

B. Ratschläge

Zu guter Letzt habe ich die Gesprächspartner gegen Ende meiner Interviews gefragt, welchen Ratschlag sie einem „guten Freund“ geben würden, der im Begriff ist, ein JV einzugehen. Folgende Ratschläge wurden zB gegeben:⁶⁶⁾

- gute juristische Beratung in Anspruch zu nehmen;
- Exit-Regelungen sind essentiell, weshalb diese gut geregelt werden sollten;
- die fachlichen und vertraglichen Möglichkeiten des Partners gut kennen;
- gemeinsame Ziele klar definieren;
- im Falle internationaler JV Mentalitätsunterschiede beachten;
- klare Spielregeln hinsichtlich des operativen Geschäftsbereiches festlegen.

Schlussstrich

Auch der zweite Teil der JV-Praxiserhebung hat gezeigt, dass Theorie und gelebte Wirklichkeit nicht immer parallel laufen. Deutlich ist überdies geworden, dass zB Regeln in Bezug auf Exit- und Konfliktlösungsmechanismen eine bedeutende Rolle spielen. Regeln etwa zu einem Börsegang, einer Stimmbindung oder einer Liquidation des JV finden sich hingegen seltener.

⁶⁶⁾ Für weitere Bsp s *John*, Joint Ventures unter Pkt III.G. (in Druck).

Energiegemeinschaften und Einlagenrückgewähr

„Energie-Pooling“ als Herausforderung für die Kapitalerhaltung

BEITRAG. Der Sinn und Zweck einer Energiegemeinschaft führt zu einem regen Leistungsaustausch mit deren Mitgliedern. Bei KapGes kann dies mit Blick auf die Kapitalerhaltungsvorschriften zu Herausforderungen führen. Fraglich ist, inwiefern ein Fremd- oder Drittvergleich für die Beurteilung dieser Leistungsbeziehungen passend ist. **ecolex 2023/601**



Mag. **Kaleb Kitzmüller**, LL.M. (Amsterdam), ist RA und Mitbegründer der Praxisgruppe 360° Erneuerbare Energie der Haslinger/Nagele RA GmbH in Wien

Dr. **Adrian Kubat**, ist RAA bei der Haslinger/Nagele RA GmbH in Wien

A. Einleitung

Durch die Erneuerbaren-Energie-RL¹⁾ (RED II), die Elektrizitätsbinnenmarkt-RL²⁾ (ElBM-RL) und deren Umsetzung im nationalen Recht mittels des Erneuerbaren-Ausbau-Gesetzespakets³⁾ wurde mit den Energiegemeinschaften eine rechtliche Basis für die gemeinschaftliche Erzeugung und Nutzung von Energie geschaffen. Dabei hat es der europäische Gesetzgeber den MS freigestellt, in welcher Rechtsform diese Energiegemeinschaften in die nationalen Rechtsordnungen integriert werden. Die MS können demnach etwa für die Energiegemeinschaften eine eigene Rechtsform schaffen, bestimmte bestehende Rechtsformen für die Nutzung als Energiegemeinschaften vorsehen oder die Wahl der geeigneten Rechtsform den gründenden Teilnehmern überlassen. Letztere Variante wurde durch den österr Gesetzgeber gewählt. Demnach dürfen österr Energiegemeinschaften als „Verein, Genossenschaft, Pers- oder KapGes oder eine ähnliche Vereinigung mit Rechtspersönlichkeit“ ausgestaltet sein.⁴⁾ Diese Rechtsformoffenheit ermöglicht eine flexible Gestaltung von Energiegemeinschaften und hat ua den Vorteil, dass Energiegemeinschaften auf Basis von etablierten – und damit im Geschäftsgebrauch angenommenen – Rechtsformen geschaffen werden. Dabei gilt es jedoch auch, die Zwecke und Anforderungen von Energiegemein-

schaften mit dem Rechtsrahmen der jeweiligen Rechtsform in Einklang zu bringen. Besonders herausfordernd scheint dies bei der Nutzung von KapGes als Erneuerbare-Energie-Gemeinschaften⁵⁾ (EEG) bzw Bürgerenergiegemeinschaften⁶⁾ (BEG) zu sein. In der Folge wird beleuchtet, welche Rolle Kapitalerhaltungsvorschriften bei der Chimäre „KapGes/Energiegemeinschaft“ spielen und wie diese eingehalten werden können, ohne den Zweck und Nutzen von Energiegemeinschaften zu ver-eiteln.

B. BrushUp: Die Energiegemeinschaften

Sowohl EEG als auch BEG müssen mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestattet sein. Wie bereits ausgeführt, kom-

¹⁾ RL (EU) 2018/2001 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen.

²⁾ RL (EU) 2019/944 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der RL 2012/27/EU, ABI L 2019/158, 125.

³⁾ BGBl I 2021/150 idF BGBl I 2022/233.

⁴⁾ § 79 Abs 2 Erneuerbaren-Ausbau-Gesetz, BGBl I 2021/150 idF BGBl I 2022/233 (EAG) bzw § 16b Abs 2 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010, BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2023/94 (EIWOG 2010).

⁵⁾ § 79 EAG und §§ 16c ff EIWOG 2010.

⁶⁾ §§ 16b ff EIWOG 2010.

men dafür iW sämtliche Rechtspersonen in Frage, welche aus dem Zusammenschluss von „Mitgliedern“ bzw „Gesellschaftern“ gebildet werden können. EEG und BEG sind demnach als Rechtspersonen auszugestalten, die von zumindest zwei Mitgliedern zur Erbringung bestimmter Energiedienstleistungen errichtet werden. Im Gegensatz zur BEG ist die EEG auf die Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen beschränkt. Und während die EEG auch andere Energieträger (zB Kälte/Wärme) nutzen kann, darf innerhalb der BEG nur Elektrizität erzeugt und verteilt werden. Bei beiden Energiegemeinschaftsformen darf der Hauptzweck nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet sein; vielmehr sollen sie den Mitgliedern bzw Anteilseignern oder den lokalen Gebieten, in denen sie tätig sind, Umwelt-, Wirtschafts- oder soziale Gemeinschaftsvorteile bringen. Unterschiedliche Einschränkungen gibt es beim Mitgliederkreis und der Kontrollbefugnis innerhalb der Energiegemeinschaft.⁷⁾

C. Energiegemeinschaften als KapGes?

Während Energiegemeinschaften bislang fast ausschl als Vereine, Genossenschaften und (vereinzelt) PersGes gegründet wurden, entdecken nun auch Gemeinden und Unternehmen diese Möglichkeit der gemeinschaftlichen Energieerzeugung und -verteilung für sich und planen, dafür auch KapGes als Energiegemeinschaft, auszugestalten. So könnte etwa eine Gemeinde gemeinsam mit ihren ausgegliederten Betrieben (zB den vielerorts üblichen gemeindeeigenen Infrastruktur- und Immobilienentwicklungsgesellschaften, Stadtwerken, Bergbahngesellschaften etc) eine Energiegemeinschaft als GmbH (& Co KG) gründen. Gründen mehrere Unternehmen eine Energiegemeinschaft kann die Nutzung von KapGes ebenso naheliegender als die Errichtung in Form eines Vereins oder Genossenschaft sein, welche sich jeweils für den privaten Bereich besonders eignen. Im Regelfall sind KapGes wesentlich besser in die gewohnte Beteiligungsverwaltung einbindbar und werden von Kreditinstituten als Finanzierungspartner bei umfangreicheren Finanzierungen eher angenommen. Vor allem durch die Einführung der FlexKap dürfte der Anteil von KapGes an Energiegemeinschaften steigen, scheinen sich diese doch mit den leicht übertragbaren Unternehmenswert-Anteilen und der Möglichkeit des Erwerbs von eigenen Geschäftsanteilen besonders für Energiegemeinschaften zu eignen.⁸⁾

D. Leistungsaustausch in Energiegemeinschaften

Bereits von Gesetzes wegen ist der Sinn und Zweck von Energiegemeinschaften darauf ausgerichtet, ihren Mitgliedern „ökologische, wirtschaftliche oder sozialgemeinschaftliche Vorteile“ zu bringen. Es verwundert demnach nicht, dass die Leistungsbeziehungen von Energiegemeinschaften primär im Verhältnis Energiegemeinschaft – Mitglied bestehen. Zur Zweckerfüllung dürfen Energiegemeinschaften (elektrische⁹⁾) Energie (aus erneuerbaren Quellen¹⁰⁾) erzeugen und die eigenerzeugte Energie verbrauchen, speichern oder verkaufen. Weiters dürfen sie im Bereich der Aggregation tätig sein und für ihre Mitglieder Energiedienstleistungen erbringen.¹¹⁾ Im Folgenden wird kurz auf Leistungsbeziehungen eingegangen, die aus dem Blickwinkel der Kapitalerhaltung von besonderer Bedeutung sind.

1. Energieaustausch

Innerhalb einer Energiegemeinschaft wird mit den durch die Energiegemeinschaft betriebenen Energieerzeugungsanlagen (elektrische) Energie (aus erneuerbaren Quellen) erzeugt und an die Teilnehmer der Energiegemeinschaft weitergegeben. Aus Elektrizitätsrechtlicher Sicht bestehen kaum Vorgaben, wie diese Zurverfügungstellung von Energie innerhalb einer Energiegemeinschaft zu verrechnen ist. Es hat lediglich eine Festlegung zu erfolgen, welchem Mitglied welcher ideelle Anteil an der Erzeugungsanlage zukommt und ob die Energie in einem dynamischen oder statischen Modell unter den Mitgliedern verteilt wird. Die erzeugte Energie kann insofern sowohl zum Nulltarif weitergegeben werden als auch mittels Festpreis, durch Orientierung am Marktpreis oder auf Basis von alternativen Tarifstrukturen. Fest steht, dass dieser Energieaustausch zw der Energiegemeinschaft und ihren Mitgliedern ausdrücklich nicht die „Lieferanteneigenschaft“ der Energiegemeinschaft iSd § 7 Abs 1 Z 45 ElWOG 2010 bewirkt und auch nicht der GewO unterliegt.¹²⁾

2. Zurverfügungstellung der Erzeugungsanlage

Die durch die Energiegemeinschaft betriebenen Energieerzeugungsanlagen müssen nicht im Eigentum der Energiegemeinschaft stehen. Es ist ausreichend, wenn dieser die Betriebs- und Verfügungsgewalt an den Anlagen zukommt.¹³⁾ Daher können Energiegemeinschaften die zu nutzenden Energieerzeugungsanlagen von ihren Mitgliedern oder Dritten zur Verfügung gestellt bekommen. Auch für diese Leistungsbeziehung besteht aus Elektrizitätsrechtlicher Sicht keine Vorgabe zum Entgelt.

3. Energiedienstleistungen für Mitglieder

Neben der Erstellung der Abrechnung können Energiegemeinschaften auch diverse andere Energiedienstleistungen für ihre Mitglieder erbringen, zB die Zurverfügungstellung von Speicher und Ladeleistung für Elektrofahrzeuge. Sie können aber auch als zentrale Energiemanagementstelle der teilnehmenden Mitglieder dienen. Inwiefern für diese Leistungen ein Entgelt (zB ein Dienstleistungsentgelt/eine Managementfee) verrechnet wird, obliegt der Parteienvereinbarung.

E. Kapitalerhaltung rund um die Energiegemeinschaft

1. Das Verbot der Einlagenrückgewähr im Allgemeinen

Kern der Kapitalerhaltungsvorschriften ist das in den § 82 Abs 1 GmbHG¹⁴⁾ und § 52 AktG normierte Verbot der Einlagenrückgewähr. Mit wenigen Ausnahmen ist demnach jede vermögenswerte Zuwendung an einen Gesellschafter verboten,

⁷⁾ Siehe dazu vertiefend *Klein*, Neue Marktteilnehmer im Energierecht: Prosumer und Energiegemeinschaften. Eine gegenüberstellende Analyse ihrer rechtlichen Charakteristik (2022) 30 ff.

⁸⁾ Vgl §§ 9 und 15 FlexKapGG, 276/ME 27. GP.

⁹⁾ Einschränkung für BEG.

¹⁰⁾ Einschränkung für EEG.

¹¹⁾ § 16b Abs 1 ElWOG 2010 bzw § 79 Abs 1 EAG.

¹²⁾ § 16b Abs 6 ElWOG 2010 bzw § 79 Abs 4 EAG.

¹³⁾ Vgl dazu näher *Kurzmann/Fertschey*, EEG/BEG: Betriebs- und Verfügungsgewalt über Energieerzeugungsanlagen, RdU 2023/31.

¹⁴⁾ Auf die geplante Flexible KapGes (FlexKap) ist § 82 Abs 1 GmbHG ebenso anwendbar (§ 1 Abs 2 FlexKapGG, 276/ME 27. GP).

sofern es sich dabei nicht um Bilanzgewinn handelt.¹⁵⁾ Unterschieden wird zw der offenen und verdeckten Einlagenrückgewähr. Während erstere eine unmittelbare Vermögensaus-schüttung (den berühmten „Griff in die Kassa“) darstellt, sind es insb die verdeckten Zuwendungen, welche hier von Interesse sind. Bei diesen handelt es sich um Vermögenszuwendungen, die in ein Rechtsgeschäft gekleidet sind, bei dem ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt.¹⁶⁾ Ein solches Missverhältnis wird mit dem sog Dritt- oder Fremdvergleich geprüft. Dabei gilt es danach zu fragen, ob das Geschäft überhaupt und wenn ja, auch zu denselben Konditionen mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen worden wäre.¹⁷⁾ Für die Energiegemeinschaft kommen dabei insb die bereits oben dargestellten Szenarien als potentielle Fälle der verbotenen Einlagenrückgewähr in Frage. Stellt eine gruppenverbundene Ges der Energiegemeinschaft ihre PV-Anlagen zur Verfügung, agiert die Energiegemeinschaft als Energiemanagement-Gesellschaft, die für ihre Dienstleistungen ein Entgelt verrechnet, oder gibt die Energiegemeinschaft Strom zu vergünstigten Konditionen an ihre Mitglieder ab, ist jeweils zu fragen, ob dabei ein objektives Missverhältnis vorliegen könnten. Liegt ein solches vor, kann das Geschäft ausnahmsweise durch ein betriebliches Interesse gerechtfertigt werden.¹⁸⁾ Hinsichtlich der betrieblichen Rechtfertigung legt der OGH freilich einen vergleichsweise strengen Maßstab an.¹⁹⁾ So scheiden etwa allgemeine Konzerninteressen regelmäßig als betriebliche Rechtfertigung aus.²⁰⁾ Rechtsfolgen eines Verbotsverstoßes sind die absolute Nichtigkeit der relevanten Rechtsgeschäfte und das Entstehen eines Rückgewährungsanspruches der Ges gegenüber dem jeweiligen Gesellschafter. Zugleich stellt ein Verbotsverstoß auch einen tauglichen Haftungsgrund für die Geschäftsführung dar²¹⁾ und kann zur Abberufung dieser führen. Selbst Dritte müssen mitunter mit entsprechenden Rechtsfolgen rechnen, da sich für diese unter gewissen Umständen ein Verbotsverstoß geradezu aufdrängen muss. Das trifft nicht nur auf finanzierende Banken²²⁾ zu, sondern etwa auch auf RA, die bei der Gründung und Errichtung von Energiegemeinschaften unterstützen.²³⁾ Diese Rsp lässt aber auch auf eine gewisse Sorgfaltspflicht von (Energie)Dienstleistern schließen, die bei der Entgeltgestaltung innerhalb von Energiegemeinschaften beraten. Bei Dritten wird jedoch haftungseinschränkend gewöhnlich darauf abgestellt, dass der Verbotsverstoß evident war.²⁴⁾

2. Die Energiegemeinschaft und das Problem des Drittvergleichs

Während für Energiegemeinschaften also ausdrücklich auch KapGes als Rechtsform zur Verfügung stehen und diese regelmäßig Geschäfte mit ihren Mitgliedern (= Gesellschaftern) abschließen sollen, wurden keine gesetzlichen Regelungen zum Umgang mit den für KapGes geltenden Kapitalerhaltungsvorschriften aufgenommen. Daraus lässt sich ableiten, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften auch für Energiegemeinschaften in der Rechtsform einer KapGes gelten. Freilich stellen sich gerade hier Fragen, die nicht ohne weiteres mit dem herkömmlichen Verständnis des Drittvergleiches beantwortet werden können. So unterscheidet sich der tägliche Geschäftsbetrieb von Energiegemeinschaften zT grundlegend von anderen Ges. Verträge werden laufend zwischen verbundenen Ges oder zw der Ges und ihren Gesellschaftern geschlossen und sogar gesetzlich liegt der Zweck von Energiegemeinschaften ua darin, ihren Mitgliedern (Gesellschaftern) bestimmte Vorteile

(auch wirtschaftlicher Natur) zu gewähren.²⁵⁾ Nun sind Rechtsgeschäfte zwischen der Ges und ihren Gesellschaftern natürlich nicht per se verboten, doch müsste man die Drittvergleichsfähigkeit dieser Geschäfte bei der Energiegemeinschaft regelmäßig verneinen. Eine mit der Energiegemeinschaft verbundene Ges wird ihre Anlagen im Regelfall keinem Dritten zur Verfügung stellen, wenn sie den Strom doch selbst nutzen möchte. Weiters geben Energiegemeinschaften die erzeugte Energie gewöhnlich nicht an Dritte ab, würden diese doch in diesem Fall die Lieferanteneigenschaft erfüllen und strengerem regulatorischen Vorschriften unterliegen. Selbst wenn sie die selbsterzeugte Energie an Dritte verkaufen würde, stellt sich in weiterer Folge die Frage, auf welchen Vergleichspreis abzustellen wäre, nachdem es doch (auch) im Wesen der Energiegemeinschaft liegt, entsprechende Kostenvorteile (innerhalb der Energiegemeinschaft) zu generieren. Würde im Drittvergleich auf einen höheren (Strom)Marktpreis abgestellt werden, wären die Geschäfte zw der Energiegemeinschaft und ihren Mitgliedern bei einem energiegemeinschafts-internen niedrigeren Strompreis grundsätzlich unzulässig, soweit keine betriebliche Rechtfertigung vorliegt, weil die durch die Energiegemeinschaft an das Mitglied erbrachte Leistung (Strom) eigentlich mehr Wert ist als die Gegenleistung (Entgelt). Wie ausgeführt, legt der OGH dahingehend ein strenges Verständnis an. In seiner Leitentscheidung zu Strickwarenerzeugnissen führt der OGH²⁶⁾ aus, dass die betriebliche Rechtfertigung bei der Kreditgewährung an einen Gesellschafter darin liegen könne, dass dadurch der Betrieb des zuliefernden Gesellschafters aufrechterhalten werden kann und somit auch die kreditgewährende GmbH ihre Nachfrage jederzeit befriedigen könne. Dieser Gedanke lässt sich zumindest auf einen Teil der Geschäfte einer Energiegemeinschaft übertragen. Stellt eine gruppenverbundene Ges²⁷⁾ ihre PV-Anlagen der Energiegemeinschaft zur Verfügung, kann sie über den Umweg der Energiegemeinschaft letztlich selbst von den dadurch lukrierten Netzkostenvorteilen profitieren. Dass die gruppenverbundene Ges einem Dritten keine Anlagen zur Verfügung stellen würde, schadet indessen nicht, weil das Geschäft betrieblich gerechtfertigt ist.

¹⁵⁾ Statt aller *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 82 Rz 5; *Artmann in Artmann/Karollus*, AktG I⁶ § 52 Rz 3 (Stand 1. 5. 2018, rdbat).

¹⁶⁾ Vgl etwa OGH 6 Ob 171/15p ecolex 2016/311.

¹⁷⁾ RIS-Justiz RS0105540 (T 7); vgl etwa OGH 6 Ob 114/17h ecolex 2018/149.

¹⁸⁾ Vgl *Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 61/1 (Stand 1. 12. 2017, rdbat); s dazu auch bereits *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 123.

¹⁹⁾ OGH 6 Ob 271/05d ecolex 2006/172.

²⁰⁾ *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht² (2020) Rz 1135.

²¹⁾ Dies gilt auch für die Geschäftsführung des Leistungsempfängers, vgl OGH 6 Ob 61/21w ecolex 2022/587.

²²⁾ OGH 10 Ob 86/18x ecolex 2019/463.

²³⁾ OGH 6 Ob 26/21y ecolex 2022/587; mit einschränkenden Anmerkungen: *Reich-Rohrwig/Aschl*, Unzulässige Einlagenrückgewähr im Spiegel der Rechtsprechung 2013 bis 2022, ecolex 2022/565.

²⁴⁾ Vgl *Engin-Deniz*, Zur Einlagenrückgewähr beim fiktiven Cash Pooling, ecolex 2019, 751.

²⁵⁾ § 79 Abs 2 EAG; § 16b Abs 2 EIWOG 2010.

²⁶⁾ OGH 6 Ob 271/05d ecolex 2006/172.

²⁷⁾ Bei der EEG sind das in erster Linie KMU, bei der BEG könnten auch große Unternehmen beteiligt sein.

3. „Energie-Pooling“ als Ausweg?

Gleichsam scheitert dieser Rechtfertigungsansatz aber dort, wo mehrere gruppenverbundene Unternehmen an einer Energiegemeinschaft beteiligt sind und die Energiegemeinschaft Leistungen verbilligt an eines dieser Mitglieder abgibt. Die Ges profitiert in diesem Beispiel selbst nämlich weder mittelbar noch unmittelbar von den Rechtsgeschäften, der Vorteil liegt ausschl bei den die Leistung empfangenden Gesellschaftern. Dürfte die Energiegemeinschaft nun aber den erzeugten Strom nur zu drittvergleichsfähigen Bedingungen an ihre Mitglieder weitergeben, unterliefe dies den Zweck der Energiegemeinschaft. Daraus nun den Schluss zu ziehen, dass die KapGes für Energiegemeinschaften per se eine untaugliche Rechtsform darstellen würde, wäre verfehlt, da KapGes explizit als zulässige Rechtsformen für Energiegemeinschaften genannt werden und das Kapitalgesellschaftsrecht auch einen atypischen Unternehmenszweck zulässt.²⁸⁾ Eine derartig atypische Zwecksetzung findet sich freilich nicht nur bei der Energiegemeinschaft. Besonders prominent wurde zuletzt die Finanzierungs-Ges („Master Company“) beim Cash-Pooling behandelt.²⁹⁾ Beim Cash-Pooling führen die konzernmäßig verbundenen Ges etwaige Liquiditätsüberschüsse (effektiv oder bloß fiktiv) als Darlehen an eine konzerneigene FinanzierungsGes ab, die so dann Liquidität an andere Pool-Ges weiterleitet. Die Master Company hat insofern eine atypische Zwecksetzung, als dass sie gewissermaßen als Bank innerhalb der Konzernstruktur fungiert. Ihr Unternehmenszweck ist also gerade darauf ausgerichtet, Liquidität an gruppenverbundene Ges zu verteilen, an Dritte würde sie schon dem Grunde nach keinen Kredit gewähren. Der OGH geht richtigerweise davon aus, dass beim Cash-Pooling die betriebliche Rechtfertigung „naheliegt“. ³⁰⁾ Damit öffnet der OGH aber auch für die Energiegemeinschaft eine Tür. Überträgt man nämlich diesen Gedanken auf Energiegemeinschaften, kann man die Stromverteilung zwischen der Energiegemeinschaft und ihren Mitgliedern als „Energie-Pooling“ zusammenfassen. Während beim Cash-Pooling eine Zinsoptimierung im Cash-Pool bewirkt wird,³¹⁾ kann durch „Energie-Pooling“ insb bei der dynamischen Verteilung der erzeugten Energie eine Erhöhung des Eigenverbrauchs erreicht werden. Dadurch muss weniger Energie von „außerhalb“ bezogen werden und können Kostenvorteile entstehen. Besonders gilt dies für Mitglieder von EEG bei denen durch verringerte Netznutzungsentgelte geringere Kosten für die innerhalb der Energiegemeinschaft bezogene Energie entstehen.³²⁾ Dazu kommt, dass die Teilnehmer diese Leistungsbeziehung außerhalb der Energiegemeinschaft auch gar nicht eingehen könnten, da sie in diesem Fall elektrizitätsrechtliche Marktrollen³³⁾ einnehmen würden, die strengen regulatorischen Vorgaben unterliegen.³⁴⁾ Ein Energie-Pooling-Verständnis bietet demgegenüber für die Energieverteilung als auch die Verrechnungstätigkeit ein taugliches Ventil, um diese Transaktionen in rechtssichere Bahnen zu lenken und die vom EAG sowie ElWOG 2010 bezweckten Vorteile der Energiegemeinschaft auch tatsächlich umsetzen zu können. Während die Nutzung einer „Master Company“ zu Clearingzwecken im Rahmen des Cash-Poolings nicht gesondert geregelt ist, sind Energiegemeinschaften und deren Leistungsbeziehungen mit ihren Mitgliedern gesetzlich normiert. Auch dies lässt darauf schließen, dass der Gesetzgeber für das im Rahmen der Energiegemeinschaft praktikierbare „Energie-Pooling“ durchaus bewusst einen alternativen Beurteilungsmaßstab ansetzen wollte. Im Ergebnis ist daher bei Leistungsbeziehungen innerhalb von Energiege-

meinschaften die Frage zu stellen, welchen Wert der Leistung in ähnlichen Konstellationen beizumessen wäre. In diese Berechnung sind wohl regelmäßig sowohl die Finanzierungskosten für Erzeugungsanlagen, die (gemeinschaftliche) Eigenverbrauchsquote als auch die zu lukrierenden Netzkostenvorteile einzubeziehen. Der Energiemarktpreis wird hingegen oftmals nur als Referenzpunkt dienen können.

Schlussstrich

Die Kapitalerhaltungsvorschriften werfen auch für Energiegemeinschaften zahlreiche Fragen auf. Nach dem herrschenden Verständnis des Drittvergleiches wäre eine Vielzahl von Geschäften zwischen der Energiegemeinschaft und ihren Mitgliedern oder gruppenverbundenen Ges unzulässig und der Zweck der Energiegemeinschaft damit weitestgehend ausgehöhlt. Ein Vergleich zum Cash-Pooling zeigt freilich, dass Energielieferungen und Verrechnungstätigkeiten als Energie-Pooling zusammengefasst werden und so eine betriebliche Rechtfertigung darstellen können. Damit lassen sich die typischen Geschäfte einer Energiegemeinschaft in einen rechtlich zulässigen Rahmen bringen.

²⁸⁾ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 1 Rz 15; vgl auch *Fellner/Rüffler*, Zentrale Konzernfinanzierung und Verbot der Einlagenrückgewähr, GES 2019, 59 (65 ff).

²⁹⁾ OGH 17 Ob 5/19p ecolex 2019/321; *Engin-Deniz*, Zur Einlagenrückgewähr beim fiktiven Cash Pooling, ecolex 2019, 751; *Fellner/Rüffler*, GES 2019, 59; *Karollus*, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in *Brandl/Karollus/Kirchmayr-Schliesberger/Leitner* (Hrsg), Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung (2021) 1 (173 ff).

³⁰⁾ OGH 17 Ob 5/19p ecolex 2019/321; vgl *Karollus* in *Brandl/Karollus/Kirchmayr-Schliesberger/Leitner* (Hrsg), Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung 1 (177); *Obradovic/Demian*, Einlagenrückgewähr beim (fiktiven) Cash Pooling, ZFR 2019, 451 (452).

³¹⁾ Vgl *Fleischer*, Vom Fachgutachten KFS/BW 2 zur Stellungnahme AFRAC 36, RWZ 2020/43.

³²⁾ Reduktion des Arbeitspreis um bis zu 64%, s § 5 Abs 1a Systemnutzungsentgelte-VO 2018.

³³⁾ Bspw als Stromhändler iSd § 7 Abs 1 Z 65 ElWOG 2010 oder Lieferant iSd § 7 Abs 1 Z 45 ElWOG 2010.

³⁴⁾ Vgl ebenso zum BWG *Fellner/Rüffler*, GES 2019, 59 (67).