

em o univ prof ddr

**heinz mayer**

Bundesverband Photovoltaic Austria  
Franz-Josefs-Kai 13/12-13  
1010 Wien

vorab per Mail:

[office@pvaustralia.at](mailto:office@pvaustralia.at)

[C.Schmelz@schoenherr.eu](mailto:C.Schmelz@schoenherr.eu)

Mödling, 17.10.2020

**Verfassungsrechtliches Gutachten zum Entwurf einer Novelle  
zum Burgenländischen Raumplanungsgesetz**

Mir liegt der Entwurf einer Novelle zum Burgenländischen Raumplanungsgesetz 2019 vor.

Dieser Entwurf sieht ua die Einfügung eines § 53a in das Raumplanungsgesetz 2019 vor. Diese Bestimmung soll unter anderem die Bodennutzung für die Errichtung und den Betrieb von Photovoltaikanlagen näher regeln. Ein geplanter § 24 sieht die Einführung einer „Baulandmobilisierungsabgabe“ vor.

Die verfassungsrechtliche Beurteilung dieser Bestimmungen ist Gegenstand dieses Rechtsgutachtens.

### **I. Analyse des geplanten § 53a**

Die Absätze 1 bis 3 des geplanten § 53a regeln die Errichtung und den Betrieb von Photovoltaikanlagen. Während die Absätze 1 und 2 regeln, unter welchen Voraussetzungen kleinere Anlagen, die der Deckung des Eigenbedarfs des zugehörigen Gebäudes dienen, errichtet werden dürfen, regelt Absatz 3 die Errichtung und den Betrieb von Photovoltaikanlagen auf größeren Freiflächen. Die Errichtung und der Betrieb solcher Anlagen ist ausschließlich auf solchen Flächen zulässig, die in einer Verordnung der Landesregierung festgelegt sind. Der Gesetzestext spricht von „planlich dargestellten Zonen“. Die Landesregierung hat diese Zonen nach Maßgabe der Eignung und „unter Anwendung aus raumpla-

nungsfachlicher Sicht zu bestimmenden Ausschluss- und Konfliktkriterien und unter der Voraussetzung zu bestimmen, dass über die Freiflächen das Land oder eine von ihm zumindest mittelbar zu 100 % beherrschte Einrichtung oder Gesellschaft verfügt.“

Aus § 53a Abs 3 ergibt sich also, dass die Errichtung und der Betrieb von größeren Photovoltaikanlagen ausschließlich auf solchen Flächen zulässig sein soll, über die das Land oder eine zu 100 % beherrschte Einrichtung des Landes „verfügt“. Eine solche „Verfügung“ stellt auf privatrechtliche Nutzungsverhältnisse ab. Damit sind nur solche Flächen erfasst, die im Eigentum des Landes oder einer 100 % beherrschten Einrichtung stehen oder für die das Land oder die betreffende Einrichtung das ausschließliche private Nutzungsrecht hat. Die Verordnung der Landesregierung darf sich ausschließlich auf diese Flächen beziehen. Sie darf solche Flächen dann erfassen, wenn sie aus raumplanungsfachlicher Sicht als möglicher Standort für Photovoltaikanlagen geeignet sind. Dies bedeutet, dass die Landesregierung bei der Erlassung der Zonenverordnung zunächst an die zivilrechtlichen Nutzungsverhältnisse gebunden ist, dann aber auch an die Grundsätze des § 1 Burgenländisches Raumplanungsgesetz 2019.

Die Erläuterungen begründen diese Regelung mit dem Ziel „einer Minimierung eingesetzter Mittel (Flächenbedarf und beschränkte Energieleitungskapazitäten)“. Um einen „unkontrollierten Wettbewerb“ zu verhindern, sei es notwendig, dass die Errichtung und der Betrieb großer Freiflächenphotovoltaikanlagen „vom

Land selbst gesteuert“ werden. Nur auf diese Weise könnten „die vom Land gesetzten ehrgeizigen energie- und klimatechnischen Ziele erreicht und gleichzeitig der Eingriff in knappe Ressourcen (Raum- und Energieleitungskapazitäten) minimiert werden.“ Die Erläuterungen sehen in diesen Einschränkungen die Verhältnismäßigkeit gewahrt, weil kleine Freiflächenanlagen und Anlagen auf Dächern oder Gebäuden nicht erfasst seien.

In der Folge sollen die Konsequenzen einer solchen Regelung für andere Grundeigentümer (als Land oder andere vom Land beherrschte Rechtsträger) untersucht werden; danach werden die Konsequenzen für Unternehmer und Errichter von großen Photovoltaikanlagen dargestellt. Jeweils im Anschluss daran wird eine verfassungsrechtliche Beurteilung vorgenommen.

## **II. Konsequenzen für private Eigentümer**

Klare Konsequenz der geplanten Neuregelung wäre es, dass private Eigentümer oder Nutzungsberechtigte an größeren Freiflächen keine Möglichkeit haben, diese Flächen für die Errichtung von Photovoltaikanlagen zur Verfügung zu stellen. Dies selbst dann nicht, wenn diese Flächen für diese Zwecke hervorragend geeignet wären. Wenn § 53a Abs 3 den Inhalt der Zonenverordnung ausschließlich an ein Eigentums- oder Nutzungsrecht des Landes knüpft, so folgt daraus, dass Flächen anderer Eigentümer oder Nutzungsberechtigter von Vornherein

nicht in Betracht kommen. Solche Flächen können für Anlagen zur Gewinnung von Elektrizität durch Sonnenenergie nur in der Weise zur Verfügung gestellt werden, dass der private Eigentümer oder Nutzungsberechtigte seine privaten Rechte dem Land oder einer Landesgesellschaft überträgt. Das Land hat dabei ein Nachfragemonopol.

Der Erwerb des Eigentums oder der Nutzungsrechte durch das Land erfolgt in Form der Privatwirtschaftsverwaltung; Bei diesem Erwerbsvorgang hat das Land im Ergebnis die Möglichkeit, den Preis für die Überlassung der Nutzungsrechte zu diktieren. Es ist zwar richtig, dass für die Privatwirtschaftsverwaltung eines Bundeslandes eine Fiskalgeltung der Grundrechte – insbesondere des Gleichheitssatzes – besteht. Das darf aber nicht darüber hinwegsehen lassen, dass das Land einen weithin unkontrollierten Ermessensspielraum hat und sich damit einer Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts entzieht.

Die geplante Regelung bewirkt einen erheblichen Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Eigentumsrecht der Grundeigentümer und Nutzungsberechtigten. Sie können ihre Grundflächen zur Gewinnung von Elektrizität durch Sonnenenergie nur in der Weise zur Verfügung stellen, dass sie mit dem Land einen privatrechtlichen Vertrag abschließen, wobei das Land im Ergebnis weitgehende Abschlussfreiheiten und Vertragsinhaltsfreiheit genießt. Praktisch wird ein Kontrahierungszwang des Landes nur sehr schwer bis gar nicht durchsetzbar sein.

Hat man erkannt, dass hier ein erheblicher Eingriff in das Grundrecht auf Freiheit des Eigentums geplant ist, so ist zu fragen, ob dieser Eingriff einem öffentlichen Interesse dient und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.

Die wortreichen Erläuterungen zu § 53a scheinen von der Sorge getragen, dass ohne die geplante Regelung „ein unkontrollierter Wettbewerb“ entsteht. Dies könne „ausschließlich eine vom Land selbst gesteuerte Errichtung und Betrieb großer Freiflächenphotovoltaikanlagen“ verhindern.

Mit diesen Überlegungen zeigen die Erläuterungen ein defizitäres Verfassungsverständnis. Zunächst ist festzuhalten, dass die geplante Neuregelung nicht einem „unkontrollierten Wettbewerb“, sondern jeden Wettbewerb ausschließt; dies dadurch, dass dem Land ein Nachfragemonopol für entsprechende Flächen eingeräumt wird. Diese Flucht in die Privatwirtschaftsverwaltung und ihre Verquickung mit dem öffentlichen Raumplanungsrecht ist durch kein öffentliches Interesse gerechtfertigt.

Die Einhaltung der Ziele und Grundsätze der überörtlichen Raumplanung kann ohne weitere Probleme durch die Anwendung des Raumplanungsrechts gewährleistet werden. Der umfangreiche Zielkatalog des § 1 Burgenländisches Raumplanungsgesetz 2019 bietet ausreichende Kriterien, nach denen die Landesregierung ihre Zonenverordnung gestalten kann. Die Verquickung des In-

halts einer solchen Zonenverordnung mit privatrechtlichen Eigentümerinteressen ist daher ein Fremdkörper im System des Landesraumplanungsrechts, in keiner Weise erforderlich zur Verwirklichung eines geordneten Wettbewerbs und einer Steuerung der Errichtung und des Betriebs von Freiflächenphotovoltaikanlagen.

Die Bestimmung ist darüber hinaus unverhältnismäßig, weil die Zielsetzung, der sie nach den Erläuterungen dienen soll, durch eine von den Zielen des § 1 Burgenländischen Raumordnungsgesetz orientierte Verordnung allein erreichbar ist. So ist zB der Schutz des Bodens, der Pflanzen und der Tierwelt, der Schutz und die Pflege erhaltenswerter Naturgegebenheiten und Kulturgüter sowie des Landschafts- und Ortsbildes im § 1 Abs 2 und 3 des Burgenländischen Raumplanungsgesetzes ausdrücklich verankert. § 1 Abs 2 Z 9 bestimmt, dass auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Gewerbes und der Industrie besonders Bedacht zu nehmen ist, „wobei auf die Standorterfordernisse, die Infrastruktur und die besondere Umweltsituation Rücksicht zu nehmen ist.“

Diese nur beispielhaft aufgezählten Raumplanungsziele werden durch die geplante Neuregelung nicht verwirklicht oder gefördert, sondern durch die Verquickung und das Abstellen auf private Eigentumsverhältnisse nachhaltig durchbrochen. Abgesehen davon, dass die Bestimmung offenbar das Ziel hat, dem Land als privatrechtlichem Eigentümer einen besonderen privilegierten Status zuzuerkennen und darüber hinaus ein Nachfragemonopol zuzugestehen ist kein Grund

ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, private Eigentümerinteressen in dieser Weise mit raumplanungsrechtlichen Grundsätzen zu verknüpfen.

Im Erkenntnis VfSlg 10357 hatte der VfGH eine Bestimmung des oberösterreichischen Landes-Straßenverwaltungsgesetzes verfassungsrechtlich zu beurteilen. Diese Bestimmung sah vor, dass vorbehördliche Bewilligungen, die in einer Entfernung bis zu 50 Meter vom Straßenrand ausgeführt werden, nur dann erteilt werden dürfen, wenn die Straßenverwaltung der Erteilung der Baubewilligung zustimmt. Die Straßenverwaltung hatte diese Zustimmung privatwirtschaftlich zu erteilen. Der Verfassungsgerichtshof sah es als verfassungswidrig an, dass die Zulässigkeit einer Bauführung von der Zustimmung eines privaten Dritten abhängig ist, „auch wenn dessen rechtlich geschützte Interessen wie sie auch anderen allgemein zustehen, gar nicht betroffen sind.“

Der Verfassungsgerichtshof folgte in diesem Erkenntnis der Einschätzung des antragstellenden VwGH, der in der „Konstruktion eines Zustimmungsrechtes von Trägern der Privatwirtschaftsverwaltung zu einem Hoheitsakt eine Bedrohung der rechtsstaatlichen Ordnung“ sah. Durch eine Verlagerung der Entscheidungen von der hoheitlichen Ebene auf die Ebene der Privatwirtschaftsverwaltung komme es zu einer Ausschaltung der materiellen Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Eine solche Regelung sei völlig willkürlich. Der Verfassungsgerichtshof hob die angefochtene Bestimmung des oberösterreichischen Straßenverwaltungsgesetzes auf.



Folgt man diesen Überlegungen der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, so führt es zum Ergebnis, dass die geplante Regelung einen unsachlichen Eingriff in das Eigentumsrecht privater Grundeigentümer darstellt und darüber hinaus offensichtlich von der Absicht getragen ist, einer Kontrolle der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts – insbesondere des Verfassungsgerichtshofes – auszuweichen.

### **III. Die Konsequenzen für die Unternehmer**

Für die Unternehmer, die Anlagen zur Gewinnung von Elektrizität durch Sonnenenergie errichten und betreiben, hat die geplante Neuregelung die Konsequenz, dass sie gezwungen werden, mit dem Land eine privatrechtliche Vereinbarung treffen, die ihnen die entsprechenden Nutzungsrechte an Grundstücken des Landes einräumt. Das Land entscheidet im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung darüber, ob es der Errichtung und dem Betrieb einer Photovoltaikanlage zustimmt. Im Ergebnis ist das Land dabei auch weitgehend frei, das Entgelt für eine solche Nutzung festzusetzen. Dem Unternehmen bleibt nur die Möglichkeit, sich dem Diktat des Landes zu unterwerfen oder von seinen Plänen Abstand zu nehmen. Das Unternehmen hat keine Möglichkeit, seine unternehmerische Tätigkeit auf Flächen, die nicht dem Land zur Verfügung stehen, zu entfalten, auch wenn diese Flächen für die vorliegenden Zwecke bestens geeignet wären.

Die im § 53a Abs. 3 vorgesehene Beschränkung für Freiflächen, die dem Land oder einer von ihm beherrschten Einrichtung zur Verfügung stehen, bewirkt, dass das Unternehmen seine wirtschaftliche Tätigkeit nur auf solchen Grundflächen ausüben kann, für die es eine privatrechtliche Zustimmung des Landes erwirken kann. Das Monopol des Landes schließt sämtliche andere Rechtssubjekte aus; wer immer Eigentum oder Nutzungsrechte an einem Grundstück hat – neben Privaten auch der Bund, Bundesgesellschaften, andere Bundesländer, Gemeinden oder andere Körperschaften – muss diese Rechte dem Land Burgenland zu dessen Konditionen einräumen.

Die Erläuterungen versuchen ein Monopol des Landes „für Errichtung und Betrieb von Photovoltaikanlagen im Burgenland“ mit dem Hinweis zu verdunkeln, dass diese „ausschließlichen und besonderen Rechte“ des Landes nur Anlagen auf großen Flächen betreffen, kleine Anlagen aber nicht erfassen. Dies ist insofern irreführend, als solche kleinen Anlagen nur dann ausgenommen sind, sofern sie dem Eigenbedarf dienen. Solche Anlagen nehmen aber am Wettbewerb nicht direkt teil.

Es kann nicht zweifelhaft sein, dass das vorgesehene Landesmonopol in das verfassungsrechtliche Eigentumsrecht und in das Recht auf freie Erwerbstätigkeit aller vom Land verschiedenen Grundeigentümer und Nutzungsberechtigten eingreift, ohne dass diese Eingriffe durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt

sind. Die in den Erläuterungen mehrfach betonte Absicht, die Steuerung der Errichtung und des Betriebes großer Freiflächenphotovoltaikanlagen „ausschließlich“ dem Land als Privatrechtsträger vorzubehalten, schafft eine Ermächtigung zu Willkür und ist daher unsachlich. Ein „unkontrollierter Wettbewerb“ – vor dem man sich in den Erläuterungen offenbar fürchtet – kann durch öffentlich-rechtliche Instrumente ausgeschlossen werden. Massive Grundrechtseingriffe sind dazu nicht erforderlich.

Auch in dieser Hinsicht zeigt sich, dass der geplanten Regelung keine sachlichen Überlegungen zugrundeliegen. Um einen geordneten Wettbewerb sicherzustellen, ist es nicht erforderlich, durch Schaffung eines Monopols des Landes einen Wettbewerb gänzlich auszuschließen. Die in § 53a Abs 3 vorgesehene Zonenverordnung gestattet es der Landesregierung, unter Beachtung der raumplanungsrechtlichen Grundsätze, auf einen sparsamen Ressourcenverbrauch und einen geordneten Wettbewerb hinzuwirken. Eingriffe in die Grundrechte der Grundeigentümer und Unternehmen durch Einräumung einer Monopolstellung des Landes sind dazu jedenfalls nicht erforderlich; die mit der geplanten Regelung geschaffene Flucht aus der rechtsstaatlichen Kontrolle widerspricht dem Rechtsstaatsprinzip.

#### IV. Unionsrechtliche Überlegungen

Die Erläuterungen zu § 53a versuchen die Einräumung einer Monopolstellung des Landes und des Ausschlusses jedes Wettbewerbs bei der Errichtung von Anlagen zur Gewinnung von Elektrizität durch Sonnenenergie auf Freiflächen damit zu begründen, dass das Ziel „einer Minimierung eingesetzter Mittel (Flächenbedarf und beschränkte Energieleitungskapazitäten)“ mit einem „unkontrolliertem Photovoltaikausbau“ nicht vereinbar sei. Und wörtlich heißt es weiter:

*„...ausschließlich eine vom Land selbst gesteuerte Errichtung und Betrieb großer Freiflächen-Photovoltaikanlagen ist geeignet, die ehrgeizig gesteckten Klima- und energiepolitischen Ziele unter Minimierung der eingesetzten Flächen und Energieleitungskapazitäten sowie eine Optimierung der Standorte dieser Freiflächen-Photovoltaikanlagen zu erreichen.“*

In den Erläuterungen wird dabei auch auf Art 106 Abs 2 AEUV Bezug genommen. Die geplante Regelung wird mit der Begründung als verhältnismäßig qualifiziert, dass die Regelung nur die Errichtung und den Betrieb großer Freiflächen-Photovoltaikanlagen betrifft, weshalb kein Monopol vorgesehen sei. Diese Äußerung ist insofern irreführend, als die nichterfassten Photovoltaikanlagen gem § 53a Abs 2 Z 1 „vorrangig der Deckung des Eigenbedarfs des zugehörigen Gebäudes“ dienen sollen. Derartige Anlagen haben daher für das Marktgeschehen am Strommarkt lediglich indirekte Auswirkungen und nehmen am Wettbewerb nicht teil.

Die Erläuterungen erkennen richtig, dass die geplante Regelung am Maßstab des Art 106 Abs 2 AEUV zu beurteilen ist. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Vorschriften der europäischen Verträge, „insbesondere die Wettbewerbsregeln“, für Unternehmen, die mit Dienstleitungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, soweit nicht gelten, als die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgabe „rechtlich oder tatsächlich verhindert“. In der Literatur wird dazu die Auffassung vertreten, dass die Wettbewerbsregeln nur insoweit außer Acht gelassen werden können, als dies zur Erfüllung der besonderen Aufgaben „zwingend erforderlich ist“ (*Lewisch*, RZ 85 zu Art 106 AEUV in *Mayer/Stöger*, Kommentar zu EUV und AEUV).

Im vorliegenden Zusammenhang wird behauptet, dass ein ressourcenschonender Ausbau großer Photovoltaikanlagen ohne Monopol des Landes unmöglich wäre. Dies ist zu verneinen; nicht zuletzt auch deshalb, weil zur Erreichung dieses Zieles wesentlich gelindere Maßnahmen zur Verfügung stehen. Ein ressourcenschonender Ausbau von Photovoltaikanlagen auf größeren Freiflächen kann durch entsprechende Regelungen im Raumplanungsrecht ohne weiteres erreicht werden. Ein Monopol des Landes ist dazu weder erforderlich noch ist es verhältnismäßig.

Im Übrigen sei auch auf den mit Erlass des BMK vom 16. September 2020 (ZI 2020-0.468.446) vorgelegten Entwurf eines EAG hingewiesen. Mit diesem Entwurf werden Fördermaßnahmen unter anderem für die Errichtung von Photovoltaikanlagen vorgesehen. § 10 des Entwurfs sieht die Gewährung einer Marktprämie vor, § 54f Investitionszuschüsse für Photovoltaikanlagen. Beide Bestimmungen gehen implizit davon aus, dass es in diesem Bereich einen Strommarkt gibt. Dies bedeutet, dass die Strategie des Bundes auf dem Gebiet des Ausbaus von Photovoltaikanlagen, nicht auf die Schaffung von Monopolen der öffentlichen Hand, sondern offenbar auf die Förderung eines Wettbewerbs abzielt.

Ohne dass hier die unionsrechtlichen Überlegungen vertieft werden könnten, ist jedenfalls festzuhalten, dass der burgenländische Weg, der in der Schaffung von Landesmonopolen besteht, weder auf der Linie der Strommarktstrategie des Bundes liegt noch mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Wenn auch bei der Auslegung des Art 106 Abs 2 AEUV im Einzelnen noch vieles strittig ist (vgl dazu *Lewisch*, aaO) kann jedenfalls nicht davon gesprochen werden, dass ein ressourcenschonender Ausbau der Stromerzeugung durch Photovoltaikanlagen ausschließlich dadurch gewährleistet sein kann, dass das Land auf diesem Gebiet ein Monopol hat. Die vorgeschlagene Neuregelung ist daher mit Art 106 Abs 2 AEUV nicht vereinbar, weshalb nach dem vorliegenden Entwurf eines EAG auch eine Förderung durch Marktprämie ausgeschlossen ist (vgl § 10 Abs 4 EAG).

## V. Die Photovoltaikabgabe

Gemäß § 53a Abs 4 begründen „Photovoltaikanlagen gemäß Abs 3 [...] eine Abgabe“; gemeint ist wohl, dass Photovoltaikanlagen eine Abgabepflicht begründen. Gemäß § 53a Abs 6 wird die Höhe der Abgabe durch Verordnung der Landesregierung geregelt. Die Landesregierung hat dabei „insbesondere auf das Flächenausmaß und die Schwere des Eingriffs in das Landschaftsbild bedacht zu nehmen.“

Gemäß Art. 18 Abs 1 BVG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden. Der Verfassungsgerichtshof verlangt im Einklang mit der herrschenden Lehre in ständiger Rechtsprechung, „dass [...] bereits im Gesetz die wesentlichen Voraussetzungen und Inhalte des behördlichen Handelns umschrieben sein müssen.“ (zB VfSlg 19448; *Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht*<sup>12</sup> [2019] 265 ff; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*<sup>11</sup> [2015] 294 f). Im Einzelnen vertritt der VfGH ein differenziertes Legalitätsprinzip: „Angesichts der unterschiedlichen Lebensgebiete, Sachverhalte und Rechtsfolgen, die Gegenstand und Inhalt gesetzlicher Regelungen sein können, sei ganz allgemein davon auszugehen, dass Art 18 BVG einen dem jeweiligen Regelungsgegenstand adäquaten Determinierungsgrad verlangt“ (vgl abermals VfSlg 19448 mit Verweis auf Vorjudikatur).

Nach der zitierten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes ist „eine besonders genaue Determinierung“ in jenen Bereichen geboten, in denen eine exakte Vorherbestimmung möglich ist und in denen das Rechtsschutzbedürfnis eine solche erfordert. Zu diesen Bereichen zählen neben dem Strafrecht, das Sozialversicherungsrecht und das Steuerrecht (vgl dazu allgemein mit weiteren Nachweisen *Kröll*, Durchführungsverordnung und differenziertes Legalitätsprinzip, ZfV 2017, 280 – hier 284). Der Verfassungsgerichtshof hat aber schon in VfSlg 13309 ausgesprochen, dass unbestimmte Determinanten für die Bestimmung der Höhe einer Abgabe durch „Festlegung einer der Maximalhöhe einer Abgabe (eines Beitrages) im Gesetz“ im Ergebnis eine ausreichende inhaltliche Bestimmtheit einer Verordnung schaffen können.

Im Lichte der zitierten Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes erweist sich § 53a Abs 6 mangels ausreichender inhaltlicher Bestimmtheit als verfassungswidrig. Die Bestimmung enthält keine Maximalhöhe, sondern determiniert die Höhe durch Anknüpfen an das „Flächenausmaß“ und „die Schwere des Eingriffs in das Landschaftsbild“. In dieser Formulierung bleibt vollkommen offen, in welchem Verhältnis das Flächenausmaß und die Schwere des Eingriffs stehen. Besonders für die Bezugnahme auf das Flächenausmaß gilt, dass diese Determinante leicht exakt formuliert werden könnte, indem im Gesetz nähere Parameter festgelegt werden. Die angeordnete Bedachtnahme auf die Schwere des Eingriffs in das Landschaftsbild ist von hoher Unbestimmtheit und bewirkt für sich allein keine determinierende Wirkung. Eine solche könnte möglicherweise so er-



reicht werden, dass das Gesetz eine Maximalhöhe festlegt und gleichzeitig das Flächenausmaß exakt bestimmt.

In der vorgeschlagenen Fassung ist § 53a Abs 6 verfassungswidrig.

## **VI. Allgemeine Geschäftsbedingungen gem § 53a Abs 7**

§ 53a Abs 7 sieht vor, dass „der Errichtung und [dem] Betrieb von Photovoltaikanlagen „Allgemeine Geschäftsbedingungen zu Grunde zu legen sind“; diese haben „einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Eigentümern ... der Grundstücke ... und der Einrichtung oder Gesellschaft gem Abs 3“ zu schaffen. Die Eigentümer sollen ein angemessenes Entgelt erhalten, dessen Höhe durch Verordnung der Landesregierung zu regeln ist.

Die Bestimmung ist im Wesentlichen unklar: wer hat die AGB aufzustellen und zur Genehmigung einzureichen? Wozu dienen solche AGB, wenn das Entgelt, dass die Grundeigentümer erhalten, durch Verordnung der Landesregierung bestimmt wird? In welcher Beziehung stehen diese AGB und die VO der Landesregierung? AGB und VO der Landesregierung sind nach denselben Kriterien zu gestalten; welchen sachlichen Gründen dient die vorgesehene Genehmigung der AGB durch die Landesregierung?

Die Bestimmung des § 53a Abs 7 ist von geradezu beispielloser Unklarheit; diese verhindert letztlich eine Beurteilung ihrer Gleichheitskonformität und begründet daher eine Verfassungswidrigkeit der Bestimmung (VfSlg 13492; *Handstanger*, Gleichheitssatz und Bestimmtheit eines Gesetzes, ZfV 1994, 18).

## **VII. Baulandmobilisierungsabgabe**

Ein neu zu schaffender § 24a sieht eine Baulandmobilisierungsabgabe vor. Dabei soll es sich um eine gemeinschaftliche Landesabgabe im Sinne des § 6 Abs 1 Z 4 lit b F-VG handeln. Die Höhe der Abgabe ist im § 24a Abs 6 geregelt. Gem § 24 Abs 7 können die im Abs 6 angeführten Prozentsätze durch Verordnung der Landesregierung „geändert werden“. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Eigentümer von kleineren Flächen weniger belastet werden als Eigentümer von größeren Flächen. Darüber hinaus kann durch Verordnung der Landesregierung eine Ausnahme von der Abgabepflicht vorgesehen werden.

§ 24a Abs 7 ist gem Art 18 Abs 1 und 2 B-VG verfassungswidrig. Die Ermächtigung der Landesregierung durch Verordnung die Prozentsätze zu ändern, umfasst eine Ermächtigung diese Prozentsätze geringer, aber auch höher festzusetzen; dies ohne Höchstgrenze. Die Determinierung dieser Ermächtigung ist

nicht ausreichend bestimmt und schafft einen unzulässig weiten Spielraum der Landesregierung. Es ist zu wiederholen, dass nach der Judikatur der Verfassungsgerichtshofes im Bereich der Abgaben „eine besonders genaue Determinierung“ zu erfolgen hat (zB VfSlg 19448). Vollkommen undeterminiert ist die Ermächtigung des letzten Satzes, durch Verordnungen Ausnahmen von der Abgabepflicht vorzusehen. Dieser Satz ermächtigt zur Ausübung von Willkür und ist daher verfassungswidrig.

## VIII. Ergebnisse

Dieses Rechtsgutachten kommt zu folgenden Ergebnissen:

1. § 53a Abs 3 schafft ein privatwirtschaftliches Monopol des Landes Burgenland; sachliche Gründe liegen nicht vor.
2. Dieses Monopol ist in mehrfacher Hinsicht grundrechtswidrig (Eigentum, Erwerbsfreiheit, Gleichheit).
3. Dieses Monopol verletzt auch Art 106 Abs 2 AEUV und ist daher auch unionsrechtswidrig.
4. Die Unionsrechtswidrigkeit bewirkt auch, dass nach dem vorliegenden Entwurf eines EAG eine Förderung durch Marktprämie ausgeschlossen ist (§ 10 Abs 4 EAG).
5. Die im § 53a Abs 6 vorgesehene Regelung der Höhe der Photovoltaikabgabe ist mangels ausreichender Bestimmtheit (Art 18 Abs 1 B-VG) verfassungswidrig.

6. Die Bestimmung des § 53a Abs 7 betreffend Allgemeine Geschäftsbedingungen ist in erheblichem Maß unbestimmt und daher gleichheitswidrig.
7. Die Höhe der im § 24a vorgesehenen Baulandmobilisierungsabgabe wird im Abs 7 in verfassungswidriger Weise einem Ermessen der Landesregierung unterstellt; diese Ermächtigung ist von verfassungswidriger Unbestimmtheit (Art 18 Abs 1 B-VG).

Heinz Mayer