

RECHT **RdU** DER UMWELT

Mit Leitsatz zu
§ 28 VwGVG!

Schriftleitung + Redaktion **Ferdinand Kerschner**

Redaktion **Wilhelm Bergthaler, Eva Schulev-Steindl**

Ständige Mitarbeiter **W. Berger, M. Bydlinski, D. Ennöckl, B.-C. Funk, D. Hinterwirth,**

W. Hochreiter, P. Jabornegg, V. Madner, F. Oberleitner, B. Raschauer,

N. Raschauer, P. Sander, J. Stabentheiner, E. Wagner, R. Weiß

Dezember 2014

06

221 – 264

Schwerpunkt

Luftreinhaltung

Tu felix, Deutschland? *Remo Klinger und Ulrike Giera* ➔ 229

Anlagenbegriff des § 364 a ABGB im Hinblick auf Nutztierstallungen

Christopher Engel und Clemens Strauss ➔ 236

Beitrag

Divergierende Rechtsansichten zum Gewässerbewirtschaftungsplan

Georg Eisenberger, Alexander Brenneis und Kathrin Bayer ➔ 225

Aus der Werkstatt der Umwelthanwaltschaften

Schutz potentieller FFH-Gebiete

Martin Donat und Gishild Schaufler ➔ 245

Aktuelles Umweltrecht

Schlussfolgerungen BVT Zellstoff, Papier und Karton ➔ 248

Bundesstraßen-Lärmimmissionsschutz ➔ 249

Leitsätze

Schwerpunkt Abfall- und Altlastenrecht ➔ 252

Beilage Umwelt & Technik

Typologie der „Direktleitungen“ *Georg Rihs* ➔ 122

Rechtsprechung

**VfGH fordert für Gastgärten auch nachträgliche Auflagen
bei unzumutbarer Belästigung** *Robert Richard Hunka* ➔ 258

**OGH bejaht Werkunternehmerhaftung nach WRG auch
nach Werkübergabe** *Franz Oberleitner und Wolfgang Berger* ➔ 260

Typologie der „Direktleitungen“

Unmittelbare Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Definition im Fall fehlender Umsetzung der unionsrechtlich vorgegebenen Typen von Direktleitungen?

Das Unionsrecht enthält eine klare Definition des Begriffs der „Direktleitung“. Nicht alle Bundesländer haben sämtliche der in dieser Definition enthaltenen Varianten von „Direktleitungen“ in ihre Elektrizitätsgesetze übernommen. Im Folgenden werden die Konsequenzen defizitärer – dh hinter dem Unionsrecht zurückbleibender – Definitionen und die damit zusammenhängenden terminologischen und verfahrensrechtlichen Aspekte des Rechts der Direktleitungen erörtert.

Von Georg Rihs

RdU-U&T 2014/35

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. „Direktleitungen“ im Unionsrecht, EIWOG des Bundes und in den Ausführungsgesetzen
 1. Unionsrecht
 2. EIWOG
 3. Elektrizitätsgesetze der Länder
 4. Zwischenergebnis
- C. Unions-/Grundsatzgesetzwidrigkeit abweichender Definitionen in den Ausführungsgesetzen
- D. Feststellung der rechtlichen Beurteilung als „Direktleitung“
- E. Ergebnis

A. Einleitung

Direktleitungen können den Stromerzeugern helfen, bei den (im Vergleich zum Strompreis hohen) Systemnutzungsentgelten zu sparen. Die Netzbetreiber vertreten naturgemäß gegenläufige Interessen. Diese gegenläufigen Interessen dürften teilweise in den Definitionen der Landesgesetzgeber ihren Niederschlag gefunden haben, die Anlass zu entscheidenden, dh für die Qualifikation einer Leitung als „Direktleitung“ wesentlichen, Auslegungsfragen geben.

Bei der Errichtung einer Direktleitung stehen für die beteiligten Marktteilnehmer (Stromerzeuger, Stromverbraucher) Investitionssicherheit und Rechtssicherheit bezüglich der Beurteilung als Direktleitung im Vordergrund. Im Interesse der Stromerzeuger (und der von diesen belieferten Stromverbraucher) ist es wichtig, die sich aus den landesrechtlichen Bestimmungen ergebenden Auslegungsfragen zu thematisieren und nach gründlicher Analyse unionsrechtskonforme Lösungen vorzuschlagen.

Ein Erzeuger, der seinen Kunden über eine Direktleitung versorgt, ist von der Verpflichtung zur Leistung von Systemnutzungsentgelten ausgenommen.¹⁾ Sämtliche Komponenten der Systemnutzungsentgelte sind entweder von „Einspeisern“, dh Erzeugern oder Elektrizitätsunternehmen, die elektrische Energie in ein Netz abgeben, oder „Netzbenutzern“, also Personen, die Elektrizität in ein Netz einspeisen oder aus einem

Netz entnehmen, zu leisten. Erzeuger, die eine eigene Produktionsstätte, ein Tochterunternehmen oder einen zugelassenen Kunden über eine Direktleitung zum Zweck der direkten Versorgung beliefern, speisen diesen Strom ex definitione nicht in ein Netz, sondern in die Direktleitung ein. Sie sind damit weder „Einspeiser“ noch „Netzbenutzer“ und somit nicht systemnutzungsentgeltspflichtig.²⁾

Das Ökostromgesetz privilegiert bestimmte Elektrizitätserzeugungsanlagen („Ökostromanlagen“): Es sieht vorrangigen Netzzugang³⁾ und (unter bestimmten Voraussetzungen) eine Kontrahierungspflicht der Ökostromabwicklungsstelle mit Erzeugern von elektrischem Strom aus erneuerbaren Energieträgern zu bestimmten Konditionen⁴⁾ vor. Die Abnahmepflicht für Ökostrom trifft die Stromhändler,⁵⁾ die verpflichtet sind, diesen Strom zum day-ahead-Spotmarkt-Stundenpreis für das Marktgebiet Deutschland/Österreich an einer anerkannten, repräsentativen Strombörse mit siebentägigem Handel, welche Liefergebiete in österr Regelzonen betreibt, abzunehmen. Die Förderbeiträge werden nun (neben den Erlösen aus dem Verkauf zum day-ahead-Spotmarkt-Stundenpreis an die Stromhändler) über eine Ökostrompauschale und einen Ökostromförderbeitrag aufgebracht.⁶⁾ Stromerzeuger, die einen Kunden über eine Direktleitung beliefern, sind keine Stromhändler iSd EIWOG und des ÖSG und haben daher keine Ökostrompauschale und keinen Ökostromförderbeitrag zu leisten.

Die wirtschaftlichen Anreize für die Errichtung von Direktleitungen (und die wirtschafts- und umweltpolitisch sinnvolle Förderung dezentraler Erzeugung bei gleichzeitiger Entlastung der Netze) lassen eine gründlichere Untersuchung des Rechts der Direktleitungen lohnend erscheinen.

1) So bereits *Oberndorfer*, Die Versorgung über Direktleitungen, in *Hauer* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Energierechts 2007 (2007) 85 (90).

2) Vgl *Rihs*, Wer ist (nicht) systemdienstleistungsentgeltspflichtig? RdU-U&T 2010, 7 (9).

3) § 6 ÖkostromG (ÖSG) idgF.

4) §§ 12 ff ÖSG idgF.

5) § 40 ÖSG idgF.

6) Vgl dazu *Rihs*, Ökostromgesetz 2012 – Rückblenden und Schlaglichter, RdU-U&T 2012, 71 (77).

B. „Direktleitungen“ im Unionsrecht, EIWOG des Bundes und in den Ausführungsgesetzen

1. Unionsrecht

Der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Direktleitung wurde in der 1. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 96/92/EG erwähnt und in der sog 2. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2003/54/EG⁷⁾ präzisiert. Der Begriff der Direktleitung wurde von der 2. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL unverändert in die 3. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG⁸⁾ übernommen.

Laut Art 2 Z 15 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG ist eine „Direktleitung“ (exakt gleichlautend mit der Definition in § 7 Abs 1 Z 8 EIWOG idGF) „entweder eine Leitung, die einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet, oder eine Leitung, die einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebsstätte, Tochterunternehmen und zugelassenen Kunden verbindet“.

Wesentlich sind die Rechtsfolgen, die die Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinien mit dem Begriff der Direktleitung verbindet. Mit Art 34 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG werden die MS verpflichtet, entsprechende Maßnahmen zu treffen, damit

- alle Elektrizitätserzeuger und alle Elektrizitätsversorgungsunternehmen, die in ihrem Hoheitsgebiet ansässig sind, ihre eigenen Betriebsstätten (in der Folge kurz: „Variante a“), Tochterunternehmen („Variante b“) und zugelassenen Kunden („Variante c“) über eine Direktleitung versorgen können;
- jeder zugelassene Kunde in ihrem Hoheitsgebiet von einem Erzeuger und einem Versorgungsunternehmen über eine Direktleitung versorgt werden kann.

Der Begriff des „zugelassenen Kunden“ entsprach dem damaligen Stand der Liberalisierung. Auch in der 3. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG ist der „zugelassene Kunde“ definiert. Unter einem „zugelassenen Kunden“ ist ein Kunde zu verstehen, dem es freisteht, Elektrizität bei einem Lieferanten seiner Wahl zu kaufen.⁹⁾

Aufgrund der Vollendung der rechtlichen Liberalisierung des Elektrizitätsmarkts waren bis 1. 1. 2007 alle Kunden zuzulassen, dh war allen Kunden die freie Wahl ihres Versorgers einzuräumen.¹⁰⁾ Die Einschränkung der Möglichkeit der Errichtung von Direktleitungen zu zugelassenen Kunden hat seit der vollständigen Liberalisierung keine Bedeutung mehr. MaW: Seit der Vollendung der Liberalisierung mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2003/54/EG haben grundsätzlich alle Stromkunden die Möglichkeit, elektrischen Strom über Direktleitungen zu beziehen.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat vorgesehen, dass die potentiellen Abnehmer von Direktleitungen (eigene Betriebsstätten, Tochterunternehmen und zugelassene Kunden) gleichzeitig bzw zusätzlich elektrischen Strom aus dem öffentlichen Netz beziehen können, ohne dass dadurch eine Leitung ihre rechtliche Einordnung als Direktleitung verliert.¹¹⁾ Die Möglichkeit der Elektrizitätsversorgung über eine Direktlei-

tung berührt nicht die Möglichkeit, daneben Netzzugangsverträge mit dem Übertragungs- bzw Verteilernetzbetreiber abzuschließen.¹²⁾

Der Gemeinschaftsgesetzgeber räumte den nationalen Gesetzgebern die Möglichkeit ein, Einschränkungen der Genehmigung von Direktleitungen vorzunehmen. So durften die nationalen Gesetzgeber die Genehmigung zur Errichtung einer Direktleitung von der Verweigerung des Netzzugangs auf der Grundlage des Art 34 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG (mangelnde Kapazitäten) oder von der Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens über den Netzzugang abhängig machen.¹³⁾ Eine weitere Einschränkung war möglich, wenn durch die Genehmigung der Direktleitung die Versorgungssicherheit gefährdet wäre.¹⁴⁾ Der österr Bundesgesetzgeber (EIWOG) und die Landesgesetzgeber (Elektrizitätswirtschaftsgesetze der Länder) haben soweit ersichtlich von dieser Einschränkung der Genehmigung von Direktleitungen, die auf die dort aufgezählten zulässigen Gründe beschränkt ist, keinen Gebrauch gemacht.

2. EIWOG

Das EIWOG 1998 definierte eine „Direktleitung“ noch knapp als eine „zusätzlich zum Verbundnetz errichtete Leitung“.¹⁵⁾ Das EIWOG 1998 knüpfte keine Rechtsfolgen an die Einordnung einer Leitung als Direktleitung. Der Begriff der „Direktleitung“ wurde erst mit der Nov des EIWOG durch das EnergieversorgungssicherheitsG 2006¹⁶⁾ konkretisiert. Seither ist eine Direktleitung bundesgrundsatzgesetzlich definiert als „entweder eine Leitung, die einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet, oder eine Leitung, die einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebs-

7) RL 2003/54/EG des EP und des Rates v 26. 6. 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 96/92/EG, ABI v 15. 7. 2003 L 2003/176, 37.

8) RL 2009/72/EG des EP und des Rates v 13. 7. 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/54/EG, ABI v 14. 8. 2009 L 2009/211, 55.

9) Vgl Art 2 Z 12 3. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG; zur Liberalisierung siehe Art 21 Abs 1 2. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2003/54/EG; zur Umsetzung in Österreich siehe § 44 EIWOG 1998, BGBl I 1998/143: sukzessive Erweiterung der zugelassenen Kunden von Endverbrauchern mit 40 GWh Jahresverbrauch im Vorjahr bis 19. 2. 1999; 20 GWh bis 19. 2. 2000 bzw 9 GWh bis 19. 2. 2001. Mit der EIWOG-Nov BGBl I 2000/121 erfolgte die Voll-liberalisierung in Österreich. Von da an waren alle Endverbraucher „zugelassene Kunden“ iSd EIWOG, der Begriff des „zugelassenen“ Kunden hat in Folge der gänzlichen Marktöffnung an Bedeutung verloren, weil seither jeder Kunde unabhängig von seinem Stromverbrauch zur freien Wahl des Stromhändlers berechtigt ist. Damit ist jeder Kunde „zugelassen“. Das Prädikat „zugelassen“ hat seit der Liberalisierung keine Abgrenzungsfunktion mehr; vgl auch die Erläuterung 66 BlgNR 21. GP § 7 EIWOG idF Energieliberalisierungsg 2000, BGBl I 2000/121; zur weiteren Entwicklung im Detail *Rihs*, Liberalisierung von Infrastrukturnetzen (2009) 193 ff.

10) Art 21 Abs 1 lit c Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2003/54/EG.

11) IdS *Rihs*, Wer ist (nicht) systemdienstleistungsentgeltspflichtig? RdU 2010, 7 (9 ff).

12) Art 34 Abs 3 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG.

13) Art 34 Abs 4 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG.

14) Art 34 Abs 5 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG.

15) § 7 Z 13 EIWOG 1998.

16) Art 1 Energie-Versorgungssicherheitsgesetz 2006, BGBl I 2006/106.

stätte, Tochterunternehmen und zugelassenen Kunden verbindet“.¹⁷⁾

Nach dem Wortlaut dieser Definition sind zwei alternative Formen der Direktleitung zu unterscheiden:

- Verbindung einzelner Produktionsstandorte mit jeweils einzelnen Kunden („isolierte Erzeugungsstätten“ und „isolierte Kunden“ ohne jegliche Anbindung an das öffentliche Netz, in der Folge kurz: „Typ 1“);
- Verbindung zwischen Elektrizitätserzeuger und Elektrizitätsversorgungsunternehmen (in der Folge kurz: „Typ 2“)
 - mit einer eigenen Betriebsstätte („Variante a“),
 - eigenen Tochterunternehmen („Variante b“) oder
 - zugelassenen Kunden („Variante c“)

zum Zweck der direkten Versorgung.

„Insellösungen“ iSd Typ 1 sind in Österreich ausgesprochen selten. Für dezentrale Erzeugungsanlagen sind im Regelfall insb Direktleitungen des Typs 2 (Verbindung zwischen Elektrizitätserzeuger und Betriebsstätte/Tochterunternehmen/zugelassenem Kunden) von Interesse.

Mit der neuen Definition der Direktleitung in § 7 Abs 1 Z 8 ElWOG idF BGBl I 2006/106 wurde in § 42 ElWOG eine Verpflichtung der Ausführungssetzgeber verankert, einen Rechtsanspruch auf den Betrieb von Direktleitungen vorzusehen.¹⁸⁾ Seit damals blieb die gesetzliche Definition einer „Direktleitung“ unverändert.

Die Parlamentarischen Mat geben kaum Aufschluss über die Motive des Gesetzgebers bzw Möglichkeit zur Interpretation. Die RV enthält lediglich den Hinweis, dass der Begriff der Direktleitung jenem des Art 2 Z 15 RL 2003/54/EG entspricht.¹⁹⁾ Der österr Gesetzgeber hat keine eigenständige Definition der Direktleitung vorgenommen. Die Begriffsdefinition in § 7 Abs 1 Z 8 ElWOG idgF ist seit ihrer Einführung durch das EnergieversorgungssicherheitsG 2006 unverändert geblieben. Sie wiederholt den gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Direktleitung. Zur weiteren Begriffsklärung ist daher der Gehalt des gemeinschaftsrechtlichen Begriffs der Direktleitung heranzuziehen.

Der österr VwGH hat zur Rechtslage nach dem ElWOG (und dem diesbezüglich mit dem NÖ ElWG gleichlautenden Stmk ElWOG) judiziert, dass eine „Direktleitung“ unter bestimmten Voraussetzungen auch dann vorliegt, wenn der versorgte Marktteilnehmer an das öffentliche Netz angeschlossen ist.²⁰⁾ Diese Entscheidung betrifft Typ 2, Variante a (Belieferung einer eigenen Betriebsstätte). Wesentlich ist allerdings, dass Stromlieferungen über die Direktleitung „allein zum Zweck der direkten Versorgung“ erfolgen. Zwischen der Direktleitung und dem öffentlichen Netz darf es keine direkte Verbindung geben, dh dass kein unmittelbarer Stromaustausch zwischen der Direktleitung und dem öffentlichen Netz stattfinden darf. Bei einer Stromversorgung über eine Direktleitung ist nach Ansicht des VwGH der Strom, der Gegenstand des Stromlieferungsvertrags zwischen Versorger und Abnehmer ist, identisch; bei einer anderen Verwendung des über die Direktleitung gelieferten Stroms oder eines Teils davon wäre der Zweck (Direktleitung, Identität)

nicht mehr erreicht, sodass die Leitung nicht mehr als Direktleitung zu qualifizieren wäre.

3. Elektrizitätsgesetze der Länder

In einigen Landesgesetzen weichen die Definitionen von „Direktleitungen“ von der unions- und bundesrechtlichen Definition ab und sind in einem wesentlichen Punkt enger:

§ 2 Abs 1 Z 9 Bgld ElWG idgF²¹⁾ definiert eine Direktleitung als „entweder eine Leitung, die einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet (Typ 1 nach der oben unter B.2. vorgenommenen Typisierung, Anm), oder eine Leitung, die einen Erzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebsstätte (Typ 2, Variante a nach der oben unter B.2. vorgenommenen Typisierung, Anm) und/oder mit ihrem eigenen Tochterunternehmen verbindet (Typ 2, Variante b nach der oben unter B.2. vorgenommenen Typisierung, Anm)“. Die NÖ Definition der „Direktleitung“ in § 2 Abs 1 Z 9 NÖ ElWG ist wortident mit der Bgld Definition.

Anders in Krnt,²²⁾ OÖ,²³⁾ Sbg,²⁴⁾ Stmk,²⁵⁾ Tir,²⁶⁾ Vbg²⁷⁾ und Wien.²⁸⁾

Dort haben die Landesgesetzgeber beide „Typen“ und sämtliche Varianten von Direktleitungen in ihrer Definition umgesetzt. Demnach ist eine Direktleitung „entweder eine Leitung, die einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet (Typ 1, Anm), oder eine Leitung, die einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung mit ihrer eigenen Betriebsstätte (Typ 2, Variante a), Tochterunternehmen (Typ 2, Variante b) oder zugelassenen Kunden (Typ 2, Variante c) verbindet“.

Bei genauer Betrachtung fehlt in der Definition der „Direktleitung“ im Bgld und NÖ Ausführungsgesetz somit im Vergleich zur unionsrechtlichen Definition und zur bundes(grundsatz)gesetzlichen Vorschrift des § 7 Abs 1 Z 8 ElWOG idgF die Leitung zwischen Erzeuger und zugelassenem Kunden zum Zweck der direkten Versorgung. Diese beiden Ausführungsgesetze kennen somit – im Gegensatz zur Rechtslage nach der 2. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2003/54/EG bzw der nachfolgenden 3. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG und dem diesen wortgetreu umsetzen den § 7 Abs 1 Z 8 ElWOG – nur die Versorgung eigener Betriebsstätten (Typ 2, Variante a) und die Versor-

17) § 7 Abs 1 Z 8 ElWOG idF BGBl I 2006/106. Die Fassung dieser Definition gilt nach wie vor unverändert.

18) § 42 ElWOG idF Energie-Versorgungssicherheitsgesetz 2006.

19) RV 1411 BlgNR 22. GP 28.

20) VwGH 4. 3. 2008, 2007/05/0243 mH auf Oberndorfer, Versorgung über Direktleitungen, in Hauer (Hrsg), Aktuelle Fragen des Energie-rechts (2007) 95.

21) Bgld ElWG 2006, LGBl-B 2006/59 idF LGBl-B 2014/33.

22) § 3 Abs 1 Z 8 K-ElWOG 2011, LGBl-K 2012/10.

23) § 2 Z 9 OÖ ElWOG 2006, LGBl-O 2006/1 idF LGBl-O 2014/20.

24) § 5 Z 8 Sbg LEG 1999, LGBl-S 1999/75 idF LGBl-S 2014/73.

25) § 2 Z 10 Stmk ElWOG 2005, LGBl-St 2005/70 idF LGBl-St 2014/45.

26) § 4 Abs 8 TEG, LGBl-T 2011/134.

27) § 2 Z 8 Vbg Elektrizitätswirtschaftsgesetz, LGBl-V 2003/59 idF LGBl-V 2014/38.

28) § 2 Z 9 WEIWG 2005, LGBl-W 2005/46 idgF.

gung eigener Tochterunternehmen (Typ 2, Variante b) über Leitungen zum Zweck der direkten Versorgung; die Verbindung mit zugelassenen Kunden (Typ 2, Variante c) sind im Bgld und NÖ EIWG jedoch nicht als Direktleitungen vorgesehen. Das Bgld und das NÖ EIWG bleiben diesbezüglich hinter den (zwingenden und mittlerweile unmittelbar anwendbaren) Vorgaben der 2. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2003/54/EG bzw der Nachfolgebestimmung in der 3. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG und dem Bundesgrundgesetz des EIWOG zurück und setzen diese nicht vollständig um.

4. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass sowohl das einschlägige unionsrechtliche RL-Recht (3. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG) als auch das einschlägige österr Recht (EIWOG, Ausführungsgesetze) „Direktleitungen“ vorsehen. Das Unionsrecht und das (bundesgrundgesetzliche) EIWOG sehen grundsätzlich zwei Typen von Direktleitungen vor („Inselbetrieb“ – „Typ 1“; Versorgung durch Elektrizitätsversorgungsunternehmen und Erzeuger – „Typ 2“, und zwar direkte Versorgung eigener Betriebsstätten: „Variante a“; Versorgung von Tochterunternehmen: „Variante b“; Versorgung von zugelassenen Kunden: „Variante c“). Die Definitionen des Bgld und des NÖ EIWG sehen nur Typ 1 sowie Typ 2 in den Varianten a und b, nicht jedoch in Variante c vor.

C. Unions-/Grundsatzgesetzwidrigkeit abweichender Definitionen in den Ausführungsgesetzen

Die Definitionen von „Direktleitungen“ in den Ausführungsgesetzen im Burgenland und in Niederösterreich (Bgld und NÖ EIWG) sind wie dargelegt enger als die unionsrechtliche und die bundesgrundgesetzliche Definition. Sie beschränken damit den Anwendungsbereich der „Direktleitungen“ und die damit verbundenen Rechte der Erzeuger auf lediglich zwei der drei in der RL und im EIWOG vom Regime des Rechts der Direktleitungen erfassten Fallgruppen des Typs 2 (Variante a und Variante b, nicht jedoch Variante c) und stehen damit in einem offenkundigen Widerspruch zu Art 2 Z 15 und Art 34 Abs 1 der 3. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG. Die einschränkenden Definitionen weichen auch – zum Nachteil der betroffenen Marktteilnehmer – von der Definition in der Grundsatzbestimmung des § 7 Abs 1 Z 8 EIWOG 2010 idGF ab. Im Folgenden werden die rechtlichen Konsequenzen dieses Widerspruchs untersucht.

Nach der Rspr des EuGH sind nicht fristgerecht umgesetzte RL-Bestimmungen unmittelbar anzuwenden. Voraussetzungen für diese Wirkung ist, dass

- die in den in der RL statuierte Umsetzungsfrist abgelaufen ist,
- das nationale Recht den einzusetzenden Vorgaben nicht bzw nicht vollständig entspricht,
- die nicht bzw nicht adäquat umgesetzten Bestimmungen der RL inhaltlich in einer für eine unmittelbare

telbare Anwendung hinreichenden Weise bestimmt und unbedingt sind und

- die RL-Bestimmung auf die Begünstigung von Rechtsunterworfenen abzielt.²⁹⁾

Sämtliche dieser Voraussetzungen erscheinen im Fall der einschränkenden Definition in § 2 Abs 1 Z 9 NÖ und Bgld EIWG erfüllt.

- Die Frist zur Umsetzung der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG ist am 2. 1. 2011 abgelaufen.
- Die Definitionen im NÖ und Bgld EIWG weichen einschränkend von der gemeinschaftsrechtlichen Definition ab, indem sie eine unionsrechtlich begünstigte Fallgruppe (Direktleitung als Verbindung eines Erzeugers mit einem direkt zugelassenen Kunden) ausschließen. Sie entsprechen somit nicht vollständig den Vorgaben des Unionsrechts.
- Die unionsrechtliche Definition in Art 2 Z 15 RL 2009/72/EG ist inhaltlich bestimmt und unbedingt, die Formulierung der Definition lässt keinen Interpretationsspielraum. Diese Definition bedarf keiner weiteren Konkretisierung durch den (die) nationalen Gesetzgeber. Die Definition und die daran geknüpften materiell-rechtlichen Bestimmungen für Erzeuger und Kunden, die über eine Direktleitung miteinander verbunden sind, sind eindeutig und klar.
- Die Definition bzw die daran geknüpften Rechtsfolgen (Ausnahme von der Anschlusspflicht an das lokale Verteilernetz und von der Verpflichtung zur Zahlung von Systemdienstleistungsentgelten) begünstigen den Einzelnen, der sich auf diese RL-Bestimmung beruft.

Die zuständigen ElektrizitätsBeh haben aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der Definition der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG die Definition des Art 2 Z 15 RL 2009/72/EG zur rechtlichen Beurteilung von Leitungen zwischen Erzeugern und Kunden – auch in den Bundesländern Bgld und NÖ – heranzuziehen. Der Bundes(grundsatz)gesetzgeber des EIWOG und die übrigen Bundesländer haben Art 2 Z 15 RL 2009/72/EG und die an diese Definition geknüpften Rechtsfolgen korrekt umgesetzt. Auch die Bgld und die NÖ ElektrizitätsBeh haben (unbeschadet des Fehlens der Umsetzung im Bgld und NÖ EIWG) Art 2 Z 15 RL 2009/72/EG unmittelbar anzuwenden. Daher hat die Verbindung zwischen Elektrizitätserzeuger und einem zugelassenen Kunden zur direkten Versorgung mit Strom – ungeachtet des Fehlens dieser Variante in den Ausführungsgesetzen – als „Direktleitung“ zu gelten.

Die fehlende Umsetzung von Variante c (Verbindung zum Zweck der direkten Versorgung von zugelassenen Kunden mit Strom) im Bgld und NÖ EIWOG steht in einem Widerspruch zu § 7 Abs 1 Z 8 EIWOG 2010 (Bundesgrundgesetz). Der Widerspruch zum EIWOG führt zur Verfassungswidrigkeit der Ausführungsgesetze, insoweit § 2 Abs 1 Z 9 Bgld und NÖ EIWG Direktleitungen zwischen Erzeugern und zugelassenen Kunden nicht berücksichtigen. Die Verfassungswidrigkeit

29) Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 480 f.

wäre vom VfGH aufzugreifen.³⁰⁾ Zur Verfassungskonformität der Definition in § 2 Abs 1 Z 9 Bgld und NÖ ElWG Ausführungsgesetzen zum ElWOG gibt es keine aktuelle verfassungsgerichtliche Rspr. Aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit der einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen erscheint dies für die Rechtssicherheit auch nicht unbedingt erforderlich.

D. Feststellung der rechtlichen Beurteilung als „Direktleitung“

Verteilernetzbetreiber haben ein „Recht zum Netzanschluss“, dh sie können Erzeuger in ihrem Konzessionsbereich rechtlich zum Anschluss an ihr Verteilernetz zwingen.³¹⁾ Elektrizitätserzeuger, die zugelassene Kunden über Direktleitungen versorgen, sind vom Recht des Verteilernetzbetreibers auf Anschluss an das von ihrem Verteilernetz abgedeckte Gebiet ausgenommen. Dieses „Recht zum Netzanschluss“ hat für den Elektrizitätserzeuger verpflichtenden Charakter. Eine Verweigerung des Anschlusses seitens des Stromerzeugers ist als Verletzung dieses Netzanschlussrechts des Verteilernetzbetreibers strafbar. Mit dem „Recht zum Netzanschluss“ korreliert in den Ausführungsgesetzen die „Allgemeine Anschlusspflicht“. Eine Allgemeine Anschlusspflicht besteht nur gegenüber Netzzugangsberechtigten, bezüglich derer die Verteilernetzbetreiber ein „*Recht zum Netzanschluss*“ haben. Ob eine Allgemeine Anschlusspflicht besteht, haben die Beh in einigen Bundesländern auf Antrag eines Netzzugangsberechtigten (oder eines Verteilernetzbetreibers) mit Bescheid festzustellen.³²⁾ Für die Feststellung einer Allgemeinen Anschlusspflicht der ASt besteht somit eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Das Recht der Direktleitungen sieht eine Ausnahme vom Anschlusszwang an das Netz des örtlichen Verteilernetzbetreibers vor.

Zur Entscheidung von Streitigkeiten iZm dem Netzanschlusszwang sind regelmäßig die LReg als ElektrizitätsBeh berufen.³³⁾ Für die rechtliche Beurteilung einer Leitung als Direktleitung sind daher die örtlich zuständigen LReg zuständig.

Zur rechtlichen Beurteilung der Frage, ob eine Leitung als Direktleitung (oder als Netz) zu qualifizieren ist, und ob eine direkte Übertragung von Elektrizität in ein öffentliches Netz stattfindet, ist in den Ausführungsgesetzen der Länder kein gesondertes Elektrizitätsbehördliches Verfahren vorgesehen. Die ElektrizitätsBeh hat diese Frage als Vorfrage in Verfahren über Netzzugangsstreitigkeiten oder etwaigen, zB auf Initiative des Verteilernetzbetreibers amtswegig geführten Verwaltungsstrafverfahren, zu beurteilen. Die Nichtbeachtung des „Rechts zum Netzanschluss“, das das Gesetz dem Verteilernetzbetreiber zubilligt und das aus Sicht des über eine Direktleitung liefernden Erzeugers als Verpflichtung zu lesen ist, wird von den Ausführungsgesetzen unter Strafe gestellt.³⁴⁾ Ebenso wäre der Betrieb eines Verteilernetzes ohne eine entsprechende Konzession strafbar,³⁵⁾ wobei eine Direktleitung wohl ex definitionem nicht als Verteilernetz zu beurteilen sein wird. Erzeuger und Verteilernetzbetreiber haben daher ein Interesse daran, die rechtliche Qualifikation als Direktleitung vorab zu klären, um Netzzugangsstreitigkeiten von vornherein zu vermeiden.

Gegenstand eines FeststellungsB kann ein Recht, ein Rechtsverhältnis oder eine rechtserhebliche Tatsache sein. Nach der Rspr des VfGH ist ein Feststellungsantrag zulässig, wenn ein solcher ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist, die Feststellung im öffentlichen Interesse liegt oder für die Parteien ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung darstellt.³⁶⁾ Auch der VwGH hat diese Rspr rezipiert.³⁷⁾ Ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung ist ein Antrag auf Feststellung insb dann, wenn der beantragte FeststellungsB zur Abwehr zukünftiger Rechtsgefährdung Rechte oder Rechtsverhältnisse klarstellen soll.³⁸⁾

In der Lit wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass ein Erzeuger, der einen Kunden über eine Direktleitung versorgt, auch bei Fehlen einer entsprechenden Bestimmung im jeweiligen Landes-ElWOG einen Rechtsanspruch auf Feststellung der rechtlichen Qualifikation als Direktleitung hat, weil diese Feststellung im öffentlichen Interesse liegt und ein anderer Weg der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht offensteht.³⁹⁾

Im Fall von Zweifeln über die rechtliche Beurteilung einer Leitung als Direktleitung ist es aus Gründen der Rechtssicherheit für Erzeuger, die Kunden über Direktleitungen beliefern möchten, sinnvoll, vorab einen entsprechenden FeststellungsB der zuständigen LReg zu erlangen, um zukünftigen Streitigkeiten mit dem Verteilernetzbetreiber vorzubeugen.

E. Ergebnis

Die Definition der Direktleitungen im Bgld ElWG und im NÖ ElWG weichen von der Definition in Art 2 Z 15 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG und der Grundsatzbestimmung des § 7 Abs 1 Z 8 ElWOG des Bundes ab, indem sie Leitungen zwischen Erzeugern und (zugelassenen) Kunden nicht als „Direktleitungen“ definieren. Aufgrund der Unionsrechtswidrigkeit dieser „Lücke“ haben die zuständigen Beh bei der Beurteilung von Sachverhalten die weiter gefasste unionsrechtliche Bestimmung zur Beurteilung heranzuziehen.

Zur Vermeidung von Streitigkeiten über die Pflicht zum Anschluss an das Netz des Verteilernetzbetreibers (und die damit verbundene Verpflichtung zur Leistung bestimmter Bestandteile des Systemnutzungsentgelts) sowie zur Vermeidung von Verstößen gegen Verwaltungsstrafbestimmungen, die den nicht konzessionierten Betrieb von Netzen unter Strafe stellen, erscheint es

30) Mayer, B-VG⁴ (2007) zu Art 12 B-VG, Vorb.

31) So zB § 39 NÖ ElWG.

32) So zB § 34 Abs 2 Bgld ElWG; 40 Abs 3 NÖ ElWG.

33) § 61 Abs 1 Bgld ElWG 2006 idgF; § 21 K-ElWOG 2011 idgF; § 67 NÖ ElWG idgF; § 57 OÖ ElWOG 2006 idgF; § 25 Abs 1 Sbg LEG 1999 idgF; § 58 Stmk ElWOG idgF; § 51 Abs 2 TEG idgF; § 33 Abs 3 iVm § 56 Vbg ElektrizitätswirtschaftsG idgF.

34) § 70 Abs 1 Z 17 NÖ ElWG.

35) § 70 Abs 1 Z 20 NÖ ElWG iVm § 53 NÖ ElWG.

36) Vgl Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht⁹ (1996) 547 f mwN; Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht⁹ (2011) Rz 407.

37) Antoniolli/Koja, aaO 550.

38) Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht⁵ (2009) 212 f.

39) Oberndorfer, Die Versorgung über Direktleitungen, in Hauer (Hrsg), Aktuelle Fragen des Energierechts 2007 (2007) 85 (108 ff).

empfehlenswert, den Status einer „Direktleitung“ vorab festzustellen. Dies ist im Wege eines Feststellungsverfahrens vor der zuständigen ElektrizitätsBeh, das ist im Regelfall die LReg, möglich.

Die zuständigen ElektrizitätsBeh dürfen unzulässige Definitionen in den Ausführungsgesetzen, die vom Unionsgesetzgeber als „Direktleitung“ definierte Sachverhalte ausschließen, aufgrund der unmittelba-

ren Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Definitionen nicht anwenden. Dies betrifft in erster Linie die Erzeuger, die (zugelassene) Kunden im Bgld und in NÖ direkt beliefern möchten. Aber auch in anderen Bundesländern ist es ratsam, vor Errichtung einer „Direktleitung“ eine rechtliche Klärung dieses Status zu erwirken, weil damit erhebliche wirtschaftliche Erleichterungen für den Erzeuger verbunden sind.

→ In Kürze

Die Definition der „Direktleitung“ in Art 2 Z 15 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG umfasst folgende Typen von Leitungen:

- Leitungen, die einen einzelnen Produktionsstandort mit einem einzelnen Kunden verbindet,
- Leitungen, die einen Elektrizitätserzeuger und ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen zum Zwecke der direkten Versorgung
 - mit ihrer eigenen Betriebsstätte,
 - Tochterunternehmen und
 - zugelassenen Kunden

verbinden. Der Bundesgrundsatzgesetzgeber hat diese Definition in § 7 Abs 1 Z 8 EIWOG (Grundsatzbestimmung) mit allen Fallgruppen übernommen.

Ebenso die meisten Ausführungsgesetze.

Im Bgld und in NÖ weichen die Definitionen insofern ab, als die Gruppe der Leitungen zwischen Elektrizitätserzeugern (und Versorgungsunternehmen) einerseits und zugelassenen Kunden andererseits nicht genannt ist. Diese Erzeuger könnten nach diesen Bestimmungen demnach keine Direktleitungen betreiben.

Aufgrund der gebotenen unmittelbaren Anwendung der weiteren unionsrechtlichen Definition kommen jedoch auch NÖ und Bgld Erzeuger sowie die entsprechenden Stromkunden im Fall derartiger Direktlieferungen in den Genuss des vorteilhaften Regimes der Direktleitungen.

Unabhängig von den rechtlichen Feinheiten der Definitionen sollten Erzeuger iSd Rechtssicherheit und in Hinblick auf die wirtschaftlichen Konsequenzen vor Errichtung einer Direktleitung eine Klärung des Status durch die ElektrizitätsBeh anstreben.

Der Autor hat ein derartiges Präjudiz bereits erwirkt.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Georg Rihs ist Rechtsanwalt in Wien.

Kontaktadresse: Schottenring 16/2/246, 1010 Wien.

Tel: +43 (0)1 532 11 38

Fax: +43 (0)1 532 11 90

E-Mail: office@rihs-rechtsanwalt.at

Internet: www.rihs-rechtsanwalt.at

Vom selben Autor erschienen (Auszug):

Ökostromförderung in Österreich aus gemeinschafts- und verfassungsrechtlicher Sicht, ÖZW 2006, 21, 34; Wer ist (nicht) systemdienstleistungsentgeltspflichtig? – Überlegungen zu ausgewählten Tücken des Systems der Systemnutzungstarife, RdU U&T 2010/3;

Energie und Umwelt, in *Jaeger/Rumersdorfer* (Hrsg), Jahrbuch Beihilferecht 10 (2010) 381 (gemeinsam mit *Oder*);

Ökostromgesetz 2012 – Rückblenden und Schlaglichter, RdU-U&T 2012/24;

Strom(eigen)erzeuger gefangen im Netz?

RdU U&T 2013/18.