen in ihren Ausführungsgesetzen Regeln für die Förderung von Biomasseanlagen in ihrem jeweiligen Bundesland festzulegen haben, wobei die Höhe der Nachfolgetarife auf dem Verordnungsweg zu bestimmen ist. Die Landesregierungen werden damit wiederum an die relevanten Regelungen im ÖSG 2012 verwiesen. Damit wird der Anschein einer engen Bindung suggeriert. So wird in den Erläuternden Bemerkungen ausgeführt, dass sich die Höhe der Vergütung nach den Kriterien des ÖSG 2012 zu bemessen hat. Allerdings sind die Landesregierungen damit nur an die Methode gebunden, bezüglich der Festlegung der Höhe der Nachfolgetarife für Biomasseanlagen obliegt ihnen hingegen ein weiter Ermessensspielraum. So beruht beispielsweise die Beiziehung eines Sachverständigen zur Feststellung des für die Bestimmung der Preise und Vergütungen maßgeblichen Sachverhalts gemäß § 18 Abs. 6 ÖSG 2012 auf einer „Kann“-Bestimmung.

Das ÖSG 2012 wurde wegen seiner beihilferechtlichen Regeln bei der EU-Kommission gemäß Artikel 107 Vertrag über die Arbeitsweise der EU (AEUV) notifiziert und von dieser genehmigt. Es handelt sich somit um eine EU-rechtlich erlaubte Beihilfe. Allerdings stellt das Biomasseförderungs-Grundgesetz – trotz seiner zahlreichen Verweise auf das ÖSG 2012 – ein eigenes Gesetz dar, das der jeweiligen Landesregierung einen Spielraum bei der Festlegung der Förderhöhe für die Biomasseanlagen in ihrem Bundesland einräumt. Diese so vorgesehenen neuen Förderungen stellen aber einen neuen beihilferechtlichen Sachverhalt dar.

Mangels Notifizierung bei der EU-Kommission sind sie daher als neue Förderung einzustufen. Die Entscheidung über die Vereinbarkeit mit Art. 107 AEUV liegt bei der EU-Kommission. Sie beurteilt die Vereinbarkeit solcher Förderregeln nach den EU-Beihilfeleitlinien für Energie und Umweltschutz 2014–2020, insbesondere Punkt 3.3.2.3. Hier sind nur für kleine Biomasseanlagen Nachfolgetarife möglich, größere Anlagen müssen den Strom selbst vermarkten (vgl. Punkt 3.3.2.1 der Leitlinien).

Um Rechtssicherheit zu erhalten, muss daher jede Landesregierung ihr jeweiliges Ausführungsgesetz, das Förderregeln enthält, bei der EU-Kommission notifizieren. Solange keine Genehmigung der EU-Kommission vorliegt, stellt jede Förderregelung eines Bundeslandes eine verbotene Beihilfe dar. Es könnte jeder Konkurrent, z.B. ein Biomassebetreiber, der keine – oder aus seiner Sicht eine zu geringe – Förderung erhalten hat, eine Beschwerde bei der EU-Kommission einbringen. Falls die Förderung beihilferechtlich unzulässig ist, müssten die Anlagenbetreiber die gesamten erhaltenen Förderungen inklusive Zinsen zurückzahlen. Das würde wohl die meisten Biomassebetreiber in ernste wirtschaftliche Schwierigkeiten führen oder sogar Insolvenz bedeuten.

Mit diesem Grundsatzgesetz wird die Verantwortung des Bundes, eine beihilferechtlich konforme Regelung zu schaffen, auf die Länder abgewälzt. Diese hohe Rechtsunsicherheit – verbunden mit einem langen und aufwändigen beihilferechtlichen Verfahren – wäre bei einer Regelung innerhalb des bestehenden und notifizierten ÖSG 2012 nicht erforderlich. Die BAK lehnt daher auch aus diesem Grund das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz ab.

§ 6: Aufbringung der Mittel

Die Mittelaufbringung für die Sonderförderung der Biomasseanlagen erfolgt über einen Zuschlag zu den Netzentgelten, der von den Netzbetreibern für ihr jeweiliges Konzessionsgebiet einzuheben ist. Diese „Verlängerung“ der Biomasseförderung würde zu neun unterschiedlich hohen Biomasse-Förderbeiträgen führen – auch bemerkbar auf der Jahresabrechnung der StromkundInnen in den jeweiligen Bundesländern. Nicht nur, dass die vier zusätzlichen Verrechnungspositionen für die separate Biomasse-Ökostromförderung auf der Jahresstromrechnung (Biomasse Ökostrompauschale; Biomasse Ökostromförderbeitrag Netznutzung; Biomasse Ökostromförderbeitrag Netzverluste sowie Biomasse Ökostromförderbeitrag Leistung) bei den StromkundInnen für Verwirrung sorgen würde. Weit schwerwiegender ist der Umstand, dass es aufgrund der „Verlängerung“ zu unterschiedlich hohen Belastungen der VerbraucherInnen kommen würde. Vor allem in kleinen bzw. bevölkerungsärmeren Bundesländern mit verhältnismäßig vielen Biomasseanlagen – wie z.B. in Kärnten – würden die VerbraucherInnen, insbesondere private Haushalte, mit spürbar höheren Ökostromförderkosten belastet, als dies bei einer bundeseinheitlichen Regelung der Biomasseförderung der Fall wäre. Diese Entsolidarisierung bei der Ökostromförderung lehnt die BAK ab.

§ 7: Schlussbestimmungen

Auch hier zeigt sich, dass eine rasche, tragfähige Lösung für die Biomasseanlagenbetreiber so nicht erreicht wird. Die Frist für die Erlassung eines Ausführungsgesetzes ist mit 6 Monaten bestimmt. Die Auszahlung einer Förderung an Betreiber würde sich allerdings aufgrund des

EU-beihilferechtlich erforderlichen und zeitaufwendigen Prozederes der Notifizierung noch deutlich weiter nach hinten verschieben.

Keine Kriterien und Anreize um Zukunftsfähigkeit sicherzustellen

Die Forderung der Biomasseanlagenbetreiber nach Sonderförderungen zeigt, dass es diesen Anlagenbetreibern nicht gelungen ist, ihre Biomassenanlage so zu betreiben, dass sie wirtschaftlich überleben können. Das gegenständliche Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz bietet keinerlei Bestimmungen, um das Innovationspotenzial und damit die Wirtschaftlichkeit dieser Anlagen zu heben. Damit ist klar: Die Anlagen sind auch nach Ende der Sonderförderung auf weitere Subventionen angewiesen oder stehen vor dem wirtschaftlichen Aus.

Um dies zu verhindern, dürfen Förderungen daher nicht wie bisher im Gießkannensystem verteilt werden. Vielmehr muss deutlich zwischen zukunftsfähigen und veralteten Anlagen unterschieden werden. Dazu ist eine Reihe an Maßnahmen notwendig. Zunächst braucht es Transparenz. Derzeit ist weder bekannt welche Anlagen betroffen sind, noch welche technischen Eigenschaften diese aufweisen, oder wie sich deren wirtschaftliche Situation darstellt. Es fehlt aber auch veröffentlichte Information darüber, in wessen Eigentum die Anlagen jeweils stehen, wer diese betreibt und wie hoch die bisher erhaltenen Förderungen sind. Daher kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass Anlagenbetreiber neben der Förderung gemäß Ökostromgesetz noch weitere Förderungen (zum Beispiel Investitionsförderungen des Landes) erhalten.

Grundsätzlich müssen Biomassenanlagen bereits heute eine Mindesteffizienz (Brennstoffnutzungsgrad) von 60% nachweisen, um Förderungen zu erhalten. Ob dieses Kriterium tatsächlich in jedem Fall eingehalten wird, ist jedoch fraglich. Es gibt keine öffentliche Information über entsprechende Prüfungen. Gleichzeitig ist anzunehmen, dass viele Anlagen dieses Kriterium nicht erfüllen, weil sie ausschließlich Strom erzeugen, obwohl sie die im Produktionsprozess entstehende Wärme auch verwerten könnten. Dabei wird diese Wärme dringend gebraucht, um die Ziele für erneuerbare Energie im Wärmebereich erreichen zu können.

Neben objektiven Informationen fordert die BAK auch Vorgaben hinsichtlich strenger Effizienzkriterien und betriebswirtschaftlicher Fortbestandskonzepte. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Anlagen nicht auch in Zukunft auf Dauersubventionen angewiesen sind.

Grundsätzliche energiepolitische Erwägungen

Die vermehrte Nachfrage nach fester Biomasse, also Holz, hat Auswirkungen auf den Holzpreis und kann zu einem wettbewerblichen Nachteil für andere Holznachfrager, wie z.B. die Papierindustrie führen. Für die Stromerzeugung sollten also in erster Linie Holz-Reststoffe verwendet werden. Zudem gilt es zu bedenken, dass Strom aus Windkraft oder Photovoltaikanlagen günstiger ist, ohne Rohstoffeinsatz auskommt und zudem keinen Feinstaub erzeugt. Strom aus Biomasse-Anlagen wiederum ist zwar deutlich teurer, hat aber dafür den Vorteil, dass die Produktion nicht von der Sonneneinstrahlung oder Windverhältnissen abhängig ist. Daher sind diese unterschiedlichen Technologien in einem gemeinsamen Konzept zu denken.

Biomasseanlagen sollten hauptsächlich Reststoffe verwerten und in erster Linie für die Wärmeversorgung eingesetzt werden. Die Stromproduktion aus Biomasse sollte vor allem als Ausgleich dienen, wenn andere Energieerzeuger nicht liefern können.

Aufgrund der aufgezeigten massiven rechtlichen Bedenken, dem Fehlen von Kriterien hinsichtlich Effizienz und Wirtschaftlichkeit für die Vergabe der Fördergelder sowie aus weiteren energie- und verteilungspolitischen Erwägungen lehnt die BAK das vorliegende Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz ab. Die BAK fordert stattdessen eine gesamthafte Lösung für Biomasseanlagen im Rahmen des geplanten Erneuerbaren Ausbaugesetzes.

Renate Anderl
Präsidentin
F.d.R.d.A.

Maria Kubitschek
i.V. des Direktors
F.d.R.d.A.

Kurzgutachten

betreffend die Verfassungswidrigkeit des geplanten Biomasseförderungs-Grundsatzgesetzes

erstattet von

Univ.-Prof. Dr. *Arno Kahl*

Innsbruck, März 2019

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung und Problemstellung	3
1. Einleitung	3
2. Problemstellung.....	3
II. Verfassungsdogmatische Ausgangsposition	4
1. Kompetenzdeckungsklausel für bundesweit einheitliche Regelung und einheitlichen Vollzug der Ökostromförderung	4
2. Keine Änderung des ÖSG 2012 ohne Mitbeschließen der Kompetenzdeckungsklausel.....	5
3. Erforderliche Zustimmung des Bundesrats	6
4. Die Sperrwirkung von Kompetenzdeckungsklauseln.....	6
III. Missachtung verfassungsrechtlicher Grenzen durch das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz.....	7
1. Das Regelungsmodell der Ökostromförderung nach dem ÖSG 2012	7
2. Parallele Regelung nach dem Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz	8
3. Biomasseanlagen würden weiterhin auch dem ÖSG 2012 unterliegen	11
4. Die Reichweite der Sperrwirkung der Kompetenzdeckungsklausel in § 1 ÖSG 2012 in Bezug auf das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz	12
a. Umfängliche Sperrwirkung	12
b. Ergänzende Bemerkungen.....	14
5. Einhelligkeit in der verfassungs- und energierechtlichen Literatur.....	15
IV. Zusammenfassung in Leitsätzen.....	18

I. Einleitung und Problemstellung

1. Einleitung

Am 22.11.2018 wurde im Nationalrat ein Initiativantrag¹ zur Novellierung des Ökostromgesetzes 2012 (ÖSG 2012)² eingebracht, weil dies vor dem Hintergrund des Auslaufens mehrerer Biomasse-Förderverträge in den Jahren 2017 bis 2019 und der drohenden Stilllegung dieser Ökostromanlagen aus fester Biomasse von der Politik als erforderlich erachtet wurde. Mit der geplanten Novelle des ÖSG 2012 sollte die Grundlage für die Bereitstellung zusätzlicher Fördermittel durch eine mögliche „sofortige Kontrahierung“ geschaffen und damit der Fortbestand der Anlagen gesichert werden (geplanter § 17 Abs 1 und 1a ÖSG 2012).

Am 30.1.2019 wurde der Initiativantrag im Nationalrat mit der verfassungsmäßigen Mehrheit von zwei Dritteln beschlossen. Im anschließenden Verfahren im Bundesrat kam allerdings die verfassungsmäßige Mehrheit zur Erteilung der Zustimmung gemäß Art 44 Abs 2 B-VG nicht zustande,³ was seit Schaffung dieses Instruments im Jahr 1985⁴ erstmals der Fall war.⁵

Als Reaktion dieser verweigerten Zustimmung wurde mit 27.2.2019 ein Ministerialentwurf betreffend ein Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz⁶ in Begutachtung geschickt. Die Begutachtungsfrist endet am 26.3.2019.

2. Problemstellung

In Bezug auf die geplante Erlassung des Biomasseförderungsgesetzes als Grundsatzgesetz im Sinne des Art 12 B-VG stellt sich vor allem die Frage, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, die Förderung von Biomasseanlagen, deren Förderung in den Jahren 2017 bis 2019 ausläuft, aus dem Regime des ÖSG 2012 herauszunehmen und in einem spezifisch hierfür geschaffenen Gesetz zu regeln. Dies ist vor dem Hintergrund zu beurteilen, dass § 1 ÖSG 2012 eine

¹ IA 505 BlgNR XXVI. GP.

² BGBl I 75/2011 idF BGBl I 108/2017.

³ 889. Sitzung des Bundesrates vom 14.2.2019.

⁴ BGBl 490/1984.

⁵ Vgl *Institut für Föderalismus*, 42 Bericht über den Föderalismus in Österreich [2017] 33 sowie Jahresstatistik des Bundesrates für 2018 (www.parlament.gv.at/SERV/STAT/ALLGSTAT/JahresstatBR.shtml; 13.3.2019).

⁶ 122 ME/XXVI. GP; in der Folge wird dieser bloße Entwurf aus Gründen der besseren Lesbarkeit als „**Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz**“ bezeichnet und an manchen Stellen des Gutachtens die Situation zum besseren Verständnis so dargestellt, als wäre das Grundsatzgesetz bereits in Kraft getreten.

Kompetenzdeckungsklausel enthält, die eine einheitliche Regelung und einen bundesweit einheitlichen Vollzug der Ökostromförderung sicherstellen soll.

II. Verfassungsdogmatische Ausgangsposition

1. Kompetenzdeckungsklausel für bundesweit einheitliche Regelung und einheitlichen Vollzug der Ökostromförderung

Die im ÖSG 2012 geregelten Angelegenheiten sind „weitgehend“⁷ dem Kompetenztatbestand „Elektrizitätswesen“ in Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG⁸ zuzuordnen. Diese Zuordnung der Ökostromförderung ist in der Literatur⁹ unbestritten.¹⁰ Damit sind die entsprechenden Angelegenheiten in der Grundsatzgesetzgebung Sache des Bundes, hinsichtlich der Ausführungsgesetzgebung und der Vollziehung fallen sie in die Zuständigkeit der Länder.

Vor dem Hintergrund einer starken „länderweise[n] Zersplitterung der Fördermechanismen für die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen“,¹¹ die sich aus der Vollziehung durch die Länder nach Art 12 B-VG ergeben hatte, entstand im Jahr 2001 die Forderung nach einer bundesweit einheitlichen Regelung der Ökostromförderung.¹² Dies führte zur Erlassung des ÖSG 2002¹³, das erstmals **auf das gesamte Bundesgebiet anwendbare Fördertarife sowie eine einheitliche Mittelaufbringung** festlegte. Ermöglicht wurde diese Vereinheitlichung durch eine auch im rezenten ÖSG 2012 zu findende **Kompetenzdeckungsklausel** in § 1 leg cit, die zudem einen einheitlichen Vollzug durch den Bund trägt.

Kompetenzdeckungsklauseln sind Verfassungsbestimmungen, die anlassbezogen vor allem¹⁴ dem Bundesgesetzgeber eine sonst nicht vorhandene kompetenzrechtliche Grundlage für einen

⁷ ErlRV 1223 BlgNR XXIV. GP 15 zur Stammfassung des ÖSG 2012. Abgrenzungen zu in Art 10 B-VG enthaltenen energierechtlichen Tatbeständen bei *Hauer*, Art 12/1 Z 5 B-VG, in: Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (14. Lfg 2018) Rz 13 ff.

⁸ Ab 1.1.2020 Art 12 Abs 1 Z 2 B-VG (BGBl I 14/2019).

⁹ *Urbantschitsch*, § 1 ÖSG 2012, in: Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, (12. Lfg 2016) Rz 3 (FN 17) mit Verweis auf *Zabukovec*, Ökostromgesetz und Elektrizitätswesen. Europarechtliche Grundlagen und Verfassungsfragen (2005) 76; *Rihs*, Ökostromförderung in Österreich aus gemeinschafts- und verfassungsrechtlicher Sicht, ÖZW 2006, 21 (22); *Hauer/Pflüglmayer*, Rechtliche Beurteilung des vorgeschlagenen Fördermodells, in: Steinmüller (Hrsg), Ökostrom in Österreich (2004) 159 (174), *B. Raschauer*, Handbuch Energierecht (2006) 41.

¹⁰ Diese Zuordnung wird auch durch den Umstand untermauert, dass bereits das EIWOG I wesentliche Bausteine des heute im ÖSG enthaltenen Fördersystems für erneuerbare Energien enthalten hat. Vgl nur *Achleitner*, Das Ökostromgesetz als Beispiel der Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern in der Gesetzgebung, in: *Hauer* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Energierechts 2002 (2003) 1 (11 ff); *Schlögl*, Recht windig – Ausgewählte Aspekte der Windenergienutzung (2006) 35 ff.

¹¹ ErlRV 1223 BlgNR XXIV. GP 6.

¹² Siehe auch *Institut für Föderalismus*, 26. Bericht über den Föderalismus in Österreich (2001) 42.

¹³ BGBl I 149/2002.

¹⁴ Kompetenzdeckungsklauseln zugunsten der Länder sind zahlenmäßig in der Minderheit; siehe *Wiederin*, Die Kompetenzverteilung hinter der Kompetenzverteilung, ZÖR 66 (2011) 215 (220).

bestimmten Bereich schaffen. Ein derartiges Instrument, das gegenüber der eigentlichen kompetenzrechtlichen Grundlage im B-VG eine „lex specialis“ darstellt,¹⁵ kommt – neben § 1 ÖSG 2012 – im Bereich des Elektrizitätsrechts aufgrund der im B-VG enthaltenen Kompetenzverteilung mehrfach zum Einsatz.¹⁶

2. Keine Änderung des ÖSG 2012 ohne Mitbeschließen der Kompetenzdeckungsklausel

Gemeinsam ist all diesen „Kompetenzzuweisungsklauseln“ im Elektrizitätswesen, dass sie regelmäßig die „**Erlassung, Aufhebung und Vollziehung**“ von konkret bezeichneten Vorschriften oder generell die in einem Bundesgesetz enthaltenen Vorschriften – häufig mit der Wendung „wie sie in diesem Bundesgesetz enthalten sind“¹⁷ – umfassen. Neben der „Erlassung, Aufhebung und Vollziehung“ ist die **Änderung** eines Bundesgesetzes im Bereich des Elektrizitätswesens großteils **nicht von den Kompetenzdeckungsklauseln gedeckt** (statische Kompetenzdeckungsklausel).¹⁸ Es bestehen zwar explizit formulierte Ausnahmen,¹⁹ diese bestätigen aber wiederum die Ansicht, dass die übrigen Kompetenzdeckungsklauseln Änderungen der Gesetze nicht decken.²⁰ Auch die statische Kompetenzdeckungsklausel des ÖSG hat den **Zweck, sowohl dem Bund als auch den Ländern Änderungen zu verwehren**. Dies ist unbestritten auch beim ÖSG der Fall²¹ und wird von der Staatspraxis auch seit Jahrzehnten so gehandhabt.²²

Wesentliche Konsequenz dieses Umstands ist, dass die Kompetenzdeckungsklausel bei jeder **Novellierung** eines derartigen Gesetzes neu **mit verfassungsmäßiger Mehrheit beschlossen werden muss**. Nur diese Neuerlassung bewirkt, dass auch die in der Novelle enthaltenen Änderungen von der Kompetenzdeckungsklausel erfasst sind.²³

¹⁵ Hauer (FN 7) Rz 35; Neudorfer, Kompetenzdeckungsklauseln außerhalb des B-VG, in: Schmid et al (Hrsg), Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? (2011) 111 (137).

¹⁶ Etwa auch in § 1 ElWOG 2010, BGBl I 110/2010 idF BGBl I 108/2017; § 1 Abs 1 E-ControlG, BGBl I 110/2010 idF BGBl I 108/2017; § 1 EnLG 2012, BGBl I 41/2013; Art 1 Preistransparenzgesetz, BGBl 761/1992 idF BGBl I 107/2011.

¹⁷ So auch in § 1 ÖSG 2010.

¹⁸ Mayrhofer, Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (14. Lfg 2014) Rz 26; Urbantschitsch (FN 9) Rz 5.

¹⁹ ZB § 1 Bundes-Energieeffizienzgesetz, BGBl I 72/2014, sowie § 1 KWK-Punktegesetz, BGBl I 72/2014 idF BGBl I 108/2017.

²⁰ ZB Hauer (FN 7) Rz 35.

²¹ Für viele Rabl/Hauenschild, Ökostromrecht² (2010) 40 unter Verweis auf den AB 2009. Eingehend unter Beachtung sämtlicher Auslegungsmöglichkeiten Schlögl (FN 10) 43 ff.

²² Wiederin (FN 14) 223.

²³ Mayrhofer (FN 18) Rz 26; Erläuterungen zur ÖSG-Novelle 2017 ErlRV 1519 BlgNR XXV. GP 4.

Demgegenüber wären Änderungen des ÖSG 2012 durch den gemäß Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG zuständigen Bundesgrundsatz- und in weiterer Folge die Landesausführungsgesetzgeber unzulässig. Vor dem Hintergrund des Verweises in § 1 ÖSG 2012 auf „Vorschriften, wie sie in diesem Bundesgesetz enthalten sind“, würde lediglich eine Aufhebung dieser Vorschriften durch den Bundesgesetzgeber wieder Raum für die Anwendung von Art 12 B-VG eröffnen.²⁴

3. Erforderliche Zustimmung des Bundesrats

Statische Kompetenzdeckungsklauseln führen weiters dazu, dass **jede Änderung** des auf ihrer Grundlage erlassenen Gesetzes auch eine **Zustimmung des Bundesrates nach Art 44 Abs 2 B-VG erfordert**.²⁵ Wenn die Zuständigkeit der Länder in Gesetzgebung oder Vollziehung eingeschränkt wird, benötigen entsprechende Verfassungsgesetze oder in einfachen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen die Zustimmung des Bundesrates mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen. Eine derartige Einschränkung der Länderzuständigkeiten bewirkt jedenfalls neben der Einführung und Änderung einer Kompetenzdeckungsklausel zu Lasten der Länder auch deren Verlängerung,²⁶ wie es bei einer Novellierung des ÖSG 2012 der Fall ist und bei den bisherigen Novellierungen auch gehandhabt wurde.²⁷

4. Die Sperrwirkung von Kompetenzdeckungsklauseln

Der eben erwähnte Umstand, dass statische Kompetenzdeckungsklauseln die Änderung des jeweiligen Gesetzes durch den Bund nicht ermöglichen, hängt mit der Frage nach der **Reichweite von Kompetenzdeckungsklauseln** zusammen. Ihr kommt im vorliegenden Zusammenhang besondere Bedeutung zu, weil sie darüber Auskunft gibt, welcher Spielraum dem Gesetzgeber **aus verfassungsdogmatischer Sicht** verbleibt, um Regelungen außerhalb des durch die Klausel abgesicherten Bereichs zu treffen.

²⁴ *Hauer* (FN 7) 35 (FN 170).

²⁵ *Neudorfer* (FN 15) 143; *B. Raschauer* (FN 9) 41 (FN 98); *Stöger*, Das österreichische Ökostromgesetz – Wege und Irrwege, in: Rensmann/Storr (Hrsg), Die Energiewende im rechtlichen Mehrebenensystem (2015) 189 (192); *Urbantschitsch* (FN 9) Rz 5.

²⁶ So *Bußjäger*, Die Zustimmungsrechte des Bundesrates (2001) 25.

²⁷ Etwa BGBl I 108/2017.

Nach der einschlägigen Literatur ist diesbezüglich davon auszugehen, dass der jeweilige „**Bereich**“²⁸ oder auch das vom Gesetzgeber gewählte „**Modell**“²⁹ der Kompetenzdeckungsklausel unterliegt und dass für eine entsprechende „ähnliche“ Regelung neben dem von der Kompetenzdeckungsklausel abgedeckten Bereich bzw Modell bis auf weiteres keine verfassungsrechtliche Kompetenz mehr besteht.

Wichtig ist, dass es bei der Feststellung, wie weit sich dieser Bereich oder dieses Modell erstreckt, auf den durch die **einfachgesetzlichen Bestimmungen** abgesteckten Umfang ankommt. Bezogen auf das ÖSG 2012 kann es also in dem **durch den einfachen ÖSG-Gesetzgeber abgesteckten Umfang keine Ermächtigung nach Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG** geben,³⁰ solange die Kompetenzdeckungsklausel besteht.

III. Missachtung verfassungsrechtlicher Grenzen durch das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz

1. Das Regelungsmodell der Ökostromförderung nach dem ÖSG 2012

Zum ÖSG 2012 wurde in der Literatur³¹ festgehalten, dass es die in den Vorgängergesetzen grundlegende Systematik der Ökostromförderung im Wesentlichen beibehalten hat. Der von Ökostromanlagen erzeugte Strom wird von der Ökostromabwicklungsstelle auf Basis von durch die E-Control genehmigten Allgemeinen Bedingungen und gegen Bezahlung eines Einspeisetarifs, der über dem allgemeinen Marktpreis für Strom liegt, abgenommen. Die Ökostromabwicklungsstelle weist den zugekauften Ökostrom den Stromhändlern zu. Diese sind verpflichtet, den zugewiesenen Ökostrom sowie die dazugehörigen Herkunftsnachweise abzunehmen. Sie bezahlen der Abwicklungsstelle dafür den Marktpreis.

Wie bereits vor dem Inkrafttreten des ÖSG 2012 werden die durch die Preisdifferenz erforderlichen Fördermittel für Ökostrom durch Zahlungen der Stromkunden aufgebracht. Die Ökostrompauschale wird durch das Gesetz bestimmt und ist durch den Netzbetreiber gemeinsam mit dem jeweiligen Netznutzungsentgelt von allen an das öffentliche Stromnetz angeschlossenen Endverbrauchern einzuheben (§§ 45, 47 Abs 1 ÖSG 2012). Der Ökostromförderbeitrag ist von allen an das öffentliche Netz angeschlossenen Endverbrauchern

²⁸ Neudorfer (FN 15) 137. Auf Neudorfer nimmt ua Mayrhofer (FN 18) Rz 25 Bezug.

²⁹ Urbantschitsch (FN 9) Rz 4.

³⁰ Mayrhofer (FN 18) Rz 27.

³¹ Urbantschitsch, Ökostromgesetz 2012, ecolex 2011, 987 (988 f).

im Verhältnis zu den jeweils zu entrichtenden Netznutzungs- und Netzverlustentgelten zu leisten (§ 48 Abs 1 ÖSG 2012).³²

Die Dauer der allgemeinen Kontrahierungs- und Abnahmepflicht beträgt nach § 16 ÖSG 2012 13 Jahre bzw für Biomasseanlagen 15 Jahre. Danach hat die Ökostromabwicklungsgesellschaft den Ökostrom auf Basis des von der E-Control veröffentlichten Marktpreises abzüglich der durchschnittlichen Aufwendungen für die Ausgleichsenergie abzunehmen (§ 13 ÖSG 2012).

2. Parallele Regelung nach dem Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz

Das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz zielt nach seinem § 1 Abs 1 auf die Förderung von Ökostromanlagen auf Basis fester Biomasse ab und stützt sich wesentlich auf die Definitionen (auch) im ÖSG 2012. Es steht auch insofern unmittelbar mit dem ÖSG 2012 in Zusammenhang, als es für Ökostromanlagen auf Basis fester Biomasse gilt, „deren Förderdauer (Einspeisetarif) gemäß den Bestimmungen des ÖSG 2012 zwischen dem 1.1.2017 und dem 31.12.2019 abläuft“ (§ 3 Abs 1 Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz).

Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind somit Anlagen, die in einem aufrechten Vertragsverhältnis mit der Ökostromabwicklungsstelle stehen oder gemäß § 12 Abs 2 (Ausschlusskriterien für Einspeisetarife) oder § 17 Abs 2 (Ausschlusskriterien für Nachfolgetarife) ÖSG 2012 von der Kontrahierungspflicht ausgenommen sind. Die Materialien zum Gesetz halten diesbezüglich fest, das vorliegende Grundsatzgesetz stelle nur sicher, „dass nur jene Ökostromanlagen auf Basis fester Biomasse in den Anwendungsbereich des Grundsatzgesetzes fallen, die nicht zugleich dem ÖSG 2012 unterliegen (vgl § 3).“³³

Verteilernetzbetreiber sind verpflichtet, über die Abnahme und Vergütung von Ökostrom zu kontrahieren. Auch diesbezüglich kommt das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz freilich nicht ohne Bezugnahme auf zentrale Bausteine des ÖSG 2012 aus. So ist der abgenommene Ökostrom von den Verteilernetzbetreibern „nach Maßgabe des § 5 sowie unter sinngemäßer Anwendung der Allgemeinen Bedingungen gemäß § 39 ÖSG 2012 zu vergüten“ (§ 4 Abs 2 Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz). Auch ist der Ökostrom den Ökobilanzgruppen „gemäß

³² Zu diesem „komplexen Finanzierungsmodell“ *Schneider*, Regulierungsrecht der Netzwirtschaften II (2013) 1048 f.

³³ Erläuterungen zu 122 ME/XXVI. GP.

§ 38 ÖSG 2012 zuzuweisen“ und kann in weiterer Folge „für die in § 37 Abs. 4 ÖSG 2012 [...] angeführten Zwecke nutzbar gemacht werden“.

Da die Umsetzung des Systems nicht sinnvoll ohne die Ökostromabwicklungsstelle funktionieren kann, haben sich die Verteilernetzbetreiber für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen der Ökostromabwicklungsstelle als indirekter Stellvertreterin zu bedienen und die dafür erforderlichen Vereinbarungen abzuschließen. Die Abwicklungsstelle tritt den Anlagebetreibern gegenüber also im eigenen Namen auf. Die Vergütung betrifft nur dem ÖSG 2012 entsprechende Biomasseanlagen und ist als Tarif auf die von der Ökostromanlage erzeugten und in das öffentliche Netz abgegebenen Erzeugungsmengen zu gewähren.

Da das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz auf Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG beruht, kommt sein Vollzug den Landesregierungen zu. Aber auch diese – in Wahrheit als Kollateralschaden bei der Missachtung der kompetenzrechtlichen Grenzen hingenommene – „Verlängerung“ ist – so wie das gesamte Gesetz kein selbständig funktionierender Regelungskomplex ist – nicht wirklich gewollt, konterkariert diese doch den mit der Kompetenzdeckungsklausel in § 1 ÖSG 2012 verfolgten Hauptzweck eines einheitlichen Förderregimes und Vollzugs innerhalb des gesamten Ökostromsektors.³⁴ Daher werden auch die vollziehenden Landesregierungen durch das Grundsatzgesetz eng an das ÖSG 2012 gebunden, und „die Regelungen für Nachfolgetarife gemäß §§ 17 Abs. 4, 19 Abs. 2 und 20 ÖSG 2012 sind sinngemäß anzuwenden und Sachverständigengutachten gemäß § 18 Abs. 6 ÖSG 2012 [Anm: Bestimmung der Preise und Vergütungen] zu berücksichtigen“ (§ 5 Abs 5 Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz). Die Materialien halten diesbezüglich fest, dass die Höhe der Vergütung nach den Kriterien des ÖSG 2012 zu bemessen ist.

Dass das **Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz nur einen Regelungsteil aus dem ÖSG 2012 anlassbezogen herausschält**, der thematisch und systematisch – natürlich evident – dem ÖSG 2012 zuzuschlagen ist, **diesen Teil in Wahrheit aber gleich wieder materiell in das ÖSG 2012 eingliedert**, zeigt sich auch in der identischen Aufbringung der für die Vergütung nach § 5 erforderlichen Mittel. So können diese von allen (im jeweiligen Bundesland) „an das öffentliche Netz angeschlossenen Endverbrauchern durch einen Zuschlag zum Netznutzungsentgelt proportional zum Ökostromförderbeitrag gemäß § 48 ÖSG 2012 eingehoben werden“. Natürlich sind die Zuschläge von den Verteilernetzbetreibern an die Ökostromabwicklungsstelle abzuführen (§ 6 Abs 1 und 2 Biomasseförderungs-

³⁴ ZB Stöger (FN 25) 191 unter Verweis auf die Materialien zum ÖSG 2012 (ErlRV 1223 BlgNR XXIV. GP 5 ff).

Grundsatzgesetz). Es überrascht weiters nicht, dass auch diesbezüglich die einschlägigen Bestimmungen des ÖSG (§ 48 Abs 3, 4 und 5) sinngemäß anzuwenden sind. Auch dieser Mechanismus ist so eng wie möglich an die Regelungen zum Ökostromförderbeitrag nach dem ÖSG 2012 angelehnt.

Dies ist schon aus **beihilferechtlicher Sicht** erforderlich. Dennoch ist nicht zu übersehen, dass den Ländern beim Vollzug ein gewisser Spielraum offensteht, was beihilferechtlich deshalb als bedenklich angesehen werden kann, weil dieses aus dem ÖSG 2012 herausgelöste Förderregime bei der Kommission nicht notifiziert wurde. Würde es in der Folge tatsächlich zu einer von der Kommission geforderten Rückzahlung der Beihilfen kommen müssen, wäre der Betrieb der betroffenen Anlagen wohl nicht zu retten, weil nach den unionsrechtlichen Vorgaben diesbezüglich keine Rechtfertigungsmöglichkeit besteht, die vor einer solchen Rückerstattung schützen würde.

Wenn nun die Materialien zum Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz – wie erwähnt – betonen, das Gesetz stelle sicher, dass nur jene Ökostromanlagen auf Basis fester Biomasse in den Anwendungsbereich des Grundsatzgesetzes fallen, die nicht zugleich dem ÖSG 2012 unterliegen, so ist diesbezüglich zunächst festzuhalten, dass auch jene Anlagen, die dem Grundsatzgesetz unterfallen, hinsichtlich ihrer dreijährigen weiteren Förderungen durch Nachfolgetarife **materiell**³⁵ natürlich **dem ÖSG unterliegen**. Das haben die obigen Ausführungen deutlich gezeigt und ist auch aus dem Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz auf den ersten Blick durch die mannigfachen Verweise und die Pflichten zur „sinngemäßen“ Anwendung offensichtlich. Die Materialien zu § 3 Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz betonen ja auch ausdrücklich, dass das Gesetz sicherstellt, dass „**nur jene Ökostromanlagen auf Basis fester Biomasse gefördert werden können, die auch nach den Anforderungen des ÖSG 2012 förderungswürdig wären.**“

Es bedarf an dieser Stelle keiner weiteren Ausführungen, um zu zeigen, dass das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz bestimmte **Biomasseanlagen (nur) hinsichtlich ihrer weiteren dreijährigen Förderung durch Nachfolgetarife aus dem ÖSG 2012 herausschält und sie sogleich wieder dem System des ÖSG 2012 unterwirft**.

Einzig – verfassungsdogmatisch aber unwesentliche (dazu sogleich Pkt 4.a.) – Unterschiede sind die Kontrahierungspflicht der Verteilernetzbetreiber und der Art 12 B-VG geschuldete Vollzug durch die Landesregierungen. Beides ist nicht wirklich gewollt und wird durch eine

³⁵ Zu dem Umstand, dass diese auch formell dem ÖSG 2012 nach wie vor unterliegen würden, im folgenden Punkt.

enge „sinngemäße“ Bindung an die entsprechenden Regelungen des ÖSG 2012 im Grundsatzgesetz an der gleichen Stelle, an der es niedergeschrieben ist, so weit wie möglich wieder zurückgenommen.

Zusammenfassend zeigt sich ein ganz klares Bild: **Das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz normiert – anlassbezogen – ein dem ÖSG 2012 gleichendes Modell der Ökostromförderung für bestimmte Biomasseanlagen.**

3. Biomasseanlagen würden weiterhin (auch) dem ÖSG 2012 unterliegen

Wie erwähnt, betonen die Materialien zum Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz, dass dem Gesetz nur Biomasseanlagen unterfallen, die nicht zugleich dem ÖSG 2012 unterliegen. Auch diese Aussage ist so nicht korrekt, weil das ÖSG 2012 auch auf jene Anlagen, deren Förderung in den Jahren 2017 bis 2019 auslaufen, anwendbare Rechtsvorschriften enthält, die deren rechtliche Stellung betreffen. Die Aussage ist verwirrend.

So beinhaltet das ÖSG 2012 beispielsweise die relevanten Begriffsbestimmungen und regelt zB auch die Nachweise über die Herkunft elektrischer Energie aus erneuerbaren Energieträgern. Die Zuerkennung eines Fördertarifs ist für die Ausstellung von Herkunftsnachweisen aber nicht von Relevanz. Vielmehr ist deren Zweck – eben unabhängig davon –, einen auch grenzüberschreitenden³⁶ Sekundärmarkt für Ökostrom zu generieren, der auf die entsprechende Information und Transparenz angewiesen ist.³⁷ Herkunftsnachweise dienen in erster Linie dem Labeling der Stromhändler.³⁸ Adressaten sind anerkannte Ökostrombetreiber, worunter auch Biomasseanlagen fallen, deren Förderverträge im genannten Zeitraum auslaufen.

Ihre Rechtsposition gegenüber den zur Ausstellung verpflichteten Netzbetreibern ist in § 10 ÖSG 2012 niedergeschrieben. Die Überlassung der Herkunftsnachweise an den Käufer ist in § 10 Abs 7 ÖSG 2012 geregelt. Die erwähnte Anerkennung findet sich in § 7 ÖSG 2012 (s Abs 1 Z 1). Die Pflicht zur laufenden Dokumentation der zum Einsatz gelangten Brennstoffe normiert § 8 Abs 2 ÖSG 2012. Auch die Bestimmungen über den Netzanschluss für Ökostromanlagen (§ 6 ÖSG 2012) sind für die unter das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz fallenden Anlagen (weiterhin) von (hoher) Relevanz.

³⁶ *Schneider* (FN 32) 299.

³⁷ Vgl *Schlögl* (FN 10) 54.

³⁸ *Rabl/Hauenschild* (FN 21) 65.

Schließlich kann eine Biomasseanlage nach Ablauf der Dauer der allgemeinen Kontrahierungspflicht, soweit nicht von der Unterstützungsmöglichkeit gemäß § 17 ÖSG 2012 Gebrauch gemacht wird, eine Abnahme durch die Ökostromabwicklungsstelle zum Marktpreis abzüglich Ausgleichsenergie begehren. Auch dieses, gerade für die betroffenen Biomasseanlagen allenfalls wichtige Recht enthält das ÖSG 2012 (§ 13).

All diese – hier nur beispielhaft erwähnten – Bestimmungen des ÖSG 2012 sind auch für unter das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz fallende Anlagen weiterhin von Relevanz. Das zeigt, dass diese **Anlagen nur hinsichtlich des Aspekts ihrer weiteren Förderung nicht dem ÖSG 2012 unterfallen** und ergibt sich auch aus der Festlegung des Regelungsgegenstands in § 2 Abs 1 Z 3 ÖSG 2012, der eben nicht nur die Förderung, sondern auch die **Erzeugung** erneuerbarer Energie umfasst.

4. Die Reichweite der Sperrwirkung der Kompetenzdeckungsklausel in § 1 ÖSG 2012 in Bezug auf das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz

a. Umfängliche Sperrwirkung

Nach der in § 1 ÖSG 2012 enthaltenen Kompetenzdeckungsklausel sind die „Erlassung, Aufhebung und Vollziehung von Vorschriften, wie sie in diesem Bundesgesetz enthalten sind, [...] auch in den Belangen Bundessache, hinsichtlich derer das B-VG etwas anderes bestimmt“.

Unmittelbarster und zentraler Sinn und Zweck sowie Regelungsgegenstand dieser Klausel ist die **Verwirklichung einer einheitlichen Ökostromförderung** in Österreich. Dies ist in der Literatur und in den Gesetzesmaterialien mannigfach dokumentiert.³⁹ Es ist – wie die obigen allgemein verfassungsrechtsdogmatischen Ausführungen zur **Sperrwirkung von Kompetenzdeckungsklauseln** gezeigt haben – unzulässig, den von der Klausel umfassten, einfachgesetzlich im ÖSG 2012 ausgestalteten „**Bereich**“ oder auch das durch das ÖSG 2012 aufgrund dieser Klausel einfachgesetzlich verwirklichte „**Modell**“ durch ein außerhalb des ÖSG 2012 normiertes Regime zu regeln, wie es das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz aber macht.

Das belegt zunächst der Wortlaut der Kompetenzdeckungsklausel, die die Erlassung, Aufhebung und Vollziehung, nicht aber die Änderung von Vorschriften zur Angelegenheit des

³⁹ Vgl nur *Schlögl* (FN 10) 41 ff mwN.

Bundes in Gesetzgebung und Vollziehung erklärt, „wie sie in diesem Bundesgesetz enthalten sind“, also Bestimmungen der entsprechenden Art, also (auch) **Bestimmungen, die die Förderung und Erzeugung von Ökostrom regeln.**

Denn nach § 2 Abs 1 Z 3 ÖSG 2012 regelt das ÖSG 2012 „die **Voraussetzungen für und die Förderung der Erzeugung elektrischer Energie aus erneuerbaren Energieträgern**“. In Z 4 wird als weiterer Regelungsgegenstand „die **Aufbringung der Mittel** für die durch die Förderung der Erzeugung elektrischer Energie aus erneuerbaren Energieträgern entstehenden Aufwendungen“ festgelegt. Das ist nun aber **punktgenau jener Bereich, den das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz ebenfalls als Regelungsgegenstand hat.**

Dass die **Kompetenzdeckungsklausel** – gerade hinsichtlich der Förderung erneuerbarer Energie – in einem **weiten Sinn** formuliert ist, zeigt in weiterer Folge die Wendung „insbesondere folgende Bereiche“ in § 2 Abs 2 ÖSG 2012. Neben den dort aufgezählten Gegenständen der Förderung sind also auch weitere umfasst, was jedenfalls auch dafür spricht, die Regelungen des Biomasseförderungs-Grundsatzgesetzes darunter zu verstehen.

Nach § 2 Abs 2 Z 1 ÖSG 2012 ist Regelungsgegenstand des Gesetzes und somit von der Kompetenzdeckungsklausel ausdrücklich umfasst die „Förderung der Erzeugung von Ökostrom durch festgelegte Preise, soweit eine Kontrahierungspflicht der Ökostromabwicklungsstelle besteht“. Sollte diese Formulierung ein Grund dafür sein, dass der Biomasseförderungs-Grundsatzgesetzgeber den Kontrahierungszwang nicht der Ökostromabwicklungsstelle, sondern der Verteilernetzbetreiber vorgesehen hat, müsste dies als untauglicher „Umgehungsversuch“ qualifiziert werden. Das ergibt sich – neben dem erwähnten Wort „insbesondere“ – vor allem daraus, dass zunächst zwar **formell der Verteilernetzbetreiber kontrahierungspflichtig** ist, er sich aber **„für die Erfüllung seiner (auch) diesbezüglichen Verpflichtungen der Ökostromabwicklungsstelle** als indirekter Stellvertreterin **zu bedienen** hat (§ 4 Abs 3 Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz). Diese tritt den Anlagenbetreibern gegenüber in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf.

Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass es sich bei dieser – rein formal und nicht einmal beim tatsächlichen Kontrahieren selbst, sondern nur auf dem Papier abweichenden – Konstruktion jedenfalls **um den gleichen Bereich bzw das gleiche Modell oder auch das gleiche „Thema“⁴⁰ wie den/das im ÖSG 2012** geregelte(n) und somit nach den

⁴⁰ So Hauer (FN 7) Rz 35.

verfassungsdogmatischen Regeln um einen von der Kompetenzdeckungsklausel umfassten Bereich handelt.

Hier begegnet die dem Grundsatzgesetz überhaupt inhärente Methode in folgender Ausprägung: Die Pflicht zum Kontrahieren wird nur auf dem Papier von der Ökostromabwicklungsstelle zum Verteilernetzbetreiber verschoben, im selben Moment jedoch an das System des ÖSG 2012 angeknüpft und materiell – zivilrechtlich durch die Hintertüre – die Ökostromabwicklungsstelle betraut. Mit einem solchen **Etikettenschwindel** verlässt der Grundsatzgesetzgeber aber den Bereich bzw. das Modell des **von der Sperrwirkung der Kompetenzdeckungsklausel erfassten Themas**, nämlich die Förderung der Erzeugung elektrischer Energie aus erneuerbaren Energieträgern, nicht.

b. Ergänzende Bemerkungen

Dass das ÖSG 2012 auch einen Mechanismus für die Zeit nach einer Förderung bereitstellt, nämlich – grob gesagt – die Übernahme der Energie zum Marktpreis, unterstreicht die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit der Regelungen im Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz. Eine Argumentation in der Art, dass dieses Gesetz materiell ohnehin keine abweichenden Regelungen enthalte und so nicht als eigenständige Regelung der Ökostromförderung zu sehen sei, verbietet sich schon deshalb, weil damit dem Grundsatzgesetz überhaupt jedweder Inhalt abgesprochen werden müsste und weil so der Sinn jeder entsprechenden Kompetenzdeckungsklausel, nämlich das gemeinsame Vorgehen von Bund und Ländern bei einer Änderung des Gesetzes, konkret auch der Verlängerung von Förderungen, ausgehebelt würde. Vielmehr würde offengelegt, dass das Grundsatzgesetz einen Bereich regelt, wie er auch im ÖSG 2012 geregelt wird.

Im vorliegenden Fall zeigt sich die Problematik insofern auch in ganz besonderer Schärfe, als das Auslaufen eines privatrechtlichen Fördervertrags in einem bestimmten Zeitraum zur Nichtanwendbarkeit der Kompetenzdeckungsklausel im ÖSG 2012 und in der Folge zum Wechsel zu Art 12 B-VG führen soll. Damit aber würden privatrechtliche Dispositionen eine Disposition über die verfassungsrechtlich geregelte Kompetenzverteilung ermöglichen. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass das verfassungsrechtlich nicht zulässig sein kann.

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass aus dem Verweis auf das „historische Vorbild“ des § 31 ElWOG 1998 in den Materialien schon alleine deshalb nichts gewonnen werden kann,

weil zu dieser Zeit noch kein ÖSG und somit auch keine diesbezügliche⁴¹ Kompetenzdeckungsklausel existiert hat. Jedenfalls handelt es sich beim Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz evident nicht um eine bloße Rückkehr zu einem ohnehin auf Art 12 B-VG bestehenden oder bestehend gewesenen System.

5. Einhelligkeit in der verfassungs- und energierechtlichen Literatur

Das bisher Dargestellte kann sich auf praktisch sämtliche Stimmen in der einschlägigen **verfassungsrechtlichen** aber auch **energierechtlichen Literatur** berufen. Die folgenden Ausführungen knüpfen an die eben gemachten Ausführungen zum weiten Umfang der Kompetenzdeckungsklausel (auch) hinsichtlich der Förderung von Ökoenergie an.

So ergibt sich die Unzulässigkeit der gewählten Vorgangsweise zunächst eindrucksvoll aus den hier wörtlich wiedergegebenen Ausführungen von *Hauer/Pflüglmayer*⁴² aus dem Jahr 2004 in Bezug auf die seinerzeit erwogene Einführung eines Ausschreibungsmodells zur Förderung von Ökostrom:

*„Allerdings weicht gerade § 1 ÖkostromG von diesem Modell ab, indem er die Kompetenz zur Regelung und Vollziehung von Vorschriften, ‚wie‘ sie sich im ÖkostromG befinden, dem Bund zuweist. Nun könnte man sich noch auf den Standpunkt stellen, dass das geltende ÖkostromG kein Ausschreibungsmodell kennt und daher die Verwirklichung eines Ausschreibungsmodells durch die Kompetenzklausel des § 1 ÖkostromG (‚wie‘) nicht umfasst sei, weshalb eine grundsatzgesetzliche Regelung einer Ökostromförderung durch Ausschreibung von Investitionszuschüssen in Landesvollziehung gleichsam **neben** dem ÖkostromG auf Grundlage von Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG nach wie vor einfachgesetzlich möglich wäre. Diese These kann jedoch keineswegs als gesichert gelten. Genauso plausibel wäre nämlich die gegenteilige These, wonach § 1 ÖkostromG bis auf weiteres jede Ökostromförderung zur Bundessache macht. Die Zuweisung der hoheitlichen Vollziehung eines Ausschreibungsmodells im Interesse der Ökostromförderung an die Länder stünde dann in Widerspruch zu § 1 ÖkostromG.“*

⁴¹ Das EIWOG enthielt seinerzeit keine Kompetenzdeckungsklausel, die eine einheitliche Aufbringung der Fördermittel und eine einheitliche Förderung umfasst hätte.

⁴² *Hauer/Pflüglmayer* (FN 9) 175 (Hervorhebung im Original).

Aus diesen, den maximalen Bewegungsspielraum des Gesetzgebers hypothetisch und einem „Rückzugsgefecht“ gleichend aufzeigenden Ausführungen ergibt sich die **verfassungsrechtliche Unzulässigkeit der beim Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz gewählten Vorgehensweise** sehr klar:

Zunächst ist die These, dass § 1 ÖSG 2012 **bis auf weiteres jede Ökostromförderung zur Bundessache** macht, heute, 15 Jahre nach dem zitierten Beitrag, herrschende Meinung und entspricht der oben dargestellten Dogmatik von Kompetenzdeckungsklauseln. Sie kann dem zur Auslegung des Umfangs der Kompetenzdeckungsklausel einschlägigen einfachgesetzlichen Normenbestand bereits auf der Ebene der expliziten Zielsetzung des Gesetzes entnommen werden (§ 2 Abs 1 Z 3 und 4 leg cit).

Zudem kommt eine weniger umfängliche Sichtweise hinsichtlich der Sperrwirkung der Kompetenzdeckungsklausel denkmöglich und hypothetisch überhaupt nur dann in Betracht, wenn das entsprechende, auf Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG gestützte und dann „neben“ dem ÖSG 2012 bestehende Gesetz ein Fördermodell verwirklichen würde, das im ÖSG 2012 gar nicht angelegt wäre. Gerade das Gegenteil ist beim Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz aber – wie ausführlich dargelegt – der Fall, weil das Gesetz nur die Förderdauer um drei Jahre verlängert, die **Förderung aber vollkommen in das System des ÖSG 2012 einstellt**.

Bereits im Jahr 2003 kommt *Schanda* zu dem Ergebnis, dass die Kompetenzdeckungsklausel in § 1 ÖSG Vorschriften von der **Art** umfasst, wie sie im Gesetz enthalten sind. Gemeint sei damit „die **Materie der ,Ökostrom- und KWK-Förderung‘**“.⁴³

Zu Recht hebt auch *Urbantschitsch* hervor, dass sich die durch die Kompetenzdeckungsklausel bewirkte Kompetenzverschiebung auf das „**vom Gesetzgeber gewählte Modell**“ der im **ÖSG 2012 vorgesehenen Förderung von Ökoenergie** bezieht.⁴⁴

Achleitner betont, dass durch das ÖSG die Kompetenz der Länder auf dem Gebiet der erneuerbaren Energie ganz grundsätzlich auf den Bund übertragen und damit neuerlich eingeschränkt wurde.⁴⁵

⁴³ *Schanda*, Energierecht³ (2013) 333 (Hervorhebung nicht im Original).

⁴⁴ *Urbantschitsch* (FN 9) Rz 4.

⁴⁵ *Achleitner* (FN 10) 7.

Und *Hauer* hält in seiner aktuellen Kommentierung fest, dass **§ 1 ÖSG 2012 einer bundesgrundsatzgesetzlichen bzw landesausführungsrechtlichen Regelung „desselben Themas“ entgegensteht**, und verweist auf *Neudorfer*, *Korinek* und *Schwarzer*.⁴⁶

Ebenfalls auf *Neudorfer*, die eine Sperrwirkung für den von der Kompetenzdeckungsklausel erfassten „Bereich“ attestiert, beruft sich in Bezug auf § 1 ÖSG 2012 *Mayrhofer*⁴⁷. Dieser fasst die Rechtslage so zusammen:⁴⁸

„Der Inhalt einer Sonderkompetenzbestimmung bestimmt sich nach den durch sie ‚abgedeckten‘ einfachgesetzlichen Vorschriften. In diesem aus den einfachgesetzlichen Vorschriften induzierten Umfang besteht jedenfalls keine Ermächtigung gemäß Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG. Vielmehr ist jeweils der Bund zur Erlassung und Aufhebung unmittelbar anwendbaren Bundesrechts sowie zu dessen unmittelbarer Vollziehung befugt.

*[...] Die weiteren **Kompetenzdeckungsklauseln** beziehen sich jeweils umfänglich auf die Stammfassung des betreffenden Gesetzes. Sie **ermächtigen den Bund daher zur Regelung [...] der (Förderung der) Erzeugung elektrischer Energie aus erneuerbaren Energieträgern (§ 1 ÖkostromG 2012)**“.*

All dem ist an dieser Stelle nichts mehr hinzuzufügen. Diese von allen gewichtigen Autoren im Bereich des Verfassungs- und des Energierechts bezüglich einschlägiger Kompetenzdeckungsklauseln formulierten Literaturstellen zeigen, dass das im ÖSG 2012 vorgesehene, einheitliche und auch im Vollzug kohärente Fördermodell von Ökoenergie nicht spezifisch anlassbezogen durch das auf Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG gestützte Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz aufgebrochen werden darf, das – abgesehen von § 1⁴⁹ – in jedem seiner Paragraphen an ganz zentrale Regelungskomplexe des ÖSG 2012 anknüpft.

Wie groß die „Systemwidrigkeit“ des Biomasseförderungs-Grundsatzgesetzes im Lichte des ÖSG 2012 ist und wie klar daher das Herausnehmen der verlängerten Förderung aus seinem Regelungskomplex gegen die Kompetenzdeckungsklausel verstößt, zeigt sich auch in dem Umstand, dass der Bundesgesetzgeber mit **§ 13 ÖSG 2012 Regelungen bereithält, die nach dem Auslaufen der Förderungen zur Anwendung kommen**. Diese Förderungen wurden

⁴⁶ *Hauer* (FN 7) Rz 35.

⁴⁷ *Mayrhofer* (FN 18) Rz 25.

⁴⁸ *Mayrhofer* (FN 18) Rz 27 (Hervorhebung nicht im Original).

⁴⁹ Hier wird nicht formal an das ÖSG 2012 angeknüpft, aber die gleichlautende Zielsetzung des Grundsatzgesetzes festgelegt.

durch die Kompetenzdeckungsklausel ganz klar an die 2/3-Mehrheit und die Zustimmung des Bundesrats gekoppelt, was auch dem politischen Willen entsprach.

Die Intention, die Sperrwirkung der Kompetenzdeckungsklausel, die eine Änderung des ÖSG 2012 nicht trägt, zu umgehen, ist nicht nur durch diese engstmögliche Anbindung des Biomasseförderungs-Grundsatzgesetzes an das ÖSG 2012 offensichtlich; ohne die zahlreichen Anknüpfungen bleibt vom Regelungsgehalt des Grundsatzgesetzes nichts übrig. Dass das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz in Wahrheit eine durch die Kompetenzdeckungsklausel in § 1 ÖSG 2012 **nicht zulässige Änderung** des ÖSG 2012 darstellt, zeigt – ebenso offensichtlich – die ursprüngliche, verfassungsrechtlich korrekte Vorgehensweise des Gesetzgebers, der eine entsprechende Novellierung des ÖSG 2012 betreffend eine „sofortige Kontrahierung“⁵⁰ versucht hat. Erst nach deren Scheitern im Bundesrat wurde die Novelle – anlassbezogen und verfassungswidrig – in das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz überführt, die damit verbundene „Verlängerung“ durch die materielle Eingliederung in das System des ÖSG 2012 aber gleich wieder praktisch auf null reduziert.

IV. Zusammenfassung in Leitsätzen

1. Das ÖSG 2012 regelt als Bundesgesetz die **Förderung und Erzeugung erneuerbarer Energie bundesweit einheitlich** und ermöglicht einen **einheitlichen Vollzug**.
2. Grundlage hierfür ist eine in § 1 ÖSG 2012 enthaltene **Kompetenzdeckungsklausel**. Diese umfasst nur die Erlassung, Aufhebung und Vollziehung, nicht jedoch die Änderung von Vorschriften, wie sie im ÖSG 2012 enthalten sind.
3. Eine **Änderung** des ÖSG 2012 bedarf somit einer **verfassungsmäßigen Mehrheit im Nationalrat** sowie der **Zustimmung des Bundesrats**.
4. Die **Kompetenzdeckungsklausel umfasst** nach einhelliger Ansicht den jeweiligen „**Bereich**“, das jeweilige „**Modell**“ oder auch „**Thema**“, der/das im betroffenen Gesetz *einfachgesetzlich* geregelt ist. Bezogen auf das ÖSG 2012 kann es also in dem, durch den einfachen ÖSG-Gesetzgeber abgesteckten Umfang keine

⁵⁰ IA 505/A 26. GP.

- Ermächtigung nach Art 12 Abs 1 Z 5 B-VG geben, solange die Kompetenzdeckungsklausel besteht.
5. In diesem Sinn regelt das **Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz** einen Bereich, der bereits im ÖSG 2012 geregelt und **von der Sperrwirkung der Kompetenzdeckungsklausel** in § 1 ÖSG 2012 **erfasst** ist. Es normiert – anlassbezogen – ein dem ÖSG 2012 gleichendes Modell der Ökostromförderung (nur) für (bestimmte) Biomasseanlagen.
 6. Die **Kompetenzdeckungsklausel** des ÖSG 2012 hat einen weiten Anwendungsbereich und **umfasst** – neben anderen Regelungen – **alle Bestimmungen, die die Förderung und Erzeugung von Ökostrom regeln**.
 7. **Mit der Verpflichtung der Verteilernetzbetreiber zum Kontrahieren** über Ökostrom **verlässt der Biomasseförderungs-Grundsatzgesetzgeber das** im ÖSG 2012 geregelte **Modell bzw Thema nicht**, unter anderem auch deshalb, weil sich diese bei der Erfüllung ihrer entsprechenden Verpflichtungen der Ökostromabwicklungsstelle zu bedienen haben.
 8. Diese Ergebnisse werden von der **verfassungs- und energierechtlichen Literatur einhellig** bestätigt.
 9. Als **Ergebnis** der vorliegenden Untersuchung lässt sich zusammenfassen: **Das Biomasseförderungs-Grundsatzgesetz umgeht in verfassungswidriger Weise die Sperrwirkung der Kompetenzdeckungsklausel in § 1 ÖSG 2012. Das Grundsatzgesetz wäre im Falle seines Inkrafttretens kompetenz- und somit verfassungswidrig.**

Innsbruck, am 22.3.2019



(Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl)