

# RECHT **RdU** DER UMWELT

Sonderheft  
zum  
EAG-Paket

Schriftleitung + Redaktion **Wilhelm Bergthaler**

53 – 80

Sonderheft RdU U&T

## Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften

### Editorial

Energie-Wende gut, alles gut? *Wilhelm Bergthaler* ➔ 53

### Beiträge

**Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften: Zivilrechtliche Stolpersteine  
und regulatorische Rahmenbedingungen**

*Johannes Hartlieb und Kaleb Kitzmüller* ➔ 56

**Unions- und verfassungsrechtliche Überlegungen zur  
Marktprämienförderung bei Energiegemeinschaften**

*Emil Nigmatullin* ➔ 62

**Anlagenrechtliche Implikationen des neuen EAG-Regimes**

*Mario Laimgruber* ➔ 67

**Leitungsrechte/-dienstbarkeiten der Netzbetreiber** *Georg Rihs* ➔ 72

# Anlagenrechtliche Implikationen des neuen EAG-Regimes

Das Anlagenrecht war zwar nur ein Nebenschauplatz der Diskussionen rund um das Erneuerbaren-Ausbau-Gesetzespaket (EAG-Paket),<sup>1)</sup> die sich bis dato vor allem um das neue Ökostromförderregime sowie die Energiegemeinschaften als neue Player des Energiemarkts drehten. In den anlagenbezogenen Regelungen steckt aber mehr als auf den ersten Blick ersichtlich ist: Ansätze einer weiteren Liberalisierung und Deregulierung, Potentiale für zukunftssträchtige Weiterentwicklungen, zugleich aber auch versäumte Gelegenheiten und Doppelgleisigkeiten.

Von Mario Laimgruber

RdU-U&T 2021/18

## Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangslage
- B. Änderungen des Starkstromwegerechts
  1. Bewilligungsfreistellungen nach § 3 StWG und § 3 StWGG
  2. Vereinfachte Beziehung von Privatsachverständigen und Verrechnung von Verfahrenskosten nach § 20a StWG und § 12a StWGG
  3. Übergangsbestimmungen
  4. Verpasste Möglichkeiten der Klarstellung zum „Ersitzungsstreit“
  5. Forschung und Pilotprojekte – neue Lösungsansätze zur Erdkabel-Debatte
  6. Handlungsspielräume für die StWGG-Ausführungsgesetzgeber
- C. EAG-Förderregime vs Anlagenrecht
  1. Mögliche Doppelgleisigkeiten
  2. Unklarer Eintrittszeitpunkt in das Förderregime
- D. Fazit

(„StWG“) sowie des **BG über elektrische Leitungsanlagen, die sich nicht auf zwei oder mehrere Bundesländer erstrecken** („StWGG“)<sup>3)</sup> anlagenrechtlich relevante Änderungen vorgenommen. Darüber hinaus enthalten zahlreiche Bestimmungen des Erneuerbaren-Ausbau-Gesetzes<sup>4)</sup> („EAG“) **förderrechtliche Voraussetzungen**, die Auswirkungen auf die Gestaltung von Projekten auf Basis erneuerbarer Energieträger und auf die zu führenden Anlagenverfahren haben werden.

## B. Änderungen des Starkstromwegerechts

Mit Art 9 und 10 des EAG-Pakets wurden die untenstehend angeführten Änderungen in das StWG und das StWGG implementiert. Darunter finden sich durchwegs positive Ansätze, die es weiter zu verfolgen gilt. Allerdings wurde die Möglichkeit, im Starkstromwegerecht im Zuge des EAG-Pakets auch gleich sinnvolle Klarstellungen vorzunehmen, noch nicht ausge-

## A. Ausgangslage

Mit dem EAG-Paket wurden insb durch die **Novellierungen des Starkstromwegerechts 1968**<sup>2)</sup>

1) BGBl I 2021/150.

2) BGBl 1968/70 idF BGBl I 2021/150.

3) BGBl 1968/71 idF BGBl I 2021/150.

4) BGBl I 2021/150.

schöpft. Bezüglich des StWGG bleibt abzuwarten, wie die Ausführungsgesetzgeber die vorhandenen Handlungsspielräume nutzen. Dazu im Detail:

## 1. Bewilligungsfreistellungen nach § 3 StWG und § 3 StWGG

§ 3 Abs 2 StWG und § 3 Abs 2 StWGG legen im Vergleich zur Rechtslage vor dem EAG-Paket weiterreichende Bewilligungsfreistellungen<sup>5)</sup> fest:

Nach **Z 1** werden nunmehr Leitungsanlagen für Spannungsebenen bis 45.000 Volt von der Bewilligungspflicht ausgenommen, sofern es sich nicht um Freileitungen über 1.000 Volt handelt. Nach den Erläut<sup>6)</sup> hatte der Gesetzgeber hierbei insb **Deregulierungserwägungen** vor Augen: Mit der verpflichtenden Ausweitung der Bewilligungsfreistellung (von bisher 1.000 Volt) auf Leitungsanlagen bis 45.000 Volt soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Betrieb solcher Leitungsanlagen in der Praxis und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge **keine sicherheitstechnisch komplexen Fragestellungen** aufwirft und somit das **Interesse an der Reduzierung des Verwaltungs- und Kostenaufwands** überwiegt.

Wenig überraschend werden nach **Z 2** die zu Eigenkraftanlagen gehörigen elektrischen Leitungsanlagen unabhängig von ihrer Betriebsspannung von der Bewilligungspflicht ausgenommen, da die neue Z 2 der geltenden Rechtslage (vgl dazu die bisher geltende Z 1)<sup>7)</sup> entspricht. Viel mehr überrascht hingegen, dass die bisherige Z 2 (**Bewilligungsfreistellung für Anlagen, die Ökostrom ableiten**) mit einer sehr dürftigen Erklärung **ersatzlos gestrichen** wurde. In den Erläut<sup>8)</sup> wird dazu lapidar festgehalten: „Die alte Z 2 war ersatzlos zu streichen, weil eine statische Verweisung auf den nicht mehr dem Rechtsbestand angehörenden § 31 Abs 3 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz, BGBl I 1998/143, angeordnet wird.“ Nach dem aktuellen Regelwerk sind diese Anlagen also **nunmehr starkstromwegerechtlich bewilligungspflichtig**. Vor dem Hintergrund, dass für solche Anlagen – als Teil der jeweiligen Erzeugungsanlage – im Regelfall auch eine elektrizitätsrechtliche Bewilligungspflicht<sup>9)</sup> besteht, wird das in den Erläut hervorgehobene Ziel der Deregulierung geradezu konterkariert.

Schließlich werden nach **Z 3** Kabelauf- und -abführungen sowie die dazugehörigen Freileitungstragwerke einschließlich jener Freileitungen bis 45.000 Volt, die für die Anbindung eines Freileitungstragwerks mit Kabelauf- oder -abführungen notwendig sind und ausschließlich dem Zweck der Anbindung dienen, auch von der Bewilligungspflicht freigestellt. Bei den Kabelüberführungsmasten handelt es sich um Tragwerke der Freileitung, die dazu dienen, Leitungskabel auf- und abzuführen. Ist für die Anbindung eines Kabelüberführungsmasts eine Trassenverschwenkung notwendig, so ist auch diese von der Bewilligungsfreistellung umfasst, sofern sie ausschließlich diesem Zweck dient.

Nicht zuletzt um das aufgrund der genannten Bewilligungsfreistellungen erwachsende potentielle **Rechtsschutzdefizit** (keine Bescheiderlassung) auszugleichen, sehen nunmehr **§ 3 Abs 3 und 4** (jeweils

StWG und StWGG) entsprechende Vorkehrungen vor.<sup>10)</sup>

Nach **§ 3 Abs 3** hat der Projektwerber – unabhängig von einer Bewilligungsfreistellung – ein Antragsrecht auf Einleitung, Durchführung und Entscheidung des Bewilligungsverfahrens, wenn bei Leitungsanlagen die Einräumung von Zwangsrechten<sup>11)</sup> erforderlich ist. Dieses Antragsrecht soll nach den Erläut<sup>12)</sup> der rechtlichen Konsequenz der Rspr des VwGH<sup>13)</sup> Rechnung tragen, wonach bewilligungsfreigestellte Anlagenbetreiber sonst keinen Titel für eine Zwangsrechtseinräumung innehätten, weil eine Zustimmung eines geschützten Rechtsträgers (wie bspw des Liegenschaftseigentümers) nicht erwirkt werden könnte.

**§ 3 Abs 4** hält zum einen fest, dass die Netzbetreiber – nach den Erläut<sup>14)</sup> insb hinsichtlich der Prävention von Störfällen – **die Leitungsdokumentation von bestehenden elektrischen Leitungsanlagen** evident zu halten haben. Zum anderen wird normiert, dass die Beh auf diese Informationen im Rahmen der in § 10 ElWOG 2010<sup>15)</sup> eingeräumten Auskunfts- und Einsichtsrechte zugreifen dürfen. Hintergrund ist, dass bei der Beh naturgemäß **keine Projektinformationen über die verlegten, (bewilligungsfreigestellten) elektrischen Leitungsanlagen hinsichtlich Lage, Art und Kapazität** aufliegen. Letztlich soll hiermit im Wege der Beh auch Rechtssicherheit gegenüber Dritten mit berechtigten Interessen geschaffen werden.

## 2. Vereinfachte Beiziehung von Privatsachverständigen und Verrechnung von Verfahrenskosten nach § 20a StWG und § 12a StWGG

Über die Erweiterung der Bewilligungsfreistellungen hinaus sind weitere **verfahrensrechtliche Deregulierungsmaßnahmen** vorgesehen:

Gem **§ 20a Abs 1 StWG** ist die **Beiziehung von „Privatsachverständigen“** im Bewilligungsverfahren auch ohne das Vorliegen der Voraussetzungen des

5) Die Bewilligungsfreistellungen kommen nur zur Anwendung, wenn keine Zwangsrechte gem §§ 11, 18 StWG bzw §§ 9, 10 StWGG in Anspruch genommen werden.

6) Vgl ErläutRV 733 BlgNR 27. GP 44.

7) BGBl 1968/71 idF BGBl I 2003/112.

8) Vgl ErläutRV 733 BlgNR 27. GP 44.

9) Vgl *Neubauer/Onz/Mendel*, StWG [2010] § 3 Rz 34 ff (Rz 37) mVa die Rspr des VwGH.

10) Darüber hinaus gelten nach wie vor die unmittelbar anwendbaren Schadenersatzregelungen des § 17 und wird die Einhaltung des Stands der Technik als Betreiberpflicht nach dem ElektrotechnikG 1992 sanktioniert.

11) IHa auf die weiter unten im Beitrag thematisierte – nicht vertretbare – Sichtweise, nach der Dienstbarkeiten iZm Leitungsanlagen nicht ersonnen werden können sollen, wird bereits hier darauf hingewiesen, dass auch im neu eingefügten § 3 Abs 3 zwischen „Leitungsrechten“ und weitergehenden Zwangsrechtseinräumungen (in der starkstromwegerechtlichen Terminologie „Enteignungen“; das umfasst zB auch die – zwangsweise – Einräumung von Dienstbarkeiten) unterschieden wird. Schon daraus ergibt sich eindeutig, dass der in § 15 Abs 3 StWG und § 18 StWGG normierte Ausschluss der Ersitzung von „Leitungsrechten“ eben nur „Leitungsrechte“ iSd StWG und StWGG betrifft und für Servitute an Leitungsanlagen die zivilrechtlichen Ersitzungsregeln uneingeschränkt anwendbar sind.

12) Vgl ErläutRV 733 BlgNR 27. GP 45.

13) Vgl VwGH 2. 4. 2009, 2007/05/0244.

14) Vgl ErläutRV 733 BlgNR 27. GP 45.

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

§ 52 Abs 2 und 3 AVG<sup>16)</sup> zulässig. Es können auch **fachlich einschlägige Anstalten, Institute oder Unternehmen** als Sachverständige bestellt werden. Mit dieser Regelung wird eine Vereinfachung der Beweisführung für Projektwerber sowie die Verkürzung der Verfahrensdauern angestrebt.

Mit **§ 20a Abs 2 StWG** wird hinsichtlich der Kostentragung eine dem § 3b UVP-G 2000<sup>17)</sup> entsprechende Rechtsgrundlage geschaffen, um die aufwandsvereinfachende Behördenpraxis der Forderungsübertragung und Zahlungsanweisung an den Projektwerber zur direkten Überweisung zu legitimieren. Die den Beh entstehenden **Barauslagen**, wie insb Gebühren oder Honorare für Sachverständige, sind **vom Projektwerber zu tragen**. Nunmehr wird ausdrücklich festgeschrieben, dass die Beh dem Projektwerber mit Bescheid auftragen kann, dass dieser die genannten Kosten – nach Prüfung der sachlichen und rechnerischen Richtigkeit durch die Beh – **direkt bezahlt**.

**§ 12a StWGG** enthält beinahe wortgleiche Bestimmungen zur vereinfachten Beiziehung von Privatsachverständigen und Verrechnung von Verfahrenskosten. Im Unterschied zu § 20a StWG räumt die grundsatzgesetzliche Bestimmung des § 12a StWGG den Landes-StWG-Gesetzgebern lediglich die Möglichkeit ein („kann“), die oben beschriebenen Maßnahmen in den zu erlassenden Ausführungsgesetzen einzuführen, ohne eine diesbezügliche Pflicht vorzusehen.

### 3. Übergangsbestimmungen

Schließlich enthalten § 28 Abs 5 StWG sowie § 21 Abs 3 StWGG das Gebot, dass die zuvor genannten neuen Bestimmungen nicht auf **anhängige Verfahren** Anwendung finden. (Bundes-)StWG-Verfahren, welche am Tag des Inkrafttretens des EAG-Pakets (28. 7. 2021) anhängig waren, sind nach den bisher geltenden (Bundes-)StWG-Bestimmungen<sup>18)</sup> zu beenden. Die nach dem StWGG innerhalb von sechs Monaten nach dem 27. 7. 2021<sup>19)</sup> zu erlassenden Ausführungsgesetze finden auf Verfahren, die vor Inkrafttreten des jeweiligen Ausführungsgesetzes anhängig waren, keine Anwendung und sind diese nach den bis dahin geltenden jeweiligen (Landes-)StWG-Bestimmungen zu beenden.

### 4. Verpasste Möglichkeiten der Klarstellung zum „Ersitzungsstreit“

Insb vor dem Hintergrund, dass man im EAG-Paket bei der Novellierung des Starkstromwegerechts sehr wohl seit der letzten starkstromwegerechtlichen Novergangene relevante Judikatur<sup>20)</sup> und faktische Entwicklungen<sup>21)</sup> berücksichtigt hat, ist nicht nachvollziehbar, warum von dieser Möglichkeit nicht umfassender Gebrauch gemacht wurde.

Eine Klarstellung wäre insb iZm der kursierenden Irrmeinung, aus dem in § 15 Abs 3 StWG und § 18 StWGG normierten **Ausschluss der Ersitzung von „Leitungsrechten“** ließe sich ein allgemeines Ersitzungshindernis für Dienstbarkeiten iZm Leitungsanlagen konstruieren, zweckmäßig gewesen. Die dazu häufig ins Treffen geführte E OGH 19. 6. 2018, 1 Ob 49/18i, stützt diese Fehlinterpretation keineswegs; im Ge-

genteil: Der OGH begründet ausführlich, warum „Leitungsrechte“ iSd StWG und StWGG von weitergehenden Servituten iZm Leitungsanlagen unterschieden werden müssen, der in § 15 Abs 3 StWG und § 18 StWGG normierte Ausschluss der Ersitzung von „Leitungsrechten“ deshalb eben nur „Leitungsrechte“ iSd StWG und StWGG betrifft<sup>22)</sup> und somit **für Servitute an Leitungsanlagen die zivilrechtlichen Ersitzungsregeln<sup>23)</sup> uneingeschränkt anwendbar sind;**<sup>24)</sup> eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit dieser Streitfrage konnte allerdings im konkreten Fall unterbleiben, „weil die behauptete Ersitzung bereits aus anderen Gründen nicht stattfand“.<sup>25)</sup> Dass zu diesem Aspekt im EAG-Paket keine einfache Klarstellung in § 15 Abs 3 StWG und § 18 StWGG erfolgte, kann man sich wohl nur so erklären, dass der Gesetzgeber diese Streitfrage insb durch die OGH-E für ausreichend geklärt und einen dahingehenden Hinweis für nicht notwendig erachtete.

### 5. Forschung und Pilotprojekte – neue Lösungsansätze zur Erdkabel-Debatte

Verfahren über Starkstromwege wurden zuletzt immer wieder durch eine heillos ideologisierte Debatte um die Erdverkabelung blockiert. Hier versucht das EAG-Paket eine neue, evidenzbasierte Herangehensweise, indem der Fortschritt der Forschung zu dieser – in der großtechnischen Anwendung noch unausgereiften Technologie – aktiv vorangetrieben und Transparenz der Forschungsergebnisse gesichert wird.

Konkret wurde in den §§ 40 Abs 1a und 40a ElWOG 2010<sup>26)</sup> festgeschrieben, dass Betreiber von Übertragungsnetzen mit einer Nennspannung ab 380 kV zur **Forschung und Entwicklung im Bereich alternativer Leitungstechnologien** (etwa 380 kV Wechselspannung-Erdkabel) in großtechnischer Anwendung verpflichtet sind (und die Anwendbarkeit in ausgewählten Pilotprojekten zu erproben ist). Sie haben über den erzielten Fortschritt regelmäßig zu berichten; dem

16) BGBl 1991/51 idF BGBl I 2018/58.

17) BGBl 1993/697 idF BGBl I 2018/80.

18) BGBl 1968/70 idF BGBl I 2003/112.

19) Tag der Kundmachung des EAG-Pakets.

20) Die Einführung des § 3 Abs 3 zur Berücksichtigung von VwGH 2. 4. 2009, 2007/05/0244 iZm der Notwendigkeit eines Titels für Zwangsrechtseinräumungen wurde zuvor bereits erläutert.

21) Auch auf die Erweiterung der Bewilligungsfreistellungen aufgrund sicherheitstechnischer Beurteilungen der aktuellen Praxis und bzgl des aktuellen gewöhnlichen Laufes der Dinge wurde zuvor bereits eingegangen.

22) Sowohl die Wortlaut- als auch eine systematische und teleologische Interpretation lässt keinen anderen Schluss zu. § 15 Abs 3 StWG und § 18 StWGG setzen die Wortlautgrenze mit „Leitungsrecht“, systematisch wird im Starkstromwegerecht zwischen „schwachen“ Leitungsrechten mit geringer Bestandskraft (Telos: Widerruflichkeit) und „stärkeren“ anderen Dienstbarkeiten mit höherer Bestandskraft (Telos: verbücherbar) unterschieden.

23) Voraussetzung für die Ersitzung sind neben dem Zeitablauf echter und redlicher Besitz eines Rechts, das seinem Inhalt nach dem zu erwerbenden Recht entsprochen hat, sowie Besitzwille (RIS-Justiz RS0034138).

24) Faktisch existiert – insb unter Berücksichtigung der Ausführungen in FN 22 – keine öffentlich-rechtliche Norm, die einer Ersitzung von Servituten iZm Leitungsanlagen entgegenstünde. Der zivilrechtlichen Lit (vgl zB *Renner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1455 [Stand 1. 3. 2017, rdb.at] Rz 10), die ein Ersitzungsverbot aus einer solchen (nicht existenten) Norm ableiten will, kann nicht gefolgt werden.

25) Vgl OGH 19. 6. 2018, 1 Ob 49/18i.

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

BMK steht zudem unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit offen, Pilotprojekte im Wege der Ersatzvornahme zu implementieren.

Damit hat der Gesetzgeber klargestellt, dass die Erdkabel-Technologie als grundsätzliche Übertragungstechnologie auf zB der 110- und 220-kV-Ebene – insb iS technischer und wirtschaftlicher Vorteile und iSd Zuverlässigkeit und der bestmöglichen Sicherstellung der regionalen Stromversorgung – **noch keine taugliche Alternative** darstellt.<sup>27)</sup> Zugleich wird der Forschungsfortschritt durch die ausdrückliche Verpflichtung der Übertragungsnetzbetreiber weiter „angekurbelt“ und eine transparente Informationsgrundlage geschaffen. Das ist für das Starkstromrecht bedeutsam, weil im Rahmen des starkstromwegerechtl. Bewilligungsverfahrens die Prüfung erfolgt, ob ein Vorhaben dem öffentlichen Interesse an der Versorgung der Bevölkerung oder eines Teils derselben mit elektrischer Energie entspricht und dabei dem Umstand, ob die elektrische Leitungsanlage den Stand der Technik in Bezug auf **Zuverlässigkeit und Versorgungssicherheit** einhält, besondere Bedeutung zukommt;<sup>28)</sup> diese Anforderungen vermag die Erdkabel-Technologie im großtechnischen Maßstab auf der 110- und 220-kV-Ebene derzeit noch nicht sicherzustellen. Eine gleichartige Klarstellung, zB in den StWGG-Ausführungsgesetzen der Länder wäre zielführend.

Die Forschungs- und Pilotprojekt-Klausel der §§ 40 Abs 1a und 40a ElWOG 2010 könnte – über den gegenständlichen Sonderfall hinaus – durchaus Modellcharakter für gleichartige Konstellationen in anderen Anlagenbereichen haben.

## 6. Handlungsspielräume für die StWGG-Ausführungsgesetzgeber

Wie bereits bei den Übergangsbestimmungen erwähnt, sind die neun Landesgesetzgeber aufgrund der StWGG-Nov verpflichtet, die darin enthaltenen **grundsatzgesetzlichen Bestimmungen** binnen sechs Monaten vom Tag der Kundmachung des EAG-Pakets<sup>29)</sup> in Ausführungsgesetze zu gießen.<sup>30)</sup>

Bei der Ausgestaltung der ausführungsgesetzlichen Regelungen sind die verfassungsrechtlichen Grenzen zu beachten: Zum einen gibt das StWGG den Ausführungsgesetzgebern **bindende Determinanten** vor,<sup>31)</sup> woraus folgt, dass das jeweilige Landes-StWG die „**rechtlichen Wirkungen**“ des StWGG nicht ändern darf.<sup>32)</sup> Bei der **Auslegung des StWGG** ist im Zweifelsfall diejenige Möglichkeit als zulässig anzusehen, die dem Landes-StWG den **weiteren Spielraum** lässt.<sup>33)</sup> Zum anderen steht es den Ausführungsgesetzgebern frei, bestimmte im StWGG nicht behandelte (insb verfahrensrechtliche<sup>34)</sup>) Fragen **nach eigenem Ermessen** zu regeln.<sup>35)</sup> Im Verhältnis (Bundes-)StWG / (Landes-)StWG als Ausführungsgesetze des StWGG ist jedenfalls auch das **verfassungsrechtliche Berücksichtigungsgebot**<sup>36)</sup> zu beachten, nach dem Bund und Länder bei ihrer Kompetenzausübung zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet sind. Es wäre mit dem Wesen unseres Bundesstaats unvereinbar, wenn die Interessen des jeweils anderen Gesetzgebers durchkreuzt oder unterlaufen werden würden. Bei der Erlassung der Aus-

führungsgesetze ist also darauf zu achten, dass die Regelungen des (Bundes-)StWG nicht torpediert werden.

Insgesamt bleibt abzuwarten, wie die Landesgesetzgeber den vorhandenen Spielraum nutzen werden. Im besten Fall könnte zumindest punktuell das nachgeholt werden, was – wie zuvor angeführt – im EAG-Paket nicht geregelt wurde.

## C. EAG-Förderregime vs Anlagenrecht

IZm dem neuen Förderungsregime von Ökostrom-, GrünGas- sowie Wasserstoffanlagen stellen sich zahlreiche anlagenrechtliche Fragestellungen. In der Folge wird auf Doppelgleisigkeiten im Verhältnis Förderregime/Anlagenrecht und auf den möglichen Eintrittszeitpunkt in das Förderregime im Fall unklarer anlagenrechtlicher Anknüpfungspunkte eingegangen.

### 1. Mögliche Doppelgleisigkeiten

Obwohl das EAG seinem Geltungsbereich nach insb die Fördervoraussetzungen für Ökostrom-, GrünGas- sowie Wasserstoffanlagen zum Gegenstand hat,<sup>37)</sup> enthalten einige förderrechtliche Bestimmungen **spezielle anlagenrechtliche Kriterien**.

So legen bspw die **allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung von Marktprämien**<sup>38)</sup> fest, dass Neubauten, Erweiterungen und Revitalisierungen von **Wasserkraftanlagen**, die den **Erhaltungszustand** von Schutzgütern nach der Fauna-Flora-Habitat-RL<sup>39)</sup> oder der Vogelschutz-RL<sup>40)</sup> **verschlechtern** und in **Schutzgebieten** (Natura 2000, Nationalpark) liegen, nicht durch Marktprämie förderfähig sind. Ob und inwieweit ein Wasserkraftprojekt die Verschlechterung des Erhaltungszustands von Schutzgütern in den ausgewiesenen Schutzgebieten verursacht, wird allerdings bereits in den **Bewilligungsverfahren nach den Landes-NaturschutzG** geprüft.

Insb drängt sich die Frage auf, **in welchem rechtlichen Verhältnis** die relevanten anlagenrechtlichen Bestimmungen der NaturschutzG und die Fördervoraussetzungen stehen und wie mögliche Wertungswidersprüche zwischen den Materienbehörden und der EAG-Förderabwicklungsstelle zu lösen sind. Darüber hinaus darf die kompetenzrechtliche Einordnung der genannten Förderregelungen in Frage gestellt werden,

27) Dies schließt natürlich eine vereinzelte Erdverkabelung als räumlich punktuelle Maßnahme zur Verhinderung oder Verringerung erheblicher Umweltauswirkungen nicht aus.

28) Vgl Neubauer/Onz/Mendel, StWG (2010) § 7 Rz 48.

29) 27. 7. 2021.

30) Vgl § 21 Abs 3 StWGG.

31) Vgl VfSlg 3853; Muzak, B-VG<sup>6</sup> Art 12 Rz 1.

32) VfSlg 2087; 3744; 4919; 12.280; 17.232.

33) VfSlg 3649/1959.

34) VfGH 20. 9. 2009, G54/09.

35) VfSlg 2087/1951; 3649/1959; 15.279/1998 ua.

36) Vgl VfSlg 10.292/1984; darauf verweisend 18.096/2007.

37) Vgl § 2 Abs 1 EAG.

38) Vgl § 10 Abs 1 Z 1 lit a EAG.

39) RL 92/43/EWG zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen, ABl L 1992/206, 7, zuletzt geändert durch die RL 2013/17/EU, ABl L 2013/158, 193, idF der Berichtigung ABl L 2014/95, 70.

40) RL 2009/147/EG über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten, ABl L 2010/20, 7, zuletzt geändert durch die VO (EU) 2019/2010, ABl L 2019/170, 115.

ist doch bspw das naturschutzrechtliche Anlagenrecht in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache und somit einer Konkretisierung im EAG und einer diesbezüglichen Vollziehung durch die EAG-Förderabwicklungsstelle grds nicht zugänglich.

Gewisse **Doppelgleisigkeiten**<sup>41)</sup> (insb in Hinblick auf die Beweisführung vor den NaturschutzBeh und der EAG-Förderabwicklungsstelle) sind somit vorprogrammiert. Wie sich diese auflösen, werden die kommenden Verfahren zeigen.

## 2. Unklarer Eintrittszeitpunkt in das Förderregime

Um an einem **Marktprämienauswahlverfahren bei Photovoltaik-Anlagen und Anlagen auf Basis von Biomasse** teilnehmen zu können, hat ein Anlagenbetreiber gem § 20 Z 7 EAG einen Nachweis darüber zu erbringen, dass für seine Anlagen **alle erforderlichen Genehmigungen und Bewilligungen** der jeweils zuständigen „Behörde“ **erteilt wurden oder als erteilt gelten**. Dem Wortlaut ist jedoch nicht zu entnehmen, ob sämtliche Genehmigungen **bereits rechtskräftig** erteilt sein müssen. Die Erläut<sup>42)</sup> führen dazu aus, dass der Anlagenbetreiber im Zeitpunkt der Gebotsstellung über eine **verwaltungsbehördliche Genehmigung oder Bewilligung** – „*ungeachtet etwaiger Rechtsmittel*“ – zu verfügen hat. Auf das Vorliegen der **Rechtskraft** wird also jedenfalls nicht abgestellt. Ist das zur Förderung beabsichtigte Vorhaben **bloß anzeigepflichtig**, gilt die Genehmigung als erteilt, wenn die zuständige Behörde das Vorhaben in der jeweils vorgesehenen Frist nicht untersagt oder der Ausführung des Vorhabens vor Ablauf der Frist ausdrücklich zugestimmt hat.

Im Bereich der **Marktprämienerweiterung für Windkraft**<sup>43)</sup> und **Wasserkraftanlagen**<sup>44)</sup> sowie für **Anlagen auf Basis von Biomasse**<sup>45)</sup> und **Biogas**<sup>46)</sup> erfolgt die Fördergewährung **auf Antrag der Anlagenbetreiber** (sog „administrative Marktprämie“). § 45 EAG legt die Unterlagen fest, die einem solchen Antrag anzuschließen sind: Z 5 sieht eine dem § 20 Z 7 EAG **wortgleiche Bestimmung** vor, wonach im Antragzeitpunkt **„alle erforderlichen Genehmigungen und Bewilligungen“** der jeweils zuständigen „Behörde“ **erteilt sein müssen oder als erteilt gelten**. Den Erläut<sup>47)</sup> zu § 45 EAG ist nichts Erhellendes zur Auslegung dieser Bestimmung zu entnehmen. Insb ist dort keine – den Erläut<sup>48)</sup> zu § 20 Z 7 EAG gleichlautende – Konkretisierung dahingehend enthalten, dass die Ökostromanlage **verwaltungsbehördlich genehmigt sein muss**. **In systematischer Hinsicht** muss davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber auch im Bereich der administrativen Marktprämie das **Vorliegen der verwaltungsbehördlichen Genehmigungen** vor Augen hatte.<sup>49)</sup>

Freilich ist die Festlegung, dass sämtliche verwaltungsbehördliche Genehmigungen und Bewilligungen im Zeitpunkt der Gebots- und Antragstellung bereits vorliegen müssen, in vielerlei Hinsicht problematisch:

Zum einen ist darauf hinzuweisen, dass ein **Ausschluss vom Förderverfahren** wohl nicht deshalb erfolgen kann, weil die **Verwaltungsbehörde die Genehmigung versagt** und erst das **VwG** das Projekt im **Rechtsmittelverfahren** (in der Sache selbst entscheidend) **ge-**

**nehmigt** hat. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist jedenfalls nicht ersichtlich, weshalb eine nachträglich erteilte Genehmigung durch das VwG nicht einer „erstinstanzlichen“ behördlichen Genehmigung gleichzusetzen wäre. Dahingehend sind die Bestimmungen also in einem die VwG erfassenden Sinn zu verstehen.

Zum anderen ist an Fälle zu denken, in denen die Entscheidung durch bestimmte Verfahrensparteien (**mutwillig verzögert** wird und somit **erhebliche finanzielle Nachteile auf Seiten der betroffenen Anlagenbetreiber** – gerade vor dem Hintergrund des „first come, first serve“-Prinzips<sup>50)</sup> und dem generellen Risiko schlechterer Marktprämien in Folgejahren – entstehen können. Dem Rechtsmissbrauch wird hier Tür und Tor geöffnet. Wie rasch ein Genehmigungsverfahren durchgeführt wird, liegt über weite Strecken nämlich nicht im Einflussbereich des jeweiligen Anlagenbetreibers. Schafft es bspw eine Verfahrenspartei, die Erlassung des Genehmigungsbescheids hinauszuzögern und kann der Zugang zum Fördertopf deshalb erst (unter Umständen viel) später als bei einem anderen Anlagenbetreiber erfolgen, bei dem die Verfahrenserledigung nicht verzögert wurde, ist dies aus **gleichheitsrechtlicher Perspektive** ein untragbares Ergebnis.

## D. Fazit

Die anlagenrechtlichen Implikationen des neuen EAG-Pakets sind neben den zuletzt thematisierten **Spannungsfeldern in den Bereichen, in denen das EAG-Förderregime an das Anlagenrecht anknüpft**, differenziert zu bewerten: Positiv hervorzuheben sind die **Deregulierungen**, wobei es allerdings Bedarf zur Nachbesserung gibt: Der **ersatzlose Wegfall der starkstromwegerechtlichen Bewilligungsfreistellung für Ökostrom-Ableitungsanlagen** sollte bei nächster Gelegenheit korrigiert werden.

Manche aktuelle Diskussion, etwa rund um die **Ersitzung von Dienstbarkeiten**, hat der Gesetzgeber nicht aufgegriffen; hier hat der OGH allerdings jüngst wesentliche Aspekte klargestellt. Die **Erdkabel-Debatte** wurde durch eine neuartige Forschungs- und Pilotprojektklausel entideologisiert und objektiviert; daran anknüpfend haben die Landesgesetzgeber in den StWGG-Ausführungsgesetzen die Möglichkeit, **kongruente Klarstellungen aufzunehmen**. →

41) Stichwort „Multi-level-governance“-Problem.

42) Vgl ErläutRV 733 BlgNR 27. GP 12.

43) Vgl § 48 EAG.

44) Vgl § 49 EAG.

45) Vgl § 50 EAG.

46) Vgl § 51 EAG.

47) Vgl ErläutRV 733 BlgNR 27. GP 14.

48) Vgl ErläutRV 733 BlgNR 27. GP 12.

49) Jedenfalls auch für diese Auslegung spricht, dass in § 45 Z 5 EAG die zuständige „Behörde“ und nicht etwa (auch) ein VwG genannt wird.

50) Vgl § 46 EAG iVm ErläutRV 733 BlgNR 27. GP 14: Bei der administrativen Marktprämie werden die Förderanträge in der Reihenfolge ihres Einlangens behandelt. Überschreitet ein Förderantrag das jährlich zur Verfügung stehende Vergabevolumen, ist er durch einen Vorgriff auf das Vergabevolumen des Folgejahrs zu bedecken, sofern der Antrag aus dem Vergabevolumen des Antragsjahrs noch zumindest zu 50% bedeckt werden kann. Anträge, die nicht bedeckt werden können, werden nicht berücksichtigt und müssen im Folgejahr neu eingebracht werden. Es werden keine Wartelisten gebildet.

## → In Kürze

Mit dem EAG-Paket wurden – zum Teil in der bisherigen Diskussion zu Unrecht vernachlässigte – anlagenrechtlich relevante Änderungen implementiert. Wie so vieles iZm dem EAG sind die dadurch verursachten praktischen Auswirkungen noch nicht final absehbar. Festgehalten werden kann schon jetzt, dass neben den positiv hervorzuhebenden Deregulierungsbestrebungen (bei denen allerdings Nachbesserungsbedarf besteht) manche strittige Fragen ausgespart geblieben sind (etwa die Ersitzungsdebatte), andere hingegen in durchaus zukunftsweisender Manier versachlicht wurden (zB Erdkabel-Streit). Außerdem bestehen dort, wo das EAG-Förderregime an das Anlagenrecht anknüpft, zahlreiche Spannungsfelder, die wohl erst in den kommenden Verfahren aufgelöst werden können.

## → Zum Thema

## Über den Autor:

Ing. Mario Laimgruber, LL.M. ist Rechtsanwalt und Mitbegründer der Praxisgruppe 360° Erneuerbare Energie der Haslinger / Nagele Rechtsanwälte GmbH.  
 Kontaktadresse: Mölker Bastei 5, 1010 Wien  
 Tel.: +43 1 718 66 80–612  
 Fax: +43 1 718 66 80–630  
 E-Mail: mario.laimgruber@haslinger-nagele.com  
 Internet: www.360ee.at; www.haslinger-nagele.com.

## Vom selben Autor erschienen:

*Laimgruber*, Rezension „Defizite und Potenziale des wasserrechtlichen Widerstreitverfahrens“, NR 2021, Heft 2, 265f;  
*Schachinger/Laimgruber*, Anlagenrecht: Erhöhter Bestandsschutz zwangsrechtersetzender Servitutsvereinbarungen, RdU-U&T 2020/12;  
*Berger/Laimgruber*, Wiederverleihung vs Änderungsbe-willigung – Neubefristung als Ausweg aus dem Wieder-verleihungs-Korsett? WASSERKRAFT Nr 64, Juni 2019;  
*Schachinger/Laimgruber*, Wasserrecht: Enteignung trotz Primats bestehender Rechte? – Spezialfragen betreffend Widerstreit, Zwangsrechte und Entschädigung, RdU 2016/6, 15;  
*Schachinger/Laimgruber*, (Kein) Ende für Starkstromfrei-leitungen, Oesterreichs Energie März 2015, 33;  
*Schachinger/Laimgruber*, Wasserrechtliches Widerstreit-verfahren: Vollzugsschwierigkeiten und legistische An-regungen, ZTR 2014, 163.