

Wien, am 10. November 2022

Burgenländisches Raumplanungsgesetz 2019
- geplante Neuregelung der Windkraft- und der Photovoltaikab-
gabe

I. Sachverhalt

Das burgenländische RPG¹ sieht seit Inkrafttreten der Novelle LGBl 2021/27 vor, dass Errichter oder Betreiber von Windkraft- und Photovoltaikanlagen „als Ausgleich für die ...bewirkte Belastung des Landschaftsbildes“ eine Abgabe zu entrichten haben. § 53b RPG erhielt seine geltende Fassung durch LGBl 2022/42.

Gegenstand des zu erstattenden Rechtsgutachtens ist die Bestimmung des § 53b Abs 5 RPG 2019; sie hat folgenden Wortlaut:

(5) Die Landesregierung hat die Höhe der Abgaben unter Bedachtnahme auf die Flächengröße der Photovoltaikanlagen und die Höhe und Leistung der Windkraftanlagen durch Verordnung festzusetzen. In dieser Verordnung kann für Photovoltaikanlagen maximal eine jährliche Abgabe in Höhe von 1 400 Euro pro Hektar beanspruchter Fläche und für Windkraftanlagen maximal eine jährliche Abgabe in Höhe von 3 000 Euro pro Megawatt vorgesehen werden. Für Anlagen, die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes LGBl. Nr. 42/2022 rechtskräftig genehmigt und fertiggestellt wurden, sind Abgaben schrittweise bis zur maximal jährlichen Abgabe wie folgt vorgesehen: Für Photovoltaikanlagen erfolgt ein linearer Anstieg von einer minimalen Abgabe in Höhe von 700 Euro pro Hektar bis zur maximalen Abgabe über eine Laufzeit von 4 Jahren, für Windkraftanlagen erfolgt ein linearer Anstieg von einer minimalen Abgabe in Höhe von 800 Euro pro Megawatt bis zur maximalen Abgabe über eine Laufzeit von 4 Jahren.

Derzeit liegt dem burgenländischen Landtag ein Selbständiger Antrag vom 20. Oktober 2022 vor (22-1178). Dieser Antrag zielt unter anderem auf eine Änderung des § 53b Abs 5 RPG. Die künftige Fassung soll lauten:

¹ Gesetz vom 4. Juli 2019 über die Raumplanung im Burgenland 2019 (Burgenländisches Raumplanungsgesetz 2019 - Bgld. RPG 2019), im Folgenden kurz RPG.

„(5) Die Landesregierung hat die Höhe der Abgaben unter Bedachtnahme auf die Flächengröße der Photovoltaikanlagen und die Höhe und Leistung der Windkraftanlagen durch Verordnung festzusetzen. Diese Verordnung kann auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden. In dieser Verordnung kann für Photovoltaikanlagen maximal eine jährliche Abgabe in Höhe von 6 500 Euro pro Hektar beanspruchter Fläche und für Windkraftanlagen maximal eine jährliche Abgabe in Höhe von 17 600 Euro pro Megawatt vorgesehen werden. Für Anlagen, die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes LGBl. Nr. 42/2022 rechtskräftig genehmigt und fertiggestellt wurden, sind Abgaben schrittweise bis zur maximal jährlichen Abgabe wie folgt vorgesehen: Für Photovoltaikanlagen erfolgt ein linearer Anstieg von einer minimalen Abgabe in Höhe von 3 250 Euro pro Hektar bis zur maximalen Abgabe über eine Laufzeit von 4 Jahren, für Windkraftanlagen erfolgt ein linearer Anstieg von einer minimalen Abgabe in Höhe von 7 900 Euro pro Megawatt bis zur maximalen Abgabe über eine Laufzeit von 4 Jahren.“

Die geplanten Änderungen sind Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens.

II. Die Änderungen im Detail

Die geltende Rechtslage sieht für Windkraft- und Photovoltaikanlagen eine Höchstgrenze für die Abgabe vor. Sie beträgt für Windkraftanlagen jährlich 3 000 € pro Megawatt; mit der geplanten Novelle soll die jährliche Höchstgrenze auf 17 600 € pro Megawatt (das sind 586,7% des derzeitigen Höchstwertes) festgelegt werden. Für Photovoltaikanlagen beträgt die Höchstgrenze derzeit jährlich 1 400 € pro Hektar beanspruchter Fläche; diese soll mit der geplanten Novelle auf 6 500 € pro Hektar beanspruchter Fläche angehoben werden (das sind 464,3% des derzeitigen Höchstwertes).

Wie bisher soll die Abgabe für bestehende Anlagen linear angehoben werden. Über eine Laufzeit von vier Jahren wird die Abgabe nach der geltenden Rechtslage bei Windkraftanlagen schrittweise von 800 € bis zur maximalen Abgabe von 3 000 € pro Megawatt erhöht, bei Photovoltaikanlagen von 700 € bis zur maximalen Abgabe von 1 400 € pro Hektar beanspruchter Fläche.

Nach der vorgeschlagenen Neuregelung soll nun die Erhöhung für bestehende Anlagen sofort (wenn nicht sogar rückwirkend, siehe III.) für Windkraftanlagen von 7 900 € pro Megawatt (statt bisher 800 €) angehoben werden (dies bedeutet die Anhebung der „Eingangsabgabe“ auf beinahe das Zehnfache, exakt 987,5%) und weiters über eine Laufzeit von vier Jahren bis zur Höchstgrenze von 17 600 € pro Megawatt ansteigen; dies entspricht in etwa dem sechsfachen Wert (exakt 586,7%) der derzeit geltenden Höchstgrenze.

→ Sprung von 800 € auf 7 900 € = 9,8faches; entspr Steigerung auf 987,5%

→ Sprung von 7 900 € auf 17 600 € = 2,2faches; entspr Steigerung auf 222,8%

→ Sprung von 3 000 € auf 17 600 € = 5,9faches; entspr Steigerung auf 586,7%

Für Photovoltaikanlagen soll nach der vorgeschlagenen Neuregelung die Erhöhung für bestehende Anlagen sofort (wenn nicht sogar rückwirkend, siehe III.) von 3 250 € pro Hektar beanspruchter Fläche (statt bisher 700 €) angehoben werden (dies bedeutet die Anhebung der „Eingangsabgabe“ auf beinahe das Fünffache, exakt 464,3%) und weiters über eine Laufzeit von vier Jahren bis zur Höchstgrenze von 6 500 € pro Hektar beanspruchter Fläche ansteigen; dies entspricht in etwa dem fünffachen Wert (exakt 464,3%) der derzeit geltenden Höchstgrenze.

→ Sprung von 700 € auf 3 250 € = 4,6faches; entspr Steigerung auf 464,3%

→ Sprung von 3 250 € auf 6 500 € = 2,0faches; entspr Steigerung auf 200,0%

→ Sprung von 1 400 € auf 6 500 € = 4,6faches; entspr Steigerung auf 464,3%

Wie bisher soll die Höhe der Abgabe unter Bedachtnahme auf „die Höhe und Leistung der Windkraftanlagen“ bzw „die Flächengröße der Photovoltaikanlagen“ durch Verordnung der Landesregierung festgelegt werden. Neu ist, dass nach

der vorgeschlagenen Rechtslage diese Verordnung auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden kann.

In der Folge soll zunächst die Ermächtigung zur rückwirkenden Inkraftsetzung der Verordnung behandelt werden, danach die vorgeschlagene Abgabenerhöhung.

III. Die Ermächtigung zur rückwirkenden Verordnungserlassung

§ 53b Abs 5 in der vorgeschlagenen Fassung umschreibt die Ermächtigung zur rückwirkenden Verordnungserlassung wie folgt: „Diese Verordnung kann auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden.“

Diese Ermächtigung ist zunächst deshalb verfassungswidrig, weil sie der Landesregierung einen beliebigen Spielraum dahingehend einräumt, für welchen Zeitraum sie die rückwirkende Inkraftsetzung vornehmen will und nach welchen Kriterien eine solche erfolgen soll. Nach dem Wortlaut der zitierten Bestimmung könnte eine rückwirkende Inkraftsetzung mit 1. Juli 2022, wohl aber auch mit 1. Jänner 2022 oder zu einem noch früheren Zeitpunkt erfolgen. Da diese Neuregelung eine erhebliche Mehrbelastung der Betroffenen bewirkt, wäre hier eine genaue Determinierung der rückwirkenden Inkraftsetzung erforderlich (Art 18 Abs 2 B-VG).

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes sind rückwirkende, nachteilige Änderungen der Rechtslage dann verfassungswidrig, wenn der Rechtsunterworfenen durch einen Eingriff von erheblichem Gewicht in einem berechtigten Vertrauen auf die Rechtslage enttäuscht wurde und keine Umstände vorliegen, die eine solche Rückwirkung verlangen oder rechtfertigen (VfSlg 20426, 17892, 18137, 20187). Es muss nicht weiter begründet werden, dass die rückwirkende Inkraftsetzung einer Verordnung betreffend die Windkraft- und Photovoltaikabgabe einen Eingriff von erheblichem Gewicht bewirkt. Die vorgesehenen Abgabenerhöhungen sind beträchtlich.

- So beginnt für bestehende Anlagen der lineare Anstieg nach der geltenden Regelung für Windkraftanlagen bei 800 €, nach der vorgeschlagenen Regelung bei 7 900 € pro Megawatt sowie für Photovoltaikanlagen nach der geltenden Regelung bei 700 €, nach der vorgeschlagenen Regelung bei 6 500 € pro Hektar beanspruchter Fläche.
- Als Höchstgrenze für die jährliche Abgabe sind nach der geltenden Rechtslage für Windkraftanlagen 3 000 € pro Megawatt vorgesehen; nach der vorgeschlagenen Neuregelung eine Höchstgrenze von 17 600 €, also das beinahe 6-fache des derzeit geltenden Höchstwertes. Bei Photovoltaikanlagen wird die Höchstgrenze von 1 400 € auf 6 000 € pro Hektar beanspruchter Fläche, also das beinahe Fünffache angehoben.

- Für Neuanlagen gilt sofort ab Inbetriebnahme eine Abgabe in der Höhe von 17 600 € pro Megawatt pro Jahr für Windkraftanlagen und 6 500 € pro Hektar beanspruchter Fläche pro Jahr.

Betreiber von bestehenden Windkraft- und Photovoltaikanlagen werden damit plötzlich mit einer Abgabenbelastung konfrontiert, mit der sie nicht rechnen mussten. Stammt doch das Gesetz, das diese Abgabe erstmals vorgesehen hat, aus 2021 und wurde erst mit Wirkung vom 11.06.2022, vor wenigen Monaten also, novelliert (LGBI 2022/42). Die Neureglung macht Finanzplanungen zu Makulatur, was insbesondere im Fall von Fremdfinanzierung höchst problematisch ist; durch eine allfällige Rückwirkung wird dieser Effekt verschärft und kann den weiteren Ausbau solcher Anlagen verhindern.

Betreiber von bestehenden Windkraft- und Photovoltaikanlagen haben auch keine Möglichkeit dieser Abgabenerhöhung zu entkommen; die einzige Möglichkeit wäre den Betrieb einzustellen und die Anlage abzurechen (§ 53b Abs 4 erster Satz RPG).

Empfindlich sind die Auswirkungen der vorgeschlagenen Rechtslage auch für Betreiber von derzeit in Planung befindlichen Anlagen (Neuanlagen). Da diese wesentlich auf die Finanzierung durch Banken angewiesen sind, sind alle bisher erarbeiteten Wirtschaftspläne bedeutungslos. Für kurzfristig neu zu erstellende Wirtschaftspläne gibt es auch keinen Vertrauensschutz, wenn es möglich ist,

dass eine Abgabe kurzfristig und überfallsartig (vgl § 59 Abs 8 Z 2 der geplanten Neuregelung) – und womöglich rückwirkend – erheblich erhöht wird.

Ganz allgemein sieht der Verfassungsgerichtshof rückwirkende nachteilige Änderungen der Rechtslage dann als verfassungskonform an, wenn solche Rückwirkungen sachlich begründet sind; dies ist zB dann der Fall, wenn eine Rückwirkung zur Vermeidung einer Verfassungswidrigkeit dient (VfSlg 12322, 12479; allgemein auch *Ruppe*, Rückwirkung von Abgabengesetzen, FS *Adamovich* [1992] 567ff; vgl auch VfSlg 17892). Im Erkenntnis VfSlg 20426 wurde zB eine gesetzliche Rückwirkung auch deshalb als zulässig angesehen, weil kein Eingriff von erheblichem Gewicht vorlag (vgl auch VfSlg 20187).

Im vorliegenden Zusammenhang ist die Ermächtigung zur rückwirkenden Verordnungserlassung nicht nur deshalb verfassungswidrig, weil sie völlig unbestimmt ist, sondern auch weil sie einen Eingriff von erheblichem Gewicht ermöglicht und durch keine Umstände gerechtfertigt wird. Die Erläuterungen zur vorgeschlagenen Novellierung nehmen auf die vorgeschlagene Ermächtigung zur rückwirkenden Verordnungserlassung bezeichnenderweise nicht Bezug.

IV. Rechtsnatur und Höhe von Abgaben im Allgemeinen

Aus finanzverfassungsrechtlicher Sicht ist zunächst festzuhalten, dass die Windkraft- und die Photovoltaikabgabe gemeinschaftliche Landesabgaben gemäß § 6

Abs 1 Z 4 lit a F-VG sind; ihr Ertrag fällt zu 50 Prozent dem Land und zu 50 Prozent jener Gemeinde zu, in deren Gemeindegebiet die Anlage errichtet wurde. Der Abgabenertrag ist zur Gänze sozialen Zwecken gewidmet (§ 53b Abs 2). Die Beträge sind indexiert (§ 53b Abs 6).

Die finanzwissenschaftliche Terminologie sowie zum Teil auch die Judikatur und die verfassungsrechtliche Literatur unterscheiden Abgaben in Steuern, Gebühren und Beiträge (vgl zB *Ruppe* Rz 8 zu § 5 F-VG in *Korinek/Holoubek* [Hrsg] Österreichisches Bundesverfassungsrecht; *Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁶ [2020] 705 – alle mit weiteren Nachweisen). Dabei spricht man von Steuern, wenn die Abgabe ohne spezifische Gegenleistung, somit „voraussetzungslos“, zu erbringen ist; von Gebühren spricht man dann, wenn Abgaben im Zusammenhang mit einer Gegenleistung der Gebietskörperschaft zu erbringen sind; von Beiträgen dann, wenn der Verpflichtete an der Aufrechterhaltung einer öffentlichen Einrichtung ein besonderes Interesse hat.

Die Gesetzgebung folgt dieser Gliederung weitgehend nicht, ihre rechtliche Bedeutung ist eher gering. Eine gewisse Rolle spielt der Begriff der „Gebühren“, weil der Verfassungsgerichtshof für deren Höhe die Relevanz des sogenannten „Äquivalenzprinzips“ annimmt (vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des Österreichischem Bundesverfassungsrechts¹¹ [2015] 171 mit weiteren Nachweisen).

Obwohl Abgaben in das Grundrecht auf Eigentum eingreifen, spielt der Eigentumsschutz im Zusammenhang mit dem Abgabewesen praktisch nur eine geringe Rolle. Dies liegt daran, dass das Eigentum unter Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist und daher gesetzliche Eingriffe im öffentlichen Interesse zulässig sind (Art 5 StGG). Über die Frage, ob ein öffentliches Interesse an einer Abgabepflicht besteht, gewinnt aber der Gleichheitsgrundsatz in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes erhebliche Bedeutung.

Nach heute ständiger Judikatur des Verfassungsgerichtshofes verbietet der Gleichheitssatz auch dem Abgabengesetzgeber Regelungen zu treffen, die sachlich nicht gerechtfertigt sind; diese Formel wurde erstmals deutlich im Jahr 1987 (VfSlg 11369) ausgesprochen. Während nach der früheren Rechtsprechung der Gleichheitsgrundsatz bloß willkürliche Differenzierungen verboten hat und im Übrigen dem Gesetzgeber großen Spielraum ließ, prüft der Verfassungsgerichtshof heute jede abgabenrechtliche Regelung daraufhin, ob sie „an sich“ sachlich gerechtfertigt ist. Diese Prüfung bezieht sich sowohl auf den Kreis der Verpflichteten wie auch auf die Abgabentatbestände und die Höhe der Abgabenbelastung (vgl zB *Ruppe*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für Umweltabgaben, FS *Krejci* II [2001] 2082 ff).

Der primäre Zweck von Abgaben ist die Beschaffung von Einnahmen für die Gebietskörperschaften (Fiskalzweck; vgl *Kofler* Rz 12 § 5F-VG in *Kneihls/Lienbacher* [Hrsg] Bundesverfassungsrecht – mit weiteren Nachweisen). So führt der

Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis VfSlg 19976 aus, „dass es dem Gesetzgeber im Rahmen seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes nicht verwehrt ist, allein in Verfolgung fiskalischer Zwecke eine Anhebung des Schaumweinsteuersatzes ... vorzunehmen, ohne dass es erforderlich ist, diese mit spezifischen Lenkungszwecken zu begründen.“ Weiter führt das Verfassungsgericht zu dem zitierten Erkenntnis aus, dass eine solche Maßnahme jedenfalls schon deshalb gerechtfertigt ist, weil „sie auf die Belastung der Einkommensverwendung für ein nicht existentielles Verbrauchsgut abzielt“.

Damit deutet der Verfassungsgerichtshof an, dass auch der fiskalische Zweck Grenzen hat: Für ein „nicht existentielles Verbrauchsgut“ besteht offenbar ein besonders weiter Spielraum.

Nach ständiger Rechtsprechung ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, mit einer Abgabe auch „nicht fiskalische Zwecke“ zu verfolgen; man spricht hier auch von Lenkungseffekten. Eine Grenze für die Verfolgung von Lenkungseffekten ist aber dahin anzunehmen, dass der Abgabengesetzgeber die Abgabenform nicht dazu missbrauchen darf, um in eine fremde Materie einzuwirken. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn eine Abgabepflicht die Betroffenen zu einem bestimmten Verhalten in einer fremden Materie geradezu zwingt. Einen solchen Zwang hat der Verfassungsgerichtshof zum Beispiel in einer Entscheidung zur Wiener Wohnraumabgabe angenommen und in dieser eine verkappte Materienregelung (Volkswohnungswesen) gesehen (VfSlg 10403). Ein spezifischer Fall eines Missbrauchs

der Abgabenform liegt auch dann vor, wenn eine Abgabe darauf gerichtet ist, eine bestehende wirtschaftliche Tätigkeit vollständig zu unterbinden. Man spricht dann von einer sogenannten „Erdrosselungssteuer“ (vgl. schon VfSlg 9750). Der Gesetzgeber muss aber grundsätzlich keine bestimmte Rentabilität einer Erwerbstätigkeit garantieren (VfSlg 18183).

Eine Analyse der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu den verfassungsrechtlichen Grenzen einer Abgabenbelastung zeigt ein sehr differenziertes Bild; es zeigt sich aber, dass der Verfassungsgerichtshof stets eine Sachlichkeitsprüfung vornimmt. So hat er zum Beispiel im Erkenntnis VfSlg 19976 zwar betont, dass der Gesetzgeber im Rahmen seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes „allein in Verfolgung fiskalischer Zwecke“ eine Abgabenerhöhung vornehmen darf; er hat aber gleichzeitig darauf hingewiesen, dass es im konkreten Fall eine „Belastung der Einkommensverwendung für ein nicht existenzielles Verbrauchsgut“ betrifft. Damit deutet der Verfassungsgerichtshof an, dass die zulässige Höhe der Abgabenbelastung auch in Verfolgung fiskalischer Zwecke nicht unbegrenzt ist.

Genauer prüft die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes in den Fällen, in denen eine Abgabenbelastung an den Zweck der Norm anknüpft. So hat der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis VfSlg 17890 ausgeführt, dass es möglicherweise zutreffend ist, dass das Ziel einer Baulandmobilisierung allein keine sachliche Rechtfertigung dafür bietet, den betroffenen Personenkreis mit einer Steuer

„in beliebiger Höhe zu belasten“. Vielmehr darf die Abgabenbelastung „gemessen am Zweck der Norm“ nicht exzessiv sein.

Genauer prüft der Verfassungsgerichtshof die Höhe von Abgaben auch dann, wenn das Gesetz Kriterien bestimmt, die bei der Festlegung der Abgabe zu berücksichtigen sind. Dies ist etwa bei den sogenannten Zweitwohnsitzabgaben regelmäßig der Fall. Wenn ein solches Gesetz vorsieht, das bei der Festlegung der Höhe der Abgabe „die Belastungen der Gemeinde durch Zweitwohnsitze und der Verkehrswert der Zweitwohnsitze als Maßstab heranzuziehen“ sind, dann erfolgt eine relativ genaue Prüfung auf das Vorliegen dieser Kriterien (VfSlg 18792; vgl zB aus jüngster Zeit: VfGH 07.03.2022, V175/2021; 07.03.2022, V54/2021; 23.06.2022, E710/2021).

Der Versuch einer allgemeinen Analyse der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zur zulässigen Höhe von Abgaben zeigt, dass jedenfalls kein schrankenloses Ermessen des Gesetzgebers besteht, deren Höhe zu bestimmen. Auch wenn ausschließlich fiskalische Zwecke verfolgt werden, wird geprüft, ob die Festsetzung der Höhe exzessiv ist (vgl nochmals VfSlg 19976). Werden gesetzliche Kriterien festgelegt, die bei der Festsetzung der Höhe der Abgabe zu beachten sind, erfolgt eine genauere Prüfung.

V. Die Höhe der vorgeschlagenen Windkraft- und der Photovoltaikabgabe aus verfassungsrechtlicher Sicht

1. Mit der Windkraft- und der Photovoltaikabgabe wird (auch) ein Lenkungseffekt verfolgt

§ 53b Abs 1 bestimmt, dass mit der Windkraft- und der Photovoltaikabgabe ein „Ausgleich für die ... bewirkte die Belastung des Landschaftsbildes ...“ vorgesehen wird. Die Bedeutung dieser Zweckbestimmung ist nicht einfach zu erkennen; da der Ertrag einer Abgabe „zur Gänze sozialen Zwecken“ zufließt (§ 53b Abs 2) und daher eine Belastung des Landschaftsbildes weder beseitigen noch verringern kann, scheint der Gesetzgeber einen Lenkungseffekt zu verfolgen. Unerfindlich ist auch, wie die vorgeschlagenen Abgabenerhöhungen mit dem „Ausgleich für die ... bewirkte Belastung des Landschaftsbildes“ gerechtfertigt werden können. Diese Belastung hat sich auch seit 2021 in keiner Weise verändert.

Die Windkraft- und die Photovoltaikabgabe sollen die Errichtung und den Betrieb weniger attraktiv machen was dazu führen könnte, dass weniger Anlagen errichtet werden und damit insgesamt weniger das Landschaftsbild belastende Anlagen errichtet werden. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Abgabengesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des VfGH und der Lehre mit einer Abgabe auch nicht-fiskalische Zwecke verfolgen darf; nicht-fiskalische Zwecke dürfen auch neben einer eindeutig fiskalischen Zielsetzung verfolgt werden

(*Ruppe* Rz 14 zu § 5 F-VG aaO; *Kofler* Rz 14 § 5 F-VG aaO – alle mit weiteren Nachweisen; vgl auch VfSlg 11143, 11615, 14597, 16378, 18183).

2. Die Motive des Gesetzgebers

Versucht man genauer zu eruieren, welche Motive der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 53b (Novelle LGBl 2021/27) verfolgt, so zeigt sich, dass der Gesetzgeber offenbar von unklaren Vorstellungen geleitet wird. So heißt es in den Erläuterungen zu § 53b aus dem Jahr 2021 (Initiativantrag 22-397), dass „diese Abgaben ... sowohl unionsrechtlich ... als auch nach Finanzverfassungsrecht zulässig“ seien. Inhaltslos sind auch die weiteren Ausführungen: so wird festgehalten, dass Windkraft- und Photovoltaikanlagen das Landschaftsbild belasten, weshalb ein abgabenrechtlicher Ausgleich geschaffen werden soll. Die Einnahmen sollen nach den Erläuterungen zu § 53b „nach Möglichkeit für Umweltschutz, Klimaschutz, Landschaftsschutz oder ähnliche Zwecke verwendet werden“.

Im Vorblatt der Erläuterungen heißt es, dass „Rahmenbedingungen für den Ausbau von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbarer Energie“ geschaffen werden sollen. Zu § 53a (Photovoltaikanlagen) führen die Erläuterungen unter anderem aus, „dass dem öffentlichen Interesse am Betrieb solcher Anlagen gegenüber dem Schutz des Landschaftsbildes Vorrang zukommen kann.“ Schon hier zeigt sich, dass die Motive des Gesetzgebers offenkundig widersprüchlich sind. Wenn die Materialien ausführen, dass dem öffentlichen Interesse am Betrieb von Windkraft- und Photovoltaikanlagen „gegenüber dem Schutz des

Landschaftsbildes Vorrang“ zukommen kann, so stellt sich die Frage, wie damit der mit § 53b verfolgte Lenkungseffekt vereinbar ist. Windkraft- und Photovoltaikabgaben führen jedenfalls dazu, dass die Errichtung und der Betrieb von Windkraft- und Photovoltaikanlagen weniger attraktiv und weniger rentabel ist. Damit wird dem Vorrang des öffentlichen Interesses an der Errichtung und dem Betrieb solcher Anlagen zuwidergehandelt. Die sachliche Rechtfertigung für die Einhebung der Windkraft- und Photovoltaikabgabe ist daher ganz allgemein höchst fraglich.

Die Widersprüchlichkeit der Zielsetzung, die mit Windkraft- und Photovoltaikabgaben verfolgt wird, setzt sich mit der Novelle LGBl 2022/42 fort. Mit dieser Novelle wurde die heute geltende Fassung des § 53b geschaffen. Im Vorblatt der Erläuterungen heißt es wörtlich (Initiativantrag 22-971):

„Schließlich ist es zur Umsetzung der Raumplanungsgrundsetze notwendig, zusätzlich gesetzliche Maßnahmen wie beispielsweise eine Ausdehnung der Windkraft- und Photovoltaikabgabe auch auf Anlagen, die bereits vor Inkrafttreten der gegenständlichen Novelle rechtskräftig genehmigt und fertiggestellt wurden, vorzusehen.“

Auch diese Erläuterung ist inhaltslos und gibt keine Auskunft darüber, warum es „notwendig“ sei, die Windkraft- und die Photovoltaikabgabe auf bereits bestehende Anlagen auszudehnen. Immerhin wird damit nämlich eine verfassungsrechtliche Problematik aufgeworfen. So hat der Verfassungsgerichtshof in seiner mit VfSlg 12186 aus dem Jahr 1989 beginnenden Rechtsprechung ausgesprochen, dass gesetzliche Regelungen „die nachträglich an früher verwirklichte

Tatbestände steuerliche Folgen knüpfen, dann zu einem gleichheitswidrigen Ergebnis“ führen, wenn durch einen Eingriff von erheblichem Gewicht das berechnete Vertrauen auf den Fortbestand der geltenden Rechtslage enttäuscht, wird „und nicht besondere Umstände eine solche Rückwirkung verlangen“ (VfSlg 20426). Dem Gesetzgeber der Novelle 2022 scheint offenbar nicht bewusst zu sein, dass mit der Ausdehnung der Windkraft- und der Photovoltaikabgabe auf bestehende Anlagen ein Eingriff von erheblichem Gewicht stattfindet und damit die Notwendigkeit besteht, die sachliche Rechtfertigung einer solchen Regelung zu begründen. Hier scheint ein verfassungsrechtliches Problembewusstsein nicht vorhanden zu sein.

Dass mit dieser Neuregelung ein erheblich intensiverer Eingriff erfolgte, zeigt sich auch darin, dass mit der Novelle LGBl 2022/42 die Windkraft- und die Photovoltaikabgabe wesentlich erhöht wurden, ohne dass es dazu eine Begründung gibt.

Das Bild ändert sich nicht, wenn man die geplante Neuregelung in Betracht zieht. Neben einer exorbitanten Erhöhung der Abgabe wird sogar deren rückwirkende Inkraftsetzung vorgesehen. Die Widersprüchlichkeit der gesetzgeberischen Motive zeigt sich zunächst darin, dass im Vorblatt zu den Erläuterungen (22-1178) auf die „derzeit enorm steigenden Energiepreise“ hingewiesen wird, was es erfordert, Maßnahmen zu treffen, durch die „die Versorgung der Bevölkerung in ihren Grundbedürfnissen in ausreichendem Umfang und angemessener Qualität“ sichergestellt wird. Daher sei es notwendig „Maßnahmen – wie beispielsweise

eine Erhöhung der Maximalabgabe für Photovoltaik- und Windkraftanlagen – vorzusehen“.

Es erschließt sich nicht, welchen Beitrag die Erhöhung der Windkraft- und Photovoltaikabgabe für die Versorgung der Bevölkerung leisten kann. Auch besteht keinerlei Zusammenhang zwischen der Belastung des Landschaftsbildes (§ 53 Abs 1) und den Strompreisen. Die wahre Absicht, die mit der geplanten Novellierung verfolgt wird, scheint sich aber indirekt aus den Erläuterungen zu § 53b Abs 5 der geplanten Novelle zu ergeben. Dort wird die Abgabenerhöhung wie folgt begründet: „Da sich die Energiepreise auf einem derzeit noch nie dagewesenen hohen Niveau befinden und es derzeit auch nicht absehbar ist, wann die Preise wieder fallen, ist eine Anpassung der maximalen Beiträge notwendig.“

Es wird mit keinem Wort darauf eingegangen, wie die Entwicklung der Energiepreise die Notwendigkeit einer Abgabenerhöhung begründet. Vollkommen außer Acht gelassen wird auch, dass der Gesetzgeber im Zuge der Schaffung der Novelle LGBl 2021/27 ein besonders hohes öffentliches Interesse am Ausbau der Windkraft- und Photovoltaikanlagen angenommen hat. Dieses Interesse genieße auch einen Vorrang vor den übrigen Raumplanungsgrundsätzen. Es ist vollkommen unerfindlich, wie man in diesen Zusammenhang von einer Notwendigkeit der Erhöhung der Windkraft- und der Photovoltaikabgabe sprechen kann; es kann nicht bezweifelt werden, dass eine kurzfristige, intensive Abgabenerhöhung den Ausbau von derartigen Anlagen massiv behindert.

Die wahre Absicht des Gesetzgebers scheint allerdings ganz woanders zu liegen. Wenn die Notwendigkeit der Abgabenerhöhung mit den derzeit „noch nie dagewesenen“ Energiepreisen in Verbindung gebracht wird, so scheint die Novelle in Wahrheit auf eine Abschöpfung der Übergewinne gerichtet zu sein. Es sind also nicht die Raumplanungsgrundsätze oder die vorrangigen Interessen am Ausbau der Erzeugungsanlagen für erneuerbare Energie, die den Gesetzgeber leiten, sondern ausschließlich fiskalische Interessen.

Die Windkraft- und die Photovoltaikabgabe sollen die besonders hohen Gewinne, die sich aus der dynamischen Strompreisentwicklung ergeben haben, abschöpfen. Solche Regelungen zu erlassen, überschreitet die Kompetenz des Landesgesetzgebers und entbehrt auch jeder sachlichen Rechtfertigung. Rückwirkende Abgabenerhöhungen – in dem vorgesehenen Ausmaß – sind jedenfalls Eingriffe von erheblichem Gewicht. So bedeutet zum Beispiel die Erhöhung der derzeit mit 3 000 € pro Megawatt festgelegten Windkraftabgabe auf 17 600 € pro Megawatt durch die vorgeschlagene Neuregelung, eine Steigerung von 586,7%. Für eine Windkraftanlage, mit einer Leistung von 7 Megawatt bedeutet das in absoluten Zahlen, dass die jährliche Abgabe von derzeit 21 000 € auf 123 200 € steigt. Bei Photovoltaikanlagen bewegen sich die Steigerungen in ähnlicher Größenordnung und sind wegen der geringeren Spannen in ihrer Wirkung noch gravierender. Eine solche Steigerung ist jedenfalls erheblich und greift in verfassungswidriger Weise in den Vertrauensschutz ein. Dies vor allem auch deshalb, weil die

Betreiber erst mit Wirksamkeit vom Juni 2022 eine durchaus beträchtliche Erhöhung der Windkraft- und der Photovoltaikabgabe hinnehmen mussten und nicht damit rechnen müssen, dass wenige Monate später eine weitere Erhöhung – schon gar nicht in diesem Ausmaß – erfolgt.

Bezeichnend ist auch, dass der Gesetzgeber widersprüchliche Begründungen sowohl für die Schaffung der Windkraft- und der Photovoltaikabgabe sowie auch für deren Erhöhung anführt und seine wahre Absicht – die Abschöpfung der Übergewinne – verschleiert.

Zusammenfassend: Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass sowohl die Windkraft- als auch die Photovoltaikabgabe und insbesondere deren geplante Neuregelung unsachlich und daher verfassungswidrig sind. Sie widersprechen dem öffentlichen Interesse am Ausbau der Erzeugungsanlagen von erneuerbarer Energie eklatant und sind ausschließlich durch fiskalische Interessen des Landes begründet. Dazu kommt die gesetzlich nicht näher determinierte Möglichkeit der rückwirkenden Inkraftsetzung, womit insbesondere auch jegliche Planungssicherheit für künftige Projektentwicklung vernichtet wird.

3. Die geplante Änderung des § 53b Abs 5 ist nicht nur verfassungswidrig, sondern verletzt auch Unionsrecht

Die Windkraft- und die Photovoltaikabgabe nach dem RPG stehen in diametralem Widerspruch zu nationalen und unionsrechtlichen Zielsetzungen. Das erst im

Jahr 2021 erlassene EAG (BGBl I 2021/150), das unter anderem der Umsetzung der Richtlinie 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen dient (vgl § 3), verfolgt das Ziel, einen Beitrag zur Verwirklichung der Ziele des Pariser Klimaschutzabkommens 2015 und des Ziels der Europäischen Union, den Bruttoenergieverbrauch der Union bis 2030 zu einem Anteil von mindestens 32% durch erneuerbare Energie zu decken und die Klimaneutralität Österreichs bis 2040 zu erreichen (vgl § 4 Abs 1). Dazu sind umfassende Fördermaßnahmen für die Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Quellen vorgesehen (§ 9ff EAG). Nach Art 6 Abs 1 der zitierten Richtlinie (EU) 2018/201 haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Rentabilität von geförderten Projekten nicht in Frage gestellt wird. Die Förderung des Ausbaus der Energieerzeugung aus erneuerbaren Quellen ist eines der wichtigsten gesamteuropäischen Ziele und muss auch von Österreich entsprechend umgesetzt werden (zu den europarechtlichen Vorgaben vgl *Storr*, *Energierrecht* [2022] 240ff; zur Rechtslage in Österreich vgl 246ff). Die Windkraft- und die Photovoltaikabgabe nach dem burgenländischen RPG sind daher – insbesondere im Hinblick auf die bevorstehende Neuregelung – nicht nur verfassungswidrig, sondern auch unvereinbar mit den europarechtlichen Vorgaben.

VI. Ergebnisse

Dieses Rechtsgutachten kommt zu folgenden Ergebnissen:

1. Die geplante Novelle sieht vor, dass die im Jahr 2021 eingeführten und erst mit Wirksamkeit vom 11. Juni erheblich verschärften Abgabepflichten neuerlich verschärft werden; dies dadurch, dass sowohl die maximale Abgabenhöhe wie auch die Minimalabgaben drastisch erhöht werden. Bei der Windkraftabgabe beträgt die Erhöhung der Abgabepflicht bis zu 987,5%, bei der Photovoltaikabgabe bis zu 464,3%.
2. Diese drastische Erhöhung der Abgabepflicht ist aus verfassungsrechtlicher Sicht als plötzlicher und intensiver Eingriff in den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz zu qualifizieren; eine sachliche Rechtfertigung besteht nicht. Die vorgesehenen Erhöhungen sind schon allein aus diesem Grund verfassungswidrig.
3. Die Entwurfsverfasser begründen diese Erhöhungen mit Versorgungssicherheit und den stark gestiegenen Strompreisen. Diese Kriterien spielen für das Raumplanungsrecht keine Rolle und können daher keine gesetzliche Grundlage für die geplante Novelle bieten.
4. Erstmals im Jahre 1987 und seither in ständiger Judikatur vertritt der Verfassungsgerichtshof die Auffassung, dass Abgaben stets einer sachlichen Rechtfertigung bedürfen. Der mit der Abgabe verfolgte Zweck muss die Abgabenhöhe rechtfertigen; ungerechtfertigte Abgabenerhöhungen sind exzessiv und daher verfassungswidrig.

5. In den Erläuterungen zum vorliegenden Entwurf wird zwar betont, dass die Förderung des Ausbaues für Stromerzeugungsanlagen für die Erzeugung von erneuerbarer Energie im öffentlichen Interesse liegen und allen Raumplanungsgrundsätzen vorangehen. Die nun vorgeschlagene Abgabenerhöhung widerspricht dieser Zielsetzung diametral: sie führt dazu, dass die Errichtung derartiger Energieerzeugungsanlagen an Attraktivität verliert und die Rentabilität nicht mehr gegeben ist. Aus verfassungsrechtlicher Sicht liegt hier eine verfassungswidrige „Erdrosselungssteuer“ vor.
6. Eine Analyse der Gesetzesmaterialien zeigt, dass der Gesetzgeber widersprüchliche Zielsetzungen verfolgt und die wahre Absicht verschleiert: die wahre Absicht ist eine Besteuerung der in jüngster Zeit entstandenen Übergewinne. Eine solche Besteuerung ist jedenfalls nicht Angelegenheit des Raumplanungsrechts.
7. Dazu kommt aber auch, dass diese Abgaben rückwirkend in Kraft gesetzt werden können. Verfassungswidrigerweise sieht das Gesetz keine Kriterien vor, nach denen die Rückwirkung angeordnet werden kann und auch keine zeitliche Beschränkung, eine solche Rückwirkung zu verfügen.
8. Die Förderung des Ausbaus von Stromerzeugungsanlagen für erneuerbare Energien entspricht einem wichtigen nationalen und gesamteuropäischen Interesse. Sowohl das nationale Recht (EAG) wie auch das europäische Recht (Richtlinie 2018/2001) sehen Fördermaßnahmen vor, die den Ausbau beschleunigen soll. Das europäische Recht verbietet es Mitgliedsstaaten Maßnahmen zu setzen, die die Rentabilität von solchen

geförderten Projekten beeinträchtigen. Mit der geplanten Novelle wird das Gegenteil bewirkt.

9. Sollte der vorliegende Entwurf im Landtag beschlossen werden, so wird damit ein Gesetz erlassen, das nicht nur verfassungswidrig, sondern auch mit europäischem Recht unvereinbar ist.

Hin May