

Bescheidmäßige Feststellung des Status „Energiegemeinschaft“?

BEITRAG. Mit dem EAG-Paket wurde der Grundstein für die Ausrollung der Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften und Bürgerenergiegemeinschaften gelegt. Wenngleich zahlreiche Gesetzesbestimmungen ihre Errichtungs- und Betriebsvoraussetzungen zum Gegenstand haben, fehlt es an einem gesetzlich vorgezeichneten Verfahren, in dem von einer staatlichen Stelle die Erfüllung dieser Voraussetzungen rechtsverbindlich bestätigt wird. Dies könnte zu Rechtsunsicherheit bei kleinen wie großen Gemeinschaftsprojekten führen. **ecolex 2022/57**



Mag. iur. **Emil Nigmatullin** ist Rechtsanwaltsanwarter bei der Haslinger / Nagele Rechtsanwälte GmbH.

A. Problemaufriss

Mit dem Erneuerbaren-Ausbau-Gesetzespaket¹⁾ wurde die Gründung und der Betrieb der Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften und Bürgerenergiegemeinschaften in EAG²⁾ und EIWOG 2010³⁾ geregelt. Darin wurden bereits zahlreiche organisations-, netz- und förderrechtliche Aspekte festgelegt.⁴⁾ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es bei Energiegemeinschaften (EG⁵⁾) zu einer *Häufung der Zuständigkeiten* und zu einem Aufeinandertreffen unterschiedlicher Staatsgewalten kommt. Während etwa die Zivilgerichte für Streitigkeiten zwischen der EAG-Förderabwicklungsstelle und einer marktprämienerwerbenden EG zuständig sind,⁶⁾ ist das Finanzamt Österreich für die Vollziehung der Elektrizitätsabgabenbefreiung⁷⁾ zuständig. In Ermangelung einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, die es etwa den Betreibern oder Mitgliedern einer EG erlaubt, sich von einer staatlichen Stelle das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der jeweiligen Gemeinschaftsform *rechtsverbindlich* bestätigen zu lassen, stellt sich die Frage, ob in jedem Verfahren die Gesetzeskonformität einer EG als Vorfrage neu zu beurteilen ist. Ein von einer spezialisierten staatlichen Stelle einheitlich zu führendes Verfahren, dessen Gegenstand die *bescheidmäßige Feststellung des aufrechten Status als EG* ist, könnte zu mehr Rechtssicherheit führen. Ob die EG eine entsprechende Feststellungsmöglichkeit bereits im geltenden Rechtsrahmen hat, erörtert dieser Beitrag.

B. Rechtliche Anknüpfungspunkte zur Feststellung des Status „Energiegemeinschaft“

Da sich aus dem Unionsrecht⁸⁾ keine ausdrückliche Verpflichtung zur Regelung eines Feststellungsverfahrens betreffend die Gesetzeskonformität einer EG ergibt,⁹⁾ sind entsprechende Anknüpfungspunkte im österr. Recht zu suchen.

1. Überprüfung der gesetzlichen Voraussetzungen durch die Regulierungsbehörde

Zunächst erweist sich § 16 d Abs 4 EIWOG als Anknüpfungspunkt: Demnach kann die Regulierungsbehörde (RegBeh) von Amts wegen die Einhaltung der Vorgaben des EIWOG und EAG betreffend die EG „stichprobenartig oder anlassfallbezogen“ überprüfen. Als Prüfungsgrundlage dienen zunächst jene Inhalte, die die EG den betroffenen Netzbetreibern im Zuge ihrer Gründung und ihrem Betrieb nach § 16 d Abs 2 EIWOG bereitzustellen haben.¹⁰⁾ Darüber

hinaus haben sie der RegBeh weitere *Daten und Informationen*¹¹⁾ auf ihr „Verlangen“ zu übermitteln. Bei der Beurteilung, welche Daten und Informationen zur Überprüfung des gesetzmäßigen Betriebs der EG erforderlich sind, ist der RegBeh von Verfassung wegen ein gewisser Spielraum eingeräumt.¹²⁾ Ausweislich der Mat¹³⁾ ist ihr bspw. in Wirtschaftsdaten, wie etwa *Jahresabschlüsse*, Einsicht zu gewähren.¹⁴⁾ Somit scheint die regulierungsbehördliche Überprüfung primär darauf abzielen, ob die EG – etwa aufgrund bestimmter Energielieferverträge – die gesetzlich zulässige Gewinnschwelle¹⁵⁾ einhalten. Aufgrund des weiten Wortlauts

¹⁾ BGBl I 2021/150.

²⁾ BGBl I 2021/150.

³⁾ BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2021/150.

⁴⁾ Siehe zu verschiedenen Themenkreisen ua *Cejka*, Privatrechtliche Aspekte der österreichischen Umsetzung von Energiegemeinschaften im EAG-Paket, *ecolex* 2021, 11; *Kurzmann/J. Metzler*, Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften und Bürgerenergiegemeinschaften, RdU-UT 2021, 38; *Rajal/Orator-Saghy*, Die Rolle der Energiegemeinschaften im österreichischen Energierecht, NR 2021, 34.

⁵⁾ Soweit im Folgenden von „EG“ die Rede ist, sind beide Gemeinschaftsformen gemeint.

⁶⁾ Siehe § 99 EAG.

⁷⁾ Siehe etwa § 2 Z 4 Elektrizitätsabgabegesetz BGBl 1996/201 idF BGBl I 2021/18.

⁸⁾ Vgl Erneuerbare-Energie-RL (RL 2018/2001/EU; ABi L 2018/328, 82) und Elektrizitätsbinnenmarkt-RL (RL 2019/944/EU; ABi L 2019/158, 125).

⁹⁾ Aus der Verpflichtung der MS, ein vereinfachtes Genehmigungs- bzw. Anzeigeverfahren für dezentrale Erzeugungsanlagen vorzusehen (vgl. Art 15 Abs 1 lit d Erneuerbare-Energie-RL), kann keine Pflicht zur Regelung eines Feststellungsverfahrens für die die Anlage betreibende EG abgeleitet werden.

¹⁰⁾ Darunter fallen etwa Angaben zur Zuordnung des nicht verbrauchten Überschussstroms (Z 4).

¹¹⁾ In § 24 Abs 2, § 34 E-ControlG (BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2021/150) sowie § 10 EIWOG (der auf EG anwendbar wäre, wollte man ihre Elektrizitätsunternehmereigenschaft bejahen) finden sich die Vorbilder für § 16 d Abs 4 EIWOG. Fraglich ist, ob und inwieweit die dort geltenden Beschränkungen der Ermittlungsbefugnisse auf das Überprüfungsverfahren für EG übertragbar sind.

¹²⁾ Siehe zur Rechtslage nach § 34 E-ControlG etwa VfSlg 19.673/2012 Rz 47.

¹³⁾ AA 157/ME 27. GP 24.

¹⁴⁾ Dabei erwachsen freilich grundrechtliche Spannungsfelder (§ 1 DSGVO 2000; Art 8 EMRK); s. zum Schutz der Betriebsgeheimnisse im regulierungsbehördlichen Verfahren etwa VfSlg 19.673/2012; allg. *Schneider*, Jahrbuch Regulierungsrecht 2018, 239.

¹⁵⁾ § 79 Abs 2 Satz 3 EAG und § 16 b Abs 2 Satz 3 EIWOG; zum Kriterium „Gewinn als Nebenzweck“ *Rajal/Orator-Saghy*, NR 2021, 34 (37 ff.).

können allerdings wohl sämtliche sonstige Vorgaben für EG, wie bspw deren zulässiger Tätigkeitsbereich,¹⁶⁾ Gegenstand einer Überprüfung durch die RegBeh sein. Gelangt die RegBeh nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens zum Ergebnis, dass die jeweilige EG gegen die gesetzlichen Bestimmungen (zu drohen) verstößt, kann sie ihr die Herstellung des rechtmäßigen Zustands mit *Leistungsbescheid* auftragen.¹⁷⁾ Bei Überschreitung der gesetzlich zulässigen Gewinnschwelle würde damit womöglich die Verpflichtung zur Aufkündigung von bestimmten Energielieferverträgen einhergehen. Erfüllen die Betreiber der EG die aufgetragene Maßnahme nicht, kann die E-Control den Betrieb als EG in Ausübung des § 16d Abs 4 ElWOG *untersagen*.¹⁸⁾

Damit ist klar, dass die RegBeh in ihrer Rolle als *Elektrizitätsaufsichtsbehörde* – wie schon bei den gemeinschaftlichen Erzeugungsanlagen iSd § 16a ElWOG¹⁹⁾ – eine *nachprüfende Kontrollfunktion* einnimmt. Ihre Zuständigkeit ist zweierlei begrenzt: Ihre Ermittlungsbefugnisse reichen zum einen nicht über Stichproben oder Anlassfälle hinaus. Bei Letzteren ist freilich unklar, welche Kriterien oder Ereignisse aufseiten der EG einen die Überprüfung begründenden Anlass darstellen. EG könnten bei der RegBeh ein solches Prüfungsverfahren mit hinreichender Begründung (etwa unter Bezugnahme auf die fehlende Rechtssicherheit) anregen, was einen „Anlassfall“ darstellen würde. Denkbar wäre auch, dass Behörden, die im Rahmen der von ihnen zu führenden Verfahren Bedenken zur Gesetzeskonformität eines Gemeinschaftsprojekts hegen, ein solches Prüfungsverfahren anregen. Allerdings ist der RegBeh bei der Frage, ob sie ein Prüfungsverfahren einleitet, ein *gewisser Beurteilungsspielraum* zuzugestehen. § 16d Abs 4 ElWOG begründet jedenfalls *keinen Rechtsanspruch* der EG auf Überprüfung der gesetzlichen Voraussetzungen.

Zum anderen darf die RegBeh keinen Leistungsbescheid erlassen, wenn die EG ihre gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. § 16d Abs 4 ElWOG sieht *keine Zuständigkeit zur Erlassung eines positiven Feststellungsbescheids* vor. Erlässt die RegBeh gegenüber einer gesetzwidrig operierenden EG einen Leistungsbescheid, wohnen dessen Spruch allerdings die Feststellungen inne, dass sie bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt und sodann nicht mehr erfüllt hat. Damit wird sowohl positive wie negative Feststellung über den Status als EG bewirkt.

Auch die Verpflichtung der RegBeh, jährlich einen „Bericht“ über die in Österreich gegründeten EG zu veröffentlichen,²⁰⁾ vermag eine ausdrückliche Rechtsgrundlage zur Feststellung des aufrechten Gemeinschaftsstatus nicht zu ersetzen. In diesem Bericht werden etwa die Anzahl und regionale Verteilung der EG²¹⁾ *in nicht rechtsverbindlicher Weise* dargestellt.

Im Ergebnis kann auf Grundlage des § 16d Abs 4 ElWOG keine bescheidmäßige Feststellung des *aufrechten Status* als Energiegemeinschaft erwirkt werden.

2. Anspruch auf bescheidmäßige Feststellung nach allgemeinen Verfahrensgrundsätzen?

Mangels sonstiger Rechtsgrundlagen in EAG und ElWOG könnte für EG der in der stRsp der Gerichtshöfe des öff Rechts²²⁾ entwickelte Feststellungsantrag in Betracht kommen.

Behörden können von Amts wegen oder auf Antrag einen Feststellungsbescheid erlassen, selbst wenn es dafür kein gesetzlich normiertes Antragsrecht gibt. Während Rechte und Rechtsverhältnisse feststellungsgauglich sind,²³⁾ kann diese Qualifikation eines Sachverhalts nicht Gegenstand eines solchen Feststellungsbescheids sein.²⁴⁾ Schon deshalb scheidet die

Feststellung eines Gemeinschaftsprojekts *als* EG auf dieser Grundlage aus. Das in Rede stehende Feststellungsbegehren würde einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage in EAG und ElWOG bedürfen,²⁵⁾ die derzeit freilich nicht existiert.

3. Zwischenfazit und Aussicht

Nach dem bisher Gesagten ist davon auszugehen, dass die rechtliche Existenz einer EG jeweils als *Vorfrage* in den zu führenden Verfahren – möglicherweise unter vorheriger Befassung der RegBeh nach § 16d Abs 4 ElWOG – zu klären ist.²⁶⁾ Ein solches Ergebnis könnte der Rechtssicherheit von Gemeinschaftsprojekten abträglich sein: Zu einem handfesten Problem wird das Nichtvorliegen einer selbstständigen Feststellungsmöglichkeit nämlich dann, wenn die jeweiligen Behörden zu unterschiedlichen Ergebnissen im Hinblick auf das (Nicht-)Vorliegen einer EG kämen.

Um dieses Spannungsfeld aufzulösen, ist der geltende Rechtsrahmen anzupassen. Folgende Gestaltungsmöglichkeiten wären unter Berücksichtigung der aktuellen gesetzlichen Gegebenheiten bspw denkbar:

- *Regelung eines Feststellungsverfahrens*: Der Gesetzgeber könnte vorsehen, dass die Betreiber und Mitglieder einer EG – „anlassfalllos“ – einen Antrag auf Feststellung des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen stellen können, der binnen relativ kurzer Frist zu erledigen ist. Die so erwirkte Feststellung sollte keine Voraussetzung für ihre rechtliche Konstituierung sein.²⁷⁾ Fraglich ist, welche Behörde zur Erlassung eines solchen Feststellungsbescheids zuständig sein sollte. Zwar ist die BMK die für die gesetzlichen Bestimmungen der EG vollzugszuständige Behörde.²⁸⁾ Allerdings könnte ein von ihr erlassener Feststellungsbescheid im Widerspruch zu einem allfälligen Leistungsbescheid nach § 16d Abs 4 ElWOG stehen. Zudem gilt zu berücksichtigen, dass die RegBeh über zahlreiche für die Beurteilung der Gesetzmäßigkeit relevante Inhalte verfügen wird.²⁹⁾ Insoweit wäre eine Zuständigkeit der RegBeh oder – im Fall einer BMK-Zuständigkeit – die Herstellung eines Einvernehmens mit der RegBeh zweckmäßig. Ihre Zuständigkeit nach § 16d Abs 4 ElWOG bliebe unberührt.
- *Vermutung der Rechtmäßigkeit von Gemeinschaftsprojekten*: Alternativ könnte eine Regelung geschaffen werden, wonach der Betrieb der EG solange *als rechtmäßig gilt*, bis die RegBeh den Betrieb der EG untersagt. Eine solche Regelung würde die Führung eines „Energiegemeinschaftsregisters“, in dem die rechtmäßigen Gemeinschaftsprojekte öffentlich einsehbar sind, vereinfachen und wäre verwaltungsökonomisch sowie unbürokratisch.

¹⁶⁾ § 79 Abs 1 EAG und § 16b Abs 1 ElWOG.

¹⁷⁾ Rechtsgrundlage ist § 16d Abs 4 ElWOG iVm § 24 Abs 2 E-ControlG.

¹⁸⁾ Vgl zu gemeinschaftlichen Erzeugungsanlagen *Oberndorfer/Pichler*, § 16a ElWOG 2010: Rechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von gemeinschaftlichen Erzeugungsanlagen, ZTR 2017, 108 (113).

¹⁹⁾ Vgl *Oberndorfer/Pichler*, ZTR 2017, 108 (113).

²⁰⁾ § 16d Abs 4 letzter Satz ElWOG.

²¹⁾ AA 157/ME 27. GP 24.

²²⁾ VfSlg 2376/1952 uva; VfSlg 1566A/1950 uva.

²³⁾ *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 56 Rz 68 mwH (Stand 1. 7. 2005, rdbat).

²⁴⁾ VfGH 24. 4. 2018, Ra 2017/05/0215 uva.

²⁵⁾ IdS LVvG Sbg O/1000 ZVG-Slg 2020/54.

²⁶⁾ Ein solches Ergebnis wurde von der „Österreichischen Koordinationsstelle für Energiegemeinschaften“ angedeutet; vgl <https://energiegemeinschaften.gv.at/faq/> (abgerufen am 5. 11. 2021).

²⁷⁾ Vgl § 19 Abs 7 UVP-G zur Konstituierung einer Umweltorganisation.

²⁸⁾ Siehe § 114 Abs 2 Z 3 ElWOG sowie § 102 Z 5 EAG.

²⁹⁾ Vgl bereits zu ihrer Berichtspflicht nach § 16d Abs 4 letzter Satz ElWOG.

Schlussstrich

Nach der geltenden Rechtslage ist die Erfüllung der an die Energiegemeinschaften gesetzlich gestellten Voraussetzungen in jedem Verfahren als Vorfrage zu beurteilen. Weder das Überprüfungsverfahren nach § 16d Abs 4 EIWOG noch der in der Rsp entwickelte

Feststellungsbescheid vermögen die Möglichkeit, den Status „Energiegemeinschaft“ von staatlicher Stelle bestätigen zu lassen, rechtlich zu stützen. Der Ball liegt beim Gesetzgeber, um rechtssichere Bedingungen für Gemeinschaftsprojekte zu gewährleisten. Denkbar wäre etwa die Schaffung eines Feststellungsverfahrens oder einer Rechtmäßigkeitsvermutung.